JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TOMO XI - Volumen 2

(Enero · Diciembre 2020)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TOMO XI - Volumen 2

(Enero · Diciembre 2020)

Segunda Edición

Centro de Estudios Constitucionales

Lima 2022

©TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
FONDO EDITORIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Los Cedros núm. 209 - San Isidro - Lima

JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Tomo XI - Volumen 2 (Enero - Diciembre 2020)

Director: Helder Domínguez Haro

Segunda edición, diciembre 2022

Hecho el depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N° 2022-13075

ISBN N° 978-612-4464-17-1

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra
sin el consentimiento expreso de los titulares del copyright

Impreso en Perú
Tiraje: 200 ejemplares

Impresión: Corporación Gráfica KADTE S.A.C.
Av. Francisco Lazo 1533 - Lince
Teléfono: 633 2629 Celular: 999 756 161
kadtecorporacion@gmail.com

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DEL PERU

Presidente
Francisco Morales Saravia

Vicepresidente
Luz Pacheco Zerga

Magistrados
Augusto Ferrero Costa
Gustavo Gutiérrez Ticse
Helder Domínguez Haro
Manuel Monteagudo Valdéz
César Ochoa Cardich

CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES

Director General
Helder Domínguez Haro

Director Ejecutivo
Edgar Carpio Marcos

Director de Publicaciones y Documentación
Alfredo Orlando Curaca Kong

INDICE DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL AÑO JURISDICCIONAL 2020

B. PROCESOS DE TUTELA DE DERECHOS

B.1. PROCESOS DE AMPARO

- Sentencia 02566-2014-PA/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 7 de agosto de 2020)

  Caso Calzolaio

  Proceso de amparo promovido por Luigi Calzolaio contra EsSalud-Red Asistencial de Arequipa y la Dirección Regional de Salud de Arequipa. Solicita que se ordene a la demandada entregar el medicamento Losartán conforme a lo recetado por el cardiólogo en fecha 24 de mayo de 2013; sustituir el medicamento ácido acetilsalicílico 100mg por la Aspirina 500mg, conforme a lo recetado por el cardiólogo en fecha 24 de mayo de 2013; reprogramar la cita en enfermería del 27 de junio de 2013 para el 24 de junio de 2013, conforme lo ha dispuesto el cardiólogo; programar oportunamente la cita en enfermería para el 23 de julio de 2013, conforme lo ha indicado el cardiólogo; programar la cita en cardiología con el doctor Barragán en fecha cercana al 24 de agosto de 2013; reprogramar la cita del 25 de junio de 2013 en medicina general con fecha inmediata para evitar el vencimiento del riesgo quirúrgico, conforme a lo dispuesto en la Historia Clínica N° 242402; cesar de inmediato los maltratos psicológicos a que se ve sometidos producto de la deficiente atención brindada, y por último, superar todos los obstáculos y barreras burocráticos que impiden una atención médica humana y oportuna. Alega la vulneración de sus derechos a la dignidad, a la integridad física y psíquica, a la protección de la salud, a la seguridad social y al acceso de prestaciones de salud..... 949

- Sentencia 00677-2016-PA/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 9 de setiembre de 2020)

  Caso Bravo Quispe

  Proceso de Amparo promovido por Tania Luz Mery Bravo Quispe contra el Gobierno Regional de Moquegua. Solicita que se deje sin efecto el despido discriminatorio del cual ha sido objeto por causa de su estado de gestación; y que, en consecuencia, se le reincorpore en el cargo de asistente administrativo en la Subgerencia de Obras del gobierno demandado y se le abonen los costos del proceso. Alega la vulneración de su derecho constitucional a la igualdad y la no discriminación 977

- Sentencia 01341-2014-PA/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 23 de setiembre de 2020)

  Caso Díaz Cieza y otra

  Proceso de Amparo promovido por Deyci Yanet Díaz Cieza y Mayra Gisela Lopez Minaya contra la Inspectoría Regional de San Martín – Tarapoto. Solicitan que se declare la nulidad de todo lo actuado en la investigación administrativa disciplinaria que se les sigue, así como de las resoluciones futuras que se emitan y la Resolución de la Inspectoría Regional SM-TARAPOTO 124-2011-IGPNP-DIRINDES-IR-SM-TARAPOTO-UID, mediante la cual se resuelve sancionarlas con pase a la situación de retiro. Asimismo, piden que se ordene investigar a los que resulten responsables de propalar las fotos objeto del proceso administrativo citado en los diferentes medios de comunicación. Alegan la vulneración a los derechos constitucionales a la intimidad y al debido proceso 1013

- Sentencia 05048-2016-PA/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 30 de setiembre de 2020)

  Caso Odila Yolanda Vda. de Salgado

  Proceso de Amparo promovido por Ivan Salgado Cayatopa en favor de Odila Yolanda Cayatopa Vda. de Salgado contra Essalud. Solicita que se declare la nulidad de la orden de alta expedida por el Hospital

Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo-Red Asistencial de Lampayeque; se ordene el inmediato traslado al Centro de Rehabilitación Integral para Pacientes Crónicos, Hospital 1 Huariaca – Essalud – Pasco, y que reponga las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho fundamental a la salud mental de su hija..... 1035

- Sentencia 01784-2015-PA/TC y 03106-2015-PA/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 30 de setiembre de 2020)

  Caso Cámara de Comercio e Industrias de Huánuco

  Proceso de Amparo promovido por la Cámara de Comercio e Industrias de Huánuco contra la Municipalidad Provincial de Huánuco y Urbi Propiedades SA, con el fin de que se abstenga de construir cualquier tipo de centro comercial en el parque Puelles-Huánuco. Alega la vulneración de sus derechos fundamentales al medioambiente sano y equilibrado, a la propiedad, y a la libre competencia 1061

- Sentencia 02883-2016-PA/TC (Publicada en la web del Tribunal el 23 de setiembre de 2020)

  Caso Sociedad Agrícola San Agustín (SASA)

  Proceso de Amparo promovido por la Sociedad Agrícola San Agustín SA (SASA) contra el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, a fin de que se declare la existencia de un agravio contra su derecho constitucional de propiedad como consecuencia de un irregular proceso de expropiación, y por lo tanto, requiere que se ordene el pago de la indemnización justipreciada, se determine el mecanismo y el método de valorización correspondiente y se declare la inaplicabilidad, para su caso, del artículo 5 del Decreto Supremo 179-2004-EF, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Impuesto a la Renta 1083

- Sentencia 03112-2015-PA/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 30 de setiembre de 2020)

  Caso Fhon Cevallos

  Proceso de Amparo promovido por María Perla Fhon Cevallos contra la Red Asistencial de EsSalud de La Libertad, con

emplazamiento al procurador público del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Solicita que se respeten los resultados del proceso de admisión del Residentado Médico 2013, convocado por la Universidad Nacional de Trujillo, y se la reincorpore como médico residente en la especialidad de ginecología y obstetricia del Hospital Nivel IV Víctor Lazarte Echegaray. Alega la vulneración de sus derechos a la no discriminación y a la educación 1109

- Sentencia 02208-2017-PA/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 19 de octubre de 2020)

  Caso Sindicato de Obreros P y A D'Onofrio

  Proceso de Amparo promovido por Vicente Javier Huaranda Guzmán en representación del Sindicato de Obreros P y A D'Onofrio SA, contra Nestlé Perú SA. Solicita que se deje sin efecto la pretendida instalación de tuberías para redes de cámaras de video en las áreas de producción, almacenes y cámaras de la fábrica, en las cuales laboran sus afiliados, por parte de la empresa contratada Clave 3, en perjuicio de sus agremiados, pues persigue un control total y permanente durante la jornada de trabajo. Alega la vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad y a la intimidad personal, además de perturbar psicológicamente a los trabajadores, lo cual afecta su salud..... 1137

- Sentencia 03601-2014-PA/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 19 de octubre de 2020)

  Caso Muñoz Santiváñez

  Proceso de Amparo promovido por Ruth Soledad Muñoz Santiváñez contra la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud. Solicita que se deje sin efecto el despido del que fue víctima; que cesen los actos discriminatorios en su condición de embarazada, y que se ordene su contratación mediante contrato administrativo de servicios en el cargo de abogada de la Oficina de Administración y Finanzas. Alega la vulneración de los derechos constitucionales al trabajo y a la no discriminación por embarazo..... 1147

- Sentencia 01739-2018-PA/TC (Publicada en la web del Tribunal el 11 de noviembre de 2020)

  Caso Ugarteche Galarza

  Proceso de Amparo promovido por Óscar Ugarteche Galarza contra el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil. Solicita que se declare la nulidad de la Resolución Registral 1258-2012-GOR/JR-10LIM/ORLIMA/RENIEC, y de sus respectivas resoluciones confirmatorias, que denegaron la inscripción del acta de matrimonio civil que contrajo en Ciudad de México con Fidel Aroche Reyes, de nacionalidad mexicana. Alega la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y a la no discriminación por orientación sexual 1191

- Sentencia 03378-2019-PA/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 6 de marzo de 2020)

  Caso Colonia Balarezo

  Proceso de Amparo promovido por Jorge Guillermo Colonia Balarezo contra el Primer Juzgado Especializado de Familia de Ica y la Sala Superior de Emergencia de la Corte Superior de Justicia de Ica. Solicita que se declaren nulas la Resolución 1, de fecha 24 de octubre de 2018, en la cual se admitió la denuncia interpuesta por María Luisa Paredes Tambra por violencia psicológica y le concedió medidas de protección, y de la Resolución 4, de fecha 7 de febrero de 2019, mediante la cual confirma la precitada resolución. Alega la vulneración de sus derechos fundamentales de defensa y a la motivación de las resoluciones judiciales 1257

- Sentencia 00617-2017-PA/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional con fecha 5 de agosto de 2020)

  Caso Bocanegra Ruiz

  Proceso de Amparo promovido por Marco Antonio Bocanegra Ruiz contra la Oficina de Normalización Previsional. Solicita que se declare la nulidad de la Resolución 16559-2016-ONP-DPR-GD-DL 19990, del 23 de marzo de 2016, y se le otorgue pensión de viudez dentro de los alcances del artículo 53 del Decreto Ley 19990, con el pago de los devengados y los intereses legales 1293

- Sentencia 01701-2016-PA/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 2 de diciembre de 2020)

  Caso Triplay Iquitos S.A.C.

  Proceso de Amparo promovido por Triplay Iquitos SAC contra la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Solicita se deje sin efecto la resolución de fecha 22 de diciembre de 2009, en cuanto se dispuso la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 38 del Código Tributario, cuando se inició el proceso contencioso-administrativo que interpuso, alegando la violación de su derecho de igualdad y al debido proceso..... 1309

- Sentencia 03150-2017-PA/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 31 de diciembre de 2020)

  Caso Domingo García Belaúnde

  Proceso de Amparo promovido por Domingo García Belaúnde contra el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) a finde que se le permita ser considerado proveedor de servicios para el Estado. Alega la vulneración de sus derechos fundamentales a la libre contratación y a la presunción de inocencia..... 1327

B.2. PROCESOS DE HABEAS CORPUS

- Sentencia 04374-2015-PHC/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 21 de julio de 2020)

  Caso Dioses Ávila

  Proceso de Hábeas Corpus promovido por Jorge Enrique Villarreal Pinillos en favor de Harry Danilo Dioses Ávila contra los jueces superiores integrantes de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Tumbes, señores Torres Muñoz, Marchán Apolo y Cerrón Rengifo. Solicita que se declare nula la Resolución 16 del expediente 00113-2011-27-2601-JR-PE-01. Alega la vulneración de sus derechos a la debida motivación de las resoluciones judiciales y a la pluralidad de instancias..... 1353

- Sentencia 05436-2014-PHC/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 20 de julio de 2020)

  Caso C.C. B.

  Proceso de Hábeas Corpus promovido por don C.C.B. contra el Establecimiento Penitenciario de Tacna (Pocollay), alegando la vulneración de sus derechos a la razonabilidad y proporcionalidad respecto de la forma y condiciones en que cumple la pena y a su integridad personal. Solicita que se disponga que al interior del Establecimiento Penitenciario de Tacna (Pocollay Varones) se brinde el tratamiento médico que corresponda a las dolencias médicas que presenta don C.C.B; también solicita que se dejen sin efecto los informes desfavorables emitidos por la asistencia social de citado establecimiento penitenciario por resultar arbitrarios; por último, solicita que se disponga que el interno deje de dormir en el suelo del establecimiento penitenciario durante la ejecución de la sentencia por la que fue condenado a prisión 1367

- Sentencia 03882-2016-PHC/TC y 04038-2016-PHC/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 9 de octubre de 2020)

  Caso Acuña Atalaya y otro

  Proceso de Hábeas Corpus interpuesto por Mirtha E. Vásquez Chuquilín contra la Minera Yanacocha SRL. Solicita se ordene el cese de los actos de hostilización en contra de ella y de su familia, traducidos en actos de vigilancia y seguimiento de las actividades que realiza. Alega la vulneración de sus derechos a la inviolabilidad del domicilio y la libertad de tránsito 1417

- Sentencia 01795-2015-PHC/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 11 de noviembre de 2020)

  Caso M.H.F.C.

  Proceso de Hábeas Corpus promovido por Melchora Castañeda Tuesta de Flores a favor de M.H.F.C., contra Cesar Eduardo Bravo de Rueda Accineli, en condición de director del Hospital Nacional de la Policía Nacional del Perú. Solicita se ordene el traslado de Milton Hans Flores Castañeda al citado nosocomio para que se le

proporcione tratamiento médico. Alega vulneración del derecho a la integridad personal y a no ser objeto de tratos inhumanos ni a un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad..... 1435

- Sentencia 01894-2013-PHC/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 30 de setiembre de 2020)

  Caso Beneficencia Pública de Huaraz

  Proceso de habeas corpus promovido por Lidia Prudencio de Loli y otro contra don Luis Alberto Sánchez Alvarado, en calidad de presidente de la Beneficencia Pública de Huaraz; don Pablo Atusparia Rashta, en calidad de oficinista del Cementerio General; y don Néstor Alvarado Contreras. Los demandantes señalaron que, pese a que han cumplido con el trámite correspondiente para construir un mausoleo familiar, esto es, el haber solicitado el cambio de nicho de doña Ignacia Sosa Cadillo y doña María Luisa Sánchez Díaz Sosa (abuela y hermana de don Rubén Amador Loli Sosa) y cancelado el costo que ello supone, los demandados no han emitido la resolución administrativa del caso. Asimismo, indicaron que los emplazados, sin respetar el margen de espacio necesario, vendieron a don Néstor Alvarado un terreno ubicado al lado de su mausoleo, sobre el cual se construyó una lápida y se instalaron unas rejas, restringiéndoles el acceso al mausoleo de su propiedad, lo cual vulnera el derecho a la libertad de tránsito y el de honrar a sus familiares..... 1447

B.3. PROCESO DE HABEAS DATA

- Sentencia 03425-2018-PHD/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 25 de noviembre de 2020)

  Caso Reparaciones Marítimas

  Proceso de Hábeas Data promovido por Reparaciones Marítimas SRL a través de su gerente general, Benny Jorge Ramos Rodríguez, contra el director de la Oficina General de Tecnología de la Información y Estadística del Ministerio de la Producción (Produce). Solicita que, en virtud de su derecho fundamental de acceso a la información pública, se le informe la producción de harina y aceite

de pescado correspondiente a los ejercicios fiscales anuales de los años 2005 y 2012 de la fábrica de producción y transformación de la anchoveta 3204, ubicada en la Provincia Constitucional del Callao 1467

B.4. PROCESO DE CUMPLIMIENTO

• Sentencia 06349-2015-PC/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 7 de setiembre de 2020)

Proceso de cumplimiento promovido por Santiago Manuin y Wrays Pérez Ramírez contra el presidente de la Corte Superior de Amazonas, en el cual solicitaron que se dé cumplimiento efectivo a lo dispuesto por el artículo 114, incisos 2 y 3, del Código Procesal Penal, que establecen la obligación del Poder Judicial de proporcionar intérpretes en todos los procesos penales realizados en la Corte Superior de Justicia de Amazonas cuando los procesados pertenezcan a los pueblos indígenas awajun-wampis y no entiendan el idioma español o tengan dificultad para entenderlo. Dicha obligación, según los actores, es una manifestación de lo establecido en el artículo 2, inciso 19, de la Constitución Política del Estado, según el cual "todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete" 1479

• Sentencia 03799-2018-PC/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 31 de diciembre de 2020)

Caso Comunidad Nativa de Cuninico y otros

Proceso de Cumplimiento promovido por Juan Carlos Ruiz Molleda, abogado de la Comunidad Nativa de Cuninico, contra el Ministerio de Salud, la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa), la Dirección General de Epidemiología, Petroperú, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin), el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), el Gobierno Regional de Loreto, el Instituto Nacional de Defensa Civil (Indeci) y el Ministerio de Ambiente. Solicita que el ordene el cumplimiento del ítem 4 del anexo Nro. 4, del Decreto Supremo 081-2007-MINEM, que ordena al operador del oleoducto peruano identificar a los afectados y que haga un inventario de los mismos para luego compensarlos 1499

C. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

- Sentencia 00367-2016-PHC/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 19 de octubre de 2020)

  Caso Ríos Silvano

  Proceso de Hábeas Corpus promovido por Laurencio Ramírez Cairuna a favor de Óscar Ríos Silvano contra los jueces superiores Padilla Vásquez, Llanos Chávez y Cucalón Coveñas, integrantes de la Sala Especializada en lo Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, y contra los jueces supremos Príncipe Trujillo, Salas Gamboa, San Martín Castro, Prado Saldarriaga y Urbina Gamvini, integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Solicita que se declare la nulidad de la sentencia de fecha 29 de enero de 2007, en el extremo que condenó al favorecido a treinta años de pena privativa de la libertad por la comisión del delito de homicidio calificado en calidad de instigador. Alega la vulneración de los derechos al debido proceso, a la defensa, a contar con intérprete en el idioma nativo, a la identidad étnica y cultural, entre otros 1511

APÉNDICE

- Sentencia 00009-2019-PI/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 23 de junio 2020)

  Caso sobre la constitucionalidad de la prestación de Servicios Policiales Extraordinarios 1543

B. PROCESOS DE TUTELA DE DERECHOS

B.1. PROCESOS DE AMPARO

Pleno. Sentencia 299/2020

EXP N.° 02566-2014-PA/TC
AREQUIPA
LUIGI CALZOLAIO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 4 días del mes de octubre de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento de los magistrados Ramos Núñez y Ferrero Costa, aprobado en la sesión de Pleno del 27 de febrero de 2018. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini, Miranda Canales y Ledesma Narváez, y los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada y Ferrero Costa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Luigi Calzolaio contra la resolución de fojas 109, de fecha 14 de marzo de 2014, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 27 de mayo de 2013, don Luigi Calzolaio interpone demanda de amparo contra EsSalud-Red Asistencial de Arequipa y la Dirección Regional de Salud de Arequipa. Solicita que se ordene a la demandada EsSalud-Red Asistencial de Arequipa: a) entregar el medicamento Losartán conforme a lo recetado por el cardiólogo en fecha 24 de mayo de 2013; ii) sustituir el medicamento ácido acetilsalicílico 100 mg por la Aspirina 500 mg, conforme a lo recetado por el cardiólogo en fecha 24 de mayo de 2013;iii) reprogramar la cita en enfermería del 27 de junio de 2013 para el 24 de junio de 2013, conforme lo ha dispuesto el cardiólogo; iv) programar oportunamente la cita en enfermería para el 23 de julio de 2013, conforme lo ha indicado el cardiólogo; v) programar la cita en cardiología con el doctor Barragán en fecha cercana al 24 de agosto de 2013; vi) reprogramar la cita del 25 de junio de 2013 en medicina general con fecha inmediata para evitar el vencimiento del riesgo quirúrgico, conforme a lo dispuesto en la Historia Clínica Nº 242402: vii) cesar de inmediato los maltratos psicológicos a que se ve sometido producto de la deficiente atención brindada; y, viii) superar todos los obstáculos y barreras burocráticos que impiden una atención médica humana y oportuna, y un trato digno.

Asimismo, solicita que la demandada Dirección Regional de Salud de Arequipa cumpla con su deber de supervisar el eficaz funcionamiento del servicio de salud prestado por la demandada EsSalud; disponiéndose además, en aplicación del artículo 8 del Código Procesal Constitucional, la remisión de los actuados al Ministerio Público por existir elementos de la comisión del delito de suministro infiel de productos farmacéuticos tipificado en el artículo 294 del Código Penal; con la condena de costas y costos. Alega la vulneración de sus derechos a la dignidad, a la integridad física y psíquica, a la protección de la salud, a la seguridad social y al acceso a las prestaciones de salud.

Manifiesta el recurrente que como asegurado de EsSalud, con fecha 24 de mayo de 2013, obtuvo en el Policlínico Metropolitano de Arequipa un pase para ser atendido por el cardiólogo, a fin de que se le practique el riesgo quirúrgico y pueda ser sometido a la operación quirúrgica a la mama izquierda. Ello con el objeto de determinar el estado en que se encuentra el cáncer; si las células cancerosas han llegado a los ganglios linfáticos; cuántos de estos fueron afectados; y si el cáncer se encuentra contenido dentro del ganglio linfático o si se ha extendido fuera de su cápsula exterior hacia el tejido circundante. Empero, cuando pretendió obtener la cita para medicina general, a efectos de que se expida la referencia que permita someterlo a la intervención, le concedieron cita para el 27 de junio de 2013. Recuerda que ante su insistencia, le dieron cita para el 25 de junio de 2013, cuando ya había caducado la vigencia de todos los análisis efectuados en el riesgo quirúrgico. Por ello, tendría que iniciar nuevamente todo el procedimiento previo a la intervención quirúrgica.

Manifiesta también que el día 25 de mayo de 2013, cuando se apersonó a la farmacia del Policlínico Metropolitano para recoger los medicamentos recetados por el cardiólogo, le informaron que no tenían disponibles las 60 tabletas de Losartán necesarias para controlar la presión, y que, en lugar de las 30 pastillas de Aspirina 500 mg recetadas para prevenir complicaciones cardiológicas, le entregaron30 comprimidos de ácido acetilsalicílico de 100 mg.

El recurrente refiere además que darle una cita en enfermería para el 27 de junio de 2013 afecta su derecho a recibir medicamentos oportunamente, porque la receta del cardiólogo es de fecha 24 de mayo de 2013, y siendo su tratamiento mensual, se encontrará algunos días sin tratamiento o tendrá que asumirlo bajo su costo. Añade que la Dirección Regional de Salud de Arequipa incumple su obligación de supervisar la atención brindada por EsSalud, contenida en los artículos 9 y 11 de la Constitución, porque el día en que sucedieron los hechos no había en el Policlínico Metropolitano algún funcionario de la Dirección Regional. Tampoco estuvo el funcionario encargado de la Defensoría del Usuario, ni pudo acceder al Libro de Reclamaciones, por lo que no hubo instancia o persona ante la cual efectuar su reclamo.

Los demandados no prestaron declaración alguna. Empero, cumplieron con contestar el pedido de información que les solicitó el Tribunal Constitucional conforme se aprecia a fojas 17 y 44 del Cuaderno del Tribunal Constitucional.

El Segundo Juzgado Civil de Arequipa, mediante Resolución N.º 1, de fecha 3 de junio de 2013, declaró improcedente la demanda, tras anotar que existían otras vías igualmente satisfactorias para la protección del derecho invocado.

La Sala revisora confirmó la apelada porque no se verificó la existencia de una situación de gravedad en la que se encontraran comprometidos también los derechos a la vida y a la integridad física o psíquica del actor para que procediera el proceso de amparo, puesto que dicha parte no acreditó estar en una situación en extremo grave.

De otro lado, para la Sala revisora tampoco habría violación a los derechos de Luigi Calzolaio si en su caso el demandante se ve obligado a adquirir los medicamentos a su costo, o que las citas médicas se programen en las fechas en las que EsSalud cuente con la disponibilidad para brindar la atención, más aún cuando entre la fecha requerida por el recurrente y la fecha programada solo había tres días. Por tanto, a criterio de la Sala revisora de la judicatura ordinaria, no fue desproporcionado ni excesivo el perjuicio ocasionado en la atención de la salud del demandante. Por otra parte, esa Sala estimó que la remoción de las barreras burocráticas que afectarían la atención oportuna de salud estaba relacionada con la materialización de una política pública de salud, lo cual no podía ser dilucidado a través de un proceso constitucional.

En su recurso de agravio constitucional (a fojas 130), el actor reitera los fundamentos de la demanda.

FUNDAMENTOS

Consideraciones previas

1. De los actuados del presente proceso, se aprecia que tanto en el primer como en el segundo grado o instancia de la judicatura ordinaria han rechazado de plano la demanda. Ahora bien, a juicio de este Tribunal Constitucional, las argumentaciones de la apelada y la recurrida no justifican el rechazo *liminar* realizado, si se tiene en cuenta que, conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal, el rechazo *liminar* es una opción procesal a la que sólo cabe acudir cuando no existe mayor margen de duda o discusión en torno a la presencia o configuración de una determinada causal de improcedencia. Ello, sin embargo, no se observa en el caso de autos.

2. Adicionalmente, y también en relación con la procedencia de la demanda, de autos se advierte que se puso en conocimiento de la emplazada el recurso de apelación interpuesto contra la resolución que rechazó liminarmente la demanda, conforme consta de las cédulas de notificación de fojas 40 a 43, según lo dispone el artículo 47 del Código Procesal Constitucional. Asimismo, que las emplazadas cumplieron con contestar el pedido de información que les solicitó el Tribunal Constitucional, conforme se aprecia a fojas 17 y 44 del cuaderno del Tribunal Constitucional, con lo cual se garantiza el derecho de defensa de los emplazados. De otra parte, se verifica que se encuentra comprometida la salud del actor, quien estaría enfermo de cáncer y otras graves dolencias. Por tanto, el presente caso debe ser resuelto de manera urgente.

3. En atención a todo lo dicho, este Tribunal considera que, sobre la base de la urgencia del caso, y en aplicación de los principios de economía y celeridad procesal, deberá analizar la cuestión controvertida así como emitir un pronunciamiento sobre el fondo, incluso y de manera excepcional sin vista de la causa. Esto último conforme a la doctrina jurisprudencial que se desprende de las SSTC Exps. n.ºs 04096-2016-HC y 00828-2014-PA.

Petitorio de la demanda

4. La presente demanda de amparo tiene por objeto que se ordene a la demandada EsSalud-Red Asistencial de Arequipa a) entregar el medicamento Losartán, conforme a lo recetado por el cardiólogo en fecha 24 de mayo de 2013; ii) sustituir el medicamento ácido acetilsalicílico 100 mg por Aspirina 500 mg conforme a lo recetado por el cardiólogo en fecha 24 de mayo de 2013;iii) reprogramar la cita en enfermería del 27 de junio de 2013 para el 24 de junio de 2013, conforme lo ha dispuesto el cardiólogo; iv) programar oportunamente la cita en enfermería para el 23 de julio de 2013, conforme lo ha recetado el cardiólogo; v) programar la cita en cardiología con el doctor Barragán en fecha cercana al 24 de agosto de 2013; vi) reprogramar la cita del 25 de junio de 2013 en medicina general, con fecha inmediata para evitar el vencimiento del riesgo quirúrgico conforme a lo dispuesto en la Historia Clínica Nº 242402;vii) cesar de inmediato los maltratos psicológicos a que se ve sometido producto de la deficiente atención brindada; y, viii) superar todos los obstáculos y barreras burocráticos que impiden una atención médica humana y oportuna, y un trato digno.

5. Asimismo, es también finalidad del presente amparo que la demandada Dirección Regional de Salud de Arequipa cumpla con su deber de supervisar el eficaz funcionamiento del servicio de salud prestado por la demandada EsSalud, y que, además se disponga, en aplicación del artículo 8 del Código Procesal Constitucional, la remisión de los actuados al Ministerio Público, por existir elementos de la comisión del delito de suministro infiel de productos farmacéuticos, tipificado en el artículo 294 del Código Penal, con la condena de costas y costos. El demandante alega entonces la vulneración de los derechos a la dignidad, a la integridad física y psíquica, a la protección de la salud, a la seguridad social y al acceso a las prestaciones de salud. Empero, siendo que en realidad la pretensión se circunscribe a la falta de atención médica que el actor requiere para el restablecimiento de su salud, ella debe ser analizada y resuelta sobre la base del derecho a la salud.

Análisis de la controversia

Contenido constitucionalmente protegido, autonomía y tutela judicial del derecho a la salud

6. La salud puede ser entendida como el funcionamiento armónico del organismo, tanto en el aspecto físico como psicológico. Constituye una condición indispensable para el desarrollo y un medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo. La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha precisado, por su parte, que dicho

concepto no se limita solo la ausencia de enfermedad, sino que alude a un estado de completo bienestar físico, mental y social.

7. En lo que concierne al derecho a la salud, este comprende una serie de posiciones iusfundamentales, los cuales pueden ir desde el derecho a los servicios de salud hasta el derecho a que los determinantes sociales no impidan el goce de una buena salud (cfr. STC Exp. n.º 0033-2010-PI, f. j. 34).

8. En relación con el derecho a los servicios de salud, que tal vez es el ámbito más distintivo de este derecho, el Tribunal Constitucional ha señalado que estos servicios deben ser brindados de *modo integral*, es decir, "(…) con prestaciones que supongan la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación de la salud, en condiciones adecuadas de *calidad, oportunidad, aceptabilidad* y *accesibilidad* física y económica, en tanto elementos esenciales de la atención sanitaria" (STC Exp. n.º 0033-2010-PI, f. j. 34.c). En este sentido, entonces, el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud comprende el derecho a recibir un servicio de salud otorgado de acuerdo a las características a las cuales se acaba de hacer referencia.

9. Por otra parte, este Tribunal ha tenido ocasión de referirse a la autonomía del derecho a la salud con respecto de los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica (STC Exp. n.º 5842-2006-PHC). Al respecto, ha afirmado que "quizás donde el Tribunal Constitucional 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 fundamento precedente.

10. De hecho, el derecho a la salud tiene sustento en el principio de dignidad del ser humano [posición asumida en la STC Exp. n.º 3593-2005-PA], está íntimamente conectado con el derecho a la vida, sobre todo con la vida digna [fundamento 28 de la STC Exp. n.º 2945-2003-AA; además, fundamento 27 de la STC Exp. n.º 2016-2004-AA y fundamento 43 de la STC Exp. n.º 3330-2004-AA], tiene una vinculación irresoluble con el derecho a la integridad [fundamento 10 de la STC Exp. n.º05954-2007-PHC], y cuenta con un estrecho enlazamiento con el medio ambiente [fundamento 2 de la STC Exp. n.º 2064-2004-AA, sobre todo en lo relativo a la higiene ambiental]; pero igual debe permitirse su *tutela independiente*" (f. j. 48).

11. De lo anterior se desprende que el derecho a la salud tiene una entidad y valor propios. En tal sentido, ni su carácter de derecho fundamental y ni su tutela dependen de su vinculación con otros derechos fundamentales(por ejemplo con los derechos de abstención o de libertad). Por el contrario, del hecho de que la vulneración o amenaza de violación al derecho a la salud implique la violación de otros derechos podría tenerse en cuenta para calificar la gravedad de lo vulnerado o amenazado, así como evaluar la importancia o también la urgencia que merece su tutela.

12. Asimismo, como tiene señalado este Tribunal, la posibilidad de que el Estado establezca un sistema sanitario constitucionalmente adecuado –es decir, en condiciones de calidad, oportunidad, aceptabilidad y accesibilidad– depende de un conjunto de decisiones de política institucional, las cuales deben definir, por ejemplo, cómo se puede ampliar la oferta de establecimientos médicos (disponibilidad), cómo se puede permitir que las personas de escasos recursos accedan a los servicios de salud (accesibilidad económica), cómo es posible impulsar y fortalecer la salud intercultural en nuestro país (aceptabilidad), y cómo garantizar que los servicios médicos se brinden en condiciones adecuadas de seguridad, oportunidad y profesionalismo (calidad) (cfr. STC Exp. n.º 3228-2012-PA, f. j. 30).

13. Ahora bien, es difícil que todas las diversas exigencias derivadas del derecho a la salud pueden cumplirse inmediatamente y al mismo tiempo. Al respecto, tanto la limitada disponibilidad de recursos, como la gran cantidad de necesidades insatisfechas y crecientes exigencias vinculadas con el derecho a la salud hacen que en los hechos ese derecho sea susceptible de una concreción progresiva.

14. Sin embargo, de lo anterior no se desprende que, de algún modo, que de legitimado el incumplimiento de este derecho o que pueda postergarse indefinidamente su materialización. Lo que significa más bien es que su realización requiere, cuando menos, de la adopción de medidas continuas y apropiadas –legislativas, económicas y técnicas– cuyo objeto sea alcanzar progresiva o aumentativamente la plena efectividad de todos los componentes de este derecho, tal como lo prescribe el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

15. De otro lado, también es claro que la realización de este derecho requiere que se definan los medios apropiados para su realización, las prioridades entre los diferentes componentes de este derecho, así como la profundidad y el momento en que dichos componentes deben ser satisfechos. Estos elementos, en el marco de un Estado Constitucional, son definidos por órganos políticos o de gobierno, con competencia para decidir en este tipo de cuestiones, los cuales además cuentan con la información técnica y económica necesaria para poder adoptar decisiones apropiadas. Frente a ello, cabe preguntarse entonces cuál es el rol que puede asumir la judicatura constitucional en la tutela del derecho fundamental a la salud, en un contexto en el que existen, o deberían existir, políticas públicas que son competencia de otros agentes.

16. Al respecto, y como es obvio, a la judicatura constitucional no le corresponde suplir al legislador o a la autoridad de gobierno en la definición de las políticas públicas orientadas a la satisfacción de los elementos integrantes del derecho a la salud, ni en las decisiones que se adopten para hacer efectiva su realización. Ello, qué duda cabe, involucraría una indebida intromisión en las competencias (deliberativas y técnicas) constitucional o infraconstitucionalmente atribuidas a estos órganos.

17. No obstante lo anterior, también es cierto que dejar la suerte del derecho a la salud únicamente en manos de quienes formulan y ejecutan las políticas públicas es también inadecuado desde un punto de vista constitucional. Siendo así, este Tribunal, en la

misma línea de lo que señaló en casos anteriores debe plantearse los alcances y límites razonables de su intervención con ocasión de realizar el control constitucional de las políticas públicas, sobre la base de un esquema que respete el principio democrático y la separación de funciones.

Control constitucional de políticas públicas y la tutela judicial de derechos sociales

18. Por otra parte, sobre la base de calificada doctrina, y como ya hemos tenido ocasión de esclarecer, el Tribunal Constitucional peruano viene señalando que, además de sus competencias formales, cumple asimismo con algunas funciones o roles de carácter material, y entre las cuales destaca su función vinculada a la "integración social".

19. Sobre esta compleja función el Tribunal (STC Exp. n.°03228 2012-PA, f. j. 36) ha indicado que:

> "[L]a labor de interpretación constitucional y control de constitucionalidad implica hoy que un juez constitucional asuma labores de *integración social*, lo cual a su vez involucra asumir tareas de *cohesión* (búsqueda de identificación de toda la ciudadanía con la dinámica social, económica y política de su sociedad), *inclusión* (asegurar la participación de toda persona en la sociedad en que vive, encontrando en esa sociedad condiciones para el desarrollo de su proyecto de vida), *reconciliación* (resolución de situaciones que han creado graves conflictos en una sociedad determinada) y plasmación de un espacio en que se busca *evitar* a generación de *nuevos conflictos sociales*".

20. En este orden de ideas, los tribunales y las cortes constitucionales del mundo (así como las cortes supremas o las salas que cumplen roles similares) en muchas ocasiones se ven enfrentados a situaciones en los que deben resolver de conformidad de la Constitución, aunque un sentido no solo formal o reglamentarista, sino también atendiendo a consideraciones de carácter material y atendiendo a la trascendencia de lo decidido.

21. Al respecto, este Tribunal ha precisado, refiriéndose al criterio de interpretación constitucional de "previsión de consecuencias" (STC Exp. n.°00025-2005-PI, f. j. 108), que:

> "El principio de previsibilidad de las consecuencias de una sentencia constitucional impone al Tribunal disponer que se adopten determinadas medidas para el tratamiento de una consecuencia ocasionada por la sentencia constitucional, así como los principios o parámetros constitucionales que han de regirlas.
>
> Ello tiene lugar solo en el caso de que la consecuencia pueda ser eventualmente lesiva de derechos o principios constitucionales, de modo que las medidas ordenadas estarán orientadas a evitar tales consecuencias".

22. O también que (STC Exp. n.° 0005-2005-CC, f. j. 59):

> "La función pacificadora de la jurisdicción constitucional obliga a esta a comprender que nunca la pretendida corrección técnico-jurídica de una sentencia es capaz

de legitimarla constitucionalmente, si de ella deriva la inseguridad, la incertidumbre y el caos social. De allí que sea deber, y no mera facultad del Tribunal Constitucional, ponderar las consecuencias de sus resoluciones, de modo tal que, sin perjuicio de aplicar la técnica y la metodología interpretativa que resulte conveniente a la litis planteada, logre verdaderamente pacificar la relación entre las partes, y contribuir a la certidumbre jurídico-constitucional e institucional de la sociedad toda".

23. En efecto, existen diversos ejemplos, en diferentes momentos de la historia y en diferentes partes del orbe, en el que los tribunales y cortes han debido recurrir a modos de resolver que inicialmente podían ser calificados incluso como atípicos. Estas soluciones planteadas por los tribunales y cortes constitucionales primero y legitimadas luego se basan precisamente en el rol que les ha sido encomendado en los Estados constitucionales. Así, tenemos, por mencionar únicamente ejemplos muy conocidos en nuestro medio, a la creación jurisprudencial por parte de la Corte Suprema estadounidense del control constitucional (*judicial review*) de leyes federales con el caso "Marbury vs. Madison"; el surgimiento pretoriano del amparo en Argentina a través de casos como "Siri" y "Kot"; la generación de "sentencias interpretativas" o "manipulativas" por cortes constitucionales como la italiana, con la finalidad de permitir la subsistencia de leyes de modo compatible con la Constitución. También la creación, vía jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, de la técnica de declarar "estados de cosas inconstitucionales", con el propósito de superar infracciones constitucionales de carácter estructural y de responsabilidad estatal; la creación de la doctrina del "*bloc de constitutionnalité*" por parte del Consejo Constitucional francés, a través de la cual este amplía el parámetro con el que cuenta para realizar el control de constitucionalidad, o inclusive, y a mayor abundamiento, mecanismos como los de "supervisión de cumplimiento" o las "reparaciones simbólicas", que utiliza a menudo la Corte Interamericana de Derechos Humanos con miras a asegurar tanto la eficacia como la integralidad de sus decisiones.

24. Todo lo mencionado en el fundamento anterior, si bien actualmente cuenta con manifiesta legitimidad, en su momento fue objeto de críticas. Al respecto, tal vez resultan menos polémicos los casos en los que los tribunales o cortes constitucionales ejercieron dentro de estos nuevos escenarios sus funciones de interpretar la Constitución y resolver procesos constitucionales; aunque puede generarse mayor controversia cuando se trata de controlar actividades que inicialmente aparecen como competencias de otros órganos constitucionalmente habilitados para esas tareas, como es el caso del control constitucional de las políticas públicas.

25. Las políticas públicas, en tanto conjunto de medidas o acciones organizadas, dirigidas a alcanzar un fin valioso, involucran el ejercicio de competencias por parte de los poderes públicos, y pueden estar referidas, por ejemplo, a su diseño, ejecución, evaluación y control. Cuando dichas políticas públicas se refieren a la protección y promoción de derechos fundamentales, de ellas además puede predicarse que tienen un doble carácter: por una parte, un alcance subjetivo, referido al respeto u optimización de

los derechos fundamentales de cada persona, y a la vez uno objetivo, vinculado con el deber estatal de organizar todas las estructuras públicas asegurándose las condiciones para el libre y pleno ejercicio de los derechos promovidos.

26. Al respecto, el Tribunal Constitucional tiene resuelto precisamente que "las políticas públicas que debe llevar a cabo un Estado exigen, desde promover la existencia de medios organizacionales […] pasando por medios procedimentales e incluso legales, orientados a prevenir, investigar y reparar actos violatorios" de derechos fundamentales (STC Exp. n.º 01776-2004-AA, f. j. 40). En similar sentido, la Corte Interamericana, en el caso "Campo algodonero" (caso González y otras contra México, párr. 282) sostuvo que, para el caso concreto, "la ausencia de una política general" constituyó "una falta del Estado en el cumplimiento general de su obligación de prevención".

27. Ahora bien, pese a ser claro que en nombre de la tutela adecuada de los derechos deben formularse políticas institucionales, también es cierto que su elaboración y cumplimiento plantean diversos retos. Por ejemplo, que todas las políticas estatales no puedan cumplirse al mismo tiempo, debido a la limitada disponibilidad de recursos y a la creciente cantidad de necesidades y exigencias sociales, por lo cual se plantea la progresiva adopción de medidas apropiadas, con el objeto es alcanzar de manera paulatina la plena efectividad de los derechos que cuentan con una dimensión prestacional, como son por excelencia los derechos sociales.

28. Al respecto, suele entenderse que la forma en que estos derechos son realizados o, en otras palabras, la manera en la que deben ser materializadas las políticas públicas vinculadas con este tipo de derechos, es un asunto propio de los poderes públicos, quienes no solo son las entidades constitucionalmente competentes para tomar esas decisiones, sino quienes se encuentran asimismo en una mejor posición para decidir sobre la oportunidad, la conveniencia, la legitimidad social y política, así como corrección técnica de las medidas o acciones que deben llevarse a cabo.

29. Ahora bien, de lo anterior no se desprende que los jueces constitucionales no deban asumir algún rol en la concreción de los derechos prestacionales o sociales, de cara a lograr su vigencia efectiva. Todo lo contrario.

30. Y es que, como el Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de esclarecer en diversas ocasiones (por todas: STC Exp. n.º 0014-2014-PI y otros (acumulados), y STC Exp. n.º 03228-2012-AA) que, en su condición de órgano llamado a garantizar la supremacía normativa de la Constitución y de los derechos fundamentales, se encuentra habilitado para controlar las políticas públicas adoptadas por los órganos competentes, de manera más clara cuando estás responden (o debieran responder) a la satisfacción de derechos sociales.

31. Ahora bien, es claro que al órgano de control de la constitucionalidad, en principio, no le corresponde participar en el diseño de las políticas públicas, ni decidir cuál opción es más adecuada que otra, no le corresponde priorizar metas ni fijar cuestiones de conveniencia u oportunidad.

32. Como es obvio, a la judicatura constitucional no le corresponde suplir al legislador o a la autoridad administrativa en la definición de las políticas públicas, pues ello significaría violentar las competencias deliberativas y técnicas de los mencionados órganos en la formulación y la materialización de dichas políticas.

33. Ahora bien, siendo claro que es una exigencia constitucional controlar las políticas públicas orientadas a la satisfacción de los derechos sociales y prestacionales, queda aún pendiente precisar cuáles son los alcances de dicho control, de tal forma que los tribunales no excedan sus competencias y la legitimidad de la que están especialmente investidos.

34. En este orden de ideas, la intervención de la judicatura constitucional se justifica en un marco respetuoso del principio democrático, el cual no puede estar orientado a exigir por ejemplo que, con independencia de las circunstancias, se encuentren satisfechos de una vez por todas todos los componentes del derecho prestacional, ni a exigir perentoriamente específicas y exclusivas formas de satisfacción o promoción. No le corresponde, en este sentido, fijar directivamente el desarrollo y contenido de las políticas públicas.

35. En sentido contrario, lo que le corresponde es verificar si, por ejemplo, se viene dando una dinámica de progresividad, examinar si las autoridades políticas han desatendido sus obligaciones constitucionalmente establecidas de llevar adelante políticas o acciones orientadas a realizar el derecho a la salud, o tal vez fijar algunos estándares mínimos de adecuación o aceptabilidad.

36. En este mismo orden de ideas, el Tribunal Constitucional previamente ha afirmado que:

> "[A]nte cuestionamientos de que una norma con rango de ley –que diseña e implementa determinadas políticas públicas– haya violentado una `norma directriz´ de la Constitución, este Tribunal se siente en la necesidad de advertir que la declaración de invalidez de esta solo será admisible en aquellos casos en los que las acciones implementadas contravengan manifiestamente la promoción del objetivo colectivo señalado por la Constitución, o cuando las acciones adoptadas constituyan medios absolutamente inidóneos para procurar en algún grado el objetivo identificado por la Constitución y se encuentren, a su vez, prohibidos por otras "normas directrices" que anida la misma Ley Fundamental. Puesto que en el ámbito de la justicia constitucional no está en cuestión la corrección o eficacia de la medida empleada, bastará que la norma enjuiciada no incurra en cualesquiera de los supuestos a los que acabamos de hacer referencia, para declarar su validez" (STC Exp. n.º 00021-2010-AI, f. j. 71).

37. Igualmente, en la STC Exp. n.º 00033-2010-PI, este mismo Tribunal estableció enfáticamente que, debido a que el *deber de progresividad* en la satisfacción de los derechos sociales requiere la formulación de políticas públicas adecuadas por parte del Estado, si bien en principio no podía controlarse constitucionalmente el contenido de dichas políticas, cuando menos sí pueden evaluarse jurídicamente la *forma* que adquieren dichas políticas

o los *requisitos* que se deben cumplir para ser consideradas como constitucionalmente adecuadas. Efectivamente, en dicha oportunidad este Tribunal señaló que:

> "[E]l Tribunal recuerda que aun cuando las formas o medios empleados para avanzar en la cobertura de aseguramiento de los afiliados independientes de EsSalud constituye un asunto que corresponde elegir y definir a las autoridades políticas y administrativas competentes, ello no priva de la competencia de los Tribunales para controlar el cumplimiento o la eficacia del deber de progresividad: i) en primer lugar, verificando la existencia de planes concretos, debidamente estructurados, que se encuentren dirigidos a lograr la ampliación progresiva de la cobertura de salud de los afiliados independientes de ESalud; ii) en segundo lugar, controlando la realización de acciones concretas dirigidas a llevar dicho plan o programa al plano de realidad, puesto que una prolongación indefinida en la ejecución de dicha política afecta la eficacia del deber de progresividad ; iii) en tercer lugar, evaluando que dichos planes hayan sido diseñados respetando un enfoque de derechos fundamentales, esto es, que tomen en cuenta los niveles de protección mínimo de los derechos y la protección de poblaciones especialmente vulnerables; iv) en cuarto lugar, examinando la inclusión de indicadores de evaluación de los programas y la transparencia en la rendición de cuentas, de modo que pueda verificarse, como lo exige el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que el Estado ha destinado "hasta el máximo de los recursos disponibles" para lograr progresivamente la satisfacción del derecho; y, finalmente, v) controlando si en la elaboración y seguimiento de dicha política se han brindado espacios de participación para la intervención y control de los ciudadanos, especialmente de los grupos involucrados en dichas medidas.
>
> Por tanto, aún cuando las autoridades políticas gocen de un amplio margen de acción en la fijación de medios para la consecución de un nivel adecuado de disfrute del derecho de acceso a los servicios de salud, existen ciertos requerimientos mínimos que las autoridades deben cumplir y que es obligación de los jueces y tribunales controlar.
>
> En realidades socialmente desestructuradas como las nuestras, en donde la exclusión del goce de los derechos para un amplio sector de ésta se encuentra largamente asentada, es tarea de este Tribunal impulsar, corregir o encaminar el accionar de dichas autoridades, a fin de evitar graves estados de insatisfacción de necesidades básicas, que atenten directamente contra el principio de dignidad humana y el carácter normativo de la Constitución".

38. Recientemente, y ya de modo más sistemático, este Tribunal ha planteado las pautas o criterios que deben tenerse en cuenta para el control constitucional de las políticas públicas (STC Exp. n.° 03228-2012-PA, f. j. 39), esto con base en criterios expresamente incorporados en la jurisprudencia previa de este órgano colegiado (cfr. STC Exp. n.° 00033- 2010-PI, f. j. 29; STC Exp. n.° 03228-2012-PA/TC, f. j. 39).

39. Al respecto, podemos denominar a la sistematización de estas pautas como *test deferente* o mínimo para el control constitucional de las políticas públicas. Conforme a este examen, la judicatura constitucional es competente para evaluar, tanto a nivel de órganos competentes, procedimientos y contenidos, lo siguiente:

    Déficits de existencia: si se ha obviado la formulación de un plan o política que enfrente determinado problema relativo a la salud.

    Déficits de ejecución: si no se han realizado o materializado efectivamente los planes adecuadamente formulados.

    Déficits de consideración suficiente: en caso se haya desatendido las dimensiones o principios relevantes del derecho a la salud en la formulación o implementación de las políticas públicas pertinentes.

    Déficits de respeto suficiente: que, a diferencia de los *déficits de consideración*, aluden a trasgresiones graves o manifiestas del derecho a la salud. Los *déficits de respeto suficiente*, a su vez, pueden ser *déficits de violación manifiesta*, en caso se haya establecido políticas claramente contrarias a los principios que rigen el derecho a la salud; *déficits de razonabilidad*, si se han adoptado de medidas claramente inconducentes; y d*éficits de protección básica o elemental*, con respecto a políticas insuficientes para el cumplimiento de determinados objetivos prioritarios de la salud.

    Déficits de confrontación de problemas estructurales en salud: en caso no se haya enfrentado asuntos que impiden la ejecución efectiva de las políticas públicas y terminen generando resultados negativos en la salud. Estos, entre otros, pueden ser *déficits de participación política*, si se ha adoptado una política pública en salud sin permitir la participación de la sociedad civil o de los directamente afectados por ella; *déficits de transparencia,* si no existe información pública actual y accesible sobre las políticas públicas y su ejecución; *déficits de control*, si no se han establecido o implementado debidamente formas supervisión o mecanismos de rendición de cuentas respecto a las políticas implementadas; *déficits de evaluación de impacto*, si se ha procedido sin establecer líneas de base o indicadores con enfoque de derechos que permitan evaluar los impactos de la política pública en el goce efectivo del derecho a la salud.

40. Se trata, como puede apreciarse, de un *test mínimo* o *formal*, en el medida en que restringe la actividad de control constitucional tan solo a estos estándares básicos, sin que corresponda a la judicatura constitucional fijar de inicio, y con carácter perentorio, el contenido y desarrollo específico o máximo que le correspondería tener a las políticas públicas que son objeto de evaluación. Ahora bien, es claro que las situaciones de omisión y renuencia deberán evaluarse caso a caso, correspondiendo seguramente adoptar en algún contexto fórmulas que contengan plazos y metas, así como efectos en caso de incumplimiento.

41. Asimismo, podemos señalar que estamos ante un *test de déficits*, en la medida que básicamente se pretende evaluar el incumplimiento o el cumplimiento deficiente de los

estándares arriba planteados, mas no los exactos contornos ni los posibles alcances de las políticas institucionales bajo examen.

42. Se trata, por último, de un *test deferente* con los actores institucionales más directamente involucrados con el establecimiento y la concreción de las políticas públicas, el cual tiende a ser respetuoso de las competencias constitucionales propias y ajenas, y sin claudicar en la tarea de realizar un control exigente, dirigido a la satisfacción de los derechos sociales o prestacionales.

Análisis del caso concreto

43. En el presente caso, el actor es asegurado de EsSalud, pues tiene un tipo de seguro obligatorio dependiente conforme al documento que obra a fojas 49 del cuaderno del Tribunal Constitucional.

44. Asimismo, el recurrente presenta una tumoración basal o de tumoración axilar bilateral o fibriadenoma, conforme se demuestra con la documentación médica obrante a fojas 36, 50, 52, 53, 55,56, 57, 59, 63 y 66 del cuaderno del Tribunal Constitucional. También presenta una fístula perianal, según la endoscopía que se le practicó, la cual se observa del documento de fojas 77 del cuaderno del Tribunal Constitucional, donde obra dicho diagnóstico. El recurrente requiere una operación de fístula, según se ve de la hoja de referencia, las solicitudes de interconsulta, y la solicitud de Sala de Operaciones presentada ante EsSalud; así como de la autorización para operar, la orden de hospitalización y el documento denominado evolución de enfermería corrientes de fojas 74, 75, 77, 78,80, 81 y 83 respectivamente del cuaderno del Tribunal Constitucional. Además, el demandante presenta páncreas atrófico y padece de enfermedad pulmonar obstructiva crónica, y de proctitis crónica inespecífica reagudizada, lo cual le produce hemorragia, hipertensión arterial, diabetes mellitus y trastorno glomerular, conforme se advierte a fojas 64,69, 79 y 125del cuaderno del Tribunal Constitucional.

45. Sin embargo, no se advierte del informe ni de la documentación médica remitidos por EsSalud a este Tribunal, de fojas 44 y siguientes del cuaderno del Tribunal Constitucional, que al actor se le haya intervenido quirúrgicamente o que se le haya practicado tratamientos médicos efectivos para curar dichas enfermedades; ni tampoco que se le haya programado el riesgo quirúrgico.

46. Por otra parte, no se observa de autos que la medicina Losartán, que según asevera el actor le solicitó a EsSalud para su tratamiento, no le haya sido otorgada oportunamente por dicha entidad. Asimismo, y con respecto a su pedido de sustituir el medicamento ácido acetilsalicílico 100 mg por Aspirina 500 mg, conforme a lo recetado por el cardiólogo en fecha 24 de mayo de 2013 (a razón de media tableta, en el último caso), este Tribunal debe señalar que en autos no ha quedado acreditado el incumplimiento o el cumplimiento insuficiente alegado por el recurrente, máxime cuando se trata de a un mismo medicamento aunque en presentaciones diferentes.

47. En lo referido al pedido de reprogramación de la cita en enfermería del 27 de junio de 2013 para el 24 de junio de 2013; de programación de la cita en enfermería para el 23 de julio de 2013, conforme lo ha indicado el cardiólogo; de programación de la cita en cardiología con el doctor Barragán, en fecha cercana al 24 de agosto de 2013; y de la reprogramación de la cita del 25 de junio de 2013 en medicina general, con fecha inmediata para evitar el vencimiento del riesgo quirúrgico, de acuerdo con lo dispuesto en la Historia Clínica Nº 242402, se aprecia que tales fechas ya transcurrieron, por lo cual no se podría disponer lo solicitado. Sin embargo, de lo anterior no se desprende que corresponda desestimar inmediatamente el pedido del actor, pues nada obsta para que, en atención a las actuales circunstancias del caso, se le programen las citas médicas de manera oportuna.

48. Asimismo, tal como dice el informe cursado a este Tribunal por la Dirección de Seguros, Referencias y Contrarreferencias de la Gerencia Regional de Salud del Gobierno Regional de Arequipa, corresponde a la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud (Susalud) registrar, autorizar, supervisar y regular las instituciones administradoras de fondos de aseguramiento en salud, así como supervisar las instituciones prestadoras de servicios de salud en el ámbito de su competencia a tenor de lo previsto por la Ley N.º 29344.

49. Siendo así, la entidad demandada carece, pues, de facultades para la supervisión y fiscalización de los servicios que brinda EsSalud, porque, según lo señalado por la Ley N.º 29344 y su reglamento, las referidas funciones le competen a Susalud. En este orden de ideas, la Dirección del Gobierno Regional de Arequipa no es la encargada de supervisar el eficaz funcionamiento del servicio de salud prestado por la demandada EsSalud, por lo que este extremo de la demanda debe ser desestimado.

50. Al ser entonces responsabilidad de la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud, Susalud, la supervisión de las actividades de los diferentes hospitales y policlínicos de EsSalud, corresponde disponer que esta entidad supervise el tratamiento del recurrente, y que supervise asimismo, de acuerdo con las atribuciones que le han sido asignadas por la ley, en general todas las prestaciones de salud que viene realizando EsSalud.

51. Finalmente, y en relación con el pedido de remisión de los actuados al Ministerio Público, pedido destinado a que dicha entidad se pronuncie conforme a sus atribuciones respecto a la presunta comisión del delito de suministro infiel de productos farmacéuticos por parte de las emplazadas, este Tribunal considera que el demandante tiene expedito su derecho a presentar directamente ante el Ministerio Públicouna denuncia alegando la comisión del delito antes mencionado. En ese sentido, conviene tener presente que, conforme se aprecia del Oficio N.º 686-2013-3FPPD, el cual obra a fojas 38 del cuaderno del Tribunal Constitucional, ya existe una denuncia interpuesta por el actor ante la Tercera Fiscalía de Prevención del Delito por los hechos en cuestión.

52. Por lo expuesto, en suma, EsSalud deberá realizar todos los tratamientos y diagnósticos necesarios al recurrente para que pueda ser intervenido quirúrgicamente con el propósito de combatir o curar las enfermedades que padece. Además, debe practicársele el tratamiento posoperatorio o, en su defecto, los tratamientos imprescindibles para el restablecimiento de su salud. Asimismo, se le debe proporcionar las medicinas que necesite atendiendo a lo prescrito por el médico especialista, todo lo cual coadyuvará que cesen o se atenúen las aflicciones sicológicas alegadas por el recurrente.

Supervisión de la presente decisión

53. En el presente caso, se verifica que existen problemas estructurales en el ámbito de la prestación de los servicios de salud por parte de EsSalud, lo cual termina incidiendo de manera directa, negativa y sin justificación razonable en el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud. Estas limitaciones, valga precisar, que se ven corroboradas por anterior jurisprudencia de este Tribunal (STC Exp. n.° 03228-2012-AA, STC Exp. n.° 03191-2012-AA, STC Exp. n.° 03962-2010-AA). Con cargo a las precisiones que realizará la entidad pertinente (Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud, Susalud) sobre el presente caso, este Tribunal encuentra que, conforme al *test para el control constitucional de las políticas públicas*(fundamento 39),existen déficits de ejecución, de consideración suficiente, de protección básica, de control o de evaluación de impacto en el ámbito de las políticas materializadas por EsSalud y su ejecución.

54. Siendo así, de conformidad con las atribuciones que le han sido conferidas por la Ley N.º 29344,y en el marco de los deberes estatales establecidos constitucionalmente, es necesario disponer que Susalud supervise todas las prestaciones de salud que realiza EsSalud, con el propósito de que sean vencidos todos los obstáculos y barreras burocráticas que impidan o limiten una atención médica humana y oportuna, así como un trato digno de los pacientes y usuarios.

55. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de los mecanismos regulares de ejecución y supervisión del cumplimiento de sentencias 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 por haberse verificado la afectación del derecho fundamental del actor a la salud.

2. En consecuencia, ordenara EsSalud cumplir con realizar todos los diagnósticos y tratamientos necesarios al recurrente para que pueda ser intervenido quirúrgicamente a efectos de combatir o curar las enfermedades que padece. Además, disponer que reciba el tratamiento posoperatorio o, en su defecto, ser sometido a los tratamientos imprescindibles para el restablecimiento de su salud; asimismo, se le proporcionen las medicinas que pudiera requerir.

3. Disponer que la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud (Susalud) supervise el tratamiento del recurrente y otros casos especialmente urgentes, como el presente, en los cuales se aprecie que se obstaculiza la operación y suministro de medicamentos de pacientes con enfermedades graves o terminales
4. Disponer que Susalud supervise todas las prestaciones de salud que realiza EsSalud de acuerdo con las atribuciones que le han sido conferidas por la Ley N.º 29344, con el propósito de que sean vencidos todos los obstáculos y barreras burocráticas que impidan o limiten una atención médica humana y oportuna así como un trato digno. Esto, ciertamente, sin perjuicio de los mecanismos regulares de ejecución y supervisión del cumplimiento de sentencias constitucionales.
5. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

SS.
BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

En el presente caso, coincido con el sentido de la sentencia que declara fundada en parte la demanda. No obstante, considero necesario efectuar las siguientes precisiones.

1. En primer lugar, debo señalar que en los fundamentos 12, 19, 30 y 38 de la ponencia, se cita diversos argumentos de la sentencia emitida en el Expediente 3228-2012-PA, en el que yo formulé un voto singular; empero, dicho voto no estuvo referido a aspectos vinculados al control constitucional de las políticas públicas, sino a aspectos procesales relativos a la indebida acumulación de pretensiones y a la falta de legitimidad para obrar de la demandada respecto a las posibles afectaciones del derecho a la salud producto de la política de reuso alegadas en dicho caso. Esta precisión la efectué también en el fundamento de voto que emití en el Expediente 0008-2018-PI.

   En ese sentido, reitero mi posición respecto al deber que tiene el Tribual Constitucional de "controlar la legitimidad constitucional de las políticas públicas e incluso la ausencia de estas, en el contexto de sus deberes de respeto y garantía de los derechos", sin que por ello se ignore que, "en principio, no participa en el diseño de las políticas públicas, no decide qué opción es mejor que otra, ni prioriza las metas, pero, en todo caso, debe verificar que de la aplicación de las mismas no surjan vulneraciones de derechos o que estos se afecten por su omisión" (STC 0014-2014-PI/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-PI/TC y 0007-2015-PI/TC).

2. Por otro lado, debo hacer notar que en el fundamento 44 de la sentencia se hace referencia a diversas dolencias que aquejaron al actor en periodos anteriores y/o posteriores a la aparición del tumor axilar bilateral, esto es, el páncreas atrófico, enfermedad pulmonar obstructiva crónica y proctitis crónica inespecífica reagudizada; habiéndose precisándose, en el fundamento 45, que no consta que se le haya practicado tratamientos efectivos para curar dichas enfermedades, ni tampoco que se le haya programado riesgo quirúrgico.

   Al respecto, considero necesario precisar que el tratamiento deficiente de las citadas enfermedades no fue alegado por el actor, ni en la demanda ni en el recurso de agravio constitucional, habiendo centrado su pretensión en la deficiente atención que recibió en la programación de citas y entrega de medicamentos para el tratamiento y/u operación del tumor axilar bilateral y los exámenes previos requeridos para la intervención quirúrgica dispuesta por su médico tratante. Más aún, en el escrito presentado por el demandante ante este Tribunal (f. 23), ha señalado que respecto a dichas enfermedades se encuentra estabilizado y sometido a tratamiento farmacológico. Por ello no

considero pertinente analizar si fue o no adecuadamente tratado por dichas dolencias, por no haber sido ello materia de discusión a lo largo del proceso.

3. Asimismo, en el fundamento 46 de la sentencia se hace referencia al pedido de sustitución que efectuó el recurrente, del medicamento ácido acetilsalicílico de 100 mg, que le habría entregado el hospital demandado, por Aspirina de 500 mg, conforme a lo recetado por su cardiólogo. Al respecto, en la ponencia se señala se trataría de un mismo medicamento, aunque con presentaciones diferentes. No obstante, en el informe remitido por la Red Asistencia Arequipa de EsSalud (f. 46 del Cuadernillo del Tribunal Constitucional), se precisó que se trata de un componente equivalente en ambos, pero que "la concentración es diferente", lo que sí podría afectar el tratamiento dispuesto por el médico, si se hubiese acreditado la entrega de un medicamento diferente al recetado.

S.
LEDESMA NARVÁEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto a mis ilustres colegas magistrados, considero pertinente realizar las siguientes precisiones:

SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE ELGO RÍOS

1. En la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 22 de julio de 2015, este Tribunal estableció los criterios para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional. En ese sentido, señala que deben analizarse dos niveles para determinar si la materia controvertida puede revisarse o no en sede constitucional:

   a) La perspectiva objetiva, corrobora la idoneidad del proceso, bajo la verificación de otros dos subniveles: (a.1) La estructura del proceso, correspondiendo verificar si existe un proceso célere y eficaz que pueda proteger el derecho invocado (estructura idónea) y; (a.2) El tipo de tutela que brinda el proceso, si es que dicho proceso puede satisfacer las pretensiones del demandante de la misma manera que el proceso de amparo (tutela idónea).

   b) La perspectiva subjetiva, centra el análisis en la satisfacción que brinda el proceso, verificando otros dos subniveles: (b.1) La urgencia por la irreparabilidad del derecho afectado, corresponde analizar si la urgencia del caso pone en peligro la reparabilidad del derecho y; (b.2) La urgencia por la magnitud del bien involucrado, si la magnitud del derecho invocado no requiere de una tutela urgente.

2. Al respecto, desde una perspectiva objetiva, considero que ningún proceso ordinario hubiera sido igualmente satisfactorio al proceso de amparo en términos de celeridad, pues, su naturaleza es breve, al contener etapas procesales cortas (artículo 53 del Código Procesal Constitucional), carecer de etapa probatoria (artículo 9 del Código Procesal Constitucional), entre otras características que son propias del proceso de amparo. Es decir, el eje central del razonamiento es la demora de los procesos ordinarios en comparación con los procesos de amparo.

3. En el caso de autos, se está discutiendo la necesidad de tutelar el derecho social fundamental a la salud, lo cual no corresponde ser visto en ninguna otra vía que no sea el proceso de amparo, toda vez que ningún proceso ordinario puede brindar la tutela urgente que requiere casos como el presente.

4. En ese sentido, desde una perspectiva subjetiva se puede observar que el recurrente ha denunciado que no se le entregan los medicamentos necesarios para combatir la enfermedad que lo aqueja, ello convierte a este caso en uno de tutela urgentísima en la

medida que de no atenderlo, se puede vaciar totalmente el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud.

5. De allí podemos concluir que tanto la primera como la segunda instancia realizaron una aplicación errónea de la improcedencia liminar de la demanda.

LOS DERECHOS SOCIALES

6. Un Estado Social y Democrático de Derecho se caracteriza por privilegiar valores tales como la igualdad y la liberad siempre que apunten al desarrollo de la dignidad humana, tal como está señalado en el artículo 1 de nuestra Constitución. En ese sentido, es necesario articular los derechos fundamentales que de allí nacen.

7. Los derechos sociales han recorrido un largo camino, algunas veces para avanzar, otras para retrocer, pues incluso su propia locución ha servido para abordar diferentes situaciones normativas[1]. En efecto, antes de entrar a la clásica distinción entre los derechos sociales y otros derechos, la propia acepción "derechos sociales" tiene varios sentidos: i) derechos sociales internacionales; ii) derechos sociales legislativos; iii) derechos sociales constitucionales[2].

8. Ahora bien, conviene destacar que tradicionalmente se ha distinguido a los derechos sociales de los derechos civiles en virtud de su exigibilidad judicial. Los últimos serían exigibles por medios de procesos judiciales, mientras que los sociales responderían a decisiones políticas. En efecto, los derechos sociales implicarían una prestación positiva por parte del Estado, en tanto que los derechos civiles no requieren alguna actuación positiva.

9. Dichas distinciones pretenden asignar una característica única tanto a los derechos sociales como a los civiles. No obstante, se pueden presentar diferentes supuestos que dan cuenta del carácter autónomo y a su vez prestacional de algunos derechos sociales[3].

    - Derechos sociales que en alguna medida comportan obligaciones negativas para el Estado, pero cuyo rasgo definidor principal sigue siendo prestacional. En este supuesto pueden encontrarse la mayoría de los derechos sociales.

    - Derechos sociales cuyo rasgo definidor principal no es la prestación, sino la autonomía. Precisamente, en este supuesto se encuentran derechos como la huelga o libertad sindical.

---

1 MAZZIOTTI, Manlio. "Diritti sociali". En: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XII, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 802-803.

2 KING, Jeff. *Judging social rights*. Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 18-19.

3 PACHECO TORRES, Miguel Ángel. *El estado del estado social. Una cuestión pendiente*. Barcelona, Atelier, 2017, pág. 49.

- Derechos civiles y políticos que en alguna medida tienen un carácter prestacional pero sin perder su condición de derechos de autonomía. Aquí tenemos derechos como a la libertad religiosa o la libertad de trabajo.

10. Si bien el Tribunal Constitucional, a lo largo de su jurisprudencia constitucional, no ha delimitado la tutela de los derechos sociales como en el parágrafo anterior, sí es factible sostener que la diferencia entre derechos civiles y derechos sociales ha sido superada.

11. En efecto, el Tribunal Constitucional ha precisado que si bien la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, 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 la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población[4].

12. En esa misma línea, la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un conjunto de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares. Cuestión distinta es que las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos[5].

13. Como puede apreciarse, no existen diferencias, en razón a su estructura, entre los derechos individuales y los derechos sociales, por lo que éstos últimos son tan exigibles como los primeros. Caso contrario, confirmaríamos el presunto carácter programático de los derechos sociales, posición que ha sido superada ampliamente.

14. La protección de los derechos sociales por las Cortes Constitucionales o quien haga de sus veces es indudable. Ergo, la problemática de los derechos sociales fundamentales no solamente la encontramos en su justiciabilidad, sino en la ejecución de las sentencias sobre la materia. Y es que la diferentes perspectivas en que se pueda vincular el control constitucional[6] con las diferentes técnicas de interpretación jurídica respecto de los derechos sociales requieren necesariamente un Tribunal Constitucional fuerte, pero limitado.

15. De conformidad a lo anterior, es necesario que el Tribunal Constitucional establezca parámetros para que todos los jueces constitucionales puedan realizar un control constitucional mínimo respecto de los derechos sociales fundamentales así como de los instrumentos normativos que los contengan, es decir, las políticas públicas.

---

4 Exp. 02945-2003-AA, fundamento jurídico 12.

5 ABRAMOVICH, Víctor, COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos* exigibles. Madrid, Trotta, 2002, pág. 24.

6 Se distinguen hasta cinco formas de control constitucional respecto de los derechos sociales: YOUNG, Katharine. *Constituting economic and social rights*. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 142-166.

EL DERECHO A LA IGUALDAD

16. La igualdad es un derecho fundamental que está consagrado en el artículo 2 de nuestra Constitución: "(…) 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". En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado que estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en ser tratadas del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación (Cfr. STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 38).

17. Adicionalmente, se ha establecido que el derecho a la igualdad puede entenderse desde dos perspectivas: Igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas está referida a la norma aplicable a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la disposición normativa. La segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales.

18. Finalmente, el derecho a la igualdad debe complementarse con las categorías de diferenciación y discriminación. La diferenciación, está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (Cfr. STC 02974-2010-AA, fundamento jurídico 8; STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 41).

19. Entendida el derecho a la igualdad en los términos anteriormente descritos, el mecanismo que ha utilizado el Tribunal Constitucional para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual es el test de razonabilidad.

20. Sin embargo, el derecho a la igualdad definida en estos términos por nuestra jurisprudencia constitucional, a nuestro juicio, no es suficiente para dar cuenta de las violaciones sistemáticas. En ese sentido, aquellas personas que padecen los efectos de esa discriminación no pueden salir de esa situación en forma individual y por sus propios medios, sino que se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras para lograr igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos[7]. En consecuencia, considero que los alcances del derecho a la igualdad deberían ser ampliados por la justicia constitucional.

21. Lo que nuestro Tribunal Constitucional ha desarrollado en parte de su jurisprudencia es la igualdad formal en tanto ha sostenido que no hay vulneración al derecho a

7 CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín. "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como retribución y como reconocimiento". En: *Lecciones y Ensayos*, N° 89, 2011, pp. 142-143.

la igualdad siempre que se trate del mismo modo a las personas que se encuentran en una idéntica situación. Esta primera tesis tiene algunos inconvenientes. Primero no da cuenta de las violaciones estructurales, pues parte de comparar una situación individual frente a otras. Asimismo, no examina si las razones por las que se realizó la clasificación son legítimas. Finalmente, no verifica cuáles son las circunstancias y las propiedades relevantes para que una situación pueda ser calificada como desigual.

22. Una segunda manera de abordar la igualdad es a través de una perspectiva material. Lo que se busca aquí es la razonabilidad de la medida presuntamente contraria al derecho a la igualdad. Para lograr dicho cometido, se utilizan tres sub exámenes, que han sido tomados del principio de proporcionalidad, es decir, hay que analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuyos contenidos han sido desarrollados por abundante jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, a la cual nos remitimos.

23. Una vez precisado los tres sub exámenes de igualdad, conviene ahora determinar su ámbito de aplicación, el mismo que se hará en diferentes intensidades. Así tenemos los siguientes escrutinios[8]:

    i) Escrutinio leve: Se parte de la presunción de legitimidad/constitucionalidad de la clasificación realizada por el legislador. En consecuencia, la carga de la argumentación la tiene quien se encuentra presuntamente vulnerado en su derecho a la igualdad.

    ii) Escrutinio intermedio: Exige una relación más sustancias entre clasificación, criterio de clasificación, efectos de la clasificación y razones justificatorias, así debe demostrarse una relación estrecha entre clasificación y razones justificatorias y alegarse algún fin estatal importante que justifique la clasificación.

    iii) Escrutinio estricto: Implica partir de la presunción de la arbitrariedad de la discriminación. Asimismo, la carga de la argumentación se traslada a quienes presuntamente han vulnerado el derecho a la igualdad. Por lo general, se aplica a grupos que históricamente han sido vulnerados, como las mujeres, las comunidades indígenas, entre otros. Es precisamente aquí, donde ante la falta claridad es posible plantear las denominadas "categorías sospechosas".

24. Finalmente, la igualdad como redistribución y reconocimiento afirma que la igualdad debe ser construida en cada caso concreto, con la participación de todos los implicados en la situación de desigualdad. En consecuencia, la interpretación de la igualdad debe adecuarse a la segmentación social que el paradigma predominante ha producido[9].

S.
MIRANDA CANALES

8 Ídem, pp. 147-148.
9 Ídem, pág. 153.

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien coincido con la parte resolutiva de la sentencia de fecha 2 de junio de 2020, que declara **FUNDADA en parte** la demanda de amparo promovida en contra de EsSalud-Red Asistencial de Arequipa y la Dirección Regional de Salud de Arequipa, por haberse acreditado la vulneración del derecho fundamental a la salud del actor, considero necesario efectuar las siguientes precisiones:

1. Este Tribunal al emitir la sentencia recaída en el Expediente N° 03228-2012-PA,al desarrollar las pautas que se deben seguir para el control constitucional de las políticas públicas ha establecido lo siguiente:

   "(…) 34. El ejercicio y la cabal vigencia del derecho a la salud no puede dejar de lado a decisiones de política institucional, de diversa índole, las cuales en buena medida hacen posible el goce efectivo del derecho. En otras palabras, estamos ante un escenario donde las decisiones sobre los medios apropiados para realizar el derecho a la salud, acerca de las prioridades entre los diferentes componentes de este derecho, y sobre la profundidad y el momento en que dichos componentes deben ser satisfechos corresponden a ciertos órganos quienes tienen la facultad deliberativa para decidir en este tipo de cuestiones y quienes cuentan con la información técnica y económica necesaria para adoptar decisiones apropiadas. Frente a ello, cabe preguntarse cuál es el rol que puede asumir la judicatura constitucional en la concreción práctica del derecho a la salud, y qué ámbito de normatividad le queda por controlar, de cara a lograr la vigencia efectiva de este derecho.

   35. A la judicatura constitucional, como es obvio, no le corresponde suplir al legislador o a la autoridad nacional en salud, en este caso, el Ministerio de Salud, en la definición de las políticas públicas orientadas a la satisfacción de los diversos elementos integrantes del derecho a la salud, ni en las decisiones que se adopten para hacer efectiva la realización de este derecho, pues ello significaría afectar las competencias deliberativas y técnicas de estos órganos en la formulación e implementación de dichas políticas. No obstante, dejar la suerte del derecho a la salud solo en la voluntad de quienes formulan y ejecutan las políticas públicas en salud resulta también inadecuado desde un punto de vista constitucional. (…)"

2. En tal sentido, queda claro que el Tribunal Constitucional no resulta competente para establecer o regular políticas públicas. Sin embargo, conforme se establece en la sentencia, si se encuentra en la posibilidad de efectuar un control constitucional de la legitimidad de las políticas públicas establecidas por los distintos órganos de gobierno en busca de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales.

3. Siendo ello así, considero que en el presente caso antes que ejercer una competencia en dichos términos, este Colegiado debe partir por señalar que emite pronunciamiento en atención a su rol de garante supremo de los derechos fundamentales de las personas, frente a cualquier actuación u omisión estatal o particular que atente contra los derechos de la persona.

4. Al respecto, se advierte que en el caso sub examine el recurrente alega que, pese a lo delicado de su salud, las emplazadas vendrían negándole una atención médica adecuada y oportuna, vulnerando su derecho a la salud; por lo que, estando a tal situación el Tribunal Constitucional se encuentra legitimado para emitir un pronunciamiento a la luz de los hechos y el alcance de la tutela del citado derecho constitucional.

5. Es en dicho escenario que, al haberse detectado y comprobado que las entidades emplazadas han vulnerado el derecho a la salud del recurrente, este Tribunal Constitucional se encuentra en plenas habilitado para remediar dicha situación, a fin de que las instancias que resulten competentes subsanen las deficientes actuaciones u omisiones en las que hubieran incurrido en agravio del demandante.

S.
BLUME FORTINI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el mayor respeto por la posición de nuestros colegas magistrados, emitimos el presente voto singular, pues no compartimos íntegramente los fundamentos ni el fallo de la ponencia.

1. En efecto, sólo suscribimos los puntos resolutivos 1, 2, 3 y 5 de la ponencia y los fundamentos que los sustentan (es esto, del 44 a 54), relativos a la tutela del derecho a la protección de la salud del demandante (artículo 7 de la Constitución).

2. Disentimos con toda disertación que hace la ponencia sobre la tutela judicial del derecho a la protección de la salud y los derechos sociales.

3. Además del mencionado artículo 7 de la Constitución, y en tanto que los derechos humanos se interpretan de conformidad con los tratados sobre la misma materia ratificados por el Perú (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución), el contenido constitucionalmente tutelado del derecho a la protección de la salud se encuentra claramente reconocido en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC), y en el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador.

4. Así, en el artículo 10 de este último se indica lo siguiente:

    1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

    2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

        a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;

        b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;

        c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;

        d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;

        e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y

f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

5. En cuanto a la tutela de los derechos sociales, como el derecho a la protección de la salud, el artículo 2.1 del PDESC señala que cada uno de los Estados se compromete a adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente la plena efectividad de tales derechos. Asimismo, el artículo 19.8 del Protocolo de San Salvador dice: "los Consejos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [...] tendrán en cuenta la naturaleza progresiva de la vigencia de los derechos objeto de protección por este Protocolo". Esto concuerda con la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución ("Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente").

6. Sin perjuicio de ello, debe tenerse presente que este Tribunal ha enfatizado que "los derechos sociales, como es el caso de la salud pública, no representan prestaciones específicas por sí mismas, pues dependen de la disponibilidad de medios con que cuente el Estado, lo que, sin embargo, de ninguna manera puede justificar la inacción prolongada [...], ya que ello devendría en una omisión constitucional" (STC 2016-2004-AA/TC, fundamento 48).

7. Por último, discrepamos con el punto resolutivo 4, porque vemos innecesario recordar a una entidad pública sus obligaciones legales.

S.
FERRERO COSTA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con el mayor respeto por la posición de mis colegas magistrados, emito el presente voto singular, pues no comparto en toda su integridad los fundamentos ni el fallo de la sentencia de mayoría.

Sólo suscribo los puntos resolutivos 1, 2, 3 y 5 de la ponencia y los fundamentos que los sustentan (del 43 al 52 y el 54), que declaran **FUNDADA EN PARTE** la demanda y acogen la protección del derecho a la salud del demandante.

Empero, discrepo con la disertación que hace la sentencia de mayoría sobre la salud, el control constitucional de las políticas públicas y la tutela judicial de los derechos sociales.

El artículo 1 del Código Procesal Constitucional señala que los procesos de habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento:

> tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, *reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional* [*énfasis* añadido].

El fin de estos procesos es, pues, restablecer el ejercicio de los derechos constitucionales, dejando sin efecto los actos específicos que los vulneran en un caso concreto. Lamentablemente, la sentencia de mayoría desnaturaliza dicho fin, al pronunciarse sobre cuestiones ajenas a la controversia constitucional planteada.

El Tribunal Constitucional debe respetar el rol que la Constitución y la ley le asignan, y, no usurpar el rol de gobierno de los poderes elegidos. En una democracia, solo el Congreso y el Poder Ejecutivo pueden formular políticas públicas; a los jueces nos corresponde, únicamente, resolver los casos concretos que se someten a nuestra consideración. No estamos autorizados a hacer nada más.

S.
SARDÓN DE TABOADA

Pleno. Sentencia 424/2020

EXP. N.° 00677-2016-PA/TC-MOQUEGUA

TANIA LUZ MERY BRAVO QUISPE

Con fecha 6 de agosto de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa- Saldaña Barrera, ha emitido la siguiente sentencia, que declara **FUNDADA** la demanda de amparo.

Asimismo, los magistrados Blume Fortini y Espinosa-Saldaña formularon fundamentos de voto y los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa y Sardón de Taboada emitieron votos singulares.

La secretaría del Pleno deja constancia que los votos mencionados se adjuntan a la sentencia y que los señores magistrados proceden a firmar digitalmente la presente en señal de conformidad

S.S.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de agosto de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Sardón de Taboada, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera, y los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa y Sardón de Taboada.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Tania Luz Mery Bravo Quispe contra la sentencia de fojas 141, de fecha 14 de diciembre de 2015, expedida por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 27 de enero de 2015, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Gobierno Regional de Moquegua; solicita que se deje sin efecto el despido discriminatorio del cual ha sido objeto por causa de su estado de gestación; y que, en consecuencia, se le reincorpore en el cargo de asistente administrativo en la Subgerencia de Obras del gobierno demandado y se le abonen los costos del proceso. Refiere que prestó servicios del 6 de noviembre de 2011 hasta el 5 de enero de 2015, en el régimen laboral público. Manifiesta que, por el tiempo que prestó sus servicios, ha obtenido protección contra el despido arbitrario. Señala que el 22 de diciembre de 2015, mediante la Carta 002-2014-TL-MBQ, comunicó a su empleador respecto a su estado de gestación. Afirma que al ser despedida se ha vulnerado su derecho constitucional a igualdad y la no discriminación.

El procurador público regional adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Gobierno Regional de Moquegua propone las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa y de incompetencia por razón de la materia, y contesta la demanda. Argumenta que la actora laboró, en condición de apoyo, como asistente administrativo, de manera temporal para proyectos de inversión, proyectos especiales de naturaleza determinada. Asimismo, precisa que no es cierto que la demandante haya comunicado su estado de embarazo conforme a ley. Manifiesta, además, que la actora estuvo sujeta al régimen laboral público del Decreto Legislativo 276 y que no le resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 24041 por cuanto no realizó labores de naturaleza permanente.

El Segundo Juzgado Mixto de Mariscal Nieto, con fecha 14 de julio de 2015, declaró infundadas las excepciones propuestas y, con fecha 6 de agosto de 2015, declaró fundada la demanda, por estimar que la demandante ha laborado por más de un año en forma ininterrumpida. Asimismo, sostuvo que, de las boletas de pago y del Informe 048-2015-PCMC-RE-DRH/G.R.MOQ, de fecha 10 de febrero de 2015, se evidencia que la demandante ha prestado labores permanentes en el gobierno demandado en el cargo de asistente administrativo. Respecto a lo manifestado por el gobierno demandado que no tuvo conocimiento del estado de gestación por cuanto la demandante no habría hecho llegar las pruebas pertinentes, como el certificado de incapacidad temporal del trabajo emitido por EsSalud o por un médico particular, la citada afirmación no tiene sustento, dado que se trata de una comunicación del estado de gravidez, y no de la licencia por maternidad.

A su turno, la Sala revisora revocó la apelada y, reformándola, declaró infundada la demanda, por considerar que las labores desempeñadas por la demandante han sido de naturaleza temporal, razón por la cual no corresponde aplicar el artículo 1 de la Ley 24041; por tanto, al culminar el ejercicio presupuestal 2014, la entidad demandada estaba facultada para dar por terminada la relación laboral, independientemente del estado de gestación de la demandante, pues queda claro que la causa del cese no fue el estado de embarazo, sino la naturaleza de la prestación de los servicios.

FUNDAMENTOS

I. Delimitación del petitorio

1. La demandante pretende que se le reincorpore a su puesto de trabajo como asistente administrativo en la Subgerencia de Obras del gobierno demandado, sujeta al régimen laboral público. Alega que se ha vulnerado su derecho constitucional a no ser discriminada porque fue despedida debido a su estado de gravidez. Para ello, la cuestión controvertida se centra en determinar si el despido al que hace referencia vulneró alguno de sus derechos fundamentales.

II. Sobre la aplicación del precedente Elgo Ríos

2. En la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial El Peruano, el 22 de julio de 2015, este Tribunal estableció los criterios para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional. En ese sentido, señala que deben analizarse dos niveles para determinar si la materia controvertida puede revisarse o no en sede constitucional:

   a) La perspectiva objetiva, corrobora la idoneidad del proceso, bajo la verificación de otros dos subniveles: (a.1) La estructura del proceso, correspondiendo verificar si existe un proceso célere y eficaz que pueda proteger el derecho invocado (estructura idónea) y; (a.2) El tipo de tutela que brinda el proceso, si es que dicho proceso puede satisfacer las pretensiones del demandante de la misma manera que el proceso de amparo (tutela idónea).

b) La perspectiva subjetiva, centra el análisis en la satisfacción que brinda el proceso, verificando otros dos subniveles: (b.1) La urgencia por la irreparabilidad del derecho afectado, corresponde analizar si la urgencia del caso pone en peligro la reparabilidad del derecho y; (b.2) La urgencia por la magnitud del bien involucrado, si la magnitud del derecho invocado no requiere de una tutela urgente.

3. Al respecto, desde una perspectiva objetiva, se debe señalar que ningún proceso ordinario hubiera sido igualmente satisfactorio al proceso de amparo en términos de celeridad, pues, su naturaleza es breve, al contener etapas procesales cortas (artículo 53 del Código Procesal Constitucional), carecer de etapa probatoria (artículo 9 del Código Procesal Constitucional), entre otras características que son propias del proceso de amparo. Es decir, el eje central del razonamiento es la demora de los procesos ordinarios en comparación con los procesos de amparo.

4. Sin embargo, desde una perspectiva subjetiva se puede observar que la recurrente ha denunciado una presunta discriminación en razón a su condición de mujer y por ser gestante. En este sentido, por la magnitud del bien involucrado, es pertinente analizar el fondo de la controversia.

III. Sobre el derecho al trabajo

5. El artículo 22 de la Constitución establece: "El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona"; y su artículo 27 señala: "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario".

6. En el presente caso, la demandante solicita que se ordene su reposición laboral al haber sido objeto de un supuesto despido nulo por haberse encontrado en estado de gestación.

7. Al respecto, este Tribunal considera necesario resaltar lo previsto por el artículo 23 de la Constitución del Perú, respecto a la obligación que tiene el Estado de proteger especialmente a la madre que trabaja, proscribiendo cualquier tipo de discriminación que pudiese desembocar en el despido de una trabajadora por razones de su embarazo. Asimismo, cabe recordar que el apartado d) del artículo 5 del Convenio 158 de la OIT señala que el embarazo no constituirá causa justificada para la terminación de la relación laboral.

IV. De la especial protección a las mujeres en estado de embarazo

8. Este Tribunal considera necesario pronunciarse respecto de una situación que se advierte en el presente caso, y que debe ser atendida. Previamente será necesario hacer algunas precisiones.

Los derechos sociales

9. Tradicionalmente se ha distinguido a los derechos sociales de los derechos civiles en virtud de su exigibilidad judicial. Se señala que los últimos son exigibles a través de

procesos judiciales, mientras que los derechos sociales responderían a decisiones políticas. En efecto, los derechos sociales implicarían una prestación positiva por parte del Estado, en tanto que los derechos civiles no necesariamente requieren alguna actuación positiva.

10. Dichas distinciones se basan principalmente en asignar una característica única tanto a los derechos sociales como a los civiles relacionado a un carácter prestacional de uno, negándoselo al otro y viceversa.

11. En efecto, este Tribunal ha precisado que si bien la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, 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 la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población (Cfr. STC 02945-2003-AA, f.j. 12).

12. En esa misma línea, la estructura de los derechos, tanto los civiles como los políticos puede ser caracterizada como un conjunto de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de acciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares.

13. En este sentido, no existen diferencias, en razón a su estructura, entre los derechos individuales y los derechos sociales, por lo que éstos últimos son tan exigibles como los primeros.

EL DERECHO A LA IGUALDAD

14. La igualdad es un derecho fundamental que está consagrado en el artículo 2 de nuestra Constitución: "(…) 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". En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado que estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en ser tratadas del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación (Cfr. STC 02835-2010-AA, f.j. 38).

15. Adicionalmente, se ha establecido que el derecho a la igualdad puede entenderse desde dos perspectivas: Igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas está referida a la norma aplicable a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la disposición normativa. La segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales.

16. Finalmente, el derecho a la igualdad debe complementarse con las categorías de diferenciación y discriminación. La diferenciación, está constitucionalmente admitida,

atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (Cfr. STC 02974-2010-AA, f.j. 8; STC 02835-2010-AA, f.j. 41).

17. Entendido el derecho a la igualdad en los términos anteriormente descritos, el mecanismo que ha utilizado el Tribunal Constitucional para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual es el test de razonabilidad.

18. Sin embargo, el derecho a la igualdad definido en estos términos por nuestra jurisprudencia constitucional, no es suficiente para dar cuenta de violaciones sistemáticas de derechos que pueden presentarse en algunos casos. Existirán casos en los que personas que son víctimas de discriminación no podrán salir de esa situación por sus propios medios, sino que se requerirá acciones positivas de parte del Estado para conseguir una igualdad de oportunidades en el ejercicio de sus derechos. En consecuencia, los alcances del derecho a la igualdad deben irse ampliando por la justicia constitucional.

19. Lo que el Tribunal Constitucional ha desarrollado en parte de su jurisprudencia es la igualdad formal en tanto ha sostenido que no hay vulneración al derecho a la igualdad siempre que se trate del mismo modo a las personas que se encuentran en una idéntica situación. Esta primera tesis tiene algunos inconvenientes. Primero no da cuenta de las violaciones estructurales, pues parte de comparar una situación individual frente a otras. Asimismo, no examina si las razones por las que se realizó la clasificación son legítimas. Finalmente, no verifica cuáles son las circunstancias y las propiedades relevantes para que una situación pueda ser calificada como desigual.

20. Una segunda manera de abordar la igualdad es a través de una perspectiva material. Lo que se busca aquí es la razonabilidad de la medida presuntamente contraria al derecho a la igualdad. Para lograr dicho cometido, se utilizan tres sub exámenes, que han sido tomados del principio de proporcionalidad, es decir, hay que analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuyos contenidos han sido desarrollados por abundante jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, a la cual nos remitimos.

LA SITUACIÓN DE LAS MUJERES EN LA SOCIEDAD ACTUAL

21. Durante el siglo pasado y en las últimas décadas la participación de las mujeres en los asuntos sociales, educativos, políticos y laborales, ha registrado cambios muy importantes. El avance en el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, así como el ejercicio efectivo de los derechos civiles y políticos de aquella (por ejemplo, el derecho al sufragio y a la participación política, entre otros), ha generado que las mujeres no solo ocupen un rol importante en la sociedad, sino además que su "incorporación trajera aparejadas profundas transformaciones en diferentes aspectos, incluidos cambios en el mercado laboral, logros educativos, la disminución de la tasa

de fecundidad femenina, modificaciones en las relaciones familiares y avances en el acceso a la toma de decisiones" (Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL (2004), *Caminos hacia la equidad de género en América Latina y el Caribe*, en la Novena Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y El Caribe, Ciudad de México).

22. Dichos avances se han ido dando de manera paulatina y lentamente, por lo que aún persiste el objetivo de alcanzar mayores niveles de igualdad en la participación de las mujeres en los ámbitos social, educativo, político y laboral, por mencionar sólo algunos.

23. Entre los factores que obstaculizan el acceso de las mujeres para alcanzar dicho objetivo, tenemos los vinculados a la división sexual de trabajo, esto es, los distintos papeles tradicionales asignados en razón del sexo. Un claro ejemplo de ello se demuestra en la forma cómo se educa a las mujeres, a quienes desde pequeñas se les enseña que su labor se encuentra en las tareas domésticas, cuando realmente ellas pueden corresponder, sin distinción alguna, tanto al hombre como a la mujer.

24. Otro factor a considerar se desprende de la naturaleza biológica de las mujeres, distinta a la de los hombres. Es claro que tanto el hombre como la mujer son iguales ante la Constitución y ante la ley; sin embargo, la naturaleza biológica de las mujeres en su aspecto reproductivo ha permitido históricamente que se dificulte su acceso y permanencia en los ámbitos educativo, profesional y de trabajo remunerado. Esta situación de desigualdad, que ha estado presente a lo largo de la historia, hasta el día de hoy no ha logrado superarse.

25. La situación de desigualdad que afrontan las mujeres en las sociedades modernas es un problema estructural. En consecuencia, se requiere que el derecho a la igualdad sea ampliado. No basta entender igualdad como no discriminación, sino también como un reconocimiento de grupos en situación de desventaja.

26. Este Tribunal considera que en aras de promover la igualdad de oportunidades entre sexos, debe desecharse la idea de que son prioritariamente las mujeres quienes deben ocuparse de los hijos y de las tareas del hogar. Ello genera efectos negativos en su derecho de acceder a una profesión, a la educación o a un trabajo fuera del hogar. De lo que se trata es de garantizar que las funciones biológicas propias de las mujeres no acarreen perjuicios en su situación educativa, laboral y profesional, y que el Estado otorgue toda la protección que resulte necesaria para combatir la situación de desigualdad estructural en nuestro país. Este problema se agudiza aún más si las mujeres sólo ven sobre el papel sus derechos sociales fundamentales.

27. La transformación de enfoque y percepciones tanto de hombres y mujeres, a efectos de lograr, en primer lugar reconocimiento, para la consecución de paridad de las mujeres en los ámbitos político, educativo y laboral, es una tarea pendiente que le corresponde al Estado a través de acciones positivas y a la sociedad en su conjunto. Ciertamente, "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, este Tribunal en la STC 0001-0003-2003-AI/TC (acumulados), ha destacado en el fundamento jurídico 12: «(…) cuando el artículo 103 de la Constitución prevé la imposibilidad de dictar leyes especiales "en razón de las diferencias de las personas", abunda en la necesaria igualdad formal prevista en el inciso 2) de su artículo 2, según la cual el legislador no puede ser generador de diferencias sociales; pero en modo alguno puede ser interpretado de forma que se limite el derecho y el deber del Estado de, mediante "acciones positivas" o "de discriminación inversa", ser promotor de la igualdad sustancial entre los individuos.

28. Ahora bien, las acciones positivas que debe ejecutar el Estado deben ir acompañadas del reconocimiento de algunos derechos diferenciados en favor de las mujeres. Ello en la medida en que, como se afirmó antes, la naturaleza biológica en el ámbito reproductivo, conlleva a ciertas acciones biológicas que no pueden ser asumidas por el hombre, tales como llevar el embarazo, el parto o la lactancia natural.

29. No se puede perder de vista que ya algunos tribunales se han pronunciado extendiendo el derecho del permiso por lactancia a los hombres cuando se trate de la lactancia artificial a diferencia de la lactancia natural que solo puede ser asumida por la madre. (Véase por ejemplo la Sentencia 2005/2001 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, de 4 de octubre de 2011 y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 30 de septiembre de 2010, en el asunto C-104/09.

30. En el mismo sentido, en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el asunto Ulrich Hosfman del 12 de julio de 1984 (párrafo 25), se consideró que respecto del embarazo y la maternidad, "se reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad, de la protección de dos clases de necesidades de las mujeres. Se trata de asegurar, de un lado, la protección de la condición biológica de las mujeres durante el embarazo y al término de éste, justo hasta el momento en que sus funciones fisiológicas y psíquicas se hayan normalizado después del parto, y, de otro lado, la protección de las relaciones particulares entre la mujer y su hijo/hija en el curso del período que sigue al embarazo y al parto, evitando que estas relaciones sean turbadas por el cúmulo de cargas resultantes del ejercicio simultáneo de una actividad profesional".

31. La Corte Constitucional de Colombia, tampoco ha sido ajena a esta problemática. En efecto, bajo la garantía conocida como fuero de maternidad se impide el despido o la terminación del contrato causados por el embarazo o la lactancia (T-138-15, f.j. 6). Aunado a ello, también comprende el derecho al descanso remunerado antes y después del parto, la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido y la estabilidad laboral reforzada (SU070-13, f.j. 21).

32. El propio trato diferente que se establece entre mujeres y hombres (madres y padres) al configurar derechos como la "licencia por maternidad" y el "permiso por lactancia"

para las mujeres, se justifica en la medida en que el derecho a la igualdad también puede implicar tratos diferenciados, siempre que exista justificación razonable y objetiva para ello.

33. Lo que se busca a través de derechos como la licencia por embarazo y por lactancia no solo es proteger el derecho a la igualdad y a la salud de las mujeres, así como el derecho a la salud del niño o niña, sino que no exista un conflicto entre las responsabilidades propias de su naturaleza biológica y las profesionales, es decir una carga que las mujeres deban soportar solo por el hecho de ser mujeres.

34. Han sido diversos los casos en los que dicho conflicto no solo no ha podido ser conciliado por las mujeres, sino que además ellas han sido sujetas de discriminación en razón de su sexo. Al respecto, este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse en casos en los que las demandantes solicitan hacer uso de su descanso por maternidad con goce de remuneraciones y si bien en ellos se determinó que había operado la sustracción de la materia; sin embargo, decidió resolver el fondo de la controversia y estimar cada una de las demandas, dada la gravedad de los casos, a fin de que no se vuelva a incurrir en actitudes de este tipo en situaciones similares (Expedientes 03861-2013-PA/TC, 00388-2013-PA/TC y 00303-2012-PA/TC).

35. En el mismo sentido, se han advertido casos donde se ha constatado que las mujeres han sufrido despido en razón de discriminación basada en su sexo (sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC), situación en la que este Tribunal declaró fundada la demanda y ordenó la inmediata reincorporación de la demandante a su centro de labores. La discriminación laboral en el caso de las mujeres y en razón de su sexo, no solo se refleja en los casos en los que es apartada de su centro de labores, sea por despido, terminación o la no renovación de su contrato de trabajo a causa o con ocasión de encontrarse en estado de embarazo, licencia por embarazo o por lactancia, esto es, cuando ya se encontraba trabajando, sino además y a través de hostigamientos o cualquier otro acto de amedrentamiento que tenga por objeto la renuncia de parte de aquella (despido indirecto).

36. La discriminación por sexo en el ámbito laboral también se evidencia desde la etapa previa a la relación laboral, esto es, en el acceso a un trabajo. No puede soslayarse que en entrevistas de trabajo se suele preguntar a las mujeres si son casadas, sino también si tienen hijos o el número de hijos que tienen, lo cual no es determinante para su desempeño profesional.

37. Así ha sido reconocido por este Tribunal Constitucional cuando señaló que "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 [...]. En cambio, la discriminación es indirecta cuando ciertas normas jurídicas, políticas

y actos del empleador de carácter aparentemente imparcial o neutro tienen efectos desproporcionalmente 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 [...]" (sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC, fundamentos jurídicos 44 y 45).

38. La titularidad de los derechos derivados de la maternidad, solo y en tanto se encuentren asociados por dicho hecho –la maternidad–, no solo puede verse violada por la discriminación en razón de su sexo, sino también por la discriminación en razón de la situación familiar, siendo ésta una categoría sospechosa de discriminación también contenida en el artículo 2.2 de la Constitución cuando establece que "nadie debe ser discriminado por motivo [...] de cualquier otra índole". De igual manera lo ha reconocido la Observación General N° 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuando señala que "[...] también puede producirse discriminación cuando una persona no puede ejercer un derecho consagrado en el Pacto como consecuencia de su situación familiar [...]" (Observación General Nº 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales. Artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el 42º período de sesiones, Ginebra, del 4 al 22 de mayo de 2009).

39. En síntesis, tanto hombres como mujeres son iguales ante la Constitución y la Ley. Sólo existen diferencias biológicas en el ámbito de la reproducción que podrían generar una situación de desigualdad. En esa medida, corresponde al Estado garantizar tutelas diferentes para situaciones desiguales con la finalidad de asegurar que estas diferencias no se conviertan en cargas que un grupo vulnerable tenga que soportar. En este caso en específico se trata de la estabilidad laboral de las mujeres embarazadas.

40. De lo señalado en los fundamentos *supra,* este Tribunal es consciente que las mujeres embarazadas constituyen un grupo que en el ámbito laboral se encuentra en una situación de vulnerabilidad notable, y que por tanto merecen una protección reforzada, de tal forma que sus derechos en el mercado laboral no sean vulnerados.

41. La Constitución dispone el deber del Estado de brindar atención prioritaria al trabajo, y de manera específica, protección especial a la madre que trabaja en el ámbito laboral remunerado (artículo 23).

42. Este Tribunal ha señalado en reiterada jurisprudencia que existen varios tipos de despido, entre los que encontramos al despido nulo, que es el que se produce por causas específicamente tipificadas en la ley. Una de esas es el despido por estado de embarazo (STC 0976-2001-AA/TC; 0206-2005-AA/TC; 05652-2007-AA). Además también podría serlo por vulneración del derecho de igualdad, libertad sindical, etc. Este Tribunal ha sido muy enfático en sostener que el despido nulo implica la vulneración derechos fundamentales y por tanto, la especial urgencia que merece su tutela.

43. Respecto a las consecuencias del despido nulo, el artículo 34 del D.L. 728 en su segundo párrafo señala lo siguiente:

> En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38.

44. En este sentido, en los casos en que por despido, terminación o no renovación de contrato de trabajo a causa o con ocasión de encontrarse en estado de embarazo, por hostigamientos o cualquier otro acto de amedrentamiento que tenga por objeto la renuncia de una trabajadora embarazada, deberá presumirse que se trata de un despido que tiene como causa este estado y que por lo tanto será nulo.

45. Sin embargo, esto implica que la trabajadora en estado de gestación tendrá la responsabilidad de acreditarlo con el informe médico correspondiente, pues será a partir de ese instante, en el que toma conocimiento el empleador del estado de gestación, en que empezará a operar dicha protección.

46. Ahora bien, cabe preguntarse hasta qué momento se presumirá que el despido, terminación o no renovación de contrato de trabajo se ha realizado por el estado de embarazo de una trabajadora. Este colegiado considera que la protección debe extenderse hasta que culmine el periodo de permiso por lactancia reconocido por la Ley 27240 (hasta que el menor hijo cumpla un año), derecho cuya protección ha sido reafirmada por este Tribunal en el expediente N° 1272-2007-PA/TC.

47. La extensión de la protección deberá ser hasta dicho momento en tanto la madre aún acarrea las consecuencias biológicas de su embarazo en el ámbito laboral, y esta obligación maternal bajo ningún motivo puede implicar una amenaza a sus derechos.

48. Ahora bien, a manera de resumen, estas serán las reglas que operarán en el caso de mujeres que demanden haber sido víctimas de un despido por estado de gestación:

    i) Cualquier despido, terminación o no renovación de contrato, hostigamientos o cualquier otro acto de amedrentamiento que tenga por objeto la renuncia de parte de una trabajadora embarazada, deberá presumirse y tratarse como un despido nulo que tiene como causa dicho estado.

    ii) Las mujeres que a través de un proceso judicial demanden haber sido víctimas de un despido nulo por encontrarse en estado de gestación, deben haberlo comunicado y acreditado previamente con el informe médico correspondiente.

    iii) La protección señalada surte efectos hasta la culminación del periodo de permiso por lactancia establecido por ley.

49. En el caso concreto, queda claro que la demandada tenía conocimiento del estado de gestación y de la particular situación en la que se encontraba la recurrente al momento de no renovarle su contrato tal y como ha sido acreditado con la Carta N° 002-2014-TLMBQ recibida en la Sub Gerencia de Obras del Gobierno Regional de Moquegua con fecha 22 de diciembre de 2014, y en la Dirección de Recursos Humanos del mismo, con fecha 23 de diciembre de 2014 (fj. 8).

50. En este sentido, era obligación de la entidad tomar en consideración la especial situación en la que se encontraba la señora Bravo Quispe, por lo que la no renovación de su contrato debe entenderse como un despido nulo que tuvo como causa su estado de gestación. Por lo tanto, corresponde declarar fundada la demanda por vulneración del derecho al trabajo y a la igualdad.

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 de autos. En consecuencia, **NULO** el despido del que ha sido objeto la recurrente.
2. **ORDENAR** que el Gobierno Regional de Moquegua reponga a doña Tania Luz Mery Bravo Quispe como trabajadora a plazo indeterminado en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22.° y 59.º del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos procesales.

Publíquese y notifíquese.

SS.
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE MIRANDA CANALES

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con declarar fundada la demanda, discrepo de los fundamentos 2 y 3 de la sentencia, por las consideraciones que paso a exponer:

1. Considero que corresponde emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia sin hacer previamente el análisis de los criterios del precedente Elgo Ríos, recaído en el expediente 02383-2013-PA/TC, por no existir vía paralela igualmente satisfactoria en el estado en que se encuentra el presente proceso.

2. En efecto, el amparo es idóneo en tanto se demuestre que el que se encuentra tramitándose ante la justicia constitucional constituye una vía célere para atender el derecho de la demandante, características que tiene que determinarse no en función de un análisis constreñido al aspecto netamente procedimental diseñado en las normativas correspondientes a cada tipo de proceso, sino en función básicamente de un análisis coyuntural referido al momento de aplicación de la vía paralela.

3. Es decir, si se trata de una vía igualmente satisfactoria, teniendo en cuenta el tiempo que viene empleando la demandante y la instancia ante la que se encuentra su causa. En el presente caso, la demandante viene litigando desde el 27 de enero de 2015 (más de 4 años y ocho meses), por lo que, obviamente, no resulta igualmente satisfactorio a su pretensión que estando en un proceso avanzado en la justicia constitucional, se pretenda condenarla a iniciar un nuevo proceso en otra vía, lo cual inexorablemente implicará un mayor tiempo de litigio y de lesión de sus derechos.

S.
BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas, pero me permito realizar las siguientes observaciones:

Sobre la importancia de la convencionalización del Derecho y su cabal entendimiento

1. A propósito de las incidencias del caso concreto, consideramos que comprender la actuación del juez constitucional desde el parámetro de una Constitución "convencionalizada", o dicho con otras palabras, dentro de una lógica de "convencionalización del Derecho", resulta insoslayable. Y es que en contextos como el latinoamericano la convencionalización del Derecho ha sido, indudablemente, un importante elemento para proteger los derechos de las personas, y a la vez, para democratizar el ejercicio del poder que desempeñan las autoridades involucradas en esta dinámica.

2. Así, la apuesta por la "convencionalización del Derecho" permite, desde la diversidad, construir o rescatar lo propio (que, por cierto, no es excluyente o peyorativo de lo distinto). En este sentido, facilita acoger y sistematizar aportes de la normativa y jurisprudencia de otros países, así como las buenas prácticas allí existentes, elementos de vital relevancia para enriquecer el quehacer jurisdiccional. Conviene entonces aquí resaltar que la convencionalización del Derecho no implica la desaparición o el desconocimiento de lo propio. Implica más bien su comprensión dentro de un escenario de diálogo multinivel, para así enriquecerlo y potenciarlo.

3. Ahora bien, es también pertinente indicar que esta "convencionalización del Derecho" se extiende más allá del circuito interamericano de protección de derechos humanos, esto es, no se agotan en el respeto de lo previsto en la Convención Americana o en la interpretación vinculante que de dicha Convención desarrolla la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comprende, además, a los tratados internacionales y las distintas convenciones suscritas por los Estados (en este caso, el Convenio 87 de las OIT), la interpretación vinculante de las mismas o aquello que hoy se nos presenta como normas de lus Cogens. Todo ello sin que se deje de reconocer en modo alguno la relevancia de lo propio, si existe, como elemento central para la configuración o el enriquecimiento, según fuese el caso, de un parámetro común de protección de derechos.

4. Finalmente, no debe olvidarse que todo esto parte de una idea de la interpretación de la Constitución y del Derecho como "concretización", por lo que la dinámica aquí señalada le permite al juez o jueza constitucional desarrollar una perspectiva de su labor a la cual podemos calificar como "principalista", o sustentada en la materialización de

ciertos principios. Ello posibilita a los juzgadores(as) contar con una compresión dinámica de su labor, comprensión no cerrada a una sola manera de entender las cosas para enfrentar los diferentes problemas existentes, problemas ante los cuales cada vez se le pide más una respuesta pronta y certera de estos juzgadores.

5. Siendo así, y a modo de síntesis, bien puede señalarse que en un escenario tan complejo como el que toca enfrentar a los jueces y juezas, la apuesta por un Derecho Común deviene en un poderoso aliado para la configuración, el enriquecimiento y la validación de las respuestas a dar a determinados y graves problemas que se presentan en la realidad.

Sobre la discriminación contra la mujer y el estándar de protección del derecho al trabajo

6. Resulta necesario señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha construido una importante línea de jurisprudencia en torno a la discriminación contra la mujer. Así, aunque, en específico, los casos contenciosos que ha resuelto se centran en la violencia contra la mujer como una forma de discriminación, se debe rescatar que el análisis de este tribunal internacional parte de la obligación general de no discriminación, contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

7. En ese sentido, en el Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009, la Corte Interamericana recogió la noción de discriminación contra la mujer prevista en un instrumento internacional:

> "Desde una perspectiva general la CEDAW define la discriminación contra la mujer como "toda distinción, exclusión a 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" (…)" (párrafo 394).

8. Asimismo, la Corte Interamericana se ha referido a la obligación de no discriminación en su Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, en los siguientes términos:

> "El artículo 1.1 de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos "sin discriminación alguna". Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma." (párrafo 53).

9. Por consiguiente, dado que la discriminación contra la mujer puede extenderse también al ámbito laboral, los Estados Parte de la Convención Americana, como lo es el Estado Peruano, tiene entonces que asegurar el cumplimiento del mandato de no discriminación en cuanto al goce y ejercicio del derecho al trabajo. Respecto a este último, la Corte ha establecido en el Caso Lagos del Campo vs. Perú, sentencia de 31 de agosto de 2017, que:

   > "(…) la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice éste bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho." (párrafo 50).

10. A partir de lo anterior, se debe afirmar que el despido debido al estado de gravidez constituye una forma de discriminación contra la mujer, pues el embarazo, tal como lo ha entendido este Tribunal Constitucional, se trata de un hecho biológico que incide exclusivamente en las mujeres, por lo que cualquier trato desfavorable fundado en dicho motivo implica un acto discriminatorio. Asimismo, en este caso en particular, este tratamiento discriminatorio guarda conexión con el derecho al trabajo, en tanto el despido de la trabajadora obedeció a su estado de gestación.

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por mis colegas magistrados, en el presente caso no comparto la opinión de que se dicte sentencia estimatoria, pues, a mi consideración, lo que corresponde es declarar **IMPROCEDENTE** la demanda y disponerse la reconducción del proceso a la vía del proceso laboral, ordenando al juez de origen que remita de inmediato los autos al juez ordinario competente para que prosiga su trámite y la actora adecúe su demanda si así lo considera conveniente. Mis argumentos son los siguientes:

I. Iter procesal

La demandante interpone demanda de amparo contra el Gobierno Regional de Moquegua, con el objeto que se deje sin efecto el despido discriminatorio del cual afirma haber sido objeto por razón de su estado de gestación y que, en consecuencia, se le reincorpore en el cargo de asistente administrativo en la Subgerencia de Obras del gobierno regional demandado y se le abonen los costos del proceso. Refiere que prestó servicios del 6 de noviembre de 2011 hasta el 5 de enero de 2015, en el régimen laboral público. Manifiesta que, por el tiempo que prestó sus servicios, ha obtenido protección contra el despido arbitrario. Señala que el 22 de diciembre de 2015, mediante la Carta 002-2014-TL-MBQ, comunicó a su empleador sobre su estado de gestación. Afirma que al ser despedida se ha vulnerado su derecho constitucional a la igualdad y la no discriminación.

El procurador público regional adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Gobierno Regional de Moquegua formuló las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa y de incompetencia por razón de la materia, y contestó la demanda argumentando que la actora laboró, en condición de apoyo, como asistente administrativo, de manera temporal para proyectos de inversión, proyectos especiales de naturaleza determinada. Agregó que no es cierto que la demandante haya comunicado su estado de embarazo conforme a ley. Manifestó, además, que la actora estuvo sujeta al régimen laboral público del Decreto Legislativo 276 y que no le resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 24041 por cuanto no realizó labores de naturaleza permanente.

El Segundo Juzgado Mixto de Mariscal Nieto declaró infundadas las excepciones propuestas y, en su oportunidad, declaró fundada la demanda, por estimar que la demandante laboró por más de un año en forma ininterrumpida. Asimismo, sostuvo que, de las boletas de pago y del Informe 048-2015-PCMC-RE-DRH/G.R.M0Q, de fecha 10 de febrero de 2015, se evidencia que la demandante efectuó labores permanentes en el gobierno demandado en el cargo de asistente administrativo. Respecto a lo manifestado por el gobierno demandado en el sentido de que no tuvo conocimiento del estado de gestación porque la demandante no habría hecho llegar las pruebas pertinentes, por ejemplo el certificado

de incapacidad temporal del trabajo emitido por EsSalud o por un médico particular, la citada afirmación no tiene sustento, dado que se trata de una comunicación del estado de gravidez, y no de la licencia por maternidad.

A su turno, la Sala revisora revocó la apelada y, reformándola, declaró infundada la demanda, por considerar que las labores desempeñadas por la demandante fueron de naturaleza temporal, razón por la cual no corresponde aplicar el artículo 1 de la Ley 24041; por tanto, al culminar el ejercicio presupuestal 2014, la entidad demandada estaba facultada para dar por terminada la relación laboral, independientemente del estado de gestación de la demandante, pues queda claro que la causa del cese no fue el estado de embarazo, sino la naturaleza de la prestación de servicios.

II. Procedencia de la demanda

En la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de julio de 2015, este Tribunal estableció en el fundamento 15, con carácter de precedente, que la vía ordinaria será "igualmente satisfactoria" a la vía del proceso constitucional de amparo si en un caso concreto se demuestra, de manera copulativa, el cumplimiento de los siguientes elementos: i) que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho; ii) que la resolución que se fuera a emitir pueda brindar tutela adecuada; iii) que no existe riesgo de que se produzca irreparabilidad; y iv) que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.

En el caso concreto existe la necesidad de tutela urgente derivada de la relevancia del derecho, pues, conforme se ha señalado en los antecedentes, se ha denunciado la presunta vulneración del principio de no discriminación de la madre que trabaja. Por tanto, el Tribunal Constitucional estima que, en la medida que el artículo 23 de la Constitución establece una especial protección por parte del Estado de la madre trabajadora, el proceso de amparo es el idóneo para resolver la controversia. Por esta razón, debe analizarse el fondo de la controversia.

III. La discriminación basada en el sexo y la tutela reforzada de los derechos de la mujer en la Constitución

La Constitución, en su artículo 2.2, dispone que "[n]adie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". De esta norma se deduce que se considerarán discriminatorias todas aquellas prácticas que consideren como relevantes los factores expresamente prohibidos por la Constitución. Sin embargo, como ya hemos tenido la oportunidad de precisar, la expresión "de cualquier otra índole" que se recoge en el artículo 2.2 permite que la Constitución se configure como un instrumento vivo, que considere las necesidades particulares de las sociedades y su especial evolución [cfr. STC Exp. 05157-2014-PA, fundamento 19]. De esta forma, la norma suprema permite que ciertos grupos históricamente discriminados, y que no cuenten con alguna tutela reforzada que derive de su texto, puedan ser protegidos atendiendo a su condición de vulnerabilidad.

De esta disposición se desprende que uno de los especiales motivos de discriminación, que originan el surgimiento de una tutela reforzada, se suele fundar en el sexo de las personas. Así, toda distinción, exclusión, restricción o preferencias injustificadas basadas en este criterio, y que tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento de sus derechos, se encuentra constitucionalmente prohibida. El reconocimiento que ha hecho el constituyente de determinadas categorías, como el sexo, la religión o la opinión política, no es casual. Obedece a contextos históricos de discriminación en contra de dichos colectivos, lo que origina que cualquier distinción que se funde en uno de estos motivos genera una presunción de inconstitucionalidad que corresponde desvirtuar a quien efectuó la práctica cuestionada.

Las prácticas discriminatorias basadas en el sexo, y que han tenido como principales destinatarias a las mujeres, no son de reciente data. De hecho, uno de los motivos más persistentes para el otorgamiento de tratos diferenciados ha sido, precisamente, el sexo de la persona. Así, aspectos tales como la restricción para el acceso de empleo, el no reconocimiento del derecho al voto, las "leyes de obediencia femenina" o los conocidos estereotipos que se asignan al sexo femenino han abarcado importantes espacios de nuestra historia. Sin embargo, aun en la actualidad, se pueden advertir distintas prácticas discriminatorias que son avaladas, e incluso aprobadas, por el propio aparato estatal. De este modo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante, Comité CEDAW, por las siglas en inglés) ha advertido, por ejemplo, que todavía persisten, en distintos códigos, los denominados "delitos contra el honor", los cuales tienen como principales destinatarias a todas aquellas mujeres que no hubiesen desarrollado una conducta socialmente aceptable [Comité CEDAW. Observaciones finales respecto del Líbano. CEDAW/C/LBN/CO/3, párr. 26]. Del mismo modo, en distintos códigos penales se reduce o, incluso, extingue la responsabilidad penal cuando, en casos de violación, el perpetrador se casa con la víctima [Comité CEDAW. Recomendación General 31. CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18, párr. 23]. También se han cuestionado, de manera severa, los denominados "matrimonios forzosos", los cuales, también, tienen como principales destinatarias a niñas, y que se realizan de manera habitual en distintas partes del mundo.

Todo este contexto ha ocasionado que, en ciertos sectores de la comunidad internacional, se advierta la necesidad de adoptar instrumentos y/o tratados para la protección especial de la mujer. Evidentemente, ello no quiere decir que la prohibición de discriminación basada en el "sexo" no pueda desplegar sus efectos también para la protección del hombre, cuando sea el caso; tan solo advierte que, en distintas ocasiones, han sido las mujeres las principales afectadas por las conductas discriminatorias, las cuales han sido practicadas y toleradas tanto por el Estado como por los particulares. De este modo, a nivel de las Naciones Unidas, se aprobó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Este instrumento internacional ha precisado, en su artículo 3, que los Estados Partes

> (T)omarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el

ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

En el ámbito interamericano, de una manera similar, se han incluido distintas obligaciones direccionadas principalmente al Estado. Sin embargo, en el artículo 1 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra la mujer "Convención Belém do Pará", se precisa que "debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado". Este mismo instrumento internacional, a propósito del reconocimiento de los derechos que le corresponden a la mujer, garantiza el derecho a "igualdad de protección ante la ley y de la ley" (artículo 4), lo cual implica la prohibición de cualquier trato o práctica discriminatoria. Ahora bien, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ("Convención de Belem do Pará") ha extendido sus alcances también para el ámbito privado, lo cual es indispensable para lograr que las prácticas discriminatorias cesen de manera definitiva. El pleno goce y ejercicio de los derechos de la mujer demanda no solo un accionar por parte del Estado, sino también un compromiso de respeto por parte de los privados en escenarios como, por ejemplo el laboral (por la discriminación que se presenta en los puestos de trabajo por aspectos concernientes a los embarazos, las distintas remuneraciones que se otorgan a ambos sexos, o por la sub-representación femenina en algunos puestos), el de salud (por la atención y los servicios que puedan dispensarse, por ejemplo, en las clínicas) o el educativo (discriminación contra las niñas y mujeres en centros educativos privados).

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su jurisprudencia, ha contribuido en la exigibilidad de los derechos de la mujer y en la visibilización de su situación especial de vulnerabilidad. Así, cabe rescatar sin ánimo de exhaustividad, decisiones emblemáticas como las referidas al caso Gonzales y otras ("Campo Algodonero") v. México, mediante el cual se analizaron las obligaciones reforzadas que poseen los Estados en la prevención de la desaparición y violencia sexual que sufren las mujeres en contextos de violencia estructural basada en el género; el caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación *in Vitro*") v. Costa Rica, donde abordó la autonomía reproductiva de la mujer, en el ámbito del derecho a la vida privada y destacó el impacto negativo y desproporcional de la prohibición de la fecundación *in vitro* en las mujeres; y el caso I.V. v. Bolivia, mediante el cual abordó el acceso a la justicia en situaciones de violaciones a los derechos sexuales y reproductivos, y estableció que las prácticas de esterilización no consentidas, involuntarias o forzadas no pueden quedar impunes. Es así, que jurisprudencialmente, la Corte IDH ha ido sentando progresivamente estándares de protección reforzada a nivel internacional en resguardo de los derechos de la mujer, incluyendo la esfera sexual y reproductiva.

En ese sentido, la Constitución de 1993, además de la cláusula general de no discriminación que se regula en el artículo 2.2, contiene distintas disposiciones direccionadas a tutelar de manera especial determinados derechos de la mujer. Así, el artículo 4 reconoce que "La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la

madre y al anciano en situación de abandono". De ello se desprende que nuestro texto constitucional otorga una tutela reforzada a las mujeres que sean madres o que estén por serlo, como ocurre particularmente en el caso de las mujeres gestantes. Evidentemente, la especial tutela que se brinda a nivel constitucional tiene estrecha conexión con la vulnerabilidad física y psíquica que se presenta a lo largo del embarazo, la cual expone a la mujer a distintos riesgos. Como ha precisado la Organización Internacional del Trabajo,

> [e]l embarazo, el parto y el puerperio constituyen tres fases en la vida reproductiva de una mujer en las que existen riesgos específicos para la salud, susceptibles de necesitar medidas de protección especiales en el lugar de trabajo. Reconocer y abordar los peligros puede reducir en gran medida los riesgos específicos para la salud, mejorar la probabilidad de un resultado satisfactorio del embarazo y establecer una base para el desarrollo saludable [de la criatura] [Organización Internacional del Trabajo. Proteger el futuro: Maternidad, paternidad y trabajo, pág. 4]

La situación de vulnerabilidad a la que se ven expuestas las mujeres es aun más latente cuando confluyen, en ellas, otras condiciones. En esa línea, la Convención de Belem do Pará, en su artículo 9, dispone que

> los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.

En estos supuestos, en los que concurren en una sola persona distintas condiciones de vulnerabilidad, opera lo que se ha denominado como discriminación múltiple. Evidentemente, en estos supuestos el deber de adoptar medidas de protección se torna prioritario, pues la persona afectada se encuentra frente a una latente vulneración de sus derechos fundamentales en caso que las mismas no se implementen. Uno de los escenarios en los que esta forma de discriminación se presenta se da en el caso de las mujeres embarazadas o de aquellas que, de manera reciente, han sido madres, sobre todo en lo que se relaciona con la permanencia en su centro de trabajo. De esta manera, la cláusula de prohibición de discriminación en razón del sexo de la persona se activa, especialmente, en los casos relacionados con mujeres embarazadas, esto es, las personas que potencialmente serán madres, o aquellas que se encuentren en período de lactancia. En estos supuestos la discriminación en función del sexo se presenta porque las medidas restrictivas obedecen a situaciones que se presentan exclusivamente en el caso de las mujeres. Como ha precisado este Tribunal en un pronunciamiento anterior, al analizar el caso de las cadetes embarazadas y la inconstitucionalidad de los artículos 42 y 49 del Decreto Supremo 001-2010- DE/SG, "[estas disposiciones] establecen un trato diferente y perjudicial en función al sexo y a circunstancias que tienen una relación inequívoca con el género femenino, como es el estado de gestación (discriminación *directa)*" [STC Exp. 01423-2013-PA/TC, fundamento 36.1].

Sin embargo, esta tutela reforzada también se fundamenta en la protección del *nasciturus*. Al respecto, el Tribunal nota que, por ejemplo, cuando una madre gestante o en período de lactancia es separada de su centro de labores, ello no solo le impide obtener los recursos económicos propios de una remuneración, sino que, además, se le priva de la posibilidad de utilizar los seguros que brindan los empleadores, así como cualquier otro beneficio que pueda obtenerse en un centro de trabajo, lo cual tiene una incidencia potencial en la salud del concebido o del hijo recién nacido. De esta forma, existe una tutela reforzada, la cual se funda en la especial situación de la madre y la necesidad de tutelar los derechos del menor. Como ha precisado la Organización Internacional del Trabajo (OIT), "la importancia que tiene el trabajo remunerado en la vida de la mayoría de los adultos en la sociedad hace que la intersección entre la maternidad y el trabajo sea un elemento central particularmente decisivo en los esfuerzos por conseguir mejoras tanto de salud como de igualdad" [Organización Internacional del Trabajo. La maternidad en el trabajo. Examen de la legislación nacional. Segunda Edición, Año 2010, página V].

De hecho, la privación de la remuneración para la madre gestante tiene un efecto bastante perjudicial tanto para ella como para su familia, ya que ella dejaría de percibir una importante cuota de ingresos. Debe tomarse en cuenta, además, que el futuro nacimiento del concebido genera gastos económicos adicionales dentro de su entorno familiar, lo cual puede afectar tanto en la salud como en el desarrollo del menor, por lo que se requiere que, tanto la sociedad como el Estado, presten una particular atención al caso de las trabajadoras gestantes.

IV. La igualdad de oportunidades en materia laboral de las mujeres embarazadas

Una especial situación se presenta en el caso de las mujeres embarazadas en los centros de trabajo, ya que es el escenario en el que se advierten los mayores casos de discriminación en contra de estas personas. Esto obedece a que, por lo general, los empleadores no desean que se vea mermada la productividad del centro de labores al mantener un vínculo laboral con una persona que, por su especial situación, requerirá de atenciones médicas periódicas y un tiempo considerable para dedicarlo a su hijo recién nacido.

En esta clase de casos, se compromete el derecho de la mujer a contar con las mismas oportunidades en el trato durante el empleo, ya que, por la especial condición que acarrean tanto el embarazo como el cuidado de los niños, se ve expuesta a tratamientos discriminatorios que la colocan en una posición distinta a la del hombre. Al respecto, este Tribunal ha precisado 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 [STC Exp. 05652-2007-PA/TC, fundamento 35]".

Ahora bien, esta cláusula genérica de prohibición de discriminación se ve comprometida en distintos escenarios cuando se trata de mujeres embarazadas. En el ámbito de la justicia a nivel comunitario, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

ha reconocido distintos casos en los que puede existir una discriminación en razón del sexo durante el embarazo: i) extinción de relaciones laborales por ausencias debidas a una discapacidad laboral motivada por los trastornos relacionados con su embarazo [STJCE de 30 de junio de 1998, asunto Brown]; ii) prohibición de contratación originada por el estado de gestación [STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto Dekker]; iii) la no renovación de contrato relacionada con el embarazo de la reclamante [STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto Jiménez Melgar]; o incluso cuando, por ejemplo, se impedía ejercer determinados trabajos, como empleos nocturnos [STJCE de 5 de mayo de 1994, asunto Habermann- Beltermann].

Asimismo, en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha destacado la necesidad de adoptar una política estatal integral para garantizar los derechos laborales de las mujeres durante el embarazo. En tal sentido ha rescatado que es de vital importancia implementar medidas como "[…] la garantía de un mínimo de catorce semanas de licencia de maternidad pagada en los términos comprendidos en el Convenio 183 de la OIT; protecciones contra el despido y otro maltrato laboral durante el embarazo; la adopción de leyes orientadas al periodo de lactancia; y la adopción de licencias de paternidad y parentales". [CIDH. Informe temático: El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos sociales y culturales, 2011. F. 169].

De tal modo, este Tribunal advierte que son múltiples las formas en las que se pueden efectuar distintos tratos discriminatorios en contra de las mujeres embarazadas o aquellas que hubiesen sido recientemente madres en lo que respecta al acceso, al despido o la falta de renovación de contratos temporales. Es importante que este Tribunal haga recordar que los constantes despidos o falta de renovación de los contratos temporales de trabajo a las mujeres gestantes generan distintas consecuencias a nivel personal y social. En el plano personal, pueden conducir a algunas mujeres, en situaciones complejas —que se vinculen con problemas personales, económicos o incluso de salud— a interrumpir su embarazo a fin de permanecer en su puesto de trabajo. A nivel social, incentiva a que las parejas decidan no tener hijos, con todas las consecuencias que ello puede generar a nivel poblacional. Por último, insensibiliza a la comunidad, pues invisibiliza los grandes obstáculos que la mujer puede atravesar durante el embarazo y que deberían ser objeto de medidas especiales de protección por parte del Estado.

El Tribunal, además, no puede dejar de advertir otro escenario que suele presentarse como perjudicial para la mujer, y que se relaciona con las dificultades que ella afronta para acceder a un empleo cuando cuenta con hijos de temprana edad. Del mismo modo, un caso que ha empezado a cobrar importancia a nivel internacional tiene que ver con el caso del padre que, frente al fallecimiento de la madre, asume el cuidado del menor, ya que, en algunos países, frente a este supuesto, el padre toma el resto de la "licencia de maternidad" al ser él quien asume la custodia completa del menor [Organización Internacional del Trabajo. La maternidad en el trabajo. Examen de la legislación nacional. Segunda Edición, Año 2010, página 74].

Estos casos de discriminación, de difícil probanza, también se erigen como uno de los problemas principales respecto del acceso al empleo para las mujeres, y que, consecuentemente, se presentan como un elemento más que acredita las desventajas que ellas deben afrontar en la sociedad, lo cual no hace sino reforzar la idea que la Constitución les ha dispensado una tutela especial en el ordenamiento jurídico por los distintos problemas que atraviesan.

V. Consideraciones a propósito de la contratación laboral temporal de las mujeres embarazadas

La tutela reforzada que se brinda a las mujeres gestantes en el ámbito laboral tiene distintas manifestaciones, las cuales han sido objeto de desarrollo en el derecho comparado. En el caso colombiano, por ejemplo, la regulación de las distintas formas de contratación y la permanencia en el empleo de las mujeres gestantes tiene como pilar fundamental salvaguardar "la garantía de la permanencia en el empleo consagrada en el artículo 53 de la Constitución Política" [Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-222/17]. Esto genera que los distintos regímenes de contratación, independientemente de su naturaleza, se vean impedidos de adoptar medidas que supongan la separación injustificada de las mujeres embarazadas de sus centros de trabajo. En Bolivia, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha otorgado una especial protección incluso a las trabajadoras gestantes que fuesen de libre nombramiento por parte de autoridades estatales [Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. SCP 1417/2012 FJ. III.2.], lo cual genera que, en el lapso de un año, no las puedan separar de la entidad en la que se encuentran laborando. Un caso especial se advierte en Chile, país en el que, como ha resaltado su Tribunal Constitucional, las mujeres gestantes gozan, por un año, de lo que se conoce como el "fuero laboral", esto implica que, durante ese lapso, solo podrán ser separadas de su puesto de trabajo luego de que la decisión del empleador sea avalada por el juez. Este fuero se extiende, incluso, hasta un año después de expirado el descanso de maternidad [Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia de 24 de diciembre de 2015, considerando cuarto].

Del mismo modo, la Unión Europea ha adoptado distintas disposiciones de derecho comunitario dirigidos a una protección reforzada de los derechos laborales de las mujeres gestantes. Así, por ejemplo, en la Directiva 92/85/CEE del Consejo de Europa de 19 de octubre de 1992, se ha dispuesto, en el artículo 10, que los Estados miembros "tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras […] durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad […] En el mismo artículo se precisa, en el segundo párrafo, que cuando se despida a una trabajadora que se encuentre en el periodo detallado, "el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito". Ahora bien, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, también se ha referido al caso particular de la renovación de los contratos temporales de las mujeres gestantes, y ha precisado que "en determinadas circunstancias, el hecho de no renovar un contrato de duración determinada puede considerarse una negativa de contratación. Pues bien, según jurisprudencia reiterada, una negativa de contratación de una trabajadora, considerada por lo demás apta para ejercer la actividad

de que se trate, debido a su embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo, contraria a los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, de la Directiva 76/207" [Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-438/99, María Luisa Jiménez Melgar y Ayuntamiento de Los Barrios, fundamento 46]

En consecuencia, se advierte que, a nivel del derecho comparado, comunitario e internacional existe un importante nivel de consenso respecto de la necesidad de tutelar de manera especial y reforzada los derechos de la mujer en estado de gestación, particularmente en el contexto de las relaciones de trabajo. Evidentemente, las regulaciones legales que se adopten para esta especial protección diferirán en cada ordenamiento jurídico. Lo que se encuentra dentro del ámbito de lo constitucionalmente prohibido es la ausencia de garantías en favor de la mujer que se encuentre en esta condición. En el caso peruano, existe distinta normatividad que protege a las mujeres embarazadas dependiendo del régimen laboral en el que se trabaja.

Debo mencionar que de manera reciente se ha emitido la Ley 30709, Ley que Prohíbe la Discriminación Remunerativa entre Varones y Mujeres, en el que, en su artículo 6 ha establecido que "[q]ueda prohibido que la entidad empleadora despida o no renueve el contrato de trabajo por motivos vinculados con la condición de que las trabajadoras se encuentren embarazadas o en periodo de lactancia en el marco de lo previsto en el Convenio OIT 183 sobre protección de la maternidad". No obstante, se advierte que dicha normativa no es suficiente para otorgar una tutela adecuada a las mujeres gestantes o en periodo de lactancia; y, porque en su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 002-2018-TR, se precisa que está dirigida al régimen laboral de la actividad privada del sector privado, dejando de lado a las trabajadoras dependientes del Estado.

En ese sentido, es importante que este Tribunal precise que, en los casos de no renovación del contrato de trabajo, no se presente alguna situación que comprometa la cláusula de prohibición del despido. Y es que, en estos supuestos, no ha existido propiamente un "despido", ya que lo que ha operado, en realidad, ha sido el vencimiento del vínculo contractual por el vencimiento del plazo consignado en el contrato de trabajo, lo cual es un supuesto válido para la extinción de la relación laboral en los contratos temporales. Sin embargo, una interpretación conjunta de los artículos 2.2 y 4 de la Constitución no pueden avalar que la decisión de no renovación del contrato pueda obedecer, sin más, a la condición de gestante o de madre de la trabajadora. La prohibición de discriminación en función del sexo, aunado a la necesidad de tutela reforzada que requiere la persona que está por ser madre, obligan a considerar que, en estos supuestos, el empleador no puede adoptar decisiones o políticas de dirección en el centro laboral que sean ajenas a criterios de razonabilidad.

Por ello, considero que con el fin de otorgar una especial tutela a la madre gestante o la que ha sido recientemente madre, las autoridades jurisdiccionales deberán valorar los siguientes aspectos: i) el plazo durante el cual se activa la garantía de la prohibición de no renovación del contrato; ii) los supuestos en los cuales es posible que el empleador pueda separar a una mujer en estado de gestación; y, iii) las medidas que deben adoptarse

en el supuesto que, pese a la prohibición reconocida en la norma, opere la separación de la trabajadora gestante.

i) En relación con el primer punto, las autoridades jurisdiccionales, deben tomar en cuenta el estado de gestación y el período de lactancia de la mujer embarazada, aun en el caso de los contratos temporales de trabajo. En ese sentido, se debe considerar que la especial protección que se dispensa a propósito de los artículos 2.2 y 4 de la Constitución no debería comprender, en estricto, solo a la trabajadora que se encuentra embarazada, sino también a aquella que se encuentre en periodo de lactancia, de conformidad con lo que establecen las disposiciones legales respectivas y los convenios internacionales ratificados por el Estado peruano. En ese sentido, el Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por el Estado peruano, dispone en su artículo 8 que "[s]e prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional".

ii) En lo que respecta al segundo punto, relativo a la posible regulación de los casos en los que el empleador se encuentra facultado para extinguir la relación laboral, este Tribunal exhorta al legislador a regular supuestos en los que esta posibilidad sea válida. Evidentemente, la condición del embarazo no impide al empleador que, frente a una falta grave (y previo ejercicio del derecho de defensa) pueda separar a la trabajadora en estado de gestación o con período de lactancia, lo cual deberá estar motivado y corroborado por escrito. Ello, por lo demás, se condice con el artículo 8 del Convenio 183 de la OIT al que se ha hecho referencia, pues este instrumento internacional, al momento de hacer referencia a la prohibición de separar a una madre gestante de su centro de labores, precisa que esta tutela se brinda "excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador". Esta organización internacional también ha precisado que "la protección contra el despido no sería tan eficaz si el trabajador afectado tuviera que probar que las razones tenían que ver con la maternidad o la condición de padre, sobre todo tratándose de la discriminación indirecta, dado que a los trabajadores les podría resultar muy difícil obtener pruebas" [Organización Internacional del Trabajo. La maternidad en el trabajo. Examen de la legislación nacional. Segunda Edición, Año 2010, página 76]. De hecho, como se precisa en ese informe, esta separación solo puede operar previa autorización administrativa o judicial, alternativa que podría evaluar, en una posterior regulación, el Congreso de la República.

   De esta manera, es recomendable que, sobre este punto, la normatividad precise de manera clara en qué supuestos se podrá extinguir o no renovar una relación laboral durante el embarazo o el periodo de lactancia. Lo que no permite una interpretación

conjunta de los artículos 2.2 y 4 de la Constitución es que, durante el desarrollo del embarazo, el empleador fundamente la no renovación del contrato en criterios meramente mercantilistas, y que asocian a las madres gestantes o en período de lactancia como una persona que puede ser, según su criterio, improductiva. Evidentemente, en caso concurra alguna causal válida de extinción o no renovación del contrato de trabajo temporal, se encontrará autorizado para culminar la relación laboral. **En ese sentido, la separación de una mujer gestante de su puesto de trabajo, o su no renovación contractual, deben relacionarse con motivos vinculado con la comisión de una falta grave comprobada de la trabajadora o porque la necesidad que motivo la temporalidad realmente haya desaparecido**. En este último supuesto, la empresa o la entidad estatal deben acreditar documentalmente la concurrencia de esta situación.

Ahora bien, el legislador y el Poder Ejecutivo podrían evaluar, además, la posibilidad que el despido o la no renovación del contrato de trabajo temporal pueda operar previa autorización judicial o de alguna autoridad administrativa, dada la naturaleza especial del caso y por los bienes y derechos que se encuentran en juego.

iii) Finalmente, el estimo que el Tribunal debe exhortar al legislador a regular las consecuencias que se adoptarán en el supuesto que se despida a trabajadoras permanentes o no se renueve el contrato a una trabajadora sujeta a regímenes de contratación temporal por motivo de encontrarse embarazada o en periodo de lactancia; es decir, que se establezca las sanciones que acarrearían ese tipo de despido o no renovación de contrato temporal. Ello independientemente de si, para los casos en trámite, la trabajadora decida recurrir a la vía ordinaria para reclamar la reparación económica o la reposición laboral que corresponda según el régimen laboral. Por lo demás, en estos casos debe evaluarse, por parte del Congreso de la República y el Poder Ejecutivo, la forma en que operará la protección reforzada.

VI. Análisis de la controversia

En el presente caso, la demandante pretende que se deje sin efecto el despido del que fue objeto, que ella califica de discriminatorio, y que se le reponga en el mismo cargo en el que se desempeñaba antes de su cese, esto es, de asistente administrativo en la Subgerencia de Obras del gobierno regional demandado. Afirma que la entidad demandada la despidió pese a encontrarse en estado de gestación, alegando que el cese fue por la culminación de su contrato.

El artículo 38 del Decreto supremo 005-90-PCM establece que "Las entidades de la Administración Pública solo podrán contratar personal para realizar funciones de carácter temporal o accidental. Dicha contratación se efectuará para el desempeño de: (…) b) Labores en proyectos de inversión y proyectos especiales, cualquiera sea su duración".

Por otro lado, conforme al artículo 5 de la Ley 28175, Marco del Empleo Público, el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, sobre la base

de los méritos y capacidades de las personas, de modo que no puede ser reincorporado mediante un contrato a plazo indeterminado quien no ingresa por concurso público.

En el caso de autos, la recurrente laboró para la entidad demandada bajo los alcances de un contrato de naturaleza temporal, como son los contratos por proyectos de inversión, conforme se advierte de las boletas de pago de fojas 27 a 59 y de los contratos temporales de trabajo que obran en el cuadernillo del Tribunal Constitucional, por lo que no corresponde disponer su reposición, más aun cuando no ingresó a laborar por concurso púbico de méritos. En efecto, de los citados documentos se aprecia que la recurrente fue contratada con cargo a proyecto de inversión del 2 de abril de 2012 al 30 de junio de 2013 (Contrato 360-2012-PRO.INV-GA/GR.MOQ, Contrato 623-2012-PRO.INV-GA/GR.MOQ y Contrato 143-2013-PRO.INV- GA/GR.MOQ); asimismo, consta que ella trabajó para la demandada como asistente administrativo en diversos proyectos, tales como el proyecto de "Culminación de mejoramiento accesos a los vitivinícolas ruta del pisco, provincia Mariscal Nieto" Fortalecimiento organizacional y comercial de los productores de aceituna de la región Tacna", del 1 de julio de 2013 al 30 de octubre de 2013 (Contrato 142-A-2013- PRO.INV/GR.MOQ y Contrato 142-B-2013-PRO. INV/GR.MOQ); en el proyecto "Construcción Puente Red Vecinal Samegua – Los Angeles, distrito de Samegua, Provincia de Mariscal Nieto", del 1 de noviembre al 30 de diciembre de 2013 (Contrato 142-C-2013-PRO.INV/GR.MOQ); en el proyecto "Mejoramiento del Servicio Educativo en la Institución Educativa N° 43081 – Horacio Zevallos Gamez, distrito de Puquina, Provincia General Sánchez Cerro, Región Moquegua" del 21 de enero al 31 de marzo de 2014 (Contrato 0076-2014-PRO.INV/GR.MOQ); proyecto "Mejoramiento Servicio Educativo en la Institución Educativa Corazón de María Centro Poblado Sam Antonio" del 1 de abril al 30 de junio de 2014 (Contrato 0357-2014-PRO.INV/GR.MOQ).

No obstante, encontrándose la demandante en estado de gestación, hecho que puso en conocimiento de la empleadora durante la vigencia del vínculo laboral correspondiente al último período, resultaba siendo beneficiaria de una tutela reforzada, tal como se analizó en los fundamentos del acápite V de este voto, por lo que no correspondía que se ponga término a su vínculo laboral, a menos que se hubiese acreditado que incurrió en falta que constituya causal de despido.

Por lo tanto, en la medida que la entidad demandada no ha demostrado que el cese de la actora se debió a una falta relativa a su conducta o capacidad laboral, debe entenderse que el despido fue a causa de su estado de gestación, conforme se ha demostrado precedentemente.

Siendo ello así y habiéndose acreditado que la actora fue despedida discriminatoriamente y que no puede disponerse su reposición habida cuenta que su contrato de trabajo era de naturaleza temporal y, además, no ingresó por concurso público de méritos a una plaza presupuestada vacante, corresponde que los autos sean reconducidos al juez ordinario laboral a efectos de que se tramite la pretensión de pago de indemnización por despido arbitrario. En tal sentido, el a-quo debe remitir, de inmediato, los autos al juez

competente para que prosiga con su trámite y la actora adecue su demanda, si lo considera conveniente.

Por estos argumentos considero que la demanda de amparo debe declararse **IMPROCEDENTE**, disponiéndose la reconducción del proceso a la vía del proceso laboral y ordenar al juez de origen que remita, de inmediato, los autos al juez ordinario competente para que prosiga su trámite y la actora adecue su demanda, si lo considera conveniente.

S.
LEDESMA NARVÁEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el mayor respeto por la posición de mis colegas magistrados, emito el presente voto singular por las siguientes consideraciones.

La estabilidad laboral de la Constitución de 1993

La Constitución de 1993 establece una economía social de mercado, con una iniciativa privada libre y el papel subsidiario del Estado.

En ese contexto, la promoción del empleo requiere que la estabilidad laboral, entendida como el derecho del trabajador de permanecer en el empleo o conservarlo, sea relativa. Ello explica por qué la Constitución vigente suprimió la mención al "derecho de estabilidad en el trabajo", como lo hacía la Constitución de 1979 en su artículo 48.

En concordancia con lo expresado, la Constitución de 1993, en su artículo 27, prescribe que la "*ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario*". Consideramos que aquí se consagra un derecho de configuración legal cuyo ejercicio requiere de un desarrollo legislativo[1].

Algunos entienden que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo, reconocido en el artículo 22 de la Constitución, implica dos aspectos. El primero, supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo, lo cual implica un desarrollo progresivo y según las reales posibilidades del Estado para materializar tan encomiable labor. El segundo aspecto concibe el derecho al trabajo como proscripción de ser despedido salvo por causa justa[2].

Sin embargo, de la lectura conjunta de los artículos 2 (inciso 15), 22, 23 y 58 de la Constitución, puede concluirse que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo es el siguiente:

1. El derecho a trabajar libremente, con sujeción a la ley (artículo 2, inciso 15).
2. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador (artículo 23).
3. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento (artículo 23).

---

1 Sobre el debate del artículo 27 de la Constitución de 1993, puede consultarse: Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional - 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento. Diario de los Debates*, t. II, Lima, Publicación Oficial, pp. 1231-1233.

2 Cfr. STC 06681-2013-PA/TC, fundamento 19.

4. El Estado promueve políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo (artículo 23).
5. Bajo un régimen de economía social de mercado, el Estado actúa en la promoción del empleo (artículo 58).

Entonces, el derecho al trabajo consiste en poder trabajar libremente, dentro de los límites legales; que ninguna relación laboral menoscabe los derechos constitucionales del trabajador; y la proscripción del trabajo forzado o no remunerado. Y en protección de ese derecho, en un régimen de economía social de mercado, toca al Estado promover el empleo y la educación para el trabajo.

Asimismo, el mandato constitucional es proteger adecuadamente al trabajador frente a un despido calificado como arbitrario (artículo 27), lo cual no necesariamente, según veremos, trae como consecuencia la reposición en el puesto laboral en todos los casos. **La tutela ante el despido en los tratados internacionales suscritos por el Per**ú.

Ya que conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, es preciso recurrir a la legislación supranacional para entender cómo se concretiza la "*adecuada protección contra el despido arbitrario*" de la que habla el artículo 27 de la Constitución.

El artículo 10 del Convenio 158 de la OIT indica lo siguiente:

> Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de **ordenar el pago de una indemnización adecuada** u otra reparación que se considere apropiada [énfasis añadido].

Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), en su artículo 7.d, señala:

> [...] En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a **una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional** [énfasis añadido].

Como puede apreciarse, conforme con estos tratados, el legislador tiene la posibilidad de brindar protección contra el despido arbitrario ordenando la reposición del trabajador o su indemnización[3].

3 Este mismo criterio es seguido por Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 31 de agosto de 2017, caso Lagos del Campo *vs*. Perú (ver especialmente los puntos 149 y 151).

La protección restitutoria y resarcitoria frente al despido en la Constitución de 1993

El despido constituye una extinción de la relación laboral debido a una decisión unilateral del empleador. Este acabamiento genera desencuentros entre los integrantes de la relación laboral, a saber, trabajadores y empleadores, pues, para aquellos, los supuestos de despido son reducidos y están debidamente precisados en la normativa respectiva; mientras que para los empleadores, la dificultad legal para realizar un despido constituye una seria afectación al poder directivo y su capacidad de organizar el trabajo en función de sus objetivos.

Los despidos laborales injustificados tienen tutela jurídica, tal como lo reconocen los tratados internacionales en materia de derechos humanos que hemos citado, la que puede ser restitutoria o resarcitoria. La primera conlleva el reconocimiento de una estabilidad absoluta, en tanto que la resarcitoria implica la configuración de una estabilidad relativa.

En el caso peruano, dado que la protección al trabajador contra el despido es de configuración legal, resulta pertinente mencionar que el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (D. L. 728), establece una tutela resarcitoria para los despidos incausados o injustificados, mientras que para los despidos nulos prescribe una protección restitutoria o resarcitoria a criterio del demandante.

Así, el D. L. 728, en su artículo 34, prescribe:

> El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.
>
> Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o **no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido** [...].
>
> En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38 [énfasis añadido].

Como puede apreciarse, la citada ley laboral señala que el despido arbitrario ("*por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio*") se resarce con la indemnización; no con la reposición del trabajador. A mi juicio, esta disposición resulta constitucional, pues, como hemos visto, la Constitución faculta al legislador para concretar la "*adecuada protección contra el despido arbitrario*". Y, conforme con los tratados mencionados, el legislador tiene la posibilidad de brindar esa protección ordenando la reposición del trabajador o su indemnización. Nuestro legislador ha optado por esta última modalidad, lo cual es perfectamente compatible con la Constitución y las obligaciones internacionales del Perú.

Tutela constitucional ante los despidos nulos

Convengo también con el citado artículo 34 del D. L. 728, cuando dispone que el despido declarado nulo por alguna de las causales de su artículo 29 –afiliación a un sindicato, discriminación por sexo, raza, religión, opinión o idioma, embarazo, etc.–, tiene como

consecuencia la reposición del trabajador. Y tratándose de un despido nulo, considero que este puede reclamarse a través del proceso de amparo, como lo ha indicado el Tribunal Constitucional en la STC 00206-2005-PA/TC, siempre que se trate de un caso de tutela urgente[4].

En el caso de autos, la demanda de amparo pretende la reposición en el puesto de trabajo. Por las consideraciones expuestas, voto por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, de conformidad con el artículo 5, inciso 1 del Código Procesal Constitucional.

S.
FERRERO COSTA

4 Cfr., por ejemplo, STC 0666-2004-AA/TC.

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

No concuerdo con los argumentos ni el fallo de la sentencia en mayoría.

A mi entender, el derecho al trabajo consagrado por el artículo 22 de la Constitución no incluye la reposición. Como señalé en el voto singular que emití en el Expediente 05057-2013-PA/TC, Precedente Huatuco Huatuco, el derecho al trabajo

> debe ser entendido como *la posibilidad de acceder libremente al mercado laboral o a desarrollar la actividad económica que uno quiera, dentro de los límites que la ley establece por razones de orden público*. Solo esta interpretación es consistente con las libertades de contratación y trabajo consagradas en el artículo 2º, incisos 14 y 15; la libertad de empresa establecida en el artículo 59º; y, la visión dinámica del proceso económico contenida en el artículo 61º de la Constitución.

Así, cuando el artículo 27 de la Constitución de 1993 establece que "la ley otorga al trabajador protección adecuada contra el despido arbitrario", se refiere solo a obtener una indemnización determinada por la ley.

A mi criterio, cuando la Constitución utilizó el adjetivo *arbitrario,* englobó tanto al despido *nulo* como al *injustificado* de los que hablaba el Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo, de 12 de noviembre de 1991.

Esto es así porque, según el Diccionario de la Lengua Española, *arbitrario* es:

> Sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón.

Indebidamente, la Ley 26513 –promulgada cuando ya se encontraba vigente la actual Constitución– pretendió equiparar el despido que la Constitución denominó *arbitrario* solo a lo que la versión original del Decreto Legislativo 728 llamó *injustificado.*

Semejante operación normativa implicaba afirmar que el despido *nulo* no puede ser descrito como "sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón", lo que es evidentemente inaceptable.

Más allá de su deficiente lógica, la Ley 26513 tuvo como consecuencia resucitar la reposición como medida de protección frente a un tipo de despido, entregándoles a los jueces poder para forzar la continuidad de una relación de trabajo.

Esta nueva clasificación –que se mantiene en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo 003-97-TR– es inconstitucional.

Lamentablemente, este error fue ampliado por el Tribunal Constitucional mediante los casos Sindicato Telefónica (2002) y Llanos Huasco (2003), en los que dispuso que correspondía la reposición incluso frente al despido arbitrario.

Al tiempo que extrajo la reposición de la existencia del amparo laboral, Llanos Huasco pretendió que se distinguiera entre el despido nulo, el incausado y el fraudulento. Así, si no convencía, al menos confundiría.

A mi criterio, la proscripción constitucional de la reposición incluye, ciertamente, a los trabajadores del Estado sujetos al Decreto Legislativo 276 o a cualquier otro régimen laboral público.

La Constitución de 1993 evitó cuidadosamente utilizar el término "estabilidad laboral", con el que tanto su predecesora de 1979 como el Decreto Legislativo 276, de 24 de marzo de 1984, se referían a la reposición.

El derecho a la reposición del régimen de la carrera administrativa no sobrevivió, pues, a la promulgación de la Constitución el 29 de diciembre de 1993. No cambia las cosas que hayan transcurrido casi veinticinco años sin que algunos se percaten de ello.

De otro lado, desde que la sentencia realiza el análisis de procedencia de la demanda en virtud del precedente Elgo Ríos (Expediente 02383-2013-PA/TC), me remito al voto singular que suscribí entonces. En él señalé que, en mi opinión, los criterios allí detallados generan un amplio margen de discrecionalidad, en perjuicio de la predictibilidad que requiere el estado de derecho.

Por tanto, considero que la demanda debe declararse **IMPROCEDENTE**, en aplicación del artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

S.
SARDÓN DE TABOADA

Pleno. Sentencia 523/2020
EXP. N ° 01341-2014-PA/TC-LIMA

DEYCI YANET DÍAZ CIEZA Y OTRA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 10 días del mes de marzo de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocacimiento del magistrado Sardón de Taboada, aprobado en la sesión de Pleno Administrativo del día 27 de febrero de 2018. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Ledesma Nárvaez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Sardón de Taboada.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Deyci Yanet Díaz Cieza y Mayra Gicela Lopez Minaya, contra la resolución de fojas 746 de fecha 13 de enero de 2014, expedida por la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con escrito de demanda de fecha 10 de noviembre de 2011 y ampliación de fecha 21 de diciembre de 2011, las recurrentes interponen demanda de amparo contra la Inspectoría Regional de San Martín – Tarapoto. Solicitan que se declare la nulidad de todo lo actuado en la investigación administrativa disciplinaria que se les sigue, así como de las resoluciones futuras que se emitan y la Resolución de la Inspectoría Regional SM-TARAPOTO 124-2011-IGPNP-DIRINDES-IR-SM-TARAPOTO-UID, de fecha 10 de noviembre de 2011, mediante la cual se resuelve sancionarlas con pase a la situación de retiro. Asimismo, piden que se ordene investigar a los que resulten responsables de propalar las fotos objeto del proceso administrativo citado en los diferentes medios de comunicación; y, que conforme al artículo 8 del Código Procesal Constitucional se remitan copias certificadas al Ministerio Público. Alegan la vulnveración a los derechos constitucionales a la intimidad y al debido proceso (con especial mención a la prohibición de prueba ilícita).

El procurador público especializado en asuntos de la Policía Nacional del Perú, deduce las excepciones de incompetencia por razón de la materia y de prescripción; y contesta la demanda precisa que las accionantes con su inacción y pasividad han demostrado la falta de urgencia del presente proceso. Además, señala que la resolución cuestionada no resulta arbitraria, por cuanto ha sido dictada dentro del marco constitucional y legal vigente.

El Juzgado Especializado en lo Civil de la Provincia de San Martín, con fecha 26 de julio de 2012, declaró infundadas las excepciones deducidas; y con fecha 27 de diciembre de 2012, declaró fundada la demanda, por considerar que las fotografías objeto del proceso disciplinario seguido contra las recurrentes fueron tomadas en el ámbito de su intimidad. Además, en autos está acreditado plenamente que no se ha podido determinar quién es la persona que extrajo de la computadora dichas fotografías y las público en las redes sociales, siendo un hecho no imputable a las recurrentes, por lo que, no constituye un ilícito administrativo. En consecuencia, concluye en que son nulas las resoluciones dictadas en contra de las demandantes, por contravenir los derechos a la intimidad personal y a la proscripción de la prueba ilícita en un procedimiento disciplinario.

La Sala revisora confirmó la resolución 5, de fecha 26 de julio de 2012, que declaró infundadas las excepciones propuestas y, revocando la sentencia apelada, declaró improcedente la demanda. Estimó que las recurrentes pertenencen al régimen laboral público, y al no haber acreditado la urgencia de su pretensión, cuentan con una vía igualmente satisfactoria, para atender su pretensión, como lo es el proceso contencioso administrativo, en aplicación del artículo 5 inciso 2) del Código Procesal Constitucional.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. De la revisión de autos, se evidencia que las demandantes solicitan que se declare la nulidad de todo lo actuado en la investigación administrativa disciplinaria, que se les sigue, así como de las resoluciones futuras que se emitan y la Resolución de la Inspectoría Regional SM-TARAPOTO 124-2011 IGPNP-DIRINDES-IR-SM-TARAPOTO-UID, de fecha 10 de noviembre de 2011, mediante la cual se resuelve sancionarlas, con pase a la situación de retiro. Asimismo, solicita que se ordene investigar a los que resulten responsables de propalar las fotos objeto del proceso administrativo citado en los diferentes medios de comunicación; y que, conforme al artículo 8 del Código Procesal Constitucional, se remita copias certificadas al Ministerio Público. Alegan la vulneración de sus derechos al debido proceso (con especial énfasis a la prohibición de la prueba ilícita) y a la intimidad.

Procedencia de la demanda

2. Como cuestión previa, corresponde analizar la competencia del Tribunal Constitucional para resolver la presente controversia. Y es que en retirada jurisprudencia de este Tribunal se ha establecido que las pretensiones mediante las cuales se solicita la reposición de un trabajador que estuvo sujeto al régimen laboral público, deben ventilarse en el proceso contencioso administrativo. Sin embargo, solo en defecto de tal posibilidad, o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea, procederá el amparo.

3. Por tanto, si bien conforme a jurisprudencia de este Tribunal, las controversias relativas al personal sujeto al régimen laboral público deberían ser dilucidadas en la vía del

proceso contencioso administrativo, en el presente caso, este Tribunal considera que la urgencia de la tutela se encuentra acreditada porque las demandantes han denunciado la vulneración a los derechos constitucionales a la intimidad y a la prohibición de prueba ilícita. Por ende, la pretensión demandada debe ser analizada en el presente proceso.

4. Asimismo, conforme al precedente establecido en el Expediente 02383-2013- PA/TC, en referencia al artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, establece que:

> "12. Sistematizando la jurisprudencia vigente de este Tribunal, puede afirmarse que existen dos perspectivas para entender cuándo una vía puede ser considerada "igualmente satisfactoria": una objetiva, vinculada al análisis de la vía propiamente dicha (vía idónea); y otra subjetiva, relacionada con el examen de la afectación al derecho invocado (urgencia iusfundamental).
>
> 13. Desde la perspectiva objetiva, el análisis de la vía específica idónea puede aludir tanto: (1) a la estructura del proceso, atendiendo a si la regulación objetiva del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz (estructura idónea)[1], o (2) a la idoneidad de la protección que podría recibirse en la vía ordinaria, debiendo analizarse si la vía ordinaria podrá resolver debidamente el caso iusfundamental que se ponga a su consideración (tutela idónea)[2]. Este análisis objetivo, claro está, es independiente a si estamos ante un asunto que merece tutela urgente.
>
> 14. De otra parte, desde una perspectiva subjetiva, una vía ordinaria puede ser considerada igualmente satisfactoria si: (1) transitarla no pone en grave riesgo al derecho afectado, siendo necesario evaluar si transitar la vía ordinaria puede tornar irreparable la afectación alegada (urgencia como amenaza de irreparabilidad)W; situación también predicable cuanto existe un proceso ordinario considerado como "vía igualmente satisfactoria" desde una perspectiva objetiva; (2) se evidencia que es necesaria una tutela urgente, atendiendo a la relevancia del derecho involucrado o la gravedad del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño)141.
>
> 15. Queda claro, entonces, que la vía ordinaria será "igualmente satisfactoria" a la vía del proceso constitucional de amparo, si en un caso concreto se demuestra, de manera copulativa, el cumplimiento de estos elementos:
>
> - Que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho;
> - Que la resolución que se fuera a emitir podría brindar tutela adecuada;
> - Que no existe riesgo de que se produzca irreparabilidad; y
> - Que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.
>
> (…)

16. Esta evaluación debe ser realizada por el Juez o por las partes respecto de las circunstancias y derechos involucrados en relación con los procesos ordinarios. Es decir, los operadores deben determinar si la vía es idónea (en cuanto permite la tutela del derecho, desde el punto de vista estructural, y es susceptible de brindar adecuada protección) y, simultáneamente, si resuelta igualmente satisfactoria (en tanto no exista riesgo inminente de que la agresión resulte irreparable ni exista necesidad de una tutela de urgencia).".

5. En el presente caso, la pretensión contenida en la demanda supera el análisis de pertinencia de la vía constitucional, toda vez que la demanda de amparo fue presentada hace más de ocho años, y el tránsito por la vía contenciosa administrativa, en estas circunstancias, generaría una situación de irreparabilidad. En base a lo expuesto, parece existir una vulneración o amenaza de violación del derecho o derechos invocados de especial urgencia, la cual exime a las demandantes de acudir a otra vía para discutir su pretensión. Ello se configura porque el caso de autos versa sobre una controversia referida a una supuesta vulneración de su derecho a la intimidad, previsto en el artículo 2, inciso 7 de la Constitución Política del Perú, el cual es tutelado a través del proceso de amparo.

Análisis de la Controversia

Sobre la vulneración del derecho a la intimidad

6. El Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente 03485-2012-PA/TC, ha señalado respecto al derecho a la intimidad que:

> ***[…] "El derecho a la intimidad y el derecho a la vida privada: concepto, fundamentos y contenido constitucionalmente protegido***
>
> 16. El derecho a la intimidad personal y familiar se encuentra reconocido en el artículo 2 inciso 7 de la Constitución, conjuntamente con el derecho al honor, a la buena reputación, y a la voz e imagen propias. Del mismo modo, ha sido recogido en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos ("Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia"), en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ("Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia"), y en el artículo 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José ("Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia").
>
> 17. El derecho a la intimidad ha sido definido por este Tribunal Constitucional como el poder jurídico de rechazar intromisiones en la vida íntima o familiar de las personas. La vida íntima o familiar, a su vez, ha sido definida, como aquel ámbito de la vida privada, donde la persona puede realizar los actos que crea conveniente para dedicarlos al recogimiento, por ser una zona alejada a los demás en que tiene uno derecho a impedir intromisiones y queda vedada toda invasión alteradora del

derecho individual a la reserva, la soledad o el aislamiento, para permitir el libre ejercicio de la personalidad moral que tiene el hombre al margen y antes de lo social (STC 6712-2005-HC/TC, fundamento 39).

18. El derecho a la intimidad, considerado como el derecho a un espacio íntimo casi infranqueable, o el derecho a la vida privada, considerado como el derecho a un espacio más amplio de actuaciones reservadas o excluidas de intromisiones externas, tiene su fundamento en el derecho al libre desarrollo de la personalidad (derecho que el Tribunal Constitucional ha considerado incorporado en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución, y que permite el ejercicio de la autonomía moral del ser humano, STC 0032-2010-PUTC, fundamento 22). Y es que este espacio íntimo permite que la persona forje su personalidad, sus convicciones más íntimas, sus gustos, manías, placeres y fobias en libertad. También permite que pueda desarrollar sus afectos, su familia, sus vínculos sociales más cercanos, sus desencuentros y sus emociones en libertad. En el caso del espacio proporcionado por la vida privada, permite que el sujeto lleve a cabo, con un margen de libertad razonable, sus demás relaciones sociales, profesionales, actividad financiera, etc. Lejos de la mirada inquisitoria de la moral social, estos afectos, emociones conductas y acciones podrán desarrollarse con autenticidad. Como se ha señalado con precisión, la mirada externa cuestiona y enjuicia; y ese juicio, esclaviza. El individuo no decidirá igual, en el reducto inescrutable de su soledad, que sujeto a la mirada inquisitorial de una sociedad que le impone "formas correctas de actuar" (González Sifuentes, Carolina: El derecho a la intimidad de los altos cargos, Tesis Doctoral - Universidad de Salamanca, 2011, p. 48). (...).

20. (...) Es así que el derecho a la intimidad se encuentra materialmente reservado para lo más íntimo de la persona y de la familia, para los datos más sensibles, entre los que podemos incluir, sin pretensiones de exhaustividad, a todos aquellos datos relativos a la salud, las preferencias sexuales, o los afectos y emociones de los seres más cercanos. El derecho a la vida privada, por su parte, como lo ha interpretado el Tribunal Constitucional, protege un círculo más amplio de actividades y relaciones que no pueden calificarse como íntimas, pero que merecen también protección frente a intromisiones externas.

21. El derecho a la intimidad, en este contexto, tiene una protección reforzada en relación con el derecho a la vida privada (STC 6712-2005-HC-TC, fundamento 38). Estos dos derechos, a su vez, fundamentan otra serie de derechos que buscan justamente proteger ciertos espacios donde la persona pueda actuar con esa expectativa legitima de privacidad que es inherente al espacio donde su actividad se desarrolla. Así, diversos derechos reconocidos en el texto constitucional, como lo son: el derecho a la inviolabilidad del domicilio (artículo 2 inciso 9), el derecho al secreto y inviolabilidad de las comunicaciones privadas (artículo 2 inciso 10), el derecho al secreto profesional (artículo 2 inciso 18), el derecho al secreto bancario o el derecho a la reserva tributaria (artículo 2 inciso 5), permiten construir ese espacio donde la

persona debe ser, en principio, invulnerable. Y aunque estos derechos tienen una naturaleza formal, en el sentido de que protegen todo lo que se desarrolla bajo esos espacios, al margen de que contengan datos sobre lo íntimo o lo privado, su reconocimiento constitucional justamente permite el desarrollo de la vida privada o la intimidad que el individuo requiere. Es decir, aunque son derechos autónomos, son derechos instrumentales al derecho a la intimidad y a la vida privada.

22. Por otro lado, los derechos a la intimidad y a la vida privada, como también se ha puesto de manifiesto, no solo pueden ser vistos hoy desde una óptica material en el sentido de que queden protegidos bajo su ámbito normativo aquellos datos, actividades o conductas que materialmente puedan ser calificadas de íntimas o privadas, sino también desde una óptica subjetiva, en la que lo reservado será aquello que el propio sujeto decida, brindando tutela no solo a la faz negativa del derecho (en el sentido del derecho a no ser invadido en ciertos ámbitos), sino a una faz más activa o positiva (en el sentido del derecho a controlar el flujo de información que circule respecto a nosotros). Bajo esta perspectiva, el derecho a la intimidad o el derecho a la vida privada, han permitido el reconocimiento, de modo autónomo también, del derecho a la autodeterminación informativa, que ha sido recogido en el artículo 2, inciso 6, de la Constitución y en el artículo 61 inciso 2 del Código Procesal Constitucional, o del derecho a la protección de los datos personales, tal como lo denomina la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales.

23. En lo que se refiere al contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la intimidad, entendemos que no abarca solo, como se desprende del artículo 14 del Código Civil, el derecho a que "la intimidad no sea puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o, si esta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden", sino el derecho a que no se lleven a cabo intromisiones ilegítimas en dicha intimidad, aun cuando la información obtenida a partir de dicha intromisión no sea dada a conocer públicamente. Es decir, el derecho a la intimidad no solo protege el derecho a que no se difundan informaciones relativas a nuestra intimidad, sino el derecho a no ser objeto de intromisiones ilegítimas en nuestra vida íntima y familiar sin nuestro consentimiento, independientemente de la fuente de donde provengan dichos actos lesivos. Esta última dimensión del derecho a la intimidad se encuentra protegida a través del tipo penal de "violación de la intimidad" (artículo 154 del Código Penal), que sanciona en su primer párrafo, " [a]l que viola la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios [ ]".

7. Conforme obra en autos, se advierte que las demandantes se tomaron fotografías desde el celular de la SO 3 PNP Deyci Yanet Díaz Cieza, entre ellas fotos en las que utilizaban ropa interior y el chaleco de Policía de Tránsito (folios 247 y 252).

8. Asimismo, las fotografías aparecieron publicadas en la red social "Facebook" a través de unas cuentas que supuestamente eran de la S03 PNP Deyci Yanet Díaz Cieza y la

S03 PNP Mayra Gisela López Minaya. Luego de ello, el 16 de agosto de 2011, el programa de televisión "La noche es mía", difundió las fotografías a través de un reportaje titulado "Tombitas de Tarapoto" en el que se mostraron las fotografías tomadas por las demandantes. En la misma fecha, en la página web del diario Perú.21 (página 18) se propaló el artículo titulado "Policías se fotografían semidesnudas".

9. Como consecuencia de estos hechos, se inició un procedimiento disciplinario mediante Resolución 01-2011-IGPNP-DIRINDES-IR-SM-TARAPOTO/UID, de fecha 3 de octubre de 2011 (folio 3). Como consecuencia de ese procedimiento, se emite la Resolución de la Inspectoría Regional SM-TARAPOTO 124-2011-IGPNP- DIRINDES-IR-SM-TARAPOTO-UID, de fecha 10 de noviembre de 2011 (folio 22), mediante la cual se resuelve sancionar a las demandantes con pase a la situación de retiro por haber incurrido en infracción muy grave "Afectar de manera trascendental la disciplina, la imagen institucional y la ética (...)" (infracción MG 38 de la derogada Ley 29356).

10. Contra la citada resolución las demandantes interpusieron recurso de apelación ante el Tribunal Disciplinario Nacional. Posteriormente, mediante Resolución del Tribunal Disciplinario Nacional Segunda Sala 184-2011-DIRGEN-PNP/TRIDINAC- 2º S, de fecha 19 de diciembre de 2011 (folio 132), se declaró estimado en parte el recurso de apelación interpuesto contra Resolución de la Inspectoría Regional SM- TARAPOTO 124-2011-IGPNP-DIRINDES-IR-SM-TARAPOTO-UID, de fecha 10 de noviembre de 2011 y nula la Resolución de la Inspectoría Regional SM- TARAPOTO Unidad de Investigación y Decisión 124-B-2011-IGPNP-DIRINDES-IR-SM-TARAPOTO-UID del 17 de noviembre de 2011. En ese sentido, se les atribuyó a las recurrentes una infracción menos grave (infracción G1 de la derogada Ley 29356 relativa al uso inadecuado del uniforme de la Policía Nacional del Perú), "Realizar actos indecorosos vistiendo el uniforme policial" y, como consecuencia de ello, se les impuso una sanción de seis días de arresto de rigor en el caso de la señorita Deyci Yaneth Díaz Cieza y de tres días en el caso de Mayra Gisela López Minaya.

11. Las demandantes consideran que el hecho de que la Policía Nacional del Perú las haya sancionado disciplinariamente tomando como medio probatorio unas fotos en las que aparecen semidesnudas portando accesorios del uniforme de la Policía, fotos que habrían sido publicadas sin su consentimiento en la red social "Facebook", vulnera su derecho a la prohibición de la prueba ilícita y su derecho a la intimidad.

12. Del Informe A/D. N 084-2011-IGPNP/DIRINDES-IRSM-TARAPOROTUID, se desprende que:

> "(...) está demostrado que las imágenes o tomas fotográficas sugerentes numeradas del 1 al 4; pertenecientes a la S03. PNP. Deyci Yanet DÍAZ CIEZA y la S03. PNP. Mayra Gisela LOPEZ MINAYA; vistiendo parte del uniforme policial, fueron tomadas en sus ámbito privado, vale decir fuera del local policial donde prestaron servicio (...)" (folio 236).

Así también se precisa que:

"(...) no se ha llegado a determinar objetivamente a la usuaria de la cuenta Hotmail "Deysi Janeth DIAZ CIEZA" y la ubicación geográfica de los perfiles creados a través de la red social facebook, de donde fueron extraídos las imágenes o tomas fotográficas sugerentes de la S03. PNP. Deyci Yanet DIAZ CIEZA y la S03. PNP. Mayra Gisela LOPEZ MINAYA, para ser publicadas por los medios de comunicación de circulación nacional y local"

13. Por otro lado, en el punto tercero del "ACTA DE VISUALIZACIÓN MARCA LG, COLOR NEGRO Y CPU -MARCA AVATEC. COLOR CPNP LA MUJER -TARAPOTO", se señala que:

"Se procedió a la búsqueda de fotos internas del equipo de computo, encontrando fotos y/o imágenes del propio sistema, luego se busco correos grabados dentro del equipo de computo (disco duro). Encontrando paginas que no guardan relación con la investigación que se viene realizando" (folio 650).

14. De autos se advierte que el inicio del procedimiento sancionador se realizó con la visualización de las imágenes obtenidas de la red social Facebook, las mismas que han sido obtenidas con violación del derecho fundamental a la intimidad privada. Ello por cuanto las fotos de las demandantes fueron tomadas en un ámbito privado, y en mérito a que durante las investigaciones se determinó:

"(...) que dichas fotografías fueron difundidas de una cuenta de Hotmail, perteneciente a una tal DEYSI JANETH DÍAZ CIEZA a la red social "Facebook", sin embargo no se ha podido establecer que dicha cuenta pertenezca a la S03 PNP. Deyci Yanet DIAZ CIEZA, en razón al Informe N.° 318-2011-DIRINCRI-PNP/DIVIDAT-DAAT (...)"(folio 134).

15. En consecuencia, teniendo en cuenta que las imágenes que dieron inició a la sanción impuesta a las demandantes fueron difundidas sin la autorización de las demandantes, conlleva una grave vulneración a su derecho a la intimidad, siendo la instauración del procedimiento disciplinario en su contra inconstitucional. Por ende, debe declararse nula la Resolución del Tribunal Disciplinario Nacional Segunda Sala 184-2011-DIRGEN-PNP/TRIDINAC-2° S, de fecha 19 de diciembre de 2011 (folio 132). Cabe resaltar, sobre los efectos de dicha resolución, que, conforme a lo señalado en el Informe 15-2012-DIRGEN-PNP-TRIDINAC/2°.S, esa resolución no ha sido ejecutada. Ello por cuanto el Juzgado Especializado en lo Civil de la Provincia de San Martín -Tarapoto, mediante oficio 2263-2011-JEC-SM (Exp. 575- 2011-36-2208-JR-CI-01, de fecha 20 de diciembre de 2011), mediante Resolución 1, de fecha 12 de diciembre de 2011, resolvió conceder medida cautelar a favor de las recurrentes (cuaderno cautelar).

16. Y es que no debe olvidarse, además, que la prohibición de la prueba ilícita es un contenido implícito del derecho al debido proceso reconocido en nuestra Constitución. Además, se constituye en uno de los límites al derecho a probar que también forma

parte del derecho al debido proceso. En concreto, conviene tener presente que la prohibición de la prueba ilícita tiene entre sus fundamentos al, valga la redundancia, principio de ilicitud. Aquello impide, en principio, la admisibilidad de una prueba que haya sido obtenida ilícitamente. Dicho con otras palabras: vulnerando un derecho fundamental o un bien jurídico constitucionalmente protegido

Sobre el uso de conceptos jurídicos indeterminados en el presente caso

17. Sin perjuicio de lo recientemente señalado en la presente controversia, se verifica que las demandantes fueron sancionadas en aplicación de la derogada Ley 29356, del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, en lo relativo al uso inadecuado del uniforme de la Policía Nacional del Perú, pues se estableció como infracción el "realizar actos indecorosos vistiendo el uniforme policial".

18. Como puede apreciarse, estamos ante el uso de conceptos jurídicos indeterminados para la eventual imposición de sanciones a nivel disciplinario. Como es de conocimiento general, nos encontramos ante este tipo de conceptos cuando la norma que los recoge define el supuesto de hecho a través de formulaciones abstractas que solamente pueden ser materializados en su aplicación práctica.

19. Esta, sin duda, es una práctica inconveniente, la cual, incluso, en ciertos supuestos, podría permitir que se consagren situaciones de vulneración a algunos derechos fundamentales, vulneraciones cuya materialización no puede reseñarse en abstracto, sino que debe determinarse en cada caso en particular.

20. La responsabilidad de un juez o jueza constitucional frente a una regulación normativa con estos riesgos para la plena vigencia de algunos derechos fundamentales es la de tratar de establecer criterios que ayuden a evitar que la indeterminación de la situación prevista como sancionable se preste a poder configurar una vulneración a la cabal vigencia de ciertos derechos.

21. Y es que el uso de conceptos jurídicos indeterminados, como lo señala destacada doctrina al respecto[1], acarrea la existencia de ciertas zonas de incertidumbre en donde se reconoce a la Administración un "margen de apreciación". Dicho con otras palabras, una capacidad de aplicación e interpretación de la ley que puede ser controlado en sede jurisdiccional.

22. Sin embargo, resulta necesario tener presente que, ante el uso de estos conceptos jurídicos indeterminados, bien debieran apreciarse algunos criterios específicos. Así, conviene observar si se respetaron los elementos reglados de esa actuación (cumplimiento de competencias y procedimientos previamente establecidos), si se hizo una adecuada evaluación de los hechos sucedidos (los hechos determinantes), o si se

1 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón - Curso de Derecho Administrativo. Navarra, Thomson Civitas, Vol. 1, 15 ed., 2011, Op. Cit. p. 486

cumplió con seguir ciertos principios generales del Derecho (proporcionalidad, buena fe y confianza legítima, igualdad, interdicción de la arbitrariedad), y, por último, evaluar si se respetaron los diversos derechos fundamentales.

23. No observar dichos criterios podría, además, traer consigo una vulneración clara del derecho al debido proceso, en relación con el principio de legalidad y subprincipios como los de taxatividad o tipicidad. En efecto, y como ya lo ha señalado jurisprudencia de este Tribunal, el primero se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley, mientras que el segundo constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta. (STC 02050-2002-PA/TC, fundamento 5).

24. Pasando entonces a aplicar todo este conjunto de elementos a este caso en particular, se debe empezar por señalar que el hecho de que las recurrentes se hayan realizado una serie de fotografías que, en opinión de algunos, puedan calificarse como poco afortunadas, no representa, en principio, algún tipo de falta o delito. Lo que sí queda claro es que lo que resulta relevante jurídicamente es que tales fotografías se hayan realizado portando símbolos institucionales de la Policía Nacional del Perú, ya que es esto lo que, en opinión de la demandada, constituye una falta pasible de una sanción administrativa.

25. Ahora bien, resulta preciso indicar que si bien las personas a las que se encomienda la delicada tarea de garantizar, mantener y restablecer el orden interno (artículo 166 de la Constitución) deben observar una conducta intachable en el desempeño de sus funciones, ello no enerva la posibilidad de que estructuren su vida personal y social conforme a sus propios valores. Por ende, en principio, eso comporta que puedan sustraerse de aquellas intervenciones estatales que no sean, entre otras cosas, razonables y proporcionales; y, por ello, que vayan en contra del sistema de valores, principios y derechos que la misma Constitución consagra.

26. Siendo así, queda claro que la tipificación que realiza la Policía Nacional del Perú en la infracción *sub examine* busca proteger bienes jurídicamente relevantes como su imagen institucional, la disciplina o el servicio policial, los mismos que deben procurarse que no solo resulten razonables o proporcionales, sino que se determinen con claridad los criterios bajo los cuales resultarán aplicables. Así, y ya en este caso concreto, conviene precisar mejor qué debe entenderse por "acto indecoroso", si dichas conductas deben realizarse a propósito o no del ejercicio de sus funciones; o si deben producirse o no dentro de las instalaciones de la institución; así como, de ser el caso, señalar las situaciones de excepción que podrían reducir eventualmente la sanción que se establezca.

27. Y aunque en el procedimiento administrativo disciplinario se haya reconsiderado razonablemente la decisión inicial, toda persona con alguna cuota de autoridad no debe perder de vista que los actos de la vida privada de cada quien no pueden ser sancionables, salvo que se acredite fehacientemente que esas conductas, vinculadas en principio a la intimidad de cada cual, tenga directa incidencia en el ejercicio de la función

desempeñada y que las mismas hayan sido previamente tipificadas como un supuesto pasible de sanción bajo los parámetros aquí descritos.

28. Finalmente, y con relación a la remisión de los actuados al Ministerio Público, cabe precisar que, no habiéndose acreditado un ánimo doloso en el procedimiento administrativo seguido en contra de las demandantes, o indicio alguno que haga presumir la existencia de un delito, dicha pretensión debe ser declarada improcedente.

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, por haberse acreditado la vulneración de los derechos alegados. En consecuencia, declara nula la Resolución del Tribunal Disciplinario Nacional Segunda Sala 184-2011DIRGEN- PNP/TRIDINAC-2° S, de fecha 19 de diciembre de 2011.

2. **ORDENAR** a la Inspectoría Regional San Martín que disponga dejar sin efecto la Resolución del Tribunal Disciplinario Nacional Segunda Sala 184-2011-DIRGEN-PNP/TRIDINAC-2° S, de fecha 19 de diciembre de 2011, mediante la cual se sanciona con de seis días de arresto de rigor en el caso de la señorita Deyci Yaneth Díaz Cieza y de tres días en el caso de Mayra Gisela López Minaya, en el plazo máximo de dos (2) días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículo 22 y 59 del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos del proceso

3. Declarar **IMPROCEDENTE** lo solicitado por la parte recurrente en el extremo referido a la remisión de los actuados al Ministerio Público.

Publíquese y notifíquese.

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA
LEDESMA NARVÁEZ

En el presente caso, coincido con la sentencia que declara fundada en parte la demanda; empero, considero necesario efectuar la siguiente precisión:

1. En el petitorio de la demanda, las recurrentes piden que se ordene investigar a los que resulten responsables de propalar en los diferentes medios de comunicación, las fotografías que motivaron el procedimiento administrativo sancionador. Al respecto, considero que la determinación de quiénes serían los responsables de la divulgación de dichas imágenes escapa a los fines del proceso de amparo, que está destinado a la restitución de derechos fundamentales vulnerados en el marco del procedimiento administrativo sancionador instaurado contra las recurrentes; en todo caso, ellas tienen expeditas las vías ordinarias pertinentes, que cuentan con una etapa que permite realizar una amplia actividad probatoria, para tutelar su derecho a que se investigue la propalación, sin su autorización, de las fotografías tomadas en el ámbito privado, por lo que este extremo de la demanda no resulta atendible.

S.
LEDESMA NARVÁEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el mayor respeto por mis colegas magistrados, emito el presente fundamento de voto.

En el caso de autos, los hechos, antes y después de la presentación de la demanda de amparo, se sucedieron de la manera siguiente:

3.10-2011 Inicio investigación administrativa disciplinaria

10-11-2011 Presentación **DEMANDA DE AMPARO (fojas 11)**

10-11-2011 Res. 124-2011: Sanciona a demandantes con pase a situación de retiro

17.11-2011 Res. 124-A y 124-B, desestiman rec. reconsideración (cfr. fojas 133)

Recursos de reconsideración (cfr fojas 140)

19-12-2011 Res. 184- 2011: Revoca la sanción de pase a retiro y sanciona con arresto

Recursos de apelación (cfr fojas 133)

Como puede apreciarse, la demanda fue presentada **antes de haberse agotado las vías previas,** pues se interpuso el 10 de noviembre de 2011 (fojas **11),** cuando recién se había iniciado el procedimiento disciplinario contra las demandantes, esto es aun antes de que fueran sancionadas por resolución de primera instancia administrativa (Resolución 124-2011, del 10 de noviembre de 2011). Es por ese motivo que, luego de recibir esta primera resolución, las demandantes tuvieron que ampliar su demanda el 16 de noviembre de 2011 (fojas 38).

Siendo esto así, la ponencia, para poder pronunciarse sobre el fondo de la controversia, debía de sustentar cuál de los supuestos del artículo 46 del Código Procesal Constitucional permitía a las demandantes ser exceptuadas del agotamiento de las vías previas. Sin embargo, la ponencia no hace esto.

En vez de ello, la ponencia busca demostrar (fundamentos 2 a 5) que no existe, fuera del amparo, una vía judicial igualmente satisfactoria para la protección de los derechos de las demandantes.

Sin embargo, en nuestra opinión, tal empeño es errado, pues el acto reclamado en la demanda de autos (la Resolución 124-2011, del 10 de noviembre de 2011) no es un acto administrativo inimpugnable contra el que corresponda analizar si puede ser cuestionado en un proceso contencioso administrativo o un amparo, sino que es una resolución que aun podía ser recurrida administrativamente, como en efecto ocurrió.

En nuestra opinión, la causal que eximiría a las demandantes del agotamiento de las vías previas, es la contenida en el inciso 2) del artículo 46 del Código Procesal Constitucional: "Por el agotamiento de la vía previa la agresión pudiera convertirse en irreparable"; si se entiende por agresión irreparable a los derechos invocados por las demandantes (intimidad y debido proceso) que estas reciban algún tipo de sanción disciplinaria de parte de la demandada.

Dejando ya estas observaciones de carácter procesal, debo decir que no suscribo los fundamentos 17 a 28 de la ponencia, pues en ellos se cuestiona la infracción: "realizar actos indecorosos vistiendo el uniforme policial", lo que no me parece necesario ni pertinente para la resolución del caso de autos.

En efecto, las demandantes no pueden ser sancionadas por esa infracción, pues la prueba empleada (fotografías) es inválida, al haber sido obtenida en violación de su derecho a la intimidad (las fotos habrían sido difundidas sin su autorización). Por tal motivo, huelga opinar sobre la infracción que se les imputó.

Censurar, en abstracto, la infracción "realizar actos indecorosos vistiendo el uniforme policial", nos parece que entra en contradicción con lo que la propia ponencia señala en su fundamento 19: la materialización de las vulneraciones a los derechos fundamentales "no puede reseñarse en abstracto, sino que debe determinarse en cada caso en particular".

S.
FERRERO COSTA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

En el presente caso, si bien coincido con el sentido de la ponencia respecto a que se ha vulnerado los derechos a la intimidad y a la prueba ilícita, considero necesario añadir lo siguiente:

1. Este Tribunal Constitucional en el Expediente 0010-2002-AI/TC, ha establecido que el principio de legalidad exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino también 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.

2. En el presente caso considero que la sanción impuesta finalmente a las recurrentes Deyci Díaz Cieza y Mayra López Minaya de 6 y 3 días de arresto de rigor, respectivamente, por la Segunda Sala del Tribunal Disciplinario Nacional de la PNP , sobre la base de la comisión de la infracción grave G1 de la tabla anexa a la Ley 29356, es inconstitucional porque vulnera el principio de legalidad. Ello, en razón a que la referida infracción sanciona lo siguiente: *"Realizar **actos indecorosos** vistiendo el uniforme policial".*

3. Al respecto, la RAE establece diversos significados de la palabra decoro, entre los que se encuentran "honor, respeto, circunspección, pureza, honestidad, recato, etc."[1].En esa medida, el determinar qué implica realizar "actos indecorosos" para efectos de la infracción mencionada constituye una situación de difícil concretización. Ello, en contraparte, otorga una amplia discrecionalidad al órgano instructor encargado de la calificación de las infracciones para determinar, a su leal saber y entender, qué significa indecoroso, lo que en definitiva puede devenir en situaciones arbitrarias.

4. Cabe precisar además que la vigente Ley 30714, Ley que regula el régimen disciplinario de la PNP, publicada el 30 de diciembre de 2017 en el diario oficial "El Peruano", todavía contempla como infracción grave el *"realizar actos indecorosos vistiendo el uniforme policial"* (G55), imponiendo en dichos casos de 4 a 10 días de sanción de rigor. Como lo señalé, dicha infracción vulnera a mi entender el principio de legalidad en su mandato de taxatividad, por cuanto se vale de un concepto jurídico indeterminado de difícil precisión, lo que además conlleva la restricción de derechos.

1 https://dle.rae.es/decoro (consultado el 18 de febrero de 2020).

5. Finalmente, considero que en el presente caso, en contra de lo señalado en el fundamento 28 de la ponencia, sí existen indicios de que se haya cometido el delito de violación de la intimidad, previsto en el artículo 154 del Código Penal, en agravio de las recurrentes. Sin embargo, debido a la cantidad de años transcurridos desde la propalación de las fotografías de las recurrentes a través de la red social "Facebook", el plazo de prescripción ya habría vencido, por lo que no cabría remitir copias de los actuados al Ministerio Público. Ello no quita, eso sí, que dicha situación se reconozca expresamente por el Tribunal Constitucional.

S.
MIRANDA CANALES

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con la parte resolutiva de la sentencia, considero necesario expresar mi discrepancia con los fundamentos 2, 3 y 4; así con las razones por las que, pese a que no se agotó la vía previa, la demanda de autos sí merecía un pronunciamiento sobre el fondo.

A continuación, paso a desarrollar mi posición.

Sobre mi discrepancia con los fundamentos 2, 3 y 4

1. Considero que corresponde emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, sin necesidad de hacer previamente el análisis de los criterios del precedente Elgo Ríos, recaído en el expediente 02383-2013-PA/TC, por no existir vía paralela igualmente satisfactoria en el estado en que se encuentra el presente proceso.

2. En efecto, el amparo es idóneo en tanto se demuestre que el que se encuentra tramitándose ante la justicia constitucional constituye una vía célere para atender el derecho del o de la demandante, características que tiene que determinarse no en función de un análisis constreñido al aspecto netamente procedimental diseñado en las normativas correspondientes a cada tipo de proceso, sino en función básicamente de un análisis coyuntural referido al momento de aplicación de la vía paralela.

3. Es decir, si se trata de una vía igualmente satisfactoria, teniendo en cuenta el tiempo que viene empleando el demandante y la instancia ante la que se encuentra su causa.

4. En el presente caso, las demandantes vienen litigando desde el 10 de noviembre de 2011 (esto es desde hace más de 9 años), por lo que, obviamente, no resulta igualmente satisfactorio a su pretensión que, estando en un proceso avanzado en la justicia constitucional y que ha llegado a la máxima instancia de la misma (esto es, al Tribunal Constitucional), se pretenda condenarlas al vía crucis de iniciar un nuevo proceso en otra vía, lo cual inexorablemente implicará un mayor tiempo de litigio y de lesión de sus derechos.

Sobre la falta de agotamiento de la vía previa

5. De los actuados se advierte que la parte recurrente interpuso su demanda de amparo el 10 de noviembre de 2011, sin haber transitado todas las instancias administrativas de la investigación disciplinaria que inspectoría de la Policía Nacional del Perú les entabló con ocasión de las fotos que fueron publicadas en un perfil de la red social Facebook.

6. Al respecto, se ha omitido emitir pronunciamiento en la sentencia de autos, pese a que la verificación del agotamiento de la vía previa forma parte de la revisión de procedencia de las demandas de amparo. Sin embargo, en el presente caso, corresponde invocar la excepción al agotamiento de la vía previa contenida en el inciso 2, del artículo 46, del Código Procesal Constitucional, dada la existencia del riesgo de separación permanente de las demandantes del cuerpo policial al que pertenecen por los cargos que se les atribuyeron en sede administrativa disciplinaria.

S.
BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Si bien comparto lo resuelto por la mayoría de mis colegas, efectuó el presente fundamento de voto porque desea agregar algunas consideraciones adicionales.

Como se conoce, en este caso las recurrentes solicitan que se declare la nulidad de todo lo actuado en la investigación administrativa disciplinaria que se les sigue, así como de las resoluciones futuras que se emitan y la Resolución de la Inspectoría Regional SM-TARAPOTO 124-2011-IGPNP-DIRINDES-IR-SM-TARAPOTO-UID, de fecha 10 de noviembre de 2011, mediante la cual se resuelve sancionarlas con pase a la situación de retiro. Asimismo, piden que se ordene investigar a los que resulten responsables de propalar las fotos objeto del proceso administrativo citado en los diferentes medios de comunicación; y, que conforme al artículo 8 del Código Procesal Constitucional se remitan copias certificadas al Ministerio Público. Alegan la vulneración a los derechos constitucionales a la intimidad, y al debido proceso (con especial mención a la prohibición de prueba ilícita).

La falta que, en un inicio, se les atribuyó a las recurrentes fue la de "[a]fectar de manera trascendental la disciplina, la imagen institucional y la ética [...]", la cual se encontraba prevista en la derogada Ley 29356, del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú (en adelante, la "PNP"). Esto se basaba en el uso inadecuado del uniforme de la PNP, ya que se consideró como infracción el "realizar actos indecorosos vistiendo el uniforme policial".

Como puede apreciarse, la falta estaba prevista en términos considerablemente genéricos. Esto, sin embargo, no acarrea inmediatamente que deba declararse, ^vía control difuso, su inconstitucionalidad, ya que, en realidad, su propósito radicaba en proteger la imagen institucional que debe gozar una entidad de la envergadura de la Policía Nacional del Perú. De hecho, la regulación de esta clase de faltas no ha sido inusual en el derecho peruano, y es posible identificar diversas instituciones cuyos reglamentos internos preveían conductas como las que aquí inicialmente se sancionaron.

En efecto, no ha sido esta la primera oportunidad en la que el Tribunal Constitucional ha conocido de demandas en las que se cuestiona la calificación efectuada por una entidad estatal que comprometía ciertos derechos fundamentales. Así, en la STC 03585- 2012-PA, lo que fue impugnado ante el supremo intérprete de la norma fundamental peruana fue el literal g) del artículo 23 del Reglamento de Organización y Funciones de la Fiscalía Suprema de Control Interno del Ministerio Público, según el cual será objeto de sanción el funcionario que cometiera "[c]onducta deshonrosa, ya sea en su actividad laboral o en su vida de relación social, [en este último caso], cuando la misma desprestigie la imagen

del Ministerio Público". En aquella oportunidad, y que creo que es algo relevante que debe también tomarse en cuenta en la resolución de este caso, precisamos que

> [...] la regulación de sanciones en contra de funcionarios públicos por cuestiones relacionadas a su vida privada guarda, en determinados casos, cierta relevancia por cuestiones de interés público, tal y como se ha indicado en esta sentencia. En el caso de las reglamentaciones que sancionan "conductas deshonrosas", ciertamente es factible que pueda originarse un problema relacionado con la tipicidad. Sin embargo, notamos que, en este caso, el problema cuya relevancia constitucional debe ser objeto de dilucidación se relaciona no tanto con la descripción de la conducta en el Reglamento, sino en su efectiva aplicación en este caso [STC 03485-2012-PA, fundamento 34].

Ahora bien, la generalidad de la falta otorga, ciertamente, un importante margen de decisión a la institución para identificar qué supuesto pueden calzar dentro de ella. Sin embargo, al realizar esta clase de operaciones, las entidades deben velar por examinar si es que la conducta cuestionaba supono (o no) un ejercicio válido de un derecho que encuentra protección de conformidad con la Constitución o los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte. Evidentemente, en esta clase de casos la discrecionalidad inicial se reduce ostensiblemente, ya que, al legítimo interés de la institución de preservar su imagen, es ya posible oponer un derecho de relevancia constitucional, como lo pueden ser los de imagen, vida privada, intimidad, u honor.

A esto puede agregarse que existe un riesgo potencial que no debe ser desmericido, y es el relacionado a la posibilidad que la imposición de sanciones por esta clase de faltas dependa, en buena medida, de la perspectiva moral del funcionario encargado de hacer cumplir la ley. Esto puede generar un peligroso escenario de mezcla de la ética pública y la privada, lo cual puede materializarse en el hecho que el cuadro de valores o principios que un funcionario considere como indispensables en el desarrollo de su vida privada sean impuestos a otras personas que no necesariamente comulguen dicho estilo de vida.

Finalmente, estimo importante enfatizar lo relevante que resulta la capacitación que todos los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben recibir, particularmente en materias como derecho constitucional o derechos humanos, ya que permitirán que esta clase de casos puedan ser resueltos en la propia institución sin que exista la necesidad de su justicialización, la cual solo genera, en muchas ocasiones, un importante grado de desgate para las partes procesales.

S.
RAMOS NÚÑEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Si bien estoy de acuerdo con el fallo y la fundamentación de la sentencia expedida en autos, me aparto de la referencia al precedente Elgo Ríos -Expediente 02383-2013- PA/TC-, efectuada en el fundamento 4 de la misma.

Para ello, me remito al voto singular que entonces suscribí. En él señalé que, en mi opinión, los criterios allí detallados constituyen una regla compleja que genera un am- plio margen de discrecionalidad, en perjuicio de la predictibilidad que requiere el estado de Derecho.

Por tanto, considero que el análisis de la pertinencia de la vía constitucional debe efectuarse en virtud del artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.

S.
SARDÓN DE TABOADA

Pleno. Sentencia 476/2020

EXP. N.° 05048-2016-PA/TC-LAMBAYEQUE

ODILA YOLANDA CAYATOPA VDA. DE SALGADO

Con fecha 18 de agosto de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, por unanimidad, ha emitido la siguiente sentencia, que declara **FUNDADA en parte** la demanda de amparo.

Asimismo, los magistrados Miranda Canales, Ramos Núñez y Sardón de Taboada formularon fundamentos de votos.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que los votos mencionados se adjuntan a la sentencia y que los señores magistrados proceden a firmar digitalmente la presente en señal de conformidad.

S.S.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Secretario Flavio Reátegui Apaza
Relator

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 18 días del mes de agosto de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Sardón de Taboada, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Espinosa- Saldaña Barrera, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Miranda Canales, Ramos Núñez y Sardón de Taboada.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don W. Ivan Salgado Cayatopa, abogado de doña Odila Yolanda Cayatopa Vda. de Salgado, contra la resolución de fojas 78, de fecha 30 de marzo de 2016, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 2 de julio de 2015, doña Odila Yolanda Cayatopa Vda. de Salgado, en calidad de curadora y madre de J. E. S. C., interpuso demanda de amparo contra Essalud, con el objeto de que se declare la nulidad de la orden de alta, de fecha 12 de junio de 2015, expedida por el Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo - Red Asistencial de Lambayeque; y que, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación del derecho fundamental a la salud mental de su hija, se ordene la inmediata referencia (traslado) al Centro de Rehabilitación Integral para Pacientes Crónicos (CRIPC) Hospital 1 Huariaca - Essalud - Pasco u otro análogo. Ello a efectos de que se le otorgue atención especializada hasta su restablecimiento integral; esto es, no solo con terapia farmacológica, sino también con psicoterapia, terapia ocupacional y recreativa.

La recurrente manifiesta que su hija sufre de esquizofrenia hebefrénica crónica desde los 16 años (a la fecha de interposición de la demanda, contaba con 38 años) y, como consecuencia de que la demandada le ha brindado únicamente terapia farmacológica ambulatoria e internamientos hospitalarios esporádicos por crisis en los más de veinte años que ha pasado, su enfermedad se ha tornado crónica y grave, sin que se haya logrado su restablecimiento. Agrega que su hija fue internada el 26 de agosto de 2014 y que, paralelamente a ello, hasta en dos oportunidades solicitó a la emplazada, mediante cartas de fechas 23 de setiembre y 21 de octubre de 2014, que sea trasladada por emergencia al Centro de Rehabilitación Integral para Pacientes Crónicos (CRIPC) Hospital 1 Huariaca - Essalud - Pasco, sin que hasta la fecha le hayan dado respuesta.

Señala que, en lugar de ser trasladada, su hija fue retenida en el servicio de psiquiatría del Hospital Nacional Almanzor Aguinaga hasta que fue dada de alta el 12 de junio de 2015. Agrega que dicho hospital no constituye un servicio especializado para pacientes mentales crónicos, sino solo para pacientes nuevos, agudos, reagudizados y descompensados. Por ende, y luego de que su hija es compensada en sus momentos de crisis, la devuelven a su casa.

Finalmente, señala que, según un informe defensorial, los establecimientos de Essalud están organizados por niveles de complejidad y redes, siendo que los centros altamente especializados se encuentran en el tercer nivel. Las personas con enfermedades mentales deben acudir, si es para consulta externa, a los hospitales de segundo nivel y, si requieren internarse, a los hospitales de tercer nivel. Así, manifiesta que su hija requiere internamiento y tratamiento especializado en los centros del tercer nivel.

Contestación de la demanda

Con fecha 10 de agosto de 2015, la Red Asistencial de Lambayeque - Essalud se apersona a través de su apoderada judicial y contesta la demanda señalando que es cierto que J. E. S. C. es una paciente que viene recibiendo tratamiento médico psiquiátrico desde 1993 (cuando tenía 16 años), debutando con un cuadro de naturaleza psicótico que ameritó su primer internamiento. Posteriormente, y debido a la evolución tórpida de su cuadro, ha registrado varios internamientos por crisis parecidas; últimamente, ha mostrado agresividad y violencia contra sus familiares.

Agrega que nunca han dejado de atender a la paciente en el servicio de psiquiatría del Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo y que, a través de la oficina de referencia del citado hospital, se realizaron las gestiones ante el Hospital Nacional Guillermo Almenara I de la ciudad de Lima para que la paciente sea transferida al Hospital de Huariaca en Cerro de Pasco. Sin embargo, el Hospital Nacional Guillermo Almenara ha rechazado el traslado hasta en tres oportunidades.

Finalmente, señala que la paciente J. E. S. C. fue retirada del Hospital Almanzor Aguinaga Asenjo de Chiclayo el 22 de junio de 2015 por la fiscal Ivone Zarate Izquierdo, según acta fiscal, y devuelta a sus familiares.

Sentencia de primera instancia o grado

El Sexto Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, mediante Resolución 4, de fecha 30 de marzo de 2016, declaró fundada la demanda. A su juicio, el que se haya diagnosticado primigeniamente que J. E. S. C. sufría de esquizofrenia hebefrénica crónica para luego de más de 15 años señalar que se trata de esquizofrenia paranoide demuestra la falta de seriedad y la falta de atención adecuada que viene recibiendo dicha persona en el Hospital Almanzor Aguinaga Asenjo. Además, tanto en la orden de alta como en el contenido del acta fiscal se advirtió que su alta se debió principalmente al exceso de estancia hospitalaria (20 a 30 días) y no necesariamente a su recuperación. Estos hechos demuestran la vulneración a su derecho a la salud mental.

Resolución de segunda instancia o grado

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, mediante Resolución 8, de fecha 22 de julio de 2016, revocó la apelada y declaró infundada la demanda. Consideró que no se aprecia objetivamente la necesidad de que se ordene la continuidad de la atención médica de la hija de la recurrente en un lugar distinto al que desde 1993 se viene tratando. Asimismo, se tomó en cuenta que la diferencia en el diagnóstico de la paciente efectuado en la declaración de incapacidad en el que se le detectó esquizofrenia hebefrénica, y la precisada mediante Carta 13-JSPS-HNAAA-GM.RAL.ESSALUD-2015 y la hoja de referencia donde se indica que padece de esquizofrenia paranoide, no justifica razonablemente su traslado a otra localidad. Se afirma que en autos no se ha acreditado la incapacidad económica, física y emocional de sus familiares para que estos dejen de asumir el tratamiento domiciliario recomendado.

FUNDAMENTOS

Delimitación del asunto litigioso

1. El objeto del presente proceso constitucional es que se declare la nulidad de la orden de alta, de fecha 12 de junio de 2015, expedida por el Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo - Red Asistencial de Lambayeque; y que, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación del derecho fundamental a la salud mental de J. E. S. C., se ordene su traslado al Centro de Rehabilitación Integral para Pacientes Crónicos (CRIPC) Hospital 1 Huariaca - Essalud - Pasco, u otro análogo, a efectos de que se le otorgue atención especializada hasta su restablecimiento integral; esto es, no solo con terapia farmacológica, sino también con psicoterapia, terapia ocupacional y recreativa.

2. Por otro lado, la parte demandada manifiesta que a J. E. S. C. nunca se le ha negado el tratamiento que requiere desde que se presentó a los 16 años; más aún, cada vez que ha tenido una crisis, siempre se ha procedido a su hospitalización y hasta en tres veces se ha solicitado su traslado al Hospital de Huariaca. Sin embargo, el Hospital Almenara en Lima, entidad de la que depende la decisión, ha observado los pedidos.

3. En tal sentido, corresponde determinar si se ha producido la vulneración del derecho fundamental a la salud de J. E. S. C., en particular, de su derecho a la salud mental.

Análisis del asunto controvertido

§. El derecho fundamental a la salud mental

4. El artículo 7 de la Constitución Política ha reconocido el derecho fundamental a la salud, la del medio familiar y la de la comunidad. En el mismo sentido, en su artículo 9, ha establecido que corresponde al Estado determinar la política nacional de salud a través del Ejecutivo, cuya función básica es la de normar y supervisar su aplicación; asimismo, le corresponde a dicho poder del Estado el diseño y la conducción para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.

5. La garantía de protección del derecho a la salud por parte del Estado no solo abarca la salud física, sino también la mental. En ese sentido, se ha considerado que, si bien el derecho a la salud mental se compone de los mismos elementos del derecho a la salud en general, aquel se caracteriza básicamente porque sus titulares constituyen un sector de la población altamente vulnerable, que exige ver su situación a partir no solo de categorías jurídicas, sino también médicas, antropológicas, sociológicas, entre otros aspectos que han sido considerados desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (sentencia recaída en el Expediente 03081-2007-PA/TC, fundamento 25).

6. De manera similar, el artículo 2, inciso 1, de la Constitución Política reconoce el derecho que tiene toda persona a la integridad psíquica.

7. De otro lado, la Ley 30947, Ley de Salud Mental[1], dispone en su artículo 7 lo siguiente:

> [...] toda persona, sin discriminación alguna, tiene el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud mental. El Estado garantiza la disponibilidad de programas y servicios para la atención de la salud mental en número suficiente, en todo el territorio nacional; así como el acceso a prestaciones de salud mental adecuadas y de calidad, incluyendo intervenciones de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación.

8. De hecho, el tema de la salud mental engloba concretamente los "problemas de salud mental", los cuales son los siguientes: a) problema psicosocial, entendida esta como la dificultad generada por la alteración de la estructura y dinámica de las relaciones entre las personas o entre estas y su ambiente; y b) trastorno mental y del comportamiento, entendida como la condición mórbida que sobreviene en una determinada persona, afectando en intensidades variables el funcionamiento de la mente y del comportamiento, el organismo, la personalidad y la interacción social, en forma transitoria o permanente (artículo 5, "Definiciones", apartado 7, de la Ley de Salud Mental).

9. En el mismo sentido, la discapacidad por trastornos mentales se evidenciarían más

> en la disminución de las habilidades para las relaciones interpersonales (discapacidad psicosocial) y puede ir desde leve a severa y de carácter momentáneo (trastornos de adaptación, trastornos de ansiedad y trastornos depresivos, de carácter intercurrente (trastornos por conductas adictivas, trastornos de personalidad, estrés post traumático, trastorno bipolar) o permanente (crónica) como es el caso de los denominados Trastornos Mentales Graves (TMG) que incluyen a la esquizofrenia, trastorno esquizoafectivo y otras psicosis crónicas, incluidas las de causa orgánica[2].

---

1 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de mayo de 2019.

2 Vega, Favio. "Situación, avances y perspectivas en la atención a personas con discapacidad por trastornos mentales en el Perú", artículo de investigación obtenido del portal web del Instituto Nacional de Salud Mental "Honorio Delgado - Hideyo Noguchi" (http://www.insm.gob.pe/investigacion/articulos/4.html).

10. Siendo así las cosas, y considerando que, en el presente caso, nos encontramos frente a una persona que tiene un TGM, concretamente, esquizofrenia, corresponde enfocarnos en el derecho a la salud mental desde la óptica de las personas con discapacidad.

§. Salud mental y discapacidad

11. El artículo 7 de la Constitución Política que reconoce el derecho a la salud en general, ha consagrado un régimen de protección especial a las personas en situación de discapacidad. Así, ha establecido 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".

12. Sin embargo, el modelo de la Constitución de 1993, en sus orígenes, tal como ocurría con la de 1979 (artículo 19), parte de una concepción que comprendía a la discapacidad únicamente como una enfermedad, pues se consideraba a la persona "incapacitada", con "deficiencia física o mental" que "no puede velar por sí misma" y que tiene que estar "a cargo" de entidades bajo el "régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad". Incluso, en el debate constitucional, los asambleístas de la Constituyente de 1979 usaron términos como "minusválidos", "impedidos físicos, sensoriales o mentales", entre otros[3].

13. Dicho esquema iba de la mano con la perspectiva reflejada en el ámbito regional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988, pues este, en su artículo 18, contempló la "protección a minusválidos".

14. En ese sentido, la concepción de la discapacidad partía de un atributo puramente personal, y, por lo mismo, se adaptaba al modelo médico o rehabilitador, y no estaba conforme al modelo social de discapacidad, el cual encuentra reconocimiento en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a partir de la dación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas y su Protocolo Facultativo, que entiende a la discapacidad como el "resultado de la interacción o concurrencia de una situación particular del sujeto con las condiciones u obstáculos que la sociedad, con o sin intención, impone a este grupo de personas" (sentencia recaída en el Expediente 00194-2014-PHC/TC, fundamento 11).

15. La anterior perspectiva con que se manejaba esta materia fue cambiando. Ello se hace evidente en nuestro país cuando la Convención y su protocolo facultativo fueron ratificados por el Perú mediante la Resolución Legislativa 2917 y el Decreto Supremo 073-2007-RE, respectivamente. De ahí la necesidad de que nuestro ordenamiento,

3 Exposición de motivos del Decreto Legislativo 1384, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, publicado en el diario oficial El Peruano el 4 de setiembre de 2018.

así como la interpretación de las cláusulas constitucionales en temas de salud mental, se adecuaran al nuevo enfoque del modelo social. En esa misma línea de pensamiento, ya este Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente 00194-2014-PHC, enfatizó que todos los derechos y libertades de las personas con discapacidad deben interpretarse bajo el esquema propuesto por el modelo social conforme ha sido desarrollado en anteriores resoluciones del mismo Tribunal (Expedientes 02313-2009-PHC/TC, 02362-2012-PA/TC, 02437-2013-PA/TC y 04104-2013-PC/TC), y, a su vez, consideró que dicho modelo encuentra respaldo constitucional, combatiendo, de este modo, las desigualdades que históricamente han aquejado a este grupo social (fundamentos 15, 16 y 18).

16. El aludido modelo social se ha venido desarrollando a través de reformas legales. Así, en el año 2012, se aprobó la Ley 29973 –Ley General de la Persona con Discapacidad–, cuyo artículo 2, tal como lo hace el segundo párrafo del artículo 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, definió a la persona con discapacidad como "aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás".

§. El modelo social de discapacidad, el modelo de atención comunitaria, el modelo intramural como *ultima ratio* y el consentimiento informado

17. Atrás quedaron los "tratamientos" dispensados a las personas con discapacidad bajo los modelos de prescindencia y rehabilitador. Atendiendo al criterio del primero, la sociedad decide prescindir de ellas, ya sea a través de políticas eugenésicas o confinándolas en el espacio destinado para los "anormales" y "pobres" (marginación). Caracteriza al segundo que la sociedad trata de rehabilitarlas o "normalizarlas" a través de métodos científicos, ya que solo serán "útiles" o "necesarias" en la medida en que sean rehabilitadas[4].

18. El enfoque social de las personas con discapacidad entiende básicamente que las limitaciones al ejercicio de sus derechos no radica en la persona en sí misma, ni en las deficiencias atribuidas a dichas personas, sino que su origen radica en la interacción de dichas deficiencias con barreras externas existentes en la sociedad y que le impiden su plena y efectiva participación como miembro de aquella en condiciones de igualdad.[5] Ciertamente, el análisis parte desde el ámbito externo, y, en ese sentido,

4 Palacios, Agustina y Pérez. Luis, *La Discapacidad como una cuestión de Derechos Humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, 2007, pp. 13-15.

5 Exposición de motivos del Decreto Legislativo 1384.

se entiende que una persona tiene discapacidad en tanto la sociedad la discapacita a través de barreras[6].

19. Las barreras discapacitantes pueden ser desde arquitectónicas hasta actitudinales. En el caso de las personas con discapacidad mental a raíz de algún trastorno grave, las barreras actitudinales pueden partir desde la desvalorización (no considerar sus opiniones) y miedo, hasta la desatención y rechazo que, en algunos casos, llega al extremo del confinamiento de la persona (modelo de prescindencia o intramural), alejándolas de la posibilidad de su reinserción social y laboral. Y es que lamentablemente muchas veces no solo es la sociedad la que mantiene dichos prejuicios y estigma, sino también, y lo que es peor, la propia familia.

20. En particular, el tratamiento de las personas con discapacidad debido a alguna situación o deficiencia en su salud mental, adaptado al nuevo modelo social, implica, en consecuencia, eliminar las barreras que impidan el pleno ejercicio de sus derechos y libertades, y generar, más bien, las condiciones necesarias para el goce de sus derechos. La eliminación de dichas barreras recaerá, primero, en los modelos de atención en salud mental y, segundo, en la capacidad para la toma de decisiones a través del consentimiento informado.

21. Con relación a los modelos de atención en salud mental, se pueden identificar hasta tres modelos cuyas características se sintetizan en el siguiente cuadro[7]:

MODELOS DE ATENCIÓN COMUNITARIA		
Modelo intramural o asilar custodial	**Modelo terapéutico farmacológico**	**Modelo comunitario**
Considera a las personas con problemas de salud mental como incapaces para valerse por sí mismas. La institución toma las decisiones por la persona usuaria.	La familia tiene un rol activo de cuidado del usuario y es la que provee información. La institución mantiene poder discrecional sobre el tratamiento.	Reconoce la autonomía y capacidad de decisión de las personas con problemas de salud mental, garantizando el consentimiento informado.
El internamiento es indefinido y discrecional. Se atiende a consideraciones asistenciales y de albergue y no solo a razones de salud, en "hospitales especializados".	Se dan internamientos de corta estancia y el deber de cuidado se traslada a la familia de las personas usuarias.	Los internamientos deben tener una periodicidad mínima y motivada, en servicios de salud mental en hospitales generales, contando con la voluntad expresa de la persona usuaria.

6 Barnes, Colin. "Un chiste malo: ¿rehabilitar a las personas con discapacidad en una sociedad que discapacita?", en: BROGNA, Patricia (comp.), *Visiones y revisiones de la discapacidad*, Fondo de Cultura Económica, México, D. F., 2009, p. 113

7 Cuadro extraído del Informe Defensorial 180, "El Derecho a la Salud Mental. Supervisión de la Implementación de la Política Pública de Atención Comunitaria y el Camino a la Desinstitucionalización", publicado por la Defensoría del Pueblo en diciembre de 2018, p. 30. También puede verse en el siguiente enlace https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/12/Informe-Defensorial-N%C2%BA-180-Derecho-a-la-Salud-Mental-con-RD.pdf

Predomina el tratamiento en "hospitales especializados".	Se brinda atención en "hospitales especializados".	Se ofertan servicios integrales que incluyen la rehabilitación psicosocial, asistencia social integral, atención médica en establecimientos de salud de primer nivel, en hospitales generales y servicios de emergencia, programas de empleo y vivienda asistidos y de apoyo para quienes asisten a las personas usuarias con discapacidad psicosocial, hogares protegidos, casas de medio camino.

22. Con relación a la medida de hospitalización[8], como última *ratio*, y a la concepción de atención comunitaria, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad ha regulado dicha situación en su artículo 19, estableciendo el derecho a vivir de forma autónoma y a ser incluido en la comunidad. Así, se dispuso que las personas con discapacidad gozan del derecho a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y los Estados deberán adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad.

23. Es más, en el caso Ximenes Lopes *vs.* Brasil, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de pronunciarse, en concreto, sobre el derecho a la salud mental de conformidad con los estándares internacionales de protección de los derechos humanos. En ella destacó la "especial obligación que tienen los estados de asegurar una prestación de atención médica eficaz a las personas con discapacidad mental que se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios de esa naturaleza que sean lo menos restrictivo posible, y la prevención de las discapacidades mentales"[9].

24. Este Tribunal también ha tenido la oportunidad de pronunciarse en casos similares al presente, en los cuales también se involucraba la determinación de la hospitalización o el denominado modelo "intramural" para personas con discapacidad mental (esquizofrenia). Este hecho incide indefectiblemente en otros derechos y bienes protegidos

8 La legislación vigente desde mayo de 2019, ha establecido la diferencia entre el internamiento y la hospitalización. El primero, consiste en un proceso por el cual el paciente en una situación de emergencia psiquiátrica es ingresado para recibir atención inmediata y por un periodo no mayor de 12 horas, mientras que el segundo es un proceso en el que la persona es ingresada para recibir los cuidados necesario con fines de diagnóstico o terapéuticos por más de 12 horas (artículo 5, numerales 2 y 3 de la Ley de Salud Mental).

9 Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentencia de la Corte IDH de fecha 4 de julio de 2006, fundamento 128, citando a la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (artículo III.2) y los principios 2, 3 y 4 de los Principios Básicos de las Normas para la Atención de la Salud Mental de la Organización Mundial de la Salud. División de Salud Mental y Prevención del Abuso de Sustancias.

como la libertad personal. Así, en la sentencia recaída en el Expediente 1956-2004-PA/TC, este Tribunal determinó que correspondía la hospitalización "mientras no se defina con claridad y precisión que su estado de salud puede ser objeto de atención ambulatoria" (sic). Ello en la medida en que se verificó contradicciones irresolubles entre los informes que expidieron diversas dependencias de la entidad emplazada (Essalud).

25. Por otro lado, en los Expedientes 3081-2007-PA/TC y 2480-2008-PA/TC, pese a que se coincidió en que el método intramural debe ser la última *ratio* y que más bien se debe buscar que la familia adopte un papel relevante en el tratamiento de la persona con discapacidad mental, se decidió, en ambos casos, la hospitalización indefinida de las personas a favor de las cuales se interpuso el amparo. Para justificar esta posición, se consideró como factor determinante el entorno familiar, pues éste no podía garantizar los cuidados necesarios y suficientes. En el primer caso, la atención recaía en la madre, una persona mayor "anciana, que vive sola, viuda", el lugar en el que vivía no tenía luz y agua, y la beneficiaria del amparo se encontraba "operada de la cadera izquierda" (3081-2007-PA/TC). En el segundo caso, el cuidado estaba a cargo de la "madre mayor de 70 años con osteoporosis, déficit visual en ambos ojos y con disminución de las funciones intelectuales" (2480-2008-PA/TC).

26. Ahora bien, en los tres casos, el Tribunal Constitucional decidió dejar sin efecto el alta médica, ordenando la hospitalización de las personas con discapacidad mental, en atención no tanto al diagnóstico médico o a la existencia de alguna duda razonable sobre este (1956-2004-PA/TC), sino más bien a una situación externa, a saber, el entorno familiar, particularmente, la situación de la persona sobre la cual recaían los cuidados, además de la presencia de alguna expresión de violencia o agresividad (en el Expediente 3081-2007-PA además se señaló que se constató "agresividad selecta contra la madre"). Sin embargo, resulta necesario ahora efectuar un análisis más integral que incluya el modelo social de discapacidad, y que lógicamente incluya también los factores que se consideraron en las referidas sentencias.

27. Por ello ha sido importante que se apruebe la Ley 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, y la Ley 30947, Ley de Salud Mental[10]. Esta última ha acogido el modelo de atención comunitaria que consiste en un modelo de tratamiento "centrado en la comunidad, que promueve la promoción y protección de la salud mental, así como la continuidad de cuidados de las personas, familias y colectividades con problemas de salud mental, en cada territorio". Sus principales características inciden en su materialización continua, según las necesidades requeridas, en la satisfacción de las necesidades de una población jurisdiccionalmente determinada en una red de servicios

10 La Ley de Salud Mental derogó la Ley 29889, publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de junio de 2012, ésta modificó el artículo 11 de la Ley 26842, Ley General de Salud, la que, a su vez, garantizaba los derechos de las personas con problemas de salud mental. Y ha sido dicha disposición (Ley 29889) y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo 033-2015-SA, los que han inaugurado normativamente el modelo de atención comunitaria.

de salud, en la promoción de la participación de la comunidad organizada y en la promoción de la recuperación total y la inclusión social de las personas con problemas de salud mental, así como la continuidad de los cuidados de la salud de las personas, familias y comunidades (artículo 5, numeral 6, sobre las definiciones y artículo 21 sobre el modelo de atención comunitaria).

28. En dicha normativa, se exige que la hospitalización sea un recurso terapéutico excepcional, con revisiones periódicas, bajo condición de que aporte mayores beneficios terapéuticos para el paciente, por el tiempo estrictamente necesario, y en el establecimiento de salud más cercano al domicilio del usuario (artículo 27).

29. Incluso regula la atención desinstitucionalizada de personas en situación de abandono y estado de vulnerabilidad estableciendo que "las personas que, pese a contar con alta médica, por circunstancias ajenas a su voluntad, permanecen innecesariamente hospitalizadas en los establecimientos de salud, deben ser derivados a profesionales de trabajo social o especialidades afines para movilizar la red familiar y comunitaria y promover la reinserción en dichos ámbitos" (artículo 30). Así también, estableció que "la persona con problemas de salud mental que tenga un período de internamiento u hospitalización mayor a cuarenta y cinco (45) días y que se encuentre en condición de alta médica, debe continuar su tratamiento en forma ambulatoria y ser incorporada en la red de atención comunitaria de salud, coordinando previamente con los profesionales de trabajo social y afines" (artículo 33).

30. Es más, este Tribunal, en el análisis sobre la privación de libertad de personas con discapacidad (en situaciones que no tengan relación con cuestiones penales) señaló que existen dos cuestiones que deben tomarse en cuenta (sentencia recaída en el Expediente 00194-2014-PHC/TC, fundamento 60):

> En primer lugar: que en nuestro ordenamiento jurídico la regla es que está proscrita la posibilidad de restringir o privar del goce efectivo del derecho a la libertad personal a las personas con discapacidad únicamente por motivos de discapacidad, sea que se trate de una discapacidad real o una percibida.
>
> En segundo lugar: que si bien en el contexto actual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (fundamentos 53 a 58 *supra*) no estaría vedada la posibilidad, siempre como excepción, de restringir la libertad personal de una persona con discapacidad por motivos dirigidos a garantizar la seguridad de dicha persona o de terceros, ello solo será válido en tanto se establezcan las garantías procesales y sustantivas adecuadas, siempre respetando la dignidad de la persona (como *ultima ratio*, siempre que sea una medida legal y no arbitraria, en un centro de salud especializado, y esté sujeta a revisión periódica por la autoridad competente). Además, este segundo supuesto es un escenario en claro retroceso en la coyuntura actual, por lo que su desaparición absoluta debe ser un proceso que de manera decidida emprenda el Estado, buscando garantizar la implementación real y efectiva de un modelo de atención comunitario (sic).

31. Visto este nuevo escenario, debe concluirse que, tanto el Estado y la sociedad, representados por profesionales de salud (médicos, enfermeras, etc.), funcionarios públicos, servidores públicos, la comunidad y las familias de quienes se encuentren en alguna situación de discapacidad mental, deben adecuar sus roles al enfoque social instituido en la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, en la normativa pertinente de nuestro ordenamiento jurídico y en la jurisprudencia de este Tribunal. Ello implica, por ejemplo, que, para efectos de establecer cuál será el mejor tratamiento médico a seguir, dado que la hospitalización es la última *ratio* (esto es, la excepción a la regla de atención ambulatoria), se deberá también considerar el nuevo modelo de atención comunitaria, aquí ya reseñado.

32. De otro lado, la Ley de Salud Mental también ha incluido el derecho de la persona con discapacidad mental a otorgar su consentimiento informado. Este derecho implica la aceptación libre, sin persuasión indebida y otorgada por una persona con problemas de salud mental, o por sus representantes, según sea el caso, después de habérsele proporcionado información precisa, suficiente y comprensible sobre el diagnóstico, tratamiento, medidas alternativas posibles y efectos secundarios y riesgos (artículo 9, inciso 7).

33. Dicha regulación va de la mano con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad a través de la modificación y derogación de algunos artículos del Código Civil, del Código Procesal Civil y del Decreto Legislativo del Notariado, mediante la aprobación del Decreto Legislativo 1384, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 4 de setiembre de 2018.

34. Algunos de los cambios más significativos introducidos por la referida normativa, tal como fue sintetizado en su exposición de motivos, son los siguientes:

> Se elimina del Código Civil la referencia a personas 'incapaces' así como las categorías 'incapacidad absoluta' e 'incapacidad relativa'. De esta manera, se derogan las disposiciones de los artículos 43 y 44, que hacen referencia a 'los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento' 'los retardados mentales' y 'los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad'. [...] Se modifica el artículo 3 del Código Civil, estableciéndose que la capacidad de goce no es objeto de limitación; es decir, se preserva el reconocimiento de la personalidad jurídica de la persona como sujeto de derecho y deberes imposibilitando que sea suplantada por otra bajo ninguna circunstancia. No obstante ello, la capacidad de ejercicio, al no ser un derecho absoluto, es pasible de limitaciones legales en el marco de los estándares internacionales de los derechos humanos. Cabe resaltar que estos límites han sido eliminados para las personas con discapacidad con excepción de 'las personas que no puedan manifestar su voluntad de manera expresa ni tácita, temporal o permanentemente'. Se elimina del todo la figura de la curatela del Código Civil para las personas con discapacidad y, en el caso de la excepción

de 'las personas que no puedan manifestar su voluntad de manera expresa ni tácita, temporal o permanentemente', se les aplica la designación de apoyos judicialmente de forma excepcional.

35. Así pues, las modificaciones introducidas al Código Civil reivindican a las personas con discapacidad, devolviéndoles el estatus de verdaderos sujetos de Derecho, de conformidad con los estándares actuales en materia de protección de los derechos humanos (sentencia recaída en el Expediente 00194-2014- PHC/TC, fundamento 29).

36. Resulta oportuno entonces destacar dos cambios sustanciales introducidos por dicha normativa. El primero de ellos es la inclusión del modelo de apoyos y salvaguardas, a través de su designación voluntaria. Esta nueva institución jurídica implica reconocer a las personas con discapacidad ser protagonistas de los cambios que se generen en su esfera subjetiva, implica reconocer que son capaces de tomar sus propias decisiones en un primer orden, y que únicamente el apoyo consistirá en una persona que le ayude en la toma de decisiones y facilite el ejercicio de sus derechos, "incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo" (artículo 659B del Código Civil, disposición incorporada por el artículo 3 del referido Decreto Legislativo).

37. La segunda medida que destaca –en consonancia con el modelo comunitario y de atención ambulatoria– ha sido la derogación del artículo 578 del Código Civil que regulaba el internamiento involuntario de las personas con discapacidad[11]. Dicha medida ha sido adaptada de acuerdo con el enfoque social, y a partir del compromiso del Estado peruano con la Convención de las Naciones Unidas en la materia (artículo 14) en el sentido de que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones, gozan del derecho a la libertad y que la existencia de una discapacidad no justifica en ningún caso la privación de la libertad. Además, a partir de la consideración de que la hospitalización, como parte del tratamiento del paciente, debe ser la última *ratio*, esto es, en la medida de lo posible, debe evitarse el método intramural.

38. Ahora bien, la exigencia en la factibilidad de otorgar el consentimiento informado por parte de una persona con discapacidad debido a algún trastorno mental (grave), lógicamente debe tener como condición que tenga, cuando menos episódicamente, la suficiente madurez intelectual, poder de reflexión y sentido de responsabilidad para decidir por sí misma el mejor tratamiento a seguir, incluyendo la decisión sobre la hospitalización o la atención ambulatoria, a menos que exista alguna situación de emergencia psiquiátrica o que se encuentre en un estado delirante, psicótico, paranoide,

11 Antigua redacción de la disposición derogada: "Autorización judicial para el internamiento del incapaz Artículo 578.- Para internar al incapaz en un establecimiento especial, el curador necesita autorización judicial, que se concede previo dictamen de dos peritos médicos, y, si no los hubiere, con audiencia del consejo de familia".

etc., de manera altamente prolongada o permanente. De otro modo, esto es, en alguna situación de emergencia psiquiátrica (artículo 20, inciso 2 de la Ley de Salud Mental), debido a alguna crisis que requiera hospitalización, por el tiempo estrictamente necesario y en el establecimiento más cercano al domicilio del usuario, se podrá recomendar la hospitalización como parte del tratamiento que deberá aportar mayores beneficios terapéuticos (artículo 27, inciso 1 de la Ley de Salud Mental).

39. En consecuencia, a efectos de decidir si resulta necesaria la hospitalización –por el tiempo estrictamente necesario y en el establecimiento de salud más cercano al domicilio del usuario– o corresponde la atención ambulatoria que incluya el modelo comunitario, se deben considerar los siguientes factores: en primer lugar, el diagnóstico médico; en segundo término, la necesidad de que a través de una posible hospitalización se garantice la seguridad e integridad del propio usuario y la de terceros (de acuerdo a la intensidad y recurrencia de muestras de agresividad y violencia); en tercer lugar, las características del entorno familiar, lo que incluirá la valoración del aspecto económico y social; y, finalmente, en cuarto lugar, la expresión de voluntad de la persona con discapacidad mental. Por ende, la situación de discapacidad, la garantía de seguridad del paciente y de terceros, y la situación económica, médica y social de la persona o personas sobre las que recaerá la responsabilidad del apoyo, no serán los únicos criterios para restringir la libertad personal de la persona con discapacidad a través del método intramural.

40. Por todo lo descrito, resulta fundamental la implementación del modelo social de discapacidad. Ello permitirá que las personas con discapacidad –que muchas veces sufren de estigmatización por parte de la sociedad debido al desconocimiento de todas sus capacidades y de los apoyos que precisan– puedan integrarse a la vida familiar, social y laboral.

Análisis del caso concreto

41. En el presente caso, de acuerdo a las declaraciones y documentos presentados por ambas partes, así como de la información remitida en respuesta a los pedidos de información formulados por este Tribunal, se advierte lo siguiente:

    a. La persona a favor de quien se interpone la presente demanda es una persona mayor de edad con discapacidad mental (a la fecha contaría con 43 años de edad). Así, mediante la Resolución 026-SGS-GDLA- ESSALUD-99, de fecha 16 de abril de 1999 (folio 7), la Gerencia Departamental de Lambayeque - Essalud, de acuerdo al dictamen emitido por la Comisión de Incapacidad de Hijos Asegurados Mayores de Edad, resolvió declarar a J. E. S. C. "incapacitada total y permanentemente para el trabajo". En la parte considerativa de la referida resolución se señala que la Comisión de Evaluación de Incapacidad de Hijos Asegurados Mayores de Edad le ha diagnosticado esquizofrenia hebefrénica.

    b. Según el Informe Médico, de fecha 14 de junio de 2013 (folio 9), expedido por médico psiquiatra del Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo de Essalud, J.

E. S. C. "viene recibiendo tratamiento médico psiquiátrico desde 1993, cuando tenía 16 años, debutando con un cuadro de naturaleza psicótico que dio lugar a su primer internamiento en el servicio. Posteriormente y con relación a la evolución tórpida de su cuadro ha registrado varios internamientos por crisis parecidas, las que últimamente se han manifestado con agresividad y violencia contra sus familiares. Su último internamiento data de febrero de 2012, posterior a ello ha llevado controles ambulatorios en consultorio externo. Dentro de su tratamiento indicado ha figurado el tratamiento con medicación de depósito de aplicación mensual. La paciente a la fecha cursa un cuadro estacionario con algunos síntomas de deterioro en el desarrollo personal y social, lo que hace que tenga un pronóstico reservado; en su historia familiar resalta la existencia de un hermano con diagnóstico psicótico familiar". Incluye como diagnóstico: esquizofrenia hebefrénica crónica F20.1 CIE. 10. OMS.

c. Con fecha 23 de setiembre de 2014, tanto la madre de J. E. S. C. como doña Odila Amarilis Salgado Cayatopa, esta última en calidad de curadora del hermano de la beneficiaria, solicitaron mediante carta dirigida al Gerente de la Red Asistencial de Lambayeque, el traslado de ambos hermanos al Centro de Salud Mental de Huariaca en la ciudad de Pasco (folio 13) debido a que "padecen de esquizofrenia y su situación empeora aún más, poniendo en grave peligro sus vidas y su derecho fundamental a la salud mental".

d. Con fecha 20 de octubre de 2014, mediante carta dirigida al Gerente de la Red Asistencial de Lambayeque, reiteran su pedido de traslado (folio 14) debido a la "cronicidad de las enfermedades mentales".

e. Mediante Carta 13-JSPS-HNAAA-GM.RAL-ESSALUD-2015, de fecha 10 de enero de 2015, el Jefe del Servicio de Psiquiatría del Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo (folio 55), solicita al Jefe de la Oficina de Referencias y Registros Médicos la referencia de J. E. A. C. para consulta externa en el Hospital Nacional Guillermo Almenara Irigoyen en la ciudad de Lima. El motivo de la referencia es: terapia especializada de inserción social, y el diagnóstico: esquizofrenia paranoide F20.0.CIE.10.OMS.

f. La Hoja de Referencia de fecha 10 de enero de 2015 (folio 56) indica como resumen de la historia clínica lo siguiente: Paciente que ingresa al servicio de psiquiatría el 26/08/14. Con fecha de alta el 20/09/14, actualmente compensada, se refiere al hospital Guillermo Almenara con fines de ser transferida al Hospital de Huariaca para terapia especializada de reinserción social. Diagnóstico: esquizofrenia paranoide. Motivo de la referencia: Terapia Especializada para Reinserción Social. Médico tratante y que refiere: don Juan José Cruz Venegas.

g. Documento de observaciones a la Hoja de Referencia 101262837 (folio 41) en el que figuran tres observaciones en las siguientes fechas: 22 de enero, 28 de enero y 6 de marzo de 2015, todas ellas del H. N. Guillermo Almenara y como observación señala que la referencia puede ser resuelta en su centro asistencial.

h. Documento de detalle de la referencia de fecha 10 de enero de 2015 (folio 42) con estado: Anulado.

i. Con fecha 12 de junio de 2015, el servicio de psiquiatría del Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo de Essalud, representado por el médico psiquiatra don Juan José Cruz Venegas, emitió la orden de alta de J. E. S. C. (folio 10). En el Informe de Alta Hospitalaria (folio 11) se señaló que la fecha de ingreso al hospital fue el 26 de agosto de 2014 y que la evaluación del cuadro clínico durante su hospitalización fue: "PACIENTE CON EVOLUCIÓN FAVORABLE DURANTE SU ESTANCIA HOSPITALARIA, por ende, condiciones de alta (MEJORADO)". Además de ello se informó lo siguiente:

   - Motivo de hospitalización: conducta inadecuada, insomnio, agresividad y coprolalia.
   - Diagnóstico de egreso: F20.0
   - Principales procedimientos de diagnóstico y tratamiento realizados durante la hospitalización: exámenes auxiliares especiales (dentro de los parámetros normales), intervenciones quirúrgicas (ninguna) y se detallan los principales medicamentos administrados.

j. Adicionalmente, en las indicaciones de alta de pacientes (folio 12), además de las prescripciones médicas, se indicó "orientación familiar con asistencia de familiares", "mantenerse ocupada" y "entretenerse".

k. Epicrisis con fecha de alta el 12 de junio de 2015 (folio 54) de J. E. A.C., suscrito por el médico tratante, don Juan José Jesús Venegas, informa que el ingreso fue el 26 de agosto de 2014, historia médica anterior: paciente ingresa al servicio procedente de emergencia y con evaluación favorable durante su estancia hospitalaria.

l. Mediante Acta Fiscal de fecha 22 de junio de 2015, a las 11:08 de la mañana (folio 43), doña Yvonne Catherine Zárate Izquierdo, fiscal de la Primera Fiscalía Penal de Prevención del Delito del Distrito Judicial de Lambayeque, se constituye al área de psiquiatría del Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo de Essalud, a pedido de las autoridades del referido hospital, a fin de que tanto J. E. A. C. como su hermano, quien también padece de esquizofrenia, sean regresados con sus familiares. En dicha acta se deja constancia que "dicha área es solo para pacientes agudos y no crónicos y que tienen un periodo de estancia de 20 y 30 días, luego de lo cual se le da el alta médica"; que la paciente J. E. A. C. sufre de esquizofrenia hebefrénica; y que ambos han excedido el tiempo hospitalario, con lo cual, deben regresar con sus familiares, además que "solo tienen 16 camas y que hay demanda de ellas".

m. Mediante Acta Fiscal de fecha 22 de junio de 2015, hora 12.10 (folio 46), la fiscal Yvonne Catherine Zárate Izquierdo se constituyó al domicilio de los hermanos y se les "hizo entrega a su señora madre en buenas condiciones de salud".

n. Carta 520-JDMI-HNAAA-ESSALUD-2015, de fecha 11 de agosto de 2015 (folio 51), remitida por el médico Jefe del Dpto. de Medicina I al Gerente Clínico de la Red Asistencial de Lambayeque, a través de la cual le indica que el diagnóstico de J. E. S. C. es esquizofrenia paranoide y no esquizofrenia hebefrénica, "por lo que necesita de la presencia constante de sus familiares directos para apoyar en su rehabilitación, dado el poco apoyo de la familia, el Servicio de Psiquiatría efectúo la referencia al Hospital de Huariaca que trabaja con pacientes crónicos, pero esta fue denegada. El Servicio de Psiquiatría solo atiende a pacientes en estado agudo de su enfermedad, no teniendo capacidad para tener pacientes por más de 30 días de estancia prolongada".

o. Anexo de la precitada carta, esto es, Carta 132.JSP.HN.AAA.ESSALUD.2015, de fecha 10 de agosto de 2015 (folio 52), suscrita por el Jefe del Servicio de Psiquiatría y dirigida al Jefe del Dpto. de Medicina I, a través del cual refiere los mismos hechos que la carta 520, pero además de ello informa que el médico tratante, doctor Juan José Cruz Venegas, dio de alta a la paciente al mes de hospitalizada por haber estabilizado su cuadro de esquizofrenia paranoide y que al dársele de alta, los familiares no se apersonaron para retirarla, por lo que se decidió comunicar dicha situación a la Oficina de Asuntos Jurídicos.

p. Mediante sentencia de fecha 27 de julio de 2016, el Juzgado de Familia Transitorio de José Leonardo Ortiz de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque (consulta de expedientes judiciales del Poder Judicial a través de su portal web https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/busquedaform.html) declaró fundada la demanda interpuesta por doña Odila Yolanda Cayatopa Vda. de Salgado, Odila Amarilis Salgado Cayatopa y don Wilmer Iván Salgado Cayatopa; y declaró la interdicción civil de J. E. S. C., por adolecer de esquizofrenia hebefrénica crónica y nombró como curadora a su madre, doña Odila Yolanda Cayatopa viuda de Salgado. El proceso se encuentra concluido.

42. De lo expuesto se advierten diversas situaciones. En principio, se debe considerar que J. E. S. C. fue diagnosticada de esquizofrenia hebefrénica desde que tenía 16 años de edad, y con incapacidad total y permanente para el trabajo desde el año 1999 (cuando contaba con 22 años). Desde entonces ha estado recibiendo tratamiento ambulatorio y, en algunas ocasiones, ha sido hospitalizada, por crisis generadas debido a la esquizofrenia que padece. Ello significa que la demandada nunca le ha negado el acceso a la atención médica, por lo menos, de manera ambulatoria.

43. Su última hospitalización debido a "conducta inadecuada, insomnio, agresividad y coprolalia" fue el 26 de agosto de 2014. Su médico psiquiatra tratante, don Juan José Jesús Venegas, le dio el alta formal el 20 de setiembre de 2014, esto es, casi 30 días después de hospitalizada; sin embargo, se mantuvo hospitalizada debido a que sus familiares no se habrían hecho presentes. Permaneció en dicha situación durante casi un año, hasta que su alta materialmente se efectivizó el 12 de junio del 2015, cuando la fiscal de la Primera Fiscalía Penal de Prevención del Delito del Distrito Judicial de

Lambayeque, se constituyó al hospital emplazado a pedido de sus funcionarios para llevarla a su domicilio, sentando las actas fiscales correspondientes. En una de ellas, se deja constancia de que J. E. S. C. es puesta al cuidado de su madre, quien también es su curadora. Lo mismo ocurrió con su hermano, quien también padece de esquizofrenia.

44. Mientras J. E. S. C. se encontraba hospitalizada, su madre, así como doña Odila Amarilis Salgado Cayatopa, quien sería la curadora del hermano de J. E. S. C., solicitaron, entre setiembre y octubre de 2014, que ambos hermanos sean trasladados al Centro de Rehabilitación Integral para Pacientes Crónicos de Huariaca en la ciudad de Pasco. El hospital de Chiclayo nunca les dio una respuesta formal. Pese a ello, se advierte que el médico psiquiatra solicitó su referencia (traslado) al centro de salud citado a través del Hospital Nacional Guillermo Almenara de la ciudad de Lima. Sin embargo, este último observó hasta en tres oportunidades los pedidos indicando que el cuadro médico podría ser tratado en el hospital de Chiclayo. Cabe precisar que los pedidos de traslado se realizaron bajo el diagnóstico de esquizofrenia paranoide y no esquizofrenia hebefrénica.

45. Ahora bien, en autos no obra documento alguno que sustente la conclusión a la arribó, hasta en tres ocasiones, el Hospital Nacional Guillermo Almenara. En el mismo sentido, se desconoce también si el tipo de esquizofrenia por la cual se solicitó el traslado –distinto al que originalmente fue diagnosticado– incidió en alguna medida en lo resuelto por el hospital de Lima.

46. Por otro lado, el cuadro de esquizofrenia paranoide no solo fue el sustento del pedido de traslado, sino que dicha modalidad de esquizofrenia empieza a aparecer en diversos documentos emitidos por el emplazado desde el año 2014. Así se aprecia en su orden de alta (F20.0) y en la epicrisis, para finalmente enfatizar en la Carta 132.JSP.HN.AAA.ESSALUD.2015, de fecha 10 de agosto de 2015, suscrita por el Jefe del Servicio de Psiquiatría, que el diagnóstico es esquizofrenia paranoide y no hebefrénica. Sin embargo, durante el acto fiscal del 22 de junio de 2015, se le informó a la fiscal que el diagnóstico es esquizofrenia hebefrénica (folio 44).

47. Al respecto, este Colegiado no puede soslayar la existencia de una variación en el diagnóstico médico de J. E. S. C., de esquizofrenia hebefrénica a esquizofrenia paranoide, sin que con relación al segundo de ellos exista algún informe médico, sea de su médico psiquiatra tratante o de alguna junta médica que sustente dicha variación y realice el nuevo diagnóstico, tanto más si las terapias y tratamientos que ha recibido durante más de 20 años se habrían basado en el primer diagnóstico. Y si bien mediante Carta 89.JP.HN.AAA.ESSALUD.2018, de fecha 20 de junio de 2018 (folio 41 del cuadernillo de este Tribunal), en respuesta a la solicitud de información que se le requirió a Essalud, esta entidad señaló que el enfoque terapéutico para ambos diagnósticos es el mismo (uso de fármacos, controles regulares, apoyo familiar y de ser necesario, la hospitalización por descompensación), a la luz de información adicional a la que ha tenido acceso este Tribunal Constitucional, dicha afirmación no parece ser necesariamente concluyente.

48. En efecto, de una valoración conjunta del Informe de la Asociación Psiquiátrica Peruana sobre el Trastorno Esquizofrénico (folio 55 del cuadernillo del Tribunal) y del Informe del Ministerio de Salud 416-2018-DSAME- DGIESP/MINSA, de fecha 29 de mayo de 2018 (folio 15 del cuadernillo del Tribunal), remitidos en respuesta a nuestros pedidos de información, deriva que la esquizofrenia paranoide se presenta cuando en la sintomatología predominan ideas delirantes y alucinaciones, mientras que la hebefrénica se presenta cuando en la sintomatología predomina el pensamiento y la conducta desorganizada. La esquizofrenia paranoide es el tipo más frecuente en el mundo. En ella, los trastornos afectivos, de la voluntad y del lenguaje, y los síntomas catatónicos pueden ser más llamativos. En el caso de la esquizofrenia hebefrénica, aunque los trastornos afectivos son importantes, las ideas y alucinaciones son transitorias y fragmentarias.

49. Así pues, si dependiendo del tipo de esquizofrenia de que se trate, la sintomatología varía, no puede descartarse que, si quiera en alguna medida, el tratamiento también requiera ser diverso. Esta conclusión se refuerza si se tiene en cuenta que el Ministerio de Salud señaló que la necesidad de un tratamiento ambulatorio o internamiento, dependerá también de "la singular situación existencial que cada persona".

50. Como se indicó, no se ha adjuntado documento alguno que justifique la variación del diagnóstico médico de J. E. S. C. de esquizofrenia hebefrénica a esquizofrenia paranoide. Tampoco que ello haya sido puesto en conocimiento de la parte demandante (artículo 27 de la Ley General de Salud). Por ello, se le solicitó a la entidad demandada que explique, entre otras cuestiones, las razones de la referida variación en el diagnóstico y que indique cuál es el diagnóstico actual de J. E. S. C. Dichas consultas no fueron respondidas en la carta que remitiera en junio de 2018.

51. De otro lado, y con relación al motivo por el cual se dio la orden de alta en junio de 2015, tampoco existe una justificación suficientemente precisa, pues tanto del informe médico de alta así como de la epicricis, se desprende que ella se debió a que "hubo evolución durante su estancia hospitalaria" o "mejoría" (folios 11 y 54, respectivamente); sin embargo, en el acta fiscal de fecha 22 de junio de 2015, se señala que el alta médica se dio debido a que los hermanos no podían permanecer más de 30 días en el espacio en el que se encontraban, por estar destinado a pacientes con cuadros agudos y no crónicos.

52. Debe tenerse en consideración que la entidad emplazada tramitó sin éxito, hasta en tres oportunidades, a través del Hospital Nacional Guillermo Almenara Irigoyen en la ciudad de Lima, el traslado de J. E. S. C. al Centro de Rehabilitación Integral para Pacientes Crónicos (CRIPC) Hospital 1 Huariaca - Essalud, "para que reciba terapia especializada para reinserción social", sin que motive la razón del por qué no puede recibir dicha terapia en la ciudad de Chiclayo. En el detalle de los pedidos de traslado no se señala que J. E. S. C. es una paciente crónica, tampoco se precisa si existe agresividad o no hacia sí misma, hacia su familia o hacia terceros, indicándose que "actualmente se encuentra compensada".

53. Así, por un lado, existe información que denotaría una cierta mejora en la situación de J. E. S. C.; pero, de otro lado, el hospital emplazado solicitaba que sea trasladada al hospital de Huariaca, por requerir una terapia especializada de reinserción social. Por lo tanto, existen dudas razonables acerca de si el alta médica encontraba fundamento en la efectiva mejora de la paciente, o en razones de incapacidad técnica o de déficit logístico del hospital, ajenas a su situación médica de la paciente.

54. Así también, este Tribunal no puede soslayar que la emplazada no tuvo en cuenta la Ley 29889, que estuvo vigente durante los hechos (entre agosto de 2014 a junio de 2015), y que parcialmente ya había incorporado el modelo social de discapacidad, al disponer el modelo de atención comunitaria (artículo 11, apartado a); la atención preferentemente de manera ambulatoria, dentro del entorno familiar, comunitario y social (artículo 11, apartado b); el internamiento como una situación excepcional, solo cuando aporte mayores beneficios para el paciente y por el tiempo estrictamente necesario (artículo 11, apartado c); y el consentimiento informado, libre y voluntario del usuario, salvo en situaciones de emergencia (artículo 11, apartado d).

55. En tal sentido, este Tribunal considera que la entidad emplazada no ha actuado con la debida diligencia en el caso de J. E. S. C., con lo cual, se ha vulnerado su derecho fundamental a la salud mental. Por ello, se dispone que en un plazo no mayor a 30 días hábiles contados a partir de notificada la presente sentencia, una Junta Médica emita un diagnóstico médico concluyente sobre el tipo de esquizofrenia que padece, así como el pronóstico y las alternativas de tratamiento. En dicho análisis, se deberán considerar los "determinantes de la salud", esto es, aquellos factores que mejoran o amenazan el estado de salud del individuo (artículo 5, inciso 1, de la Ley de Salud Mental).

Efectos de la presente sentencia

56. Con relación al modelo de atención en salud mental, la emplazada deberá considerar el modelo social de discapacidad que incluye, entre otros, la excepcionalidad de la hospitalización de la persona con discapacidad mental. En efecto, en dicha excepcionalidad y de acuerdo con el nuevo enfoque social, no solo se deberá considerar el diagnóstico médico, sino también el modelo de atención comunitaria, además de otros factores como el peligro para la seguridad e integridad de sí misma, su familia o terceros (situación de agresividad o violencia) y la situación del entorno familiar en todos sus aspectos (económico y social). Para esto último se debe contar con el apoyo de profesionales de trabajo social de Essalud. Además, y fundamentalmente, se deberá considerar la decisión de la beneficiaria en el presente caso en cuanto a las alternativas de tratamiento que existen en su caso. Así, la manifestación de voluntad de ella formará parte en la determinación de cuál es el mejor tratamiento que deberá seguir.

57. En el análisis de la determinación del tratamiento médico se deberá incluir atención especializada integral (diagnóstico diferencial, tratamiento psicofarmacológico especializado y psicoterapias), además de rehabilitación psicosocial y reinserción social. En el mismo sentido se ha pronunciado la Asociación Psiquiátrica Peruana (folio 59 del

cuadernillo del Tribunal) al incluir en todo tratamiento, las cuatro piedras angulares, esto es, tratamiento psicofarmacológico, psicoeducación, rehabilitación psicosocial y psicoterapia familiar.

58. Por lo tanto y en virtud de las particularidades propias del caso concreto, este Tribunal dispone que la entidad demandada informe a este Tribunal sobre lo dispuesto en el fundamento 55 inmediatamente luego de transcurridos los 30 días señalados. Así también deberá informar cada 120 días sobre el estado de salud de J. E. S. C. tanto al juez de ejecución como a la Defensoría del Pueblo, entidad que deberá realizar el seguimiento que corresponda conforme a sus funciones.

59. Asimismo, este Tribunal Constitucional no puede soslayar que en el presente caso, la madre, quien fue designada curadora de J. E. S. C. es una persona adulta mayor (72 años), lo que podría suponer alguna dificultad para el apoyo en el tratamiento de su hija, quien a la fecha tiene 43 años. Sin embargo, ni en la demanda ni en escrito alguno que obre en el expediente, se ha alegado como razón de la solicitud de hospitalización indefinida dicho hecho, tampoco se ha alegado imposibilidad de apoyo debido al mal estado económico o social de la familia. Al mismo tiempo, cabe añadir que quien firma como abogado de la demanda y los escritos es uno de los hermanos de la beneficiaria del presente amparo, don Wilmer Iván Salgado Cayatopa. En tal sentido, resulta claro que J. E. S. C. no se encuentra en situación de abandono o desprotección.

60. En este estado, también es importante destacar la labor que desempeña la familia, la que debe asumir una posición de garante en beneficio de la salud mental de J. E. S. C. (sentencia recaída en el Expediente 02480-2008-PA/TC, fundamento 18). En efecto, resultan primordiales para el apoyo de una persona con discapacidad mental, máxime si se trata de un cuadro de esquizofrenia, las acciones que emprenda la familia. Dicha labor forma parte del modelo de atención comunitaria que requiere, sin que ello signifique disminuir en algún sentido la capacidad jurídica y la capacidad de decisión de personas en dicha situación. Por ello, se exhorta a la familia de J. E. S. C. que mantenga el constante apoyo que requiera a fin de lograr su reinserción social y, de ser posible, su reinserción laboral.

61. Así también, del mismo modo que en el Expediente 00194-2014-PHC/TC, y considerando la nueva regulación de los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica y salvaguardas del Decreto Legislativo 1384 que modificó algunas disposiciones del Código Civil, el juez del proceso de interdicción subyacente (Juzgado de Familia Transitorio de José Leonardo Ortiz de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque o quien tenga a su cargo la ejecución del Expediente: 00184-2013-0-1714-JM-CI-01), deberá transformar dicho proceso en uno de apoyos y salvaguardas (Primera Disposición Complementaria Transitoria). En este deberá considerar lo dispuesto en el Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en Observancia al Modelo Social de Discapacidad, aprobado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa 046-2019-CE-PJ.

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 al haberse acreditado la vulneración del derecho a la salud mental de J. E. S. C.
2. **DISPONER** que en un plazo no mayor a 30 días hábiles contados a partir de la fecha de notificación de la presente sentencia, una Junta Médica del Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo de Essalud emita un diagnóstico concluyente sobre la situación médica de J. E. S. C., así como el pronóstico y las alternativas de tratamiento que incluya el modelo social de discapacidad.
3. **DISPONER** que el Juzgado de Familia Transitorio de José Leonardo Ortiz de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque o quien tenga a su cargo la ejecución del Expediente 00184-2013-0-1714-JM-CI-01, adecue el proceso de interdicción seguido contra la favorecida en este proceso a uno de apoyos y salvaguardas de conformidad con la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1384 y el Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en Observancia al Modelo Social de Discapacidad, aprobado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa 046-2019-CE-PJ.
4. **DISPONER** que el emplazado informe sobre lo ordenado en el fundamento 55 inmediatamente luego de concluido el plazo ahí dispuesto, y que informe sobre el estado de salud de J. E. S. C. al juez de ejecución y a la Defensoría del Pueblo cada 120 días.

Publíquese y notifíquese.

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el mayor respeto por mis colegas magistrados, si bien estoy de acuerdo con el sentido de la ponencia, considero necesario realizar algunas precisiones:

1. No estoy de acuerdo con lo señalado en los fundamentos 12 y 13 de la ponencia. Y es que, más allá de criticar que nuestra propia Constitución fue diseñada bajo un modelo médico de la discapacidad, lo que importa es resaltar que el enfoque social de la discapacidad actualmente es el que está vigente e informa a todo nuestro ordenamiento jurídico.

2. En el fundamento 39 considero que se debe precisar que el primer factor a tomar en cuenta para determinar la hospitalización de una persona con discapacidad mental, de acuerdo al modelo comunitario, es su expresión de voluntad. Y es que justamente el enfoque social pretende reconocer a las personas con discapacidad como auténticos sujetos de derechos, lo que implica ante todo tomar en consideración su manifestación de voluntad.

3. Considero también que la situación descrita evidencia que la entidad emplazada ha venido tratando a la representada desde hace varios años, pero dicho tratamiento no respondería a un diagnóstico adecuado, además de que no existe claridad en la información brindada respecto al estado de salud de la representada, ni de los tratamientos adecuados que ayudarían a darle una mejor calidad de vida. Por otro lado, la situación de la familia tampoco se aprecia con claridad, toda vez que daría la impresión que pretenden que la representada sea internada, en el entendido que dicha opción es la mejor, frente a los males que la aquejan.

4. Sobre el particular, el modelo comunitario de atención a las personas con discapacidad exige el apoyo conjunto y coordinado del Estado y las familias, que permita garantizar el derecho a la salud mental de la persona con discapacidad. Por tanto, concuerdo con el fallo y las diversas disposiciones allí anotadas, aunque agregaría que este caso, dada la importancia que tiene, también sea supervisado por este Tribunal Constitucional a través de su sistema de supervisión de sentencias, tal como lo viene haciendo con otros casos.

5. Finalmente, tal como lo expresé en el voto que emití en la sentencia recaída en el Expediente 00194-2014-PHC/TC, considero que este Tribunal emite el presente fallo de conformidad con una visión tuitiva y protectora de las personas con discapacidad mental, que apuesta además por favorecer el tratamiento ambulatorio y descartando, por ende, toda medida que suponga la institucionalización de la persona, inclusive en el ámbito privado. Como bien lo ha señalado la Defensoría del Pueblo en su

Informe Defensorial 180: *El derecho a la Salud mental. Supervisi*ón *de la implementación de la política pública de atenci*ón *comunitaria y el camino a la desinstitucionalización* (p. 32).

> "(...) una lectura en conjunto de las disposiciones de la CDPD [Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad] nos permite afirmar que el enfoque de atención comunitaria en salud mental es el más acorde a la CDPD, pues se basa en la descentralización, la participación y la introducción del componente de salud mental en la atención primaria de salud. En este sentido, se dejan de lado los enfoques tradicionales de atención en establecimientos psiquiátricos intramurales, que buscan custodiar y proteger a las personas con discapacidad de la sociedad y viceversa, privilegiando el encierro de larga estancia y sin permitir la participación en comunidad".

S.
MIRANDA CANALES

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Si bien me encuentro de acuerdo con el sentido de la decisión adoptada en el presente caso, considero necesario precisar mi posición con respecto a lo señalado en el fundamento 56 de la sentencia.

En dicho fundamento se señala que, para efectos de considerar la hospitalización de una persona con discapacidad mental como medida excepcional, se tomará en cuenta como uno de los factores "la situación del entorno familiar en todos sus aspectos (económico y social).

Al respecto, soy de la opinión que la situación económica de una familia no puede ser tomada en cuenta como un factor determinante al momento de decidir si es que una persona con discapacidad debe, como medida excepcional, ser tratada en el ámbito de la hospitalización. Considero que, en todo caso, podrá ser un factor más a tomar en cuenta, más no ser el factor que determine el rumbo de la persona con discapacidad mental. De lo contrario, podría correrse el riesgo de que las personas con discapacidad mental que provienen de familias de escasos recursos se vean condenadas, en todos los casos, a ser internadas en instituciones hospitalarias debido única y exclusivamente a la situación económica de su familia.

S.
RAMOS NÚÑEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Si bien estoy de acuerdo con lo resuelto en el presente caso y su fundamentación, debo realizar algunas precisiones:

La sentencia sustenta buena parte de su decisión en el Decreto Legislativo 1384, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones; y, en la Ley 30947, Ley de Salud Mental. Si bien se trata de normas legales vigentes y que resultan aplicables al presente caso, considero impertinente y exagerada la celebración que aquí se les hace.

A mi parecer, no es correcto utilizar la resolución de un caso particular como pretexto para adelantar opinión sobre la constitucionalidad de normas legales que pueden ser cuestionadas en procesos de control constitucional abstracto. Es allí donde —en principio— debe realizarse dicho análisis; de frente, no de costado.

De otro lado, me aparto de las reiteradas referencias a la sentencia emitida en el Expediente 00194-2014-PHC/TC (fundamentos 14, 15, 30, 35 y 61), pues emití entonces un voto singular, al considerar que el caso plantea un doloroso dilema en el que no puede preservarse la integridad personal del favorecido sin recortar su libertad de tránsito.

S.
SARDÓN DE TABOADA

Pleno. Sentencia 495/2020

EXP. N.° 01784-2015-PA/TC
Y 03106-2015-PA/TC (ACUMULADOS) HUÁNUCO
CÁMARA DE COMERCIO E INDUSTRIAS DE HUÁNUCO

Con fecha 20 de agosto de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, por mayoría, ha emitido la siguiente sentencia, que declara **FUNDADA** la demanda de amparo.

Asimismo, el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera formuló un fundamento de voto. Los magistrados Ferrero Costa y Sardón de Taboada formularon votos singulares.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que los votos mencionados se adjuntan a la sentencia y que los señores magistrados proceden a firmar digitalmente la presente en señal de conformidad.

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 20 días del mes de agosto de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ramos Núñez, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Espinosa- Saldaña Barrera, y los votos singulares de los magistrados Ferrero Costa y Sardón de Taboada.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Cámara de Comercio e Industrias de Huánuco contra la sentencia de fojas 1375, con fecha 21 de enero de 2015, expedida por la Sala Superior Transitoria Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, que declaró infundada la demanda de autos, y el recurso de agravio constitucional interpuesto por el Patronato de Huánuco contra la sentencia de fojas 1132, de fecha de 25 de febrero de 2015, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, que declaró infundadas las excepciones de prescripción y de falta de legitimidad para obrar de la demandada e infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demandas

Expediente 01784-2015-PA/TC

Con fecha 5 de octubre de 2011, la Cámara de Comercio e Industrias de Huánuco interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Huánuco y Urbi Propiedades SA, a fin de que se abstenga de construir cualquier tipo de centro comercial en el parque Puelles, ubicado en la ciudad de Huánuco. Existe un riesgo inminente de que este hecho se concretice, pues circulan rumores, entre los medios de comunicación y la población, de que se construirá un centro comercial a cargo de la demandada en el mencionado parque. Esta amenaza se sostiene por la información proporcionada por la comuna demandada, consignada en el acta de sesión ordinaria del Concejo Municipal, de fecha 29 de diciembre de 2010, en la cual se contempla la declaración de interés de un proyecto de iniciativa privada llamado centro comercial y de esparcimiento Huánuco Puelles, aunque no se especifica su ubicación exacta. Denuncia que la eventual construcción de este centro comercial vulnera sus derechos fundamentales al medioambiente sano y equilibrado, a la propiedad, y a la libre competencia; pues dicho parque es un bien de dominio público que se utiliza para recreación y, por lo tanto, no se debe transferir a terceros.

Expediente 03106-2015-PA/TC

Con fecha 19 de junio de 2012, el Patronato de Huánuco interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Huánuco, Urbi Propiedades SA y Patrimonio en Fideicomiso DS 093-2002-EF Interproperties Perú, a fin de que se abstenga de ejecutar la obra civil del centro comercial y de esparcimiento Huánuco Puelles en las áreas verdes del parque Puelles. Denuncia la vulneración del derecho al medioambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, ya que el cambio de zonificación del parque, así como otros requisitos necesarios para la construcción del precitado proyecto, se han establecido sin atender el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano, entre otra normativa específica.

Contestaciones de las demandas

Expediente 01784-2015-PA/TC

Con fecha 5 de junio de 2013, el alcalde de la Municipalidad Provincial de Huánuco deduce la excepción de prescripción. Respecto al fondo del asunto, señala que no existe ninguna vulneración ni amenaza del derecho al medioambiente sano y equilibrado para el desarrollo de la vida, ya que el proyecto del centro comercial y de esparcimiento Huánuco Puelles se ha desarrollado en cumplimiento de la Ley Marco de Promoción de Inversión Descentralizada y su reglamento.

Con fecha 19 de junio de 2013, Urbi Propiedades SA contesta la demanda y solicita que se la declare improcedente. Alega que se ha producido la sustracción de la materia, toda vez que ya se inició la construcción del centro comercial y que, en todo caso, la controversia no se puede dilucidar en el proceso de amparo por ser necesaria la actuación de una serie de medios probatorios. Respecto al fondo del asunto, aduce que la demandante no ha acreditado la existencia de una amenaza cierta e inminente al derecho al medioambiente equilibrado y al desarrollo de la vida, y que el proyecto cuestionado contribuirá al desarrollo económico local, a la generación de empleo y a la modernidad, entre otros beneficios. Asimismo, sostiene que el procedimiento para la adjudicación del proyecto y la suscripción del contrato se han realizado conforme a la ley y que no existe afectación al derecho de propiedad, ya que solo se le ha otorgado el derecho de superficie, más no el de propiedad.

Con fecha 3 de julio de 2013, la Procuraduría Pública de la Municipalidad Provincial de Huánuco contesta la demanda, y deduce las excepciones de prescripción y de falta de legitimidad para obrar de la demandante. Sobre el fondo del asunto, alega que no hay amenaza de vulneración del derecho a un medioambiente sano y equilibrado, pues recién con la construcción del centro comercial existe una amplia extensión de áreas verdes que garantizan el citado derecho, dado que antes era un lugar sin vegetación.

Con fecha 5 de noviembre de 2013, el Patrimonio en Fideicomiso DS 093-2002-EF Interproperties Perú, incorporado al proceso como tercero coadyuvante a través de la Resolución 27, de fecha 19 de agosto de 2013, emitida por el Primer Juzgado Mixto de la Corte

Superior de Justicia de Huánuco, contesta la demanda y solicita que se declare improcedente. Alega que se produjo la sustracción de la materia porque la ejecución del proyecto concluyó. Además, sostiene que, en todo caso, la controversia no se puede dilucidar en el proceso de amparo, pues se requiere la actuación de una serie de medios probatorios. Respecto al fondo del asunto, aduce que la construcción del centro comercial se llevó a cabo conforme a la normativa vigente, sin amenazar al medioambiente, puesto que se cuenta con un programa de acción preventivo y/o correctivo para evitar o mitigar los impactos ambientales en la zona de influencia del proyecto.

Expediente 03106-2015-PA/TC

Con fecha 11 de setiembre de 2012, la Procuraduría Pública de la Municipalidad Provincial de Huánuco deduce las excepciones de prescripción y de falta de legitimidad activa. Al contestar la demanda, alega que el parque Puelles no contribuía al derecho a un medioambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, ya que no tenía vegetación alguna y que, en cambio, el proyecto del centro comercial y de esparcimiento Huánuco Puelles incluye la plantación de árboles y jardines. De igual forma, aduce que Urbi Propiedades SA obtuvo de forma legítima el derecho de superficie sobre el área total del parque Puelles, pues se ha seguido el procedimiento correspondiente. Así, se aceptó la iniciativa privada del centro comercial y de esparcimiento Huánuco Puelles aplicando lo dispuesto en la Ley Marco de Promoción de Inversión Descentralizada, Ley 28059, y los Decretos Legislativos 1012 y 1016.

Con fecha 17 de setiembre de 2012, el Patrimonio en Fideicomiso DS 093-2002-EF Interproperties Perú deduce la excepción de prescripción extintiva. Asimismo, solicita que se declare improcedente la demanda por haber operado la sustracción de la materia. En el supuesto de que se haya producido una vulneración a un derecho fundamental, esta ha devenido irreparable, puesto que ya se ha iniciado la ejecución del proyecto. Por otro lado, señala que la vía del amparo no resulta idónea y que la adecuada es el proceso contencioso administrativo. Respecto al fondo del asunto, alega que la adjudicación y ejecución del proyecto no vulneran el derecho fundamental a la propiedad de la municipalidad demandada porque esta sigue siendo la propietaria. Tampoco viola su derecho a gozar de un ambiente equilibrado para el desarrollo de la vida; ya que, conforme a lo dispuesto por la Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, se determinó que la ejecución del proyecto no originaba impactos ambientales negativos de carácter significativo para el distrito.

Con fecha 17 de setiembre de 2012, Urbi Propiedades SA deduce la excepción de prescripción. Asimismo, solicita que la demanda se declare improcedente. Alega que se produjo la sustracción de la materia porque ya ha empezado la ejecución del proyecto y que no resulta idónea la vía del amparo, sino el proceso contencioso administrativo. Respecto al fondo del asunto, señaló que el proyecto garantiza el respeto al medioambiente.

Resoluciones de primera instancia o grado

Expediente 01784-2015-PA/TC

El Primer Juzgado Mixto de Huánuco, con fecha 4 de febrero de 2014, declara improcedentes las excepciones de prescripción y de falta de legitimidad para obrar de la demandante. Asimismo, mediante la sentencia de fecha 10 de julio de 2014, declara infundada la demanda porque la actora no ha acreditado la vulneración del derecho al medioambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida. De esta manera, el cambio de la zonificación del parque Puelles de uso recreacional a mixto no afecta dicho derecho, máxime, si el estudio de impacto ambiental no ha sido cuestionado. Agrega que no ha existido vulneración al derecho de propiedad, ya que la Municipalidad Provincial de Huánuco no ha transferido la propiedad del parque Puelles y solo se ha constituido un derecho de superficie sobre este a favor de Urbi Propiedades SA. Por último, considera que no se ha vulnerado el derecho a la libertad de competencia porque no se trata de una actividad monopólica. Por el contrario, la construcción del centro comercial ha generado oportunidades de empleo para la población.

Expediente 03106-2015-PA/TC

El Segundo Juzgado Mixto de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, mediante un auto de fecha 15 de febrero de 2013, declara infundadas las excepciones de prescripción extintiva y de falta de legitimidad para obrar activa. Asimismo, a través de la sentencia de fecha 14 de agosto de 2014, declara infundada la demanda porque, a su juicio, no se ha acreditado la afectación a los derechos en cuestión.

Sentencias de segunda instancia o grado

Expediente 01784-2015-PA/TC

La Sala Superior Transitoria Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, con fecha 21 de enero de 2015, confirma la sentencia de primera instancia o grado con argumentos similares a los vertidos en primera instancia o grado.

Expediente 03106-2015-PA/TC

La Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, con fecha 25 de febrero de 2015, confirma la sentencia de primera instancia o grado. En virtud de ello, declara infundadas las excepciones deducidas e infundada la demanda por no haberse probado la vulneración de ningún derecho fundamental.

Auto de acumulación

Mediante el auto de fecha 9 de agosto de 2018, el Tribunal Constitucional dispone la acumulación de los Expedientes 01784-2015-PA/TC y 03106-2015-PA/TC.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. La demanda tiene por objeto que no se lleve a cabo la construcción de un centro comercial sobre el parque Puelles. Se invoca la protección del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, estipulado en el artículo 2, inciso 22, de la Constitución Política.

§2. Consideraciones previas

2. En el presente caso, cabe mencionar lo manifestado por la Cámara de Comercio e Industrias de Huánuco en su recurso de agravio constitucional. Allí se alude expresamente a que los demandados "destruyeron el parque y edificaron un centro comercial" (fojas 1396 del Expediente 01784-2015-PA/TC). Además, el Patrimonio Fideicomiso DS 093-2002-EF Interproperties Perú, en su contestación de la demanda (fojas 1046 del Expediente 01784-2015-PA/TC), y Urbi Propiedades SA (fojas 831 y 117 del Expediente 03106-2015-PA/TC) sostienen que la ejecución de la obra ya concluyó. Cabe añadir que, conforme se aprecia en su portal electrónico (https://realplaza.pe/huanuco/), el centro comercial denominado Real Plaza Huánuco se encuentra operativo y en pleno funcionamiento.

3. En atención a ello, en las actuales circunstancias, es evidente que en la presente causa ha operado la sustracción de la materia, dado que la construcción del centro comercial ha concluido y, es más, actualmente, se encuentra en funcionamiento.

4. No obstante, este Tribunal, en aplicación del segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, procederá a emitir pronunciamiento de fondo debido a la magnitud de los derechos involucrados, cuyo agravio implicaría la vulneración del derecho a la protección del medioambiente de las generaciones presentes y futuras, en conexión con los derechos a la salud, a la vida, al libre desarrollo de la personalidad, a la alimentación, entre otros.

5. En tal sentido, si bien la demanda de autos se inició denunciando la supuesta amenaza de vulneración del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, este Tribunal analizará si hubo violación del derecho invocado, dado que ya se construyó el centro comercial sobre el parque Puelles.

§3. Análisis de fondo

6. La parte demandante sostiene que la construcción del centro comercial y de esparcimiento Huánuco Puelles sobre el parque Puelles vulnera sus derechos fundamentales al medioambiente sano y equilibrado, a la propiedad y a la libre competencia.

7. En consecuencia, se observa que el problema jurídico radica en determinar si la construcción del centro comercial y de esparcimiento Huánuco Puelles sobre el área

que estaba destinada al parque Puelles vulneró el derecho al medioambiente sano y equilibrado.

8. A fin de dilucidar la cuestión, corresponde pronunciarse respecto de los siguientes puntos: (a) el desarrollo urbano sostenible, (b) el derecho al medioambiente adecuado y (c) el análisis del caso concreto.

a. El desarrollo urbano sostenible

9. En las últimas décadas, el crecimiento vertiginoso de la población en las ciudades ha generado el aumento de ciudades no planificadas, donde no hay espacios públicos de calidad. Por ejemplo, se cuentan con pocas áreas verdes o espacios de recreación, y pocas vías de tránsito, lo cual muchas veces causa tráfico. Asimismo, se presenta una ocupación hacinada y desordenada de la población, sin criterios preestablecidos; y, en algunos casos, dicha ocupación no tiene límites, pues habitan en zonas no aptas o de riesgo frente a desastres naturales. Existe contaminación ambiental; la cobertura a servicios básicos como el agua, el desagüe y la electricidad es insuficiente; la conectividad es escasa, etcétera.

10. En ese contexto, la actividad económica se desarrolla, y conlleva mayor empleo y modernización. Asimismo, crea mayores oportunidades como la influencia en la reducción de la pobreza, el incremento de los ingresos tributarios, entre otros factores positivos para el progreso del país. Sin embargo, también puede incidir de manera directa o indirecta en el medioambiente con la contaminación ambiental, la reducción de áreas verdes o recreativas, etcétera.

11. Por ello, el desarrollo de la actividad económica se debe realizar de manera armónica con el crecimiento de las ciudades, a fin de garantizar la calidad de vida de la población, y permitirle gozar del derecho a la salud, a la integridad, al libre desarrollo de la personalidad, al medioambiente adecuado, a la protección de la familia, entre otros.

12. Esto es, el desarrollo urbano sostenible, que implica la compatibilidad o armonía entre el desarrollo económico, la protección de un medioambiente adecuado y la calidad de vida.

13. El desarrollo económico de un Estado, que incida o pueda incidir en el medioambiente, debe usar de forma racional los recursos naturales y los bienes ambientales, de modo que exista equilibrio o armonía entre el bienestar económico del Estado o de la ciudad y el goce efectivo de los derechos fundamentales, entre los cuales se encuentra el derecho a un medioambiente adecuado. Al respecto, el Estado debe adoptar medidas preventivas, precautorias, reactivas y de procedimiento que afronten daños o posibles daños al medioambiente a causa del desarrollo económico.

14. En cuanto a la protección del medioambiente adecuado, este Tribunal ya ha señalado en su jurisprudencia que el medioambiente es el lugar donde el hombre y los demás seres vivos se desenvuelven, e incluye tanto el entorno globalmente considerado, es

decir, los espacios naturales y recursos que forman parte de la naturaleza (aire, agua, suelo, flora y fauna), como el entorno urbano (cfr. Sentencia 0048-2004-AI/TC, fundamento 17). En ese sentido, la protección de un entorno urbano adecuado implica la adopción de medidas para garantizar un lugar especialmente idóneo para el desarrollo de la persona y de su dignidad. Así, las ciudades deben ser inclusivas con acceso a los servicios básicos, y con espacios públicos cercanos, seguros y de calidad, donde se mitigue la contaminación y se mantengan los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para el disfrute de los derechos de las generaciones presentes y futuras.

15. Finalmente, la protección al medioambiente se encuentra interrelacionada con otros derechos como el libre desarrollo de la personalidad, la salud, la integridad personal, la vida, la alimentación (RTC 2682-2015-AA/TC, fundamento 10, STC 0011-2015-AI/TC, fundamento 152). Por ello, el desarrollo económico, en armonía con el medioambiente y la protección de un entorno adecuado, mediante ciudades inclusivas con bienes ambientales en condiciones adecuadas, coadyuva a lograr calidad de vida, con la cual se pueda gozar plenamente de los derechos fundamentales.

16. Ahora bien, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 03448-2005-AA/TC (fundamentos 5 y 6), señaló que el derecho de gozar de un ambiente sano y equilibrado para el desarrollo de la persona supone también el derecho de los individuos que viven en zonas urbanas a que estas reúnan estándares mínimos que posibiliten su desarrollo. De esta forma, se asegura a sus pobladores, entre otras cosas, un mínimo de áreas verdes. Cualquier modificación de los estándares mínimos requiere, necesariamente, una justificación técnica sustentada no en razones de oportunidad, sino de calidad de vida de la población de la zona.

17. Si se analiza la superficie de área verde urbana por habitante (m^2 por habitante) en el Perú, se observa lo siguiente:

SUPERFICIE DE ÁREA VERDE URBANA POR HABITANTE (METROS CUADRADOS POR HABITANTE)					
Serie	**2010**	**2011**	**2012**	**2013**	**2014**
Amazonas	2,43	2,77	2,25	1,99	1,64
Áncash	2,45	2,83	2,37	2,34	1,61
Apurímac	2,49	2,51	3,50	3,45	2,21
Arequipa	3,67	2,87	3,56	3,75	2,10
Ayacucho	2,98	2,45	2,81	2,14	1,50
Cajamarca	2,83	2,38	2,66	2,79	1,70
Callao	3,04	2,70	2,95	2,47	2,18
Cusco	2,80	1,99	2,67	2,27	1,17
Huancavelica	6,34	3,50	5,91	4,43	3,07
Huánuco	2,30	1,81	2,20	1,02	0,76
Ica	1,40	0,82	1,36	1,80	1,06

Junín	1,83	1,35	1,78	1,53	1,16
La Libertad	2,10	2,36	2,01	1,96	3,56
Lambayeque	1,21	1,19	1,18	1,56	1,04
Lima	3,34	3,47	3,23	3,59	3,97
Loreto	1,97	2,14	1,89	1,42	1,12
Madre de Dios	2,75	2,37	2,53	2,51	2,06
Moquegua	12,91	14,05	12,52	4,84	4,18
Pasco	1,86	1,26	1,78	1,49	2,16
Piura	1,67	1,09	1,62	1,51	0,58
Puno	1,35	1,19	1,27	0,89	0,71
San Martín	2,37	1,66	2,24	2,60	1,54
Tacna	4,81	3,48	4,67	4,23	1,30
Tumbes	1,48	0,76	1,41	1,05	0,50
Ucayali	1,77	1,06	1,69	2,13	1,51

Fuente: Ministerio del Ambiente. Recuperado de <http://siar.minam.gob.pe/tumbes/indicador/998>.

18. Estas cifras evidencian que, desde 2010 hasta 2014, la superficie de área verde urbana por habitante (m^2 por habitante) con el que contaban las ciudades se fue reduciendo.

19. Asimismo, se advierte que, en 2014, el máximo de superficie verde urbana por habitante con el que cuentan las ciudades del país era de 4,18 m^2 (en la ciudad de Moquegua), cuya cifra se encuentra por debajo del nivel propuesto por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la cual recomienda que el mínimo de áreas verdes por habitante sea de 9 m^2.

20. En tal sentido, es necesario que el desarrollo de las ciudades del país sea sostenible, teniendo en cuenta los estándares mínimos en los centros urbanos. Solo de esa manera se logrará garantizar la calidad de vida de la población.

b. El derecho al medioambiente adecuado

21. El derecho a un medioambiente adecuado se encuentra reconocido en el artículo 2.22 de la Constitución.

22. El Tribunal Constitucional ha señalado, en reiterada jurisprudencia, que el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a un medioambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está compuesto por los siguientes elementos: (a) el derecho a gozar de un medioambiente equilibrado y adecuado y (b) el derecho a que este se preserve. En su primera manifestación, comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un entorno adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad; y, en la segunda, entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos y también para los particulares (Sentencias 0011-2015-PI/TC, fundamento 145; y 1757-2007-PA/TC, fundamento 6).

23. Así, los titulares del derecho a un medioambiente equilibrado y adecuado son todas y cada una de las personas, dado que, al ser un derecho de carácter difuso, "nadie en particular es titular exclusivo y al mismo tiempo todos los miembros de un grupo o categoría determinada son sus titulares" (Sentencia 1757-2007-PA/TC, fundamentos 15 y 16).

24. Por otro lado, el derecho a un medioambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, en todas las dependencias (incluyendo Gobiernos locales y regionales), de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute; y para los particulares, en mayor medida de quienes sus actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medioambiente (Sentencia 1757-2007-PA/TC, fundamento 6). Tanto el Estado como los particulares tienen la obligación de mantener aquellas condiciones naturales del ambiente, a fin de que la vida humana exista en condiciones ambientalmente dignas (Sentencia 00018-2001-AI/TC, fundamento 8).

25. Asimismo, las obligaciones de este derecho tienen un doble carácter, por un lado, entraña obligaciones de abstención (faz reaccional), en la cual se encuentra el deber de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecte el medioambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida humana. Por otro lado, comprende obligaciones positivas (faz prestacional), relacionadas con la realización de acciones fácticas o normativas a efectos de prevenir todo daño, así como conservar y promover un medioambiente adecuado.

26. En cuanto a las obligaciones positivas por parte del Estado, este Tribunal ha señalado que responden a tres tipos de derechos: el derecho a protección, el derecho a la organización y procedimiento, y el derecho a las acciones positivas en sentido estricto (Sentencia 01470-2016-PHC, fundamento 19).

27. El derecho a la protección, como obligación positiva del derecho a un medioambiente adecuado, involucra un haz de posibilidades destinadas a proteger la conservación del medioambiente por parte de particulares. Por ejemplo, el deber del Estado, a través de las autoridades competentes, de requerir el estudio de impacto ambiental correspondiente a los particulares para la ejecución de proyectos o actividades de servicios y comercio que puedan causar impactos ambientales significativos, plasmado en los artículos 2 y 3 de la Ley 27446, Ley del Sistema Nacional de Impacto Ambiental.

28. Por su parte, el derecho a la organización y procedimiento, como obligación positiva del derecho a un medioambiente adecuado, está relacionado con el deber de promover la participación de la ciudadanía en la organización y el procedimiento de elaboración de las políticas públicas destinadas a garantizar y respetar el derecho a un medioambiente adecuado. Así, en la Opinión Consultiva 23/2017, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que se garantiza la obligación del procedimiento mediante el acceso a la información sobre posibles afectaciones al medioambiente, la participación pública en la toma de decisiones, y políticas que pueden afectar el medioambiente y el acceso a la justicia (párrafo 241).

29. El derecho a las acciones positivas en sentido estricto, del derecho a un medioambiente adecuado, comprende todas las acciones destinadas a la prevención, conservación, y restauración del medioambiente adecuado. Entre ellas, se encuentran el deber de regular (como instituir la política nacional del ambiente, plasmado en el artículo 67 de la Constitución, o regular las sanciones frente a daños al medioambiente, etcétera); la obligación de supervisar el cumplimiento de las normas de protección del medio ambiente; y las obligaciones de investigar, sancionar, reparar y mitigar los posibles daños al medioambiente, entre otras.

30. Ahora bien, como se indicó en la Sentencia 03448-2005-AA/TC (fundamentos 5 y 6), el derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado para el desarrollo de la persona supone que se reúnan estándares mínimos que posibiliten el desarrollo de las zonas urbanas. Consecuentemente, el deber de planificación urbana teniendo en cuenta un mínimo de áreas verdes forma parte del contenido del derecho a gozar de un medioambiente adecuado. Por ello, el Estado tiene las obligaciones de abstenerse de realizar cualquier tipo de acto que reduzca de manera arbitraria el mínimo de áreas verdes en las zonas urbanas y de adoptar medidas relacionadas con la prevención, conservación y promoción de dicho mínimo de áreas verdes.

31. Y es que las áreas verdes no solo proveen áreas de recreación a los habitantes del lugar, también contribuyen a captar el CO2, producen oxígeno, regulan la humedad y contribuyen a la estabilidad del clima[1]. Así, los beneficios no solo son estéticos o recreativos, sino también de mejoras en la sanidad básica, reduciendo la contaminación del aire y enriqueciendo la biodiversidad[2]. En este sentido, el estándar mínimo de áreas verdes aporta de manera positiva en la calidad de vida de las personas, y permite el goce de sus derechos a la vida digna, al libre desarrollo de su personalidad, a la integridad física y mental, entre otros.

32. Así, el estándar mínimo de áreas verdes permite que el derecho al medioambiente adecuado en las ciudades garantice la igualdad de la población, en el sentido de que todas las personas de las ciudades, sin distinción de provincias o distritos, dispongan de espacios en los que puedan recrearse, desarrollarse libremente, gozar de un nivel de aire adecuado, etcétera. Todo ello contribuye a lograr la calidad de vida de la población.

33. En ese sentido, para asegurar los referidos estándares mínimos en los centros urbanos, el Estado debe realizar labores de planificación y técnicas de desarrollo infraconstitucional, siendo que cualquier modificación de los estándares mínimos requiere, necesariamente, una justificación técnica y adecuada, sustentada no en razones de oportunidad, sino de calidad de vida de la población de la zona. De ese modo,

1 Recuperado de Food and Agriculture Organization of the United Nations (13 de julio de 2020) http://www.fao.org/3/W1309S/w1309s07.htm

2 Recuperado de Ministerio del Ambiente (10 de julio de 2020), http://siar.minam.gob.pe/tumbes/indicador/998

corresponde recordar que la planificación urbana supone una labor de interés público en favor de una comunidad determinada (Sentencia 03448-2005- AA/TC, fundamentos 5 y 6).

c. Análisis del caso concreto

34. En el presente caso, se observa que, para la construcción del centro comercial y de esparcimiento Huánuco Puelles sobre el parque Puelles (exparque Periodistas), primero, se cambió el uso de suelo, de zona de habilitación recreacional, donde se encontraba ubicado el parque Puelles (exparque Periodistas), a zona de uso mixto (zonas comercial y especial recreacional). Posteriormente, se construyó el centro comercial sobre dicha área.

Sobre el cambio de uso de suelo, de zona recreacional a zona de uso mixto

35. En cuanto al cambio de uso de suelo, de zona recreacional, donde se encontraba el parque Puelles, a zona de uso mixto, corresponde analizar la competencia de la Municipalidad Provincial de Huánuco para cambiar el uso del suelo destinado al parque Puelles y si es que al efectuarlo se cumplieron las obligaciones que impone el derecho al medioambiente adecuado.

36. Conforme el artículo 195, inciso 6, de la Constitución, los Gobiernos locales son competentes para "planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial".

37. El artículo 194 señala que las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local, de manera que resulta necesario remitirse a las leyes orgánicas para conocer las competencias de unos y otros.

38. Por ello, al remitirnos a la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, se observa que el artículo 79, en el numeral 1.2, señala, entre las funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales, la de aprobar el Plan de Desarrollo Urbano y el esquema de zonificación de áreas urbanas. Además, el artículo 9.5 del mismo texto normativo indica que corresponde al Concejo Municipal aprobar, entre otros planes, el Plan de Desarrollo Urbano y el Esquema de Zonificación de áreas urbanas.

39. Así, por las normas expuestas, el cambio de uso del suelo les corresponde a las municipalidades provinciales, como parte del plan de desarrollo urbano y en el esquema de zonificación de las áreas urbanas.

40. No obstante, estas facultades se deben ejercer en conformidad con los estándares mínimos de los centros urbanos referidos por este Tribunal en la Sentencia 03448-2005-AA/TC, derivados del contenido del derecho a gozar de un medioambiente adecuado. Solo así las facultades otorgadas por la Constitución y la Ley Orgánica de Municipalidades a los Gobiernos locales se realizarán de conformidad con los derechos fundamentales, principios y valores contenidos en la Constitución.

41. Teniendo en cuenta lo anterior, en el caso de autos, queda claro que el cambio de uso de suelo del parque Puelles era competencia de la Municipalidad Provincial de Huánuco, con la aprobación del Concejo Municipal.

42. Ahora bien, corresponde analizar si dicha competencia se ejerció de conformidad con el deber de planificar teniendo cuenta el mínimo de áreas verdes en los centros urbanos, que forma parte del contenido del derecho a un medioambiente adecuado.

43. Al respecto, en el presente caso, se observa lo siguiente:

    a. En autos, obra el Acuerdo de Consejo 089-2010-MPHCO, de fecha 15 de diciembre de 2010 (folio 53 del Expediente 1784-2015), a través del cual el Concejo Municipal acuerda: "APROBAR, el cambio de uso de suelo, de zona de habilitación recreacional a uso mixto, zona comercial y zona especial recreacional del Sector Parque Puelles – Ex Periodistas".

       En dicho acuerdo del Concejo, se observa que la decisión se basa en los siguientes documentos:

       a.1. El Memorándum 214-2010-MPHCO-GPDE, de fecha 10 de diciembre de 2010 (folio 56 del Expediente 1784-2015-PA/TC), que considera que "siendo parte de esta Gerencia promover la actividad Empresarial y Comercial, se hace necesario que áreas [de] recreación sean modificadas de uso al de comercial o mixto (comercial y recreacional), tal es el caso del Parque de Puelles – Ex Periodistas".

       a.2. El Informe 242-2010-MPHCO-GDL/SSCCU, de fecha 10 de diciembre de 2010 (folio 56 vuelta del Expediente 1784-2015-PA/TC), en el cual solo se definen las características de los tipos de uso del suelo (zona recreacional, zona comercial y zona comercial recreacional) y las normas de edificación, y se establecen requisitos para las edificaciones y habilitaciones urbanas. Por último, sin otra consideración, se concluye que "las condiciones de ZONIFICACION COMERCIAL Y ZONA ESPECIAL RECREACIONAL (ZRE) para el parque puelles ex periodistas [*sic*] sea una zona de uso mixto de ambas condiciones".

       a.3. El Informe Legal 193-2010-MPHCO-GAJ, de fecha 14 de diciembre de 2010 (folio 60 del Expediente 1784-2015-PA/TC), en el cual se señala que "de acuerdo a las nuevas Políticas Municipales, normas de modernización del Estado, las municipalidades deben generarse sus propias fuentes de ingreso, promoviendo la actividad empresarial, en beneficio de la propia localidad del gobierno municipal. […] Estando a las facultades de cambiar el uso del suelo urbano, es potestad de la autoridad Municipal, en específico del Concejo Municipal, tal como lo establece, la Ley Orgánica de Municipalidades Ley 27972 […]. En tal sentido esta Gerencia Recomienda: SE REMITA LOS ACTUADOS AL CONCEJO MUNICIPAL, PARA QUE PREVIA

DELIBERACIÓN PROCEDA A CAMBIAR DE USO EL AREA TERRENO ANTES SOLICITADO".

a.4. El Dictamen S/N-2010-MPHCO-CDUYOP, de fecha 13 de diciembre de 2010 (folio 56 vuelta del Expediente 1784-2015-PA/TC), en el cual se recomienda "APROBAR, el cambio de uso del suelo, de zona de habilitación recreacional a uso mixto zona comercial y zona especial recreacional del Sector Parque Puelles - Ex Periodistas, en mérito al Memorándum N° 214-2010-MPHCO-GPDE […]; al Informe N° 242-2010-MPHCO-GDL/SSCCU […] y al Informe Legal N° 193-2010- MPHCO-GAJ".

b. Finalmente, el Acuerdo de Concejo 089-2010-MPHCO fue convalidado por la Ordenanza Municipal 22- 2011-MPHCO.

44. Por lo expuesto, este Tribunal observa que el cambio de uso de suelo, de zona de habilitación recreacional a uso mixto de zonas comercial y especial recreacional, se realizó en un inicio mediante el Acuerdo de Concejo 089-2010-MPHCO. Sin embargo, dado que el uso de suelo de zona de habilitación recreacional, en donde se encontraba el parque Puelles (exparque Periodistas), había sido determinado mediante la Ordenanza Municipal 031-1999-MPHCO, correspondía que su modificación sea por una norma del mismo rango legal, lo cual evidenciaría la invalidez formal del Acuerdo de Consejo 089-2010-MPHCO para realizar el cambio de uso de suelo.

45. No obstante, dado que con fecha posterior se emitió la Ordenanza Municipal 22-2011-MPHCO, que convalidó el referido Acuerdo de Consejo 089-2010-MPHCO, este Tribunal considera subsanado el acto viciado de forma.

46. Por otro lado, se advierte que el Concejo Municipal aprobó el cambio de uso del suelo de zona de habilitación recreacional a uso mixto de zonas comercial y especial recreacional del sector parque Puelles (exparque Periodistas) en base a criterios de oportunidad; ya que su objetivo fue promover la actividad empresarial y comercial, y generar, como municipalidad, sus propias fuentes de ingreso. Todo ello sin tomar en consideración el estándar mínimo de áreas verdes de las zonas urbanas requerido para asegurar un medioambiente sano y equilibrado de sus habitantes, con lo que no es posible determinar la razonabilidad de la medida. Lo que resulta preocupante si observamos que, al 2010 (fecha de la aprobación del cambio de uso del suelo), la superficie de área verde urbana por habitante en Huánuco era de 2,30 m^2, es decir, por debajo de lo recomendado por la OMS.

47. Todo esto viola el deber de planificación de las zonas urbanas teniendo en cuenta un mínimo de áreas verdes, que forma parte del contenido del derecho a gozar de un medioambiente adecuado; en la medida en que la municipalidad demandada no se abstuvo de reducir de manera arbitraria el mínimo de área verde urbano de la ciudad de Huánuco, y tampoco adoptó medidas relacionadas con su conservación y promoción.

48. Asimismo, no resulta razonable comparar una situación en la que existe incumplimiento de la obligación de garantizar el derecho a un medioambiente adecuado, como la falta de arborización o mantenimiento de una zona destinada a ser un área verde, para concluir que el cambio de uso resultará más beneficioso.

49. Por lo tanto, en el presente caso, se concluye que el cambio de uso del suelo de zona de habilitación recreacional a uso mixto de zonas comercial y especial recreacional del sector parque Puelles (exparque Periodistas) violó el derecho a un medioambiente adecuado de la población de la provincia de Huánuco, en conformidad con el artículo 2.22 de la Constitución.

En relación con la construcción del centro comercial sobre la zona de uso mixto

50. Como se indicó anteriormente, el derecho al medioambiente adecuado implica, entre sus obligaciones positivas, los deberes de regular los requisitos y el procedimiento para realizar los estudios de impacto ambiental, y de supervisar el cumplimiento de las normas de protección del medioambiente.

51. En el cumplimiento de las obligaciones positivas de regular, se aprobó la Ley 27446, Ley del Sistema Nacional de Impacto Ambiental, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de abril de 2001, cuyos artículos 2 y 3 prescriben que no podrá iniciarse la ejecución de proyectos ni actividades de servicios y comercio que puedan causar impactos ambientales significativos, y ninguna autoridad nacional, sectorial, regional o local podrá aprobarlas, autorizarlas, permitirlas, concederlas o habilitarlas si no cuenta previamente con la certificación ambiental contenida en la resolución expedida por la autoridad competente.

52. Asimismo, la observancia de la certificación ambiental para el inicio de proyectos o actividades de servicios y comercio de los particulares forma parte de las obligaciones de proteger el medioambiente frente a terceros y de supervisar el cumplimiento de las normas de protección del medioambiente.

53. En plena vigencia de dicho texto normativo, la Municipalidad Provincial de Huánuco, mediante el Acuerdo de Concejo 033-2011-MPHCO-E, adoptado en la sesión de fecha 5 de mayo de 2011 (folio 282 del Expediente 1784-2015-PA/TC), resolvió aprobar la iniciativa privada y adjudicar directamente la ejecución y explotación del proyecto a la empresa Urbi Propiedades SA. En esa línea, la municipalidad, a través del alcalde Jesús Giles Alipazaga, el 23 de mayo de 2011, firmó el contrato de constitución de derecho real de superficie y compromiso de inversión con Urbi Propiedades SA por el proyecto denominado centro comercial y de esparcimiento Huánuco Puelles (folio 182 del Expediente 3106-2015- PA/TC).

54. No obstante, en autos, no obra documentación que evidencie que el proyecto y la construcción del centro comercial y de esparcimiento Huánuco Puelles hayan contado con la correspondiente certificación ambiental contenida en la resolución y expedida por la autoridad competente al momento de su aprobación, autorización, concesión o

habilitación por la municipalidad demandada. Por el contrario, en fojas 111 del Expediente 3106-2015-PA/TC, obra el Oficio 095-2012-GRH-GR.RR.NNYG.A., de fecha 14 de mayo de 2012, en el cual el gerente regional de Recursos Naturales y Gestión Ambiental del Gobierno regional de Huánuco indica lo siguiente: (a) en una visita *in situ* al lugar en donde se realizaba el proyecto de la construcción del Centro Comercial Real Plaza, en la ciudad de Huánuco (debido a las denuncias del desmonte que la ejecución del proyecto generaba),"se tuvo una reunión con el Supervisor de la Obra el Ing. Cesar Barrantes Ito en la cual afirmó **no contar con certificación ambiental** […] y que ellos solo son responsables de la I etapa de la obra que consta en Demolición y nivelación de terreno"; y (b) luego de la referida visita *in situ*, "tres profesionales se acercaron a la municipalidad, presentándose como responsables de realizar el Estudio de Impacto Ambiental de la obra en mención reafirmando que **no cuentan con Certificación Ambiental** pero que estarían realizando su trámite ante su despacho antes de iniciar la obra" [negritas añadidas].

55. Consecuentemente, la Municipalidad Provincial de Huánuco vulneró el derecho al medioambiente adecuado, en lo referido a la obligación de proteger el medioambiente frente a particulares, al aprobar y autorizar la construcción del centro comercial sobre la zona de uso mixto sin exigir la certificación ambiental correspondiente, prescrita por la Ley 27446, para autorizar la construcción.

56. La empresa Urbi Propiedades SA violó el derecho al medioambiente adecuado, relacionado con la obligación de respetar la preservación del medioambiente, debido a que inició la ejecución del proyecto de construcción del centro comercial y de esparcimiento Huánuco Puelles (empezando con la demolición del parque) sin contar con la certificación ambiental dispuesta por la Ley 27446. Asimismo, la municipalidad demandada también violó el derecho al medioambiente adecuado al no supervisar el cumplimiento de las normas de protección del medioambiente.

57. Con base en todo lo expuesto, este Tribunal observa que la aprobación y autorización de la construcción del centro comercial y de esparcimiento Huánuco Puelles sobre la zona de uso mixto se realizó sin la certificación ambiental correspondiente, razón por la cual se violó el derecho al medioambiente adecuado.

58. Finalmente, si bien se ha acreditado la vulneración del derecho al medioambiente adecuado de la parte demandante, esto ha devenido en irreparable, debido a que ya se construyó el centro comercial sobre el parque. En consecuencia, en virtud del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, corresponde estimar la demanda, y disponer que la municipalidad emplazada no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda al haberse acreditado la vulneración del derecho al medioambiente adecuado de la parte demandante.
2. Ordenar que los demandados asuman el pago de costos procesales a favor de la parte demandante, cuya liquidación se hará en ejecución de sentencia.
3. Disponer que la municipalidad demandada no vuelva a incurrir en los actos violatorios que motivaron la interposición de la presente demanda de amparo, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE RAMOS NÚÑEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con lo resuelto por mis colegas en la presente causa; sin embargo, si bien estoy de acuerdo con declarar fundada la demanda, pese a la posible sustracción de la materia atendiendo a que los hechos lesivos ya se habrían configurado, considero necesario realizar algunas precisiones:

1. En primer lugar, indudablemente nos encontramos ante una cuestión de importancia iusfundamental, como es el caso de la conservación de las áreas verdes. No obstante lo anterior, discrepo en el uso del primero de los "umbrales de cumplimiento", criterio utilizado previamente por este Tribunal Constitucional para hacer referencia a los estándares relacionados con la tutela de los derechos sociales fundamentales (asunto desarrollado en la STC n.° 01470-2016-HC, f. j. 27, sobre el cierre de un comedor en Arequipa). Con respeto al presente caso, me parece contraproducente brinda tutela con base al primer umbral, o umbral mínimo, el cual alude a una "obligación esencial mínima del Estado", es decir, de exigencia urgente e incondicionada, cuya protección debe ser preferida por sobre los demás derechos.

2. En efecto, como se recordará, para dotar a los derechos sociales prestacionales de una real eficacia, en la STC n.° 01470-2016-HC se aludió al cumplimiento prioritario de, cuando menos, una "obligación mínima vinculante", dirigida a asegurar "precondiciones necesarias para el desarrollo de los individuos en condiciones de igualdad", y más allá de ello se encontrarían otros "umbrales de cumplimiento progresivo sujetos a las condiciones presupuestales del Estado". Como desarrollo de ello, se plantea, asimismo, la existencia de tres "umbrales de realización o cumplimiento del mandato de deber ser de los derechos sociales fundamentales": el primero que contiene la "obligación esencial mínima del Estado" cuyo cumplimiento es incondicional, el segundo referido a "políticas programáticas de desarrollo en materia social" y el tercer umbral referido a la "satisfacción de finalidades individuales".

3. Al respecto, considero que el uso del primer umbral puede ser contraproducente si se usa para la tutela de las áreas verdes, debido a que dicho umbral está básicamente dirigido a la tutela de las necesidades humanas básicas, es decir, a cuestiones de vida o muerte, y si lo ampliamos a los diversos derechos prestacionales (es decir, si cada vez que nos enfrentamos a la tutela de un derecho social vamos a terminar diciendo que se trata de un asunto de sobrevivencia, esto es, relacionado con el primer umbral de protección) dicho instrumento de protección se desvirtúa y los umbrales de tutela de difuminan o banalizan (en especial con relación al primer umbral: si todo es urgente, nada es urgente).

4. En este caso es claro que no estamos ante un asunto del primer umbral: de hecho, la obra ya se terminó y esto no ha impactado en cuestiones vinculadas a la sobrevivencia de los ciudadanos alrededor. Ahora bien, esto no significa que la vulneración acreditada no tenga una gran importancia, si no tan solo que no es de la primera urgencia. Precisamente los umbrales de protección permiten distinguir lo urgente (relacionado con el primer umbral) dentro de lo importante (relacionado con el segundo umbral y quizá con el tercero).

5. El presente caso plantea la discusión en torno a la tutela adecuada de un derecho social prestacional, como es el caso del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida estipulada en su artículo 2 inciso 22 de la Constitución Política. En especial, la discusión gira en torno al estándar mínimo de áreas verdes. Al respecto, es claro que existen cuestiones relacionadas con la contaminación ambiental que pueden estar relacionadas con el primer umbral, y en tal sentido deben ser entendidas de manera prioritaria e incondicionada: tal sería el caso, por ejemplo, de un derrame de mercurio en una determinado territorio, de derrames de petróleo en ríos respecto de personas que lo usan para el consumo humano y se benefician de sus riquezas naturales, de la contaminación de un río con diversos metales pesados, o de un accidente industrial que genere una gran contaminación por radioactividad. En estos casos se encuentra en peligro inminente la salud y la vida de las personas, y no se requeriría de esperar a que se cree o implemente una política pública.

6. Con respecto a segundo umbral, donde podría incluirse casos como el presente, la forma adecuada de entender si se está protegiendo realmente el derecho invocado implica hacer uso del el test *deferente* o *mínimo para el control constitucional de las políticas públicas*, que el Tribunal Constitucional ha venido empleando en diferentes ocasiones (cfr. STC 00014-2014-PI y otros, STC 00025-2013-AI, STC 03228-2012-PA, STC 02566-2014-PA).

7. Desde luego, el uso de dicho análisis requiere de un conjunto de información específica y técnica, a la cual debería accederse, por ejemplo, a través de modos dialógicos para resolver este tipo de conflictos, los cuales, además, coadyuvarían a que las sentencias complejas o estructurales puedan ser finalmente cumplidas por sus destinatarios.

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
FERRERO COSTA

Con el debido respeto a la posición de nuestros colegas magistrados, emitimos el presente voto singular porque no coincidimos con el fallo ni los fundamentos de la ponencia por las siguientes consideraciones:

> La finalidad de las demandas de amparo es que no se lleve a cabo la construcción de un centro comercial sobre el parque Puelles, ubicado en la ciudad de Huánuco. Al respecto, cabe mencionar lo manifestado por la Cámara de Comercio e Industrias de Huánuco en su recurso de agravio constitucional, donde se alude expresamente a que los demandados "destruyeron el parque y edificaron un centro comercial" (fojas 1396 del Expediente 01784-2015-PA/TC). Además, el Patrimonio Fideicomiso D. S. 093-2002- EF Interproperties Perú, en su contestación de la demanda (fojas 1046 del Expediente 01784-2015-PA/TC), y Urbi Propiedades SA (fojas 831 y 117 del Expediente 03106-2015-PA/TC) sostienen que la ejecución de la obra ya concluyó.
>
> Asimismo, conforme se aprecia en su portal electrónico (https://realplaza.pe/huanuco/), el centro comercial denominado Real Plaza Huánuco se encuentra operativo y en pleno funcionamiento. En atención a ello, a nuestro juicio, en las actuales circunstancias, es evidente que ha operado la sustracción de la materia, dado que la construcción del centro comercial ha concluido y, es más, actualmente, se encuentra en funcionamiento.

Por estas consideraciones, nuestro voto es por declarar **IMPROCEDENTES** las demandas.

S.
FERRERO COSTA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
SARDÓN DE TABOADA

Con el mayor respeto por las opiniones de mis colegas magistrados, emito el presente voto singular.

En el presente caso, las demandas de amparo tienen por objeto que no se lleve a cabo la construcción de un centro comercial sobre el parque Puelles, ubicado en la ciudad de Huánuco.

Al respecto, la Cámara de Comercio e Industrias de Huánuco, en su recurso de agravio constitucional, señala expresamente que los demandados "destruyeron el parque y edificaron un centro comercial" (fojas 1396 del Expediente 01784-2015-PA/TC).

Adicionalmente, el Patrimonio Fideicomiso D. S. 093-2002-EF Interproperties Perú en su contestación de la demanda (fojas 1046 del Expediente 01784-2015-PA/TC) y Urbi Propiedades SA (fojas 831 y 117 del Expediente 03106-2015-PA/TC) sostienen que la ejecución de la obra ya concluyó.

Finalmente, conforme se aprecia del portal electrónico (https://realplaza.pe/huanuco/), el centro comercial denominado Real Plaza Huánuco se encuentra operativo y en pleno funcionamiento.

En las actuales circunstancias, es evidente que ha operado la sustracción de la materia justiciable; por lo que, no advirtiéndose agravio a ningún derecho constitucional, las demandas de amparo deben ser declaradas **IMPROCEDENTES**.

S.
SARDÓN DE TABOADA

Pleno. Sentencia 446/2020

EXP. N.º 02883-2016-PA/TC
LIMA
SOCIEDAD AGRÍCOLA SAN AGUSTÍN SA (SASA)

Con fecha 4 de agosto de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ferrero Costa, Blume Fortini, Ramos Núñez y Sardón de Taboada, ha emitido la siguiente sentencia, que declara **FUNDADA** la demanda de amparo.

Asimismo, el magistrado Sardón de Taboada formuló fundamento de voto y los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales y Espinosa-Saldaña emitieron sus votos singulares.

La secretaría del Pleno deja constancia que los votos mencionados se adjuntan a la sentencia y que los señores magistrados proceden a firmar digitalmente la presente en señal de conformidad

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 4 días del mes de agosto de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Blume Fortini, Ramos Núñez y Sardón de Taboada, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento de los magistrados Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera, aprobado en la sesión del Pleno Administrativo del 27 de febrero de 2018. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Sardón de Taboada, y los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Sociedad Agrícola San Agustín SA (SASA) contra la resolución de fojas 880, de fecha 28 de marzo de 2016, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró fundada la excepción de prescripción extintiva y dispuso la conclusión del proceso.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 7 de enero de 2015, la Sociedad Agrícola San Agustín (en adelante SASA) interpuso demanda de amparo contra el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS), a fin de que se declare la existencia de un agravio contra su derecho constitucional de propiedad como consecuencia de un irregular proceso de expropiación y, por consiguiente, requiere que se ordene el pago de la indemnización justipreciada, se determine el mecanismo y el método de valorización correspondiente, y se declare la inaplicabilidad para su caso del artículo 5 del Decreto Supremo 179-2004- EF, que aprueba el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley de Impuesto a la Renta. Asimismo, solicitó que la Inmobiliaria Korikancha SA intervenga en calidad de tercero litisconsorte conforme al artículo 98 del Código Procesal Civil. Alega que, en una manifiesta vulneración del derecho fundamental a la propiedad, se produjo la confiscación de 36 270 m^2 del bien cuya titularidad le pertenece, a pesar de que ello se encontraba –y se encuentra– proscrito en nuestro ordenamiento jurídico.

Contestación de la demanda

Con fecha 12 de marzo de 2015, Inmobiliaria Koricancha SA –quien interviene como litisconsorte necesario pasivo– contestó la demanda y solicitó que sea declarada improcedente o, en su defecto, infundada.

Respecto a la forma, deduce la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa al no haberse reclamado de modo previo ante el ministerio demandado. Igualmente,

formula excepción de cosa juzgada, puesto que, a su juicio, los efectos del proceso de expropiación promovido en su día por la Empresa de Transporte Aéreo del Perú (AeroPerú) contra Inversiones Populares SA y la calidad de las resoluciones en él emitidas alcanzan a la demandante, dado que ella intervino como litisconsorte necesario pasivo. Finalmente, también promueve excepción de prescripción extintiva, debido a que, según alega, el proceso de amparo ha sido instaurado treinta y seis años después de acaecido el supuesto acto lesivo, el cual –como se advierte del expediente– se materializó en el año 1978 con la conclusión del proceso de expropiación.

Por otra parte, en cuanto al fondo, se alega que, contrariamente a lo señalado por la actora, la expropiación se realizó conforme a los requerimientos establecidos en la Constitución Política del Perú de 1993 y en el marco del Decreto Ley 17803, disposiciones sobre la expropiación forzosa para fines de ensanche de población; además, fue debidamente normada mediante el Decreto Supremo 021-75-VC y la Resolución Ministerial 1011-75/VC-5500. En esa línea, señala que el derecho de propiedad que ostenta es legítimo, válido y eficaz. Asimismo, sostiene que, al haber sido Inversiones Populares SA el titular registral del bien durante el proceso de expropiación, resultó conforme a derecho que la demanda haya sido interpuesta en su contra, mencionando además que el pago del justiprecio fue realizado en su oportunidad.

Por último, indica que, a pesar de que SASA se encontraba facultada para cuestionar el proceso, su intervención cesó luego de haberse inscrito la "readquisición" del predio.

A su turno, con fecha 12 de mayo del 2015, el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, representado por su procuradora pública, también se apersona al proceso y contesta la demanda deduciendo excepción de prescripción respecto de esta al haber transcurrido un tiempo excesivo desde el momento en que se emitieron las normas presuntamente lesivas de su derecho. Por otra parte, en cuanto al fondo de la controversia, alega que la demanda debe ser declara infundada, pues además de que carece de contenido constitucional, lo que se pretende es imposible jurídica y fácticamente, debiéndose tomar en cuenta el contexto político y social de la norma objeto de cuestionamiento.

Resolución de primera instancia o grado

El Vigésimo Primer Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 15 de setiembre de 2014, declaró infundadas las excepciones propuestas, aunque a la par declaró improcedente la demanda por estimar que el proceso de amparo no es la vía idónea para dilucidar la controversia que la demandante plantea, esto es, esclarecer quién ostenta el mejor derecho de propiedad respecto al bien materia de litis.

Resolución de segunda instancia o grado

La Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 28 de marzo de 2016, confirmó la Resolución 13, de fecha 14 de setiembre de 2015, en el extremo que declaró infundadas las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa y cosa juzgada, y la revocó en el extremo que declaró infundada la excepción de prescripción; por

lo que, reformando esta, declara fundada la excepción de prescripción y dispone la conclusión del proceso y el archivo definitivo de los autos al estimar que la demanda ha sido interpuesta treinta y seis años después de concluido el proceso de expropiación. A su juicio, no resulta factible considerar que la actuación de la emplazada constituye una vulneración continuada del derecho de la accionante, al no utilizar los mecanismos procesales que franquea la ley para revertir la situación que, según alega, le causa agravio, esto es, la omisión del pago del justiprecio a su favor.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. Conforme aparece del petitorio de la demanda, el objeto del presente proceso constitucional se dirige a que se declare la existencia de un manifiesto agravio contra el derecho constitucional de propiedad de la demandante como consecuencia de un irregular proceso de expropiación y que, por consiguiente, *a)* se ordene el pago de una indemnización justipreciada, *b)* se determine el mecanismo y el método de valorización correspondiente y *c)* se declare inaplicable a su caso el artículo 5 del Decreto Supremo 179-2004-EF, que aprueba el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley de Impuesto a la Renta.

Cuestión procesal previa

2. Habiéndose invocado como único argumento por parte de la recurrida la existencia de una situación de prescripción en la demanda de acuerdo con la previsión general contenida en el artículo 44 del Código Procesal Constitucional para el caso específico del amparo contra resoluciones judiciales, corresponde que este Colegiado meritúe la verosimilitud o no de dicho extremo. De lo que se desprenda de dicho enjuiciamiento, dependerá el que se dilucide o no sobre el fondo de la controversia planteada.

3. Al respecto, si bien es cierto que el anteriormente citado dispositivo del Código adjetivo establece como regla general que "[t]ratándose del proceso de amparo iniciado contra resolución judicial, el plazo para interponer la demanda se inicia cuando la resolución queda firme" y que "[d]icho plazo concluye treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido", conforme a su inciso 3 se deja claramente establecido que "[s]i los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo se computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución" a lo que habría que agregar que, de acuerdo con su inciso 5, "Si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista".

4. A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 02330-2011-PA/TC, fundamento 4, dejó establecido lo siguiente:

> Con relación al plazo de prescripción, este Tribunal estima pertinente precisar que el acto de confiscación afecta en forma continuada el derecho a la propiedad privada, pues el propietario es privado para siempre del uso y goce de sus bienes […];

o existiendo la ley del Congreso de la República que se justifica en alguna de las causas de expropiación contempladas en la Constitución, ésta se produce sin el pago de una justa indemnización.

5. En el presente caso, los hechos denunciados –tanto la solicitud no atendida de la demandante (SASA) a fin de que se le abone el justiprecio por la afectación a su propiedad representada en la confiscación de su terreno como la voluntad de no llevar a cabo el proceso de expropiación de manera legal– constituyen una omisión y una afectación continua en el tiempo. Por consiguiente, tratándose de una vulneración permanente de su derecho de propiedad, es de aplicación lo dispuesto por el inciso 5, del artículo 44 de Código Procesal Constitucional, pues no cabe alegar la prescripción extintiva, ya que es plenamente legítimo, en tales circunstancias reclamar en sede constitucional a pesar del largo tiempo transcurrido.

Recuento de hechos acaecidos respecto del predio expropiado

6. Resulta relevante, a efectos de comprender adecuadamente el presente caso, realizar un recuento de los principales hechos acaecidos con relación al predio expropiado:

   6.1 Con fecha 20 de diciembre de 1969, SASA transfirió la propiedad de un área de 619 282 hectáreas a Inversiones Populares SA.

   6.2 Con fecha 13 de mayo y 12 de junio de 1975, se emitieron el Decreto Supremo 021-75-VC y la Resolución Ministerial 1011-75/VC-5500 respectivamente. Las mencionadas disposiciones autorizaron la expropiación y determinaron las dimensiones del terreno afectado, a favor de la Empresa de Transporte Aéreo del Perú (AeroPerú), de un área de 36 270 m^2.

   6.3 Con fecha 22 de setiembre de 1976, AeroPerú interpuso, bajo el amparo de las precitadas normas, demanda de expropiación contra Inversiones Populares SA. Dicho proceso es conocido por el 2.º Juzgado de Tierras.

   6.4 Con fecha 10 de febrero de 1976, se emitió el Decreto Ley 21419, que prescribe "son nulos de pleno derecho los contratos de compra-venta de terrenos agrícolas para fines de habilitación urbana […]".

   6.5 Con fecha 13 de octubre de 1976, Inversiones Populares interpone demanda de nulidad de contrato de compra-venta celebrado con SASA respecto del Predio Matriz y en mérito de la dación del Decreto Ley 21419. Este proceso se tramita ante el mismo 2.º Juzgado de Tierras que conocía de la expropiación interpuesta por AeroPerú, en Expediente 198-76.

   6.6 Dentro del proceso de expropiación, el 18 octubre de 1976 Inversiones Populares se apersona y manifiesta al juez que este proceso debe entenderse con SASA porque es la verdadera propietaria del predio a expropiar, al haberse declarado nulo de pleno derecho el contrato de compra-venta del predio matriz, de acuerdo con el artículo sexto del Decreto Ley 21419; por lo que mediante Resolución 4, de fecha 4 de noviembre de

1976, el juez resuelve notificar a SASA en mérito de que el no hacerlo "podría acarrear la nulidad de actuados en el futuro; por estas consideraciones, compréndase con la acción a Sociedad Agrícola Sociedad Anónima (SASA)". En mérito a ello, el juez notifica de la demanda a SASA junto con los demás anexos.

6.7 Con fecha 18 de noviembre de 1976, SASA apersonándose al proceso expropiatorio, observa la tasación del área de 36 260 m^2, advirtiendo que dicha área fue tasada con calificación de área rústica cuando, de acuerdo con la Resolución Suprema 0236-76-AG-DGRA emitida por la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural, la superficie a expropiarse fue calificada como terreno urbano, teniendo que ser, en consecuencia, mayor el valor del metro cuadrado de dicho predio. En el mismo escrito la demandante expone lo siguiente:

> Dejamos constancia que por ante este mismo Juzgado y Secretario, la recurrente con la Cía. de Inversiones Populares S.A. sigue dos expedientes Nos. 198 y 199-76 referentes a que se determine qué compañía es la propietaria de los terrenos materia de la presente expropiación, en consecuencia pedimos que este procedimiento se reserve hasta que los mencionados expedientes sean resueltos ya que en este momento el único propietario que aparece inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble de los Registros Públicos del Callao es Cía. de Inversiones Populares S.A.; todo con el objeto de evitar futuras nulidades.

6.8 El juez de tierras, mediante Resolución 6 del 18 de noviembre de 1976, ante el pedido de reservarse el proceso hasta que los mencionados expedientes sean resueltos, lo denegó basándose en que el Decreto Ley 17716, Ley de Reforma Agraria –ya derogada–, era una norma con rango de ley, por lo que no era posible dilatar el proceso de expropiación, rechazando de plano la petición de SASA respecto de lo solicitado *supra*.

6.9 Con fecha 2 de junio de 1977, AeroPerú consigna ante el Juzgado de Tierras parte del justiprecio, correspondiente a S/102 560.00 mediante Certificado del Banco de la Nación 1307190-B, abonando el 15 de julio de 1977, el saldo de S/115 000.00 en bonos denominados "Bonos de Ensanche y Acondicionamiento de Poblaciones", modalidad de pago estipulada en el artículo 22, inciso 1, del Decreto Ley 17803. Estos pagos consignados al juez no fueron cobrados ni por Inversiones Populares ni por SASA.

6.10 En respuesta al pedido de AeroPerú (fojas 279) de que celebre la escritura pública de traslación de dominio correspondiente, Inversiones Populares presenta escrito de fecha 26 de julio de 1977, aduciendo que no puede otorgar la escritura de transferencia por expropiación en mérito a que no es la propietaria del inmueble, y que, al haberse apersonado SASA al proceso, es esta última quien debe otorgar la escritura respectiva.

6.11 Con fecha 26 de enero de 1978, el Segundo Juzgado de Tierras (mismo juzgado en el cual se tramitaba la expropiación) emite sentencia declarando la nulidad de

contrato de compra-venta entre SASA e Inversiones Populares, declarando a SASA como el propietario del área objeto del contrato, correspondiente a la totalidad del predio matriz, incluida el área expropiada.

6.12 Pese a lo descrito en el punto anterior, con fecha 11 de octubre de 1978, el mismo juzgado otorga la Escritura Pública de Traslación de Dominio por expropiación, en rebeldía de Inversiones Populares, a favor de AeroPerú**.**

6.13 Posteriormente, con fecha 10 de noviembre de 1978, se inscribió en el Registro de Propiedad Inmueble el título de propiedad que ostentaba AeroPerú. Traspasando este último el inmueble a la empresa Inmobiliaria Koricancha SA.

7. SASA denuncia que la actuación del juez le causa agravio, toda vez que, en una clara contravención a la lógica y de forma totalmente inexplicable, se incluyó a Inversiones Populares SA como sujeto pasivo de la relación jurídica en el proceso de expropiación. Cuestiona, en este sentido, que tal decisión se haya basado solo en lo consignado en Registros Públicos, sin evaluar que, en el plano fáctico, SASA era la propietaria del bien materia de *litis*. Asimismo, sostiene que, en aras de salvaguardar las garantías que brinda la normativa procesal, el magistrado debió proceder a suspender el precitado proceso mientras se resolvía el de nulidad de contrato. Agrega que, sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, la emisión del Decreto Ley 21419 –por medio del cual "declaran intangibles, para fines de expansión y habilitación urbanas, los terrenos agrícolas"– acarreó la nulidad de pleno derecho del referido contrato.

Análisis de fondo

Objetivo del amparo

8. La presente demanda de amparo, como ha quedado señalado, tiene por objetivo final que, tras determinarse la vulneración al derecho de propiedad de la demandante, se ordene el pago de la indemnización justipreciada, se defina el mecanismo y el método de valorización correspondiente, y se declare inaplicable a la recurrente el artículo 5 del Decreto Supremo 179-2004-EF, TUO de la Ley de Impuesto a la Renta.

Contenido del derecho de propiedad y potestad expropiatoria del Estado

9. De acuerdo con el artículo 2, inciso 16, de la Constitución Política del Perú, toda persona tiene derecho a la propiedad. Asimismo, conforme al artículo 70 de la misma Carta Fundamental:

> 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, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder

Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

10. De las citadas previsiones normativas queda claro que el derecho de propiedad no solo es un atributo fundamental de la persona, sino que se encuentra adecuadamente garantizado por parte del Estado, quien, por otra parte, no puede actuar sobre su contenido, salvo dentro de los parámetros o límites establecidos por la propia norma fundamental.

11. En este contexto, siendo uno de tales límites el ejercicio de la potestad expropiatoria del Estado, esta solo puede darse siguiendo el procedimiento preestablecido que no es otro que su habilitación por mandato legal, y bajo cualquiera de las condiciones de causalidad expresamente definidas que, como queda dicho, son las circunstancias de seguridad nacional o de necesidad públicas, siempre que de modo previo o anticipado se haya procedido a materializar el pago en efectivo a título de indemnización justipreciada, la cual debe ser cuantificada en relación directa con el eventual perjuicio ocasionado con el acto expropiatorio.

12. La omisión deliberada o el comportamiento errático en el cumplimiento de cualquiera de las condiciones que aquí se indica indudablemente convertirá el ejercicio de la potestad expropiatoria en una situación reprochable en términos constitucionales, legitimando con ello la actuación del juez constitucional o del propio sistema de justicia constitucional. Es eso lo que precisamente habría ocurrido en el presente caso.

Acerca de la indemnización justipreciada y el método de valorización a utilizar

13. En efecto, respecto del pago de la indemnización justipreciada, se advierte que, al aplicar indebidamente la norma, el juez de tierras hizo caso omiso a la solicitud de SASA de que defina quién era el propietario del terreno en cuestión. En este caso, AeroPerú se limitó a hacer un depósito judicial parte en certificado bancario y parte bajo consignación de bonos de ensanche, puesto que existía incertidumbre jurídica respecto de la propiedad de dicho terreno. Dicha incertidumbre no fue tomada en cuenta por el juez de tierras para que el pago del justiprecio tuviera como destinatario al legítimo propietario, pese a que en el proceso judicial paralelo sobre nulidad de acto jurídico se determinó que SASA era la legítima propietaria.

14. En tal sentido, la expropiación fue ejecutada pese a que el proceso de nulidad de acto jurídico entre SASA e Inversiones Populares concluyó con una resolución judicial que declaró fundada la demanda. De esta forma se observa que no se ha seguido el proceso de expropiación, previa definición del legítimo propietario, conforme lo establecido por el ordenamiento jurídico.

    La circunstancia antedicha deja claro que durante el curso de la expropiación no se tomó en cuenta la definición del sujeto pasivo del proceso, conforme lo establece el ordenamiento jurídico. Tal incidencia constituye una grave omisión que representa la

vulneración del derecho de propiedad de SASA, al verse privada de su predio sin que se le pague el justiprecio correspondiente.

15. De otro lado cabe puntualizar que la ley vigente al momento de realizarse la expropiación fue la Ley de la Nueva Reforma Agraria, aprobada mediante Decreto Ley 17716, la misma que, de conformidad con la Cuarta Disposición Final del Decreto Ley 25509, publicado el 26 mayo 1992, estableció que las normas recogidas por el Texto Único Concordado de dicho Decreto, ampliatorias y conexas quedaron derogadas y sin ningún efecto jurídico.

    Posteriormente, el 15 de mayo de 1999 se promulgó la Ley 27117, Ley General de Expropiaciones, derogada por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo 1192, publicado el 23 agosto 2015, con excepción de su Única Disposición Modificatoria.

    Algunos artículos del Decreto Legislativo 1192 han sido modificados el 23 de julio de 2018 mediante el Decreto Legislativo 1366, que fija la tasación del valor del inmueble, el plazo de entrega del expediente técnico legal, entre otras disposiciones.

16. En el marco de las referidas normas, el Estado tiene la obligación de cumplir con lo que establecen estos dispositivos, que regulan la expropiación[1] de inmuebles. Observando lo anterior, se debe fijar el valor de la tasación, de conformidad con el Decreto Legislativo 1366, que señala en su artículo 4.12 que la tasación debe determinar: i) el valor comercial del inmueble y ii) una indemnización por el eventual perjuicio que incluya, en caso corresponda, el daño emergente y lucro cesante[2].

    En tal sentido, este colegiado considera que debe realizarse el pago del justiprecio conforme al marco legal vigente.

Acerca de la inaplicación del artículo 5 del Decreto Supremo 179-2004-EF

17. El perjuicio que genera el Estado cuando ejerce su potestad expropiatoria es algo que debe tenerse muy en cuenta para poder otorgar respuesta al tercero de los extremos del petitorio planteado.

1 El numeral 4.4. de la ley define a la expropiación como la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada sustentada en causa de seguridad nacional o necesidad pública, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso de la República a favor del Estado, a iniciativa del Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales, previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio, conforme al artículo 70 de la Constitución Política del Perú y las reglas establecidas en el presente Decreto Legislativo.

2 Tasación. Artículo 4.12 del Decreto Legislativo 1366, que modifica el Decreto Legislativo 1192, que aprobó la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles, Transferencia de Inmuebles de propiedad del Estado, Liberación de Interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura.

18. En este sentido, respecto de la solicitud de la recurrente de declarar inaplicable el artículo 5 del Decreto Supremo 179-2004-EF, Texto Único Ordenado de la Ley de Impuesto a la Renta, cabe recordar que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre dicha materia en la sentencia recaída en el Expediente 00319-2013-PA/TC, publicada el 16 de setiembre de 2013 en la página web de este órgano colegiado, en la que se dejó claramente establecido que la indemnización justipreciada de la expropiación no constituye un supuesto de hecho imponible del Impuesto a la Renta. Así, se señaló que:

> "En términos legales el TUO de la Ley del Impuesto de la Renta define como hechos imponibles de dicho impuesto, los siguientes supuestos:
>
> Artículo 1.- El Impuesto a la Renta grava:
>
> a) Las rentas que provengan del capital, del trabajo y de la aplicación conjunta de ambos factores, entendiéndose como tales aquellas que provengan de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos.
>
> b) Las ganancias de capital.
>
> c) Otros ingresos que provengan de terceros, establecidos por esta Ley.
>
> d) Las rentas imputadas, incluyendo las de goce o disfrute, establecidas por esta Ley.
>
> Están incluidas dentro de las rentas previstas en el inciso a), las siguientes:
>
> 1) Las regalías.
>
> 2) Los resultados de la enajenación de:
>
> (i) Terrenos rústicos o urbanos por el sistema de urbanización o lotización.
>
> (ii) Inmuebles, comprendidos o no bajo el régimen de propiedad horizontal, cuando hubieren sido adquiridos o edificados, total o parcialmente, para Efectos de la enajenación.
>
> 3) Los resultados de la venta, cambio o disposición habitual de bienes.
>
> De la norma antes mencionada, se advierte que son 4 los hechos imponibles del Impuesto a la Renta que definen su estructura, siendo que cada uno de ellos alude a la existencia de renta cuando nos encontramos frente a un plus, ingreso adicional, ganancia o utilidad económica generada como consecuencia del manejo de una fuente permanente de explotación económica (capital, trabajo y la aplicación conjunta de ambos)". (fundamento 13)

19. Teniendo en cuenta la estructura del impuesto a la renta:

> "¿Existe la posibilidad de producción de ganancia, utilidad o mejora, en los términos que el artículo 10 de la LIR regula, ante una enajenación forzosa como lo es el procedimiento expropiatorio? (fundamento 20).

20. Así, se estableció lo siguiente:

> Estando claro que el procedimiento expropiatorio genera una indemnización justa limitada al valor comercial actualizado del inmueble expropiado y la compensación por daños, sin embargo no podría afirmarse que dicho monto genere algún tipo de "renta" o "ganancia" por su sola recepción o que dicha enajenación obligatoria genere los mismos efectos que una enajenación voluntaria, pues en este último supuesto, siempre se presentará la posibilidad de mejoría económica a favor de ambas partes pues existe la libertad en el establecimiento del valor de la transferencia ya sea que ello resulte impulsado por variables (subjetivas) como lo serían la ventaja comercial de la ubicación del inmueble, los diversos usos comerciales que se puede brindar para su explotación, el aprovechamiento máximo de los ambientes que mantiene en pie para la inversión que se pretende formular, por ejemplo. Estas variables (subjetivas) no constituyen elementos propios del procedimiento expropiatorio, pues este es un proceso compulsivo por naturaleza, y por lo tanto no presenta ventajas a favor del titular del bien expropiado dado la ausencia de una negociación para la trasmisión del derecho de propiedad, razón por la cual no podría afirmarse que en su configuración se permita la generación de beneficios económicos a favor del propietario, todo lo contrario, genera en él la obligación de traslación de un bien inmueble sin encontrar en dicho procedimiento alguna forma de beneficio que se pueda identificar como una ganancia, utilidad o ingreso adicional que se configure como un hecho imponible del impuesto a la renta en los términos que la Ley regula" (fundamento 21).

21. Siendo ello así, el Tribunal Constitucional concluyó lo siguiente:

> […] el monto dinerario recibido (indemnización justipreciada de la expropiación) tiene como función el equilibrio patrimonial del sujeto pasivo dado la perdida compulsiva de su bien inmueble, lo que supone en términos constitucionales, asegurar la situación económica del sujeto pasivo de un modo similar o igual a la que mantenía antes de la expropiación, razón por la cual, la configuración de esta enajenación forzosa en sí misma no genera señales de capacidad contributiva pasible de ser gravada por el impuesto a la renta en los términos que su propia estructura exige.

22. En tal sentido, es claro que el monto indemnizatorio que proveniente de una expropiación no constituye de ninguna forma variante de renta alguna, razón por la cual no corresponde exigir el pago del Impuesto a la Renta, por lo que la demanda debe ser estimada en este extremo.

Respecto del tercero litisconsorte

23. Conforme se ha precisado en el punto 6.11 *supra*, la transferencia de la propiedad del área de 619 282 hectáreas efectuada por SASA vía contrato de compraventa a Inversiones Populares SA, fue declarada nula mediante sentencia de fecha 26 de enero de

1978, por el Segundo Juzgado de Tierras (mismo juzgado en el cual se tramitaba la expropiación) declarando a SASA como el propietario del área objeto del contrato, correspondiente a la totalidad del predio matriz, incluida el área expropiada.

24. Tal situación no solo reconoció judicialmente la titularidad de las 619 282 hectáreas de terreno –incluidas las 36 270 m^2 materia de la expropiación–, sino que además definió, en los hechos, al sujeto pasivo de la expropiación dispuesta por el Decreto Supremo 021-75-VC y la Resolución Ministerial 1011-75/VC-5500 a favor de AeroPerú, esto es, reconoció la calidad de SASA como sujeto pasivo de ella.

25. Teniendo en cuenta que judicialmente culminó el traslado del dominio de las 36 270 m^2 expropiadas a favor del Estado, posteriormente transferidas en propiedad a Inversiones Korikancha SA, se aprecia que el tercero litisconsorte no se ve perjudicado en sus derechos en relación a las mencionadas áreas de terreno, pues, los términos de la demanda de amparo son claros con relación a la restitución de la propiedad de la indemnización justipreciada producto de la expropiación de las mencionadas áreas de terreno, la cual corresponde ser pagada a SASA, conforme se ha anotado *supra*.

Efectos de la sentencia

26. Bajo las circunstancias descritas, habiéndose evidenciado la existencia de una manifiesta vulneración del derecho fundamental a la propiedad de la recurrente respecto de la indemnización justipreciada producto de la expropiación de 36 270 m^2 a favor del Estado, la presente demanda debe ser amparada, otorgándose al efecto la tutela constitucional correspondiente.

27. Finalmente, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, la entidad emplazada debe asumir los costos del proceso, los cuales serán 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 por haberse acreditado la vulneración del derecho de propiedad de SASA respecto de la indemnización justipreciada producto de la expropiación de 36 270 m^2, de las que anteriormente fue propietaria.

2. Ordenar al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento el pago de la indemnización justipreciada, que se determine el mecanismo y el método de valorización correspondiente, y que se declare inaplicable a la demandante el artículo 5 del Decreto Supremo 179-2004-EF, que aprueba el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley de Impuesto a la Renta.

3. **ORDENAR** a la entidad demandada el pago de costos procesales en aplicación del artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.
FERRERO COSTA
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA

PONENTE BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

SASA vendió a Inversiones Populares SA. 619,282 hectáreas del predio matríz Fundo San Agustín (Partida Registral 70095132).

Inversiones Populares independizó el predio matríz en dos partidas registrales:

a. 70042121, de 98,936 m2
b. 70042122, de 54,386 m2

Dada la nulidad del contrato de compra venta suscrito entre SASA e Inversiones Populares SA. se reinscribió la propiedad de SASA en las partidas regístrales:

a. 70042121, de 98,936 m2
b. 70042122, de 54,386 m2

El terreno materia de expropiación, de 36,270 m^2, corresponde a esta última partida registral.

La adquisición de los 36,270 m^2 por parte de Aeroperú, vía proceso de expropiación, se inscribió en una nueva partida registral, la 70049050; empero debió hacerselo en la partida 70042122.

Aeroperú transfiere luego a Korikancha SA los 36,270 m^2 y ésta inscribe su adquisición en los registros públicos.

Así, de la propiedad de SASA se han afectado 36 270 m^2 sin que conste en autos pago de justiprecio alguno a su favor.

S.
SARDÓN DE TABOADA

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Si nunca hubo expropiación no se justifica ninguna indemnización

No se puede confundir afectación a la posesión con perdida de propiedad

Con el debido respeto por la decisión de mayoría, en el presente caso, estimo que debe declarase **IMPROCEDENTE** la demanda, toda vez que ha transcurrido en exceso el plazo de prescripción para interponer el amparo.

También considero que esta pretensión debe desestimarse porque la demandante (SASA)

jamás perdió la propiedad que hoy reclama como expropiada; si esto es así, ¿cómo se puede justificar el pago de una indemnización por una supuesta expropiación?. Los hechos de este caso, dicen que Sociedad Agrícola San Agustín (SASA) a ha sido y sigue siendo propietaria del predio Fundo San Agustín – Valle de Bocanegra- Callao, y digo ello, en atención a dos indicadores:

a) la información histórica que aparece registrada en la copia literal de la Partida N° 70095132 que tiene como antecedente el tomo 139 (fojas 299 al 338) del Registro de Propiedad Inmueble y que corre en el expediente a fojas 8 a 199 se aprecia que la demandante SASA es la propietaria del fundo San Agustín;

b) la sentencia judicial de fecha 26 de enero de 1978, que declaró fundada la demanda de nulidad de contrato de compra venta del fundo San Agustín. Esta demanda fue interpuesta por Inversiones Popular contra Sociedad Agrícola San Agustín (SASA); y tuvo como consecuencia jurídica que el fundo San Agustín regrese al poder de su vendedora SASA; Esta información es de público conocimiento, tal como se advierte de la inscripción registral en el tomo 139, fojas 335, asiento 44, del Registro de Predios, que se reproduce en la copia literal (Partida 70095132) que corre a fojas 126, cuyo texto de la sentencia judicial, corre a fojas 281 del expediente. En ella textualmente se dice:

> *"Sociedad Agr*ícola *San Agustín SA, ha* ***readquirido el dominio*** *del inmueble inscrito en esta partida, en virtud de haberse declarado nulo el contrato de compra venta celebrada por escritura pública del 22 de diciembre de 1969…"* (ver fojas 44 del expediente y los antecedentes de dicha venta aparecen descritas en la escritura pública N° 1738, protocolizada en el año 1969 y que corre a fojas 206 de este expediente).

Esto lleva a preguntarnos *¿se puede ordenar indemnizar con el justiprecio a un propietario que jamás ha perdido la titularidad del bien producto de expropiación alguna?.*

Aun mas, si revisamos los antecedentes del proceso de expropiación a que hace referencia la demandante SASA, se advierte que este comprende una parte de la totalidad del Fundo San Agustín (36,260 metros cuadrados); y además este proceso de expropiación tiene como parte demandada a Inversiones Popular SA, no a la demandante Sociedad Agrícola San Agustín (SASA) por ello, la sentencia judicial que dispuso la expropiación de la referida área se dirige contra la demandada Inversiones Popular SA; no hay un titulo judicial que la parte demandante pueda mostrar, como una sentencia, en la que se haya declarado fundada alguna demanda de expropiación en su contra; por lo tanto en este voto singular a la luz de los antecedentes del caso, reafirmo que la demandante SASA jamás perdió su propiedad por un proceso de expropiación; no existe sentencia judicial que así lo declare.

La historia del caso señala que el proceso de expropiación que promovió la Empresa de Transporte Aéreo del Perú, AEROPERU contra Inversiones Popular SA para afectar el área de 36,260 metros cuadrados, termino con una sentencia judicial que en rebeldía de la parte demandada -Inversiones Popular SA- fue escriturada por mandato judicial tal como se advierte de los antecedentes que aparecen a fojas 299 y siguientes, en la que se advierte que la traslación de dominio por expropiación se celebró entre la empresa AEROPERU e Inversiones Populares SA(en rebeldía). Esta traslación, producto de la expropiación, ha dado motivo a que con posterioridad se transfiera esta propiedad a terceros y ha generado dos cuestionamentos: **a)** registralmente una superposición de partidas registrales, que escapan a la discusión de un proceso constitucional de amparo; y **b)** una discusión judicial sobre el mejor derecho de propiedad entre la demandante SASA con el tercero adquiriente Inversiones Korikancha; tal como expresamente lo advierte la demandante, en el punto 4.17 de su propia demanda (ver fojas 359) y que dice textualmente:

> *"En la actualidad , sobre el área correspondiente a los 36, 270 m2, existen dos titulares registrales. Por un lado, con mayor antigüedad se encuentra la Partida Electrónica No 70042122, a nombre de SASA, y la referida Partida Electrónica 70049050 a nombre de la empresa inmobiliaria Korikancha S.A. encontrándose superpuesta a la de mayor antigüedad"*

Este es el estado de la cuestión de este caso, la existencia de dos propietarios registrales, la superposición de áreas en las partidas electrónicas de cada propietario, la discusión sobre el mejor derecho de propiedad entre ambos y la discusión sobre la indemnización que pudiera reclamar la demandante Sociedad Agrícola San Agustín (SASA) por estar impedido del disfrute total de su propiedad, a pesar de contar con una sentencia judicial de fecha 26 de enero de 1978, que declaró fundada la demanda de nulidad de contrato de compra venta del fundo San Agustín; discusión que escapan del alcance del objeto del proceso constitucional.

A todo ello, la posición mayoritaria guarda silencio, sobre el alcance y la implicancia de la sentencia judicial, con autoridad de cosa juzgada, que declaró la nulidad de la compra

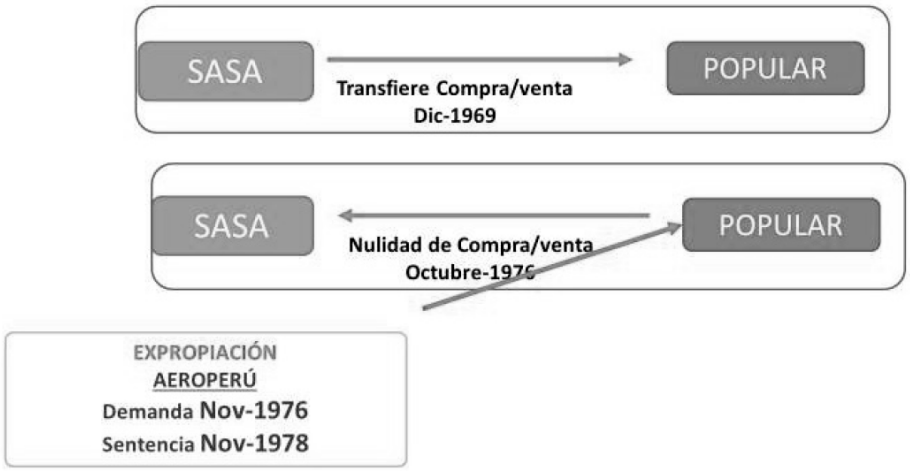
venta del fundo San Agustín. Dicha sentencia de fecha 26 de enero de 1978, declaró fundada la demanda de nulidad de contrato de compra venta del fundo San Agustín y tuvo como consecuencia jurídica que el fundo San Agustín regrese al poder de su vendedora SASA, tal como se advierte de la historia de los asientos registrales que aparecen en el tomo 139 del Registro de Predios, ya antes citado.

Precisamente, como consecuencia de dicha sentencia, aparece SASA como titular registral del predio; sin embargo, a partir de la decisión del Tribunal Constitucional, ya no se podrá reconocer ni afirmar que San Agustín es propietaria de dicho fundo, pues, hay que asumir la tesis, que sostiene la mayoría de magistrados, que SASA perdió su propiedad (parte de esta: 36, 270 metros cuadrados) a consecuencia de un proceso de expropiación, y por ello, hay que ingresar a fijar un justiprecio al respecto, tal como lo señala la parte dispositiva de la sentencia en mayoría.

El proceso de expropiación al que se refiere la demandante tuvo exclusivamente como parte demandada a Inversiones Popular; pues en el momento del inicio del proceso de expropiación, era la propietaria del fundo SASA.

También es falso que la demandante no haya tenido oportunidad de cuestionar el justiprecio en dicho proceso de expropiación, todo lo contrario, a pesar de no ser parte en dicho proceso, participó para cuestionar el valor del justiprecio en dicho proceso, sin embargo, llama la atención que luego de 40 años, SASA pretenda volver a discutir el valor de la indemnización.

Como lo señala la demandante en su demanda, actualmente hay dos propietarios en discusión SASA y un tercero (Korikancha). Entre ellos hay duplicidad de partidas registrales en discusión. Es un tema de la justicia ordinaria definir ese mejor derecho entre propietarios



Antecedentes del caso:

La demandante Sociedad Agrícola San Agustín SA (SASA) interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, a fin de que se ordene el pago de la indemnización justipreciada, se determine el mecanismo y el método de valorización que corresponda, y se le declare inaplicable el artículo 5 del Decreto Supremo 179-2004-EF, TUO de la Ley de Impuesto a la Renta. Señala que se ha vulnerado su derecho fundamental a la propiedad.

Indica que su derecho de propiedad fue vulnerado, ya que fue objeto de una confiscación producto de una expropiación irregular de un área de 36 270 m^2, que forma parte de la Partida Electrónica 70042122 del Registro de Propiedad Inmueble del Callao, donde no se cumplió con el pago del justiprecio.

Sin embargo, de la exposición de hechos que se hace en la demanda, lo que en puridad cuestiona la recurrente es la forma en la que se produjo la expropiación, la cual se concretó en los actuados de un proceso judicial de expropiación tramitado ante el Segundo Juzgado de Tierras de Lima en la década de los años 70.

En efecto, la parte demandante ha reseñado lo siguiente:

- SASA adquirió en el año 1900 la propiedad del fundo San Agustín, inscrita en la Partida 70095132 del Registro de la Propiedad Inmueble del Callao.
- El 20 de diciembre de 1969, SASA vendió a la Compañía Inversiones Populares, S.A., un área del fundo San Agustín.
- El 21 de diciembre de 1973 se independizó del predio matriz un área de 98,936 m2, inscrita en Partida 70042121; posteriormente, el 3 de enero de 1974, de este lote se independiza un área de 54,386 m2, inscrita en Partida 70042122.
- El 13 de mayo de 1975, mediante Decreto Supremo 021-75-VC se autoriza la expropiación de un área de 34,970 m2 del lote anterior, a favor de Aeroperú.
- El 10 de febrero de 1976 se expidió el Decreto Ley 21419, que declaró nulos de pleno derecho los contratos como la compraventa celebrada entre SASA y Compañía Inversiones Populares.
- El **22 de septiembre de 1976**, Aeroperú ante el Segundo Juzgado de Tierras de Lima interpone demanda de expropiación contra Compañía Inversiones Populares, propietario registral del área materia de expropiación (en adelante, primer proceso).).
- El 4 de noviembre de 1976, en los Registros de la Propiedad Inmueble (Partida N° 70095132, tomo 139, asiento 40) se inscribió la anotación de la demanda interpuesta por Aeroperú con la Compañía Inversiones Populares SA, sobre expropiación.
- El 13 de octubre de 1976, Compañía Inversiones Populares interpuso demanda de nulidad de contrato de compraventa celebrado con SASA, en aplicación del Decreto ley 21419, proceso igualmente tramitado ante el Segundo Juzgado de Tierras. Dicho

proceso termino con la sentencia que declara fundada la demanda de nulidad de compra venta del predio Fundo San Agustín, y por tanto, esta última adquiere nuevamente la titularidad de la propiedad del bien. Esta información también se lee del asiento 44 del tomo 139 del Registro de Predios, en la que textualmente dice: *"Sociedad Agr*ícola *San Agustín SA, ha readquirido el dominio del inmueble inscrito en esta partida, en virtud de haberse declarado nulo el contrato de compra venta celebrada por escritura pública del 22 de diciembre de 1969…"*

- En el proceso de expropiación se apersonó la demandada Compañía Inversiones Popular, comunicando al juez que la demanda debe entenderse con SASA, porque el contrato de compraventa fue declarado nulo de pleno derecho en virtud del Decreto ley 21419. El juez notifica la demanda de expropiación a SASA, pero no la incorpora como sujeto pasivo sino como tercero interesado, pues, quien aparecía como titular del predio es la demandada Inversiones Popular SA.
- Los días 2 de junio y 15 de julio de 1977, Aeroperú consignó ante el juzgado el justiprecio, solicitando que Compañía Inversiones Populares entregue la escritura pública. Sin embargo, Inversiones Populares presentó escrito alegando que no era propietaria del inmueble y no podía entregar la escritura pública.
- El 26 de enero de 1978, el Segundo Juzgado de Tierras emite sentencia en el segundo proceso declarando la nulidad del contrato de compraventa celebrado entre SASA y Compañía Inversiones Populares.
- En el primer proceso, el 11 de octubre de 1978, el mismo Segundo Juzgado de Tierras, y ante la negativa de Compañía Inversiones Populares, otorga la escritura pública de transferencia de dominio a favor de Aeroperú, en rebeldía de Compañía Inversiones Populares.
- El 10 de noviembre de 1978, Aeroperú inscribe la propiedad en el registro de propiedad inmueble, mediante Partida 70049050, que es en realidad una nueva partida que se abre para efectos de la transferencia de la propiedad de SASA a favor del Estado.

Es decir que, de esta reseña, SASA no pudo recibir el pago del justiprecio abonado por Aeroperú, no porque éste no haya pagado, sino porque un juez ordenó que el pago realizado debía abonarse a Compañía Inversiones Populares y ello, en vista que el juez de expropiación de aquel entonces se resistió a aceptar como parte procesal y como verdadero propietario a SASA, incorporándolo únicamente como tercero; lo cual resultó irrazonable, según la actora, dado que ese mismo juez también tramitaba, en paralelo, el proceso de nulidad del contrato de compraventa entre SASA y Compañía Inversiones Populares, el cual finalizó posteriormente reconociendo a SASA como titular de la propiedad.

En ese sentido, dado que la causa directa del perjuicio a la empresa recurrente fueron los actuados de dicho proceso judicial, al considerar que el pago del justiprecio era a favor de una persona jurídica distinta y dado también que ese proceso culminó en la década de los años 70, resulta evidente que el presente proceso constitucional ha sido instaurado fuera del plazo establecido en el segundo párrafo del artículo 44 del Código Procesal Constitucional.

Por consiguiente, la demanda resulta improcedente, en aplicación del artículo 5, inciso 10, del precitado cuerpo normativo, que dispone que no proceden los procesos constitucionales cuando "Ha vencido el plazo para interponer la demanda, con excepción del proceso de hábeas corpus".

No existe una afectación continuada

La sentencia de mayoría argumenta que el plazo de prescripción no habría vencido, ya que la omisión del pago del justiprecio a SASA se trataría de una afectación al derecho fundamental a la propiedad de carácter "continuada", conforme al artículo 44, inciso 5, del Código Procesal Constitucional.

Sin embargo, este es un criterio erróneo producto de que mis colegas no han identificado correctamente cuál es el acto lesivo. Los autos no versan de una omisión en el pago del justiprecio. El justiprecio sí se abonó y se consignó a nombre del juzgado. Lo que sucedió es que ese abono se ordenó que sea a favor de Compañía Inversiones Populares, el mismo que fue ordenado por el juez de expropiación, a pesar de que, en ese proceso, SASA se había apersonado y había alegado ser la verdadera propietaria del predio en virtud del Decreto Ley 21419. Esto es, es el criterio judicial quién determinó el destino final del justiprecio.

De ahí que el verdadero acto lesivo fueron las resoluciones judiciales dictadas en ese proceso. Por eso, en la medida que esas resoluciones judiciales son "actos consumados", o sea, actos positivos que tienen existencia y que tienen fechas de expedición; es que el plazo ya había vencido por el transcurso excesivo del tiempo al momento de interponer este amparo

Finalmente, debe precisarse que no es aplicable el criterio de la STC 02330-2011-PA/TC que cita la mayoría en el fundamento 4, sobre una supuesta afectación continuada, toda vez que la expropiación analizada en esa sentencia nada tiene que ver con resoluciones judiciales dictadas en un proceso de expropiación, como es el caso de autos.

Por todo ello, mi voto es por **CONFIRMAR** la Resolución 6, de fecha 28 de marzo de

2016, que resolvió declarar fundada la excepción de prescripción; en consecuencia, declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo de autos.

S.
LEDESMA NARVÁEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
MIRANDA CANALES

Con el debido respeto a mis colegas magistrados, emito el presente voto singular por los siguientes fundamentos.

Antecedentes

Demanda

1. Con fecha 7 de enero de 2015, la actora interpuso demanda de amparo contra el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS), a fin de que se ordene el pago de la indemnización justipreciada, se determine el mecanismo y el método de valorización que corresponda, y se le declare inaplicable el artículo 5 del Decreto Supremo 179-2004-EF, TUO de la Ley de Impuesto a la Renta.

2. Alega que, en una manifiesta vulneración del derecho fundamental a la propiedad, se produjo la confiscación de 36 270 m^2 del bien cuya titularidad le pertenece, a pesar de que ello se encontraba –y se encuentra– proscrito en nuestro ordenamiento jurídico. Detalla, con la finalidad de sustentar su aseveración, cuál fue el historial jurídico del aludido predio:

   - Con fecha 20 de diciembre de 1969, SASA transfirió la propiedad de la referida área a Inversiones Populares SA.
   - Con fecha 13 de mayo y 12 de junio de 1975, se emitió el Decreto Supremo 021-75-VC y la Resolución Ministerial 1011-75/VC-5500, los cuales autorizaron la expropiación y determinaron las dimensiones del terreno afectado.
   - Con fecha 22 de setiembre de 1976, la Empresa de Transporte Aéreo del Perú (Aeroperu) interpuso, bajo el amparo de las precitadas normas, demanda de expropiación contra Inversiones Populares SA.
   - Con fecha 10 de febrero de 1976, se emitió el Decreto Ley 21419, que prescribe "son nulos de pleno derecho los contratos de compra-venta de terrenos agrícolas para fines de habilitación urbana (…)".
   - Con fecha 13 de octubre de 1976, Inversiones Populares SA solicitó, en atención al mencionado decreto, la nulidad del contrato de compra-venta suscrito con SASA, pues este se había celebrado con fines de habilitación urbana.
   - Con fecha 18 de octubre de 1976, SASA se apersonó al proceso de expropiación y solicitó que la demanda sea entendida en su contra.

- Con fecha 2 de junio de 1977, Aeroperu consignó el valor del justiprecio ante el Segundo Juzgado de Tierras, el cual nunca fue cobrado por SASA.
- Con fecha 26 de enero de 1978, dicho juzgado declaró la nulidad del aludido contrato.
- Con fecha 10 de noviembre de 1978, se inscribió en el Registro de Propiedad Inmueble el título de propiedad que ostentaba Aeroperu.
- Posteriormente, Aereperu vendió el inmueble a Inmobiliaria Koricancha SA.

3. En ese orden de ideas, denuncia que la actuación del juez le causa agravio, toda vez que en una clara contravención a la lógica y siguiendo lineamientos puramente positivistas, se incluyó a Inversiones Populares SA como sujeto pasivo de la relación jurídica en el proceso de expropiación. Al respecto, cuestiona que la decisión se haya basado solo en lo consignado en Registros Públicos, sin evaluar que, en el plano fáctico, SASA era la propietaria del bien materia de *litis*. Asimismo, sostiene que, en aras de salvaguardar las garantías que brinda la normativa procesal, el magistrado debió suspender el precitado proceso mientras se resolvía el de nulidad de contrato. Agrega que, sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, la emisión del Decreto Ley 21419 acarreó la nulidad de pleno derecho del referido contrato. Por último, arguye que al ser el hecho vulneratorio uno de carácter continuado, no resulta factible iniciar el cómputo del plazo para interponer la demanda. En ese sentido, aduce que en la presente causa no cabe la prescripción extintiva.

Contestación de la demanda

4. Con fecha 12 de marzo de 2015, Inmobiliaria Koricancha SA –quien interviene como litisconsorte necesario pasivo– contestó la demanda y solicitó que sea declara improcedente o, en su defecto, infundada.

5. Respecto a la forma, deduce la excepción de prescripción extintiva, debido a que, según ella, el proceso de amparo ha sido instaurado treinta y seis años después de acaecido el supuesto acto lesivo, el cual –como se advertiría del expediente– se materializó en el año 1978 con la conclusión del proceso de expropiación. Asimismo, deduce la excepción de cosa juzgada, puesto que, a su juicio, los efectos del proceso de expropiación y la calidad de las resoluciones en él emitidas alcanzan a la demandante, ya que ella intervino como litisconsorte necesario pasivo. Por último, deduce la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, ya que, a su entender, resultaba necesario que la accionante acudiera previamente al procedimiento administrativo a fin de solicitar lo que es materia de su demanda.

6. En cuanto al fondo, alega que, contrariamente a lo señalado por la actora, la expropiación se realizó conforme a los requerimientos establecidos en la Constitución Política del Perú de 1993 y en el marco del Decreto Ley 17803, disposiciones sobre la expropiación forzosa para fines de ensanche de población; además fue debidamente normada mediante el Decreto Supremo 021-75-VC y la Resolución Ministerial 1011-75/

VC-5500. En esa línea, señala que el derecho de propiedad que ostenta es legítimo, válido y eficaz. Asimismo, sostiene que al haber sido Inversiones Populares S.A. el titular registral del bien durante el proceso de expropiación, resultó conforme a derecho que la demanda haya sido interpuesta en su contra. Por último, indica que a pesar de que SASA se encontraba facultada para cuestionar el proceso, su intervención cesó luego de haberse inscrito la "readquisición" del predio.

Resolución de primera instancia o grado

7. El Vigésimo Primer Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró improcedente la demanda por estimar que el proceso de amparo no es la vía idónea para dilucidar la controversia que la demandante plantea, esto es, esclarecer quien ostenta el mejor derecho de propiedad respecto al bien materia de litis.

Resolución de segunda instancia o grado

8. La Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró fundada la excepción de prescripción por estimar que la demanda ha sido interpuesta treinta y seis años después de concluido el proceso de expropiación. A su juicio, no resulta factible considerar que la actuación de la emplazada constituye una vulneración continuada del derecho de la accionante, pues la última no utilizó los mecanismos procesales que franquea la ley para revertir la situación que alega le causa agravio, esto es, la omisión del pago del justiprecio a su favor.

Análisis del caso en concreto

El derecho fundamental a la propiedad

9. El artículo 70 de la Constitución reconoce la inviolabilidad del derecho de propiedad, así como la garantía por parte del Estado. En ese sentido, la propiedad es un conjunto de situaciones jurídicas subjetivas que indistintamente permiten a su titular el uso, goce, explotación y disposición del bien, la cual siempre debe hacerse en armonía con el bien común.

10. Sin embargo, este derecho fundamental también es susceptible de limitaciones. En efecto, estas restricciones son admisibles siempre y cuando superen el análisis de proporcionalidad.

11. Precisamente, una limitación al derecho fundamental a la propiedad lo encontramos en la expropiación. Este acto de expropiación implica la privación de la titularidad del derecho fundamental a la propiedad en contra de su voluntad. En ese sentido, para que este acto de expropiación sea constitucionalmente válido, es necesario que se cumplan los siguientes requisitos:

    i. Que existan motivos de seguridad nacional o de necesidad pública definidos por el Congreso de la República mediante una ley especial porque la naturaleza de las cosas así lo exige. Los motivos expropietarios de la Constitución de 1979,

en cambio tenían que fundamentarse en la necesidad y utilidad públicas o en el interés social.

ii. Que el Estado pague previamente, en efectivo, una indemnización justipreciada que incluya el precio del bien expropiado y la compensación por el eventual perjuicio, que, a su vez, debe ser establecida en el procedimiento expropiatorio. Es decir, que el Estado tiene el deber de indemnizar en forma plena y completa al titular del derecho de propiedad privada, por el daño que no tenía el deber de soportar.

12. Este Tribunal Constitucional, en constante jurisprudencia, ha establecido los supuestos donde la privación del derecho de propiedad es inconstitucional:

i. No exista la ley del Congreso de la República que declare la expropiación sino otra norma con rango de ley.

ii. Exista la ley del Congreso de la República que declare la expropiación, pero no exprese o señale alguno de los motivos contemplados en la Constitución para que proceda la expropiación, o se fundamenten en motivos distintos.

iii. Exista la ley del Congreso de la República que señale alguno de los motivos de expropiación contemplados en la Constitución, pero ésta se produce sin indemnización

13. En estos supuestos, el Estado confisca el derecho de propiedad por cuanto se apodera de la totalidad o de una parte considerable de los bienes de una persona sin que exista ley del Congreso de la República o sin que se presenten algunos de los motivos contemplados en la Constitución para que proceda la expropiación o sin indemnización.

14. En los casos de confiscación del derecho fundamental a la propiedad, el Tribunal Constitucional ha planteado dos escenarios de tutela:

i. Si el acto de confiscación del derecho fundamental a la propiedad tiene su origen en una norma con rango de ley, la sentencia estimativa, además de disponer la inaplicación de la norma autoaplicativa al caso concreto, debe ordenar la nulidad de cualquier inscripción registral a favor del Estado y que se restituya la propiedad a la persona que se le confiscó, siempre y cuando el bien inmueble confiscado siga siendo propiedad del Estado.

En este supuesto, se dispone la restitución de la propiedad confiscada, debido a que no se le puede ordenar al Congreso de la Repúblico que emita la ley de expropiación, ya que ello supondría evaluar si se presenta alguna de las causas de expropiación contempladas en la Constitución, lo cual es competencia exclusiva del Congreso de la República.

ii. Si la propiedad confiscada por una norma con rango de ley ha sido transferida por el Estado a un tercero de buena fe y a título oneroso, la sentencia estimativa le ordenará al Estado que inicie el procedimiento de expropiación para que le abone al propietario que sufrió la confiscación una indemnización justipreciada por la

propiedad confiscada, pues ordenar la restitución de la propiedad conllevaría que se le prive al tercero de buena fe y a título oneroso su derecho legítimo al uso y goce de la propiedad, lo cual también afectaría también el principio de seguridad jurídica.

15. Sin perjuicio de ello, es posible el acto de confiscación tenga su origen en una norma que no tenga rango de ley. Ello conlleva a que no estemos dentro de una expropiación dentro de lo constitucionalmente posible, por lo que no es posible exigir la aprobación de una ley por parte del Congreso de la República.

16. Es necesario precisar que con fecha 26 de enero de 1978, el Segundo Juzgado de Tierras, emite sentencia declarando la nulidad del contrato de compraventa entre Sasa e Inversiones Populares, declarando a Sasa como propietario del área objeto del contrato, correspondiente a la totalidad del predio matriz, incluida el área presuntamente expropiada.

17. A pesar de ello, el 11 de octubre de 1978, el mismo juzgado otorga la escritura pública de traslación de dominio por expropiación, en rebeldía de Inversiones Populares, a favor de AeroPerú. Posteriormente, esta se la transfirió a Koricancha.

18. En ese sentido, queda claro que en virtud de la nulidad del contrato de compra Sasa es el propietario del área objeto del contrato, correspondiente a la totalidad del predio matriz, incluida el área que estamos analizando. En consecuencia, no se puede pedir la restitución o la indemnización de un bien que ya pertenece a la empresa recurrente.

19. Así las cosas, la solución de una indemnización sería factible siempre y cuando se hubiere acreditado que la propiedad ya no pertenece a Sasa. Asimismo, no es posible aceptar la restitución del bien objeto de litigio porque hay discusión sobre la titularidad de las partidas registrales y dicha discusión no puede ser analizada en sede constitucional.

Por todo lo expuesto, mi voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda.

S.
MIRANDA CANALES

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Con el debido respeto, me aparto de lo resuelto por mis colegas en mérito a las razones que a continuación expongo:

1. La presente demanda de amparo tiene por objeto que se ordene el pago de la indemnización justipreciada, se determine el mecanismo y el método de valorización que corresponda, y se declare inaplicable a la recurrente el artículo 5 del Decreto Supremo 179-2004-EF - TUO de la Ley de Impuesto a la Renta; debido a que, según la actora, se le está vulnerando el derecho fundamental a la propiedad.

2. Más allá de lo señalado por la parte demandante, lo cierto es que, en puridad, lo que cuestiona es la forma en la que se produjo la expropiación del inmueble cuya propiedad, afirma, le pertenece.

3. Ahora bien, antes de analizar la controversia que se ha planteado, corresponde evaluar si en el presente caso se han cumplido con los requisitos que el Código Procesal Constitucional establece.

4. Al respecto, de autos se advierte que el supuesto acto lesivo (i) se originó en el proceso de expropiación que Aeroperu instauró contra Inversiones Populares SA, en el cual intervino la accionante como litisconsorte necesario pasivo, y (ii) se concretó con la resolución que puso fin al proceso, la cual data del año 1978.

5. En ese sentido, considerando que la demanda fue interpuesta en el año 2015 y que la alegada vulneración se efectuó en el año 1978, resulta evidente que el presente proceso constitucional ha sido instaurado fuera del plazo establecido en el artículo 44 del Código Procesal Constitucional. Por consiguiente, resulta de aplicación el artículo 5, inciso 10, del precitado cuerpo normativo.

En atención a lo señalado, considero que la demanda debe ser declarada **IMPROCEDENTE.**

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Pleno. Sentencia 465/2020

EXP. N.° 03112-2015-PA/TC LA LIBERTAD
MARÍA PERLA FHON CEVALLOS

Con fecha 6 de agosto de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, ha emitido la siguiente sentencia, que declara **FUNDADA** la demanda de amparo.

Asimismo, los magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales y Ramos Núñez formularon sus fundamentos de voto y el magistrado Sardón de Taboada emitió su voto singular.

La secretaría del Pleno deja constancia que los votos mencionados se adjuntan a la sentencia y que los señores magistrados proceden a firmar digitalmente la presente en señal de conformidad

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de agosto de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Sardón de Taboada, aprobado en la sesión del Pleno del 27 de febrero de 2018. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales y Ramos Núñez, y el voto singular del magistrado Sardón de Taboada.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña María Perla Fhon Cevallos contra la sentencia de fojas 171, de fecha 13 de enero de 2015, expedida por la Tercera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 10 de julio de 2013, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Red Asistencial de EsSalud de La Libertad, con emplazamiento al procurador público del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Solicita que se respeten los resultados del proceso de admisión del Residentado Médico 2013, convocado por la Universidad Nacional de Trujillo, y se la reincorpore como médico residente en la especialidad de ginecología y obstetricia del Hospital Nivel IV Víctor Lazarte Echegaray. Aduce que resultó ganadora de una plaza en el referido residentado, que se encuentra en el séptimo mes de gestación y que el 1 de julio de 2013, fecha de inicio del residentado, tuvo que retirarse de las instalaciones del mencionado hospital debido a una complicación de su embarazo. Manifiesta, además, que los responsables del referido hospital se negaron a recibir, de sus familiares, los documentos que justificaban su ausencia; y pese a que ella misma se presentó el día 4 de julio de 2013, para reanudar sus actividades, los encargados se negaron a recibir el certificado médico que justificaba sus inasistencias. Alega la vulneración de sus derechos a la no discriminación y a la educación, ya que el único motivo por el cual no se le permite continuar con el residentado es su estado de gestación, negándosele la posibilidad de formarse en la especialidad de ginecología y obstetricia.

El representante legal de la Red Asistencial EsSalud de La Libertad contestó la demanda manifestando que el amparo no es la vía para discutir la controversia planteada por la recurrente y que, en todo caso, resultaría infundada, pues no se le ha impedido continuar con sus estudios de segunda especialización; por el contrario, la propia demandante, con su no asistencia a dicha especialización en la fecha programada, contravino el reglamento, lo que hace inviable su continuación académica.

El procurador público adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo contesta la demanda y señala que lo expresado por la accionante se basa en apreciaciones subjetivas sin prueba alguna, puesto que no ha probado su ingreso en el Examen Nacional de Residentado Médico 2013, menos haber sido impedida de ingresar a realizar los estudios, así como tampoco que se haya declarado desierta la plaza, supuestamente, ganada por la demandante.

El Segundo Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, con fecha 20 de mayo de 2014, declaró fundada la demanda porque consideró que EsSalud, lejos de dar por justificada la inasistencia de la médico demandante, pretendió minimizar su estado de salud y restar importancia al cuadro de preeclampsia que padecía por su estado de gestación, sin tener en cuenta que presentó justificación de su inasistencia en el plazo correspondiente.

La Sala superior revisora, con fecha 13 de enero de 2015, revocó la apelada y, reformándola, declaró improcedente la demanda, pues consideró que la controversia planteada requiere de actividad probatoria y que, por las características que definen al proceso de amparo, no es posible ventilarla en esta vía sumaria de especial necesidad y urgencia, ya que carece de etapa probatoria.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La presente demanda tiene por objeto que se incorpore a la recurrente como médico residente en la especialidad de ginecología y obstetricia del Hospital Nivel IV Víctor Lazarte Echegaray de la Red Asistencial EsSalud de La Libertad, pues vulneraría sus derechos a no ser discriminada y a la educación. En tal sentido, la controversia se centra en determinar si el estado de gestación de la recurrente constituye la causa por la que la entidad demandada no le permite asumir la plaza vacante.

Género y Constitución

2. No hay discusión de que en el Estado Constitucional existe un compromiso serio con la igualdad, el cual encuentra reconocimiento en los textos constitucionales, y que las autoridades tienen el deber de materializar, con hechos concretos, a fin de contrarrestar las desigualdades manifiestas, haciendo posible que todas las personas disfruten de sus derechos en la misma medida.

3. A pesar de lo dicho, tampoco hay duda, y el paso de la historia lo ha demostrado, de que las diferentes perspectivas, participaciones y voces características de las mujeres han sido, en alta medida, excluidas sin justificación razonable del discurso público y del contexto social. Aún hay rezagos de las diferencias entre hombres y mujeres, culturalmente creadas en muchas sociedades, y el Perú no escapa a tal realidad. Sin embargo, como Estado constitucional tiene el deber de combatir las desigualdades de manera efectiva, por ello, además del reconocimiento del derecho a no ser discriminado por

razón de sexo, ha constitucionalizado otras obligaciones, como el deber del Estado de ofrecer una especial protección a las madres (artículo 4), el deber estatal de establecer políticas públicas a favor de las libertades reproductivas (artículo 6), el principio de igualdad de oportunidades laborales sin discriminación (artículo 26) y el deber de establecer cuotas de género en aras de asegurar una representación más igualitaria en los gobiernos regionales y municipales (artículo 191).

4. Es cierto que una regulación normativa no es suficiente. No obstante, el carácter normativo de la Constitución garantiza la eficacia de su aplicabilidad, en la medida en que vincula a todos los poderes públicos y propicia un deber de respeto a su contenido, por parte de todas las personas. Que las desigualdades no existan, más aún cuando se trata de las culturalmente creadas, es una tarea que principalmente involucra al Estado, pero también a todos sus integrantes en conjunto.

El derecho a la no discriminación de las mujeres embarazadas

5. La discriminación contra la mujer es un fenómeno social que 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.

6. 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 relegación de la mujer en la vida social, cultural, económica y política.

7. La discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no solo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino también en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan una conexión directa e inequívoca con el sexo de la persona; tal como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, 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 los 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.

8. En tal sentido, la protección de la mujer no se limita a su condición biológica durante el embarazo y después de este, ni a las relaciones entre madre e hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto; sino también se extiende al ámbito estricto del desarrollo y a las vicisitudes de los distintos tipos de relaciones que se pueden entablar en una sociedad: educativa, laboral, entre otras.

9. El trato diferenciado injustificado impide el goce y ejercicio de otros derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, como son el de educación (artículos 13 y

14 de la Constitución) y el de libre desarrollo de la personalidad (artículo 2, inciso 1, de la Constitución).

El derecho a la educación

10. La Constitución, en su artículo 13, señala que "la educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana", en tanto que en el artículo 14 establece 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".

11. La educación es un derecho fundamental intrínseco y un medio indispensable para la plena realización de otros derechos fundamentales, y permite a las personas participar plenamente en la vida social y política en sus comunidades. Cabe acotar que la educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer; la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual; la promoción de los derechos humanos y la democracia; la protección del medio ambiente, y el control del crecimiento demográfico. Es a través de este derecho que 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 (cfr. Sentencia recaída en el Expediente 0091-2005-PA/TC, fundamento jurídico 6).

12. Por ende, el embarazo de una estudiante no es un hecho que pueda limitar o restringir su derecho a la educación. Por ello, ningún colegio, instituto, universidad o escuela pública o privada, puede realizar prácticas que configuren tratos discriminatorios basados en el embarazo. Dicho de otro modo, ninguna autoridad pública o particular puede impedirle a una mujer estudiar normalmente por su estado de gestación.

    En este sentido, cualquier acto que se ocupe de considerar a la maternidad como causal de sanción, en el ámbito educativo, debe ser corregido por los jueces; por cuanto resulta contrario al derecho a la educación.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad

13. Tal como quedó establecido en la sentencia recaída en el Expediente 2868-2004- PA/TC, este Tribunal considera que el derecho al libre desarrollo de la personalidad encuentra reconocimiento en el artículo 2, inciso 1, de la Constitución, que refiere que toda persona tiene derecho "a su libre desarrollo", pues, si bien en este precepto no se hace mención expresa al concreto ámbito que libremente el ser humano tiene derecho a desarrollar, es justamente esa apertura la que permite razonablemente sostener que se encuentra referido a la personalidad del individuo; es decir, a la capacidad de desenvolverla con plena libertad para la construcción de un propio sentido de vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos.

    Como bien se afirmó en la citada sentencia, "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, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres [...]. Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra" (cfr. fundamento jurídico 14).

14. En definitiva, en el reconocimiento del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2, inciso 1, de la Constitución) subyace, a su vez, el reconocimiento constitucional de una cláusula general de libertad, por vía de la cual, la libertad natural del ser humano –en torno a cuya protección se instituye aquel ente denominado Estado– se juridifica, impidiendo a los poderes públicos limitar la autonomía moral de acción y de elección de la persona humana, incluso en los aspectos vida cotidiana, a menos que exista un valor constitucional que fundamente dicho límite, y cuya protección se persiga a través de medios constitucionalmente razonables y proporcionales (cfr. sentencia emitida en el Expediente 0032-2010- AI/TC, fundamento jurídico 23).

15. 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 l de la Constitución, que no puede ser objeto de injerencia por autoridad pública o por particular algunos. Consecuentemente, todas aquellas medidas que tiendan a impedir o a hacer más gravoso el ejercicio de la mencionada opción vital, resultan inconstitucionales.

Análisis del caso concreto

16. El representante legal de la Red Asistencial EsSalud de La Libertad, en su contestación de demanda (fojas 62 a 70), expresa lo siguiente:

    - "[…] es cierto […] en cuanto refiere [la actora] que *el Curso de Segunda Especialización se inició el 01 de julio del presente año, pero es totalmente FALSO que la demandante haya asistido regularmente*, menos de acuerdo a la programación y horario establecido por EsSalud […]" (resaltado nuestro).

    - "Lo cierto es que la demandante, *No asistió en la fecha programada del inicio del curso (01-07-2013), ni tampoco en las subsiguientes*, conforme se acredita con el parte diario de asistencia que se adjunta" (resaltado nuestro).

    - "[…] la propia demandante con su *no asistencia* […] *en la fecha programada* […] *hace inviable su propia continuación* […]. Tampoco mi representada ha discriminado (…) por su estado de gestación, siendo […] que la demandante SE AUSENTÓ sin que remita justificación alguna" (resaltado nuestro).

- "[L]a accionante de manera unilateral *dejó de asistir sin justificación oportuna* para que mi representada tome las providencias del caso, razón por lo que implicaría EL ABANDONO O RENUNCIA A LA PLAZA GANADA" (resaltado nuestro).

17. Igualmente, en la Carta 970-D-HB-VLE-G-RALL-ESSALUD-2013, de fecha 13 de agosto de 2013 (fojas 72 a 73), el director del Hospital IV Víctor Lazarte Echegaray expresó:

    - "La M.C. María Perla Fhon Cevallos a la fecha no ha asumido la plaza de Residente de Ginecología y Obstetricia. Prueba de ello es que **no ha firmado ningún parte diario de asistencia**".
    - "[S]egún el certificado médico presentado, no se encuentra apta para iniciar el residentado médico. **La limitación no sería por el embarazo sino por la enfermedad concurrente** […]".
    - "[L]a M.C. María Perla Fhon Cevallos […] no ha ocupado la plaza que ganó por concurso *dentro del plazo establecido* y, *al no estar apta*, no reúne las condiciones para iniciar el Residentado Médico […]" (resultado nuestro).

18. Para este Tribunal resulta irrelevante pronunciarse sobre la asistencia de la recurrente al hospital, el día 1 de julio de 2013 (fecha de inicio del residentado médico), debido a que existe en autos un certificado médico (fojas 5) de la misma fecha, otorgándole 5 días de descanso por salud, es decir, desde el 1 al 5 de julio de 2013. La validez de dicho certificado médico resulta inobjetable e incluso ha sido utilizado por la propia entidad demandada para establecer que la demandante no se encuentra apta para iniciar el residentado médico.

19. No existe controversia alguna respecto al estado de gestación de la recurrente y la complicación de su embarazo (preeclampsia severa). Al respecto, consta en el expediente lo siguiente:

    - certificado médico (fojas 5), de fecha *1 de julio de 2013*, el cual otorga a la recurrente 5 días de descanso médico por el cuadro de preeclampsia severa producto del embarazo;
    - ecografía (fojas 8 a 13) de fecha *2 de julio de 2013*;
    - hemograma Completo (fojas 7) de fecha *3 de julio de 2013*;
    - boletas de pago (fojas 107), de fechas *4 de julio de 2013*, emitidas por el Hospital Belén de Trujillo, donde consta el pago por la emergencia gineco-obstétrica atendida y el alojamiento del día 4 de julio de 2013.

20. Queda claro, entonces, que las complicaciones que tuvo el embarazo de la recurrente hicieron imposible su concurrencia al Hospital Nivel IV Víctor Lazarte Echegaray, desde el 1 de junio de 2013, para asumir la plaza de residentado médico que había ganado.

21. Del Oficio 214-2013-UNT-FM/SEG.ESP. (fojas 75), de fecha 1 de julio de 2013, el jefe de la Unidad de Segunda Especialización de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Trujillo le informa al director ejecutivo del Hospital Víctor Lazarte Echegaray de EsSalud que "si elegida la plaza vacante algún postulante ganador del concurso *no lo asumiera dentro de los diez días calendarios siguientes al inicio de las actividades del Residentado (01 de Julio)*, su despacho, el Comité Hospitalario o el Responsable deberá comunicarnos de este hecho, a fin de que el jurado de Admisión de nuestra Universidad, lo declare desierta y asigne al postulante aprobado que sigue en el orden de mérito y no hubiese ocupado vacante; en cumplimiento a lo establecido en el numeral 6.5, art. 6 de las Disposiciones Complementarias 2013, del Residentado Médico" (resaltado nuestro). Asimismo, con la carta notarial de fecha *9 de julio de 2013* (fojas 2 y reverso), dirigida al director del Hospital Víctor Lazarte Echegaray, la demandante le da a conocer la negativa de los encargados a recibir los documentos que justifican sus inasistencias y la negativa de regularizar su situación de residente médico, adjuntado los respectivos documentos.

22. Como se observa, la recurrente en ningún momento ha pretendido abandonar o renunciar a la plaza ganada para su segunda especialización; por el contrario, el 9 de julio de 2013, dentro del plazo de 10 días calendarios siguientes al inicio del residentado (1 de julio de 2013), mediante carta notarial, dio a conocer al director del Hospital Víctor Lazarte Echegaray su intención de justificar su ausencia y asumir su plaza, sin obtener respuesta alguna por parte de dicho funcionario. En este sentido, si la recurrente no ha regularizado su condición de residente médico es debido a la negativa de la entidad emplazada.

23. Sostener que la "limitación no sería por el embarazo, sino por la enfermedad concurrente" y que "*al no estar apta*, no reúne las condiciones para iniciar el Residentado Médico" (fojas 72 a 73), en ambos casos refiriéndose a la preeclampsia severa que padece la recurrente producto de la gestación, no hace más que demostrar una clara discriminación por el embarazo, pues las complicaciones que de él se derivan (preeclampsia) no constituyen impedimento alguno para asumir el residentado médico, máxime si el artículo 29 de la Resolución Suprema 002-2006- SA, Reglamento del Sistema Nacional del Residentado Médico, vigente al momento de ocurridos los hechos, dispone "[s]e otorgará licencia por enfermedad y maternidad de acuerdo a la ley y según las obligaciones académicas que se cumplirán en tiempo adicional, de acuerdo a la duración de la licencia. El periodo de recuperación académica a que hubiere lugar no está sujeto a remuneración. En caso de exceder esta licencia los 90 días, se aplicará lo estipulado en el artículo 31 del presente Reglamento".

24. Conforme se observa, la propia normativa ampara a la residente médico enferma y gestante, proscribiendo a EsSalud actuaciones que atenten contra el normal desarrollo de la segunda especialización. En otras palabras, la enfermedad y maternidad no impiden el inicio, continuación y finalización del residentado médico; por el contrario, la normativa, atendiendo al estado de salud de las personas y de gravidez de las mujeres gestantes opta por otorgarles licencias con la finalidad de superar dichas situaciones.

No puede la entidad emplazada determinar sin más que la recurrente no se encuentra apta para iniciar el residentado por la enfermedad que padece (preeclampsia severa), sin haberle ofrecido previamente la posibilidad (permitiéndole iniciar el residentado) de hacer uso de la licencia correspondiente, lo que hace aún más evidente la discriminación de la que ha sido objeto.

25. El artículo 15 de la Resolución Suprema 002-2006-SA, Reglamento del Sistema Nacional del Residentado Médico, vigente al momento de ocurridos los hechos, prescribe que "[l]os Médicos Residentes son profesionales que están realizando estudios universitarios de Segunda Especialización en Medicina (posgrado), los cuales se realizan bajo la modalidad de docencia en servicio en las instituciones autorizadas y acreditadas por el CONAREME como sede del Residentado Médico".

26. La decisión de estudiar la segunda especialización (residentado médico) y ejercer la maternidad forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. De allí que el hecho de que el proyecto de vida trazado de manera autónoma y libre se vea truncado por una decisión externa irrazonable vulnera el orden constitucional.

27. El embarazo no es un hecho que pueda limitar o restringir el derecho a la educación de una residente médico. Exigir que, para asumir la plaza ganada de segunda especialización, no se tenga la condición de embarazada, negando la posibilidad de hacer uso de la respectiva licencia, constituye una exclusión de aquellas mujeres que han decidido ser madres. En este sentido, establecer como requisito para postular o asumir el residentado médico no estar en periodo de gestación resulta atentatorio contra el derecho a la educación.

28. El Tribunal Constitucional considera que la decisión de la entidad emplazada de no permitir asumir a la recurrente su segunda especialización médica constituye un acto discriminatorio que estigmatiza a las residentes médicos mujeres por su embarazo, y que por su falta de justificación objetiva y razonable equivale a la imposición de una sanción de pérdida de vacante. Asimismo, dicho accionar 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 impide el ejercicio de la maternidad y restringe injustificadamente el medio idóneo para alcanzar su desarrollo integral, advirtiéndose, además, que dicha decisión no solo constituye un acto discriminatorio, sino que no corresponde a una causal de separación del programa; por lo que la demanda de amparo debe ser estimada.

29. 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 la incorporación de la discriminación como delito en el artículo 323 del Código Penal. De allí que este Tribunal, en ejercicio de la facultad conferida en el artículo 8 del Código Procesal Constitucional, remite copias de los actuados al Ministerio Público para que actúe de acuerdo con sus atribuciones.

30. Ahora bien, y sin perjuicio de lo expuesto, de la búsqueda en la página web de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (SUNEDU), se desprende que, con fecha 17 de agosto de 2018, la demandante culminó su Residentado Médico, y actualmente es Especialista en Ginecología y Obstetricia por la Universidad Nacional de Trujillo. No obstante, a pesar de que haya cesado el acto violatorio, atendiendo al agravio producido a la actora, esto es, a la vulneración al derecho a la no discriminación y a la educación, se debe estimar la presente demanda, en aplicación del segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

Sobre el pago de costos y costas

31. El artículo 56 del Código Procesal Constitucional establece que "si la sentencia declara fundada la demanda, se impondrán las costas y costos que el Juez establezca a la autoridad, funcionario o persona demandada (…) En los procesos constitucionales el Estado sólo puede ser condenado al pago de costos". Entonces, al haberse demandado, en el presente caso, a EsSalud, solo corresponde ordenar a este el pago de costos procesales.

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.
2. En consecuencia, se debe **DISPONER** que Red Asistencial de EsSalud de La Libertad no vuelva a incurrir en las acciones que motivaron la interposición de la demanda y abone los costos procesales correspondientes.
3. **ORDENAR** a la Red Asistencial de EsSalud de La Libertad determine si existe responsabilidad administrativa, de parte de los encargados del residentado médico, por el trato discriminatorio dado a la recurrente.
4. **REMITIR** copia de los actuados al Ministerio Público, en atención a lo dispuesto en el artículo 8 del Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la opinión de nuestros colegas magistrados, emitimos el presente fundamento de voto, pues, si bien concordamos con la parte resolutiva de la sentencia, no suscribimos los siguientes fundamentos.

- **El fundamento 3**, cuando dice "el deber estatal de establecer políticas públicas a favor de las libertades reproductivas (artículo 6 de la Constitución)".

  En nuestra opinión, tal artículo constitucional consagra el deber del Estado de asegurar programas de educación en paternidad y maternidad responsables, la información adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud.

- **El fundamento 11**, cuando menciona que la educación garantiza "el control del crecimiento demográfico".

  Consideramos, más bien, que la educación permite "promover la paternidad y maternidad responsables", como dice el artículo 6 de la Constitución.

- **El fundamento 15**, cuando indica: "(...) 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 l de la Constitución, que no puede ser objeto de injerencia por autoridad pública o por particular algunos. (...)".

  No compartimos esta afirmación pues el embarazo no necesariamente es consecuencia de la decisión de la madre, como ocurre en una gestación no prevista, donde el derecho a la vida del concebido debe ser respetado más allá de cualquier decisión de sus progenitores, conforme al artículo 2, inciso 1, de la Constitución.

  A nuestro juicio, el fundamento 15 debería decir: "En este contexto, resulta oportuno señalar que el embarazo se encuentra protegido por el derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución, que no puede ser objeto de injerencia por autoridad pública o por particular algunos. Consecuentemente, todas aquellas medidas que tiendan a impedir o hacer más gravoso el embarazo resultan inconstitucionales".

- **El fundamento 27**, en la parte que dice: "(...) Exigir que, para asumir la plaza ganada de segunda especialización, no se tenga la condición de embarazada, negando la posibilidad de hacer uso de la respectiva licencia, constituye una exclusión de aquellas mujeres que han decidido ser madres" (énfasis agregado).

Las razones para discrepar con esta afirmación las hemos dado en el punto precedente. En nuestra opinión habría que decir: "(...) Exigir que, para asumir la plaza ganada de segunda especialización, no se tenga la condición de embarazada, negando la posibilidad de hacer uso de la respectiva licencia, constituye una exclusión irrazonable. En este sentido (...)".

S.
FERRERO COSTA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto a mis ilustres colegas magistrados, considero pertinente realizar las siguientes precisiones:

LOS DERECHOS SOCIALES

1. Un Estado Social y Democrático de Derecho se caracteriza por privilegiar valores tales como la igualdad y la liberad siempre que apunten al desarrollo de la dignidad humana, tal como está señalado en el artículo 1 de nuestra Constitución. En ese sentido, es necesario articular los derechos fundamentales que de allí nacen.

2. Los derechos sociales han recorrido un largo camino, algunas veces para avanzar, otras para retrocer, pues incluso su propia locución ha servido para abordar diferentes situaciones normativas[1]. En efecto, antes de entrar a la clásica distinción entre los derechos sociales y otros derechos, la propia acepción "derechos sociales" tiene varios sentidos: i) derechos sociales internacionales; ii) derechos sociales legislativos; iii) derechos sociales constitucionales[2].

3. Ahora bien, conviene destacar que tradicionalmente se ha distinguido a los derechos sociales de los derechos civiles en virtud de su exigibilidad judicial. Los últimos serían exigibles por medios de procesos judiciales, mientras que los sociales responderían a decisiones políticas. En efecto, los derechos sociales implicarían una prestación positiva por parte del Estado, en tanto que los derechos civiles no requieren alguna actuación positiva.

4. Dichas distinciones pretenden asignar una característica única tanto a los derechos sociales como a los civiles. No obstante, se pueden presentar diferentes supuestos que dan cuenta del carácter autónomo y a su vez prestacional de algunos derechos sociales[3].

    - Derechos sociales que en alguna medida comportan obligaciones negativas para el Estado, pero cuyo rasgo definidor principal sigue siendo prestacional. En este supuesto pueden encontrarse la mayoría de los derechos sociales.

1 MAZZIOTTI, Manlio. "Diritti sociali". En: Enciclopedia del Diritto. Vol. XII, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 802-803.

2 KING, Jeff. *Judging social rights*. Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 18-19.

3 PACHECO TORRES, Miguel Ángel. *El estado del estado social. Una cuestión pendiente*. Barcelona, Atelier, 2017, pág. 49.

- Derechos sociales cuyo rasgo definidor principal no es la prestación, sino la autonomía. Precisamente, en este supuesto se encuentran derechos como la huelga o libertad sindical.
- Derechos civiles y políticos que en alguna medida tienen un carácter prestacional pero sin perder su condición de derechos de autonomía. Aquí tenemos derechos como a la libertad religiosa o la libertad de trabajo.

5. Si bien el Tribunal Constitucional, a lo largo de su jurisprudencia constitucional, no ha delimitado la tutela de los derechos sociales como en el parágrafo anterior, sí es factible sostener que la diferencia entre derechos civiles y derechos sociales ha sido superada.

6. En efecto, el Tribunal Constitucional ha precisado que si bien la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, 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 la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población[4].

7. En esa misma línea, la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un conjunto de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares. Cuestión distinta es que las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos[5].

8. Como puede apreciarse, no existen diferencias, en razón a su estructura, entre los derechos individuales y los derechos sociales, por lo que éstos últimos son tan exigibles como los primeros. Caso contrario, confirmaríamos el presunto carácter programático de los derechos sociales, posición que ha sido superada ampliamente.

9. La protección de los derechos sociales por las Cortes Constitucionales o quien haga de sus veces es indudable. Ergo, la problemática de los derechos sociales fundamentales no solamente la encontramos en su justiciabilidad, sino en la ejecución de las sentencias sobre la materia. Y es que la diferentes perspectivas en que se pueda vincular el control constitucional[6] con las diferentes técnicas de interpretación jurídica respecto de los derechos sociales requieren necesariamente un Tribunal Constitucional fuerte, pero limitado.

---

4 Exp. 02945-2003-AA, fundamento jurídico 12.

5 ABRAMOVICH, Víctor, COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta, 2002, pág. 24.

6 Se distinguen hasta cinco formas de control constitucional respecto de los derechos sociales: YOUNG, Katharine. *Constituting economic and social rights*. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 142-166.

10. De conformidad a lo anterior, es necesario que el Tribunal Constitucional establezca parámetros para que todos los jueces constitucionales puedan realizar un control constitucional mínimo respecto de los derechos sociales fundamentales así como de los instrumentos normativos que los contengan, es decir, las políticas públicas.

EL DERECHO A LA IGUALDAD

11. La igualdad es un derecho fundamental que está consagrado en el artículo 2 de nuestra Constitución: "(…) 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". En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado que estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en ser tratadas del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación (Cfr. STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 38).

12. Adicionalmente, se ha establecido que el derecho a la igualdad puede entenderse desde dos perspectivas: Igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas está referida a la norma aplicable a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la disposición normativa. La segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales.

13. Finalmente, el derecho a la igualdad debe complementarse con las categorías de diferenciación y discriminación. La diferenciación, está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (Cfr. STC 02974-2010-AA, fundamento jurídico 8; STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 41).

14. Entendida el derecho a la igualdad en los términos anteriormente descritos, el mecanismo que ha utilizado el Tribunal Constitucional para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual es el test de razonabilidad.

15. Sin embargo, el derecho a la igualdad definida en estos términos por nuestra jurisprudencia constitucional, a nuestro juicio, no es suficiente para dar cuenta de las violaciones sistemáticas. En ese sentido, aquellas personas que padecen los efectos de esa discriminación no pueden salir de esa situación en forma individual y por sus propios medios, sino que se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras para lograr igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos[7].

7 CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín. "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como retribución y como reconocimiento". En: Lecciones y Ensayos, N° 89, 2011, pp. 142-143.

En consecuencia, considero que los alcances del derecho a la igualdad deberían ser ampliados por la justicia constitucional.

16. Lo que nuestro Tribunal Constitucional ha desarrollado en parte de su jurisprudencia es la igualdad formal en tanto ha sostenido que no hay vulneración al derecho a la igualdad siempre que se trate del mismo modo a las personas que se encuentran en una idéntica situación. Esta primera tesis tiene algunos inconvenientes. Primero no da cuenta de las violaciones estructurales, pues parte de comparar una situación individual frente a otras. Asimismo, no examina si las razones por las que se realizó la clasificación son legítimas. Finalmente, no verifica cuáles son las circunstancias y las propiedades relevantes para que una situación pueda ser calificada como desigual.

17. Una segunda manera de abordar la igualdad es a través de una perspectiva material. Lo que se busca aquí es la razonabilidad de la medida presuntamente contraria al derecho a la igualdad. Para lograr dicho cometido, se utilizan tres sub exámenes, que han sido tomados del principio de proporcionalidad, es decir, hay que analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuyos contenidos han sido desarrollados por abundante jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, a la cual nos remitimos.

18. Una vez precisado los tres sub exámenes de igualdad, conviene ahora determinar su ámbito de aplicación, el mismo que se hará en diferentes intensidades. Así tenemos los siguientes escrutinios[8]:

    i) Escrutinio leve: Se parte de la presunción de legitimidad/constitucionalidad de la clasificación realizada por el legislador. En consecuencia, la carga de la argumentación la tiene quien se encuentra presuntamente vulnerado en su derecho a la igualdad.

    ii) Escrutinio intermedio: Exige una relación más sustancias entre clasificación, criterio de clasificación, efectos de la clasificación y razones justificatorias, así debe demostrarse una relación estrecha entre clasificación y razones justificatorias y alegarse algún fin estatal importante que justifique la clasificación.

    iii) Escrutinio estricto: Implica partir de la presunción de la arbitrariedad de la discriminación. Asimismo, la carga de la argumentación se traslada a quienes presuntamente han vulnerado el derecho a la igualdad. Por lo general, se aplica a grupos que históricamente han sido vulnerados, como las mujeres, las comunidades indígenas, entre otros. Es precisamente aquí, donde ante la falta claridad es posible plantear las denominadas "categorías sospechosas".

19. Finalmente, la igualdad como redistribución y reconocimiento afirma que la igualdad debe ser construida en cada caso concreto, con la participación de todos los implicados

8 Ídem, pp. 147-148.

en la situación de desigualdad. En consecuencia, la interpretación de la igualdad debe adecuarse a la segmentación social que el paradigma predominante ha producido[9].

EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACIÓN

20. Los derechos fundamentales participan de un presupuesto jurídico cifrado legitimados en la dignidad humana (artículo 1º de la Constitución), el que está orientado a la cobertura de una serie de necesidades básicas que permitan garantizar la autonomía moral del ser humano y el libre desarrollo de su personalidad (artículo 2º inciso 1 de la Constitución).

21. Es bajo este presupuesto que se comprende toda la virtualidad constitucional del derecho fundamental a la educación. Se trata de un derecho cuya efectiva vigencia no solo garantiza subjetivamente el desarrollo integral de cada ser humano, sino también el progreso objetivo de la sociedad en su conjunto. Es así que el artículo 13º de la Constitución, establece que "[l]a educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana", mientras que el artículo 14º, reconoce que a través de ella, en general, se "promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte".

22. Por su parte, el artículo 26. 2 de la Declaración Universal de Derecho Humanos, en sentido similar, establece que "[l]a educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz". Asimismo, los artículos 13º 1 y 13º 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador"), respectivamente, que, en esencia, disponen lo mismo.

23. Sin la debida protección y promoción del derecho fundamental a la educación, el sentido mismo de la dignidad humana y de los derechos en ella directamente fundados, se torna esencialmente debilitado e ineficaz, pues la libertad sin conocimiento, lejos de fortalecer la autonomía moral del ser humano, lo condena a la frustración que genera la ausencia de la realización personal. Tal como ha dejado establecido este Tribunal, es a través del derecho fundamental a la educación "que 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" (expediente 00091-2005-PA, fundamento jurídico 6, párrafos 1 y 2).

9 Ídem, pág. 153.

24. Por ello, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) de la Organización de Naciones Unidas, a través de su Observación General N. º 13, sobre el derecho a la educación, ha sostenido que se trata de "un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores económicas y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico".

25. Como ha tenido ocasión de puntualizar este Colegiado, "la educación implica un proceso de incentivación del despliegue de las múltiples potencialidades humanas cuyo fin es la capacitación de la persona para la realización de una vida existencial y coexistencial genuina y verdaderamente humana; y, en su horizonte, permitir la cristalización de un 'proyecto de vida' (expediente 04232-2004-AA, fundamento jurídico 10). A lo que cabe agregar que tal proceso "no debe comprenderse solo a partir de una perspectiva individual, puesto que el ideal de la educación correspondiente a una sociedad democrática y regida bajo parámetros constitucionales debe reforzar lazos de empatía y la noción de igualdad, fomentándose con ello la solidaridad (art. 14° de la Constitución) que es un valor troncal de nuestro sistema constitucional" (expediente 00017-2008-AI, fundamento jurídico 6).

26. En este punto, conviene recordar que la educación es un servicio público y que se encuentra regido por una serie de principios, y tiene como fines constitucionales la promoción del desarrollo integral del ser humano, su preparación para la vida y el trabajo y el desarrollo de la acción solidaria.

    a) Principio de coherencia: Esta pauta basilar plantea como necesidad que las distintas maneras y contenidos derivados del proceso educativo mantengan una relación de armonía, compenetración, compatibilidad y conexión con los valores y fines que inspiran las disposiciones de la Constitución vigente, destacando dentro de estos últimos el artículo 4, que establece que la comunidad y el Estado deben proteger especialmente al niño y al adolescente, y el artículo 13, la cual dispone que la educación tiene como fin el desarrollo integral de la persona.

    b) Principio de libertad y pluralidad de la oferta educativa: Este principio plantea la diversidad de opciones para el desarrollo del proceso educativo, así como la presencia concurrente del Estado y los particulares como agentes para llevar a cabo tal acción. Por ende, se acredita la posibilidad de elección entre las diversas opciones educativas y queda proscrita cualquier forma de monopolio estatal sobre la materia. Así se encuentra establecido en el artículo 15, tercer párrafo de la Constitución, que dispone que "Toda persona, natural o jurídica, tiene el derecho de promover y conducir instituciones educativas y el de transferir la propiedad de éstas, conforme a ley".

c) **Principio de responsabilidad:** Concierne al deber de los padres de familia para que su prole inicie y culmine todo el proceso de educación básica formal (inicial, primaria y secundaria). Ello se deriva, entre otros, del artículo 17° de la Constitución que establece que "La educación inicial, primaria y secundaria son obligatorias".

d) **Principio de participación:** Se refiere a la atribución de los padres de familia de intervenir activamente en el desarrollo del proceso educativo de su prole. Ello equivale a fomentar la cooperación, opinión y cierto grado de injerencia en la relación escuela - educando, entre otras cuestiones. Así lo establece, entre otros, el artículo 13° de la Constitución, según el cual "Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo".

e) **Principio de obligatoriedad:** Importa que determinados niveles y contenidos educativos se alcancen y plasmen de manera imperativa. Por ejemplo, el artículo 14 de la Constitución establece que "La formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo civil o militar. La educación religiosa se imparte con respeto a la libertad de las conciencias. La enseñanza se imparte, en todos sus niveles, con sujeción a los principios constitucionales y a los fines de la correspondiente institución educativa".

f) **Principio de contribución:** Se refiere al deber genérico de colaborar solidariamente en el proceso de formación moral, cívica y cultural de la población. A manera de ejemplo, cabe mencionar el artículo 14°, párrafo quinto, que dispone que "Los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural"

27. En suma, para este Tribunal Constitucional, "el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la educación está determinado por el acceso a una educación adecuada (artículo 16), la libertad de enseñanza (artículo 13), la libre elección del centro docente (artículo 13), el respeto a la libertad de conciencia de los estudiantes (artículo 14), el respeto a la identidad de los educandos, así como el buen trato psicológico y físico (artículo 15), la libertad de cátedra (artículo 18), y la libertad de creación de centros docentes y universidades (artículos 17 y 18)". Adicionalmente a lo expuesto, se entiende que dicho "contenido debe realizarse en concordancia con las finalidades constitucionales del derecho a la educación en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho" (tercer y cuarto párrafo del fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente 00091-2005-PA/TC).

28. De esta manera, de una adecuada lectura de la Constitución, deriva el derecho de toda persona de tener acceso a una educación de calidad, y consecuentemente, el deber del Estado de garantizar, a través de una participación directa y de una eficiente e irrenunciable fiscalización, un adecuado servicio educativo accesible en condiciones de igualdad a todos los peruanos.

29. Finalmente, los derechos sociales en general, y el derecho a la educación, en particular, deben atender a la deliberación tanto de los Tribunales Constitucionales como de los actores involucrados en la controversia. Seguramente no es la primera controversia que llegará a sede constitucional referida a la negación del Ministerio de Educación de registrar a los alumnos que no cumplan con el requisito de la edad para el grado en que pretenden matricularse. A razón de ello es conveniente que en este tipo de demandas se escuchen los argumentos de todos los actores civiles a efectos de mejorar las sentencias del Tribunal Constitucional, que en buena cuenta siempre deben encontrar la unanimidad en sus decisiones. Dicha unanimidad es posible por medio del diálogo, que funciona como un mecanismo a través del cual la democracia convierte las preferencias autointeresadas en preferencias imparciales[10].

LA SITUACIÓN DE LAS MUJERES EN LA SOCIEDAD ACTUAL

30. Durante el siglo pasado y en las últimas décadas la participación de las mujeres en los asuntos sociales, educativos, políticos y laborales, ha registrado cambios muy importantes. El avance en el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, así como el ejercicio efectivo de los derechos civiles y políticos de aquella (por ejemplo, el derecho al sufragio y a la participación política, entre otros), ha generado que las mujeres no solo ocupen un rol importante en la sociedad, sino además que su "incorporación trajera aparejadas profundas transformaciones en diferentes aspectos, incluidos cambios en el mercado laboral, logros educativos, la disminución de la tasa de fecundidad femenina, modificaciones en las relaciones familiares y avances en el acceso a la toma de decisiones"[11].

31. Dichos avances se han ido dando de manera paulatina y lentamente, por lo que aún persiste el objetivo de alcanzar mayores niveles de igualdad en la participación de las mujeres en los ámbitos social, educativo, político y laboral, por mencionar sólo algunos.

32. Entre los factores que obstaculizan el acceso de las mujeres para alcanzar dicho objetivo, tenemos los vinculados a la división sexual de trabajo, esto es, los distintos papeles tradicionales asignados en razón del sexo. Un claro ejemplo de ello se demuestra en la forma cómo se educa a las mujeres, a quienes desde pequeñas se les enseña que su labor se encuentra en las tareas domésticas, cuando realmente ellas pueden corresponder, sin distinción alguna, tanto al hombre como a la mujer.

33. Otro factor a considerar tiene que ver con la naturaleza biológica de las mujeres, distinta a la de los hombres. Queda claro que tanto el hombre como la mujer son iguales

10 NINO, Carlos. La Constitución de la democracia deliberativa. Traducción de Roberto Saba. Barcelona, Gedisa, 1997, pág. 202.

11 Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL (2004), *Caminos hacia la equidad de género en América Latina y el Caribe*, en la Novena Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y El Caribe, Ciudad de México.

ante la Constitución y ante la ley; sin embargo, la naturaleza biológica de las mujeres en su aspecto reproductivo hace que se dificulte su acceso y permanencia en los ámbitos educativo, profesional y de trabajo remunerado. Esta situación de desigualdad, que ha estado presente a lo largo de la historia, hasta el día de hoy no ha logrado superarse.

34. La situación de desigualdad que afrontan las mujeres en las sociedades modernas es un problema estructural. En consecuencia, se requiere que el derecho a la igualdad sea ampliado. No basta entender igualdad como no discriminación, sino también como reconocimiento de grupos desventajados. Ello permite incorporar datos históricos y sociales que den cuenta de fenómenos de sometimiento y exclusión sistemática a la que se encuentran amplios sectores de la sociedad, en este caso en particular el de las mujeres[12]. En esa línea, se trata de desmantelar la estructura social que sostiene una serie de prácticas que se acumulan sobre las mujeres "desaventajadas".

35. En esta línea de pensamiento, el derecho a la igualdad definida en estos términos de igualdad formal o material, no es suficiente para dar cuenta de estos problemas estructurales. En ese sentido, aquellas personas que padecen los efectos de esa discriminación no pueden salir de esa situación en forma individual y por sus propios medios, sino que se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras para lograr igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos[13]. En consecuencia, para tratar problemas como los aquí anotados surge la necesidad de ampliar la noción de igualdad.

36. Precisamente, asumir la noción de igualdad como reconocimiento y no sometimiento permite abarcar las injusticias conocidas como culturales, aquellas arraigadas en los modelos de la representación, interpretación y comunicación. Ello se extiende, por ejemplo, para los grupos raciales, que están marcados como distintos e inferiores, y a las mujeres, quienes son trivializadas, cosificadas sexualmente y a las cuales se les falta al respeto de formas diferentes[14].

37. Finalmente, la igualdad como redistribución y reconocimiento afirma que la igualdad debe ser construida en cada caso concreto, con la participación de todos los implicados en la situación de desigualdad. En consecuencia, la interpretación de la igualdad debe adecuarse a la segmentación social que el paradigma predominante ha

12 SABA, Roberto. "(Des)Igualdad estructural". En: ALEGRE, Marcelo, GARGARELLA, Roberto (coords.). *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.

13 CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín. "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como retribución y como reconocimiento". Ob. Cit., pp. 142-143.

14 FRASER, Nancy. "Redistribución y reconocimiento: hacia una visión integrada de justicia de género". Traducción de Rita María Radl Philipp. En: *Revista Internacional de Filosofía Política*, N.° 8, 1996, pp. 21-22.

producido[15]. Así entendido, el Tribunal Constitucional no puede hacer caso omiso a la vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres.

38. Este Tribunal considera que en aras de promover la igualdad de oportunidades entre sexos, debe desecharse la idea de que son prioritariamente las mujeres quienes deben ocuparse de los hijos y de las tareas del hogar. Ello genera efectos negativos en su derecho de acceder a una profesión, a la educación o a un trabajo fuera del hogar. De lo que se trata es de garantizar que las funciones biológicas propias de las mujeres no acarree perjuicios en su situación educativa, laboral y profesional, y que el Estado otorgue toda la protección que resulte necesaria para combatir la situación de desigualdad estructural en nuestro país. Este problema se agudiza aún más si las mujeres sólo ven sobre el papel sus derechos sociales fundamentales.

39. La transformación de enfoque y percepciones tanto de hombres y mujeres, a efectos de lograr, en primer lugar reconocimiento, para la consecución de paridad de las mujeres en los ámbitos político, educativo y laboral, es una tarea pendiente que le corresponde al Estado a través de acciones positivas y a la sociedad en su conjunto. Ciertamente, "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 0001-0003-2003-AI/TC (acumulados), ha destacado en el fundamento jurídico 12: «(…) cuando el artículo 103 de la Constitución prevé la imposibilidad de dictar leyes especiales "en razón de las diferencias de las personas", abunda en la necesaria igualdad formal prevista en el inciso 2) de su artículo 2, según la cual el legislador no puede ser generador de diferencias sociales; pero en modo alguno puede ser interpretado de forma que se limite el derecho y el deber del Estado de, mediante "acciones positivas" o "de discriminación inversa", ser promotor de la igualdad sustancial entre los individuos

40. Ahora bien, las acciones positivas que debe ejecutar el Estado deben ir acompañadas del reconocimiento de algunos derechos diferenciados en favor de las mujeres Ello en la medida en que, como se afirmó antes, la naturaleza biológica esta en el ámbito reproductivo, pues conlleva a ciertas acciones biológicas que no pueden ser asumidas por el hombre, tales como llevar el embarazo, el parto o la lactancia natural. No se pierde de vista que ya algunos tribunales se han pronunciado extendiendo el derecho del permiso por lactancia a los hombres cuando se trate de la lactancia artificial a diferencia de la lactancia natural que solo puede ser asumida por la madre[16].

---

15 CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín. "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como retribución y como reconocimiento". En: *Ob. Cit.*, pág. 153.

16 Véase por ejemplo la Sentencia 2005/2001 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, de 4 de octubre de 2011 (ver en el siguiente enlace: http://www.poderjudicial.es/search/doAct

41. En el mismo sentido, en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el asunto Ulrich Hosfman del 12 de julio de 1984 (párrafo 25), se consideró que respecto del embarazo y la maternidad, "se reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad, de la protección de dos clases de necesidades de las mujeres. Se trata de asegurar, de un lado, la protección de la condición biológica de las mujeres durante el embarazo y al término de éste, justo hasta el momento en que sus funciones fisiológicas y psíquicas se hayan normalizado después del parto, y, de otro lado, la protección de las relaciones particulares entre la mujer y su hijo/hija en el curso del período que sigue al embarazo y al parto, evitando que estas relaciones sean turbadas por el cúmulo de cargas resultantes del ejercicio simultáneo de una actividad profesional".

42. La Corte Constitucional de Colombia, tampoco ha sido ajena a esta problemática. En efecto, bajo la garantía conocida como fuero de maternidad se impide el despido o la terminación del contrato causados por el embarazo o la lactancia (T-138-15, fundamento jurídico 6). Aunado a ello, también comprende el derecho al descanso remunerado antes y después del parto, la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido y la estabilidad laboral reforzada (SU070-13, fundamento jurídico 21).

43. El propio trato diferente que se establece entre mujeres y hombres (madres y padres) al configurar derechos como la "licencia por maternidad" y el "permiso por lactancia" para las mujeres, se justifica en la medida en que el derecho a la igualdad también puede implicar tratos diferenciados, siempre que exista justificación razonable y objetiva para ello.

44. Lo que se busca a través de derechos como la licencia por embarazo y por lactancia no solo es proteger el derecho a la igualdad y a la salud de las mujeres, así como el derecho a la salud del niño o niña, sino que no haya conflicto entre las responsabilidades propias de su naturaleza biológica y las profesionales.

45. Han sido diversos los casos en los que dicho conflicto no solo no ha podido ser conciliado por las mujeres, sino que además ellas han sido sujetas de discriminación en razón de su sexo. Al respecto, este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse en casos en los que las demandantes solicitan hacer uso de su descanso por maternidad con goce de remuneraciones y si bien en ellos se determinó que había operado la sustracción de la materia; sin embargo, decidió resolver el fondo de la controversia y estimar cada una de las demandas, dada la gravedad de los casos, a fin de que no se vuelva a incurrir en actitudes de este tipo en situaciones similares (Expedientes 03861-2013-PA/TC, 00388-2013-PA/TC y 00303-2012-PA/TC).

---

ion?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=6381771&links=%222387%2F2011%22&optimize=20120524&publicinterface=true) y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 30 de septiembre de 2010, en el asunto C-104/09 (ver en el siguiente enlace: http://europa.eu/rapid/press-release_CJE-10-94_es.htm)

46. En el mismo sentido, se han advertido casos donde se ha constatado que las mujeres han sufrido despido en razón de discriminación basada en su sexo (sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC), situación en la que este Tribunal declaró fundada la demanda y ordenó la inmediata reincorporación de la demandante a su centro de labores. La discriminación laboral en el caso de las mujeres y en razón de su sexo, no solo se refleja en los casos en los que es apartada de su centro de labores, sea por despido, terminación o la no renovación de su contrato de trabajo a causa o con ocasión de encontrarse en estado de embarazo, licencia por embarazo o por lactancia, esto es, cuando ya se encontraba trabajando, sino además y a través de hostigamientos o cualquier otro acto de amedrentamiento que tenga por objeto la renuncia de parte de aquella (despido indirecto).

47. La discriminación por sexo en el ámbito laboral también se evidencia desde la etapa previa a la relación laboral, esto es, en el acceso a un trabajo. No puede soslayarse que en entrevistas de trabajo se suele preguntar a las mujeres si son casadas, sino también si tienen hijos o el número de hijos que tienen, lo cual no es determinante para su desempeño profesional.

48. Así ha sido reconocido por este Tribunal Constitucional cuando señaló que "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 [...]. En cambio, la discriminación es indirecta cuando ciertas normas jurídicas, políticas y actos del empleador de carácter aparentemente imparcial o neutro tienen efectos desproporcionalmente 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 [...]" (sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC, fundamentos jurídicos 44 y 45).

49. La titularidad de los derechos derivados de la maternidad, solo y en tanto se encuentren asociados por dicho hecho –la maternidad–, no solo puede verse violada por la discriminación en razón de su sexo, sino también por la discriminación en razón de la situación familiar, siendo ésta una categoría sospechosa de discriminación también contenida en el artículo 2.2 de la Constitución cuando establece que "nadie debe ser discriminado por motivo [...] de cualquier otra índole". De igual manera lo ha reconocido la Observación General N° 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuando señala que "[...] también puede producirse discriminación cuando una persona no puede ejercer un derecho consagrado en el Pacto como consecuencia de su situación familiar [...]"[17].

17 Observación General Nº 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). En el

50. En síntesis, tanto hombres como mujeres son iguales ante la Constitución y la Ley. Sólo existen diferencias biológicas en el ámbito de la reproducción que pueden generar una situación de desigualdad. En esa medida, corresponde al Estado garantizar tutelas diferentes para situaciones desiguales como el reconocimiento de la licencia por maternidad y el permiso por lactancia materna.

S.
MIRANDA CANALES

42º período de sesiones, Ginebra, del 4 al 22 de mayo de 2009. Se visitó el siguiente enlace: *www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.GC.20_sp.doc*

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Elaboro este fundamento de voto debido a que, si bien comparto lo finalmente resuelto por la mayoría de mis colegas, deseo formular algunas consideraciones adicionales a las expuestas en la ponencia.

En primer lugar, deseo precisar que la remisión de los actuados que se ha dispuesto en la parte resolutiva de esta sentencia no debe generar en el Ministerio Público alguna clase de adelanto de opinión en relación con la responsabilidad penal de las personas involucradas en este caso. De hecho, estimo que, en virtud de su autonomía funcional, esta institución goza de un considerable margen de actuación para determinar, de ser el caso, que no corresponde formalizar algún pedido a la autoridad judicial, o para valorar, por ejemplo, la presencia de cuestiones como la posible aplicación de la prescripción penal. En efecto, es importante que puedan evitarse, a futuro, esta clase de conductas -bastante recurrentes, por cierto-, pero ello no puede conducir a suprimir las garantías que le corresponden a cualquier persona a la que se le atribuya la realización de algún delito.

Por otro lado, no comparto algunas expresiones que se indican en la ponencia. Por ejemplo, en el fundamento 15 se indica 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 […], que no puede ser objeto de injerencia por autoridad pública o por particular algunos". Esta afirmación, excesivamente genérica, no reconoce matices que, eventualmente, podrían disponer las leyes al momento de analizar esta clase de casos. El derecho comparado tampoco parece tener algún nivel importante de consenso sobre esta materia.

Considero, así, que la ponencia pretende poder fin a una controversia que no ha sido discutida dentro del propio proceso constitucional que ha sido sometido a nuestro conocimiento, y que es la relativa al derecho de la mujer de poner fin a su embarazo. Estimo que esta es una discusión que corresponde ser evaluada, en primer lugar, por los órganos de representación política, y solo en la medida en que ya exista alguna materialización de su accionar -expresada, por ejemplo, en una ley que pueda afectar derechos de la mujer y que, por ello, haya sido impugnada en un caso específico- y que se hayan escuchado los argumentos de la autoridad que expidió la norma impugnada, puedan los tribunales de justicia determinar si es que ello se condice (o no) con el cuadro de derechos, principios y valores que reconoce la norma fundamental.

Estimo que tomarnos la democracia en serio implica que, particularmente, los órganos de representación política tengan algo que decir sobre los derechos fundamentales. De hecho, sus foros de discusión suelen ser propicios para una discusión abierta, sincera y

en la que diversas voces puedan ser oídas. El Tribunal Constitucional, ciertamente, tiene algo que decir sobre ello, pero solo cuando, a propósito de alguna demanda (y no de oficio), se haya puesto en su conocimiento alguna posible vulneración de los derechos de la persona.

S.
RAMOS NÚÑEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
SARDÓN DE TABOADA

Emito el siguiente voto singular al no concordar con la sentencia de mayoría.

La recurrente Fhon Cevallos solicita se respeten los resultados del proceso de admisión del residentado médico 2013, convocado por la Universidad Nacional de Trujillo; y se la reincorpore como médico residente en la especialidad de ginecología y obstetricia del Hospital Nivel IV Víctor Lazarte Echegaray, pues no se le permitió continuar con el residentado por su estado de gestación.

Mis colegas magistrados, en el fundamento 30 de dicha sentencia, señalan que el 17 de agosto de 2018 la recurrente culminó su residentado médico y actualmente es especialista en ginecología y obstetricia por la Universidad de Nacional de Trujillo. De este modo, ellos mismos verifican que ha operado la sustracción de la materia justiciable.

Pese a esta situación, la sentencia de mayoría declara fundada la demanda de amparo, y ordena se determinen las responsabilidades administrativas o penales a que hubiera lugar porque la recurrente ha sido objeto de discriminación. Para ello, presumen que existió un agravio a sus derechos constitucionales ya que, dado a su estado de gestación, no se le permitió continuar con el residentado médico.

Tal agravio, en mi opinión, no existe en el expediente de autos, ya que la propia recurrente, con su inacción, hizo inviable en aquél entonces su continuación académica.

Efectivamente, a fojas 60-61 obran el parte diario del servicio de gineco-obstetricia del 1 de julio de 2013 y la Carta No 279-JDMI-HVLE-RALL-ESSALUD-2013 de 7 de agosto de 2013, que acreditan que la recurrente no asistió al residentado médico el día que este iniciaba (1 de julio de 2013). Ciertamente, al inicio del residentado médico la recurrente se encontraba de descanso médico, producto de una preeclampsia, hasta el 5 de julio de 2013; sin embargo, no obra medio probatorio alguno que acredite la comunicación oportuna de su delicado estado de salud a las autoridades del residentado médico, y tampoco la negativa de las autoridades a recepcionar tal comunicación.

Siendo que la recurrente no asumió su plaza al inicio del residentado médico, la demanda de amparo debe ser declarada **INFUNDADA**.

S.
SARDÓN DE TABOADA

EXP. N.° 02208-2017-PA/TC
LIMA
SINDICATO DE OBREROS P Y A D'ONOFRIO
Representado(a) por VICENTE JAVIER HUARANDA GUZMAN

RAZÓN DE RELATORÍA

Con fecha 25 de setiembre de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini y Sardón de Taboada (con fundamento de voto), ha emitido, por unanimidad, la siguiente sentencia, que declara **INFUNDADA** la demanda de amparo que dio origen al Expediente 02208-2017-PA/TC.

Asimismo, los magistrados Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera emitieron sus votos en fecha posterior, coincidiendo con el sentido de la ponencia.

La Secretaría del Pleno deja constancia que la presente razón encabeza la sentencia y los votos antes referidos, y que los magistrados intervinientes firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 25 días del mes de setiembre de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini y Sardón de Taboada, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ramos Núñez, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agrega el fundamento de voto del magistrado Sardón de Taboada. Se deja constancia que los magistrados Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña votarán en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Vicente Javier Huaranda Guzmán contra la resolución de fojas 142, de fecha 5 de abril de 2017, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 27 de enero de 2014, don Vicente Javier Huaranda Guzmán, en representación del Sindicato de Obreros P y A D'Onofrio SA, interpone demanda de amparo contra Nestlé Perú SA, mediante la cual solicita que se deje sin efecto la pretendida instalación de tuberías para redes de cámaras de video en las áreas de producción, almacenes y cámaras de la fábrica, en las cuales laboran sus afiliados, por parte de la empresa contratada Clave 3, en perjuicio de los trabajadores y, específicamente, de sus agremiados, pues se persigue un control total y permanente durante la jornada de trabajo, lo que resulta violatorio de sus derechos a la dignidad y a la intimidad personal, además de perturbar psicológicamente a los trabajadores, lo cual afectaría su salud.

El apoderado de la empresa emplazada deduce la excepción de incompetencia por razón de la materia y contesta la demanda manifestando que la instalación de todas las videocámaras se sustenta en necesidades empresariales, ejercidas dentro del poder de dirección del empleador, y que están vinculadas con la seguridad de los trabajadores, así como de la ejecución de los procesos de producción de la empresa, además de estar instaladas en áreas de "tránsito público", como las plantas de golosinas, lácteos, hojalatería y almacén técnico, en las que los trabajadores no realizan actividad privada alguna ni mucho menos constituyen un espacio que pudiera ser considerado como "íntimo" respecto del trabajador. Asimismo, precisa que la parte demandante alude a 6 nuevas videocámaras instaladas en el área de la cámara de helados de Lima por parte de la empresa Clave 3, las que son fijas y no rotativas, y se encuentran apuntando directamente al lugar en el

cual se realiza la actividad productiva. Además, solo graba video y no audio, por lo que se garantiza la privacidad de las comunicaciones de los trabajadores. Finalmente, sostiene que el sindicato demandante no precisa de qué manera las videocámaras que cuestiona vulneran los derechos alegados.

El Quinto Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 10 de abril de 2015, declaró infundada la excepción propuesta y, con fecha 24 de agosto de 2015, declaró infundada la demanda, por considerar que en autos ha quedado acreditado que las videocámaras se encuentran distribuidas en áreas exclusivas de producción y de libre acceso, por lo que su instalación no puede considerarse como atentatoria del derecho a la intimidad personal de los trabajadores afiliados al sindicato demandante, siendo potestad del empleador efectuar labores de supervisión y control a fin de garantizar el correcto y completo cumplimiento de las actividades laborales de los trabajadores; y, además, porque la parte accionante no ha cumplido con exponer de manera exacta en qué forma las videocámaras violan los derechos que alega.

La Sala superior competente confirmó la apelada por similares argumentos.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El sindicato demandante solicita que se deje sin efecto la colocación de tuberías para redes de cámaras de video que se pretenden instalar en las áreas de producción, almacenes y cámaras de la fábrica, en los cuales laboran sus afiliados. Se alega la violación de los derechos a la dignidad, a la intimidad personal y a la salud.

Procedencia de la demanda

2. Antes de analizar el fondo de la controversia, el Tribunal Constitucional advierte que la parte demandante es un sindicato de trabajadores obreros que ha denunciado la vulneración de los derechos a la dignidad, a la intimidad personal y a la salud de sus afiliados, motivo por el cual, conforme a la línea jurisprudencial de este Tribunal vinculada con la defensa sindical de derechos colectivos y de derechos constitucionales de sus agremiados, el proceso de amparo constituye la vía idónea, eficaz y satisfactoria para proteger los derechos alegados en la demanda.

Análisis de la controversia

3. De autos se desprende que las videocámaras ya fueron instaladas en las diversas áreas de la fábrica de propiedad de la empresa emplazada, por lo tanto, la controversia radica en determinar si estas vulneran o no los derechos alegados por el sindicato recurrente.

La facultad directiva del empleador

4. El Decreto Supremo 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, reconoce, en su artículo 9 lo siguiente:

> Artículo 9.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.
>
> El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo".

5. De lo citado, se desprende que la mencionada ley le reconoce atribuciones o facultades al empleador como son: a) la facultad directiva, es decir, la potestad de impartir órdenes al trabajador para que realice una adecuada prestación de sus servicios; b) la facultad fiscalizadora que consiste en supervisar el cumplimiento de las obligaciones que surgen del contrato de trabajo; c) la facultad disciplinaria expresada en la posibilidad que tiene el empleador de sancionar las acciones u omisiones que signifiquen el incumplimiento de las labores encomendadas o actos de indisciplina en el trabajo.

6. Como se puede observar, toda relación laboral supone para el trabajador el cumplimiento de obligaciones; y para el empleador, la facultad de dirigir, fiscalizar y sancionar a quien incumple tales obligaciones. No obstante lo señalado, el tercer párrafo del artículo 23 de nuestra Norma Fundamental contempla expresamente:

> Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

7. De esta manera, al igual que debemos garantizar los instrumentos suficientes para que el trabajador pueda ejercer sus derechos, no podemos negarle al empleador el uso de mecanismos idóneos para que logre desempeñar aquellas facultades que le reconoce la ley para lograr sus objetivos empresariales respetando las garantías previstas por la Constitución Política del Estado.

Seguridad y salud en el trabajo

8. Los derechos a la vida y a la salud se encuentran consagrados en nuestra Constitución y en diversos instrumentos internacionales que han sido ratificados por el Perú y se encuentran vigentes a la fecha, los cuales consagran el derecho a trabajar en condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y disponen la obligación de los Estados miembros de implementar una política de prevención de riesgos laborales y vigilar su cumplimiento.

9. En nuestro país, con el objeto de promover una cultura de prevención de riesgos laborales se promulgó la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, en la cual se contempla lo siguiente:

> Art. 1.- La presente Ley establece las normas mínimas para la prevención de los riesgos laborales, pudiendo los empleadores y los trabajadores establecer libremente niveles de protección que mejoren lo previsto en la presente norma.
>
> Art. 3.- El empleador garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores (…)

10. Como se colige, es deber de los empleadores identificar, evaluar y prevenir los riesgos laborales a los que están expuestos los trabajadores y el de emplear los mecanismos necesarios para asegurar las condiciones de seguridad que permitan a estos últimos desempeñar las labores encargadas. Siendo el empleador el responsable de asumir las consecuencias económicas, legales y de cualquier otra índole a consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones, es menester que el empleador fiscalice la ejecución de las labores encomendadas.

11. El uso adecuado de la tecnología coadyuva al cumplimiento de esas facultades, como lo es, por ejemplo, la implementación de sistemas de control o vigilancia en el área de caja o tesorería de entidades bancarias, supermercados y otros en donde el empleador pueda supervisar y sancionar conductas que atenten contra la normativa jurídica vigente y las directrices empresariales.

Análisis del caso en concreto

12. Tal como se advierte en la demanda, el propio sindicato recurrente reconoce: "En una reunión realizada en el año 2009, la empresa demandada nos comunicó su proyecto de instalar cámaras de video dentro de las instalaciones de la fábrica, a lo cual nuestro Sindicato se opuso por considerar tal medida atentatoria de los derechos fundamentales de los trabajadores (…)" (folio 29), por lo cual se acredita que existió una comunicación previa de la empresa acerca de un conjunto de medidas de seguridad, (tal como obra de fojas 42-61) que se implementarían en la empresa con la finalidad de "Monitorear los procesos de producción de las Plantas de Golosinas, Lácteos, Hojalatería y Almacén Técnico", siendo la instalación de cámaras de video una de estas medidas.

13. De las fotografías que obran en autos (folios 47-59) presentadas por la demandada se observa que las cámaras de video-vigilancia fueron instaladas en espacios visibles por necesidades operativas y en ambientes estratégicos que le permiten a la empresa activar mecanismos de seguridad e implementar mejoras durante su proceso de producción. Por otro lado, la demanda alude también a cámaras instaladas por la empresa contratada Clave 3, pero como se observa, estas también han sido instaladas en zonas que no constituyen espacios íntimos o reservados para los trabajadores.

14. Se observa, además, que la empresa emplazada estaría cumpliendo con el "Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el trabajo" en el que como empleador debe garantizar la seguridad industrial dentro de las instalaciones de la fábrica. El artículo 3 de dicho

reglamento establece: "Se entiende por Seguridad industrial el conjunto de actividades de orden técnico, legal, humano, económico, etc., que tiene por objeto ayudar a la Empresa y a sus servidores a prevenir los accidentes industriales, controlando los riesgos inherentes a cualquier tipo de ocupación y conservar el local, materiales, maquinarias y equipo".

15. Asimismo, se puede distinguir que la instalación de cámaras tiene como objetivo el monitorear los procesos de producción y, de ser el caso, poder analizar cualquier incidente de producción o de seguridad; por ejemplo, verificar que las rutas de evacuación se encuentran despejadas, mantener las zonas seguras libres de camiones, asegurar un buen estado y evitar sabotajes en la fuente de energía alterna de la fábrica, poder visualizar el video ante potenciales reclamos vinculados con la presentación de cuerpos extraños en los productos, etc. También se puede advertir que las videocámaras no están instaladas en un ambiente que pudiera ser calificado como "privado", pues son áreas en las que el personal autorizado transita libremente.

16. Por otro lado, este Tribunal Constitucional considera que la parte accionante no ha señalado con claridad de qué forma las videocámaras que cuestiona lesionan los derechos a la dignidad, intimidad o salud de sus afiliados, limitándose a afirmar que las cámaras tienen como objetivo el control total, riguroso y permanente durante toda la jornada laboral de sus afiliados, impidiendo que trabajen con tranquilidad y sin margen a que se puedan distraer de su labor. En este sentido, se debe tomar en consideración que el empleador, como parte de su poder de dirección, reconocido en el artículo 9 del Decreto Supremo 003-97-TR, puede optar por los mecanismos que estime necesarios para la supervisión de la prestación laboral (poder fiscalizador), siempre que ello no vulnere los derechos de los trabajadores, lo que en el presente caso no se ha acreditado.

17. En consecuencia, al no haberse acreditado la violación de los derechos alegados, corresponde desestimar la demanda.

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.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
SARDÓN DE TABOADA

PONENTE FERRERO COSTA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Estoy de acuerdo con lo resuelto en el presente caso y con su fundamentación. Empero, considero oportuno precisar que, si bien la instalación de redes de cámaras de vigilancia que cuestiona el sindicato demandante se justifica, parcialmente, en la seguridad de las personas –razón por la que la sentencia desarrolla algunos argumentos sobre la seguridad y salud en el trabajo, cuya regulación está desarrollada en la Ley 29783 y está orientada a promover una cultura de prevención de riesgos *laborales*–, el principal motivo de su instalación es otro.

Como afirma la empresa demandada (folio 74), dicha instalación obedeció a necesidades *empresariales* y tuvo como objetivo "monitorear los procesos de producción de las Plantas de Golosinas, Lácteos, Hojalatería y Almacén Técnico" (folio 45). Ello se aprecia con mayor detalle al verificar en el documento denominado Medidas de Seguridad de Nestlé Perú SA, el objetivo de cada cámara instalada, siendo la "pérdida de material" la justificación más frecuente para el monitoreo de la producción (folios 51 a 54 y 59).

Estas actividades de vigilancia –realizadas por motivaciones laborales o empresariales– se encuentran plenamente justificadas en el marco del poder de dirección del empleador (concretamente, en la facultad de fiscalización), el cual debe ejercerse sin vulnerar los derechos de los trabajadores. En el caso concreto, solo se ha alegado la vulneración de algunos derechos fundamentales, pero no se ha argumentado ni acreditado dicha afectación, por lo que corresponde declarar **INFUNDADA** la demanda.

S.
SARDÓN DE TABOADA

VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente voto con fecha posterior, a fin de precisar el sentido de mi voto y expresar que coincido con el sentido de la ponencia presentada. Considero que corresponde declarar **INFUNDADA** la demanda.

Lima, 13 de octubre de 2020

S.
RAMOS NÚÑEZ

VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Me adhiero al sentido de lo resuelto en la ponencia. No obstante, considero necesario señalar lo siguiente:

1. En el presente caso, se ha declarado infundada la demanda de amparo, en tanto la parte demandante no ha precisado de qué manera la instalación de videocámaras vulnera los derechos a la dignidad, intimidad o salud de sus afiliados. Asimismo, se ha establecido que el empleador puede ejercer de forma legítima su poder de dirección, siempre y cuando ello no suponga una restricción irrazonable en los derechos de los trabajadores, lo cual no quedó demostrado en autos.

2. En ese sentido, es necesario partir de reconocer que, en una relación laboral, en la cual está implícito el elemento de la subordinación, el empleador se encuentra premunido de diversas facultades frente a su trabajador. De esta manera, en la STC 7165-2006-PA/TC se ha señalado que el empleador reviste de los poderes de dirección, fiscalización y sancionador. Así, conforme a la precitada sentencia, se encuentra facultado para dar órdenes, instrucciones o directrices a los trabajadores (poder de dirección), además tiene la facultad de ejercer una supervisión en la realización de las labores (poder de fiscalización); y la de imponer sanciones ante el incumplimiento de sus obligaciones de trabajo (poder sancionador o disciplinario).

3. Ahora bien, en aras de evitar la arbitrariedad en el ejercicio de tales poderes por parte del empleador, dichas facultades están limitadas por un criterio de razonabilidad, por lo que el poder de dirección del empleador no debe ser entendido como uno de carácter absoluto e ilimitado, sino que, por el contrario, está sujeto al respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores. Asimismo, el límite de la protección de los derechos de los trabajadores abarca a los que ejerce en su condición de empleado individual, como aquellos que tienen que ver con su capacidad de organizarse colectivamente, cuya expresión más tradicional tiene que ver con su condición de afiliado a un sindicato.

4. Al respecto, la Corte IDH ha establecido en el caso *Lagos del Campo vs. Per*ú, que la libertad de asociación tiene como correlato una obligación estatal negativa y positiva. Mientras que la obligación negativa consiste en no presionar o entrometerse de forma tal que pueda alterar o desnaturalizar la finalidad de las asociaciones, la obligación positiva exige "prevenir los atentados contra la misma, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones a dicha libertad", y esta obligación incluso tiene que adoptarse en las relaciones entre particulares. En específico, en materia laboral, este tribunal internacional señaló que la libertad de asociación "no se agota con el reconocimiento

teórico del derecho a formar [agrupaciones], sino que comprende, además, inseparablemente, el derecho apropiado para ejercer esa libertad" (párr.156).

5. Por lo tanto, en el presente caso, la instalación de videocámaras como manifestación del poder de dirección del empleador, no debe configurarse, en los hechos, como un mecanismo de seguimiento individualizado a cualquier trabajador, afiliado o no, de tal forma que, al no tener justificación razonable, constituya una vulneración a sus derechos. Esto último desvirtuaría la finalidad de la medida, que busca un control y supervisión adecuada de los procesos de producción de la empresa.

Lima, 29 de setiembre de 2020

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Se deja constancia que en la sesión del Pleno Jurisdiccional no presencial que realizó el Tribunal Constitucional el 14 de julio de 2020, se votó la sentencia del Expediente 03601-2014-PA/TC, presentada por la magistrada Ledesma Narváez declarando improcedente, la demanda de amparo. Votaron a favor los magistrados Ledesma Narváez, Sardón de Taboada con fundamento de voto, y Espinosa-Saldaña Barrera con fundamento de voto; y en contra los magistrados Ferrero Costa, quien emitió voto singular declarando infundada la demanda, Miranda Canales, Blume Fortini y Ramos Núñez, quienes emitieron sus votos singulares que declaran fundada la demanda de amparo.

Estando a la votación efectuada, el Pleno consideró aplicar lo previsto en el artículo 10-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, el que, entre otras cosas, establece el voto decisorio del Presidente del Tribunal Constitucional, en las causas que se produzca empate en la votación. Por lo que, el caso de autos se resolvió con el voto decisorio de la magistrada Ledesma Narváez, quien suscribe la sentencia que declara **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que los votos mencionados se adjuntan a la sentencia y que los señores magistrados proceden a firmar digitalmente la presente en señal de conformidad.

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 14 días del mes de julio de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en el Pleno del 5 de setiembre de 2017. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, y los votos singulares de los magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini y Ramos Núñez.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Ruth Soledad Muñoz Santiváñez contra la resolución de fojas 307, de fecha 23 de mayo de 2014, expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 28 de diciembre de 2011, Ruth Soledad Muñoz Santiváñez interpone demanda de amparo contra la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud (Sunasa), solicitando que se deje sin efecto el despido del que fue víctima; que cesen los actos discriminatorios en su condición de embarazada; y que, consecuentemente, se ordene su contratación mediante contrato administrativo de servicios en el cargo de abogada de la Oficina de Administración y Finanzas. Refiere que prestó servicios mediante contratos administrativos de servicios desde el 9 de abril de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2011. Sostiene que, en noviembre de 2011, comunicó a su jefe, el director de Administración de la Sunasa, que se encontraba embarazada, en virtud del descanso médico de fecha 20 de noviembre de 2011, mediante el cual solicitó licencia de 2 días por encontrarse con amenaza de aborto, fecha desde la cual se presentaron cambios en el trato laboral. Posteriormente, el superintendente manifestó que todos los trabajadores CAS serían renovados para el año 2012 y fueron renovados todos excepto la suscrita, por lo que fue la única a quien le cursaron la carta de no renovación para el año 2012. Alega la vulneración de su derecho al trabajo y a la no discriminación por embarazo.

El procurador público del Ministerio de Salud propone la excepción de incompetencia por razón de la materia y contesta la demanda, expresando que la actora fue contratada bajo el régimen de contratación administrativa de servicios, por lo que, al haberse cumplido el plazo de duración del referido contrato, la extinción de la relación laboral de la demandante se produjo en forma automática, conforme lo señala el literal "h" del numeral 13.1 del Decreto Supremo 075-2008-PCM.

El Quinto Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 16 de abril de 2013, declaró infundada la excepción propuesta y, con fecha 31 de mayo de 2013, infundada la demanda por considerar que en autos se encuentra probado que la parte accionante suscribió un contrato administrativo de servicios, el cual fue renovado hasta el 31 de diciembre de 2011. Por lo tanto, si la actora tenía celebrado un contrato administrativo de servicios con la demandada, por más que haya sido despedida sin razón, sin respetar el plazo de su contrato o éste se haya prolongado sin renovarse, no corresponde su restitución, sino, como máximo, una indemnización según la legislación de la materia. Asimismo, en autos no se acredita fehacientemente que no se le haya renovado por encontrarse embarazada; además, si ello fuese así, tampoco procede su reposición, sino una indemnización de ser el caso.

La sala superior competente confirmó la apelada por argumentos similares, precisando respecto a la inobservancia del artículo 5 del Decreto Supremo 075-2008-PCM, alegado por la demandante, que la continuidad del referido contrato queda a decisión del empleador en función a sus necesidades y no una obligación como sostiene la demandante, tanto más si ésta no ha cumplido con acreditar la necesidad del empleador de contratar otro personal en el cargo que desempeñaba, si no por el contrario del cuadro para renovaciones CAS, se advierte que para el área donde la actora laboraba (Oficina General de Administración) no se ha contratado ningún abogado.

FUNDAMENTOS

Delimitación de la controversia

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la reincorporación de la recurrente en el cargo de abogada de la Oficina de Administración y Finanzas de la emplazada. Según se alega, la actora perteneció al régimen del Decreto Legislativo 1057 y no fue recontratada porque se encontraba embarazada.

La discriminación basada en el sexo y la tutela reforzada de los derechos de la mujer en la Constitución

2. La Constitución, en su artículo 2.2, dispone que "[n]adie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". De esta disposición se desprende que se considerarán discriminatorias todas aquellas prácticas que consideren como relevantes los factores expresamente prohibidos por la Constitución. Sin embargo, como ya hemos tenido la oportunidad de precisar, la expresión "de cualquier otra índole" que se recoge en el artículo 2.2 permite que la Constitución se configure como un instrumento vivo, que considere las necesidades particulares de las sociedades y su especial evolución [cfr. STC Exp. 05157-2014-PA, fundamento 19]. De esta forma, la norma suprema permite que ciertos grupos históricamente discriminados, y que no cuenten con alguna tutela reforzada que derive de su texto, puedan ser protegidos atendiendo a su condición de vulnerabilidad.

3. De esta disposición se desprende que uno de los especiales motivos de discriminación, que originan el surgimiento de una tutela reforzada, se suele fundar en el sexo de las personas. Así, toda distinción, exclusión, restricción o preferencias injustificadas basadas en este criterio, y que tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento de sus derechos, se encuentra constitucionalmente prohibida. El reconocimiento que ha hecho el constituyente de determinadas categorías, como el sexo, la religión o la opinión política, no es casual. Obedece a contextos históricos de discriminación en contra de dichos colectivos, lo que origina que cualquier distinción que se funde en uno de estos motivos genera una presunción de inconstitucionalidad que corresponde desvirtuar a quien efectuó la práctica cuestionada.

4. Las prácticas discriminatorias basadas en el sexo, y que han tenido como principales destinatarias a las mujeres, no son de reciente data. De hecho, uno de los motivos más persistentes para el otorgamiento de tratos diferenciados ha sido, precisamente, el sexo de la persona. Así, aspectos tales como la restricción para el acceso de empleo, el no reconocimiento del derecho al voto, las "leyes de obediencia femenina" o los conocidos estereotipos que se asignan al sexo femenino han abarcado importantes espacios de nuestra historia. Sin embargo, aun en la actualidad, se pueden advertir distintas prácticas discriminatorias que son avaladas, e incluso aprobadas, por el propio aparato estatal. De este modo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante, Comité CEDAW, por las siglas en inglés) ha advertido, por ejemplo, que todavía persisten, en distintos códigos, los denominados "delitos contra el honor", los cuales tienen como principales destinatarias a todas aquellas mujeres que no hubiesen desarrollado una conducta socialmente aceptable [Comité CEDAW. Observaciones finales respecto del Líbano. CEDAW/C/LBN/CO/3, párr. 26]. Del mismo modo, en distintos códigos penales se reduce o, incluso, extingue la responsabilidad penal cuando, en casos de violación, el perpetrador se casa con la víctima [Comité CEDAW. Recomendación General 31. CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18, párr. 23]. También se han cuestionado, de manera severa, los denominados "matrimonios forzosos", los cuales, también, tienen como principales destinatarias a niñas, y que se realizan de manera habitual en distintas partes del mundo.

5. Todo este contexto ha ocasionado que, en ciertos sectores de la comunidad internacional, se advierta la necesidad de adoptar instrumentos y/o tratados para la protección especial de la mujer. Evidentemente, ello no quiere decir que la prohibición de discriminación basada en el "sexo" no pueda desplegar sus efectos también para la protección del hombre, cuando sea el caso; tan solo advierte que, en distintas ocasiones, han sido las mujeres las principales afectadas por las conductas discriminatorias, las cuales han sido practicadas y toleradas tanto por el Estado como por los particulares. De este modo, a nivel de las Naciones Unidas, se aprobó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Este instrumento internacional ha precisado, en su artículo 3, que los Estados Partes

tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

6. En el ámbito interamericano, de una manera similar, se han incluido distintas obligaciones direccionadas principalmente al Estado. Sin embargo, en el artículo 1 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra la mujer "Convención Belém do Pará", se precisa que "debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado". Este mismo instrumento internacional, a propósito del reconocimiento de los derechos que le corresponden a la mujer, garantiza el derecho a "igualdad de protección ante la ley y de la ley" (artículo 4), lo cual implica la prohibición de cualquier trato o práctica discriminatoria. Ahora bien, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ("Convención de Belem do Pará") ha extendido sus alcances también para el ámbito privado, lo cual es indispensable para lograr que las prácticas discriminatorias cesen de manera definitiva. El pleno goce y ejercicio de los derechos de la mujer demanda no solo un accionar por parte del Estado, sino también un compromiso de respeto por parte de los privados en escenarios como, por ejemplo el laboral (por la discriminación que se presenta en los puestos de trabajo por aspectos concernientes a los embarazos, las distintas remuneraciones que se otorgan a ambos sexos, o por la sub-representación femenina en algunos puestos), el de salud (por la atención y los servicios que puedan dispensarse, por ejemplo, en las clínicas) o el educativo (discriminación contra las niñas y mujeres en centros educativos privados).

7. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) mediante la construcción de su jurisprudencia, ha contribuido en la exigibilidad de los derechos de la mujer y en la visibilización de su situación especial de vulnerabilidad. Así, cabe rescatar sin ánimo de exhaustividad, decisiones emblemáticas como las referidas al caso Gonzales y otras ("Campo Algodonero") v. México, mediante el cual se analizaron las obligaciones reforzadas que poseen los Estados en la prevención de la desaparición y violencia sexual que sufren las mujeres en contextos de violencia estructural basada en el género; el caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación *in Vitro*") v. Costa Rica, donde abordó la autonomía reproductiva de la mujer, en el ámbito del derecho a la vida privada y destacó el impacto negativo y desproporcional de la prohibición de la fecundación *in vitro* en las mujeres; y el caso I.V. v. Bolivia, mediante el cual abordó el acceso a la justicia en situaciones de violaciones a los derechos sexuales y reproductivos, y estableció que las prácticas de esterilización no consentidas, involuntarias o forzadas no pueden quedar impunes. Es así, que jurisprudencialmente, la Corte IDH ha ido sentando progresivamente estándares de protección reforzada a nivel internacional en resguardo de los derechos de la mujer, incluyendo la esfera sexual y reproductiva.

8. En ese sentido, la Constitución de 1993, además de la cláusula general de no discriminación que se regula en el artículo 2.2, contiene distintas disposiciones direccionadas a tutelar de manera especial determinados derechos de la mujer. Así, el artículo 4 reconoce que "La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono". De ello se desprende que nuestro texto constitucional otorga una tutela reforzada a las mujeres que sean madres o que estén por serlo, como ocurre particularmente en el caso de las mujeres gestantes. Evidentemente, la especial tutela que se brinda a nivel constitucional tiene estrecha conexión con la vulnerabilidad física y psíquica que se presenta a lo largo del embarazo, la cual expone a la mujer a distintos riesgos. Como ha precisado la Organización Internacional del Trabajo,

> [e]l embarazo, el parto y el puerperio constituyen tres fases en la vida reproductiva de una mujer en las que existen riesgos específicos para la salud, susceptibles de necesitar medidas de protección especiales en el lugar de trabajo. Reconocer y abordar los peligros puede reducir en gran medida los riesgos específicos para la salud, mejorar la probabilidad de un resultado satisfactorio del embarazo y establecer una base para el desarrollo saludable [de la criatura] [Organización Internacional del Trabajo. Proteger el futuro: Maternidad, paternidad y trabajo, pág. 4]

9. La situación de vulnerabilidad a la que se ven expuestas las mujeres es aun más latente cuando confluyen, en ellas, otras condiciones. En esa línea, la Convención de Belem do Pará, en su artículo 9, dispone que

> los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.

10. En estos supuestos, en los que concurren en una sola persona distintas condiciones de vulnerabilidad, opera lo que se ha denominado como discriminación múltiple. Evidentemente, en estos supuestos el deber de adoptar medidas de protección se torna prioritario, pues la persona afectada se encuentra frente a una latente vulneración de sus derechos fundamentales en caso que las mismas no se implementen. Uno de los escenarios en los que esta forma de discriminación se presenta se da en el caso de las mujeres embarazadas o de aquellas que, de manera reciente, han sido madres, sobre todo en lo que se relaciona con la permanencia en su centro de trabajo. De esta manera, la cláusula de prohibición de discriminación en razón del sexo de la persona se activa, especialmente, en los casos relacionados con mujeres embarazadas, esto es, las personas que potencialmente serán madres, o aquellas que se encuentren en período de lactancia. En estos supuestos la discriminación en función del sexo se presenta porque las medidas restrictivas obedecen a situaciones que se presentan exclusivamente en el

caso de las mujeres. Como ha precisado este Tribunal en un pronunciamiento anterior, al analizar el caso de las cadetes embarazadas y la inconstitucionalidad de los artículos 42 y 49 del Decreto Supremo 001-2010- DE/SG, "[estas disposiciones] establecen un trato diferente y perjudicial en función al sexo y a circunstancias que tienen una relación inequívoca con el género femenino, como es el estado de gestación (discriminación *directa)*" [STC Exp. 01423-2013-PA/TC, fundamento 36.1].

11. Sin embargo, esta tutela reforzada también se fundamenta en la protección del *nasciturus*. Al respecto, el Tribunal nota que, por ejemplo, cuando una madre gestante o en período de lactancia es separada de su centro de labores, ello no solo le impide obtener los recursos económicos propios de una remuneración, sino que, además, se le priva de la posibilidad de utilizar los seguros que brindan los empleadores, así como cualquier otro beneficio que pueda obtenerse en un centro de trabajo, lo cual tiene una incidencia potencial en la salud del concebido o del hijo recién nacido. De esta forma, existe una tutela reforzada, la cual se funda en la especial situación de la madre y la necesidad de tutelar los derechos del menor. Como ha precisado la Organización Internacional del Trabajo (OIT), "la importancia que tiene el trabajo remunerado en la vida de la mayoría de los adultos en la sociedad hace que la intersección entre la maternidad y el trabajo sea un elemento central particularmente decisivo en los esfuerzos por conseguir mejoras tanto de salud como de igualdad" [Organización Internacional del Trabajo. La maternidad en el trabajo. Examen de la legislación nacional. Segunda Edición, Año 2010, página V].

12. De hecho, la privación de la remuneración para la madre gestante tiene un efecto bastante perjudicial tanto para ella como para su familia, ya que ella dejaría de percibir una importante cuota de ingresos. Debe tomarse en cuenta, además, que el futuro nacimiento del concebido genera gastos económicos adicionales dentro de su entorno familiar, lo cual puede afectar tanto en la salud como en el desarrollo del menor, por lo que se requiere que, tanto la sociedad como el Estado, presten una particular atención al caso de las trabajadoras gestantes.

La igualdad de oportunidades en materia laboral de las mujeres embarazadas

13. Una especial situación se presenta en el caso de las mujeres embarazadas en los centros de trabajo, ya que es el escenario en el que se advierten los mayores casos de discriminación en contra de estas personas. Esto obedece a que, por lo general, los empleadores no desean que se vea mermada la productividad del centro de labores al mantener un vínculo laboral con una persona que, por su especial situación, requerirá de atenciones médicas periódicas y un tiempo considerable para dedicarlo a su hijo recién nacido.

14. En esta clase de casos, se compromete el derecho de la mujer a contar con las mismas oportunidades en el trato durante el empleo, ya que, por la especial condición que acarrean tanto el embarazo como el cuidado de los niños, se ve expuesta a tratamientos discriminatorios que la colocan en una posición distinta a la del hombre. Al respecto, este Tribunal ha precisado 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 [STC Exp. 05652-2007-PA/TC, fundamento 35]".

15. Ahora bien, esta cláusula genérica de prohibición de discriminación se ve comprometida en distintos escenarios cuando se trata de mujeres embarazadas. En el ámbito de la justicia a nivel comunitario, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido distintos casos en los que puede existir una discriminación en razón del sexo durante el embarazo: i) extinción de relaciones laborales por ausencias debidas a una discapacidad laboral motivada por los trastornos relacionados con su embarazo [STJCE de 30 de junio de 1998, asunto Brown]; ii) prohibición de contratación originada por el estado de gestación [STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto Dekker]; iii) la no renovación de contrato relacionada con el embarazo de la reclamante [STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto Jiménez Melgar]; o incluso cuando, por ejemplo, se impedía ejercer determinados trabajos, como empleos nocturnos [STJCE de 5 de mayo de 1994, asunto Habermann- Beltermann].

16. Asimismo, en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha destacado la necesidad de adoptar una política estatal integral para garantizar los derechos laborales de las mujeres durante el embarazo. En tal sentido ha rescatado que es de vital importancia implementar medidas como "[…] la garantía de un mínimo de catorce semanas de licencia de maternidad pagada en los términos comprendidos en el Convenio 183 de la OIT; protecciones contra el despido y otro maltrato laboral durante el embarazo; la adopción de leyes orientadas al periodo de lactancia; y la adopción de licencias de paternidad y parentales". [CIDH. Informe temático: El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos sociales y culturales, 2011. F. 169].

17. De tal modo, este Tribunal advierte que son múltiples las formas en las que se pueden efectuar distintos tratos discriminatorios en contra de las mujeres embarazadas o aquellas que hubiesen sido recientemente madres en lo que respecta al acceso, al despido o la falta de renovación de contratos temporales. Es importante que este Tribunal haga recordar que los constantes despidos o falta de renovación de los contratos temporales de trabajo a las mujeres gestantes generan distintas consecuencias a nivel personal y social. En el plano personal, pueden conducir a algunas mujeres, en situaciones complejas —que se vinculen con problemas personales, económicos o incluso de salud— a interrumpir su embarazo a fin de permanecer en su puesto de trabajo. A nivel social, incentiva a que las parejas decidan no tener hijos, con todas las consecuencias que ello puede generar a nivel poblacional. Por último, insensibiliza a la comunidad, pues invisibiliza los grandes obstáculos que la mujer puede atravesar durante el embarazo y que deberían ser objeto de medidas especiales de protección por parte del Estado.

18. El Tribunal, además, no puede dejar de advertir otro escenario que suele presentarse como perjudicial para la mujer, y que se relaciona con las dificultades que ella afronta para acceder a un empleo cuando cuenta con hijos de temprana edad. Del mismo modo, un caso que ha empezado a cobrar importancia a nivel internacional tiene que ver con el caso del padre que, frente al fallecimiento de la madre, asume el cuidado del menor, ya que, en algunos países, frente a este supuesto, el padre toma el resto de la "licencia de maternidad" al ser él quien asume la custodia completa del menor [Organización Internacional del Trabajo. La maternidad en el trabajo. Examen de la legislación nacional. Segunda Edición, Año 2010, página 74].

19. Estos casos de discriminación, de difícil probanza, también se erigen como uno de los problemas principales respecto del acceso al empleo para las mujeres, y que, consecuentemente, se presentan como un elemento más que acredita las desventajas que ellas deben afrontar en la sociedad, lo cual no hace sino reforzar la idea que la Constitución les ha dispensado una tutela especial en el ordenamiento jurídico por los distintos problemas que atraviesan.

Consideraciones a propósito de la contratación laboral temporal de las mujeres embarazadas

20. La tutela reforzada que se brinda a las mujeres gestantes en el ámbito laboral tiene distintas manifestaciones, las cuales han sido objeto de desarrollo en el derecho comparado. En el caso colombiano, por ejemplo, la regulación de las distintas formas de contratación y la permanencia en el empleo de las mujeres gestantes tiene como pilar fundamental salvaguardar "la garantía de la permanencia en el empleo consagrada en el artículo 53 de la Constitución Política" [Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-222/17]. Esto genera que los distintos regímenes de contratación, independientemente de su naturaleza, se vean impedidos de adoptar medidas que supongan la separación injustificada de las mujeres embarazadas de sus centros de trabajo. En Bolivia, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha otorgado una especial protección incluso a las trabajadoras gestantes que fuesen de libre nombramiento por parte de autoridades estatales [Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. SCP 1417/2012 FJ. III.2.], lo cual genera que, en el lapso de un año, no las puedan separar de la entidad en la que se encuentran laborando. Un caso especial se advierte en Chile, país en el que, como ha resaltado su Tribunal Constitucional, las mujeres gestantes gozan, por un año, de lo que se conoce como el "fuero laboral", esto implica que, durante ese lapso, solo podrán ser separadas de su puesto de trabajo luego de que la decisión del empleador sea avalada por el juez. Este fuero se extiende, incluso, hasta un año después de expirado el descanso de maternidad [Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia de 24 de diciembre de 2015, considerando cuarto].

21. Del mismo modo, la Unión Europea ha adoptado distintas disposiciones de derecho comunitario dirigidos a una protección reforzada de los derechos laborales de las mujeres gestantes. Así, por ejemplo, en la Directiva 92/85/CEE del Consejo de Europa de

19 de octubre de 1992, se ha dispuesto, en el artículo 10, que los Estados miembros "tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras […] durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad […] En el mismo artículo se precisa, en el segundo párrafo, que cuando se despida a una trabajadora que se encuentre en el periodo detallado, "el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito". Ahora bien, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, también se ha referido al caso particular de la renovación de los contratos temporales de las mujeres gestantes, y ha precisado que "en determinadas circunstancias, el hecho de no renovar un contrato de duración determinada puede considerarse una negativa de contratación. Pues bien, según jurisprudencia reiterada, una negativa de contratación de una trabajadora, considerada por lo demás apta para ejercer la actividad de que se trate, debido a su embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo, contraria a los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, de la Directiva 76/207" [Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-438/99, María Luisa Jiménez Melgar y Ayuntamiento de Los Barrios, fundamento 46]

22. En consecuencia, se advierte que, a nivel del derecho comparado, comunitario e internacional existe un importante nivel de consenso respecto de la necesidad de tutelar de manera especial y reforzada los derechos de la mujer en estado de gestación, particularmente en el contexto de las relaciones de trabajo. Evidentemente, las regulaciones legales que se adopten para esta especial protección diferirán en cada ordenamiento jurídico. Lo que se encuentra dentro del ámbito de lo constitucionalmente prohibido es la ausencia de garantías en favor de la mujer que se encuentre en esta condición. En el caso peruano, existe distinta normatividad que protege a las mujeres embarazadas dependiendo del régimen laboral en el que se trabaja.

23. Sin embargo, un escenario bastante debatible se presenta a propósito de las trabajadoras sujetas al régimen previsto en el Decreto Legislativo 1057, esto es, de las trabajadoras que laboran bajo el contrato administrativo de servicios (CAS). Al respecto, este Tribunal ha considerado este régimen como de naturaleza laboral y compatible con la Constitución [cfr. STC Exp. 0002-2010-PI/TC; 00035-2009-PI/TC]. Ahora bien, aún así este contrato, por sus características, ha expuesto a las mujeres gestantes y a las que se encuentran en período de lactancia, a múltiples inconvenientes relacionados con la no renovación del contrato de trabajo. Es importante recordar, por lo demás, que la discusión en torno a la renovación, específicamente, de los contratos administrativos de servicios a favor de las mujeres gestantes había sido también analizada por la Defensoría del Pueblo, órgano que interpretó que, de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales ratificados por el Estado peruano, debería brindárseles una tutela particular [cfr. Defensoría del Pueblo. Nota de Prensa Nº 090/OCII/DP/2017, de 30 de marzo de 2017].

24. Asimismo, este Tribunal debe mencionar que de manera reciente se ha emitido la Ley 30709, Ley que Prohíbe la Discriminación Remunerativa entre Varones y Mujeres, en el que, en su artículo 6 ha establecido que "[q]ueda prohibido que la entidad

empleadora despida o no renueve el contrato de trabajo por motivos vinculados con la condición de que las trabajadoras se encuentren embarazadas o en periodo de lactancia en el marco de lo previsto en el Convenio OIT 183 sobre protección de la maternidad". No obstante, se advierte que dicha normativa no es suficiente para otorgar una tutela adecuada a las mujeres gestantes o en periodo de lactancia; y, porque en su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 002-2018-TR, se precisa que está dirigida al régimen laboral de la actividad privada del sector privado, dejando de lado a las trabajadoras dependientes del Estado.

25. En ese sentido, es importante que este Tribunal precise que, en los casos de no renovación del contrato de trabajo, no se presente alguna situación que comprometa la cláusula de prohibición del despido. Y es que, en estos supuestos, no ha existido propiamente un "despido", ya que lo que ha operado, en realidad, ha sido el vencimiento del vínculo contractual por el vencimiento del plazo consignado en el contrato de trabajo, lo cual es un supuesto válido para la extinción de la relación laboral en los contratos temporales. Sin embargo, una interpretación conjunta de los artículos 2.2 y 4 de la Constitución no pueden avalar que la decisión de no renovación del contrato pueda obedecer, sin más, a la condición de gestante o de madre de la trabajadora. La prohibición de discriminación en función del sexo, aunado a la necesidad de tutela reforzada que requiere la persona que está por ser madre, obligan a considerar que, en estos supuestos, el empleador no puede adoptar decisiones o políticas de dirección en el centro laboral que sean ajenas a criterios de razonabilidad.

26. Por ello, con el fin de otorgar una especial tutela a la madre gestante o la que ha sido recientemente madre, las autoridades jurisdiccionales deberán valorar los siguientes aspectos: i) el plazo durante el cual se activa la garantía de la prohibición de no renovación del contrato; ii) los supuestos en los cuales es posible que el empleador pueda separar a una mujer en estado de gestación; y, iii) las medidas que deben adoptarse en el supuesto que, pese a la prohibición reconocida en la norma, opere la separación de la trabajadora gestante.

    i) En relación con el primer punto, las autoridades jurisdiccionales, deben tomar en cuenta el estado de gestación y el período de lactancia de la mujer embarazada, aun en el caso de los contratos temporales de trabajo. En ese sentido, se debe considerar que la especial protección que se dispensa a propósito de los artículos 2.2 y 4 de la Constitución no debería comprender, en estricto, solo a la trabajadora que se encuentra embarazada, sino también a aquella que se encuentre en periodo de lactancia, de conformidad con lo que establecen las disposiciones legales respectivas y los convenios internacionales ratificados por el Estado peruano. En ese sentido, el Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por el Estado peruano, dispone en su artículo 8 que "[s]e prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional".

ii) En lo que respecta al segundo punto, relativo a la posible regulación de los casos en los que el empleador se encuentra facultado para extinguir la relación laboral, este Tribunal exhorta al legislador a regular supuestos en los que esta posibilidad sea válida. Evidentemente, la condición del embarazo no impide al empleador que, frente a una falta grave (y previo ejercicio del derecho de defensa) pueda separar a la trabajadora en estado de gestación o con período de lactancia, lo cual deberá estar motivado y corroborado por escrito. Ello, por lo demás, se condice con el artículo 8 del Convenio 183 de la OIT al que se ha hecho referencia, pues este instrumento internacional, al momento de hacer referencia a la prohibición de separar a una madre gestante de su centro de labores, precisa que esta tutela se brinda "excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador". Esta organización internacional también ha precisado que "la protección contra el despido no sería tan eficaz si el trabajador afectado tuviera que probar que las razones tenían que ver con la maternidad o la condición de padre, sobre todo tratándose de la discriminación indirecta, dado que a los trabajadores les podría resultar muy difícil obtener pruebas" [Organización Internacional del Trabajo. La maternidad en el trabajo. Examen de la legislación nacional. Segunda Edición, Año 2010, página 76]. De hecho, como se precisa en ese informe, esta separación solo puede operar previa autorización administrativa o judicial, alternativa que podría evaluar, en una posterior regulación, el Congreso de la República.

De esta manera, es recomendable que, sobre este punto, la normatividad precise de manera clara en qué supuestos se podrá extinguir o no renovar una relación laboral durante el embarazo o el periodo de lactancia. Lo que no permite una interpretación conjunta de los artículos 2.2 y 4 de la Constitución es que, durante el desarrollo del embarazo, el empleador fundamente la no renovación del contrato en criterios meramente mercantilistas, y que asocian a las madres gestantes o en período de lactancia como una persona que puede ser, según su criterio, improductiva. Evidentemente, en caso concurra alguna causal válida de extinción o no renovación del contrato de trabajo temporal, se encontrará autorizado para culminar la relación laboral. **En ese sentido, la separación de una mujer gestante de su puesto de trabajo, o su no renovación contractual, deben relacionarse con motivos vinculado con la comisión de una falta grave comprobada de la trabajadora o porque la necesidad que motivo la temporalidad realmente haya desaparecido**. En este último supuesto, la empresa o la entidad estatal deben acreditar documentalmente la concurrencia de esta situación.

Ahora bien, el legislador y el Poder Ejecutivo podrían evaluar, además, la posibilidad que el despido o la no renovación del contrato de trabajo temporal pueda operar previa autorización judicial o de alguna autoridad administrativa, dada la naturaleza especial del caso y por los bienes y derechos que se encuentran en juego.

iii) Finalmente, el Tribunal exhorta al legislador a regular las consecuencias que se adoptarán en el supuesto que se despida a trabajadoras permanentes o no se renueve el contrato a una trabajadora sujeta a regímenes de contratación temporal por motivo de encontrarse embarazada o en periodo de lactancia; es decir, que se establezca las sanciones que acarrearían ese tipo de despido o no renovación de contrato temporal. Ello independientemente de si, para los casos en trámite, la trabajadora decida recurrir a la vía ordinaria para reclamar la reparación económica o la reposición laboral que corresponda según el régimen laboral. Por lo demás, en estos casos debe evaluarse, por parte del Congreso de la República y el Poder Ejecutivo, la forma en que operará la protección reforzada.

Análisis del caso concreto

27. En el presente caso, el objeto de la demanda es que se reponga a la demandante en el cargo que venía desempeñando de abogada de la Oficina de Administración y Finanzas de la emplazada. Afirma que su no renovación del contrato administrativo de servicios se debió a su condición de madre gestante.

28. Con los contratos administrativos de servicios obrantes de folios 2 a 17, queda demostrado que la recurrente ha mantenido una relación laboral a plazo determinado en la función de "apoyo legal" en la Oficina de Administración y Finanzas (después, Oficina General de Administración), la cual culminó supuestamente al vencer el plazo del último contrato suscrito con la demandada, esto es, el 31 de diciembre de 2011.

29. La demandante ha alegado que su contrato administrativo de servicios no fue renovado en vista que se encontraba en estado de gestación, por lo que considera que fue discriminada por su condición de mujer. Señala que, mediante certificado médico, recepcionado el 23 de noviembre de 2011 (foja 18), informó que tenía once semanas de gestación y que presentaba amenaza de aborto, de ahí que se le otorgó descanso médico en esa fecha.

30. La entidad alega que nunca tuvo conocimiento que la recurrente estaba gestando y que el certificado médico que cita la actora no tuvo por finalidad comunicar el estado de embarazo, sino únicamente un descanso médico. Sin embargo, este Tribunal aprecia que, independientemente de que la actora haya tenido o no la finalidad de comunicar un descanso médico y no un embarazo, lo cierto es que la actora presentó a la Oficina de Bienestar Social un certificado médico que contenía el diagnóstico de embarazo, el cual fue recepcionado con fecha cierta el 23 de noviembre de 2011 (foja 18); certificado médico el cual consignaba claramente "Que la paciente Ruth Muñoz Santibáñez con gestación de 11 semanas, presentó amenaza de parto por lo cual, siguen descanso médico por 03 días (desde el 20/10/11 al 22/11/11)" (sic) y por el cual se le autorizó un descanso médico de tres días (foja 63); por lo que, resulta inconsistente que la entidad haya otorgado un descanso médico por motivo de "riesgo de aborto" y luego afirme, al mismo tiempo, que no tuvo conocimiento del estado de gestación de la demandante.

31. Por otro lado, la entidad ha alegado que el motivo de la no renovación del contrato administrativo de servicios de la recurrente no estuvo sustentado en ninguna causa discriminatoria, tanto es así que fueron recontratadas "41 mujeres en edad fértil", incluyendo gestantes y madres en periodo de lactancia. Sobre este asunto, este Tribunal observa que, si ello hubiera sido cierto, entonces la única razón para haber cesado a la actora fue haber cometido una falta grave o que la necesidad institucional que cubría se haya extinguido. Pero, ninguno estos supuestos se han acreditado.

32. Según los autos, mediante la carta de no renovación del contrato administrativo de servicios, Memorándum 00779-2011-SUNASA/OGA (foja 28), cursada el 16 de diciembre de 2011, se comunicó a la demandante que Sunasa no renovaría su contrato por motivos de "restricción presupuestal". Sin embargo, mediante dos informes internos, informes 01121-2011/OGA y 00325-2011-OGPP (fojas 31 y 32), de fechas 15 y 16 de diciembre de 2011, la Oficina General de Administración y la Oficina General de Planeamiento y Presupuesto de la entidad hacían saber al Secretario General de Sunasa, que existía disponibilidad presupuestaria para suscribir adendas con el personal CAS para el año 2012, lo cual desmiente lo comunicado a la demandante en la carta de no renovación.

33. De igual modo, en cuanto a que la necesidad institucional habría fenecido y que, por eso, no se habría renovado el contrato de la actora, se tiene que dicho argumento tampoco resulta creíble. En el Informe 00045-2012/OGA (foja 60), de fecha 18 de enero de 2012, el director general de la Oficina General de Administración informa, en síntesis, que no se renovó el contrato administrativo de servicios debido a "la desaparición de la necesidad y a la no existencia de la disponibilidad presupuestal". Pero, en contradicción con ello, la Resolución Suprema 014-2011-SA (foja 75), de fecha 20 de julio de 2011 (cinco meses antes del cese laboral), había aprobado el Cuadro de Asignación de Personal de la Sunasa y donde se aprecia que para la Oficina General de Administración se incorporó el cargo de "Especialista legal". Es decir, que dicha oficina, donde trabajaba la recurrente, requería de los servicios profesionales de un abogado, por lo que, en ese sentido, no resulta cierto que ya no se necesitaba de los servicios de la demandante.

34. De este modo, en el presente caso la entidad empleadora no ha desvirtuado que el despido de la demandante haya sido por razones discriminatorias. Así, inicialmente justificó la extinción del vínculo laboral recurriendo a una presunta falta de disponibilidad presupuestal, luego sostuvo que no tenía conocimiento del estado de gestación de la demandante, y posteriormente, señaló incluso que no se renovó el contrato debido a la desaparición de la necesidad de su labor; no obstante, ninguno de dichos argumentos se ha logrado acreditar, pues se logró comprobar que la entidad gozaba de disponibilidad presupuestaria, que tomó conocimiento previo del embarazo de la demandante y que requería de asesoría legal. En ese sentido, se concluye que la negativa de recontratación de la demandante estuvo motivada por razones de su condición de mujer y, por ende, se entiende que fue objeto de un despido nulo.

Efectos de la sentencia

35. Sobre el particular, conviene recordar que en las SSTC 00002-2010-PI/TC y 03818-2009-PA/TC, así como en la RTC 00002-2010- PI/TC, este Tribunal ha establecido que el régimen procesal de eficacia restitutoria (readmisión en el empleo) no le resulta aplicable al régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios, sino únicamente el régimen procesal de eficacia restitutiva (indemnización).

36. En consecuencia, dado que la recurrente fue despedida en forma discriminatoria y en vista que ha sido una trabajadora del régimen especial del contrato administrativo de servicios, cuyo régimen de protección es la indemnización; corresponde que los autos sean reconducidos al juez ordinario laboral a efectos de que se tramite la pretensión de pago de indemnización del artículo 10 *in fine* del Decreto Legislativo 1057. En tal sentido, el *a-quo* debe remitir, de inmediato, los autos al juez competente para que prosiga con su trámite y la actora adecúe su demanda si lo considera 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 de amparo.

2. Ordenar la reconducción del proceso a la vía del proceso laboral y ordenar al juez de origen que remita, de inmediato, los autos al juez ordinario competente para que prosiga su trámite y la actora adecúe su demanda si así los considera conveniente.

Publíquese y notifíquese

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Si bien estoy de acuerdo con el fallo de la sentencia expedida en autos, discrepo de su fundamentación.

A mi entender, el derecho al trabajo consagrado por el artículo 22 de la Constitución no incluye la reposición. Como señalé en el voto singular que emití en el Expediente 05057-2013-PA/TC, Precedente Huatuco Huatuco, el derecho al trabajo

> debe ser entendido como *la posibilidad de acceder libremente al mercado laboral o a desarrollar la actividad económica que uno quiera, dentro de los límites que la ley establece por razones de orden público*. Solo esta interpretación es consistente con las libertades de contratación y trabajo consagradas en el artículo 2º, incisos 14 y 15; la libertad de empresa establecida en el artículo 59º; y, la visión dinámica del proceso económico contenida en el artículo 61º de la Constitución.

Así, cuando el artículo 27 de la Constitución de 1993 establece que "la ley otorga al trabajador protección adecuada contra el despido arbitrario", se refiere solo a obtener una indemnización determinada por la ley.

A mi criterio, cuando la Constitución utilizó el adjetivo *arbitrario,* englobó tanto al despido *nulo* como al *injustificado* de los que hablaba el Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo, de 12 de noviembre de 1991.

Esto es así porque, según el Diccionario de la Lengua Española, *arbitrario* es:

> Sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón.

Indebidamente, la Ley 26513 –promulgada cuando ya se encontraba vigente la actual Constitución– pretendió equiparar el despido que la Constitución denominó *arbitrario* solo a lo que la versión original del Decreto Legislativo 728 llamó *injustificado.*

Semejante operación normativa implicaba afirmar que el despido *nulo* no puede ser descrito como "sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón", lo que es evidentemente inaceptable.

Más allá de su deficiente lógica, la Ley 26513 tuvo como consecuencia resucitar la reposición como medida de protección frente a un tipo de despido, entregándoles a los jueces poder para forzar la continuidad de una relación de trabajo.

Esta nueva clasificación –que se mantiene en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo 003-97-TR– es inconstitucional.

Lamentablemente, este error fue ampliado por el Tribunal Constitucional mediante los casos Sindicato Telefónica (2002) y Llanos Huasco (2003), en los que dispuso que correspondía la reposición incluso frente al despido arbitrario.

Al tiempo que extrajo la reposición de la existencia del amparo laboral, Llanos Huasco pretendió que se distinguiera entre el despido nulo, el incausado y el fraudulento. Así, si no convencía, al menos confundiría.

A mi criterio, la proscripción constitucional de la reposición incluye, ciertamente, a los trabajadores del Estado sujetos al Decreto Legislativo 276 o a cualquier otro régimen laboral público.

La Constitución de 1993 evitó cuidadosamente utilizar el término "estabilidad laboral", con el que tanto su predecesora de 1979 como el Decreto Legislativo 276, de 24 de marzo de 1984, se referían a la reposición.

El derecho a la reposición del régimen de la carrera administrativa no sobrevivió, pues, a la promulgación de la Constitución el 29 de diciembre de 1993. No cambia las cosas que hayan transcurrido casi veinticinco años sin que algunos se percaten de ello.

Por tanto, considero que la demanda debe declararse **IMPROCEDENTE**, en aplicación del artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

S.
SARDÓN DE TABOADA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas, pero me permito señalar lo siguiente:

1. En primer término, y sin duda alguna, una preocupación central de quien imparte justicia en general, y de este Tribunal Constitucional en particular, es la de asegurar el cumplimiento de sus decisiones. En ese sentido, en la sentencia recaída en el Expediente 00002-2010-PI/TC se declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad, interpuesta en contra del Decreto Legislativo 1057, que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de servicios (CAS).

2. Esto ha llevado a que el Tribunal Constitucional haya desestimado, en numerosas ocasiones, demandas donde trabajadores que laboraban al amparo de este régimen especial habían solicitado su reposición en el cargo que venían desempeñando en condición de trabajador permanente, alegando la desnaturalización de su contrato. Esta práctica constante, como queda claro, resulta coherente con lo decidido en la sentencia recaída en el Expediente 00002-2010-PI/TC.

3. Ahora bien, y más allá de lo señalado a nivel jurisprudencial, resulta pertinente recordar que el Régimen Especial de Contratación por Servicios No Personales (SNP), ampliamente extendida a inicios de la década pasada. Sin embargo, resulta claro que, luego de varios años de utilización, no parece que este sistema de contratación responda actualmente al objetivo de forjar una administración pública eficiente, basada en la meritocracia y la igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos.

4. En efecto, ello no podía ser de otro modo dada la temporalidad o, mejor dicho, la transitoriedad que debía tener este régimen especial y que quedó plasmado en la Ley 29849, que establece la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga derechos laborales en cuyo artículo 1 se dispuso como objetivo "establecer la eliminación del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, regulado mediante el Decreto Legislativo 1057. (…) La eliminación del referido régimen se efectúa de manera progresiva y de conformidad con las disposiciones establecidas en la presente Ley"

5. Sin embargo, y contra lo que pudiera pensarse, lo cierto es que, después de varios años, el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicio (CAS) no solo continúa existiendo, sino que también ha venido creciendo de manera sostenida a una tasa promedio anual de 8% en el periodo 2009-2016, de tal forma que actualmente representan al 22% del empleo público sujeto a un régimen laboral, como bien se desprende del Informe "Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios", emitido por la Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir).

6. En mérito a lo expuesto, este Tribunal estima que la cobertura constitucional y legal de este régimen especial no puede ni debe entenderse como una constante, y sin variación alguna en el tiempo, máxime si cada vez son más el número de causas que plantean problemáticas complejas que giran en torno a la permanencia de este régimen. Citamos, a modo de ejemplo, los casos de trabajadoras embarazadas a las que no se les renueva el contrato, trabajadores sindicalizados o que buscan formar un sindicato, trabajadores que son contratados inicialmente bajo diversas modalidades para luego, con el fin de no otorgar la reposición en un eventual proceso judicial, se les hace firmar contratos CAS, entre otros supuestos.

7. Siendo así, cabe preguntarse por cuánto tiempo más el mantenimiento de este régimen especial contará con una cobertura constitucional y legal suficiente, muy independientemente de las loables intenciones que podrían guiar a quienes han permitido su permanencia. En ese sentido, considero que éste representa un punto sobre cuyos alcances conviene conversar.

8. Por último, conviene pronunciarse si en mérito a la propia estructura del Tribunal Constitucional peruano, los procesos que allí se atienden y lo que implica materializar las sentencias ya emitidas, este Alto Tribunal cuenta con la debida capacidad operativa e institucional para afrontar los problemas existentes en el escenario aquí descrito.

9. Adelantando algo de esa discusión, convendría señalar que, si bien es cierto que el ejercicio de las competencias explícitas e implícitas de un Tribunal Constitucional puede reivindicar ciertas funciones y potestades para sí, aunque no se encuentran expresamente reconocidas para él, siempre y cuando se encuentren dentro de lo "constitucionalmente posible". Señalo esto en mérito a que considero que, en estricto respeto a una separación de funciones y un criterio de corrección funcional, el Tribunal Constitucional peruano debe entender que en rigor a quien corresponde solucionar la problemática en torno a la aún permanencia del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS) es al legislador.

10. Lo recientemente señalado, por cierto, no debe llevar al inmovilismo de un Tribunal Constitucional cuya labor es precisamente la de defender y promover la fuerza normativa de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos labor que, por cierto, implica resolver conforme a Derecho, inclusive muy a despecho de los vacíos o insuficiencias que pueda presentar el ordenamiento jurídico vigente del país donde le toca actuar.

11. Estamos pues ante materias sobre las cuales se hace necesario conversar, y evaluar lo decidido en su momento, máxime cuando se aprecia que no se están produciendo los cambios legislativos que este Tribunal Constitucional había tomado como presupuesto para decidir en determinado sentido en las controversias que resuelve en relación a este régimen especial.

12. Como síntesis entonces a este primer tema, en tanto y en cuanto el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicio (CAS) se encuentra plenamente vigente y

su constitucionalidad ha sido confirmada, todavía seguirán existiendo pronunciamientos que guarden coherencia con dicha posición, sin embargo, resulta indispensable analizar si lo ahora previsto permite una participación del Tribunal Constitucional peruano que, sin romper los parámetros constitucional o legalmente necesarias y su real capacidad operativa, pueda afrontar los problemas derivados de la supervivencia de este régimen especial, más allá de lo inicialmente proyectado.

13. Ahora bien, también existe un segundo tema que anotar; y es que la labor del juez constitucional, que tiene por fin último el reconocimiento y la tutela de los derechos, debe, precisamente, superar cualquier dificultad, limitación o formalidad que dificulte ese quehacer. En ese sentido, debe dejarse de lado cualquier interpretación formalista de una norma o concepto. Además, debe corregirse en sede de la interpretación constitucional cualquier lectura formalista y en puridad técnicamente incorrecta de la normatividad vigente, máxime si se trata de tutelar los derechos.

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
FERRERO COSTA

Con el mayor respeto por la posición de mis colegas magistrados, emitimos el presente voto singular, por las siguientes consideraciones.

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la reposición de la actora en el cargo que venía desempeñando, por haber sido objeto de un despido arbitrario. Pues alega que su contrato administrativo de servicios no fue renovado en vista de que se encontraba en estado de gestación, por lo que considera que fue discriminada por su condición de mujer.

2. Por su parte, la entidad demandada manifiesta que la recurrente no fue despedida arbitrariamente y menos aún que el cese se haya debido a su estado de gestación, sino que cuando venció el plazo de su último contrato administrativo de servicios se extinguió su respectiva relación contractual.

3. Para resolver la controversia planteada, conviene recordar que en las sentencias recaídas en los Expedientes 00002-2010-PI/TC y 03818-2009-PA/TC, así como en la resolución recaída en el Expediente 00002-2010-PI/TC, el Tribunal ha establecido que el régimen de protección sustantivo-reparador contra el despido arbitrario previsto en el régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios guarda conformidad con el artículo 27 de la Constitución.

4. Respecto a las afirmaciones de la demandante en el sentido de que fue despedida por causa relativa a su estado de gestación y a los medios probatorios que presenta, cabe señalar que ha sido una trabajadora cuyo régimen de protección es la indemnización en las formas y condiciones reguladas en el Decreto Legislativo 1057 y que en ningún caso contempla la reposición laboral. De autos no se concluye que su cese laboral se debió a una decisión arbitraria que pudiera considerarse violatoria de sus derechos constitucionales o menos aún, que haya tenido como motivo su estado de gravidez y no el vencimiento del contrato administrativo de servicios.

5. Por ello, disentimos del fundamento 36 de la sentencia en mayoría, y de su parte resolutiva cuando afirma: "dado que la recurrente fue despedida en forma discriminatoria y en vista que ha sido una trabajadora del régimen especial del contrato administrativo de servicios, cuyo régimen de protección es la indemnización; corresponde que los autos sean reconducidos al juez ordinario laboral a efectos de que se tramite la pretensión de pago de indemnización del artículo 10 *in fine* del Decreto Legislativo 1057".

6. Al respecto, la citada norma prescribe lo siguiente:

> "Artículo 10.- Extinción del contrato
>
> El Contrato Administrativo de Servicios se extingue por:
>
> (…)
>
> h) Vencimiento del plazo del contrato.
>
> La resolución arbitraria o injustificada del Contrato Administrativo de Servicios genera el derecho al pago de una indemnización equivalente a las remuneraciones mensuales dejadas de percibir hasta el cumplimiento del plazo contractual, con un máximo de tres (3). (…)

Debemos señalar que dicho artículo prevé aquella situación donde, al existir un contrato vigente entre las partes, se ha producido una resolución que impide el cumplimiento del plazo pactado y que, al haberse probado que esta resolución ha sido arbitraria o injustificada, se genera el derecho al pago de una indemnización a favor del trabajador, equivalente a las remuneraciones mensuales dejadas de percibir hasta el cumplimiento del plazo contractual, situación que no se cumple en el caso de autos.

7. En efecto, con los contratos administrativos de servicios obrantes de folios 2 a 17, queda demostrado que la demandante ha mantenido una relación laboral a plazo determinado, que culminó al vencer el plazo del último contrato suscrito con la demandada. Por ello, habiéndose cumplido el plazo de duración del referido contrato, la extinción de la relación laboral de la demandante se produjo en forma automática, conforme lo señala el literal "h" del numeral 13.1 del Decreto Supremo 075-2008-PCM.

8. Por lo tanto, el vínculo laboral de la demandante se extinguió como consecuencia del vencimiento del plazo establecido en el contrato administrativo de servicios suscrito con la emplazada y no por una resolución arbitraria, injustificada o unilateral que impidiera el cumplimiento del plazo contractual que alude el citado artículo.

9. Asimismo, no compartimos lo afirmado en el fundamento 31 de la sentencia cuando dice: "la única razón para haber cesado a la actora fue haber cometido una falta grave o que la necesidad institucional que cubría se haya extinguido. Pero, ninguno de estos supuestos se ha acreditado". Como hemos dicho, y se aprecia de autos, la actora no fue objeto de un despido, sino que, como alega la propia demandante, al vencerse el plazo establecido en su último contrato suscrito con la entidad, este no fue renovado. Por lo tanto, la entidad no debía acreditar la existencia de una falta grave o la desaparición de la necesidad institucional, pues el contrato se hallaba extinto en virtud de la ley, y porque ello significaría una restricción a su potestad para dejar de renovar los contratos administrativos de servicios.

Por estas consideraciones, votamos por declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo.

S.
FERRERO COSTA

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS MIRANDA CANALES Y RAMOS NUÑEZ

Con el debido respeto por nuestros colegas magistrados, nos apartamos de lo resuelto en la ponencia en mayoría por las siguientes consideraciones:

Delimitación del petitorio

1. La actora solicita que se ordene su reincorporación en el cargo de abogada de la Oficina de Administración y Finanzas de la emplazada bajo el régimen de la contratación administrativa de servicios. Alega que prestó servicios bajo el régimen del Decreto Legislativo 1057 hasta noviembre del 2011, mes en el que comunicó su estado de embarazo a través de un certificado de descanso médico mediante el cual solicitaba licencia por encontrarse con amenaza de aborto; hasta que se decidió no renovar su contrato, por lo que considera ha sido víctima de tratos discriminatorios por su estado de embarazo.

Procedencia de la demanda

2. En la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de julio de 2015, y con calidad de precedente, este Tribunal en referencia al artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional señaló lo siguiente:

> 12. Sistematizando la jurisprudencia vigente de este Tribunal, puede afirmarse que existen dos perspectivas para entender cuándo una vía puede ser considerada "igualmente satisfactoria": una objetiva, vinculada al análisis de la vía propiamente dicha (vía idónea); y otra subjetiva, relacionada con el examen de la afectación al derecho invocado (urgencia iusfundamental).
>
> 13. Desde la perspectiva objetiva, el análisis de la vía específica idónea puede aludir tanto: (1) a la estructura del proceso, atendiendo a si la regulación objetiva del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz (estructura idónea), o (2) a la idoneidad de la protección que podría recibirse en la vía ordinaria, debiendo analizarse si la vía ordinaria podrá resolver debidamente el caso iusfundamental que se ponga a su consideración (tutela idónea). Este análisis objetivo, claro está, es independiente a si estamos ante un asunto que merece tutela urgente.
>
> 14. De otra parte, desde una perspectiva subjetiva, una vía ordinaria puede ser considerada igualmente satisfactoria si: (1) transitarla no pone en grave riesgo al derecho afectado, siendo necesario evaluar si transitar la vía ordinaria puede tornar irreparable la afectación alegada (urgencia como amenaza de irreparabilidad); situación también predicable cuanto existe un proceso ordinario

considerado como "vía igualmente satisfactoria" desde una perspectiva objetiva; (2) se evidencia que es necesaria una tutela urgente, atendiendo a la relevancia del derecho involucrado o la gravedad del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño).

15. Queda claro, entonces, que la vía ordinaria será "igualmente satisfactoria" a la vía del proceso constitucional de amparo, si en un caso concreto se demuestra, de manera copulativa, el cumplimiento de estos elementos:

    - Que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho;
    - Que la resolución que se fuera a emitir podría brindar tutela adecuada;
    - Que no existe riesgo de que se produzca irreparabilidad; y
    - Que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.

    […]

16. Esta evaluación debe ser realizada por el Juez o por las partes respecto de las circunstancias y derechos involucrados en relación con los procesos ordinarios. Es decir, los operadores deben determinar si la vía es idónea (en cuanto permite la tutela del derecho, desde el punto de vista estructural, y es susceptible de brindar adecuada protección) y, simultáneamente, si resuelta igualmente satisfactoria (en tanto no exista riesgo inminente de que la agresión resulte irreparable ni exista necesidad de una tutela de urgencia).

3. En el presente caso, la pretensión contenida en la demanda supera el análisis de pertinencia de la vía constitucional, toda vez que se verifica la necesidad de tutela urgente derivada de la *relevancia del derecho.* En efecto, conforme se ha señalado, la demandante alega que fue discriminada en el ámbito laboral, por su condición de madre gestante. Por tanto, toda vez que el artículo 23 de la Constitución establece una especial protección por parte del Estado de la madre trabajadora, el proceso de amparo es el idóneo para resolver la controversia de autos.

4. Asimismo, cabe recordar que las mujeres madres en el ámbito laboral, constituyen un grupo de especial vulnerabilidad que requiere protección especial por parte del Estado. Como lo ha señalado este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 01272-2017-PA/TC (fundamento 4):

> (...) el deber del Estado, en general (y de las cortes o tribunales constitucionales, en particular), es mayor con respecto a las personas que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad o desventaja. En lo que concierne al caso de autos, la Constitución prevé expresamente que el Estado protege a la familia, y considera a los niños y las madres corno sujetos merecedores de una especial protección (artículo 4). Inclusive, señala expresamente que el Estado "protege especialmente a la madre (...) que trabaja" (artículo 23).

La participación de las mujeres en el sector público

5. De acuerdo a SERVIR, en el año 2017 el sector público contaba con alrededor de 1 millón 422 mil servidores, de los cuales 47% eran mujeres.[1] La presencia de la mujer en el servicio civil aumentó de 43% a 47% durante el periodo 2004-2017. Hoy, en el sector público, prácticamente 5 de cada 10 servidores son mujeres, frente a 3 de cada 10 en el sector privado formal.[2]

6. Como dato adicional, la participación de las mujeres en el empleo público según régimen laboral se divide en el siguiente esquema: i) un 30% de las servidoras públicas están empleadas en los regímenes de carreras especiales (diplomáticos, docentes, profesores, médicos, etc); ii) un 21% se encuentra empleada bajo el régimen establecido por el Decreto Legislativo 276; iii) mientras que el régimen de contratación administrativa de servicios (CAS) rige al 20% de servidoras públicas; entre otros.[3]

7. Frente a esta realidad del empleo público donde existe un porcentaje considerable de servidoras públicas, tanto el legislador como los operadores jurídicos no pueden desconocer la particular situación que presentan las mujeres en el ámbito laboral. En particular, el presente caso advierte una situación recurrente en la Administración pública, referida a la situación que presentan las servidoras públicas gestantes y que son madres, frente a actitudes y conductas discriminatorias por parte de algunos empleadores. Y es que, como lo ha señalado la Oficina Internacional del Trabajo, la situación de embarazo de mujeres en edad reproductiva constituye una de las manifestaciones más frecuentes de la discriminación hacia las mujeres en el mundo laboral.[4]

8. Esta realidad parte de cosmovisiones del mundo clásicas de la sociedad y la familia que se vieron reflejadas en el desarrollo y evolución del derecho del trabajo. De esta forma, la tendencia mundial hegemónica hasta fines del XIX y comienzos del siglo XX fue la de prohibir el trabajo remunerado de las mujeres en ciertas situaciones, no solo por razones de maternidad o la presunta menor fuerza física de la mujer sino por la mentalidad de la época, que la consideraba menos "preparada" que el varón para los trabajos intelectuales y las funciones públicas.

---

1 SERVIR. La mujer en el servicio civil peruano 2019. SERVIR. p. 4. Disponible en: https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe_La_Mujer_en_el_Servicio_Civil_Peruano_2019.pdf (consultado el 21 de enero de 2019).

2 SERVIR. La mujer en el servicio civil peruano 2019. SERVIR. p. 4. Disponible en: https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe_La_Mujer_en_el_Servicio_Civil_Peruano_2019.pdf (consultado el 21 de enero de 2019).

3 SERVIR. La mujer en el servicio civil peruano 2019. SERVIR. p. 10. Disponible en: https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe_La_Mujer_en_el_Servicio_Civil_Peruano_2019.pdf (consultado el 21 de enero de 2019).

4 OIT. Promover la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo: Una cuestión de principios. No discriminación laboral de las mujeres y protección de la maternidad. p. 1. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-san_jose/documents/publication/wcms_220030.pdf

9. En esa medida, la legislación laboral enfatizó el rol de la mujer en el hogar como esposa y madre desincentivando, a su vez, la contratación de mujeres fuera del hogar. Ello se vio reflejado inclusive en los primeros instrumentos internacionales adoptados sobre la materia. Sin embargo, en el marco del Estado Constitucional presidido por el principio de igualdad y no discriminación, se debe garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, también en el ámbito laboral. Ello exige tomar en consideración situaciones objetivas especiales como la maternidad, que evidentemente ameritan una protección distinta (reforzada).

10. Específicamente, sobre la situación de la maternidad, la Organización Internacional del Trabajo ha señalado que dicha situación exige la adopción de medidas especiales para garantizar el desarrollo de la mujer en el ámbito laboral:

> (...) la protección de la maternidad, plasmada en la prohibición del despido y la concesión de un descanso antes y después de la fecha del parto, es un imperativo permanente. En la práctica, no obstante, la maternidad sigue siendo un factor de discriminación cuando se la tiene en cuenta directa o indirectamente a la hora de la contratación o para poner término a la relación de trabajo. La maternidad es un estado que exige un trato diferente para poder respetar una auténtica igualdad y, en tal sentido, es más una premisa del principio de igualdad que una excepción del mismo. Se han de tomar medidas especiales de protección de la maternidad para que las mujeres puedan cumplir su función de madres, sin que resulten marginadas del mercado de trabajo.

11. Es bajo este nuevo enfoque que la normativa internacional y nacional vigente brinda una protección especial a la maternidad en el ámbito laboral a través de diversos instrumentos internacionales, como se analizará a continuación.

La protección de la maternidad en el trabajo en la Constitución Política de 1993

12. La Norma Fundamental establece disposiciones que tutelan la situación de maternidad de las trabajadoras.

13. En ese sentido, el artículo 2 inciso 2 establece que toda persona tiene derecho a la igualdad. De ello se desprende que "*(...) Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza,* ***sexo,*** *idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole*". Igualmente, el artículo 26 inciso 1 de la Constitución establece que en la relación laboral se respeta el principio de *"Igualdad de oportunidades sin discriminación"*.

14. Al respecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC desarrolló el contenido del principio de igualdad en el ámbito laboral:

> 35. Sobre el particular el Tribunal Constitucional, en la STC 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.

15. En ese entendido, queda claro que el despido de las trabajadoras atendiendo a su condición de madres o por situaciones vinculadas con el ejercicio de la maternidad (como es el caso de la lactancia) configuran una vulneración al principio de igualdad de trato en el ámbito laboral.

16. Asimismo, el artículo 23 de la Constitución señala lo siguiente: *"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 impedido que trabajan (...)".*

17. Sobre este deber de protección especial, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 00206-2005-PA/TC ha señalado lo siguiente:

> 15. (...) los despidos originados en la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que, conforme al artículo 23° de la Constitución, el Estado protege especialmente a la madre. Deber que se traduce en las obligaciones estatales de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, prohibiendo, en especial, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, así como la discriminación sobre la base del estado civil y prestar protección especial a la mujer durante el embarazo (artículo 11 numerales 1 y 2 literales a y d de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas).

18. Asimismo, se puede observar también que el propio trato diferente que se establece entre mujeres y hombres (madres y padres) al configurar derechos como la "licencia por maternidad" y el "permiso por lactancia" para las mujeres, se justifica en la medida en que el derecho a la igualdad también puede implicar tratos diferenciados, siempre que exista justificación razonable y objetiva para ello.

19. Lo que se busca a través de derechos como la licencia por embarazo y por lactancia no solo es proteger el derecho a la igualdad y salud de las mujeres y el derecho a la salud del niño o niña; sino que, además, no exista un conflicto entre las responsabilidades propias de su naturaleza biológica y las profesionales, es decir una carga que las mujeres deban soportar solo por el hecho de ser mujeres.

20. Han sido diversos los casos en los que dicho conflicto no solo no ha podido ser conciliado para las mujeres, sino que además han sido sujetas a discriminación en razón de su sexo. Al respecto, este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse en casos en los que las demandantes solicitan hacer uso de su descanso por maternidad con goce de remuneraciones y si bien en ellos se determinó que había operado la sustracción de la materia; sin embargo, decidió resolver el fondo de la controversia y estimar cada una de las demandas, dada la gravedad de los casos, a fin de que no se vuelva a incurrir en actitudes de este tipo en situaciones similares (Expedientes 03861-2013-PA/TC, 00388-2013-PA/TC y 00303-2012-PA/TC).

21. En el mismo sentido, se han advertido casos donde se ha constatado que las mujeres han sufrido despido en razón de discriminación basada en su sexo (sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC), situación en la que este Tribunal declaró fundada la demanda y ordenó la inmediata reincorporación de la demandante a su centro de labores. La discriminación laboral en el caso de las mujeres y en razón de su sexo, no solo se refleja en los casos en los que es apartada de su centro de labores, sea por despido, terminación o la no renovación de su contrato de trabajo a causa o con ocasión de encontrarse en estado de embarazo, licencia por embarazo o por lactancia, esto es, cuando ya se encontraba trabajando, sino además y a través de hostigamientos o cualquier otro acto de amedrentamiento que tenga por objeto la renuncia de parte de aquella (despido indirecto).

22. La discriminación por sexo en el ámbito laboral también se evidencia desde la etapa previa a la relación laboral, esto es, en el acceso a un trabajo. No puede soslayarse que en entrevistas de trabajo se suele preguntar a las mujeres si son casadas, también si tienen hijos o el número de hijos que tienen, lo cual no es determinante para su desempeño profesional.

23. Así ha sido reconocido por este Tribunal Constitucional cuando señaló que "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 [...]. En cambio, la discriminación es indirecta cuando ciertas normas jurídicas, políticas y actos del empleador de carácter aparentemente imparcial o neutro tienen efectos desproporcionalmente 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 [...]" (sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC, fundamentos jurídicos 44 y 45).

24. La titularidad de los derechos derivados de la maternidad, solo y en tanto se encuentren asociados por dicho hecho –la maternidad–, no solo puede verse violada por la discriminación en razón de su sexo, sino también por la discriminación en razón de la situación familiar, siendo ésta una categoría sospechosa de discriminación también contenida en el artículo 2.2 de la Constitución cuando establece que "nadie debe ser discriminado por motivo [...] de cualquier otra índole". De igual manera lo ha reconocido la Observación General N° 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuando señala que "[...] también puede producirse discriminación cuando una persona no puede ejercer un derecho consagrado en el Pacto como consecuencia de su situación familiar [...]" (Observación General Nº 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales. Artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el 42º período de sesiones, Ginebra, del 4 al 22 de mayo de 2009).

25. En síntesis, tanto hombres como mujeres son iguales ante la Constitución y la Ley. Sólo existen diferencias biológicas en el ámbito de la reproducción que podrían generar una situación de desigualdad. En esa medida, corresponde al Estado garantizar tutelas diferentes para situaciones desiguales con la finalidad de asegurar que estas diferencias no se conviertan en cargas que un grupo vulnerable tenga que soportar. En este caso en específico se trata de la estabilidad laboral de las mujeres embarazadas.

26. De lo señalado en los fundamentos *supra,* este Tribunal es consciente que las mujeres embarazadas constituyen un grupo que en el ámbito laboral se encuentra en una situación de vulnerabilidad notable, y que por tanto merecen una protección reforzada, de tal forma que sus derechos en el ámbito laboral no se vean vulnerados.

27. En este sentido, a este Tribunal no le queda duda que existe una obligación del Estado que emana de la Constitución que consiste en brindar una protección especial a las trabajadoras en situación de maternidad. Esta protección reforzada no debe distinguir el régimen laboral en el que se encuentren.

Despido nulo por razones de discriminación por el sexo en el caso del régimen CAS

28. El artículo 6 inciso g del Decreto Legislativo 1057 establece el derecho de los trabajadores del régimen CAS de poder solicitar licencias con goce de haber por maternidad,

paternidad, y otras licencias a las que tienen derecho los trabajadores de los regímenes laborales generales. Asimismo, el inciso k del mismo artículo señala lo siguiente:

> "Cuando el trabajador se encuentre percibiendo subsidios como consecuencia de descanso médico ***o licencia pre y post natal,*** le corresponderá percibir las prestaciones derivadas del régimen contributivo referido en el párrafo anterior, debiendo asumir la entidad contratante la diferencia entre la prestación económica de ESSALUD y la remuneración mensual del trabajador" [énfasis agregado].

29. De manera complementaria, el artículo 8-A, inciso 1, del Reglamento del Decreto Legislativo 1057 (aprobado por DS 075-2008-PCM) señala lo siguiente:

> 8.A.1. La madre trabajadora sujeta al régimen del Decreto Legislativo Nº 1057, al término del período post natal, ***tiene derecho a una hora diaria de permiso por lactancia materna hasta que su hijo cumpla un año de edad,*** de acuerdo a lo dispuesto en la Ley Nº 27240 - Ley que otorga permiso por lactancia materna [énfasis agregado].

30. En ese sentido, el régimen CAS ya reconoce beneficios a las trabajadoras que se encuentran en situación de maternidad. Por ende, si bien se trata de un régimen laboral transitorio y de carácter temporal, ello no impide que las trabajadoras sujetas al mismo gocen de los derechos fundamentales inherentes a su condición de madres, los que, como hemos visto, tienen protección constitucional.

31. Al respecto, cabe señalar que en la sentencia del Expediente 00976-2001-PA/TC (fundamento 15.a), el Tribunal Constitucional señaló que el despido nulo sucede –entre otros supuestos– cuando:

    - Se despide al trabajador por razones de discriminación derivados de su ***sexo,*** raza, religión, opción política, etc.
    - Se despide a la trabajadora por su ***estado de embarazo*** (siempre que se produzca en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto).

32. Ahora bien, en el régimen del CAS, en principio no podría producirse un despido nulo, porque se ha entendido que este está restringido al régimen de la actividad laboral privada pues así ha sido regulado en el D.L. 728; a diferencia del D.L. 1057 en el que los trabajadores están sujetos a una contratación temporal.

33. Sin embargo, la posibilidad de que pueda producirse un despido nulo en el régimen CAS debe ser reinterpretada de forma tal que se ajuste a la obligación que deriva de lo dispuesto por la Constitución en su artículo 23, en lo referido a la especial protección de la mujer trabajadora en situación de maternidad.

34. En consecuencia, y con la finalidad de brindar una protección reforzada a la madre en el ámbito laboral, el despido de una trabajadora del régimen CAS deberá ser considerado

como un **despido nulo** con las consecuencias que el Tribunal le ha reconocido en su jurisprudencia, cuando este tenga como causa el estado o ejercicio de su maternidad o de razones vinculadas a ella.

35. Consideramos que, en estos casos, debido a la dificultad que implica poder demostrar que un despido ha tenido como causa el estado de maternidad o las consecuencias de este, deberá operar la presunción de que el despido ha tenido como razón dicho estado si es que la trabajadora, previamente, puso en conocimiento a la entidad empleadora y acreditó que se encontraba en dicho estado.

36. Así pues, tras haber tomado conocimiento de la situación de embarazo, las trabajadoras del régimen CAS tendrán protección contra el despido en los términos señalados, en conformidad con el mandato contenido en el artículo 23 de la Constitución.

37. Ahora bien, no se puede obviar que el despido no es la única forma de terminar una relación laboral en el régimen del D.L. 1057, pues esta situación también se puede materializar con la no renovación del contrato. Por lo que, esta protección reforzada para la madre trabajadora, deberá extenderse también a los casos en los que se presente la renovación del contrato administrativo de servicios. De lo contrario esta protección perdería eficacia.

38. Asimismo, conforme a lo señalado en los fundamentos 28 a 31 del presente voto, esta protección debe también cubrir el periodo de lactancia, el que, como se analizó precedentemente, por mandato legal es hasta que el hijo/a haya cumplido un año.

39. De no ser así, existiría una lectura contradictoria de las disposiciones del régimen CAS con la Constitución: por un lado, se garantizaría que las trabajadoras puedan ejercer derechos vinculados con su condición biológica de madres, pero, por otro lado, se dejaría a merced del empleador poder prescindir de los servicios de las trabajadoras, en puridad, por los costos que pudieran generar el ejercicio de los derechos vinculados a la maternidad.

40. Si bien es cierto que, el Decreto Legislativo 1057 no restringe la potestad del empleador para dejar de renovar los contratos administrativos de servicios, también es cierto que, en el caso de las madres trabajadoras, esta situación puede ser gravemente negativa y colisiona con disposiciones constitucionales (artículos 2.2, 23 y 26 inciso 1) cuando la falta de renovación esté vinculada únicamente al estado de maternidad de la trabajadora.

41. Ahora bien, esto no implica en absoluto que los empleadores no puedan terminar una relación laboral en el régimen CAS a una mujer en estado de maternidad, sino que tendrán la carga de demostrar que la falta de renovación del contrato o el despido ha tenido una causa justa.

42. Por otro lado, si bien este Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad del régimen CAS de manera abstracta y general (Exp. 0002-2010-PI/TC), ello no quiere

decir que la aplicación de dicha norma al caso concreto no pueda ser inconstitucional. Como ya se señaló anteriormente (STC. Exp. 0014-2014-PI y otros, fundamento 144):

> (...) Ahora bien, y aun cuando este Tribunal Constitucional ***procede a confirmar la constitucionalidad de este aspecto de la ley impugnada, desde un punto de vista abstracto (único que cabe analizar en un proceso de inconstitucionalidad), no puede descartar que a posteriori se presente la posibilidad de que tal inconstitucionalidad pueda producirse en el posterior desarrollo de determinados casos concretos*** [énfasis agregado]

43. De tal manera que, entre resguardar la potestad del empleador de no renovar el contrato administrativo de servicios vencido por plazo contractual a pesar de la necesidad del servicio; y asegurar la defensa del derecho de las madres trabajadoras; esto es, entre la garantía de la libre contratación y el derecho a la igualdad y no discriminación, así como el derecho al trabajo, este supremo órgano, en este contexto de protección especial, debe satisfacer en mayor medida el segundo.

44. Cabe precisar además que este Tribunal Constitucional ya ha reconocido la posibilidad de sancionar despidos nulos en el régimen CAS en la sentencia recaída en el Expediente 07792-2013-PA/TC (en aquella ocasión el Tribunal entendió que el despido por no renovación de un trabajador por razones antisindicales era nulo, a pesar de haber trabajado bajo el régimen CAS).

Análisis de la controversia

45. La recurrente alega que fue contratada por la SUNASA bajo el régimen CAS desde el 09 de abril del 2009 para laborar en la Oficina de Asuntos Jurídicos hasta el 31 de diciembre del 2010 como abogada especialista en temas de Derecho de Contrataciones del Estado, legislación CAS, normas presupuestales y otras normas del sector salud. Asimismo, sostiene que posteriormente fue contratada por SUNASA desde el 03 de enero del 2011 hasta el 31 de diciembre de 2011 como abogada de la Oficina de Administración y Finanzas, para asesorar en temas de Contrataciones del Estado, en temas laborales, asesorando a las áreas de Logística, Contabilidad, Tesorería y Personal que comprende la Oficina General de Administración.

46. Al respecto, conforme a lo afirmado por la propia demandante en la demanda y los contratos que obran a folios 2 a 17 queda demostrado que la actora laboró a plazo determinado, bajo el régimen de Decreto Legislativo 1057 en SUNASA (Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud), en los siguientes periodos:

    a) Desde el 01 de marzo de 2009 al 30 de setiembre de 2009. (C.A.S. N° 012-2009-SEPS/OAF)

    b) Desde el 01 de octubre de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2009. (Primera adenda de prórroga al C.A.S. N° 012-2009-SEPS/OAF)

c) Desde el 01 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2010. (Adenda de renovación al C.A.S. N° 012-2009-SEPS/OAF)

d) Desde el 03 de enero de 2011 al 31 de diciembre de 2011. (C.A.S. N° 046-2010-SUNASA/OAF)

47. La demandante sostiene que no le renovaron el contrato debido a su estado de embarazo, por lo que considera que ha sido víctima de un despido discriminatorio. Al respecto, la entidad demandada ha señalado que esto no es cierto pues, por un lado, nunca tuvo conocimiento del estado de embarazo, sino solo de un descanso médico. Por otro lado, señala que la no renovación del contrato no tuvo como causa su estado de embarazo pues esta obedeció a motivos de "restricción presupuestal".

48. Sobre lo primero, en autos obra un certificado médico que fue recepcionado con fecha cierta el 23 de noviembre de 2011 (foja 18); que consignaba "Que la paciente Ruth Muñoz Santibáñez con gestación de 11 semanas, presentó amenaza de parto por lo cual, siguen descanso médico por 03 días (desde el 20/10/11 al 22/11/11)" (sic). En este sentido, el primer argumento de la demandada queda desvirtuado en tanto, en virtud de este certificado le concedió descanso; por lo que no puede alegar que no tuvo conocimiento del estado de embarazo de la demandante.

49. Sobre lo segundo, obran los informes 1121-2011/OGA y 0325-2011-OGPP (fjs. 31 y 32) mediante los cuales, órganos internos de SUNASA ponían en conocimiento del Secretario General que existía disponibilidad presupuestaria para suscribir adendas para el personal CAS en el año 2012; esto desvirtúa lo alegado por la demandada.

50. De este modo, se puede observar que la entidad demandada no ha podido demostrar que la no renovación del contrato de la demandante, que estaba embarazada cuando sucedieron los hechos, haya obedecido a causa diferente de su estado de embarazo; en este sentido, conforme al artículo 23 de la Constitución, con la finalidad de brindar especial protección a la madre en el ámbito laboral, se debe presumir que el despido sufrido por la demandante fue un despido nulo que tuvo como causa su estado de embarazo.

51. Por lo expuesto en los fundamentos previos, somos de la opinión que se debería declarar **FUNDADA** la demanda en tanto la demandante fue víctima de un despido nulo que tuvo como causa su estado de embarazo; y, por consiguiente, de acuerdo a la desarrollado por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia sobre la gravedad del despido nulo y las consecuencias que este acarrea, debe ordenarse la reposición de la demandante en el cargo en que se encontraba antes de la vulneración de sus derechos o en uno de igual o similar nivel.

Del estado actual de la protección de las mujeres en estado de maternidad

52. A pesar de haber emitido nuestro voto respecto de la resolución del caso, consideramos pertinente hacer un repaso del estado actual en el que se encuentra la protección de las madres en el ámbito laboral en el Perú.

53. Además de lo ya señalado *supra* referido a la protección que se desprende del artículo 23 de la Constitución, a la fecha existen diversos instrumentos a nivel internacional, así como en la legislación nacional en materia de derechos laborales de las madres.

54. El artículo 25 inciso 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,[5] aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, señala expresamente que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.

55. Asimismo, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que:

> Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

56. Además, los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos disponen que:

> Artículo 1
>
> 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (…)
>
> Artículo 24
>
> Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

57. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,[6] en su artículo 10 inciso 2, reconoce esta especial protección ya en el ámbito laboral:

> (...) Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período***, a las madres que***

5 Suscrita y proclamada en París, Francia, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución Nº 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948. Aprobada por Perú mediante Resolución Legislativa Nº 13282, publicada el 24 de diciembre de 1959.

6 Suscrito por Perú el 11 de agosto de 1977 y aprobado por el Decreto Ley Nº 22129, publicado el 29 de marzo de 1978. El instrumento de adhesión del 12 de abril de 1978, se depositó el 28 de abril de 1978, el mismo que fue aceptado como ratificación por las Naciones Unidas por ser el Perú signatario. Vigente desde el 28 de julio de 1978.

trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social [énfasis agregado].

58. Por su parte, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)[7] parte en su artículo 1 de definir la expresión *"discriminación contra la mujer"* como toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o 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.

59. Mientras que en su artículo 11 inciso 2, dicho tratado establece disposiciones específicas dirigidas a proteger la situación de maternidad de las mujeres en el ámbito laboral, entre los que se encuentra la prohibición de despido por razones de embarazo:

> (...) A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:
>
> a) ***Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad*** y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;
>
> b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales
>
> c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;
>
> d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella [énfasis agregado].

60. De otro lado, desde 1919 la OIT ha adoptado tres convenios relativos a la protección de la maternidad (el Convenio núm. 3 sobre la protección de la maternidad de 1919, el Convenio núm. 103 sobre la protección de la maternidad de 1956 y el Convenio núm. 183 sobre la protección a la maternidad del 2000). Al respecto, cabe señalar que la discriminación de la mujer a causa de su maternidad existe en relación tanto con la terminación del empleo como con el acceso al mismo. Por tanto, las medidas destinadas

7 Suscrita por Perú el 23 de julio de 1981 y aprobada por Resolución Legislativa Nº 23432, publicada el 5 de junio de 1982. El instrumento de ratificación del 20 de agosto de 1982, se depositó el 13 de setiembre de 1982. Vigente desde el 13 de octubre de 1982.

a salvaguardar el empleo de las trabajadoras embarazadas y a combatir la discriminación basada en la maternidad forman parte integrante de la protección de la maternidad. Los convenios OIT se han hecho cada vez más exhaustivos en cuanto a la amplitud de la protección que debe ofrecerse.[8] En ese sentido, se ha señalado lo siguiente:

> (...) La protección de la maternidad, cuestión fundamental para la OIT desde sus inicios en 1919, cuando los Estados Miembros adoptaron el Convenio núm. 3, es crucial para promover los derechos, la salud y la seguridad económica de las mujeres y de sus familias, en todas partes. El alcance de la protección de la maternidad, y los derechos anejos, han ido ampliándose con el tiempo, en el Convenio núm. 103, adoptado en 1952, y en el Convenio núm. 183, adoptado en 2000. Junto con las Recomendaciones correspondientes, núm. 95, en 1952, y núm. 191 en 2000, los instrumentos tienen por objeto preservar la salud de la madre y del recién nacido, y proporcionar seguridad en el empleo, en especial, protección contra el despido y la discriminación, y preservar el salario y las prestaciones durante la maternidad, así como el derecho a reincorporarse al trabajo después del parto. Así pues, se trata de que la mujer pueda combinar satisfactoriamente su rol reproductivo y su rol productivo, y de prevenir la desigualdad de trato en el empleo a causa de la capacidad de alumbramiento de la mujer.

61. Ello evidencia la importancia que tiene el tema para dicho organismo supranacional. Ahora bien, dado que el Convenio 183 establece los criterios actualizados referidos a la protección de la maternidad en el ámbito laboral (en tanto revisa las disposiciones del Convenio 103), en aras de concretizar el principio de igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, este Tribunal Constitucional procederá a analizar el mismo en detalle.

Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183)

62. El mencionado Convenio de la OIT fue aprobado por esta organización el 30 de mayo del 2000 y ratificado por el Estado peruano mediante Decreto Supremo 012-2016-ER, publicado en el diario oficial *"El Peruano"* el 24 de febrero de 2016. Al respecto, cabe señalar que es la primera vez que un convenio de la OIT exhorta a los Estados miembros a que adopten las medidas apropiadas para impedir la discriminación en el empleo, en concreto por razones de maternidad, incluido el acceso al empleo.

63. El Convenio 183 OIT tiene por objetivo garantizar la igualdad de oportunidades para todas las madres trabajadoras. En esa medida, parte de señalar en su artículo 2 que sus disposiciones se aplican a *"(...) todas las mujeres empleadas, inclusive las que se desempeñan en formas atípicas de trabajo dependiente"*. Aunque existe la posibilidad de que, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores

8 OIT. La maternidad en el trabajo. Examen de la legislación nacional. Resultados de la base de datos de la OIT sobre las leyes relacionadas a las condiciones de trabajo y del empleo. p. 67.

interesadas, se pueda excluir a determinadas categorías de trabajadoras de los efectos de la citada convención, con la condición de que esta excepción sea transitoria, además de aplicar de manera progresiva y paulatina los beneficios contemplados en la misma a todas las madres trabajadoras.

64. Asimismo, los derechos que este tratado internacional confiere a las madres trabajadoras son los siguientes:

a) *Derecho a la protección de la salud (artículo 3):* destinado a proteger no solo a las mujeres embarazadas sino también a las que están en proceso de lactancia frente a trabajos considerados peligrosos.

b) *Licencia de maternidad (artículo 4):* con una duración mínima de 14 semanas, de las cuales al menos 6 semanas se otorgarán con posterioridad al parto.

c) *Licencia en caso de enfermedad o de complicaciones (artículo 5):* a partir de un certificado médico se deberá otorgar una licencia, antes o después del de maternidad, en caso de enfermedad, complicaciones o riesgo de las mismas como consecuencia del embarazo o parto.

d) *Prestaciones pecuniarias y médicas (artículo 6):* la primera se refiere al tiempo de duración de la licencia de la maternidad, a fin de garantizar a la madre y al hijo un nivel de vida y salud adecuados; mientras que la segunda se refiere a la asistencia prenatal, durante el parto y postnatal, incluida la hospitalización.

e) *Protección del empleo y no discriminación (artículos 8 y 9*): se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, con licencia por maternidad o después de haberse reintegrado al trabajo hasta por un plazo que determine cada Estado, además de imponer al empleador la carga de la prueba de que el despido realizado en estas condiciones no está relacionado con el embarazo y sus consecuencias. Adicionalmente, se exige a los Estados a que garanticen que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el trabajo, incluyendo el acceso al empleo.

f) *Derecho a dar alimentos al hijo (artículo 10):* se le reconoce a la mujer el derecho de interrumpir su jornada de trabajo o bien a obtener una reducción de esta, a efectos de alimentar a su hijo.

65. Es particularmente relevante lo dispuesto en el artículo 8, donde se establece lo siguiente:

1. Se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador.

2. Se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.

66. El artículo en mención establece la prohibición al empleador de despedir a una mujer trabajadora en tres supuestos claramente delimitados, relacionados con el ejercicio de la maternidad:

a) Cuando esté embarazada.

b) Durante el goce de su licencia maternal o licencia en caso de enfermedad o complicaciones, o

c) Después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional.

67. Ello no quiere decir, claro está, que la mujer trabajadora que esté en las situaciones señaladas precedentemente no pueda ser finalmente despedida. Y es que el artículo en mención es claro al señalar que es posible que se produzca el despido siempre y cuando éste ocurra por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. Al respecto, y de acuerdo a la legislación comparada, los casos en los que se puede invocar de manera legítima el despido, aun dentro del periodo de protección que establece el Convenio 183 son, a modo de ejemplo, los siguientes: a) falta grave, negligencia grave o infracción de la disciplina laboral; b) ingreso en prisión; c) trabajo para otra empresa durante el periodo de licencia; etc.[9]

68. Adicionalmente, se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad (artículo 8.2 del Convenio 183 OIT).

69. Cabe señalar que el Convenio 183 de la OIT ha sido ratificado por el Perú con la Resolución Legislativa N° 30312 con fecha 21 de marzo de 2015 por lo que sus disposiciones surten todos sus efectos de acuerdo a lo establecido en el artículo 55 de la Constitución que establece que *"Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional"* y que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución prevé que *"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",* no queda sino convenir en que los contenidos anteriormente señalados resultan vinculantes en el ordenamiento jurídico peruano.

9 OIT. La maternidad en el trabajo. Examen de la legislación nacional. Resultados de la base de datos de la OIT sobre las leyes relacionadas a las condiciones de trabajo y del empleo. Segunda Edición. 2010, p. 75.

70. En este sentido, a partir de esta fecha las reglas que se señalan en este tratado, referidos al despido de mujeres embarazadas, y que están en armonía con el artículo 23 de la Constitución deben ser tomadas en cuenta por todos los operadores tanto en el ámbito público como privado.

71. Por otro lado, en el ámbito nacional, cabe resaltar que el legislador se ha dado cuenta de la especial protección que merece la madre en el ámbito laboral, conforme al artículo 23 de la Constitución, como consecuencia ha aprobado diversas normas de rango infraconstitucional efectivizando este mandato de protección.

72. El artículo 29 del TUO del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (DS. 003-97-TR), modificado por el artículo 1 de la Ley 30367, publicada el 25 noviembre 2015 señala que es nulo el despido que tenga por motivo, entre otros supuestos:

> (...) e.- El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir.
>
> Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa.

73. Por su parte, la Ley 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, publicada en el diario oficial "El Peruano" con fecha 27 de diciembre de 2017, señala en su artículo 6 lo siguiente:

> **Artículo 6. Prohibición de despido y no renovación de contrato por motivos vinculados con la condición del embarazo o el período de lactancia**
>
> Queda prohibido que la entidad empleadora despida o no renueve el contrato de trabajo por motivos vinculados con la condición de que las trabajadoras se encuentren embarazadas o en **período de lactancia** en el marco de lo previsto en el Convenio OIT 183 sobre protección de la maternidad [énfasis agregado].

74. Como se advierte, esta última ley complementa lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio 138 OIT, en el sentido de que la protección reforzada para las madres trabajadoras se extiende hasta el periodo de lactancia el cual, conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 27240, es hasta que su hijo o hija cumpla 1 año.[10] Este Tribunal considera que

10 Artículo 1.- Del objeto de la Ley
1.1 La madre trabajadora, al término del período postnatal, tiene derecho a una hora diaria de permiso por lactancia materna, hasta que su hijo tenga un año de edad. En caso de parto múltiple, el permiso por lactancia materna se incrementará una hora más al día. Este permiso podrá ser

el periodo de lactancia constituye una manifestación del ejercicio de la maternidad, lo que explica que tanto la Constitución como la ley brinden medidas afirmativas especiales a las trabajadoras que presenten dicha situación.

75. Cabe recordar, como lo señaló este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 01272-2017-PA/TC (fundamento 70), que el fundamento constitucional del derecho al permiso por lactancia no solo está constituido por la protección de la familia, de la salud familiar y el contenido del derecho al desarrollo de la personalidad de las mujeres y madres trabajadoras, sino también por el interés superior del niño y el derecho a la igualdad y a la no discriminación en razón del sexo y en razón de la situación familiar. En tal sentido, cualquier violación del derecho al permiso por lactancia por parte de cualquier autoridad, funcionario, servidor o persona, en general, da lugar a la violación de los derechos y bienes constitucionales que le sirven de fundamento.

76. De forma resumida, desde la entrada en vigencia del Convenio 183 en el Perú y asimismo, con la publicación de la Ley 30709, estas serán las reglas que deberán regir cuando se alegue la vulneración de los derechos de una madre en el trabajo, independientemente del régimen en el que se encuentren:

    a) El cese de cualquier trabajadora, entendido como despido, terminación o no renovación de contrato, hostigamientos o cualquier otro acto de amedrentamiento que tenga por objeto la renuncia de parte de una trabajadora que se encuentre en estado de gestación, se presumirá como un despido nulo que ha tenido como causa su condición de madre.

    b) Para que opere esta presunción, se deberá haber comunicado y acreditado previamente el estado de gestación con el informe médico que corresponda o en todo caso, que se encuentra en periodo de lactancia.

    c) Queda salvaguardada la facultad del empleador de probar que el despido, terminación o no renovación de contrato obedeció a una causa justa que no tuvo como motivo el embarazo o estado de maternidad.

SS.
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ

---

fraccionado en dos tiempos iguales y será otorgado dentro de su jornada laboral, en ningún caso será materia de descuento.
1.2 La madre trabajadora y su empleador podrán convenir el horario en que se ejercerá el derecho establecido en el párrafo precedente.
1.3 El derecho que por la presente Ley se otorga no podrá ser compensado ni sustituido por ningún otro beneficio.

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI OPINANDO POR DECLARAR FUNDADA LA DEMANDA, POR VULNERARSE EL DERECHO AL TRABAJO DE LA RECURRENTE

Discrepo, respetuosamente, de la sentencia que ha optado por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo, por cuanto considero que la demanda es **FUNDADA**, en virtud de los argumentos que a continuación paso a exponer:

1. La demanda de amparo de autos tiene por objeto que se ordene la reposición de la demandante en el cargo que venía desempeñando, por haber sido objeto de un despido nulo, dado que dicho acontecimiento se habría producido por su condición de gestante.

2. La recurrente alega que laboró para la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud (Sunasa), desde el 9 de abril de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2011 de manera ininterrumpida, como personal sujeto a contrato administrativo de servicios (CAS).

3. Refiere que comunicó a la emplazada su estado de gravidez, mediante un certificado médico en el cual se detallaba su diagnóstico de embarazo, el mismo que fue recepcionado por la Sunasa en fecha cierta, el 23 de noviembre de 2011, lo cual motivó que la emplazada mediante el documento de no renovación del contrato administrativo de servicios (Memorándum 00779-2011-SLINASA/OGA, del 16 de diciembre de 2011) le comunicó que no se le renovaría su contrato por motivos de "restricción presupuestal".

4. Al respecto, este Tribunal en reiterada jurisprudencia, interpretando lo establecido en los artículos 2, inciso 2, y 4 la Constitución, ha dejado sentado que nuestro ordenamiento constitucional contempla una tutela reforzada en favor de las mujeres gestantes en el ámbito laboral, la cual, entre otros aspectos, exige brindarles estabilidad y seguridad laboral durante el periodo de gestación y lactancia; garantía que se extiende a toda trabajadora del sector público o del sector privado que se encuentre en tal situación, independientemente del régimen laboral al que pertenezca, pues la Constitución, en tanto norma suprema del Estado, irradia sus efectos normativos a todos los espacios de interacción laboral, sin excepción alguna.

5. Esta tutela ha sido recogida por la Ley 30709, publicada el 27 de diciembre de 2017, en el diario oficial "El Peruano", la misma que prohíbe la discriminación remunerativa entre hombres y mujeres, en cuyo artículo 6 establece lo siguiente:

Artículo 6. Prohibición de despido y no renovación de contrato por motivos vinculados con la condición del embarazo o el período de lactancia

Queda prohibido que la entidad empleadora despida o no renueve el contrato de trabajo por motivos vinculados con la condición de que las trabajadoras se encuentren embarazadas o en período de lactancia en el marco de lo previsto en el Convenio OIT 183 sobre protección de la maternidad.

6. En dicho sentido, si bien la citada normativa ha sido expedida con posterioridad a los hechos ocurridos, considero que la prohibición de despido y no renovación de contrato, por motivos vinculados con la condición del embarazo se encuentra cimentada en lo establecido por nuestra Constitución en su artículo 2, inciso 2, que prohíbe la discriminación por razón de sexo.

7. Ahora bien, conforme se advierte de autos y lo señala la propia sentencia de mayoría, en el presente caso la entidad emplazada no ha cumplido con acreditar que la no renovación del contrato laboral de la recurrente se debió a alguna falta grave cometida por esta o el que se debió fenecimiento de la necesidad institucional respecto de los servicios que prestaba.

8. De otro lado, durante el proceso se ha demostrado que la justificación que alegó la emplazada para no renovar el contrato de la demandante –falta de presupuesto–, carece de sustento alguno, pues, conforme lo señalaron la Oficina General de Administración y la Oficina General de Planeamiento y Presupuesto de la entidad, en los informes internos 01121-201I/OGA y 00325-201I-OGPP, de fechas 15 y 16 de diciembre de 2011 (f. 31 y 32), respectivamente, existía disponibilidad presupuestaria para suscribir adendas en los contratos con el personal CAS para el año 2012; evidenciando ello, que la demandada no renovó el contrato de la actora únicamente por razones vinculadas a su estado de gravidez, circunstancia que conlleva a concluir que se produjo un despido nulo.

9. Por ello, considero que en el presente caso se debe tutelar los derechos al trabajo y a la igualdad, así como el derecho a no ser discriminado, por lo que correspondería disponer la reposición laboral de la recurrente en protección de su derecho de continuar percibiendo sus remuneraciones durante el periodo de gestación y el año de lactancia, pero como este ha vencido con notable exceso, tal reposición laboral ya no cabe, por lo que el daño se ha tornado en irreparable.

10. Dada la situación descrita, en armonía con lo establecido en el último párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, al haberse acreditado que el despido del que fue víctima la recurrente resultó nulo, considero que debe declararse fundada su demanda, para que situaciones semejantes no se repitan exhortándose a la emplazada a no incurrir nuevamente en este tipo de conductas arbitrarias y lesivas de los derechos fundamentales de sus trabajadores.

11. Finalmente, y en atención a lo dispuesto por el artículo 56 del Código Procesal Constitucional corresponde condenar al pago de costos procesales a la parte emplazada y dejar a salvo el derecho de la recurrente de acudir a la vía correspondiente, a fin de solicitar el pago de la indemnización por los beneficios laborales que dejó de percibir y por los daños sufridos como consecuencia del despido nulo producido en su contra.

Sentido de mi voto

Mi voto es por declarar **FUNDADA** en parte la demanda al haberse acreditado la vulneración del derecho al trabajo, correspondiendo, además, condenar a la emplazada al pago de costos; e **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo referido a la reposición de la demandante, **EXHORTANDO** a la emplazada a que, en lo sucesivo, no vuelva a incurrir en conductas similares a las que motivaron el presente proceso.

S.
BLUME FORTINI

Pleno. Sentencia 676/2020
EXP. N.° 01739-2018-PA/TC
LIMA

ÓSCAR UGARTECHE GALARZA

RAZÓN DE RELATORÍA

Con fecha 3 de noviembre de 2020, se reunió el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, a efectos de pronunciarse sobre la demanda que da origen al Expediente 01739-2018-PA/TC.

La votación arrojó el siguiente resultado:

- Los magistrados Ferrero, Miranda, Blume y Sardón votaron, en mayoría, por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.
- Los magistrados Ledesma, Ramos (ponente) y Espinosa-Saldaña votaron, en minoría, por declarar **FUNDADA** la demanda de amparo.

Estando a la votación mencionada y a lo previsto en el artículo 5, primer párrafo de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el cual establece, entre otros aspectos, que el Tribunal Constitucional, en Sala Plena, resuelve por mayoría simple de votos emitidos, corresponde declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo de autos.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza los votos antes referidos, y que los señores magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA[1]

Con el debido respeto por la posición de mis colegas magistrados, emito el presente voto singular.

Ante todo, quiero dejar claro que no tengo conflicto alguno con las personas homosexuales. He conocido a muchas de ellas y tengo amigos que lo son y frecuento −siguiendo las costumbres que nos inculcó mi padre en casa−, algunos de los cuales prestaron importantes servicios al país.

Desde esta perspectiva, soy el primero en defender que los homosexuales sean tratados con el respeto que merecemos todos los seres humanos, que no sean juzgados por su orientación sexual y estén exentos de todo tipo de discriminación.

Dicho lo anterior, paso a emitir mi opinión sobre la ponencia.

Las razones de ésta para ordenar la inscripción del matrimonio del demandante se encuentran en su fundamento 131 y son dos:

1) El RENIEC ha realizado un trato discriminatorio al denegar la inscripción de un matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero.

2) La Corte Interamericana de Derechos Humanos «ha exhortado a los Estados a incorporar esta clase de unión en sus respectivos ordenamientos».

Pasaré a demostrar que ambas conclusiones no son correctas. Empezaré por el análisis de qué es el matrimonio en el Derecho.

Como todo en el campo jurídico, la realidad antecede al Derecho. Así, hay un fenómeno social y humano que consiste en la unión estable entre un hombre y una mujer, y que recibe el nombre de matrimonio.

1 Este voto singular fue elaborado en base a la ponencia del magistrado Ramos Núñez, que me remitió el 26 de octubre del presente año. Cuando mi voto singular ya se encontraba en poder del Secretario Relator del Tribunal Constitucional, he recibido un voto que lleva por título: «Voto singular de la magistrada Ledesma Narváez y del magistrado Ramos Núñez», de forma que la ponencia del magistrado Ramos, sobre la que redacté mi voto, ha pasado a ser un voto singular conjunto con la magistrada Ledesma. En razón de ello, cuando en el presente voto singular haga mención a la «ponencia» o al «ponente», me estaré refiriendo al «Voto singular de la magistrada Ledesma Narváez y del magistrado Ramos Núñez», debido a que los votos singulares se formulan y se entienden en relación a una ponencia, no a otros votos singulares.

El término matrimonio es la palabra que designa este tipo de unión heterosexual. Lo primero es, pues, «la existencia de uniones estables y comprometidas entre los hombres y las mujeres, y esas uniones son las que reciben el nombre de matrimonio, y las que el Derecho se encarga de regular. No es primero el término, la palabra, a la que después la sociedad o el Derecho dan el contenido que parece conveniente, sino que primero es la realidad designada (la unión estable y comprometida entre hombre y mujer), y después la palabra (matrimonio) que la designa y la identifica frente a otras realidades diferentes»[2].

Entonces, matrimonio es la palabra que empleamos para designar específicamente la unión estable entre un hombre y una mujer. Si la unión es entre dos hombres, o dos mujeres, ya no es matrimonio, sino un fenómeno humano y social diferente −respetable, por cierto−, por la misma razón que una compraventa sin precio ya no es compraventa sino donación. Y decir que una donación no es una compraventa no es nada peyorativo para la donación, sino simplemente delimitar realidades substancialmente distintas, acreedoras de un tratamiento jurídico diferenciado[3].

Plantear que una unión homosexual es matrimonio es como pretender que una unión homosexual sea heterosexual: una contradicción en sus propios términos. Y afirmar que son realidades distintas no es decir nada malo de las uniones entre personas del mismo sexo, sino simplemente diferenciarlas de otro tipo de uniones (la de las personas de diferente sexo) que son, efectivamente, distintas y las que producen el crecimiento de la población mundial, y el mantenimiento de ella.

La realidad consistente en la unión estable y comprometida entre hombre y mujer, a la que el Derecho llama matrimonio, no responde, pues, a un concepto religioso que una mayoría confesional quisiera imponer a los demás (como refiere la ponencia en sus fundamentos 102 a 106).

La heterosexualidad del matrimonio es una constante a lo largo de toda la historia sociojurídica, como se evidencia desde el Derecho romano precristiano. Conocida es, al respecto, la definición que ofrece Modestino, contenida en el *Digesto* (23.2.1):

> *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae* (...) (el matrimonio es la unión de hombre y mujer en pleno consorcio de vida...[4]).

Por ello, con acierto, el juez John Roberts, actual Presidente de la Corte Suprema norteamericana, en su voto disidente en la sentencia del caso Obergefell del 2015, dijo que la «definición universal del matrimonio como la unión de un hombre y mujer no es una coincidencia histórica. El matrimonio no surgió como resultado de un movimiento político, descubrimiento, enfermedad, guerra, doctrina religiosa o cualquier otra fuerza motriz

2 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Constitución, Derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, Madrid 2007, p. 39.

3 Cfr. *Ibídem*, p. 41.

4 Traducción de D´ORS, Álvaro *et al.*, *El Digesto de Justiniano*, t. II, Pamplona 1972.

en la historia universal, y ciertamente no como resultado de una decisión prehistórica de excluir a los homosexuales»[5].

Toca ahora preguntarnos, **¿por qué son diferentes la realidad del matrimonio heterosexual y la de la unión homosexual?** La más elemental diferencia es que, en el caso de las uniones heterosexuales, la complementariedad de los sexos permite que las relaciones sexuales entre hombre y mujer desemboquen en el nacimiento de nuevas personas (la descendencia conyugal), lo que dota a estas uniones de un peculiar e intenso valor social, a diferencia de las uniones que estructuralmente (no coyuntural o patológicamente) no pueden dar lugar al nacimiento de nuevas personas. La relevancia social de estas últimas es, por ello, mucho más limitada.

En otras palabras, los nuevos ciudadanos, que aseguran la continuidad social, proceden de uniones entre personas de distinto sexo, no de uniones homosexuales. La transcendencia social de uno y otro fenómeno es, como resulta evidente, muy distinta, y el interés de la sociedad en uno u otro tipo de uniones es también diferente.

Todo esto explica que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 16.1, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23.2) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 17.2, reconozcan al matrimonio como la unión de **un hombre** y **una mujer**, lo cual es soslayado por la ponencia.

En efecto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos dice (artículo 16.1):

> Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia (...).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe (artículo 23.2):

> Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

Y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 17.2, señala:

> Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia (...).

Así también lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Chapin* y *Charpentier* contra Francia, de 2016. En consideración a un texto similar al que

5 "This universal definition of marriage as the union of a man and a woman is no historical coincidence. Marriage did not come about as a result of a political movement, discovery, disease, war, religious doctrine, or any other moving force of world history-and certainly not as a result of a prehistoric decision to exclude gays and lesbians" (*Obergefell et al. v. Hodges*, 576 U.S._[2015]. La traducción es nuestra).

venimos de citar, contenido en el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[6], ha dicho que el matrimonio es «la unión de un hombre y una mujer» y que ampliarlo a personas del mismo sexo no es una obligación que impone a los Estados el citado Convenio Europeo[7].

A ello hay que añadir que la Constitución, según su Cuarta Disposición Final y Transitoria, debe ser interpretada de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, que establecen que el matrimonio es heterosexual, según hemos visto.

De lo señalado anteriormente podemos concluir que la Constitución, en su artículo 4, consagra el matrimonio heterosexual, en concordancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 16.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23.2) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17.2).

Siendo esto así, debe tenerse en cuenta la Convención de Derecho Internacional Privado (conocida como *Código Bustamante*), de la cual el Perú es parte. Ésta, en su artículo 4, estipula lo siguiente:

> Los preceptos constitucionales son de orden público internacional.

Por tanto, ha resuelto acertadamente el RENIEC cuando ha denegado la inscripción del matrimonio del demandante por considerar que, conforme a los artículos 2049 y 2050 del Código Civil, dicho matrimonio entre personas del mismo sexo es incompatible con el orden público internacional. En efecto, el Código Bustamante señala que «los preceptos constitucionales son de orden público internacional» y para nuestra Constitución el matrimonio es heterosexual, según hemos explicado.

El demandante acusa al RENIEC de discriminación. Como sabemos, la jurisprudencia de este Tribunal señala que «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»[8], conforme al cual las dos situaciones que se comparan deben «compartir una esencial identidad»[9].

Pues bien, el demandante no aporta un término de comparación válido, ya que compara dos situaciones distintas: su matrimonio (entre personas del mismo sexo) con los matrimonios heterosexuales, como son todos los inscritos en el registro civil del Perú.

---

6 *Convenio Europeo de Derechos Humano*s, artículo 12: "**Derecho a contraer matrimonio**.- A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho".

7 *Affaire Chapin et Charpentier c. Franc*e, 9 de septiembre de 2016, párr. 37.

8 Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente 0014-2007-PI/TC, fundamento 12.

9 Ídem.

Otra situación se daría si ya existiera inscrito en el registro civil peruano un matrimonio celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo y, pese a ello, se negara la inscripción del matrimonio del demandante. Aquí sí podría presentarse una discriminación, pero no es el caso.

Por cierto, esta sería la consecuencia de accederse al pedido del demandante: en adelante, tendría que ser inscrito en el RENIEC todo matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero, pues lo contrario sería discriminatorio. De esta forma, en la práctica, la ponencia estaría implantando en el Perú el matrimonio homosexual, pese a la Constitución.

Por lo demás, el RENIEC ha apoyado su decisión en una justificación razonable, como es que el matrimonio del demandante no es compatible con la Constitución y el orden público internacional conforme al Código Civil, por las razones que ya hemos expuesto.

Antes de cerrar este punto, quisiera decir que he visto con asombro que el ponente, pretendiendo hacer las veces de "legislador" y yendo en contra de la heterosexualidad del matrimonio consagrada en la Constitución, da una nueva definición de matrimonio. En efecto, la ponencia, desconociendo el artículo 234 del Código Civil[10], que es una norma imperativa y de orden público, quita el requisito de la heterosexualidad y dice que el matrimonio es «la unión fundada en el amor de pareja (...)» (fundamento 100). Cabe precisar que el artículo 234 del Código Civil consagra los elementos estructurales esenciales del matrimonio como acto jurídico que son: la diversidad de sexo de los contrayentes, el consentimiento matrimonial, la aptitud nupcial y la observancia de la forma prescrita con intervención de la autoridad competente para su celebración.

Toca ahora ocuparme de la segunda razón que da la ponencia para declarar fundada la demanda: la exhortación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a que los Estados incorporen uniones como las del demandante en sus respectivos ordenamientos.

Para la ponencia −como puede apreciarse en su fundamento 93− dicha exhortación estaría contenida en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica.

Sin embargo, la propia ponencia reconoce, en su fundamento 117, que dicha Opinión no tiene carácter vinculante, más aún si no fue solicitada por el Perú. Pero dice también la ponencia que, en todo caso, es un pronunciamiento «de necesaria revisión» (fundamento 119).

El hecho que la ponencia señale que esa Opinión Consultiva carece de efectos vinculantes, me releva de mayores comentarios, pues, en efecto, es así.

10 *Código Civil*, artículo 234: «El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común».

Pero la ponencia afirma también que dicha Opinión es al menos un pronunciamiento «de necesaria revisión». Esto me lleva a revisarla para concluir que va frontalmente contra la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues ésta de modo expreso señala, en su artículo 17.2, que el matrimonio sólo puede darse entre un hombre y una mujer.

Por lo expuesto, en aplicación de los artículos 5 (inciso 1) y 38 del Código Procesal Constitucional, la demanda es improcedente pues no está referida al contenido constitucionalmente protegido un derecho constitucional. Como hemos sustentado, la Constitución (artículo 4) consagra el matrimonio entre personas de diferente sexo, en consonancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 16.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23.2) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17.2).

Sin perjuicio de todo lo anterior, pienso que el Congreso de la República podría debatir una ley para personas que por diversas circunstancias vivan juntas, en asuntos legales propios de esa convivencia, como los bienes adquiridos dentro de ésta, contratos de seguros u otros similares, que no puedan ser cubiertos por la legislación ya existente.

Dicha ley debería ser lo más inclusiva posible y no restringida a personas del mismo sexo ni prohibida para parientes (por ejemplo, dos hermanas o dos hermanos que viven juntos y se apoyan mutuamente). Cualquier interesado debería tener acceso a los beneficios de esa ley.

Pero aquella es tarea que, según las reglas democráticas y del Estado de derecho a las que nos debemos, compete al Parlamento, donde están representados todos los ciudadanos y las tendencias políticas presentes en la sociedad.

Por estas consideraciones, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

S.
FERRERO COSTA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el mayor respeto por mis colegas, emito el presente voto para expresar las razones que sustentan mi posición en el presente caso:

1. El demandante solicita que se declare la nulidad de la Resolución Registral 1258-2012-GOR/JR10LIM/ORLIMA/RENIEC, de fecha 7 de marzo de 2012, y de sus respectivas resoluciones confirmatorias, a saber, la Resolución Regional 497-2012/GOR/JR10LIM/RENIEC, de fecha 18 de junio de 2012, y la Resolución de Gerencia 55-2012-GRC/RENIEC, de fecha 15 de agosto de 2012, que denegaron la inscripción del acta de matrimonio civil que contrajo en Ciudad de México con un ciudadano mexicano.

2. Al respecto, el artículo 5,2 del Código Procesal Constitucional establece que "No proceden los procesos constitucionales cuando: (…) 5. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, …". No obstante, la ponencia no realiza un análisis del cumplimiento de este requisito de procedibilidad.

3. Este Tribunal Constitucional ha señalado que el proceso contencioso administrativo constituye una vía idónea en la que puede ventilarse este tipo de controversias relativas a resoluciones administrativas. En este sentido, al existir una vía judicial igualmente satisfactoria para cuestionar las resoluciones administrativas que son objeto de la presente demanda, la misma deberá ser declarada improcedente en aplicación del artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional.

Por estas consideraciones, mi voto es por

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.

S.
MIRANDA CANALES

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
ERNESTO BLUME FORTINI

Mi voto en el presente caso es por declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo promovida por Oscar Ugarteche Galarza contra el Registro Nacional de Identidad y Registro Civil (Reniec), sobre inscripción registral de matrimonio celebrado en la ciudad de México con don Fidel Aroche Reyes, por las siguientes consideraciones:

1. No existe un derecho constitucional en juego, porque la Constitución no consagra el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Por ello, al no existir dicho presupuesto, la demanda resulta improcedente en aplicación estricta de lo dispuesto por el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional.

2. Ello es así porque la Constitución en una interpretación armónica o concordada de sus artículos 4 y 5, con su Cuarta Disposición Final y Transitoria, que dispone que la Constitución se interpreta de conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros instrumentos internacionales protectores de los derechos humanos; convención que en su artículo 17, al regular la protección a la familia, reconoce en su inciso 2) el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia. En tal sentido, hay un bloque convencional de interpretación que lleva a dicha conclusión.

3. La Constitución Política señala lo siguiente en sus artículos 4 y 5:

   > Artículo 4. La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.
   >
   > La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.
   >
   > Artículo 5. 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.

4. A su turno, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la misma Constitución dispone:

   > "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".

5. Por su parte, el artículo 17 de la Convención Americana señala lo siguiente:

   Artículo 17. Protección a la Familia

   1. **La familia** es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

   2. **Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio** y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención (el resaltado es mío).

6. Como es de verse, no hay referencia alguna en la Constitución ni en la CADH al derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo ni habilitación alguna al respecto.

7. El artículo 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos va en la misma línea, al reconocer el derecho a contraer matrimonio, en los siguientes términos:

   Derecho a contraer matrimonio. A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

8. A esto se suma el Código Civil en su artículo 234 que establece que

   El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.

9. Por lo demás, la Opinión Consultiva OC- 24/17, no es vinculante, como lo dice el juez Eduardo Vio Grossi en su voto individual emitido en la mencionada opinión consultiva, opinión emitida a petición de Costa Rica. Entonces, como opinión no obliga a los Estados, sino sería una decisión mandatoria y coercitiva, la cual se debería haberse traducido en una resolución.

10. No se trata pues, de un tratamiento peyorativo ni de discriminación frente a las personas del mismo sexo que se aman y deciden compartir un proyecto de vida merecen, las cuales merecen máximo respeto y consideración. Empero, ocurre que en el Perú no está consagrado el derecho fundamental al matrimonio entre personas del mismo sexo. Por lo tanto, para que pueda existir matrimonio entre personas del mismo sexo se requiere la modificación de la Constitución, según su procedimiento. O, en todo caso, a nivel del Código Civil podría darse una regulación especial a fin de dar algún tipo de tutela a este grupo de respetables personas, sin que la misma se denomine matrimonio, pudiendo llamarse, por ejemplo, unión civil o utilizarse otra denominación.

S.
BLUME FORTINI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Lo que se discute en este proceso es si el Tribunal Constitucional debe ordenar a Reniec inscribir el matrimonio de Óscar Ugarteche con Fidel Aroche celebrado en Ciudad de México. En mi opinión, no debe hacerlo porque implicaría desconocer normas no solo del Código Civil sino también de la Constitución Política del Perú. Por lo pronto, El artículo 2050 del Libro X, Derecho Internacional Privado, del Código Civil, establece lo siguiente:

> Todo derecho regularmente adquirido al amparo de un ordenamiento extranjero, competente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, tiene la misma eficacia en el Perú, *en la medida en que sea compatible con el orden público internacional y con las buenas costumbres* [énfasis añadido].

Por tanto, no todo derecho adquirido fuera del Perú tiene que ser reconocido como válido en el Perú. El Código Civil fija un límite: solo deben serlo aquellos que son compatibles con el orden público internacional y las buenas costumbres. Ahora bien, según el artículo 4º del Código de Derecho Internacional Privado –conocido como Código Bustamante–, de 1928, suscrito por el Perú,

> Los preceptos constitucionales son de orden público internacional.

Aunque el matrimonio de Ugarteche con Aroche fue celebrado válidamente en Ciudad de México, colisiona con la noción de matrimonio contenida no solo en el Código Civil sino también en la Constitución Política del Perú. Al ser esta noción un precepto constitucional, conforma el orden público internacional. Así, la pretensión de la demanda cae fuera del ámbito de reconocimiento del Derecho peruano.

El artículo 234 del Código Civil define al matrimonio en los términos siguientes:

> El matrimonio es la *unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer* legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común [énfasis añadido].

Según esta definición, los elementos esenciales del matrimonio en el Perú son dos:

1. Ser una *unión voluntaria* –por tanto, en el Perú no puede reconocerse un matrimonio concertado entre los padres de los novios, como ocurre, por ejemplo, en la India; y,
2. Ser celebrado por *un var*ón y una mujer –por tanto, en el Perú no puede reconocerse la poligamia, como en los países musulmanes, ni el matrimonio entre personas del mismo sexo, como en Ciudad de México.

Esta noción de matrimonio está contenida también en la Constitución. El artículo 5 de la Constitución se refiere al concubinato en los términos siguientes:

> La *unión* estable de *un var*ón 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 [énfasis añadido].

No cabe duda de que la Constitución se refiere aquí al matrimonio de hecho, ya que la norma contiene todos sus elementos esenciales. Para empezar, utiliza el término *unión*, que es el mismo que emplea el Código Civil para definir al matrimonio. Añade luego que se trata de la que se da entre *un var*ón y una mujer, tal como el Código Civil. Finalmente, señala que esta unión da lugar a la *sociedad de gananciales*, que es el régimen de propiedad de los bienes en el matrimonio, según el mismo Código Civil. Entonces, de acuerdo a la Constitución, *no* da lugar a la sociedad de gananciales la unión de un varón y otro varón, ni la de una mujer y otra mujer; tampoco, la unión de un varón y cuatro mujeres, como bajo la *sharia*, o al revés. Para que la unión de una pluralidad de personas de lugar a la sociedad de gananciales, estas han de ser solo dos y de sexo opuesto; han de ser *un varón y una mujer*. Por ello, Enrique Chirinos Soto –uno de los principales autores de la Constitución– comenta este artículo diciendo:

> El concubinato es matrimonio en todo, menos en el nombre.

Es absurdo pensar, pues, que la Constitución reconoce y protege al concubinato y no al matrimonio. Por supuesto que lo hace, y muy enérgicamente. De hecho, el artículo 4 de la Constitución dice que:

> La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia *y promueven el matrimonio*. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.
>
> La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

En mi opinión, una lectura no sesgada de la Constitución hace evidente que ella contiene y protege la misma noción de matrimonio que el Código Civil. Sin embargo, si persistiera la inquietud respecto a la noción constitucional de matrimonio, cabe recordar que la cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución señala que:

> 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.

El inciso 2 del artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, ratificado por el Perú, dice:

> Se reconoce el derecho d*el hombre y la mujer* a contraer matrimonio [énfasis añadido].

La Convención Americana no dice, pues, que contraer matrimonio es derecho de las personas; dice que es derecho *del hombre y la mujer*, es decir, de *dos* personas de *sexo opuesto*. La Convención Americana no ampara tampoco la poligamia ni el matrimonio entre personas del mismo sexo. Es indudable, entonces, que la Constitución –leída a la luz del inciso 2 del artículo 17 de la Convención Americana– contiene la misma noción de matrimonio del Código Civil y la eleva al más alto rango jurídico. Al tener rango constitucional, la noción de matrimonio –según el Código Bustamante– es parte integrante del orden público internacional. Por tanto, no puede reconocerse en el Perú un derecho adquirido en el extranjero que colisione con esta noción.

La demanda alega que no reconocer el "matrimonio igualitario" vulnera el derecho a la igualdad del demandante. Sin embargo, el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución, que establece el derecho a la igualdad, debe ser leído conjuntamente con el artículo 5, que contiene la noción de matrimonio antes señalada. Definir una institución –o un concepto– implica, inevitablemente, delimitar su contenido. Pretender que la definición del matrimonio –o, para el caso, la de cualquier otra institución o concepto– no delimite su contenido implica vaciarla de este. El contenido de todo término, en efecto, está dado tanto por lo que queda dentro como por lo que queda fuera de su definición. Definir es delimitar.

Por otra parte, la demanda sustenta su pretensión en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al absolver una consulta formulada por Costa Rica, el 2017, ordenó establecer el "matrimonio igualitario" en todos los países americanos. Soslaya que tal opinión fue solicitada por Costa Rica para resolver un caso puntual, referido al cambio de nombre de una persona, que involucraba su identidad de género. Costa Rica no le pidió a la Corte Interamericana que legislara sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo en Costa Rica ni menos en todos los países del hemisferio —incluso en los que no han suscrito el Pacto de San José. Así lo hizo notar el voto singular del juez Eduardo Vio Grossi, que acompaña dicha opinión consultiva. Este dice que:

> la opinión consultiva no es vinculante para los Estados Parte de la Convención ni para los otros miembros de la Organización de los Estados Americanos, por lo que no procede que ordene la adopción de alguna conducta. (...) La competencia no contenciosa o consultiva de la Corte no consiste, entonces, en ordenar o disponer sino más bien convencer.

Esta opinión consultiva de la Corte Interamericana, lanzada *urbi et orbi*, constituyó un exceso evidente de los seis jueces que la suscribieron. Tres años después de emitida, podemos constatar que ninguno de los treinticuatro países miembros de la Organización de Estados Americanos –a los que estaba dirigido su supuesto mandato– le ha hecho caso, salvo Ecuador, que es la excepción que confirma la regla. Ciertamente, algunos otros países americanos han reconocido el "matrimonio igualitario", pero lo han hecho por decisión de sus órganos de gobierno, no en acatamiento del supuesto mandato de la Corte Interamericana. El Perú no tiene, pues, por qué sentirse obligado por una opinión consultiva que jamás solicitó.

En realidad, esta opinión consultiva solo confirmó que el sistema interamericano de derechos humanos adolece de graves defectos estructurales. Los jueces de la Corte Interamericana son elegidos por representantes de todos los países que han ratificado el Pacto de San José, así no se sometan a su competencia contenciosa; asimismo, los miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos son elegidos por todos los países miembros de la Organización de Estados Americanos, así no hayan ratificado el Pacto de San José. Cuatro países no se someten a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, pero participan en la elección de sus jueces; asimismo, doce países no han ratificado el Pacto de San José, pero participan en la elección de los miembros de la Comisión Interamericana, encargada de acusar a los países ante la Corte Interamericana. A diferencia de ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos está integrado por cuarentisiete jueces, es decir, uno por cada país miembro del Consejo de Europa.

Al soslayar la relación de los jueces y de los miembros de la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana con sus países de origen y enfatizar que son elegidos en base a su "alta autoridad moral", la Convención Americana abona el terreno para la ideologización del sistema interamericano de derechos humanos. Por definición, la moral es problemática y los dilemas que trata de resolver no admiten soluciones únicas o finales. Siempre caben nuevas perspectivas para analizar los dilemas morales. En una perspectiva pluralista y tolerante, no existen *expertos morales*.

El Diccionario de la Real Academia Española dice que ideología es el:

> Conjunto de ideas fundamentales que caracteriza el pensamiento de una persona, colectividad o época, de un movimiento cultural, religioso o político, etc.

Sin embargo, la ideología puede ser entendida también como mistificación de la realidad. Mistificar es:

> tr. Engañar, embaucar.
>
> tr. Falsear, falsificar, deformar.

El carácter ideológico de la opinión de la Corte Interamericana es el mismo que se trasluce en una declaración reciente del demandante al diario *La República*. Paladinamente, este dijo hace unos días:

> A mí no me importa en qué dirección fallen [los magistrados del Tribunal Constitucional][11].

Y añadió:

> Quiero que se hagan personas de bien.

11 "Oscar Ugarteche: 'Doscientos años después de la independencia, el país se está desintegrando'", *La República*, Lima, 18 de octubre de 2020: https://larepublica.pe/domingo/2020/10/18/oscar-ugarteche-doscientos-anos-despues-de-la-independencia-el-pais-se-esta-desintegrando/

Para el demandante, decirle –como Reniec– que aquí no puede inscribirse su matrimonio con otro hombre, celebrado en la Ciudad México, porque no lo permiten las normas legales y constitucionales peruanas, implica ser malvado. Este argumento no puede ser aceptado en un proceso de control constitucional. Nuestra Constitución propugna una sociedad abierta y democrática. Ningún Dueño de la Verdad ni Monopolista de la Virtud puede obligarnos a pensar de una manera o de otra. La sociedad peruana es una comunidad autónoma de hombres y mujeres libres, que estructuran su interacción por las normas que ellos mismos acuerdan a través de sus *representantes*. Tales normas pueden ser acertadas o desacertadas, conducentes o inconducentes, apropiadas o inapropiadas; sin embargo, en cualquier caso, deben ser respetadas por quienes vivimos aquí. Todo peruano tiene derecho a criticar las normas existentes y sugerir su reforma, pero debe hacerlo por los canales adecuados y de la forma pertinente, sin descalificar moralmente a quienes piensen distinto.

Años atrás, el Congreso debatió un proyecto de ley para introducir la unión civil entre personas del mismo sexo, pero fue archivado el 2015 por decisión de la mayoría de los integrantes de la comisión dictaminadora. Si ahora se quiere ir aún más lejos e incorporar el "matrimonio igualitario" al Derecho peruano, debe hacerse una reforma constitucional siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 206 de la propia Constitución. Esta propuesta debe ser votada en el Congreso de la República, integrado por 130 representantes directamente elegidos por el pueblo. Si la propuesta tiene más de 65 votos, debe hacerse luego un referéndum; si llega a tener 87 votos en el Congreso, puede obviarse el referéndum y sometérsela a una nueva votación en la legislatura siguiente. Si en esta segunda votación vuelva a obtener 87 votos o más –o si es aprobada en el referéndum–, el "matrimonio igualitario" debe ser reconocido y respetado por todos los peruanos.

Introducirlo por la ventana, a través de una resolución del Tribunal Constitucional, implicaría que los magistrados constitucionales usufructuemos y abusemos indebidamente del puesto que temporalmente ocupamos. Nosotros no estamos aquí para establecer lo que nos parece bueno o conveniente –menos todavía, a la hora undécima, cuando nuestros mandatos están ya vencidos desde hace un año y medio. Nosotros estamos aquí no para sustituir a los legisladores o constituyentes sino solo para hacer cumplir la Constitución Política del Perú.

Por lo antes señalado, pienso que la demanda es **IMPROCEDENTE**, al no existir en el Perú el derecho constitucional al matrimonio entre personas del mismo sexo.

S.
SARDÓN DE TABOADA

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ Y DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

En sí, la homosexualidad está tan limitada como la heterosexualidad: lo ideal sería ser capaz de amar a una mujer o a un hombre, a cualquier ser humano, sin sentir miedo, inhibición u obligación.

Simone de Beauvoir

Elaboramos el presente voto porque no compartimos ni las razones ni la decisión adoptada por la mayoría de nuestros colegas. De este modo, y a fin de sustentar que la presente demanda debió ser declarada como **FUNDADA**, estructuraremos nuestro pronunciamiento abordando los siguientes tópicos: i) consideraciones acerca del plazo para interponer la demanda y, en general, acerca de la aplicación del artículo 5 del Código Procesal Constitucional en este caso; ii) desarrollo de los argumentos expuestos por el Reniec para denegar la solicitud del demandante; iii) la discriminación por orientación sexual y su prohibición en el ordenamiento peruano; iv) la actual noción de la excepción de "orden público internacional"; y v) la aplicación de estos criterios a la solicitud presentada por Oscar Ugarteche y Fidel Aroche.

§. Cuestión previa: consideraciones acerca del plazo para interponer la demanda y de la aplicación del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional

1. Advertimos que, en este caso, existen dos cuestiones que es preciso abordar antes de ingresar al fondo de la controversia. En primer lugar, es necesario examinar si es que la demanda ha sido interpuesta dentro del plazo establecido en el Código Procesal Constitucional, ya que esta ha sido la razón para desestimar la demanda por las autoridades jurisdiccionales que conocieron de la presente demanda en la segunda instancia. En segundo lugar, y a propósito de la decisión adoptada por la mayoría de nuestros colegas, corresponde indagar sobre la eventual aplicación del artículo 5.1 para resolver una demanda relativa a la inscripción de un matrimonio entre personas del mismo sexo.

a) Consideraciones acerca del plazo para interponer la demanda

2. La resolución de segunda instancia ha declarado fundada la excepción de prescripción extintiva de la acción, ya que ha considerado que la demanda ha sido interpuesta de forma extemporánea. En ese sentido, consideramos que es necesario dilucidar, antes de ingresar al fondo de la controversia, si es que ha sido correcta la aplicación de esta causal de improcedencia.

3. De conformidad con el artículo 44 del Código Procesal Constitucional, "el plazo para interponer una demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda […]". El inciso 6 de la referida disposición precisa que "[e]l plazo comenzará a contarse una vez agotada la vía previa, cuando ella proceda". Para el conteo del plazo, como resulta evidente, no pueden ser considerados los días en que la judicatura no se ha encontrado en ejercicio efectivo de sus funciones.

4. En el presente caso, conforme a la cédula de notificación 0009-2012-UFI/JR10LIM/GOR/RENIEC, la resolución que dio por agotada la vía administrativa en la que tuvieron lugar los actos que el demandante considera violatorios de su derecho a la igualdad y no discriminación, le fue notificada el 21 de agosto de 2012, mientras que la demanda fue interpuesta el 12 de diciembre del mismo año.

5. Entre las fechas antes indicadas, han mediado: a) los días feriados nacionales 30 de agosto, 8 de octubre y 1 de noviembre de 2012; b) los días no laborables para el sector público a nivel nacional declarados mediante Decreto Supremo 099-2011-PCM, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 29 de diciembre de 2011, es decir, el 31 de agosto y el 2 de noviembre de 2012; y c) la paralización de labores del Poder Judicial los días 24 y 30 de octubre, 6, 7 y 13 de noviembre de 2012, y la huelga nacional realizada a partir del 15 de noviembre hasta el 5 de diciembre de 2012, conforme ha sido reconocido por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa 255-2012-CE-PJ, de fecha 12 de diciembre de 2012, que aprueba la Directiva 006-2012-CE-PJ y establece el procedimiento para la recuperación de horas.

6. En consecuencia, descontando los días correspondientes, entre la fecha de notificación de la resolución que dio por agotada la vía administrativa y la fecha de interposición de la demanda, han transcurrido 56 días. *Ergo*, la demanda ha sido interpuesta dentro del plazo previsto en el artículo 44 del Código Procesal Constitucional.

7. Dilucidada esta cuestión, corresponde examinar si es que, como lo han propuesto la mayoría de nuestros colegas, es pertinente la aplicación del artículo 5.1 para la resolución de esta controversia.

b) Acerca de la naturaleza del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional y su aplicación en la presente controversia

8. Por otro lado, la mayoría de nuestros colegas, en una discutible aplicación del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional, han decidido declarar improcedente la demanda, ya que, según consideran, no existe, en nuestro ordenamiento, un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, por lo que el Reniec habría procedido de forma correcta al desestimar la solicitud de inscripción de la unión entre Oscar Ugarteche y Fidel Aroche.

9. Estimamos que la aplicación del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional requiere un previo proceso de configuración, ya que se trata de una causal de improcedencia que, al rechazar la demanda sin opción de analizar el fondo de la controversia, debe ser interpretada de forma restrictiva. En efecto, en virtud de esta disposición no es posible excluir, *ab initio*, importantes discusiones sobre si ciertas materias ingresan o no dentro del ámbito de algún derecho que se encuentre reconocido por nuestra norma fundamental.

10. Por lo general, en los casos en los que se ha aplicado esta causal de improcedencia ya existía un importante consenso sobre el hecho que lo reclamado no aludía a algún asunto *constitucionalmente relevante*. Sin embargo, por lo general esas conclusiones eran obtenidas luego de explorar un conjunto importante de casos, por lo que la jurisprudencia constitucional permitía ser una importante fuente de referencia para conocer si es que el acto reclamado estaba vinculado con el contenido constitucional de algún derecho.

11. Esto suele obedecer a que, en la justicia constitucional, se suele interactuar con cláusulas que, por su misma naturaleza, suelen ser indeterminadas, lo que puede apreciarse a través de la vaguedad y ambigüedad de sus respectivas regulaciones. La primera condición alude a una situación en la que "existen objetos en relación con los cuales es dudoso si la palabra en cuestión es aplicable o no" [Ferreres, Víctor (2012). Justicia constitucional y democracia. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 24]. La ambigüedad, a su vez, "puede depender del significado de los vocablos y de los sintagmas (ambigüedad semántica), de la sintaxis de los enunciados (ambigüedad sintáctica), o del contexto en que usan los enunciados (ambigüedad pragmática)" [Guastini, Riccardo (1997). Problemas de interpretación. Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 7, p. 123].

12. De hecho, a esta clásica indeterminación de las cláusulas constitucionales debemos añadir la cada vez más notoria conexión entre el derecho de origen nacional y el que proviene de fuentes de derecho internacional, lo cual nos presenta nuevos dilemas relacionados con la influencia de esta clase de normas en la actividad judicial peruana. Entendemos que la interpretación que, del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional, ha formulado la mayoría de nuestros colegas simplemente ha decidido ignorar esta interacción que, por lo demás, debe realizarse en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Cuestiones como la prohibición de discriminación por orientación sexual se han debatido en órganos como la Corte Interamericana de Derechos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como por diversos comités de vigilancia del sistema de la Organización de las Naciones Unidas, y todos ellos han coincidido en señalar que los Estados deben adoptar todas las medidas para erradicarla.

13. En lo relativo a la situación específica del matrimonio entre personas del mismo sexo, como se detallará más adelante, los dos principales tribunales regionales de derechos humanos (esto es, la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo) han coincidido en

señalar que es necesario brindar a estas uniones alguna fórmula de protección legal. De este modo, el hecho que nuestros colegas hayan decidido aplicar esta causal de improcedencia para el reclamo formulado en este caso supone simplemente dejar de lado una apertura al derecho internacional que se ha enfatizado desde el final de la Segunda Guerra Mundial, y, en el caso peruano, particularmente desde la Constitución de 1979.

14. En este orden de ideas, estimamos que la causal del artículo 5.1 del Código no debe ser aplicación cuando existen desarrollos que provienen de fuentes del derecho internacional, lo cual es posible desprender tanto del artículo 55 como de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993. Al ser aquella una causal de improcedencia, debe estar reservada para casos en los que, de manera evidente, no exista algún reclamo con respaldo constitucional.

15. Por todo lo expuesto, consideramos que es impertinente la aplicación del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional en este caso, por lo que corresponde analizar el fondo de la controversia. En ese sentido, procederemos a delimitar el asunto litigioso.

§. Delimitación del asunto litigioso.

16. El demandante solicita que se declare la nulidad de la Resolución Registral 1258-2012-GOR/JR10LIM/ORLIMA/RENIEC, de fecha 7 de marzo de 2012, y de sus respectivas resoluciones confirmatorias, a saber, la Resolución Regional 497-2012/GOR/JR10LIM/RENIEC, de fecha 18 de junio de 2012, y la Resolución de Gerencia 55-2012-GRC/RENIEC, de fecha 15 de agosto de 2012, que denegaron la inscripción del acta de matrimonio civil que contrajo en Ciudad de México con un ciudadano mexicano.

    Sostiene que la concreta razón de la referida denegación reside en que se trata de un matrimonio contraído entre personas del mismo sexo, y que, en consecuencia, las referidas resoluciones administrativas han violado su derecho fundamental a no ser discriminado.

    En consecuencia, corresponde que determinemos si es que dicha denegatoria supone una vulneración de los derechos alegados. En ese sentido, debemos evaluar las razones por las que el Reniec no aceptó la inscripción del acta de matrimonio, a fin de analizar si ellas son compatibles con el cuadro de principios y derechos que emanan de la ley fundamental.

§. Las razones esgrimidas por el Reniec para denegar la inscripción del acta de matrimonio, y las normas del Código Civil aplicables a la solicitud.

17. A través de la Resolución Registral 1258-2012-GOR/JR10LIM/ORLIMA/RENIEC, se declaró improcedente la solicitud de inscripción del acta de matrimonio civil celebrado entre el recurrente y su pareja del mismo sexo en Ciudad de México. Los argumentos esenciales para denegar la solicitud refieren que "la Constitución Política

del Perú de 1993, en su artículo 4°, [p]romueve el [m]atrimonio, y lo reconoce […] como instituto natural y fundamental de la sociedad, cuya forma, causas de separación y disolución, **SON REGULADAS POR LEY**" (el énfasis es del original), y que, en esa medida, debe tenerse presente que "[c]on el Código Civil de 1984, los elementos estructurales o condiciones esenciales del matrimonio como acto jurídico, previstos en el artículo 234°, son entre otros: la diversidad de sexo de los contrayentes".

18. Por su parte, la Resolución Regional 497-2012/GOR/JR10LIM/RENIEC que declaró infundado el recurso de apelación interpuesto contra la recién citada resolución, razonó que

> la Constitución Política del Perú de 1993 postula, en el segundo párrafo del artículo 4, el [p]rincipio de [p]romoción del [m]atrimonio. Este [p]rincipio guarda relación con el de la forma del matrimonio, y significa que el matrimonio que debe promoverse es el celebrado conforme a la ley civil"; "[s]iendo así, el artículo 234 del Código Civil señala que el matrimonio es la unión voluntariamente concertada entre varón y una mujer; por tanto, no existe en nuestra legislación respaldo normativo para el matrimonio entre personas del mismo sexo […].

A ello, agregó que

> "[r]esulta necesario considerar lo prescrito en el artículo 2049° del Código Civil que dispone que '*Las disposiciones de la ley extranjera pertinente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, serán excluidas sólo cuando su aplicación sea incompatible con el orden público internacional o con las buenas costumbres. Rigen, en este caso, las normas del derecho interno peruano*'" [cursivas son del original]; [debiendo tenerse también presente que la] noción de orden público implica el conjunto de normas imperativas y prohibitivas de obligatoria observancia por la sociedad y los poderes públicos", y que "[e]l ordenamiento contenido en el Código Civil se integra de manera clara y terminante con el orden público"; motivo por el cual "no resulta amparable inscribir en el Registro de Estado Civil el matrimonio [entre personas del mismo sexo] celebrado en el [p]aís de Mexíco […], pues debe entenderse que nuestra Constitución Política y legislación civil no lo permite" (cursivas y énfasis del original).

19. Sin perjuicio de lo expuesto, es la Resolución Gerencial 055-2012-GRC/RENIEC –es decir, la que dio por agotada la vía administrativa, tras resolver el recurso de revisión interpuesto contra la Resolución Regional 497-2012/GOR/JR10LIM/RENIEC– la que profundiza las razones para denegar la inscripción en registros públicos del acta de matrimonio civil del demandante. En ella se lee lo siguiente:

> Que, el artículo **234** de nuestro Código Civil, conceptualiza [al matrimonio] como la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella, resultando en consecuencia un acto jurídico civil, solemne y público mediante el cual dos personas de distinto sexo establecen una unión regulada por la ley; [ello], aunado a la circunstancia que nuestra Constitución Política considera

> al matrimonio como instituto natural y fundamental de la [s]ociedad, [lleva] a concluir que el referido [a]rtículo 234° del Código Civil [p]eruano [es] **una norma de orden público internacional**, de ineludible cumplimiento y observancia no sólo por los matrimonios sujetos a la ley peruana, sino también por aquellos matrimonios que, de acuerdo a las normas de Derecho Internacional Privado, se encuentr[an] sujetos a una ley extranjera […].
>
> Que, constituyendo el matrimonio del [recurrente] un matrimonio internacional, la eficacia del mismo en el territorio peruano, materializada a través de su inscripción en los Registros de Estado Civil nacionales, debe ser examinada considerando lo dispuesto en el [a]rtículo **2050°** del Código Civil [p]eruano, norma que establece que los derechos regularmente adquiridos al amparo de un ordenamiento extranjero, competente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, tendrán la misma eficacia en el Perú, en la medida que sean compatibles con el orden público internacional y las buenas costumbres.
>
> Que, si bien –en el presente caso– es posible establecer que el matrimonio civil del recurrente […] habría sido celebrado de forma válida ante la autoridad competente mexicana, por admitir las leyes de dicho país el matrimonio civil homosexual, estos actos jurídicos no resultan compatibles con el orden público internacional peruano, pues no cumplen con el requisito de diversidad de sexos de los contrayentes, establecida en el [a]rtículo 234° del Código Civil, norma que conforme lo indicado en párrafos anteriores, **es de carácter de orden público internacional.**
>
> Que, consecuentemente no es posible admitir, ante los Registros de Estado Civil peruanos, la inscripción de matrimonio de personas del mismo sexo, celebrado en el extranjero, por cuanto este tipo de uniones no resultan eficaces en el Perú, al no ser compatibles con norma de orden público internacional, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2050° del Código Civil" (el énfasis es del original).

20. En virtud de lo expuesto por el Reniec, podemos advertir que la solicitud de inscripción fue examinada en virtud de lo reconocido por las normas pertinentes de Derecho Internacional Privado, las cuales se encuentran contenidas en el Libro X del Código Civil.

21. Al respecto, el artículo 2076 del Código Civil, establece que "[l]a forma del matrimonio se rige por la ley del lugar de su celebración". Por su parte, el artículo 2049 dispone que "[l]as disposiciones de la ley extranjera pertinente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, serán excluidas sólo cuando su aplicación sea incompatible con el orden público internacional o con las buenas costumbres. Rigen, en este caso, las normas del derecho interno peruano". Mientras que el artículo 2050, reconoce que "[t]odo derecho regularmente adquirido al amparo de un ordenamiento extranjero, competente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, tiene la misma eficacia en el Perú, en la medida en que sea compatible con el orden público internacional y con las buenas costumbres".

22. De esta forma, es posible concluir que, para el Reniec, la razón principal para que en este caso no se reconozca el acto jurídico celebrado en el extranjero radica en que la realización de un matrimonio entre personas del mismo sexo supone una vulneración del orden público internacional al no encontrarse permitida, según refiere, esta clase de vínculos por la Constitución de 1993. Se advierte, pues, que esta entidad recurrió a las excepciones previstas en el artículo 2049 del Código Civil a fin de no reconocer la inscripción que aquí solicita el demandante.

23. Sobre ello, es pertinente agregar que, conforme a una interpretación sistemática de las referidas normas del Código Civil peruano, la forma del matrimonio celebrado en el extranjero se rige por la ley del lugar de su celebración, y todo derecho regularmente adquirido al amparo de dicho acto jurídico, tiene la misma eficacia en el Perú, a menos que la referida ley extranjera sea incompatible con el orden público internacional o con las buenas costumbres, en cuyo caso rigen las normas del sistema jurídico peruano.

24. En este sentido, nos corresponde determinar si es que la concepción del Reniec, según la cual el matrimonio es exclusivamente entre personas de diferente sexo, se encuentra (o no) reconocida por la Constitución. Ello permitirá, a su vez, indagar si era pertinente la aplicación de la excepción del reconocimiento de actos jurídicos celebrados en el extranjero relacionada con el orden público internacional conforme las disposiciones del Código Civil.

25. El demandante sostiene que la denegatoria de la inscripción de su matrimonio con Fidel Aroche es un acto basado en una errada lectura de la Constitución, y que, de hecho, supone un manifiesto ejemplo de discriminación en función de la orientación sexual de los contrayentes.

26. Ahora bien, antes de examinar dichos alegatos, es necesario efectuar algunas consideraciones en relación con dos conceptos que resultan centrales para la resolución de la presente controversia: la discriminación por orientación sexual y el orden público internacional en los términos del Código Civil.

§. Categorías sospechosas de discriminación, realidad y orientación sexual.

27. El artículo 2, inciso 2, de la Constitución Política, 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 cualquiera otra índole".

28. Este Tribunal ha tenido ocasión de precisar las razones en virtud de las cuales el recién citado precepto constitucional incluye una serie de categorías expresas generadoras de discriminación ("origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica"). Se trata –ha dicho este Colegiado– de razones históricas o sociales que permiten predicar la existencia de las así denominadas "categorías sospechosas", es decir, categorías "que aluden a determinados grupos sociales que han sido históricamente discriminados y que, por ende, merecen recibir una tutela especial o diferenciada de parte del

ordenamiento jurídico. En este caso, dicha protección cualificada consiste en establecer que toda distinción que se funde en alguno de estos criterios expresamente vedados, estará afecta a una *presunción de inconstitucionalidad*, la cual sólo podrá ser desvirtuada a través de una justificación estricta, objetiva y razonable" [*cfr*. STC 2317-2010-PA, Fundamento 32; la cursiva es del original].

De ahí que la Constitución, al incluir la lista expresa de móviles proscritos de discriminación, "no ha hecho sino explicitar aquellos criterios que, por razones de tipo histórico o social, merecen ser tenidos como 'potencialmente discriminatorios' cuando son afectados por la acción u omisión del Estado o de los particulares" [*cfr*. STC 2317-2010-PA, Fundamento 33]. Que las razones hayan sido de carácter histórico explica y justifica que la disposición constitucional aluda, además, a móviles discriminatorios "de cualquiera otra índole". En efecto, no solo resulta, como es evidente, que la historia no es estática, pudiendo surgir grupos humanos que no habiendo sido discriminados en el pasado, lo comienzan a ser de modo sobrevenido, sino que también es posible que grupos que han sido discriminados desde hace mucho, en razón, justamente, del fenómeno socialmente discriminatorio, recién sean jurídicamente visibilizados de modo progresivo.

Por ello resulta conveniente la existencia de cláusulas constitucionales abiertas, que permiten, a través de una interpretación evolutiva y/o de la razonable analogía, reconocer, a la luz de la historia y el análisis sociológico, nuevas categorías sospechosas de discriminación que, por serlo, merecen una máxima protección constitucional. De ello, podemos notar que la fórmula que adoptó el constituyente tenía el claro propósito de examinar nuevos supuestos en los que sea necesaria la existencia de alguna tutela reforzada. De este modo, en la resolución de estas controversias, y parafraseando a la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos en la emblemática sentencia *Brown vs. Board of Education*, no podemos simplemente retroceder el reloj e indagar lo que, en la década de los 90, pensaron los constituyentes sobre esta materia, sino que debemos examinar si es que, en virtud de las circunstancias actuales, existe un deber especial de no discriminar a las personas en razón de su orientación sexual.

29. Al respecto, existen otras características propias de las referidas categorías que llevan a dispensarles una tutela constitucional reforzada contra la discriminación. Por un lado, se tratan de componentes consubstanciales al ser humano, es decir, de rasgos de los que este no puede prescindir sin perder su identidad. De otra parte, se tratan de criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales [*cfr*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso I.V. *vs.* Bolivia, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, párr. 240].

30. Así, por ejemplo, atendiendo a razones como las antedichas, y considerando los desarrollos provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional ha podido concluir que, a pesar de no encontrarse en la lista constitucional expresa de motivaciones discriminatorias, "la edad se entenderá como tutelada

por la expresión 'cualquier otra índole', contenida en el artículo 2.2 de la Constitución. Ello implicará que cualquier distinción tomando en cuenta este factor requerirá de una fuerte argumenta[ción] de parte del órgano que efectuó el trato diferenciado a fin de justificar la constitucionalidad de la medida adoptada, la cual será sometida a un escrutinio estricto" [*cfr*. STC 5157-2014-PA, Fundamento 31].

31. Pues bien, a esta altura de los acontecimientos es posible sostener, sin atisbo de duda, que las personas de orientación sexual no heterosexual son un grupo humano históricamente discriminado. Los "Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género", también conocidos como "Principios de Yogyakarta", presentados ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 2007, señalan en su preámbulo que "históricamente las personas han sufrido violaciones de sus derechos humanos porque son lesbianas, homosexuales o bisexuales o se les percibe como tales, debido a su conducta sexual de mutuo acuerdo con personas de su mismo sexo". De ahí que el 22 de diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la "Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género", exigiendo, entre otras cosas, la igualdad de goce de derechos por parte de todos los seres humanos con independencia de su orientación sexual.

32. En este mismo sentido, una estimable cantidad de organismos internacionales han documentado violaciones a los derechos humanos cometidas contra personas en razón de su orientación sexual no heterosexual en diversas partes del mundo [*cfr*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes. Washington D.C., 2012]. En ese marco, recientemente, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha reiterado su "grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, (…) [cometidos] contra personas por su orientación sexual" [*cfr*. Resolución respecto a la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, Resolución 32/2 de 30 de junio de 2016, A/71/53].

33. Dado que la realidad peruana no escapa a este diagnóstico, el Poder Ejecutivo, a través del Decreto Supremo 002-2018-JUS, ha aprobado el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021, cuyo Lineamiento Estratégico 3 incluye a las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI), como un grupo de especial protección. En el documento se enfatiza que las personas pertenecientes a este grupo humano "enfrentan una marcada situación de violencia y discriminación en la sociedad, agravada por su normalización e invisibilización". Es particularmente sintomático que de acuerdo a la "Encuesta para medir la percepción de la población peruana en relación con los derechos humanos", realizada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la Universidad ESAN en 2013, el 93% de los encuestados consideraron que las referidas personas se encuentran más expuestas a la discriminación. La Defensoría del Pueblo ha sistematizado también diversa data que evidencia la discriminación estructural a la que

se encuentra sometido el colectivo LGBTI [*cfr*. Los derechos humanos de las personas LGBTI: Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú, Informe N° 175, Lima, 2016].

34. A lo expuesto se agrega que la orientación sexual –es decir, la atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un sexo diferente y/o de un mismo sexo–, con prescindencia de su contenido o de si se decide o no llevar a cabo conductas en consecuencia con ella, es un componente esencial de la identidad de todo ser humano [*cfr*. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Living Free & Equals. What States are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people, Nueva York y Ginebra, 2016, HR/PUB/16/3, p. 18]. Toda persona, a partir de cierto momento de su existencia en sociedad, se siente definida también por ese componente y, en la gran mayoría de casos, desarrolla pasajes singularmente importantes de su personalidad y de su vida en función a dicha orientación. Por lo tanto, ella encuentra también fundamento y es una dimensión de la dignidad humana.

35. Asimismo, resulta inequívoco que la orientación sexual no heterosexual, no constituye una enfermedad o patología. Así lo tiene determinado la Organización Mundial de la Salud (OMS), desde 1990, en su "Manual de Clasificación Internacional de Enfermedades" [*cfr*. CIE-11]. De la misma opinión es la Asociación Psiquiátrica Americana (APA), desde 1973. De hecho, esta entidad, en su oportunidad, en el "Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales" (DSM), enfatizó que "la homosexualidad *per se* no conlleva impedimento en juicio, estabilidad, confiabilidad o capacidades sociales y vocacionales" [*cfr*. American Psychiatric Association. Position Statement on Homosexuality and Civil Rights. Am J Psychiat, 1973, p. 497]. De ahí que la asociación que determinadas personas asumen entre una orientación sexual no heterosexual y la existencia de algún trastorno del cuerpo o de la mente, debe ser revertida a través de una adecuada política de formación en derechos humanos (artículo 14 de la Constitución), y de un adecuado ejercicio por parte de los padres de familia del deber de educar a sus hijos (artículo 13 de la Constitución).

36. De lo expuesto, ha quedado determinado que la orientación sexual: a) ha sido históricamente una razón de discriminación y, a la luz de los datos recogidos por entidades especializadas tanto a nivel internacional como a nivel interno, continúa siéndolo; b) es un elemento de la identidad y de la autodefinición de todo ser humano; y c) es un criterio que, como resulta evidente, carece de relevancia para la distribución en equidad de derechos y obligaciones; en ese sentido, corresponde concluir que en ningún caso puede ser considerada como una razón en sí misma suficiente para limitar o restringir los derechos de una persona, so pena de considerar dicho trato diferenciado como un trato discriminatorio.

37. En ese sentido, aún cuando el Tribunal Constitucional se ha ocupado antes parcialmente del asunto de modo incidental [*cfr*. SSTC 0023-2003-PI, Fundamento 85 y ss.; 2868-2004-PA; 1575-2007-PHC], nos corresponde señalar de modo preciso que

la orientación sexual debe interpretarse como uno de los motivos "de cualquiera otra índole" por los que "[n]adie debe ser discriminado", según reza el artículo 2, inciso 2, de la Constitución. Un razonamiento contrario es violatorio de la dignidad humana –fundamento de todos los derechos fundamentales– y, por ende, inconstitucional.

a) Constitución, Derecho Internacional de los Derechos Humanos y orientación sexual

38. A la misma conclusión recién expuesta se puede arribar si el razonamiento toma como punto de partida, estrictamente, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Recuérdese que los jueces y el Tribunal Constitucional tienen la obligación de interpretar los derechos y libertades reconocidos en la Constitución de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, en particular, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Cuarta Disposición Final de la Constitución) en los supuestos en los que brinden mayores niveles de protección que el derecho de origen nacional. En ese contexto, existe, a su vez, la obligación de atender la interpretación que sobre tales fuentes realizan los tribunales internacionales, en particular, la que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos (artículo V del Título Preliminar del CPCo.). En función de un enfoque preventivo en la protección de los derechos fundamentales, se tiene establecido que esta obligación se proyecta a toda fundamentación o *ratio decidendi* contenida en las sentencias de la referida Corte [*cfr*. STC 2730-2006-PA, Fundamentos 12 – 13].

39. Pues bien, de manera análoga a lo establecido en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución Política, el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone lo siguiente: "[l]os Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

40. Considerando ello, y siguiendo una argumentación similar a la aquí planteada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) tiene establecido que la expresión "cualquier otra condición social" del aludido artículo 1.1 debe ser interpretada de la manera más favorable a la optimización de la dignidad de la persona humana, motivo por el cual debe asumirse que la orientación sexual es una categoría protegida por la Convención Americana. Siendo ello así, la Corte enfatiza lo siguiente:

> […] está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual" [*cfr*. Caso Atala Riffo y niñas *vs.* Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 91. El criterio ha sido reiterado en

el Caso Duque *vs.* Colombia, Sentencia de 26 de febrero de 2016, párr. 104; en el Caso Flor Freire *vs.* Ecuador, Sentencia de 31 de agosto de 2016, párr. 118; y en la Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017, párr. 68].

41. En el ámbito del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, *mutatis mutandis*, el Comité de Derechos Humanos [*cfr*. Observaciones Finales sobre el quinto informe periódico del Perú, 2013, CCPR/C/PER/C0/5, párr. 8]; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [*cfr*. Observaciones finales Perú, E/C.12/PER/CO/2-4, párr. 5]; el Comité de los Derechos del Niño [*cfr*. Observación general N.° 20, sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, 2016, CRC/C/GC/20, párr. 34]; el Comité contra la Tortura [*cfr*. Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados del Perú, 2013, CAT/C/PER/CO/5-6, párr. 22] y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer [*cfr*. Recomendación General No. 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos, 16 de diciembre de 2010, CEDAW/C/GC/27, párr. 13], al interpretar las cláusulas contra la discriminación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1); del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2.2); de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2.1); de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes (artículo 1.1); y de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 1), respectivamente, han llegado a la misma conclusión, a saber, que la orientación sexual es una categoría especialmente protegida contra la discriminación.

42. Por consiguiente, dado que, según la Cuarta Disposición Final de la Constitución, es preciso interpretar el principio-derecho a la igualdad y no discriminación, reconocido en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución, de conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, atendiendo a la interpretación formulada por la Corte IDH, debe concluirse, una vez más, que la orientación sexual es una categoría sospechosa de discriminación, y no es móvil constitucionalmente válido para limitar los derechos de un ser humano.

b) Constitución, ley y orientación sexual.

43. En este mismo sentido, el Congreso ha desarrollado el contenido protegido del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, estableciendo, expresamente, en el artículo 37, inciso 1, del Código Procesal Constitucional, que el amparo procede para la protección del derecho a no ser discriminado "por razón de […] orientación sexual".

44. Hace varios años, Konrad Hesse recordaba que así como existe un principio de interpretación de la ley de conformidad con la Constitución, cumplidas ciertas condiciones, también cabe predicar la existencia de un principio de interpretación de la Constitución de conformidad con la ley (*gesetzeskonforme Auslegung der Verfassung*) [*cfr*. Hesse, K., Escritos de Derecho Constitucional, traducción de P. Cruz Villalón. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 57]. Este último principio,

desde luego, no conlleva la subversión del principio de jerarquía normativa (artículo 51 de la Constitución), puesto que ningún contenido legal puede ser considerado jurídicamente válido si no resulta conforme con el contenido de la Norma Fundamental. Empero, si esta condición se cumple, y, además, el contenido legal permite clarificar el ámbito de protección de un derecho fundamental en tanto manifestación directa del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), entonces, tal como ya antes ha enfatizado este Tribunal [*cfr*. STC 4235-2010-PHC, Fundamento 30], existe, en ciertos escenarios, la obligación de interpretar el contenido del derecho fundamental concernido en sistemática con la ley.

45. Y es que un ejercicio hermenéutico de tal naturaleza permite generar una conexión directa entre la defensa de la dignidad –representada por el derecho fundamental– y la democracia –representada por la concreción legal formulada por el Parlamento (artículos 43, 90 y 93 de la Constitución)–, dando lugar al surgimiento de un argumento de singular fuerza jurídica en el marco del Estado Constitucional.

46. Es justamente ello lo que tiene lugar cuando se interpreta el principio-derecho a la igualdad y no discriminación reconocido en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución, en sistemática con el artículo 37, inciso 1, del Código Procesal Constitucional, permitiendo arribar, otra vez, a la conclusión de que la orientación sexual no heterosexual no puede, en ningún caso, ser motivo de discriminación a través de alguna norma o acto, sea que provenga de un poder público, sea que provenga de particulares.

c) Derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y orientación sexual

47. Ahora bien, sería poco más que simbólico referir que se encuentra constitucionalmente prohibido discriminar a una persona por tener una orientación sexual no heterosexual, pero que tal prohibición se circunscribe a la condición de homosexual o de lesbiana en sí misma, y no se extiende a las expresiones, manifestaciones o conductas que son consecuencias necesarias para desarrollar una vida acorde con dicha condición.

48. El Tribunal Constitucional tiene establecido que dado que 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), y que, en consecuencia, no cabe en ninguna circunstancia tratar a un ser humano como simple medio, sino, por el contrario, como fin en sí mismo, puede afirmarse que el fundamento material del constitucionalismo moderno "está cifrado, ante todo, en la libertad del ser humano, sobre la cual tiene derecho a construir un proyecto de vida en ejercicio de su autonomía moral, cuyo reconocimiento, respeto y promoción debe ser el principio articulador de las competencias y atribuciones de los poderes del Estado" [*cfr*. STC 0032-2010-PI, Fundamento 17].

49. Esa libertad general se concretiza en el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el artículo 2, inciso 1, de la Constitución. Tal como ha sostenido el supremo intérprete de la norma fundamental,

> [e]l 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, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres. (…). Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra [SSTC 2868-2004-PA, Fundamento 14; 0032-2010-PI, Fundamento 22].

50. Así las cosas, en el caso de las personas que se encuentran en pleno ejercicio de su capacidad jurídica, el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, como regla general, solo puede ser limitado con la finalidad de proteger derechos fundamentales de terceros, y siempre a través de medios que superen el *test* de proporcionalidad.

51. Ello no quiere decir, sin embargo, que, de modo excepcional, no resulte constitucionalmente viable establecer ciertas restricciones al referido derecho de la persona, con el objetivo de generarle un beneficio solo a ella. No obstante, en estos casos el beneficio no puede ser otro que la protección de la propia autonomía de la persona (medidas paternalistas) y siempre a través de medidas proporcionales.

52. Resulta, eso sí, absolutamente prohibido en el Estado Constitucional que, a pesar de no estar de por medio la afectación de derechos de terceros, se imponga una medida a un ser humano, en ánimo de que se adapte a un plan de vida solo porque un sector de la sociedad lo considera virtuoso, o de impedírselo solo porque un sector de la sociedad lo considera inmoral (medidas perfeccionistas). Tal y como ha sostenido el Tribunal, "dado que el Estado Constitucional tiene como unos de sus principales valores fundamentales a la libertad, a la autodeterminación y al pluralismo, toda medida perfeccionista se encuentra proscrita" [*cfr*. STC 0032-2010-PI, Fundamento 50].

53. Como refiere Carlos Santiago Nino, "el perfeccionismo debe ser cuidadosamente distinguido del paternalismo estatal, que no consiste en imponer ideales personales o planes de vida, que los individuos no han elegido, sino en imponer a los individuos conductas o cursos de acción que son aptos para que satisfagan sus preferencias subjetivas y los planes de vida que han adoptado libremente" [*cfr*. Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación, 2ª edición ampliada y revisada, 2ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 414].

54. En este orden de consideraciones, puede sostenerse que, dado que la orientación sexual es un factor consubstancial a la condición de persona humana, formando parte de quien es, pertenece al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad el permitir a la persona desplegar un proyecto de vida que resulte acorde con dicha orientación, en particular, en lo que atañe a sus relaciones interpersonales emocionales, afectivas y sexuales.

55. Tratándose de personas en pleno ejercicio de su capacidad jurídica, no cabe alegar en estos casos la llana protección o supuesto beneficio de la propia persona para pretender justificar una limitación al desarrollo de su plan vital, pues siendo la orientación sexual parte de la identidad del ser humano y estando proscrita toda forma de discriminación en razón de ella, tal limitación no podría ser interpretada como una medida paternalista, sino como una medida perfeccionista, y, en tanto tal, cosificadora de la persona humana y vulneradora de su dignidad.

56. Del mismo parecer ha sido la Corte IDH, al sostener que "el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas", puesto que "la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones" [*cfr*. Caso Atala Riffo y niñas *vs.* Chile, doc. cit., párrs. 133 y 136, respectivamente; Caso Flor Freire *vs.* Ecuador, doc. cit., párrs. 119 y 103, respectivamente].

57. Una vez examinados los alcances y el contenido del principio de igualdad y no discriminación en función de la orientación sexual, corresponde que determinemos qué debe comprenderse por "orden público internacional" en el marco de las disposiciones del Código Civil de 1984, pues ello será fundamental para examinar si es que el Reniec estaba facultado a no inscribir la unión de Oscar Ugarteche y Fidel Aroche.

§. Orden público internacional y reconocimiento de actos realizados en el extranjero

58. Como se ha expuesto, el Reniec ha dado preeminencia a las excepciones reguladas en los artículos 2049 y 2050 del Código Civil peruano. En efecto, a su juicio, el artículo 146 del Código Civil de Ciudad de México, en tanto permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, es incompatible con el orden público internacional; por ende, carece de eficacia en territorio peruano. Siendo ello así, afirma el Reniec, un matrimonio civil entre personas del mismo sexo celebrado a su amparo, carece de eficacia en territorio peruano, y, consiguientemente, el acta de su celebración no puede ser inscrita en los registros públicos peruanos.

59. Establecer si es de aplicación la excepción relacionada con el quebrantamiento del orden público internacional supone determinar, como paso previo, qué es lo que debe entenderse por dicha construcción de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil.

60. Al respecto, en distintas oportunidades la noción de orden público internacional ha sido invocada con el propósito de avalar o prohibir comportamientos realizados en el extranjero que sean incompatibles con la soberanía estatal, usualmente materializada en el ordenamiento jurídico. Se configura, así, como una suerte de mecanismo de

defensa que puede emplear el juez nacional, y que le permite custodiar la esencia de su ordenamiento jurídico, el cual, en principio, no se encuentra obligado a reconocer en los mismos términos y condiciones las instituciones reguladas en el derecho extranjero. Desde luego, esto no impide que puedan considerarse, a fin de fortalecer las decisiones o interpretaciones relacionadas con los derechos de la persona, lo dispuesto en el derecho comparado. Un caso paradigmático es el de la actual Constitución de Sudáfrica, la cual permite, en su artículo 39, que los tribunales tomen en cuenta el derecho extranjero para la delimitación y concreción de las libertades fundamentales. Esto obedeció al contexto y la historia particular de este país, en el que la vigencia del *apartheid* generó la necesidad de crear instituciones y herramientas que demostraran una clara tendencia de apertura hacia la comunidad internacional [*cfr*. Lollini, Andrea (2012). The South African Constitutional Court Experience: Reasoning Patterns based on Foreing Law. Utrecht Law Review, vol. 8, núm. 2, p. 60].

61. Ahora bien, es preciso recordar que el adjetivo "internacional", empleado en el concepto clásico de "orden público internacional", puede resultar engañoso, pues no hace referencia a un orden público proveniente del Derecho Internacional, sino a determinados principios esenciales de un orden interno que, en resguardo de una suerte de valores mínimos de una comunidad, resultan inmunes frente a la normativa extranjera. En ese sentido, esta clase de excepción solo debe ser empleada como una salida de *ultima ratio*, ya que desconoce un acto celebrado en el extranjero, aspecto que incide en el derecho a la seguridad jurídica de las personas que participaron en él. Su aplicación supone, en buena cuenta, que se garantice un justo equilibrio entre el respeto a las cuestiones esenciales que integran el ordenamiento jurídico del Estado en que se intenta validar el acto respectivo con cuestiones propias de justicia, materializadas en el respeto de actos válidamente realizados y cuyo aseguramiento debería ser, en línea de principio, la labor del juez local.

62. Evidentemente, como ejemplo de esta clase de prácticas podemos reconocer a todas aquellas que suponen la comisión de un ilícito de carácter penal según las normas internas. Así, si el acto celebrado en el extranjero es considerado en el Perú como objeto de alguna sanción en el Código Penal, el juez no podrá avalarlo, como bien podría ocurrir en el caso que desee reconocerse, por ejemplo, un supuesto de bigamia. Del mismo modo, se encuentran todas aquellas cuestiones que, según las disposiciones más importantes del ordenamiento jurídico respectivo (en particular, las disposiciones de rango constitucional), se encuentran directamente prohibidas por atentar contra derechos o bienes esenciales de una comunidad.

63. Esta noción de "orden público" que dará luego paso a la de "orden público internacional" tiene como importante referente al Código Civil de Napoleón de 1804, documento que desarrolló una importante influencia en distintos países de América Latina. En dicho texto, se entendió que las convenciones o acuerdos privados no podían transgredir las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres. Esto supuso, pues, un límite al principio de autonomía de la voluntad de las personas. La evolución y la

consiguiente extensión del adjetivo "internacional" se desenvuelven, así, en el marco del desarrollo de las relaciones exteriores propias de la Paz de Westfalia (1648), la cual supuso el reconocimiento de igualdad soberana entre los Estados, y que, naturalmente, ellos eran los únicos que podían producir obligaciones desde el derecho internacional. Era la época en que el derecho internacional era producido y elaborado, de forma exclusiva, por las autoridades estatales, las cuales se constituían como los amos y señores de los tratados.

64. En ese sentido, el principio de "soberanía externa", propio de la época, implicaba que los Estados no se encontraban sometidos, al menos formalmente, a lo que sus pares dispusieran en sus respectivos ordenamientos, y esto de basaba en que estos eran completamente dueños -desde un punto de vista tanto político como jurídico- de todo aquello que ocurriera dentro de su jurisdicción. De este modo, el concepto de "orden público internacional" permitiría materializar dicha soberanía, pues facultaba a que los Estados opongan sus disposiciones internas frente a los actos que, siendo celebrados en el extranjero, sean contrarios a ellas e intenten ser reconocidos en el ordenamiento del Estado involucrado. Es así que el concepto de orden público internacional del Derecho Internacional Privado clásico se forjó progresivamente en un tiempo en el que la soberanía estatal era aún apreciada como un principio que merecía protección absoluta, y en el que, en el espacio de las relaciones internacionales, los Estados eran los únicos sujetos y productores de Derecho.

65. Ahora bien, advertimos que no es este el escenario en el que se desenvuelve el derecho internacional contemporáneo, ya que las distintas relaciones que ha forjado el Estado peruano lo han insertado en un mundo en que el derecho internacional y supranacional (marcado principalmente por distintos espacios de integración) goza de una posición cada vez más especial. No sorprende, en ese sentido, que existan diversos estudios vinculados con la idea que el Estado y la soberanía ya no sean conceptos interdependientes, y que esto debe generar que se vuelvan a pensar las bases de los estudios jurídicos, los cuales centraban su atención, en demasía, en los ordenamientos nacionales [*cfr*. MacCormick, Neil. Beyond the Sovereign State. The Modern Law Review, 56, 1 (1993), p. 18].

66. La presencia de este fuerte componente internacionalista en los ordenamientos estatales se ha dejado advertir, particularmente, desde la Constitución de 1979, la cual incorporó diversas disposiciones orientadas a garantizar el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano. Evidentemente, la inserción de esta clase de cláusulas en nuestro constitucionalismo solo grafica que el derecho internacional es también parte de nuestro ordenamiento. Esto ya ha sido destacado, hace bastantes décadas atrás, por Víctor Andrés Belaúnde, quien precisó nuestra historia se ha caracterizado por incorporar los principios más avanzados de lo que en aquella época se denominó como el Derecho de Gentes, así como por el respeto a los tratados internacionales [Belaúnde, Víctor Andrés (1965). *Peruanidad*, Ediciones Librería Studium, Lima, 1965, p. 407].

67. En este mismo orden de ideas, no sorprende que un sector de la doctrina, refiriéndose a otras experiencias en las que la presencia de normas extraestatales es aún más notoria, haya hecho referencia a ordenamientos "multinivel" o a una suerte de "pluralismo constitucional" para graficar esta convivencia de normas jurídicas, en la que, como es evidente, los Estados ya no son los únicos que producen obligaciones jurídicas. Se ha sostenido, por ejemplo, que la constante interacción con el derecho internacional o con la jurisprudencia de los órganos de este mismo carácter ha generado un escenario gobernado por *soberanos descentralizados*, ya que es posible advertir cómo en diversos ordenamientos existen dos o más fuentes de derechos exigibles judicialmente y que, por lo general, se superponen, lo cual tiene como principal virtud la de elevar los estándares nacionales de protección de estas libertades al permitir que las autoridades judiciales puedan aplicar la que otorgue condiciones más favorables para su ejercicio [*cfr*. Stone, Alec. A cosmopolitan legal order: Constitutional Pluralism and rights adjudication in Europe. Global Constitutionalism 1-1 (2012), p. 61].

68. En el caso peruano, es posible advertir una convivencia de fuentes similar, ya que instrumentos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos forman parte del derecho interno en virtud de lo dispuesto por el artículo 55 de la Constitución. También podemos decir lo mismo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de los pronunciamientos de los comités de vigilancia de las Naciones Unidas por lo indicado en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Todo ella refleja que el constituyente peruano, de manera similar a lo que ocurría desde la Constitución de 1979, también ha deseado resaltar la necesidad de considerar las obligaciones internacionales cuando se analiza alguna controversia en particular. Al respecto, como ha sostenido el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos -y que es un criterio que este Tribunal comparte-,

> [d]estaca ante todo que el concepto de orden público internacional atiende a una realidad consustancialmente cambiante y dinámica, y, en esa medida, su aplicación general requiere tomar en cuenta las exigencias y el desarrollo que el propio marco normativo internacional (de proyección universal) viene planteando a los contextos generados en cada sociedad y su orden jurídico" [*Amicus curiae* presentado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Escrito de fecha 5 de agosto de 2019, p. 6].

69. En efecto, esta distinta forma de entender el Derecho Internacional ha generado que los Estados ya no sean los únicos legitimados para la tutela de estas libertades, por lo que su adecuado resguardo ya no es un patrimonio exclusivo de ellos. Naturalmente, esto implica que se empiecen a articular importantes mecanismos de diálogo y cooperación con entidades internacionales o supranacionales. Un claro ejemplo de ello lo constituye, sin duda, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la cual reconoce que la interpretación de los derechos fundamentales debe realizarse de conformidad con lo dispuesto en los tratados internacionales de los que el Estado

peruano es parte; a lo que puede agregarse lo dispuesto en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el cual inserta como parámetro de interpretación, como se indicó *supra*, los criterios que emanan de organismos internacionales.

70. Estas disposiciones nacionales reflejan que las autoridades jurisdiccionales estatales deban ser el principal y primer fuerte de tutela de los derechos, ya que están directamente habilitadas para aplicar las normas internacionales y evitar, de este modo, la posibilidad de una eventual denuncia por responsabilidad del Estado. A diferencia de lo que ocurría en los siglos XVIII o XIX, en los que el derecho internacional era una problemática esencialmente a ser abordada por los Estados, en la actualidad es claramente evidente que los tribunales suelen conocer de casos en los que deben aplicarse directamente tratados, convenios, u otras fuentes del derecho internacional. Así, en la actualidad es posible notar que, en una considerable cantidad de Estados, los tribunales de justicia se han convertido en instituciones considerablemente relevantes para la protección y promoción del derecho internacional, ya que suelen desenvolverse en "zonas mixtas" en las que, por ejemplo, los tratados interactúan con el ordenamiento estatal [*cfr*. Nollkaemper, André. National Courts and the International Rule of Law. Oxford University Press (2011), p. 1]. De hecho, ello es aún más palmario en el caso de los instrumentos de protección de derechos humanos, ya que esta ha sido una de las primeras materias en las que se ha permitido que las personas puedan presentar demandas en contra de los Estados de los cuales son nacionales.

71. Por otra parte, también el derecho -sobre todo luego de la Segunda Guerra Mundial- ha sufrido importantes transformaciones, las cuales se relacionan no solo con lo efectivamente dispuesto en diversas fuentes del derecho internacional -como lo son los tratados-, sino también a propósito de las interpretaciones que, de estas obligaciones, han realizado distintos organismos internacionales. Estas lecturas han permitido, en algunos casos, optimizar los niveles de tutela de las libertades. La magistrada y el magistrado que suscriben este voto consideramos que estos desarrollos no deberían ser desconocidos por los operadores de justicia, ya que son importantes guías para entender los compromisos que los Estados han asumido ante la comunidad internacional.

72. En este orden de ideas, es posible afirmar que el derecho actual se encuentra involucrado en distintos procesos de globalización, por lo que los tratados y otras fuentes internacionales también pueden constituirse como parámetros para delimitar el contenido de los derechos y deberes que se reconocen en el ordenamiento jurídico peruano.

73. En consecuencia, podemos concluir que no es posible, en las condiciones actuales, seguir interpretando las instituciones del derecho civil como fueron concebidas en el marco del derecho europeo continental del siglo XIX, ya que el importante viraje del derecho internacional ha generado que los Estados convivan con distintos actores en el escenario internacional, con los cuales debe articular distintas formas de diálogo para el aprendizaje recíproco. En ese sentido, las fuentes que puede aplicar o invocar la

autoridad judicial no se restringen únicamente a aquellas que tienen origen local, sino también a las que reconocen los deberes internacionales del Estado peruano.

74. Esto es importante para entender, en su verdadera dimensión, la excepción de orden público internacional. No puede ser ignorado el hecho que, a diferencia de lo que ocurría hace algunas décadas, el Estado peruano se encuentra cada vez más involucrado en la comunidad internacional. Esto implica no solo que se adopten todas aquellas medidas destinadas a garantizar, en el orden interno, el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el respectivo país; sino que también supone que no se bloqueen las providencias que, para este mismo fin, implementan terceros Estados.

75. En ese mismo sentido, notamos que, desde que el Código Civil de 1984 fue aprobado, el Estado peruano ha ido desarrollando una postura cada vez más consciente de las relaciones entre el derecho interno y el internacional. Como se ha tenido la oportunidad de precisar, "[a] diferencia de las demás formas normativas que se producen en el ámbito del derecho interno peruano, los tratados son fuente normativa, no porque se produzcan internamente, sino porque la Constitución así lo dispone. Para ello, la Constitución, a diferencia de las otras formas normativas, prevé la técnica de la recepción o integración de los tratados en el derecho interno peruano" [STC 00047-2004-AI/TC, fundamento 19]. Se aprecia, así, que la autoridad judicial que desee evaluar la aplicación de la excepción de orden público internacional debe también tomar en consideración lo contenido en los tratados, ya que estos también forman parte del derecho interno por mandato constitucional.

76. Precisado lo anterior, corresponde determinar si es que la celebración de un matrimonio entre personas del mismo sexo en el exterior -y cuyo reconocimiento en el Perú se solicita en la presente demanda de amparo- supone o no un quebrantamiento del orden público internacional, tal y como este concepto ha sido delimitado *supra*.

§. Aplicación de los criterios expuestos al presente caso

77. En el presente caso, tal y como se advirtió *supra*, la Resolución 497-2012/GOR/JR-10LIM/RENIEC resaltó que, de conformidad con lo prescrito en el artículo 2049 del Código Civil, no resultaba amparable el pedido para inscribir en el Registro de Estado Civil el matrimonio celebrado en el país de México. En un sentido similar, la Resolución Gerencial 055-2012-GRC/RENIEC -que, por cierto, dio por agotada la vía administrativa-, disponía que el artículo 234 del Código Civil conceptualiza el matrimonio como la unión voluntariamente concertada entre un hombre y una mujer, lo cual supone el reconocimiento de un instituto natural que integra el orden público internacional.

78. Por su parte, el reclamo que en la presente *litis* formula el demandante es que se reconozca el matrimonio que ha celebrado en México, por lo que solicita que se inscriba en los registros públicos nacionales el Acta de Matrimonio Civil 8748472. Para determinar la viabilidad de dicho reclamo corresponde evaluar si es que el Reniec ha cumplido

con su deber de motivar adecuadamente las resoluciones que se cuestionan en la presente demanda de amparo, y ello supone establecer si es que las premisas aplicadas en las resoluciones cuestionadas resultaban o no compatibles con el cuadro de principios y derechos que dimanan de la Constitución y otras fuentes del derecho internacional.

79. En ese sentido, estimamos conveniente desarrollar los argumentos en el siguiente orden: a) competencias del Reniec y su conexión con los derechos fundamentales; b) consideraciones acerca de la fórmula matrimonial contenida en las resoluciones impugnadas; c) consideraciones acerca de la causal de orden público internacional en las resoluciones impugnadas y la existencia de discriminación por la orientación sexual de los contrayentes.

a) Atribuciones del Reniec y su conexión con los derechos fundamentales

80. Al respecto, es pertinente recordar que el RENIEC es un órgano constitucional autónomo cuyas funciones y competencias están expresamente reguladas en la Constitución y su ley orgánica, como parte integrante del Sistema Electoral Peruano. Es un organismo autónomo que cuenta con personería jurídica de derecho público interno y goza de atribuciones en materia registral, técnica, administrativa, económica y financiera. Conforme a lo dispuesto por el artículo 183° de la Constitución, dicha entidad "tiene a su cargo la inscripción de los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones, y otros actos que modifican el estado civil" [STC 04729-2011-PHD, fundamento 8]. Del mismo modo, de conformidad con el artículo 2 de la Ley 26497, Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, esta entidad es la "encargada de organizar y mantener el registro único de identificación de las personas naturales e inscribir los hechos y actos relativos a su capacidad y estado civil. Con tal fin desarrollará técnicas y procedimientos automatizados que permitan un manejo integrado y eficaz de la información".

81. Es importante resaltar que los órganos constitucionales autónomos, en tanto órganos configurados con la calidad de poder constituido, se someten al cuadro de principios, derechos y valores que se reconocen en la Constitución. De este modo, las decisiones que estas entidades adopten no pueden, desde ningún punto de vista, desconocer los atributos que se desprenden de nuestra norma suprema, o incluso aquellos que no se encuentran explícitamente proscritos por ella. Ahora bien, esta no es una tarea privativa del Tribunal Constitucional o de los jueces. La Administración Pública, en orden a consideraciones funcionales, de accesibilidad, de tiempo, de inmediatez, de logística, y otras, es la primera llamada a servir a la persona humana, y en el marco del Estado Constitucional ello significa asumir las normas y los procedimientos administrativos, ante todo, como cauces que permiten hacer de los derechos fundamentales libertades especialmente efectivas, y, en ese sentido, no puede obrar insertando mecanismos que obstaculizan su concreción.

82. Evidentemente, el Reniec no se encuentra al margen de esta obligación constitucional. Dada la naturaleza de sus funciones establecidas en el artículo 183 de la Constitución,

la más importante legalmente reconocida es "[v]elar por el irrestricto respeto del derecho a la […] identidad de la persona y los demás derechos inherentes a ella derivados de su inscripción en el registro" (artículo 7, literal j, de la Ley 26497, Ley Orgánica del Reniec).

83. En este orden de ideas, uno de los principales deberes de las entidades públicas, y entre ellas, claro está, el Reniec, es el de motivar adecuadamente sus resoluciones, sobre todo cuando de ellas se desprenda alguna clase de perjuicio para el administrado, pues ello le permitirá conocer de manera certera las razones para el rechazo de su solicitud. Así, el Tribunal Constitucional ha reconocido, en el caso concreto de las resoluciones administrativas, que "[e]l tema de la motivación del acto administrativo es una cuestión clave en el ordenamiento jurídico-administrativo, y es objeto central de control integral por el juez constitucional de la actividad administrativa y la consiguiente supresión de los ámbitos de inmunidad jurisdiccional [STC 04123-2011-PA/TC, fundamento 4].

84. Este razonamiento no ha sido ajeno para el caso del Reniec, ya que en múltiples oportunidades el Tribunal ha controlado la constitucionalidad de las resoluciones que expide este organismo en el ejercicio de sus competencias. En ese sentido, se han amparado demandas relativas a la rectificación del estado civil [STC 04729-2011PHD/TC], el derecho a contar con un documento nacional de identidad [STC 04444-2005-HC/TC], que se expida un nuevo documento nacional de identidad a favor del recurrente [STC 02432-2007-HC/TC] e incluso se ha ordenado que se instauren procedimientos especiales para la atención a las solicitudes de los adultos mayores [STC 02834-2013-HC]. Esto no hace sino reafirmar la idea que, en el desempeño de sus funciones, el Reniec debe cumplir de manera adecuada con las funciones que tanto la Constitución como su Ley Orgánica le confieren, por lo que cualquier irregularidad que se advierta en ellas, como puede ocurrir en el caso que no se motive adecuadamente una decisión, es pasible de ser controlada por parte de los jueces constitucionales.

85. En consecuencia, sobre la base del marco constitucional desarrollado, corresponde analizar la validez o invalidez de las razones planteadas por el Reniec para denegar la inscripción en registros públicos del acta de matrimonio civil de Oscar Ugarteche y Fidel Aroche, el cual fue celebrado en el extranjero. Así, corresponderá a este Tribunal analizar si es que la resolución que absuelve la solicitud del ahora recurrente se encuentra debidamente motivada o no.

b) Consideraciones acerca de la fórmula matrimonial contenida en las resoluciones impugnadas

86. En este sentido, debe analizarse si, como lo sostiene el Reniec, el matrimonio entre personas del mismo sexo es una fórmula prohibida o que no pueda desprenderse de la Constitución de 1993, por lo que es posible aplicar la excepción de orden público internacional. El demandante ha sostenido que la interpretación que ha realizado la entidad demandada ha supuesto un manifiesto ejemplo de discriminación por la orientación sexual de los contrayentes.

87. Ahora bien, dilucidar este tópico demanda, en esencia, analizar dos cuestiones que la magistrada y el magistrado que suscribimos este voto consideramos como relevantes. En primer lugar, se requiere examinar cuál es el estado de la cuestión del matrimonio igualitario en el derecho comparado. Esto es importante de indagar porque, en un mundo cada vez más globalizado, los Estados deberían generar soluciones que respeten las interpretaciones que, de los derechos, han realizado otros países, más aún cuando ellas son conformes con el derecho internacional. Por otro lado, debemos identificar si es que, en virtud de las cláusulas constitucionales peruanas, es posible extraer que el único matrimonio válido es el celebrado entre personas de diferente sexo, ya que es esta la interpretación que fue realizada por el Reniec.

88. Respecto del primer punto, es posible notar que alrededor de treinta países integrantes de la Organización de las Naciones Unidas han reconocido la viabilidad y la necesidad de reconocer esta unión, la cual se ha incorporado a través de legislación o, en ausencia de ella, mediante lo dispuesto por alguna alta corte nacional a propósito de la resolución del algún caso en que esta clase de discusiones se hayan judicializado.

89. En relación con el primer grupo de países, existen experiencias como la de Países Bajos, Bélgica, España, Canadá, Noruega, Suecia, Islandia, Argentina, Dinamarca, Uruguay, Francia, Alemania, Finlandia, Luxemburgo, Portugal, Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda, en las que sus respectivos órganos legislativos ampliaron los tradicionales alcances del matrimonio para habilitarlo para las parejas del mismo sexo.

90. Por otro lado, en lo que respecta a los pronunciamientos de las altas cortes de justicia que reconocieron la necesidad de su incorporación, se pueden citar casos como los de Costa Rica (Resolución Nº 12782-2018, expedida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema, y que recientemente ha entrado en vigor al vencerse el plazo que se había otorgado al Parlamento para su regulación, sin que esto se hubiera hecho), Ecuador (Sentencia Nº 11-18-CN/19, expedida por la Corte Constitucional), Taiwán (*Judicial Yuan Interpretation* Nº 748 on May 24, 2017, expedida por la Corte Constitucional), Austria (AUT-2017-3-003, expedida por la Corte Constitucional), Colombia (C-577 de 2011, ratificada en SU 214/16, ambos pronunciamientos de la Corte Constitucional), Estados Unidos (576 U.S. 644 de 2015), Brasil (*Ações Direta de Inconstitucionalidade -ADI-* 4277 *e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental -ADPF-* 132, del Consejo Nacional de Justicia del Supremo Tribunal Federal) o Sudáfrica (*Case* CCT 60/04, expedido por la Corte Constitucional). Una experiencia peculiar en el derecho comparado es la de Irlanda, ya que el matrimonio entre parejas del mismo sexo se ha reconocido a través de referéndum.

91. Se puede apreciar que, en el derecho comparado, es clara la tendencia de los últimos años de reconocer el matrimonio igualitario dentro del derecho interno. Incluso en algunos países, aunque no se reconoce propiamente esta fórmula, se ha acudido a instituciones similares para evitar la desprotección de las parejas del mismo sexo. El Estado peruano, simplemente, *ha decidido no decidir* sobre el derecho al matrimonio entre

personas del mismo sexo, y esto ha sido convalidado por la interpretación efectuada por la mayoría de nuestros colegas con un pronunciamiento que no ingresa al fondo de la controversia.

92. Ciertamente, se podría replicar, en una suerte de argumento *a contrario*, que esto supone que en el resto de la comunidad internacional no se reconocen esta clase de uniones. Ello, en efecto, es cierto. Sin embargo, lo que aquí se discute es la viabilidad de reconocer un matrimonio entre personas del mismo sexo que ha sido celebrado en el extranjero. De esta forma, lo que es objeto de análisis en este proceso constitucional es si el vínculo que han contraído los demandantes debe ser entendido como lesivo del orden público, esto es, si es que la celebración de dicho acto subvierte normas y principios esenciales del ordenamiento peruano. Para nosotros, el panorama que ha sido expuesto, y que refleja una clara tendencia en los últimos años en diversos países de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo -posición que, además, ha sido también asumida por un organismo como la Corte Interamericana de Derechos Humanos- genera que nos encontremos frente a la celebración de uniones que, en el Perú, no deberían ser bloqueadas por cláusulas de excepción, tal y como ocurre con el caso de las disposiciones de derecho internacional privado relacionadas con la necesidad de preservar el orden público.

93. El caso de los países americanos es particular, ya que el intérprete final de la Convención Americana (esto es, la Corte Interamericana de Derechos Humanos), ha sostenido que los Estados tienen el deber de incorporar esta clase de uniones en sus respectivos ordenamientos. De manera concreta, este órgano ha señalado que "[d]e acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales" [Corte IDH. OC 24/17 sobre Identidad de Género, e Igualdad y no Discriminación a las parejas del mismo sexo. Documento de fecha 24 de noviembre de 2017, punto resolutivo 8].

94. Hemos sostenido *supra* que la interpretación que el tribunal interamericano efectúe es relevante en nuestro derecho interno por lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, así como por lo indicado en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Hemos también destacado en este voto que las fuentes del derecho internacional no deberían excluidas de valoración al momento de calificar alguna conducta como contraria al orden público internacional. Finalmente, también hemos mencionado que, en un mundo cada vez más globalizado, las controversias en las que se involucren cuestiones de derecho extranjera no deberían ser examinadas con el prisma de los siglos XVIII y XIX.

95. De este modo, la regulación adoptada al interior de los Estados Unidos Mexicanos, al ser coherente con lo dispuesto por la Corte IDH -y demostrar, además, que asume

una posición que, particularmente en los últimos años, se ha incrementado en diversos Estados-, no puede ser calificada como contraria al orden público internacional. En efecto, no es posible asumir que los parámetros que han sido aceptados por el órgano de cierre de la justicia a nivel interamericano puedan ser calificados como prohibidos en el derecho peruano.

96. Ahora bien, no existe duda alguna que las interpretaciones que efectúa este organismo se relacionan solo con contenidos *mínimos*, y no impiden que los Estados, en su legislación nacional o a través de la interpretación de las libertades que puedan realizar sus cortes de justicia, puedan dotar a un derecho fundamental de mayores niveles de protección. Ello implica que, para lo que interesa al caso peruano, un pronunciamiento de la Corte IDH no puede ser asumido como una opción constitucionalmente prohibida, como lo pretende hacer ver la parte demandada en este caso. Por ello, no existen razones para que este Tribunal no valide los efectos que se desprenden del matrimonio celebrado entre Oscar Ugarteche y Fidel Aroche.

97. Ahora bien, e independientemente del hecho que Reniec no pueda invocar la excepción de orden público internacional cuando un órgano como la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya confirmado la validez de alguna regulación estatal, lo cierto es que las resoluciones que se han cuestionado en este caso también han tenido una importante incidencia en los derechos a la igualdad y no discriminación por orientación sexual, la identidad y el libro desarrollo de la personalidad del recurrente y su pareja, ya que no se estaría brindando reconocimiento, en territorio peruano, al estado civil que adquirió, válidamente, fuera del mismo, y ello con la sola razón de su orientación sexual.

98. En efecto, la negativa de las autoridades nacionales de proceder con la inscripción no solo supondría que se desconozca el estado civil que, en la actualidad, tiene tanto la parte recurrente como su pareja, sino que también invisibiliza esta unión, con todas las consecuencias que ello genera para el ejercicio de distintos derechos en territorio peruano. Entendemos que la única razón que impide su reconocimiento es la orientación sexual de los contrayentes, cuestión prohibida por la Constitución.

99. Lo contrario de lo hasta aquí expuesto supondría que el recurrente solo pueda encontrarse con el estado civil de casado en algunos Estados y no en otros, y ello, sin ninguna duda, incide de manera particularmente grave en su derecho a la identidad. Reducir los alcances del matrimonio a una sola fórmula genera la percepción que las demás uniones se encuentran prohibidas, y esto genera un serio estigma y rechazo hacia las personas que pretenden fortalecer sus vínculos con las parejas que sean de su mismo sexo. Así, genera en algunas sociedades una falsa percepción de que esta clase de vínculos resultarían contrarios a las buenas costumbres. Esta conclusión no puede ser avalada por el supremo intérprete de la Constitución. En este sentido, y como ha precisado la Defensoría del Pueblo,

> [e]l matrimonio igualitario no vulnera las buenas costumbres, pues ello equilvadría a juzgar aspectos de la vida privada de los ciudadanos e, indirectamente, establecer

cuál de estos es susceptible de reconocimiento por el Estado. Situación que atenta contra la dignidad de las personas de distinta orientación sexual, pues de este principio se deriva la plena autonomía de la persona para escoger con quién quiere sostener un vínculo permanente y marital, sea natural (unión de hecho) o solemne (matrimonio)" [Defensoría del Pueblo. Informe de Adjuntía 001-2019-DP/ACC-ADHPD. Protección constitucional y convencional del matrimonio celebrado por personas del mismo sexo en el extranjero, p. 15].

100. La magistrada y el magistrado que suscribimos este voto entendemos que el matrimonio al que hace alusión el artículo 4 de la Constitución no puede ser otro que el matrimonio civil. Este puede ser concebido como la unión fundada en el amor de pareja, el respeto y la solidaridad, con vocación de permanencia, que se institucionaliza a través del cumplimiento de ciertas formas y solemnidades reguladas por la ley, y que es generadora de una serie de derechos y obligaciones entre los contrayentes.

101. De esta manera, el Tribunal Constitucional ha reconocido al matrimonio como un "instituto jurídico constitucionalmente garantizado" que el legislador no puede suprimir y que, por el contrario, de acuerdo al artículo 4 de la Constitución, tiene la obligación de promover [*cfr*. STC 2868-2004-PA, fundamento 13]. Asimismo, tiene dicho que el derecho a contraer libremente matrimonio forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, motivo por el cual "toda persona, en forma autónoma e independiente, puede determinar cuándo y con quién contraer matrimonio" [*cfr*. 2868-2004-PA, fundamento 14]. Y es que si el matrimonio civil instituye una relación de afecto profundo mutuamente concertada, entre personas capaces jurídicamente y libres de impedimento razonable, no solo es evidente que su reconocimiento y protección no implica la afectación de derechos o intereses de terceros, sino que constituye un elemento fundamental para el desarrollo del plan de vida de estas personas.

102. Tal como se ha referido, el artículo 4 de la Constitución reconoce al matrimonio civil además como instituto natural y fundamental de la sociedad. Desde luego, el hecho de que la Constitución se refiera al matrimonio como un instituto "natural" no puede ser interpretado en el sentido de que esté constitucionalmente establecido que exista alguna forma matrimonial *determinada por la naturaleza*, con prescindencia de si ello es así asumido por una mayoría social o no. Y es que tal interpretación resultaría incompatible con las exigencias del respeto por la dignidad humana, valor supremo del Estado Constitucional, y del respeto por la autonomía moral de todas las personas, en igualdad.

103. En efecto, si bien una persona en ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de pensamiento y de religión (artículo 2, inciso 3, de la Constitución), puede considerar que dicho determinismo existe, no puede pretender imponer coactivamente dicha perspectiva naturalista a terceras personas. Si lo hiciera estaría tratando a tales personas no como sujetos de Derecho, sino como objetos de creencias ajenas, violándose

uno de los sentidos esenciales de la dignidad humana que consiste, justamente, en tratar a todo ser humano como fin en sí mismo y nunca como un simple medio.

104. Por esta misma razón, no puede interpretarse que el Derecho del Estado Constitucional acoja alguna perspectiva dogmática sobre el matrimonio en base a algún fundamento religioso o metafísico. Y es que ello supondría, además, una contravención del artículo 50 de la Constitución en el que, como se mencionó, se encuentra reconocido "el principio de laicidad del Estado, conforme al cual el Estado declara su 'independencia y autonomía' respecto de la Iglesia católica o cualquier otra confesión religiosa. Se trata, por consiguiente, de un Estado típicamente laico o aconfesional, en el que si bien se proclama y garantiza la libertad religiosa, no se asume postura a favor de ninguna confesión en particular" [cfr. STC 6111-2009-PA, fundamento 24].

105. Por imperativo constitucional, en consecuencia, toda dogmática confesional, con prescindencia de si es o no compartida por una mayoría social, debe permanecer en el ámbito de la ética privada, y es ajena a la coactividad del Derecho, la cual queda reservada para la protección de una ética pública representada por el contenido del principio-derecho de dignidad humana y los derechos fundados en ella.

106. Cuando un servidor público o un juez no comprende la extraordinaria importancia de esta diferencia, y, por consiguiente, al momento de ejercer sus funciones públicas no es capaz de separar el contenido de su ética privada (válidamente forjada al amparo, por ejemplo, de su libertad religiosa) del contenido de la ética pública presidida por la defensa de la dignidad humana, surge el riesgo de que so pretexto de aplicar el Derecho del Estado Constitucional, en realidad, utilice la coactividad del sistema jurídico no para ponerla al servicio de la igual dignidad de todos los seres humanos, sin discriminación de ninguna clase, sino al servicio de sus propias creencias, cosificando a los seres humanos.

107. Así, como sostuvo en su momento el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos [*cfr*. Informe N.° 05-2014-JUS/DGDH, p. 19] la asignación del atributo "natural" a la institución matrimonial solo puede interpretarse en el sentido de que el *hecho social* que permite establecer jurídicamente su institucionalización precede a la formación del Estado y a su reconocimiento constitucional. Asimismo, *mutatis mutandis*, tal como tuvo ocasión de sostener este Tribunal Constitucional a propósito de la familia, desde una perspectiva constitucional, que el matrimonio sea un instituto natural significa que "se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales" (cfr. STC 9332-2006-PA, Fundamento 7), y, en esa medida, puede ser objeto también de una interpretación evolutiva.

108. En consecuencia, por todo lo expuesto, no puede interpretarse que, desde la Constitución y los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano, viene proyectada una sola modalidad matrimonial posible y que ella forma parte del orden público internacional. Desde una perspectiva constitucional, el matrimonio es un instituto constitucionalmente garantizado que permite que en ejercicio de su derecho

fundamental al libre desarrollo de la personalidad, las personas institucionalicen su afecto de pareja, dando lugar a una serie de derechos y obligaciones recíprocas. La Constitución o el orden público internacional no imponen que tales personas deban ser de distinto sexo. Por ende, ni la Constitución ni el orden público internacional prohíben el matrimonio homosexual.

109. Esta conclusión se refuerza si, al amparo de la Cuarta Disposición Final de la Constitución, se toma en consideración que la Corte IDH ha sostenido que "una interpretación restrictiva […] que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo, frustraría el objeto y fin de la Convención. La Corte recuerda que el objeto y fin de la Convención Americana es 'la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos', sin distinción alguna" [*cfr*. Opinión Consultiva OC-24/17, doc. cit., párr. 189].

110. Así, no existe mérito constitucional para sostener que la inscripción de un acta de matrimonio civil entre personas del mismo sexo válidamente celebrado en el extranjero resulte incompatible con el orden público internacional. Por el contrario, (i) si tal como se ha enfatizado *supra*, la Constitución prohíbe discriminar por orientación sexual; (ii) si esta proscripción alcanza no solo a la condición de homosexual o lesbiana en sí misma, sino a las expresiones, manifestaciones o conductas que son consecuencias necesarias para construir un plan de vida en armonía con dicha condición; y (iii) si el derecho a contraer libremente matrimonio civil es expresión de ese plan de vida, y como tal, del derecho al libre desarrollo de la personalidad; entonces, interpretar que resulta incompatible con principios fundamentales del orden público peruano la inscripción en los registros públicos nacionales de un acta de matrimonio civil entre personas del mismo sexo lícitamente celebrado en el extranjero, constituye una flagrante violación del principio-derecho a la igualdad y no discriminación, del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, y, *a fortiori*, del principio-derecho de dignidad humana.

111. Por estas consideraciones, este Tribunal estima que las resoluciones del Reniec, al entender que la Constitución peruana únicamente habilita el matrimonio entre personas de diferente sexo, han sido indebidamente motivadas, y que ello ha generado la vulneración de los derechos a la igualdad y no discriminación, libre desarrollo de la personalidad y la identidad personal.

c) Consideraciones acerca de la causal de orden público internacional en las resoluciones impugnadas y la existencia de discriminación por la orientación sexual de los contrayentes

112. Finalmente, advertimos que, en este caso, se ha denegado la solicitud del demandante por considerar el Reniec que el matrimonio entre personas del mismo sexo resulta contraria al orden público internacional, lo que supone, en los hechos, considerar como factor determinante la orientación sexual de los contrayentes. Al respecto, como se ha enfatizado *supra*, estimamos que el uso de dicha excepción por parte de la

administración, al suponer la inaplicación de una ley extranjera e implicar, con ello, que no se validen los actos celebrados de conformidad con ella, debe ser empleada como una técnica de *ultima ratio*, y siempre y cuando se considere que no exista, de conformidad con el derecho aplicable en el Perú, alguna forma de reconocerlo. Evidentemente, dentro del derecho interno que pueda ser oponible también debe analizarse la posible incompatibilidad con los tratados. Entendemos que las disposiciones nacionales deben ser, en lo posible, armonizadas con las obligaciones del derecho internacional que ha asumido el Estado.

113. Del mismo modo, como se precisó con anterioridad, en el desarrollo de dicha labor los operadores deben tomar en consideración que las disposiciones que integran nuestro ordenamiento ya no tienen un origen exclusivamente estatal, sino que la evolución del manejo de relaciones internacionales y la incorporación de distintas fuentes en el derecho peruano hacen notar que el actual constitucionalismo mantiene una importante conexión con los criterios desarrollados por los organismos internacionales, habida cuenta que, en nuestro ordenamiento, también se encuentran vigentes distintas disposiciones que emanan del derecho internacional, y que también fungen de parámetro normativo para los operadores.

114. En ese sentido, el Tribunal nota que la fórmula adoptada al interior de los Estados Unidos Mexicanos -consistente en admitir la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo- ha sido validada por los principales tribunales regionales de derechos humanos. En el caso europeo, por ejemplo, si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el "TEDH") no ha indicado que el Convenio sobre la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 (en adelante, "CEDH") ordene a los Estados la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo, lo cierto es que tampoco lo prohíbe, por lo que los Estados se encuentran habilitados para reconocerlo, y ello no sería incompatible con el referido instrumento internacional.

115. De hecho, el referido tribunal precisó que el aspecto relacionado con el matrimonio entre personas del mismo sexo debe ser abordado como una suerte de derecho en evolución, sin un consenso establecido, y sobre el cual, como no podía ser de otra firma, los Estados deben gozar de un importante margen de apreciación para la introducción de cambios legislativos [TEDH. *Case of Schalk and Kopf v. Italy*. Judgment of 24 June 2010, p. 105]. Se desprende, pues, que estima que su incorporación en el derecho interno es una opción permitida de conformidad con el CEDH.

116. Lo que, en esta misma línea, ha resaltado dicho tribunal de justicia, es que los Estados deberían contener instituciones o mecanismos que permitan reconocer los vínculos formados entre personas del mismo sexo. En ese sentido, el TEDH ha reconocido, además, que estas parejas son capaces, como las de distinto sexo, de iniciar relaciones estables y comprometidas, por lo que, al ser personas que han decidido compartir sus vidas en términos de mutuo apoyo y asistencia, deben contar un con mecanismo de

reconocimiento a dicho estatus legal en su ordenamiento interno [TEDH. *Case of Vallianatos and others v. Greece*. Judgment of 7 November 2013].

117. En el caso americano, como ya se precisó, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la OC 24/17, ha dispuesto que los Estados incorporen todas las medidas pertinentes para reconocer los matrimonios entre parejas homosexuales en los mismos términos de las uniones heterosexuales. Ahora bien, cierto es que no han faltado posiciones que estiman que esta clase de pronunciamientos no serían vinculantes, ya que, de conformidad con una interpretación literal del artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados se comprometen a cumplir las decisiones de la Corte IDH solo en los casos en los que hayan sido partes. De hecho, la mayoría de magistrados que rechazaron la demanda han entendido que esta opinión consultiva solo sería aplicable al Estado de Costa Rica y no al Perú.

118. Sin embargo, es preciso tomar en consideración que las opiniones consultivas son un parámetro fundamental para entender los verdaderos alcances y contenidos de la Convención Americana, por lo que es un criterio excesivamente formalista reducir su relevancia solo en relación con el Estado que efectuó la solicitud. De hecho, tampoco debería confundirse la condición de Estado "solicitante" con la de Estado "obligado" a incorporar los criterios desarrollados por el tribunal interamericano. Esto es fundamental, ya que es evidente que la Corte, al interpretar la consulta que se le sometió, no se refería únicamente al caso de Costa Rica. De hecho, si el Estado peruano fuera denunciado por lo resuelto en este caso ante dicho órgano, estamos convencidos que lo único que podremos obtener es una sentencia que disponga la responsabilidad del Estado peruano por la vulneración de la Convención Americana.

119. En esa medida, las opiniones consultivas constituyen pronunciamientos de necesaria revisión por los operadores de justicia, ya que permiten a los distintos actores nacionales la adopción de todas aquellas medidas que estimen pertinentes para evitar un posible caso en el que se genere la responsabilidad internacional del Estado. Por otro lado, como se expuso *supra*, en la medida en que las autoridades nacionales deben adoptar todas aquellas medidas orientadas a garantizar, en lo posible, el adecuado cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, es indispensable que los criterios expuestos en las opiniones consultivas no sean simples aspiraciones programáticas, sino que sean parámetros que sean *tomados en serio* por parte de los operadores jurisdiccionales.

120. Sobre ello, es importante anotar que los tribunales nacionales no solo conocen de reclamos a propósito de la aplicación de disposiciones de origen estrictamente nacional, sino que, además, suelen recibir demandas en las que se solicita que se tutele un derecho cuyo origen proviene de una fuente del ordenamiento internacional [*cfr*. Sloss, David (Editor). The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement. Cambridge University Press (2009), p. 1], tal y como ocurre en el caso de los reclamos basados en lo dispuesto en tratados que hayan sido suscritos por el Estado peruano. En este

orden de ideas, es natural que lo dispuesto en las opiniones consultivas de la Corte IDH, en la medida en que desarrollan el contenido de los derechos establecidos en la Convención Americana, deban ser consideradas por las autoridades jurisdiccionales en la resolución de controversias.

121. Del mismo modo, es importante destacar que esta clase de resoluciones permiten contar con herramientas suficientes para la interpretación de los derechos reconocidos en la propia Constitución, cuestión que es relevante por lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Sobre ello, es importante apuntar que, en las últimas décadas, ha existido una importante interacción entre las altas cortes de los diversos países que integran el sistema interamericano con la propia Corte IDH, y ello obedece a que todos estos tribunales, en su conjunto, se encargan de la interpretación y aplicación de los derechos de la persona.

122. Se aprecia, pues, que en esta conversación constante (*ongoing conversation*), la finalidad última a la que deben aspirar las autoridades jurisdiccionales es la relativa a la identificación del mejor estándar de protección de las libertades, sea que la fuente del derecho que se analice derive del derecho interno o del internacional. Se trata, así, de fomentar un espacio de comunicación transjudicial, el cual deviene en elemental para evitar distintos conflictos o choques entre jurisdiccionales locales e internacionales, y el cual promoverá, además, que los esfuerzos se concentren en el logro o cumplimiento de objetivos sustantivos comunes [*cfr*. Slaughter, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication, 29 U. Rich. L. Rev. 99 (1994), p. 120].

123. Por otro lado, otro argumento que podría señalarse es que el criterio de la Corte Interamericana desarrollado en la OC 24/17 no fue de conocimiento por parte del Reniec al momento de expedir las resoluciones administrativas que fueron impugnadas en este caso. Sin embargo, en este voto, hemos opinado que la discriminación en función de la orientación sexual es un hecho que ha sido severamente reprochado en diversos tratados internacionales. La jurisprudencia del tribunal interamericano solo confirmó esta tendencia. Entendemos que el Reniec contaba con todas las herramientas suficientes, al momento en que decidió denegar la solicitud de Oscar Ugarteche y Fidel Aroche, para solucionar este caso.

124. En efecto, y como ya lo hemos precisado en este voto, una de las consecuencias lógicas y naturales de la globalización ha sido la de la dilución de las fronteras nacionales, y ello, como no podía ser de otro modo, también ha tenido una importante repercusión en el terreno de los derechos. Ciertamente, las cortes nacionales -y particularmente aquellas que hacen las veces de órganos de cierre del sistema- siguen rigiéndose en función de la normatividad nacional, y particularmente considerando la constitución local. Sin embargo, de ello no se desprende que deban ser indiferentes frente a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico de otros países, sobre todo cuando en ellos se regulen mandatos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

125. Del mismo modo, debemos asumir que, en la actualidad, existe una clara tendencia al diálogo entre las altas cortes de justicia que operan tanto a nivel nacional como internacional. Esta era, que autores como Ran Hirschl han catalogado como la del *renacimiento del derecho constitucional comparado* [*cfr.* Hirschl, Ran. Asuntos Comparativos. El renacimiento del Derecho Constitucional Comparado. Bogotá, Fondo Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 2019], implica que, de manera contraria a lo que ocurría en los siglos XVII y XVIII, los Estados sean más receptivos de las posiciones que puedan existir en cuanto a los derechos fundamentales en otros ordenamientos, y más aun si ellas son compartidas por órganos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

126. Ciertamente, los tribunales estatales tienen también mucho qué decir en relación con la interpretación de la Convención Americana. Como se ha indicado *supra*, este mismo instrumento permite que, de existir en la legislación o derecho local una mejor tutela de los derechos, este estándar sea el que debe ser aplicado en el caso particular. Se articula, de esta manera, un nutrido y constante debate en el que el propósito de las cortes (nacionales e internacionales) sea el de optimizar la protección de las libertades de la persona. En ese sentido, los Estados, como el peruano, deben respetar las regulaciones adoptadas por terceros países, sobre todo cuando ellas amplían el contenido de los derechos que se puedan reconocer en sus respectivos ordenamientos.

127. Ahora bien, también debe destacarse que, en el caso de pedido de reconocimiento de actos jurídicos celebrados y validados en el extranjero, la excepción de orden público internacional ostenta un matiz atenuado, y debe ser aplicada solo como *ultima ratio*. En efecto, los operadores, al momento de examinar esta clase de solicitudes -en las que lo que se busca es solo que se prolongue el reconocimiento de un acto correctamente celebrado en el extranjero-, deberían considerar que en estos casos la alteración del orden público se reduce, pues el reconocimiento que eventualmente realizaría para validar dicho acto no supone que se esté obligando a dicho Estado a aplicar esa institución a todos sus nacionales o a las personas que se sometan a su jurisdicción, sino que lo único que se solicita a una autoridad local es la validación de un acto jurídico celebrado en el extranjero. Que el Estado peruano no cuente con una regulación similar, por el momento, no es óbice para garantizar el reconocimiento de un acto que es válido de conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento ratificado por el Estado peruano.

128. Tampoco debe entenderse que nuestra interpretación implique que se estén validando distintas formas de matrimonios entre personas que no encuentren alguna clase de respaldo desde el derecho local o internacional, como podría ocurrir, por ejemplo, en el caso de las uniones poligámicas, ya que ellas no se desprenden de las fórmulas permitidas en el seno del derecho internacional, el cual, como ya se precisó, no puede ser asumido de manera ajena al derecho interno. En efecto, como ya se ha precisado, el matrimonio entre personas del mismo sexo es una fórmula que ha sido validada tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como por el Tribunal Europeo de

Derechos Humanos, por lo que, según comprendemos, no corresponde cuestionar la decisión adoptada al interior de los Estados Unidos Mexicanos consistente en permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo.

129. Por lo expuesto, no es posible argüir la excepción de "orden público internacional" para facultar a las autoridades nacionales a no reconocer un matrimonio entre personas del mismo sexo celebrados en otros países. En ese sentido, estimamos que las resoluciones que aquí se han cuestionado resultan incompatibles con la Constitución, ya que no se encuentran debidamente motivadas al emplearse, como regla general, la excepción de alusión al orden público internacional.

130. De este modo, advertimos que ha existido un déficit considerable de motivación en las resoluciones expedidas por la autoridad demandada, ya que no ha considerado que el orden público internacional, en los términos del Código Civil de 1984 y de la Constitución de 1993, no puede ser indiferente a los desarrollos en torno a los derechos que han sido elaborados de conformidad con los tratados internacionales de los cuales el Estado peruano es parte, y que, en ese sentido, son inmediatamente aplicable de conformidad con el artículo 55 de la norma fundamental.

131. Por todo lo expuesto, consideramos que la inscripción de un matrimonio entre personas del mismo sexo no es contraria al orden público internacional por dos razones principales: i) porque la Corte IDH ha exhortado a los Estados a incorporar esta clase de unión en sus respectivos ordenamientos, como de hecho lo hicieron, en su momento, al interior de los Estados Unidos Mexicanos; y, ii) porque la Constitución peruana no avala la introducción de un trato discriminatorio en contra de las personas que deseen celebrar un matrimonio civil en función de su orientación sexual.

132. Reniec, al no valorar estos dos elementos, ha vulnerado los derechos a la igualdad y no discriminación, identidad, libre desarrollo de la personalidad y debida motivación de las resoluciones administrativas en perjuicio de la parte demandante. Por consiguiente, corresponde estimar la demanda.

133. Finalmente, deseamos enfatizar que, como ha ocurrido en muchas otras oportunidades de nuestra historia, es altamente probable que nuestro voto no sea del agrado de la mayoría de peruanos y peruanas que profesan la religión católica. Sobre ello, tenemos que resaltar que, independientemente de las creencias que tanto la magistrada como el magistrado que suscribimos este voto podamos tener, nuestro mandato se ejerce en virtud de lo reconocido en la Constitución. Nuestras preferencias o posiciones personales deben dejarse a un lado cuando se discuten cuestiones basadas en los derechos. En todo caso, y sin perjuicio de ello, queremos culminar la sustentación de este voto recordando las recientes palabras del Papa Francisco, quien sostuvo en el documental *Franceso* que "la gente homosexual tiene derecho a estar en una familia. Son hijos de Dios y tienen derecho a una familia. Nadie debería ser expulsado o sentirse miserable por ello".

134. Por todo lo hasta aquí expuesto, y habiéndose acreditado la vulneración constitucional, es del caso ordenar que la parte demandada asuma el pago los costos procesales en atención a lo dispuesto por el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

Por estos fundamentos, nuestro voto es por:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la vulneración del principio-derecho a la igualdad y no discriminación, del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, el de identidad, y del principio-derecho de dignidad humana.
2. Declarar **NULAS** la Resolución Registral 1258-2012-GOR/JR10LIM/ORLIMA/RENIEC, de fecha 7 de marzo de 2012; la Resolución Regional 497-2012/GOR/JR10LIM/RENIEC, de fecha 18 de junio de 2012; y la Resolución de Gerencia 55-2012-GRC/RENIEC, de fecha 15 de agosto de 2012.
3. **ORDENAR** al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil proceder de inmediato a la inscripción en los registros públicos nacionales del Acta de Matrimonio Civil 8748472, matrimonio contraído por el recurrente y su pareja en Ciudad de México (antes Distrito Federal de México), concediendo a dicha inscripción todos los efectos jurídicos que correspondan, sin discriminación por orientación sexual ni de ninguna otra índole.
4. **ORDENAR** al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil el pago de costos procesales.
5. **SOLICITAR** a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, en el escenario que reciban alguna comunicación relativa a la negativa de la inscripción del matrimonio entre Oscar Ugarteche y Fidel Aroche, pueda brindarle un trámite célere, ya que, en la actualidad, esta decisión, avalada por el Estado peruano, afecta sus derechos a la identidad y libre desarrollo de la personalidad.

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
RAMOS NÚÑEZ

PONENTE RAMOS NÚÑEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Con el debido respeto que me merece la opinión de los magistrados Miranda, Blume, Sardón y Ferrero en el presente caso, me permito presentar el siguiente voto singular, en el cual se considera **FUNDADA** la demanda de autos. Este voto sin duda tendrá muchas coincidencias con la propuesta elaborada por el magistrado Carlos Ramos, ponencia original de la causa que no alcanzó el apoyo mayoritario del Colegiado. Ahora bien, y en tanto y en cuanto creo necesario también distinguirme en algunas cosas señaladas en dicho voto, y agregar otras allí no abordadas, he decidido no hacer un voto conjunto con dicho magistrado, sino desarrollar un pronunciamiento aparte, tarea que procedo a emprender de inmediato.

I. Los antecedentes del caso:

1. Con fecha 12 de diciembre de 2012, don Oscar Ugarteche Galarza interpone demanda de amparo contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. Alega que las resoluciones Registral 1258-2012-GOR/ JR10LIM/ORLIMA/RENIEC; Regional 497-2012/GOR/JR10LIM /RENIEC; y de Gerencia 55-2012-GRC/RENIEC impedían el reconocimiento en el Perú de su matrimonio celebrado en México, lo cual constituía una vulneración de su derecho a la igualdad y no discriminación en mérito a su orientación sexual.

2. La contestación de la demanda presentada por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (en adelante Reniec) abarcó diferentes aspectos. En lo referido a materias de competencia, plazos y demás elementos de procedimiento (los llamados aspectos de forma) lo señalado incidió en dos aspectos: el primero estuvo relacionado a decidir una excepción de prescripción, la cual de aceptarse se hubiese llevado a la declaración de improcedente de lo actuado por ser seguido en un plazo extemporáneo. Y justo a ello, señaló que la naturaleza de lo debatido no justificaba recurrir a la vía del Amparo, sino al Proceso Contencioso Administrativo, vía judicial considerada como igualmente satisfactoria por la parte demandante.

3. Además, y en lo referido al objeto y al contenido de la pretensión alegada (los denominados aspectos de fondo), Reniec señala que el matrimonio igualitario que Ugarteche buscaba inscribir en el Perú no estaba admitido en nuestro país, y no podía ser impuesto por el capricho del demandante.

4. En primera instancia o grado se rechaza en primer lugar la excepción de prescripción planteada, pues al momento de interponerse la demanda. Se añade que Ugarteche estaba dentro del plazo de actuación conforme a Derecho, ya que no hay como probar que

Ugarteche recibió la resolución que agotó la vía administrativa, pues su ingreso al Perú se produjo meses después. A continuación, el mismo Sétimo Juzgado Constitucional de la Corte de Justicia de Lima declaró fundada la demanda, en base a las siguientes consideraciones:

a) Si bien la Carta de 1993 señala que las diferentes alternativas de matrimonio deben ser reguladas por ley, nada impide al juez constitucional llenar esa mora del legislador, si lo que plantea no va contra el texto constitucional.

b) El Perú ha suscrito declaraciones y tratados reconociendo derechos de las personas LGTBIQ (lesbianas, gays, transexuales, bisexuales, intersexuales y queers).

c) Que ya el Tribunal Constitucional, en el caso "Schols Pérez", había reconocido que la regulación de la familia (no especificada en la Constitución) podía seguir derroteros diferentes a los tradicionales, en tanto y en cuanto ello estaba dentro de lo constitucionalmente posible; y lo mismo podía decirse del matrimonio, con similar tratamiento constitucional.

d) Que cabía una lectura evolutiva de la Constitución en este punto, tomando en cuenta el progresivo reconocimiento del matrimonio igualitario en distintos Estados.

e) Reniec había incurrido en una actitud discriminatoria, pues, a diferencia de lo sucedido con todos los pedidos de reconocimiento de matrimonio celebrados en el extranjero, aquí dicho reconocimiento habría sido denegado en mérito a la orientación sexual de los cónyuges.

f) Se constataba la desprotección existente para los derechos de parejas de un mismo sexo a formar una familia e incluso para desarrollar derechos sucesorios, lo cual era abiertamente discriminatorio.

g) El carácter laico del Perú no debería permitir que se admitan consideraciones de tipo religioso para denegar la existencia de matrimonios igualitarios.

h) En síntesis, aquí se habían vulnerado los derechos a la igualdad, a la no discriminación y al libre desarrollo y bienestar de Ugarteche.

5. En segunda instancia o grado se revoca la apelada, alegando que era fundada la excepción de prescripción deducida y que la demanda habría sido planteada fuera de plazo. Ante ello, Ugarteche, al plantear el recurso de agravio constitucional que permite que este caso llegue al Tribunal Constitucional peruano, señala que el cómputo del plazo para la interposición de su demanda debería hacerse desde el momento en que el regresó al Perú, pues no había tenido manera de enterarse de la resolución que dio por agotada la vía administrativa en Reniec, pues no existía en el Perú hasta su regreso nadie autorizado a realizar actuaciones procesales a su nombre.

II. Iniciando la resolución de la causa: un alegato sobre una prescripción que no existió.

6. El argumento utilizado para resolver la causa en segunda instancia o grado ameritaba ser dilucidado pues si se asumía la postura de la Sala de la judicatura ordinaria, ya no había más proceso que continuar. Ahora bien, el argumento planteado por Ugarteche puede ser cierto, pero creo que existen consideraciones más objetivas a tomar en cuenta sobre el particular.

7. Me explico: y es que para el cómputo de un plazo de prescripción como el aquí alegado no pueden ignorarse acontecimientos que conllevan la suspensión de los plazos procesales, y por ende, el cómputo de cuándo opera la prescripción invocada. Debe, para computarse adecuadamente un plazo de prescripción, descontarse a feriados nacionales, los días no laborables para el sector público a nivel nacional y la paralización de las labores judiciales (producidas, por ejemplo, por paros y huelgas de trabajadores judiciales).

8. Hecho entonces el descuento correspondiente, no podían ser tomados como días hábiles para el litigio (y, por ende, como parte de los días a computar para deducir o no una prescripción), una gran cantidad de días que, según lo acreditado por el ponente original de la causa, únicamente habían pasado 56 días entre la notificación de la resolución que dio por agotada la vía administrativa ante Reniec y la interposición de la demanda de Amparo por Ugarteche. El plazo de ley para este iniciar el proceso de Amparo estaba lejos de ser extemporáneo.

III. Precisiones sobre la denegatoria hecha por Reniec

9. Dejada de lado la argumentación sobre la prescripción de la demanda, toca analizar cuáles fueron las razones por las cuales Reniec denegó la inscripción del acta de matrimonio de Oscar Ugarteche. En el primer pronunciamiento de Reniec sobre el particular, la Resolución Registral 1258-2012-GOR/JR10LIM/ORLIMA/RENIEC, el argumento central fue que es la Constitución quien deriva a la ley fijar las formas y demás requisitos que debe tener un matrimonio, y, según el artículo 234 del código civil vigente, uno de esos requisitos era la diversidad de sexo de los contrayentes.

10. La Resolución Regional 497-2012/GOR/JR10LIM/RENIEC, fue aún más radical, pues no solamente hizo suyo el argumento de su antecesora, ya que no solamente trae a colación la necesidad de que, acudiendo al artículo 2049 del Código Civil. Señala que aquí habría un quiebre del orden público internacional, pues nuestra Constitución y nuestro Código Civil no permitían el matrimonio igualitario. Esta misma línea de pensamiento es seguida por la Resolución de Gerencia 55-2012-GRC/RENIEC, la cual incluso llega a afirmar que lo establecido en el ya mencionado artículo 234 del Código Civil peruano también es de orden público internacional. Queda claro que para Reniec, el fundamento central para denegar la inscripción del matrimonio de Ugarteche es que dicho matrimonio encierra una violación del orden público internacional,

excepción a la regla que la forma del matrimonio celebrado en el extranjero que se ciñe a la ley del lugar de su celebración, y todo derecho adquirido en ese escenario tiene la misma eficacia en el Perú.

11. ¿Es esta interpretación de Reniec sostenible, o encierra una situación de discriminación por razón de la orientación sexual de Ugarteche y su esposo? Como se verá a continuación, yo estoy convencido que aquí se produjo un inaceptable acto de discriminación que, lamentablemente, el voto en mayoría ha terminado por convalidar.

IV. La constatación de una situación de discriminación por orientación sexual

12. Como es de conocimiento general, el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política, establece que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley, a lo que se añade que "Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole".

13. Al respecto, y como también es de conocimiento general, en torno al principio-derecho de igualdad, se debe precisar que este tiene dos manifestaciones relevantes: la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley. El análisis de la igualdad en la ley no es central en el presente caso, pero es importante señalar, siquiera a modo de información básica, que constituye un límite para el legislador, en tanto la libertad de legislar deberá estar encaminada a respetar la igualdad, encontrándose prohibido de establecer distinciones basadas en criterios irrazonables y desproporcionados. En cuanto a la segunda manifestación (igualdad en aplicación de la ley), el derecho a la igualdad se configura como un límite para la actuación de entidades privadas o públicas, y entre estas últimas, las de carácter jurisdiccional. Se exige que estas entidades, al momento de aplicar la ley, no deben atribuir una consecuencia jurídica distinta a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales.

14. Por ende, y en tanto y en cuanto la parte demandada ha rechazado la inscripción del acta de matrimonio civil de Ugarteche sustentando su desempeño en una particular interpretación de un artículo del Código Civil peruano, conviene analizar si aquí se ha vulnerado el derecho de igualdad en la aplicación de la ley del demandante.

15. Es cierto que este Tribunal en alguna de sus composiciones ha señalado que el artículo 2.2 de la Constitución peruana recogería una serie de categorías consideradas sospechosas de discriminación, pues asume que aluden a determinados grupos sociales que han sido históricamente discriminados y que, por ende, merecen recibir una tutela especial o diferenciada de parte del ordenamiento jurídico (STC 2317-2010-PA, fundamento 33). Es más, aquí la presunción de constitucionalidad de los actos de quien tiene autoridad se pierde, siendo más bien la autoridad quien tiene la responsabilidad (carga de la prueba) de demostrar que al efectuar distinciones no se intenta discriminar.

16. Además, y desde una postura que hace suya la ponencia original, se sostiene que la lista colocada en el artículo 2.2 de nuestra Constitución es una lista expresa de "categorías sospechosas", pero, luego, no se cierra la posibilidad de atender elementos

potencialmente discriminatorios con la referencia en el mismo artículo constitucional que acabo de reseñar ("de cualquier otra índole").

17. Ahora bien, con todo respeto creo que aquí se apela a una innecesaria disquisición más propia de una tradición jurídica distinta a la nuestra (la norteamericana), vinculada a la necesidad de, según la materia en que se produzca la diferenciación, pueda justificarse una evaluación (escrutinio) más o menos intenso sobre la justificación (o mejor dicho, la constitucionalidad de una diferenciación) llegando en algunos temas a plantearse la existencia de "categorías sospechosas", situaciones donde, según la jurisprudencia de la Suprema Corte Federal estadounidense, se dan con mayor habitualidad casos de discriminación, recurriéndose en esas situaciones al escrutinio fuerte y no a uno intermedio o a un escrutinio débil .

18. La técnica de los escrutinios apela a que el margen de evaluación de las y los diversos intérpretes sobre la justificación de las diferentes alegadas tendrá una intensidad variable según el tema en el cual se ha efectuado la distinción. En la mayoría de las materias el escrutinio o justificación de la diferencia efectuada a aplicarse será denominado escrutinio mínimo o débil. Allí la valoración efectuada giraría en el análisis sobre la legitimidad del objetivo en el cual se sustenta la distinción, así como acerca de la adecuación de los medios empleados para alcanzar dicho objetivo.

19. A su vez, mediante el escrutinio intermedio utilizado para materias como las de género, en donde tradicionalmente muchas veces las diferencias establecidas han encerrado pautas discriminatorias. Aquí la valoración a realizar busca responder la pregunta sobre si es realmente importante la relación existente entre la diferencia (clasificación) empleada y el objetivo buscado en esa medida distinta. Dicho en otros términos, deberá acreditarse la importancia de la distinción efectuada como medio para asegurar el fin deseado.

20. Y llegamos nuevamente, ahora sí en su contexto original, a las "categorías sospechosas" (en Estados Unidos, por decisión jurisdiccional, se incluye allí lo referido a la razón o condición social, religión, etnia, orientación sexual, minusvalía, relación entre nacionales y extranjeros en materia laboral, o diferencias entre hijos matrimoniales o extramatrimoniales). Aquí se aplicará el escrutinio estricto o fuerte que, como ya adelanté, parte de una inversión en la carga de la prueba, pues es la dependencia estatal la que deberá justificar si había una razón imperiosa para imponer la norma que recoge la distinción y si realmente era indispensable establecer un trato diferente en estos temas para obtener los objetivos buscados.

21. Todo ello suena muy importante, pero, con mucho respecto, está cargado de una poco útil carga subjetiva, Es difícil determinar cuáles son las razones que llevan a colocar a una materia dentro de un escrutinio a otro. Asimismo, es complejo ubicar un problema concreto (por ejemplo, el que padece un grupo de jubilados) al interior de una u otra categoría (en este ejemplo, edad o género), lo cual a su vez condiciona el escrutinio aplicable. Complicaciones realmente innecesarias en el Perú, pues nuestra

Constitución, precisamente en su artículo 2.2, no hace, como señalaba la ponencia original, una lista taxativa, sino una enunciativa de los supuestos en los cuales puede generarse situaciones discriminatorias.

22. Es más, en el Perú, y por un uso innecesario de estos escrutinios, el Tribunal Constitucional concluyó que, a pesar de no encontrarse en la lista constitucional expresa de motivaciones discriminatorias, "la edad se entenderá como tutelada por expresión "cualquier otra índole", afirmación en rigor absolutamente innecesaria por obvia. No es pues necesario en el Perú hablar de "categorías sospechosas", frente a las cuales la carga de la prueba de las diferencias se hace mayor o admite variantes de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el caso I.V. contra Bolivia, con sentencia del 30 de noviembre de 2016. Allí, si bien se reclama una tutela reforzada frente a supuestos de discriminación, se señala que establecer supuestas jerarquías como las de las "categorías sospechosas" es recurrir a criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales (párrafo 240).

23. No hay pues, en el ordenamiento jurídico peruano, materias "más discriminatorias que otras", ni cabe al antojadizo uso del escrutinio estricto para temas como el de la edad, que es en los Estados Unidos de Norteamérica parte de un escrutinio débil, como erróneamente lo hace una anterior sentencia de este Tribunal (ver STC. 5157-2014-PA, fundamento 31). Y es que lo que se debe aplicar en el Perú se deduce de la lectura de la versión inglesa del artículo 14 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, el cual reclama, en todos los temas donde se hace diferencias, actuar sin discriminación.

24. Aquello es lo que motiva a su vez la construcción planteada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, su famoso test de igualdad, el cual consta de los siguientes pasos:

    a) Encontrarnos ante situaciones comparables (existencia de un *tertium comparationis*).

    b) Existencia de un fin u objetivo lícito (o por lo menos no prohibido ni contrario a los fines considerados como esenciales para el fundamento de una sociedad democrática), que motive el trato diferenciado.

    c) Configuración de medidas concretas que guarden relación con el objetivo a alcanzar (examen de racionalidad), pero que sobre todo, sean adecuadas a dicho objetivo o fin (examen de proporcionalidad).

25. Esta es la fórmula que en su momento acogió la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que mayoritariamente ha utilizado nuestro Tribunal, sin recurrir a discutibles "categorías sospechosas". Cosa distinta es que comprobemos cómo en nuestro país, y por diversas razones, hay sectores que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad. Sin negarse ello, basta con aplicar con rigor un test de igualdad para detectar como los y las integrantes del colectivo LGTBIQ son en nuestro país sistemáticamente expuestos a situaciones de discriminación, e inclusive a acontecimientos donde se pone en riesgo sus propias vidas, a través de los denominados "crímenes de odio".

26. Justo es anotar que esta situación no es exclusiva del Perú, y que los y las integrantes del colectivo LGTBIQ son a nivel mundial también un sector de la población tradicionalmente discriminado. Así, por ejemplo, los "principios de Yogyakarta" (o "Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género") resaltan como históricamente el colectivo LGTBIQ ha sido víctima de violaciones a sus derechos como consecuencia de su orientación sexual. En esa misma línea la Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género" aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 2008; el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre orientación sexual, identidad de género y expresión de género de 2012; o la Resolución del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género del año 2016.

27. La realidad peruana no escapa de este tipo de preocupaciones. El Gobierno mediante el Decreto Supremo 002-2018-JUS aprobó el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021, con un lineamiento estratégico que incluyó a la comunidad LGTBIQ. Importante también es el Informe Defensorial Nº 1715, sobre los derechos humanos de las personas LGTBIQ, entre otros documentos.

28. Se ha impuesto también que la orientación sexual no heterosexual no constituye una enfermedad o una patología. Eso lo ha reconocido la Organización Mundial de la Salud desde 1990, o la Asociación Psiquiátrica Americana (APA) desde 1973. Y luego de ello, un largo etcétera, que puede enmarcarse en la siguiente aseveración: no nos encontramos ante una enfermedad o una patología, pero si ante una materia a la cual debe protegerse frente a su continua exposición a situaciones de discriminación.

29. Ahora bien, y para cerrar este aparte de nuestro texto, la orientación sexual, en su tratamiento concreto en el país, debe ceñirse a parámetros convencionalizados, los cuales buscan preservar condiciones de igualdad en el ejercicio de la orientación sexual de cada quien. Por ende, y tomando en cuenta lo señalado por la Cuarta Disposición Final de la Constitución vigente, debe hacerse de acuerdo con lo previsto en todos los tratados que el Estado peruano haya suscrito (y entre ellos, la Convención Americana de Derechos Humanos), la jurisprudencia dictada por los organismos de interpretación vinculante de dichos tratados (como la Corte Interamericana de Derechos Humanos), y con las normas con carácter de *ius cogens*.

V. La necesidad de reconocer y proteger los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la orientación sexual de prácticas discriminatorias

30. Sin llegar a los extremos de Bobbio, cuando señala que lo importante de la fundamentación de los derechos era establecer su protección, no puede negarse que la satisfacción de nuestras necesidades humanas básicas expresadas mediante esas capacidades de dar, hacer o no hacer que son los derechos, no es completa sino cuenta con canales especiales, específicos y eficientes para su protección. Ya he resaltado en un anterior apartado

de este texto, la importancia de respetar la orientación sexual de cada quien. A ello, si alguna duda quedaba, habría que añadir que, sin ese respeto, hablar del libre desarrollo de la personalidad de cualquiera de nosotros es poco menos que una quimera. Ahora es cuando toca preguntarse cuán eficiente es el actual marco garantista que se le otorga a estos derechos.

31. Si nos manejamos con un concepto amplio de lo que se entiende por garantías, la relación de declaraciones, tratados y demás pronunciamientos emitidos a favor del respeto a la orientación sexual y su vinculación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad nos genera un escenario de buenas expectativas. El reconocimiento constitucional en el Perú, que reconoce el derecho a no ser discriminado por su orientación sexual (que se desprende del artículo 2 inciso 2) y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (como consecuencia de la lógica del artículo 2 inciso 1), apuntan bien. A nivel de garantías procesales, el Código Procesal Constitucional habilita en su artículo 37 inciso 1 que el Amparo procede para la tutela del derecho a no ser discriminado por razón de su orientación sexual.

32. El Tribunal Constitucional peruano además ha desarrollado importantes pronunciamientos en contra de la cosificación de las personas y la tutela del libre desarrollo de la personalidad (ver. por ejemplo, las SSTC 2868-2004-PA/TC y 0032-2010-PI/TC). Sin embargo, todo esto puede devenir en absolutamente insuficiente.

33. Me explico: siempre es necesario tener presente que en un Estado Constitucional el poder es limitado y también, aunque a veces resulte peligroso reconocerlo, tener presente que el contenido y el ejercicio de todos los derechos reclama límites. Ahora bien, estos límites a los derechos, máxime si están intrínsecamente vinculados a nuestra propia subsistencia y el desarrollo de nuestros proyectos de vida, deben encontrarse escrupulosamente justificados si lo que se va a limitar es la plasmación de nuestra orientación sexual o del libre desarrollo de nuestra personalidad. Allí no cabe bajo el argumento de contentar la satisfacción de un sector -inclusive mayoritario- imponer a otros(as) la vida que ese sector considera "perfecta" y "correcta". Como bien señala este mismo Tribunal en su STC 0032-2010-PI, "toda medida perfeccionista se encuentra proscrita" (fundamento 50).

34. Tampoco cabe, aquí en nombre de supuestamente proteger los proyectos de vida propios, un paternalismo que con sutileza o sin ella, intenta (y a veces lamentablemente logra) llevarnos a lo que se considera mejor para cada quien. Por ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Atala Riffo y niñas contra Chile, señaló con claridad que "el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de homosexual en sí misma, sino que se incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas" (párrafo 133). No basta con el reconocimiento del colectivo LGTBIQ, sino que es también vital el reconocimiento de que puedan hacer todo aquello que les permita plasmar sus diferentes proyectos de vida. Y entre ello debería estar, como no, el reconocimiento de matrimonios igualitarios como una apuesta de una pareja por compartir sus esperanzas e ilusiones de manera conjunta, y si es posible, hasta el final de sus días.

35. En este escenario, reconocer la existencia del colectivo LGTBIQ, pero negarle la oportunidad de, por ejemplo, el reconocimiento de su vida en pareja, encierra, necesario es decirlo, una cruel manera de discriminar, pues digo que tienes derechos pero en realidad no te los reconozco; o te reconozco algunos derechos pero sin justificación razonable te niego otros que libremente si pueden ejercer aquellas personas de orientación sexual heterosexual, los derechos son de todos y todas, o de ninguno(a). Reconocer una cobertura recortada de derechos a algunos(as) sin un debido sustento, o como consecuencia de fórmulas "perfeccionistas" o "paternalistas" es en realidad establecer que odiosa e indeseablemente hay personas "completas" o "de primera" y personas "incompletas" o de "segunda". Y ello es absolutamente inaceptable, máxime si viene instaurado o asumido por entidades cuya verdadera finalidad debería ser satisfacer las necesidades humanas básicas de todos(as), permitiéndoles que el pleno ejercicio de sus derechos solamente admita limitaciones razonablemente justificadas.

VI. Los argumentos de Reniec para no atender la pretensión planteada

6.1. Sobre la supuesta existencia de vías igualmente satisfactorias

36. Reniec ha señalado que debe declararse improcedente la demanda, dado que el proceso contencioso administrativo constituye la vía procesal idónea para resolver la pretensión del recurrente. Reniec añade que el proceso contencioso administrativo cuenta con una etapa probatoria que resultaría necesaria para resolver la pretensión, y a ello agrega que la presente controversia no puede ser dilucidada en sede constitucional, toda vez que pretende el reconocimiento de un matrimonio homosexual no permitido por la Constitución peruana.

37. Sobre el particular, cabe preguntarse primero si el reconocimiento de un matrimonio celebrado en el extranjero no constituye más bien un juicio de puro Derecho para el cual no parece ser necesario contar con una etapa probatoria. Y si lo de que se acusa a Reniec es precisamente de violentar el derecho a la igualdad de una pareja de esposos al discriminarlos en razón de su orientación sexual, lo más aconsejable pareciera ser recurrir a la vía directa de la tutela urgente de derechos que constituye el proceso de Amparo.

38. Ahora bien, y por si lo expuesto no fuese suficiente, conviene analizar si el contencioso administrativo constituye una vía igualmente satisfactoria del Amparo en este caso en particular en aplicación del artículo 5 inciso 2 del Código Procesal Constitucional, y, sobre todo, en función de lo establecido en el caso "Elgo Ríos" (STC 02383-2013-PA) para determinar cuándo nos encontramos ante una vía igualmente satisfactoria que el Amparo.

39. Como todos y todas sabemos, en el fundamento 15 de la sentencia "Elgo Ríos" se establece que una vía ordinaria (como el proceso contencioso administrativo) será una vía igualmente satisfactoria al Amparo sí, de manera copulativa, demuestra el cumplimiento de los siguientes elementos:

1) Que la estructura del proceso (ordinario) es idónea para la tutela del derecho.

2) Que la resolución que se fuera a emitir (en el proceso ordinario) podría dar una tutela adecuada.

3) Que no exista riesgo de que se produzca la irreparabilidad (del daño alegado).

4) Que no exista necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las circunstancias.

40. Además de que el caso presentado por Ugarteche involucra un juicio de puro Derecho que se dilataría innecesariamente en sede contencioso-administrativa, debe tenerse en cuenta otros factores de innegable relevancia fáctica: Oscar Ugarteche tiene 71 años. Un contencioso administrativo en el Perú, convertido en un contencioso administrativo de plena jurisdicción, pero con una total insuficiencia de jueces y juezas encargados(as) de atenderlos, toma, según el Informe de la Defensoría del Pueblo 120, un promedio de dos años para obtener una resolución de primera instancia o grado, resolución que puede ser apelada a segunda instancia o grado y llevada a la Corte Suprema en casación. Entonces, a la falta de necesidad de una etapa probatoria le añadiríamos una innecesaria dilación para resolver e incluso un fuerte riesgo de irreparabilidad del daño. El sustento de este argumento de Reniec se nos presente entonces como de gran debilidad, por decir lo menos.

6.2. Sobre la supuesta infracción al orden público internacional

41. Aquí tengo básicamente dos cosas que anotar: algo sobre los alcances que Reniec quiere darle al concepto "orden público internacional", y luego algo más acerca de lo que ahora entiende al respecto. En un primer momento la noción de orden público internacional era planteada como una excepción, de última ratio para eludir eventuales compromisos contraídos en el extranjero y que no querían honrrarse en el país. El alegato más habitual es que nos encontrábamos ante situaciones que, de ser aceptadas quebrarían, o irían en contra del Estado interpelado, o irían contra valores básicos dentro de dicho Estado que serían violentados por la normativa o las actuaciones extranjeras.

42. Además de no encontrar en el pedido de Ugarteche nada que pueda alegarse que genere tanto peligro, y lo que, como veremos luego, estamos más bien de lo constitucionalmente posible en el Perú y que no encuentra prohibición alguna en el ordenamiento jurídico peruano (además de resaltar una manera de evitar se incurra en actos de discriminación a ciudadanos y ciudadanas en función a su opción sexual), importante es anotar como en estos últimos, con una dinámica que tiende la integración de los diferentes ordenamientos jurídicos ha dejado completamente de lado esa antigua concepción del orden público internacional.

43. Y es que se debe entender que hoy se da un radical cambio en lo que se entiende por "orden público internacional". Esta noción se encuentra más bien ligada a que los diferentes Estados respeten sus diversos compromisos internacionales (tratados suscritos

respecto a la interpretación vinculante de dichos tratados), así como las disposiciones con carácter de *ius cogens*. Y al mismo tiempo implica para los diversos Estados la imposibilidad de establecer trabas para el cumplimiento de estos tratados, los pronunciamientos vinculantes que se desprenden de estos tratados y las disposiciones con carácter de *ius cogens*. Para decirlo en pocas palabras, Reniec invoca el "orden público internacional" para desconocer o incumplir actuales alcances tal como veremos en este mismo texto.

6.3. La consideración de un supuesto reconocimiento constitucional al matrimonio heterosexual que proscribiría un sustento de este tipo al matrimonio igualitario

44. La Constitución peruana, en su artículo 4, establece un reconocimiento y reclama una protección a la familia y al matrimonio como instituciones de gran relevancia dentro de nuestro ordenamiento, y presupuesto para el ejercicio de una serie de derechos fundamentales, Una institución constitucionalmente garantizada, para decirlo en términos más técnicos. Ahora bien, y lo que es necesario resaltar, en ningún caso la Constitución establece como válido un tipo de familia o una clase de matrimonio.

45. Esta configuración constitucional ha permitido al Tribunal Constitucional frente a la mora del legislador, dar respuestas a situaciones anteriormente no previstas pero que ahora se nos presentan como datos ineludibles de la realidad, que la labor de concretización que corresponde al juez(a) constitucional no puede soslayar.

46. Eso es lo que ocurrió, por ejemplo, en el caso "Schols Pérez". La Constitución no establece un modelo de familia, y el legislador únicamente había establecido regulación en el Código Civil para las familias nucleares desconociendo, por ejemplo, la existencia en la realidad de otras fórmulas de familias, como son las familias ensambladas. El Tribunal Constitucional peruano reconoce la cobertura constitucional de la familia ensamblada, en la línea de lo previsto en el artículo 4 de la Carta de 1993. Ese mismo pedía entonces alegarse sobre el matrimonio civil: que en el Código Civil se haya reconocido finalmente un tipo de matrimonio (el matrimonio heterosexual), no implica que no exista sustento constitucional o convencional para el reconocimiento de otro tipo de matrimonios.

47. Sin embargo, por motivos que no comparto se intenta realizar una interpretación a todas luces forzada de la Constitución para, en base a ello, intentar justificar que solamente habría cobertura constitucional al matrimonio heterosexual (e incluso tratar de proyectar una confesa descalificación del matrimonio igualitario recurriendo a una ya doctrinariamente superada comprensión del orden público internacional). Se lee el artículo 5 de la Carta de 1993, destinado a establecer una protección a ciertos supuestos de convivencia heterosexual estricto sensu para de allí "dar el salto" a un supuesto reconocimiento (exclusivo y excluyente) del matrimonio heterosexual a nivel nacional.

48. Con el debido respeto que merece toda comprensión distinta a la nuestra, considero que en términos de interpretación (e incluso de integración) jurídica, nos encontramos ante un esfuerzo insostenible.

49. Me explico: en primer lugar, no puede hacerse una interpretación analógica entre dos instituciones de distinta naturaleza. El matrimonio no es el concubinato y por ende, lo que es invocable en uno no lo es necesariamente en el otro. En segundo término, el concubinato no es, como incluso se insinuó por allí, un matrimonio "en pequeño" o "incompleto", y por ende, lo que es aplicable al concubinato *a fortiori* no es predicable del matrimonio. Y finalmente, aún asumiendo que estuviésemos ante situaciones que hubiesen podido ser sometidas a un razonamiento analógico o a una consideración *a fortiori*, estas fórmulas no pueden ser utilizadas para restringir el alcance de derechos o instituciones.

50. El juez(a) constitucional tiene necesariamente que ser creativo en su labor interpretativa de la Constitución, pero debe ser respetuoso de ciertos parámetros, y uno de ellos es sin duda, lo que dice el texto de la misma Constitución, lo que se infiere razonablemente de su texto o de una lectura convencionalizada del mismo. No existe pues consagración constitucional del matrimonio heterosexual. Lo que existe más bien es una cobertura dentro de lo constitucionalmente posible para el matrimonio igualitario, como veremos luego.

51. Ahora bien, y en todo caso, una discusión sobre el supuesto reconocimiento constitucional de una forma o fórmula de matrimonio de manera excluyente frente a otros, no parece un argumento de improcedente, como si lo es (aunque no se coincida con el) el hablar de si existen o no vías igualmente satisfactorias. Lo que pareciera aquí es encerrarse, bajo argumentos sin duda muy respetables, es un pronunciamiento sobre los alcances de una institución constitucional, dándole coberturas mucho más limitadas, en base a ello se alega una supuesta vulneración del orden público internacional, un verdadero pronunciamiento sobre el contenido y el objetivo de lo pretendido es en este caso (el reconocimiento de un matrimonio igualitario válidamente suscrito en el extranjero). Dicho en otras palabras, por el fondo de la controversia.

VII. Resolviendo el caso planteado, completando nuestra discrepancia con los votos de mayoría

7.1. El margen de competencias de Reniec y su necesaria relación con el reconocimiento y tutela de necesidades humanas básicas

52. El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), es, como se sabe, conforme con lo señalado en el artículo 183 de la Constitución "tiene a su cargo la inscripción de los nacimientos, divorcios, defunciones y otros actos que modifican el Estado Civil" (en ese mismo sentido, entre otras, la STC 04729-2011-PHD, fundamento ocho). El artículo 2 de su Ley Orgánica añade que se encuentra bajo su responsabilidad la organización y el mantenimiento del registro único de identificación de las

personas naturales e inscribir los hechos y actos relativos a su capacidad y estado civil. Importantes funciones sin duda; pero que, dentro de un Estado Constitucional, deben ejercerse de acuerdo con los principios, disposiciones, derechos y deberes recogidos en la Constitución de nuestro país, o que se desprendan de su lectura sistemática o convencionalizada.

53. Y es que no existe Estado Constitucional en serio si sus entidades, públicas o privadas, no actúan conforme a parámetros constitucionales. Eso no quiere decir que todas ellas, por cumplir y hacer cumplir la Constitución, tengan la posibilidad de, por ejemplo, ejercer control difuso, como alguna vez lo dijo erróneamente alguna sentencia de este Tribunal felizmente ya rectificada. Lo que quiere decir es que cada cual debe actuar dentro de sus competencias, y, sobre todo, respetar los derechos y atribuciones de los demás.

54. Aquello tiene especial relevancia en el caso de Reniec. Como entidad con autoridad, su accionar debe seguir al menos parámetros de razonabilidad, racionalidad, deber de motivación y corrección funcional. Ahora bien, y a ello hay que añadir el mismo artículo 183 de la Constitución y el artículo 7 de su Ley Orgánica le otorgan, entre otras funciones, velar por el respeto de la identidad de la persona y demás derechos inherentes a ella. Y dentro de esos derechos inherentes a la identidad de las personas están, cómo no, el no ser sometidos a tratos discriminatorios, y el respeto a su orientación sexual y al libre desarrollo de la personalidad de cada quien.

55. Por ende, son muchas las veces que el Tribunal Constitucional peruano se ha debido pronunciar exigiendo al Reniec exigiendo el cumplimiento de sus responsabilidades constitucionalmente establecidas. No debiera negarle a nadie tener un documento nacional de identidad; no debería regatear el acceso a dicho documento a personas adultos mayores o a quienes lo han perdido en situaciones debidamente justificadas; no debiera negarse a rectificar los datos referidos al estado civil o a la identidad de género de las personas; no debería, finalmente, impedir que se reconozca un matrimonio celebrado en el extranjero sin justificación razonable, alegando razones insuficientes (una supuesta vía procesal igualmente satisfactoria, una comprensión desfasada del orden público internacional) o, como veremos a continuación, desconociendo los derechos fundamentales que debería defender, o incumpliendo los parámetros constitucionales y convencionales asumidos por nuestro país que directamente inciden en su labor.

7.2. La labor de concretización del juez(a) constitucional y su fin último: la posibilidad de satisfacer necesidades humanas básicas, sobre todo de sectores vulnerables

56. El constitucionalismo contemporáneo no es el mismo que motivó en su momento las revoluciones burguesas, o aquel que rigió antes de la Segunda Guerra Mundial. se ha pasado, no sin sobresaltos, dificultades y hasta eventuales retrocesos, de un constitucionalismo de límites (donde el eje de la preocupación del constitucionalismo era el de la limitación del poder para así evitar su ejercicio abusivo sobre los ciudadanos y

ciudadanas) a un constitucionalismo de derechos (donde el aspecto primordial es el de permitir a la ciudadanía, y sobre todo a las minorías, exigir la posibilidad de poder hacer o dejar de hacer algo, mientras ello no sea ilícito, y siempre y cuando aquello sea vital para la satisfacción de sus necesidades humanas básicas, necesidades frente a las cuales lo que hoy conocemos como derechos son, probablemente, sus más calificados expresores en una sociedad determinada.

57. En ese contexto, la responsabilidad del juez o la juez constitucional es muy grande. Reconoce que existe una pluralidad de intérpretes vinculantes de la Constitución de su país, pero es el principal responsable de la concretización de las disposiciones, principios, valores derechos, deberes y preceptos recogidos en una Constitución (o que se desprendan de su lectura sistemática o convencionalizada). Entonces, si se trata de la protección de los derechos (y sobre todo, de los derechos de las minorías, quienes en los hechos menos pueden disfrutar de esos expresores de sus necesidades humanas básicas expresores a los que sabemos denominar derechos), el juez(a) constitucional no puede contagiarse de la mora o el silencio de otros intérpretes vinculantes de la Constitución, y si existe cobertura constitucional para ello, se encuentra en la obligación de desarrollar, dentro de lo constitucionalmente posible, el contenido de medios e instituciones que permitan la plena satisfacción de las necesidades humanas básicas de todos y todas, y sobre todo, de quienes tradicionalmente han sido sometidos a situaciones de discriminación .

58. Eso es lo que hizo en su momento este Tribunal en el ya aquí mencionado caso "Schols Pérez", más no solamente en esa ocasión. Este Tribunal, con la actual composición, e incluso contando con el voto de algunos de quienes ahora configuraron el voto de mayoría, admitió una interpretación directa y conforme a la Constitución del tema de los migrantes en el caso "Mesquita de Oliviera", dejando de lado toda la normativa entonces vigente, la cual prohibía la reagrupación de un migrante extranjero con su familia peruana. Y junto a ello, un largo etcétera.

59. Es más, eso es precisamente lo que han hecho juezas y jueces constitucionales en varios países del orbe para precisamente reconocer el matrimonio igualitario (y no solamente la mera inscripción de un matrimonio regulatorio celebrado en otro país). La labor de un matrimonio igualitario celebrado en otro país). La labor, por ejemplo, las Cortes Supremas estadounidenses, argentina y costarricense, o del Tribunal Constitucional del Ecuador, han ido en ese sentido: han asumido el rol tuitivo y de interpretación directa a la constitución que les corresponde, sin esperar al legislador(a), sino más bien, con su actitud, impulsando a quienes legislan a pronunciarse luego con detalle al respecto.

7.3. La relevancia de lo señalado por la Corte Interamericana al respecto

60. Durante el debate surgido al respecto, hay quien, alegando la aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, la cual reclama que los derechos en el Perú deben comprenderse de acuerdo con lo prescrito en los tratados de los cuales nuestro países parte, toman la lectura del artículo 17.2 de la Convención

Americana de Derechos Humanos para luego señalar que el sistema norteamericano ya se ha optado por un modelo de matrimonio que de manera exclusiva y excluyente implica una relación entre hombre y mujer. Nada más lejano de la realidad, como se verá de inmediato.

61. Y es aquí que se genera un problema parecido al ya descrito en el plano nacional. La letra de la convención reconoce expresamente y pide otorgar protección al matrimonio entre hombre y mujer, pero no descarta ni descalifica el reconocimiento y tutela de otros tipos de matrimonio. Y es que en materia de tutela de necesidades humanas básicas y de límites al poder, las lecturas literales con un alcance restrictivo son siempre contraproducentes al rol tuitivo que justamente un sistema de protección supranacional busca consolidar. Cabe aquí recordar cómo en nuestro Tribunal Constitucional desde el caso "Lizana Puelles", donde una lectura literal, sistemática y contraria al parámetro convencional de un artículo de nuestra Constitución que fue justamente descartada por inconstitucional por quienes integraban el Tribunal Constitucional de ese entonces.

62. Lo cierto es que en el sistema interamericano no existe una prohibición de fórmulas matrimoniales distintas a las del matrimonio heterosexual, sino todo lo contrario. Desde casos como "Atala Riffo" o "Duque", el razonamiento de la Corte Interamericana va en un sentido diferente. Sin embargo, y para despejar cualquier duda sobre el particular, basta con leer la Opinión Consultiva 24 del año 2017 para ver cómo la Corte Interamericana reconoce la relevancia de reconocer y proteger a los matrimonios igualitarios en los Estados sometidos a la competencia de la Corte, y además, establece la obligación de que los Estados no pongan trabas o dificultades a la consagración de estas fórmulas matrimoniales.

63. Lo expuesto aquí reclama varias aclaraciones frente a algunas cosas dichas sobre el particular, seguramente por falta de información. En primer término, debe entenderse con claridad la naturaleza de una Opinión Consultiva de la Corte: no se trata de una recomendación, sino de un pronunciamiento vinculante para todos los Estados que admiten las competencias de Corte, hecho a propósito de una consulta hecha en abstracto (de allí su nombre de Opinión Consultiva, para diferenciarlo de la competencia contenciosa de la Corte, basada en la resolución de controversias específicas). Sobre cómo debe interpretarse una norma o una presente o futura interpretación de una norma de alguno de los órganos obligados a seguir la interpretación de la Corte. Dada una Opinión Consultiva, lo resuelto allí es de cumplimiento inmediato, tal como lo demostraron las actuaciones de la Corte Suprema de Costa Rica e incluso del Tribunal Constitucional del Ecuador, Estado que por cierto no formuló la Opinión Consultiva correspondiente.

64. En segundo lugar, se ha dicho que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha prohibido el matrimonio igualitario, y eso no es cierto. El Convenio Europeo de Derechos Humanos no hace mención alguna al respecto y el Tribunal, en una muy conocida

sentencia (Schalk and Kopk contra Italia, del 24 de junio 2010), reconoce que estamos ante una materia en evolución ante la cual deja a los diferentes Estados sometidos al Tribunal un margen de apreciación para que estos tomen la regulación que consideren conveniente en sus contextos específicos. Dejar libertad de acción no es denegar.

65. La consecuencia lógica de lo prescrito en la Opinión Consultiva 24 es muy clara. El Estado peruano no solamente debería limitarse a reconocer matrimonios igualitarios celebrados fuera de su territorio, sino que debía pasar a establecer una específica regulación tuitiva al respecto, y además, suprimir cualquier traba a la tutela de la afirmación de estos matrimonios. En ese contexto, si Reniec como entidad administrativa se sentía limitada a tomar decisiones en ese sentido en base a una discutible comprensión del sentido en base a una discutible comprensión del principio de legalidad, y el Congreso continuaba guardando silencio al respecto, tocaba al Tribunal Constitucional por lo menos otorgar el reconocimiento al matrimonio igualitario de Ugarteche, para así no solamente cumplir con los compromisos internacionales ya suscritos, sino también, y por sobre todo, no permitan que se plasme una situación de discriminación fácilmente apreciable con la sola aplicación del test de igualdad.

66. Explicó de inmediato los alcances de lo que acabo de decir. Aquí hay una clara situación comparable (*tertium comparationis*): la de la situación de todos los diferentes matrimonios celebrados en el extranjero. Ahora bien, y frente a esos matrimonios, uno de ellos, no es reconocido como los demás, y esta distinción se realiza en base a argumentos que como creo haber podido acreditar en este texto, no cuentan con una justificación, y por ende, son casos donde pura y simplemente se había consagrado un supuesto de discriminación, con el agravante que dicho comportamiento desconocía el cumplimiento de lo claramente señalado mediante espacios cuya competencia para pronunciarse al respecto había sido aceptada por el Estado Peruano.

67. Y es que, en estricta aplicación del test de igualdad ante situaciones comparables no veo que la distinción realidad se sustenta en una justificación razonable. Más bien encuentro una situación de incumplimiento a los parámetros establecidos por el sistema interamericano que bien pueden llevar a que el señor Ugarteche pueda llevar su caso a la Comisión Interamericana, y luego, esta Comisión hacer suyo y llevar el caso a la Corte. El pronunciamiento de la Corte Interamericana, luego de lo resuelto en la Opinión Consultiva 24, es a todas luces previsible: Condena al Estado Peruano, la cual no va a implicar solamente el reconocimiento del matrimonio igualitario del señor Ugarteche en el Perú, sino también la exigencia de que el Estado peruano regule el matrimonio igualitario, para que así no se produzcan supuestos de discriminación y perjuicios al ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, tal como se ha producido en este caso en particular.

68. Por todas estas consideraciones mi voto es por declarar **FUNDADA** la demanda, por haberse producido una clara vulneración del principio-derecho a la igualdad y no discriminación, y en relación con ello se causa también un perjuicio al desarrollo de

derechos como el del libre desarrollo de la personalidad y la identidad de don Oscar Ugarteche. En ese mismo tenor, declararse nulos los actos lesivos a esos derechos (Las resoluciones Registral 1258-2012-GOR/JR10LIM/ORLIMA/RENIEC; Regional 497-2012/GOR/JR10LIM /RENIEC; y de Gerencia 55-2012-GRC/RENIEC, emitidas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil del Perú). Y, finalmente, inscribirse el Acta de Matrimonio Civil celebrado en México por el señor Ugarteche y que el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil del Perú asuma los costos procesales generados por la presente controversia.

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. 03378-2019-PA/TC
ICA
JORGE GUILLERMO COLONIA BALAREZO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 5 días del mes de marzo de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa y Espinosa-Saldaña Barrera, que se agregan. Se deja constancia de que el magistrado Ramos Núñez votará en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jorge Guillermo Colonia Balarezo contra la resolución de fojas 108, de fecha 24 de julio de 2019, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Ica, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 27 de marzo de 2019, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Primer Juzgado Especializado de Familia de Ica y la Sala Superior de Emergencia de la Corte Superior de Justicia de Ica. Solicita que se declaren nulas la Resolución 1, de fecha 24 de octubre de 2018 (folio 5), en el extremo que admitió la denuncia interpuesta en su contra por doña María Luisa Paredes Tambra por violencia (en la modalidad de maltrato psicológico) y le concedió medidas de protección; y la Resolución 4, de fecha 7 de febrero de 2019 (folio 19), que confirmó la Resolución 1, en el extremo que otorgó medidas de protección a favor de la denunciante, las cuales fueron expedidas, respectivamente, por los jueces emplazados.

Alega que se han vulnerado sus derechos fundamentales a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso, en sus manifestaciones del derecho de defensa y del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales; toda vez que a través de las resoluciones cuestionadas se dictaron medidas de protección a favor de la denunciante prescindiendo de la realización de la audiencia para su efecto, con lo cual se le impidió ejercer su derecho a ser oído, y basándose exclusivamente en una anticientífica e inconstitucional "Ficha de valoración de riesgo en mujeres víctimas de violencia de pareja", cuyas preguntas se formularon a la víctima en una diligencia en la que no se le permitió participar ni a él ni a su abogado. Al respecto, señala que los jueces emplazados no explican cómo se disponen medidas de protección sin que existan otras pruebas periféricas que corroboren la valoración del riesgo.

Mediante la Resolución 1, de fecha 1 de abril de 2019 (folio 52), el Tercer Juzgado Especializado Civil de Ica declaró improcedente la demanda de amparo por considerar que no existe irregularidad de relevancia constitucional que vulnere de forma directa y manifiesta los derechos fundamentales alegados, en tanto que el demandante se limita a exponer argumentos y hechos del proceso ordinario pretendiendo un nuevo pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

A su turno, la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Ica confirmó la decisión de primera instancia o grado, considerando que el recurrente pretende revisar en vía constitucional las decisiones emitidas por la judicatura ordinaria, a pesar de que no evidencian una infracción concreta al contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales que invoca.

FUNDAMENTOS

§1. PETITORIO Y DETERMINACIÓN DEL ASUNTO CONTROVERTIDO

1. Del escrito que contiene la demanda, este Tribunal Constitucional observa que el petitorio está dirigido a que se declare la nulidad de la Resolución 1, de fecha 24 de octubre de 2018, expedida por el Primer Juzgado Especializado de Familia de Ica, a través de la cual se admitió la denuncia interpuesta por doña María Luisa Paredes Tambra en contra del recurrente por violencia (en la modalidad de maltrato psicológico) y le concedió medidas de protección; y la Resolución 4, de fecha 7 de febrero de 2019, emitida por la Sala Superior de Emergencia de la Corte Superior de Justicia de Ica, mediante la cual confirmó la citada Resolución 1, en el extremo que concedió medidas de protección, por violencia contra la mujer, a favor de la referida denunciante María Luisa Paredes Tambra. Alega que dichas resoluciones violan sus derechos fundamentales de defensa y a la motivación de las resoluciones judiciales.

2. El Tribunal advierte que, si bien al identificarse los derechos que se habrían vulnerado el recurrente ha invocado tanto al derecho de defensa como al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, la presente controversia constitucional solo está relacionada con el primero. Ello es así por cuanto, efectivamente, la Ley 30364, "Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar", publicada el 23 de noviembre de 2015 en el diario oficial *El Peruano*, establece el uso de la "Ficha de valoración de riesgo" como un instrumento objetivo para analizar el riesgo de violencia contra la mujer y, sobre la base del resultado obtenido de su aplicación a la víctima, sustentar el dictado de medidas de protección que ayuden a detener la violencia ejercida contra aquella o prevenir que se suscite nuevamente, excluyendo al presunto agresor de participar en el momento en que se completa dicha ficha, así como impidiéndole ser oído porque se prescinde –en casos de riesgo severo– de la realización de la audiencia para su dictado.

3. Así, el Tribunal considera que la controversia constitucional gira esencialmente en torno a la verificación de si la exclusión del demandante para participar en el momento en

que se completa la ficha, así como el otorgamiento de medidas de protección a favor de la mujer denunciante sin que se le permita previamente al demandante ser oído en la audiencia de su dictado porque se prescindió de su realización, intervienen injustificadamente o no sobre su derecho de defensa.

§2. PROCEDENCIA DEL AMPARO

4. Sin embargo, un análisis, como el anunciado en el fundamento precedente, requiere que este Tribunal se cerciore previamente si el recurrente ha cumplido con satisfacer las condiciones de la acción a las que está sujeto el proceso de amparo. Esas condiciones de la acción están reguladas, esencialmente, en el artículo 5 del Código Procesal Constitucional y, tratándose del cuestionamiento de una resolución judicial, el análisis también comprende lo previsto por el artículo 4 del mismo cuerpo de leyes.

5. El Tercer Juzgado Especializado Civil de Ica declaró la improcedencia *in limine* de la presente demanda de amparo y esta decisión fue confirmada por la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Ica, en esencia, por considerarse que la demanda no contendría un asunto de relevancia constitucional desde el punto de vista de los derechos fundamentales alegados (artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional).

6. Este Tribunal Constitucional no comparte dicho criterio. A este efecto, recuerda que el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, a tenor de la cual se debe considerar el contenido protegido del derecho de defensa sobre la base de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, reconoce el derecho de toda persona 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** [negritas agregadas].

7. Si este derecho a ser oído garantiza o no que el denunciado de violencia contra la mujer deba ser escuchado antes de que se otorgue una medida de protección a favor de la mujer en los casos de violencia es una cuestión que se determinará más adelante, según los derechos y principios constitucionales involucrados. Entre tanto, para determinar si el rechazo liminar de la demanda se encuentra justificado en los términos exigidos por el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional, al Tribunal Constitucional le basta advertir que, si el derecho de defensa garantiza, *prima facie*, el derecho a ser oído en cualquier proceso judicial en el que se determinen los derechos y las obligaciones de una persona que participa en este, no cabe duda de que esa relación directa existe.

8. La decisión adoptada de otorgar medidas de protección a favor de doña María Luisa Paredes Tambra, que es el acto reclamado en este proceso, tiene el efecto de establecer ciertas reglas de conducta que deberá cumplir el demandante. Estas reglas de conducta,

que desde su dictado forman parte de la determinación del alcance de los derechos y de las obligaciones del recurrente, se han dictado –así se alega– sin que se le permita ser oído, lo que le ha impedido exponer que la decisión judicial se ha adoptado según una prueba unilateral ("Ficha de valoración de riesgo"), en cuya metodología de aplicación no solo no participa el presunto agresor, sino también que carece de ciertos niveles de racionalidad.

9. No se formula una pretensión orientada a cuestionar lo resuelto por los órganos de la jurisdicción ordinaria ni un asunto que se pueda calificar como de ninguna trascendencia constitucional, tal como ha sido señalado por las instancias inferiores que han conocido este proceso. Así, puesto que no existe justificación en la decisión de rechazar liminarmente la demanda, este Tribunal debería decretarlo así y, con base en sus facultades nulificantes establecidas en el artículo 20 del Código Procesal Constitucional, declarar la nulidad de todo lo actuado, ordenar que se admita a trámite la demanda y disponer que siga el curso procesal que corresponda.

10. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que, en el presente caso, es innecesario obrar de ese modo. Según nuestra doctrina jurisprudencial, expresada entre tantas otras sentencias (vgr. Expedientes 04184-2007-PA, 06111-2009-PA, 01837-2010-PA, 00709-2013-PA y 01479-2018-PA), el Tribunal considera que, al tratarse de una controversia que gira alrededor de los alcances del derecho de defensa en esta clase de proceso especial para prevenir la violencia contra la mujer, en el expediente se encuentra todo lo que es necesario para emitir un pronunciamiento sobre el fondo. En primer lugar, al tratarse del cuestionamiento directo de la resolución judicial que concedió las referidas medidas de protección, así como su confirmatoria, las razones de los órganos jurisdiccionales emplazados se encuentran objetivadas en la fundamentación que antecede a la decisión. En segundo lugar, expedir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto no vulneraría, a su vez, el derecho fundamental a la defensa, en este caso, de los jueces que integraron los órganos judiciales demandados. Así, por lo demás, se desprende de los propios actuados en el presente proceso, donde el rechazo liminar de la demanda no ha impedido que se les notifique el escrito de apelación (folio 93, vuelta), el auto que concede este medio impugnatorio (folios 86, vuelta; 93, vuelta; y 94, vuelta), la resolución que establece la fecha y hora de la vista de la causa (folios 98 y 99), así como la resolución de vista (folios 113-115).

11. Así, pues, la decisión de este Tribunal de pronunciarse sobre el fondo en el presente caso es plenamente congruente con la directriz que contiene el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, la cual ordena que los fines de los procesos constitucionales no sean sacrificados por exigencias de tipo procedimental o formal, además, desde luego, de así requerirlo los principios procesales de economía procesal e informalismo, también enunciados en el referido artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

12. Finalmente, este Tribunal advierte que la condición de la acción –consistente en el deber del demandante del amparo contra resoluciones judiciales de emplear los medios

impugnatorios hábiles e idóneos para cuestionar la violación de sus derechos y, de esa manera, obtener una "resolución judicial firme", tal como exige el artículo 4 del Código Procesal Constitucional–, en el presente caso, también ha sido satisfecha. La Resolución 1, de fecha 24 de octubre de 2018, expedida por el Primer Juzgado Especializado de Familia de Ica, en su momento, fue impugnada mediante el recurso de apelación correspondiente. Esto motivó que se expidiera la Resolución 4, de fecha 7 de febrero de 2019, por la Sala Superior de Emergencia de la Corte Superior de Justicia de Ica. Dado que esta última resolución se trata de un auto que no finaliza el proceso, no corresponde exigir que el recurrente haya debido interponer un recurso de casación; pues, de acuerdo con la ley procesal correspondiente, dicho recurso no está contemplado para estos casos.

13. Corresponde, por tanto, emitir un pronunciamiento sobre el fondo y así se hará.

§3. SOBRE LA ALEGACIÓN DE VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA EN EL OTORGAMIENTO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN CONTRA LA MUJER QUE ES VÍCTIMA DE VIOLENCIA

i) El contenido inderogable del derecho de defensa y su contenido *prima facie*

14. Como ya se tiene expuesto, el demandante invoca la afectación de sus derechos fundamentales de defensa y a la motivación de las resoluciones judiciales. Considera que, mediante la Resolución 1, de fecha 24 de octubre de 2018, expedida por el Primer Juzgado Especializado de Familia de Ica, a través de la cual se admitió la denuncia por violencia psicológica interpuesta en su contra por doña María Luisa Paredes Tambra y se le concedió medidas de protección; y la Resolución 4, de fecha 7 de febrero de 2019, emitida por la Sala Superior de Emergencia de la Corte Superior de Justicia de Ica, que confirmó la citada Resolución 1, se concedieron indebidamente medidas de protección a favor de la denunciante. Así, en su opinión, estas decisiones se basan exclusivamente en una prueba ("Ficha de valoración de riesgo") que es anticientífica e inconstitucional, impidiéndosele su participación en la diligencia donde se formularon las preguntas contenidas en la ficha a la persona que denunció ser víctima de violencia. Además, tales medidas se dictaron prescindiendo de la realización de audiencia.

15. El derecho constitucional de defensa se encuentra reconocido en el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución, a tenor del cual:

> Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
>
> […]
>
> 14. 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.

16. Por su parte, el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos precisa 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 otro carácter.

17. En su formulación más básica, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el derecho de defensa garantiza que toda persona que participa en un proceso judicial no quede en estado de indefensión. Asimismo, se ha mencionado que ese derecho a ser oído no proyecta las facultades e inmunidades que en su nombre se encuentran garantizadas al ámbito exclusivamente del proceso penal o sobre cualquier proceso judicial, sino que tiene la virtualidad de irradiarse en cualquier clase de procedimiento (administrativo o corporativo privado) donde un tercero tenga la competencia para decidir sobre los derechos y las obligaciones de una persona.

18. Por tanto, los procesos especiales, como el de medidas de protección frente a la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, regulado por la Ley 30364, no son ajenos a este ámbito de protección del derecho de defensa.

ii) Determinación de la intervención en el ámbito *prima facie* garantizado por el derecho de defensa

19. El Tribunal observa que, de acuerdo con el artículo 16 de la Ley 30364, el Juzgado de Familia dentro de las 48 horas (en caso de riesgo leve o moderado, identificado en la ficha de valoración de riesgo) o de las 24 horas (en caso de riesgo severo, identificado en la ficha de valoración de riesgo), contadas desde que toma conocimiento de la denuncia, evalúa el caso y resuelve en audiencia la emisión de las medidas de protección y/o cautelares requeridas, que sean acordes con las necesidades de la víctima. En este segundo supuesto señalado, el juez podrá prescindir de la audiencia, dada la urgencia de salvaguardar la integridad de la persona denunciante. En tanto que en los casos en los que no se pueda determinar el riesgo, el Juzgado de Familia, en el plazo máximo de 72 horas, evalúa el caso y resuelve en audiencia. Son inaplazables las audiencias para el dictado de medidas de protección y se realizan con los sujetos procesales que se encuentren presentes.

20. Igualmente, observa que, al regularse las medidas de protección que se pueden dictar en los procesos especiales por actos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, enunciativamente, el legislador ha considerado las siguientes (artículo 22 de la Ley 30364):

    1. Retiro del agresor del domicilio en el que se encuentre la víctima, así como la prohibición del regresar al mismo. La Policía Nacional del Perú puede ingresar a dicho domicilio para su ejecución.

2. Impedimento de acercamiento o proximidad a la víctima en cualquier forma, a su domicilio, centro de trabajo, centro de estudios u otros donde aquella realice sus actividades cotidianas, a una distancia idónea para garantizar su seguridad e integridad.
3. Prohibición de comunicación con la víctima vía epistolar, telefónica, electrónica; asimismo, vía chat, redes sociales, red institucional, intranet u otras redes o formas de comunicación.
4. Prohibición del derecho de tenencia y porte de armas para el agresor, debiéndose notificar a la Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil para que proceda a dejar sin efecto la licencia de posesión y uso, y para que se incauten las armas que están en posesión de personas respecto de las cuales se haya dictado la medida de protección. En el caso de integrantes de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú en situación de actividad que emplean armas de propiedad del Estado en el ejercicio de sus funciones, el juzgado oficia a la institución armada o policial para los fines de este numeral.
5. Inventario de bienes.
6. Asignación económica de emergencia que comprende lo indispensable para atender las necesidades básicas de la víctima y sus dependientes. La asignación debe ser suficiente e idónea para evitar que se mantenga o coloque a la víctima en una situación de riesgo frente a su agresor e ingrese nuevamente a un ciclo de violencia. El pago de esta asignación se realiza a través de depósito judicial o agencia bancaria para evitar la exposición de la víctima.
7. Prohibición de disponer, enajenar u otorgar en prenda o hipoteca los bienes muebles o inmuebles comunes.
8. Prohibición a la persona denunciada de retirar del cuidado del grupo familiar a los niños, niñas, adolescentes u otras personas en situación de vulnerabilidad.
9. Tratamiento reeducativo o terapéutico para la persona agresora.
10. Tratamiento psicológico para la recuperación emocional de la víctima.
11. Albergue de la víctima en un establecimiento en el que se garantice su seguridad, previa coordinación con la institución a cargo de este.

21. El legislador ha distinguido las medidas de protección de las cautelares (que "resguardan pretensiones de alimentos, regímenes de visitas, tenencia, suspensión de la patria potestad, acogimiento familiar, disposición de bienes y otros aspectos conexos que sean necesarios para garantizar el bienestar de las víctimas, las personas dependientes o en situación de vulnerabilidad a cargo de la víctima") aludidas en el artículo 22-B de la misma Ley 30364.

22. Al respecto, el Tribunal observa que las medidas de protección presenta características o elementos que también son propios de las medidas cautelares, como la temporalidad, variabilidad y la urgencia; sin embargo, ello no supone necesariamente que ambas tengan la misma naturaleza. En cualquier caso, las medidas de protección se deben adoptar en un plazo bastante breve por el Juzgado de Familia y en el marco de una audiencia oral que se debe caracterizar por prohibir "la confrontación y la conciliación entre la víctima y el agresor" (artículo 25 de la Ley 30364). El trámite de las medidas de protección es independiente del trámite de la denuncia por violencia que se inicia, generalmente, cuando el Juzgado de Familia remite los actuados al Ministerio Público para que realice la investigación correspondiente. De ahí que el dictado de una medida de protección no significa la atribución automática del estatus de responsable penal al presunto agresor de violencia. El objeto de las medidas de protección es solo asegurar la integridad personal de quien presenta la denuncia por violencia; por ello, su trámite es independiente y célere. La determinación de la responsabilidad penal del presunto agresor debe seguir el curso que la normatividad procesal penal prevé para el efecto.

23. Este Tribunal nota que, si bien es cierto que no existe una norma específica que disponga expresamente que las medidas de protección se deban dictar sin que se oiga al agresor, en el supuesto de encontrarse ante un escenario de violencia calificado como de "riesgo severo", el inciso "b" del artículo 16 de la Ley 30364 autoriza al juez para que prescinda de la audiencia y actúe con la urgencia que exige el caso. Asimismo, verifica que existen dos normas de carácter general, como el artículo 25 anteriormente reseñado o el artículo 18 (que establece que "[en] la actuación de los operadores de justicia, originada por hechos que constituyen actos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, se evita la doble victimización de las personas agraviadas a través de declaraciones reiterativas y de contenido humillante. Los operadores del sistema de justicia deben seguir pautas concretas de actuación que eviten procedimientos discriminatorios hacia las personas involucradas en situación de víctimas […]"), a partir de las cuales se deduce la facultad del juez para disponer el otorgamiento de medidas de protección a favor de la mujer objeto de violencia y que estas, además, se dicten *inaudita altera pars*, sin oírse a la otra parte.

24. En el presente caso, el Tribunal observa que los órganos judiciales emplazados concedieron medidas de protección a favor de doña María Luisa Paredes Tambra, las cuales fueron dictadas sin que se permitiera al recurrente ser oído porque se prescindió de la realización de la audiencia correspondiente al tratarse de un caso calificado como de riesgo severo (folio 8). Las medidas de protección consistieron en que el demandante queda prohibido de (i) acercarse a la agraviada, a su domicilio, centro de trabajo y otros a una distancia no menor de 50 metros; (ii) comunicarse con la agraviada, ya sea por medio de cartas, escritos diversos correos electrónicos, mensajes de texto, teléfono, chat, redes sociales, internet y otras formas de comunicación; (iii) protagonizar cualquier tipo de discusión o altercado, ya sea que se encuentre en estado etílico o sobrio, en cualquier lugar y circunstancia en que se encuentre la parte agraviada, a fin de no

causarle un daño emocional; (iv) agredir verbalmente a la agraviada con palabras humillantes y ofensivas y cualquier otra acción que le cause afectación emocional; y que se abstenga de (v) inferir maltrato físico o psicológico a la agraviada.

25. Como objetivamente tales medidas incidieron sobre una serie de libertades del ahora recurrente, y estas se dictaron sin que se le permita ser oído, el Tribunal advierte que existe una intervención sobre el derecho de defensa. Se trata de una intervención judicial efectuada al amparo de los artículos 16, inciso "b"; 18; y 25 de la Ley 30364.

26. El recurrente considera que dicha intervención, por el solo hecho de serla, es inconstitucional y viola su derecho de defensa. El Tribunal no comparte tal criterio.

27. A este efecto, el Tribunal se ve en la necesidad de recordar su doctrina general en torno a las intervenciones, las injerencias o los límites de los derechos fundamentales. Así, los derechos fundamentales no son absolutos, se encuentran sujetos a límites o intervenciones en su ámbito *prima facie* protegido. Ello es consecuencia de que el reconocimiento de un derecho fundamental no se formula de manera aislada en favor de una única persona, sino en un marco más general, como el reconocimiento de diversos derechos fundamentales y otros principios o bienes constitucionalmente protegidos. Estos límites, en algunos casos, tienen la condición de inmanentes, cuando así se derivan del propio contenido del derecho, o pueden ser externos, cuando el legislador quien los establece, en aras de armonizar ese derecho con el reconocimiento de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos.

28. En cualquier caso, no se puede calificar como sinónimo de violación del derecho la identificación de un límite o la intervención sobre el ámbito *prima facie* protegido por un derecho fundamental. Desde sus primeras sentencias, este Tribunal ha sostenido que solo las intervenciones que carecen de justificación se pueden considerar como violatorias de los derechos fundamentales. Por lo tanto, el problema no es que se observe una intervención en el programa normativo del derecho, sino que carezca de justificación. De esta apreciación general no escapa el derecho de defensa. Lo mínimamente garantizado por este es que toda persona que participa en un proceso judicial no quede en estado de indefensión material. Es decir, que se le condene o se disponga de sus derechos y obligaciones sin habérsele permitido antes formular sus descargos o, en términos más generales, ser oído por quien tiene la competencia legal para decidir. Más allá de este contenido básico e inderogable, para que sea válida cualquier otra intervención sobre el derecho a hacerse oír ante un tribunal que dispone alguna medida que lo afecte en el ejercicio y goce de sus derechos y libertades, debe ser necesariamente justificada.

29. Puesto que en el presente caso se ha dictado una medida judicial caracterizada por su provisionalidad y urgencia en su expedición, consistente en la prohibición para el recurrente de desplegar una serie de conductas en aras de salvaguardar la integridad psicológica y física de la denunciante doña María Luisa Paredes Tambra, prescindiéndose de la realización de la audiencia correspondiente para su dictado y, en consecuencia,

impidiéndole al recurrente ser oído; el Tribunal nota que esta medida no afecta a aquel contenido inderogable del derecho de defensa que todos los poderes públicos están inexorablemente obligados a respetar. Su aplicación judicial no tiene el efecto de dejar en estado de indefensión material a la persona contra quien se dicta, pues la oportunidad para hacerse oír por el juez solo ha sido desplazada a otra etapa procesal. Así, pues, no tratándose de una medida que afecte el contenido inderogable del derecho de defensa, resta evaluar si la intervención que de todas maneras genera en el ámbito *prima facie* de este derecho –consistente en la imposibilidad de ser oído cada vez que se adopten medidas que puedan afectar en el ejercicio de sus derechos y obligaciones de cualquier índole– se encuentra constitucionalmente justificada.

30. En lo que sigue, por tanto, este Tribunal se detendrá en el análisis de las razones que justifican o no que el legislador haya autorizado que, en el dictado de medidas de protección a favor de una mujer víctima de la violencia, el juez pueda adoptarla *inaudita altera pars*.

iii) Justificación de la intervención sobre el derecho a la defensa

A. *Sobre la finalidad constitucional que persigue el dictado de las medidas de protección*

31. Como antes se ha dicho, la actuación judicial que aquí se cuestiona, realizada al amparo de la Ley 30364, constituye una intervención del contenido *prima facie* garantizado por el derecho de defensa. Tal injerencia, a fin de no ser calificada de inconstitucional, ha de necesitar contar con una justificación. Se debe evaluar si esta existe o no tomando en consideración si detrás de su establecimiento legislativo hay razones constitucionales objetivas que la legitimen. Por tanto, se debe indagar si la medida establecida por el legislador, que los órganos judiciales emplazados han adoptado, tiene la finalidad de proteger algún derecho o bien constitucionalmente relevante, o si no se encuentra constitucionalmente prohibida.

32. En opinión del Tribunal, el derecho fundamental que la justifica es el de la mujer a una vida libre de violencia.

33. La Constitución garantiza a toda persona su derecho a la vida, a su integridad moral, psíquica y física, así como a su libre desarrollo (artículo 2, inciso 1). Se tratan de tres derechos fundamentales, cada uno con un contenido constitucionalmente protegido que es propio. En virtud de los derechos a la vida y al libre desarrollo, estos aseguran a todas las personas una vida digna y libre, es decir, la capacidad para formular autónomamente sus proyectos de vida, los cuales son libres de construir a partir de su individual modelo de virtud y, desde luego, de poderlos alcanzar. En virtud del segundo derecho mencionado, se trata de la salvaguarda de su inviolabilidad moral, psíquica y física, de modo que está prohibido, como recuerda el artículo 2, inciso 24, parágrafo "h", de la Constitución, la "violencia moral, psíquica o física", o el ser "sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes".

34. También el artículo 2, inciso 2, de la Constitución reconoce el derecho que tienen todas las personas a no ser discriminadas por razones de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. Es el derecho a la igualdad jurídica, entre cuyas posiciones iusfundamentales se encuentra el derecho a la igual dignidad, esto es, el derecho que tienen las personas a ser tratadas como iguales en tanto ostentan la misma dignidad, cualquiera sea el sexo o el género.

35. De las relaciones que se suscitan entre los contenidos de los derechos a la vida, integridad personal, libre desarrollo e igualdad, este Tribunal entiende que se deriva el aseguramiento, a título de derecho fundamental, de una facultad a favor de todos los seres humanos, pero especialmente significativa –por las razones que se expondrán más adelante– en el caso de las mujeres, consistente en garantizar y asegurar el desarrollo de una vida libre de violencia, cualquiera sea su clase (física, psíquica o moral). Se trata, en otras palabras, del derecho fundamental de la mujer a una vida libre de violencia, cuyo reconocimiento no requiere apelar a la cláusula de los derechos no enumerados (artículo 3 de la Constitución), el cual, como se recordó en la sentencia recaída en el Expediente 0895-2001-AA/TC, está reservada solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera una protección al más alto nivel y que, en modo alguno, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita (fundamento 5). Un derecho, en definitiva, cuyo reconocimiento con el más alto nivel de rango surge de la interrelación, a su vez, de los contenidos protegidos por los derechos a la vida, a la integridad personal, al libre desarrollo y a la igualdad.

36. El núcleo inderogable del derecho fundamental de la mujer a una vida libre de violencia –que es indisponible y, por consiguiente, proyectado como vinculante directamente desde los artículos 2, incisos 1 y 2, de la Constitución, sin perjuicio de ulteriores precisiones jurisprudenciales que este Tribunal pueda realizar– está constituido por las siguientes posiciones iusfundamentales:

    a) A no ser objeto de cualquier acción o conducta, particular o estatal, que le cause la muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, por su condición de mujer, tanto en el ámbito privado como público.

    b) A no ser objeto de violación, abuso sexual, tortura, trata, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el espacio laboral o cualquier otro lugar.

    c) A no ser objeto de alguna forma de discriminación, en particular, de aquella basada en el sexo.

    d) A ser considerada y educada sin tomar en cuenta los patrones estereotipados de conducta, así como las prácticas culturales y sociales que están basadas en criterios de inferioridad o subordinación.

37. En nuestro sistema de fuentes del Derecho, dicho derecho de la mujer a una vida libre de violencia ha sido objeto de reconocimiento. Si se recuerda que los derechos y las

libertades reconocidos por la Constitución se interpretan y aplican de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales sobre las mismas materias que el Estado peruano haya ratificado (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución), entonces, este derecho de la mujer a una vida libre de violencia tiene la condición de un derecho humano tras su reconocimiento por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará", cuyo artículo 3 reconoce que "[t]oda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado". Asimismo, en el plano infraconstitucional, el artículo 9 de la Ley 30364 desarrolla legislativamente aquel derecho: "[l]as mujeres y los integrantes del grupo familiar tienen derecho a una vida libre de violencia, a ser valorados y educados, a estar libres de toda forma de discriminación, estigmatización y de patrones estereotipados de comportamientos, prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación".

38. Este derecho fundamental de la mujer a una vida libre de violencia es el fin que existe detrás de la intervención sobre el derecho de defensa cuando la judicatura dicta medidas de protección prescindiendo de la audiencia donde el agresor habría podido ser escuchado.

B. *¿La intervención en el derecho de defensa supera el subprincipio de idoneidad?*

39. Corresponde evaluar si la facultad del Juez de Familia, reconocida por el artículo 16 inciso "b" de la Ley 30364, para dictar medidas de protección, prescindiendo de la audiencia para el efecto cuando se presenta un caso de violencia contra la mujer que califica como de "riesgo severo", y, por tanto, impedirle al agresor ser oído, constituye una medida restrictiva, pero idónea para la prosecución del objetivo perseguido por tales medidas de protección.

40. El propósito de la Ley 30364 fue establecer algunos mecanismos, medidas y políticas integrales para prevenir, atender y proteger a las mujeres víctimas de violencia. En ese sentido, en su artículo 22, regula las medidas de protección, las cuales tienen por objeto:

> […] neutralizar o minimizar los efectos nocivos de la violencia ejercida por la persona denunciada, y permitir a la víctima el normal desarrollo de sus actividades cotidianas; con la finalidad de asegurar su integridad física, psicológica y sexual, o la de su familia, y resguardar sus bienes patrimoniales.

41. Entonces, queda claro que el propósito perseguido por las medidas de protección es detener la violencia ejercida contra la víctima o prevenir que esta se vuelva a suscitar –de darse otra vez el escenario de violencia, la agresión podría perpetrarse con más intensidad, sobre todo, si existe una denuncia formal de por medio contra el actor–, y que así las mujeres puedan llevar una vida en tranquilidad y exentas de agresión. Las medidas de protección han sido concebidas por el legislador para resguardar la integridad personal de las mujeres y garantizar su derecho a llevar una vida libre de violencia,

de ahí que constituyan las acciones judiciales más efectivas e idóneas que se puedan adoptar en la actualidad frente a las denuncias de violencia presentadas. Más aún, si en nuestro ordenamiento jurídico no se contempla otro mecanismo tutelar, célere y especializado para salvaguardar la integridad de las mujeres frente a la violencia[1].

42. Ahora bien, para el dictado de las medidas de protección el Juzgado de Familia tomará en cuenta el riesgo al cual se encuentra sometida la vida de la víctima de violencia, la necesidad de protección, así como la urgencia y el peligro en la demora. Por ello, es que tratándose de hechos de violencia calificados como de "riesgo severo", como el caso de autos, y no otros, la Ley 30364 contempla la posibilidad de que el juez de familia prescinda de la audiencia y dicte a la brevedad las medidas de protección que considere adecuadas para garantizar la integridad de la víctima. Su explicación es la necesidad, la urgencia y el peligro en la demora. Esta justificación es plenamente constitucional, sobre todo, si se toma en cuenta que el agresor no ha quedado en un estado de indefensión al no ser oído como ya se afirmó *supra*, sino que su oportunidad para hacerse escuchar ha sido desplazada a otra etapa procesal.

43. Por tanto, la decisión judicial de dictar medidas de protección en el presente caso prescindiendo de la audiencia para el efecto es una medida idónea para alcanzar el fin constitucionalmente perseguido, esto es, salvaguardar la integridad psicológica y física de doña María Luisa Paredes Tambra.

C. *¿La intervención en el derecho de defensa supera el subprincipio de necesidad?*

44. Para que una medida restrictiva de un derecho fundamental no supere el subprincipio de necesidad, debe ser evidente la existencia de una medida alternativa que, restringiendo en menor medida el derecho fundamental concernido, permita alcanzar por lo menos con igual idoneidad el fin constitucionalmente válido perseguido.

45. En el presente caso, tal como se ha referido en más de una ocasión, mediante la Resolución 1, de fecha 24 de octubre de 2018, el Primer Juzgado Especializado de Familia de Ica admitió la denuncia por violencia psicológica interpuesta en contra del recurrente por doña María Luisa Paredes Tambra y le concedió medidas de protección para salvaguardar su integridad psicológica y física. Esta decisión fue confirmada por la Sala Superior de Emergencia de la Corte Superior de Justicia de Ica, mediante la Resolución 4, de fecha 7 de febrero de 2019. Al respecto, el recurrente alega que estas decisiones violan su derecho de defensa porque las medidas de protección fueron

1 El segundo párrafo del artículo 677 del Código Procesal Civil ("Si durante la tramitación del proceso se producen actos de violencia física, presión psicológica, intimidación o persecución al cónyuge, concubino, hijos o cualquier integrante del núcleo familiar, el Juez debe adoptar las medidas necesarias para el cese inmediato de los actos lesivos, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 53") hace referencia a la tutela anticipada. Sin embargo, las medidas que el juez pueda adoptar en el marco de dicho precepto no tienen como finalidad inmediata alcanzar la protección, sino la eficacia de la decisión final. En ese sentido, no puede equipararse a los alcances tuitivos de las medidas de protección reguladas en la Ley 30364.

dictadas prescindiendo de la audiencia correspondiente y, por tanto, no pudo ser oído; pero, además, basándose únicamente en la anticientífica e inconstitucional "Ficha de valoración de riesgo" para cuyo acto de llenado tampoco fueron convocados ni él ni su abogado.

46. Recibida la denuncia por actos de violencia contra la mujer, sea que haya sido formulada ante la Policía Nacional del Perú, el Ministerio Público o el Juzgado de Familia (conforme establece el artículo 15 de la Ley 30364), estas autoridades deberán aplicar la "Ficha de valoración de riesgo" con el objeto de detectar y medir los riesgos a los que se encuentra expuesta la vida e integridad de la víctima de violencia en relación con la persona denunciada.

47. Dado que la "Ficha de valoración de riesgo" es un instrumento objetivo que ayuda a establecer cuál es el tipo de riesgo de violencia existente (leve, moderado o severo), así como a determinar cuáles de las medidas de protección reguladas por el artículo 22 de la Ley 30364 serán las más idóneas para proteger a la víctima de violencia, no se admite que el agresor participe de la diligencia donde se aplica el cuestionario contenido en dicha ficha porque su presencia se torna impertinente; ya que podría influenciar la espontaneidad de las respuestas que otorgue la víctima, distorsionando así los resultados que se obtengan de la evaluación del riesgo y propiciando, además, la revictimización a través de los cuestionamientos a las respuestas. Por esta razón, el Tribunal Constitucional discrepa de lo alegado por el recurrente, esto es, que el hecho de no ser convocado al momento en que se aplica el cuestionario de la ficha a la víctima constituya una afectación a su derecho de defensa, más aún, si como también ya se afirmó *supra,* de las normas contenidas en los artículos 18 y 25 de la Ley 30364, queda establecido que las autoridades deben evitar escenarios de discriminación en el desarrollo de los procesos, así como la confrontación entre la víctima y el agresor.

48. Asimismo, en relación con el alegato del demandante de que las resoluciones judiciales cuestionadas son indebidas por basarse exclusivamente en una anticientífica e inconstitucional prueba, como lo sería la "Ficha de valoración de riesgo", este Tribunal observa que el recurrente sustenta su alegato en un mero dicho como apreciación personal porque no existe en autos documentos orientados a sustentar tales afirmaciones, lo cual confirma que su cuestionamiento es la expresión de una mera disconformidad con la medida judicial.

49. En cuanto a la decisión de dictar las medidas de protección prescindiendo de la realización de la audiencia (lo que es una alternativa y no, en estricto, una obligación, conforme se advierte del tenor dispositivo del artículo 16), este Tribunal observa que la judicatura acogió dicha opción (i) porque el resultado de la aplicación de la "Ficha de valoración de riesgo" arrojó la existencia de "riesgo severo"; (ii) en consecuencia, se hacía necesario otorgar tutela con carácter urgente; (iii) es un deber estatal preservar eficazmente la integridad y vida de las personas víctimas de violencia; y (iv) porque el hecho de que ya anteriormente se había dictado otras medidas de protección a favor de

doña María Luisa Paredes Tambra, en lugar de impedir que se otorguen por segunda vez, reforzaba la idea de la existencia de un ambiente no adecuado para el desarrollo de una vida en tranquilidad y libre de violencia que exige la necesidad de su concesión a la denunciante.

50. Este Tribunal comparte tal justificación. Es de la opinión que frente aquellos casos donde se haga evidente la existencia de un escenario de riesgo severo para la vida de la víctima, la judicatura no tiene que dudar de tomar las medidas necesarias (prescindir de la realización de una audiencia en lugar de llevarla a cabo) que le permitan actuar de manera célere y eficaz para otorgar así la tutela debida acorde con la dignidad de las víctimas. En el presente caso, la judicatura no tenía otra alternativa que aquella que le facilitara actuar rápidamente y cumplir su rol de garante de la integridad personal, esto es, prescindir de la realización de la audiencia.

D. *¿La intervención en el derecho de defensa supera el subprincipio de proporcionalidad?*

51. Finalmente, corresponde analizar si la decisión de dictar medidas de protección en casos de violencia contra la mujer que reportan la existencia de "riesgo severo", prescindiendo de la realización de la audiencia correspondiente donde el agresor hubiera podido ejercer su derecho de defensa, superan el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Conforme a este subprincipio, una medida restrictiva de los derechos solo será ponderada si el grado de incidencia que genera sobre el contenido de los derechos restringidos es menor que el grado de satisfacción que genera en relación con los derechos y/o bienes constitucionales que busca proteger u optimizar.

52. Este Tribunal considera que para efectos de realizar el análisis de proporcionalidad de la medida, resulta pertinente pasar una mirada a la situación de la violencia contra la mujer en nuestro país y a las distintas acciones estatales que se han desplegado para combatirla. A eso nos abocaremos en lo que sigue.

d.1) LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN EL PERÚ

53. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará", aprobada mediante la Resolución Legislativa 26583, publicada el 25 de marzo de 1996, ratificada por el Perú el 2 de abril de 1996 y entrada en vigencia el 4 de julio del mismo año, en su artículo 1, prescribe que

> […] debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado[2].

2 La Ley 30364 define en su artículo 5 a la violencia contra las mujeres en los mismos términos que lo hace la Convención de Belém do Pará.

54. La violencia contra la mujer, que es un tipo de violencia basada en el género, constituye una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. En efecto, esta forma de violencia, tal como se presenta, incide en el respeto que la condición humana exige de la sociedad hacia todas las mujeres y persigue como objetivo que el sistema de género[3] dominante, apoyado en concepciones y costumbres asentadas en las ideas de inferioridad y subordinación de las mujeres frente a la superioridad y poder de los hombres, permanezca y se refuerce.

55. Para el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) la violencia basada en el género se define como

> Cualquier acción o conducta, basada en el género y agravada por la discriminación proveniente de la coexistencia de diversas identidades (raza, clase, identidad sexual, edad, pertenencia étnica, entre otras), que causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a una persona, tanto en el ámbito público como en el privado. Se trata de aquella violencia que ocurre en un contexto de discriminación sistemática contra la mujer y contra aquellos que confrontan el sistema de género, sea al interior de las familias o fuera de ellas, al margen de su sexo, que no se refiere a casos aislados, esporádicos o episódicos de violencia, sino que están referidos al sistema de género imperante, que remite a una situación estructural y a un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades de todas las sociedades y que se apoya en concepciones referentes a la inferioridad y subordinación de las mujeres y la supremacía y poder de los varones[4].

56. La violencia basada en el género incluye como perpetradores o sujetos activos no solo a los hombres, y como víctimas o sujetos pasivos no solo a las mujeres. Esta violencia, que se agrava por la discriminación que la acompaña, se ejerce contra todas aquellas personas que cuestionan el sistema de género imperante y enraizado en las relaciones sociales, con el propósito de impedir que este sea desmontado.

57. Ahora bien, entre las modalidades más frecuentes de violencia contra la mujer se registran: 1) la violencia física y psicológica en la relación de pareja; 2) el feminicidio; 3) la violencia sexual; 4) la violencia ejercida sobre los derechos reproductivos (vgr. violencia obstétrica, violencia contra pacientes con VIH en tanto no se les informa debidamente

3 Por género, entiende este Tribunal, la construcción social y cultural que responde al conjunto de roles asignados a las personas tomando en cuenta su sexo biológico. Son características propias de una cultura y que con el transcurso del tiempo pueden variar. Así, bajo esta premisa conceptual, cultural socialmente se considera por ejemplo a las mujeres como más emocionales, más sensibles, más empáticas, más organizadas, más relacionadas con el ámbito doméstico; en tanto que a los hombres se les considera más racionales, menos sensibles, más productivos económicamente, más predispuestos a la actividad política, entre otros roles asignados.

4 Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2016). *Violencia basada en género. Marco conceptual para las políticas públicas y la acción del Estado.* Lima: MIMP, p. 23.

respecto a la prevención de embarazos, esterilizaciones forzosas); 5) la violencia ejercida en el marco de conflictos armados (vgr. agresión sexual, esclavitud sexual militar, prostitución forzada, matrimonios forzados, mutilación genital, relaciones sexuales a cambio de asegurar la supervivencia); 6) la violencia en el trabajo (vgr. hostigamiento sexual, división del trabajo atendiendo el sexo, falta de reconocimiento de las labores realizadas, desigualdad salarial); 7) la violencia económica o patrimonial; 8) el acoso sexual callejero; 9) la trata de personas; y 10) la violencia contra la mujer migrante.

58. Atendiendo las particularidades del presente caso, corresponde detenerse en los supuestos de violencia física y psicológica en la relación de pareja, así como en el delito de feminicidio.

Sobre la violencia física y psicológica

59. Según la reciente Encuesta Demográfica y de Salud Familiar – ENDES 2018 elaborada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI, el 63.2 % de las mujeres han sufrido algún tipo de violencia por parte de su esposo o compañero en el año 2018. Siendo de la zona andina sur de donde proviene el mayor número de mujeres que fueron objeto de violencia, en específico, de los departamentos de Huancavelica, Apurímac, Cusco y Puno. Así también, la encuesta revela una mayor incidencia de violencia en mujeres con nivel educativo secundario (69.4 %) y que residen en zonas urbanas (63.3 %).

60. La Ley 30364 señala, en su artículo 8, que la violencia física es

> […] la acción o conducta, que causa daño a la integridad corporal o a la salud. Se incluye el maltrato por negligencia, descuido o por privación de las necesidades básicas, que hayan ocasionado daño físico o que puedan llegar a ocasionarlo, sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación.

61. Sobre este tipo específico de violencia, la encuesta del INEI revela que el 30.7 % de las mujeres alguna vez sufrió violencia física durante el año 2018. Así, se tiene que el 27.1 % fueron empujadas, sacudidas o que su pareja les arrojó algo, el 18.2 % recibieron bofeteadas y/o les retorcieron el brazo, el 15.3 % fueron golpeadas con el puño o con algo que pudo dañarlas, el 9.8 % fueron pateadas o arrastradas y el porcentaje restante aludió otras formas de violencia física, tales como estrangulamiento, ataque con cuchillo o pistola, quemaduras y amenazas.

62. La violencia psicológica es definida en el artículo 8 de la Ley 30364 como

> […] la acción u omisión, tendiente a controlar o aislar a la persona contra su voluntad, a humillarla, avergonzarla, insultarla, estigmatizarla o estereotiparla, sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación.

63. Este tipo de violencia repercute considerablemente en la autoestima de las mujeres y en el proyecto de vida que puedan diseñar, menoscabando sus aspiraciones personales y su auto reconocimiento como personas dignas y con derechos. Así, constituyen expresión

de este tipo de violencia las amenazas, los insultos (que pueden estar relacionados con el aspecto físico, la inteligencia, la capacidad laboral, el rol de madre y de esposa), las humillaciones, el desprecio, así como la desvalorización de las opiniones. Y también se configuran como actos más específicos de violencia psicológica contra las mujeres, la insistencia de conocer a dónde van, los celos, las acusaciones de infidelidad, la prohibición de trabajar o estudiar, la prohibición de maquillarse y arreglarse, la prohibición de tener amigos o de que estos las visiten, la amenaza de abandono o de alejarlas de los hijos, así como todos aquellos actos que generen en las víctimas mujeres la sensación de culpa o miedo y que contribuyan a aumentar el poder de dominación que ejerce el agresor, reforzándose los patrones de género instaurados cultural y socialmente.

64. La misma ENDES 2018 arroja que el 58.9 % de las mujeres han sido víctimas de violencia psicológica y/o verbal por parte de su esposo o compañero en dicho año. Sobre las distintas manifestaciones de violencia psicológica, la encuesta refleja que entre las más frecuentes están aquellas referidas a celos (41.0 %), a la insistencia en saber a dónde va la mujer (37.1 %), a las que le siguen la prohibición de que la visiten o que ella visite a sus amistades (15.6 %) y la acusación de infidelidad (14.2 %). Y, por otro lado, el 16.1 % de mujeres enfrentó las amenazas de su pareja de irse de la casa, de quitarle los hijos o la ayuda económica, y el 8.9 % declaró que las amenazaban con hacerle daño.

65. Las cifras demuestran, entonces, que en nuestro país más de la mitad de ciudadanas son víctimas de algún tipo de violencia por parte de sus parejas. Estas cifras no solo demandan la custodia permanente de su integridad por parte del Estado, sino además un cambio cultural en nuestra sociedad que solo será posible con una educación en derechos y en igualdad que contribuya a la formación de personas más respetuosas y menos violentas. Y este trabajo de cambio cultural vincula a todos los integrantes de la sociedad, esto es, a funcionarios públicos, así como a ciudadanos y también a ciudadanas.

66. Sin embargo, la violencia en general, así como la violencia contra la mujer en particular, no son problemas que las sociedades puedan resolver, sino que se tratan de hechos cuyo control o, en el mejor de los casos, su reducción como meta, sí es posible alcanzar. Tenemos que aceptar esta realidad, sobre todo porque constituye el punto de partida para todas las acciones públicas y privadas que puedan adoptarse con el objetivo de reducir la violencia contra las mujeres a un nivel ínfimo y casi imperceptible. El Estado no puede abandonar la lucha contra la violencia hacia las mujeres, ni ceder ante ella. Hacerlo supondría una desvinculación del mandato constitucional establecido en el artículo 1° de la *ley fundamental* ("la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado").

67. Finalmente, cabe señalar que el tema de la violencia física y psicológica sugiere en particular un análisis de la actuación institucional de la Policía en la lucha que viene emprendiendo el Estado en contra de la violencia hacia las mujeres, más aún, porque si

tal como arroja la ENDES 2018, del 28.9 % de mujeres que deciden denunciar haber sido víctimas de violencia por parte de sus parejas, el 74.1 % acude a una Comisaría, es decir, las mujeres víctimas de violencia que buscan ayuda institucional optan por acudir en primera instancia a la Policía.

68. Como se sabe, a la labor que realiza el Ministerio Público y el Poder Judicial la precede el trabajo de la Policía, vale decir, que es esta institución la mayoría de las veces la que toma el primer contacto con las víctimas de violencia, por lo que en ese sentido el éxito de prosecución de una investigación en torno a una denuncia por violencia contra la mujer dependerá en grado considerable de la actuación policial.

69. La Policía ejerce entonces un rol importante y determinante en la lucha contra la violencia hacia la mujer. Por ello, su actuación obligatoriamente tiene que estar marcada por el enfoque de género y no puede abdicar de su deber constitucional de prestar protección y ayuda a las personas, así como de garantizar el cumplimiento de las leyes (artículo 166° de la Constitución). En consecuencia, todo acto de la Policía que entorpezca la labor de prevención, de investigación y de sanción a la violencia contra las mujeres no solo deviene en un acto inconstitucional, sino que además acarrea responsabilidad funcional del agente estatal involucrado.

Sobre el delito de feminicidio en el Perú

70. Se describe al feminicidio como la acción de matar a una mujer por desarrollar un comportamiento que incumple con el estereotipo de género que se esperaba de ella. El feminicidio como hecho último es el mensaje de poder, dominio y posesión que emplean los hombres para dejarle en claro a las mujeres cuáles son los límites que no pueden sobrepasar, porque de hacerlo se convierten en potenciales víctimas de violencia.

71. Para la Organización de las Naciones Unidas deben ser considerados como feminicidios las muertes violentas de mujeres que denotan una motivación especial o un contexto que se funda en una cultura de violencia y discriminación por razones de género. Con el feminicidio se pretende refundar y perpetuar los patrones que culturalmente han sido asignados a lo que significa ser mujer: subordinación, debilidad, sentimientos, delicadeza, feminidad. El delito de feminicidio, por tanto, refuerza el proceso de discriminación estructural de las mujeres[5].

72. Bajo tal perspectiva, entonces, el feminicidio en sí mismo también constituye un acto discriminatorio hacia la mujer víctima, más aún, porque si tal como define el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer a la discriminación contra las mujeres, esta incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada; la misma

5 Cfr. Organización de las Naciones Unidas (2012) *Modelo de protocolo latinoamericanode investigación de las muertes violentas de mujeres por razones degénero (femicidio/feminicidio).* Ciudad de Panamá: OACNUDH, pp. 35, 36.

que le impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre[6].

73. Ahora bien, nuestro Código Penal, en su artículo 108-B, regula el tipo penal de feminicidio en los siguientes términos:

> Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos:
>
> 1. Violencia familiar.
> 2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual.
> 3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente.
> 4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.
>
> La pena privativa de libertad será no menor de treinta años cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:
>
> 1. Si la víctima era menor de edad o adulta mayor.
> 2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación.
> 3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente.
> 4. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación.
> 5. Si al momento de cometerse el delito, la víctima tiene cualquier tipo de discapacidad.
> 6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas o cualquier tipo de explotación humana.
> 7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108.
> 8. Si, en el momento de cometerse el delito, estuviera presente cualquier niña, niño o adolescente.
> 9. Si el agente actúa en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.25 gramos-litro, o bajo efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas.

6 Cfr. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General 19: La violencia contra la mujer, aprobada en el 11° periodo de sesiones (1992), párrafos 1 y 6. Este criterio ha sido acogido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, párrafo 395.

> La pena será de cadena perpetua cuando concurran dos o más circunstancias agravantes.
>
> En todas las circunstancias previstas en el presente artículo, se impondrá la pena de inhabilitación conforme a los numerales 5 y 11 del artículo 36 del presente Código y los artículos 75 y 77 del Código de los Niños y Adolescentes, según corresponda.

74. Ahora bien, conforme al reporte estadístico de casos de víctimas de feminicidio atendidos por los Centros de Emergencia Mujer del MIMP durante la última década, esto es, durante el período comprendido entre los años 2009 y 2019, se registraron un total de 1318 casos; siendo el año 2019 aquel que reporta más números de feminicidios ocurridos, toda vez que registra 166 casos. Asimismo, el reporte señala que los departamentos con mayor número de casos de víctimas de feminicidio atendidos (rango ≥ 50 casos) son Lima Metropolitana, Arequipa, Junín, Cusco, Puno, Ayacucho y La Libertad; y, de otro lado, también precisa que es generalmente la pareja de la víctima quien comete el delito en su contra.

75. Por su parte, el estudio realizado por el Observatorio del Ministerio Público durante el período enero 2009 – julio 2016 arroja que 10 mujeres en promedio mensual fueron asesinadas en el Perú en contextos de feminicidio. La data registra 881 víctimas en total, de las cuales el 89.9% fue asesinada por su pareja, ex pareja o algún familiar, en tanto que el 10.1 % restante murió por acción de un conocido o desconocido. Así también, el informe señala que las estadísticas revelan que el 28.5 % de víctimas fue asfixiada o estrangulada, el 26.8 % fue acuchillada, el 19 % asesinada a golpes, el 15.7 % recibió impacto de bala, el 4.2 % murió a causa de envenenamiento y el 5.9 % restante fue degollada, desbarrancada, quemada, ahogada, decapitada, etc.

76. Existe consciencia de que la regulación de conductas como antijurídicas en los códigos penales, así como el endurecimiento de las penas, no son medidas suficientes para controlar y eliminar determinados comportamientos lesivos en una sociedad; pero, si aceptamos que la violencia contra la mujer exige una lucha frontal que ataque todas sus dimensiones, resultará legítimo apoyarnos en el Derecho Penal para tal cometido.

D.2) PRINCIPALES ACCIONES ESTATALES PARA COMBATIR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

77. El Estado es consciente que para combatir la violencia contra la mujer existente en nuestro país debe adoptar distintas medidas legislativas, así como diseñar políticas públicas orientadas básicamente a su prevención, a su investigación seguida de la imposición de una sanción de exigirlo el caso y a la reparación de las víctimas. Asimismo, la adopción de estas medidas se ve reforzada con la labor que la judicatura realiza vinculada por el mismo objetivo, ello, por cuanto, es al sistema de administración de justicia a quien generalmente le corresponde la aplicación de la legislación y porque el contenido de las políticas públicas sobre igualdad y lucha contra la violencia hacia la mujer sin duda alguna también alcanza a la función jurisdiccional.

78. Bajo ese norte es que desde hace algunos años el Estado viene aprobando una normatividad especializada, así como diseñando políticas públicas dirigidas a reconocer y a proteger los derechos de las mujeres, pero también orientadas a combatir la violencia de la cual es objeto y la discriminación aún existente en su contra.

79. Así se tiene que mediante Resolución Legislativa N.° 23432 publicada el 4 de junio de 1982, el Perú aprobó la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la misma que fue ratificada el 20 de agosto de 1982 y entrada en vigencia el 13 de octubre del mismo año. Y en el año 1996, nuestro país aprobó y ratificó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará", la misma que entró en vigencia el 4 de julio del mismo año. En virtud de lo establecido por el artículo 55° de la Constitución estas dos normativas internacionales forman parte del derecho nacional y, a su vez, constituyen parámetro de interpretación en nuestro sistema jurídico (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución).

80. En el año 1996, mediante Decreto Legislativo N.° 866 publicado el 29 de octubre en el diario oficial El Peruano, se creó el Ministerio de la Mujer y del Desarrollo Humano, el que desde el año 2012 se convirtió en el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Este Ministerio tiene como misión diseñar, establecer, promover, ejecutar y supervisar políticas públicas a favor de las mujeres, niñas, niños, adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y migrantes internos, para garantizar el ejercicio de sus derechos y una vida libre de violencia, desprotección y discriminación en el marco de una cultura de paz. En tanto que en el año 1997, el Congreso de la República incorporó a su cuadro de comisiones de trabajo parlamentario a la Comisión de la Mujer, Desarrollo Humano y Deporte.

81. La lucha contra la violencia hacia la mujer como política de Estado fue descrita por primera vez en el Plan Nacional contra la Violencia hacia la Mujer 2002-2007. El Estado reconoció formalmente a través de este instrumento de política pública su responsabilidad en la prevención, sanción, investigación y erradicación de la violencia contra las mujeres. Posteriormente, mediante Decreto Supremo 003-2009-MIMDES se aprobó el Plan Nacional contra la Violencia hacia la Mujer 2009-2015. Y en el año 2016, a través del Decreto Supremo 008-2016-MIMP, se aprobó el vigente Plan Nacional contra la Violencia de Género 2016-2020, el mismo que obliga a todos los actores institucionales a actuar desde sus propios espacios conforme a esta medida pública.

82. En el año 2013, con la publicación de la Ley N.° 30068, se estableció en el Código Penal la tipificación autónoma del tipo penal de feminicidio en su artículo 108°-B. La descripción del delito y sus alcances punitivos han sido objeto de modificaciones en el tiempo, siendo la Ley N.° 30819, publicada el 13 de julio de 2018, la que precisa sus alcances que se encuentran vigentes a la fecha.

83. En opinión de este Tribunal, una de las medidas legislativas más importantes adoptada por el Estado es la Ley N.º 30364, porque tiene como objetivo prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.

84. A consecuencia de su dación, mediante Decreto Legislativo N.°1368, publicado el 29 de julio de 2018, se creó el Sistema Nacional Especializado de Justicia para la Protección y Sanción de la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar; el mismo que está integrado por el Poder Judicial, el Ministerio Público, la Policía Nacional del Perú, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el MIMP. Este Sistema es competente para conocer las medidas de protección y las medidas cautelares que se dicten cumpliendo lo dispuesto por la Ley N.° 30364, así como para conocer los procesos penales que se siguen por la comisión de los delitos de feminicidio, lesiones, violación sexual y actos contra el pudor en menores.

85. Y otra de las tantas consecuencias importantes de la aprobación de la Ley N.º 30364 es que dispone la creación en cada Comisaría de secciones de Familia y Violencia contra las Mujeres y Grupo Familiar para que sean las responsables de recibir e investigar todas las denuncias de faltas y delitos que constituyan expresión de violencia contra la mujer.

86. El 24 de enero del presente año se ha publicado el Decreto de Urgencia 023-2020, que establece como mecanismo para prevenir los casos de violencia contra las mujeres la entrega gratuita por parte de la Policía Nacional del Perú de información sobre los antecedentes policiales de las parejas. Tal medida tiene como finalidad que las personas puedan tomar una decisión informada respecto a su proyecto de vida, cautelando su derecho fundamental a la integridad y a una vida libre de violencia.

87. Desde la administración de justicia se han emitido pronunciamientos con carácter vinculante para proteger distintos derechos de las mujeres y también con el claro propósito de contribuir a la lucha estatal contra la violencia hacia las mujeres. Así se tiene que la Corte Suprema de Justicia de la República en el mes de junio del año 2017 adoptó tres acuerdos plenarios, los que vistos desde una perspectiva integral han sido considerados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como una manifestación de buenas prácticas en torno a la protección, prevención integral y acceso a la justicia en casos de violencia contra la mujer[7]:

    - Acuerdo Plenario 001-2016/CJ-116, publicado el 17 de octubre de 2017, sobre los alcances típicos del delito de feminicidio.

    - Acuerdo Plenario 002-2016/CJ-116, publicado el 17 de octubre de 2017, sobre lesiones y faltas por daño psíquico y afectación psicológica.

7 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe.* Informe aprobado el 14 de noviembre de 2019.

- Acuerdo Plenario 005-2016/CJ-116, publicado el 17 de octubre de 2017, sobre delitos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar (Ámbito procesal: Ley 30364).

88. Por su parte, el Tribunal Constitucional firme en su función de garante y promotor de los derechos fundamentales ha emitido a la fecha distintos pronunciamientos en el marco de procesos de amparo y de hábeas corpus a través de los cuales (i) ha sido enfático en proscribir todos aquellos actos públicos y privados que signifiquen una discriminación basada en la condición de mujer; (ii) ha reconocido la importancia que reviste el respeto y la promoción de los derechos a la educación y al trabajo en el caso particular de las mujeres, a fin de que puedan expresarse como ciudadanas libres; (iii) ha advertido de la autonomía sexual que también le asiste a las mujeres y del respeto que su integridad personal exige; y, (iv) ha resaltado la necesidad de un enfoque de género en todo el sistema de administración de justicia, el mismo que, *mutatis mutandis,* debería ser trasladado a todos los otros ámbitos del ejercicio de poder público.

Derecho a la no discriminación (y su relación con los derechos al trabajo y a la educación)	**STC N.º 5652-2007-PA,** Rosa Gambini Vidal (7 noviembre 2008)	Discriminación por razón de embarazo y derecho al trabajo
	STC N.º 5527-2008-HC, Nidia Baca Barturen (13 febrero 2009) **STC N.º 1151-2010-PA,** Marthyory Pacheco Cahuana (9 diciembre 2010) **STC N.º 1423-2013-PA,** Andrea Álvarez Villanueva (8 setiembre 2016)	Discriminación por razón de embarazo y derecho a la educación
Derechos sexuales y reproductivos	STC N.º 0014-96-I, Congresistas de la República (31 mayo 1997)	Métodos de planificación familiar
	STC N.º 0008-2012-PI, Más de 10,000 ciudadanos (7 enero 2013)	Relaciones sexuales de menores
	STC N.º 5121-2015-PA, (14 marzo 2018) STC N.º 1479-2018-PA, (7 marzo 2019)	Libertad sexual Enfoque de género en la administración de justicia
Derechos Sociales	STC N.º 6572-2006-PA, Janet Rosas Domínguez (14 marzo 2008)	Derecho a la Pensión (reconocimiento de pensión a conviviente)
	STC N.º 0853-2015-PA, Marleni Cieza Fernández (18 setiembre 2017)	Derecho a la Educación (acceso a la educación en el ámbito rural)

89. Todas estas acciones estatales probablemente sean percibidas por la ciudadanía como un punto de partida, dado que la existencia de casos de violencia contra las mujeres subsiste. Sin embargo, constituyen la expresión de un compromiso estatal decidido por combatir la violencia contra la mujer y que invita también a la ciudadanía en general a suscribirlo.

D.3) SOBRE LA PROPORCIONALIDAD DE LA INTERVENCIÓN EN EL DERECHO DE DEFENSA DEL AGRESOR A CONSECUENCIA DEL DICTADO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN

90. La violencia contra la mujer existente en nuestro país, tal como ha sido descrita precedentemente, explica o, en todo caso, justifica las distintas medidas (preventivas o sancionadoras) que desde el Estado se adoptan para combatirla, incluso, aquellas como la que en el caso de autos, suponen una intervención en los derechos.

91. Frente a una denuncia de violencia, el aparato estatal tiene que activar todas las condiciones necesarias para que la víctima se sienta en confianza de declarar y le asista la seguridad de que se adoptarán medidas que garantizarán su integridad y su vida (prevención), pero que también se promoverán las investigaciones pertinentescon el objeto de imponer, si es que corresponde, las sanciones debidas (sanción y reparación).

92. De ahí que se encuentra justificado que para eldesarrollo del acto en el que se formulaa la víctima las preguntas contenidas en la Ficha de "Valoración de Riesgo" no se convoque al agresor, así como que el legislador haya previsto la posibilidad de que tratándose de casos que reportan "riesgo severo" el Juzgado de Familia pueda prescindir de la audiencia para el dictado célere de medidas de protección impidiendo, por tanto, que el agresor sea escuchado en esa oportunidad.

93. Garantizar a las mujeres su derecho a una vida libre de violencia es desuma importancia para el Estado y es por ello que ha regulado las medidas de protección como un mecanismo idóneo para alcanzar ese objetivo. En consecuencia, la intervención que se produce en el derecho de defensa del agresor cuando la judicatura dictatales medidas de protección es menor si se compara con la satisfacción del derecho a una vida libre de violencia que se alcanza. Para este Tribunal la intervención en el derecho de defensa del agresor no resulta desproporcional ni irrazonable.

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 amparo.

2. De conformidad con lo señalado en los fundamentos 35, 36 y 37 de la presente sentencia, este Tribunal reconoce la plena vigencia del derecho a una vida libre de violencia,

el cual ya se encuentra previsto en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará".

Publíquese y notifíquese.

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE MIRANDA CANALES

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

En el presente caso, coincido con el sentido de la sentencia que declara infundada la demanda y los fundamentos que la sustentan; empero, considero necesario efectuar algunas precisiones en torno al delito de feminicidio:

1. Nuestro Código Penal, en su artículo 108-B, regula el tipo penal de feminicidio en los siguientes términos:

   > Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos:
   >
   > 1. Violencia familiar.
   > 2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual.
   > 3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente.
   > 4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.
   >
   > La pena privativa de libertad será no menor de treinta años cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:
   >
   > 1. Si la víctima era menor de edad o adulta mayor.
   > 2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación.
   > 3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente.
   > 4. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación.
   > 5. Si al momento de cometerse el delito, la víctima tiene cualquier tipo de discapacidad.
   > 6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas o cualquier tipo de explotación humana.
   > 7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108.
   > 8. Si, en el momento de cometerse el delito, estuviera presente cualquier niña, niño o adolescente.

9. Si el agente actúa en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.25 gramos-litro, o bajo efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas.

La pena será de cadena perpetua cuando concurran dos o más circunstancias agravantes.

En todas las circunstancias previstas en el presente artículo, se impondrá la pena de inhabilitación conforme a los numerales 5 y 11 del artículo 36 del presente Código y los artículos 75 y 77 del Código de los Niños y Adolescentes, según corresponda.

2. Tal como ha sido descrito, el tipo penal de feminicidio protege la vida de las mujeres –se mata o se pone en peligro la vida de una mujer por su condición de tal– no obstante, su ámbito de protección también alcanza a la igualdad material, en tanto que como delito se caracteriza porque la muerte o puesta en peligro de la vida de la mujer constituye una respuesta frente al incumplimiento por parte de esta de un estereotipo de género que refuerza su posición de subordinación y que se busca perpetuar.

3. Conforme a la descripción del artículo 108-B del Código Penal, la conducta prohibida por el tipo penal puede ser cometida por "*el que* mata a una mujer por su condición de tal" (cursiva nuestra). Esta forma de redacción generalmente es usada por el Código Penal en la tipificación de otros delitos comunes, de la que se infiere que los mismos pueden ser cometidos por cualquier persona. Y es así porque de lo contrario se incurriría en una vulneración del principio de culpabilidad, en estricto, de la garantía de prohibición de derecho penal de autor[1]. Es decir, si se concluye que solo los hombres pueden ser autores del delito de feminicidio, se les estaría sancionando por el hecho cometido y por su condición de hombre. El tipo penal de feminicidio sanciona la muerte de mujeres por el incumplimiento de un estereotipo de género que se busca perpetuar, por lo que tal conducta delictiva es perfectamente posible que también sea realizada por mujeres[2].

4. En cuanto al comportamiento típico en el delito de feminicidio, esto es, matar a una mujer *por su condición de tal* en el marco de contextos específicos, cabe advertir que no solo tiene relación con la vida de las mujeres como el bien jurídico protegido por el feminicidio, sino también con la igualdad material como ya se afirmó. Por ello es que constreñir el elemento *por su condición de tal* del delito a un significado exclusivamente biológico sería incorrecto, toda vez que se estaría excluyendo a la razón que motiva la muerte, esto es, la preservación de un sistema de género dominante apoyado en

1 Cfr. Villavicencio, Felipe (2014) *Derecho Penal. Parte Especial*. Lima: Editora Jurídica Grijley, volumen 1, p. 195.

2 La Corte Suprema de Justicia de la República en su Acuerdo Plenario N.° 001-2016/CJ-116, publicado el 17 de octubre de 2017 en el diario oficial El Peruano, ha precisado que el feminicidio es un delito especial que solo puede ser cometido por hombres.

concepciones y costumbres asentadas en ideas de inferioridad y subordinación de las mujeres frente a la superioridad y poder de los hombres.

5. Y a este respecto en particular, cabe precisar que pueden suscitarse homicidios donde las víctimas son mujeres y que no constituyen casos de feminicidios. El principal criterio para distinguir entre un homicidio y un feminicidio es que la razón que motiva a este último se encuentra vinculada al género y al desprecio que origina en el sujeto activo del delito. Por ejemplo, puede fallecer una mujer atropellada en un accidente de tránsito ocasionado por la impericia del conductor, o puede morir porque se encontraba en las instalaciones de un banco que fue asaltado y se emitieron disparos sin objetivo fijo. En ninguno de los dos ejemplos propuestos se evidencia un acto de discriminación, de desprecio hacia la mujer y hacia su vida, o de manifestación de patrón cultural arraigado en ideas misóginas. Por tanto, a fin de determinar si el caso que se presenta es uno de feminicidio será determinante evaluar el contexto en que se desarrollan los hechos delictivos, así como comprender la situación de discriminación estructural basada en el género que caracteriza a la sociedad donde se produjo el hecho.

6. Finalmente, en torno a los elementos del delito de feminicidio también corresponde señalar que para la acreditación del dolo se tomará en cuenta los hechos objetivos propios del caso que permitan determinar la muerte de una mujer justificada en el incumplimiento o la imposición de algún estereotipo de género. No se requerirá comprobar la intención feminicida del sujeto activo, esto es, su odio hacia las mujeres. Para el delito de feminicidio el dolo solo se interpreta desde una perspectiva normativa[3].

S.
LEDESMA NARVÁEZ

3 Cfr. Acuerdo Plenario N.° 001-2016/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia de la República, publicado el 17 de octubre de 2017 en el diario oficial *El Peruano.*

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
FERRERO COSTA

Con el mayor respeto por la posición de mis colegas magistrados, emito el presente fundamento de voto.

Considero que todos debemos auspiciar la protección del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, que persigue la presente sentencia.

Sin embargo, no suscribo sus fundamentos 54, 56, 69 y 88, pues en estos la sentencia da un contenido específico al denominado "género" o "enfoque de género" y pretende que así sea entendido en todos los ámbitos del poder público.

No considero necesario para el propósito de la sentencia que este Tribunal, en el caso de autos, asuma tal contenido, tratándose de un asunto altamente controvertido y disputado.

S.
FERRERO COSTA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien me encuentro conforme con declarar **INFUNDADA** la demanda, en los términos que expresa la parte resolutiva de la sentencia de autos, discrepo de ella respecto de la aplicación del test de proporcionalidad, que se evidencia en los fundamentos 31 a 52, por cuanto, considero que tal herramienta viene siendo utilizada innecesaria e indebidamente en diversas ocasiones por el Tribunal Constitucional para resolver las causas.

A mi juicio, el denominado test de proporcionalidad encierra un análisis teórico que se asienta en preconceptos que no son de recibo como prioritarios ni condicionantes frente al análisis del caso que se controvierte; análisis que debe partir de la apreciación de la situación fáctica que genera la controversia (no de preconceptos teóricos, que se invocan cual si fueran apotegmas bíblicos o verdades absolutas) y, a partir de ahí, aplicar el Derecho que corresponde y las demás fuentes permitidas, dentro de una lógica que, sin tantas digresiones ni envolturas teóricas, permita al juez, aplicando su sano juicio y criterio común, apreciar si la autoridad ha actuado con razonabilidad y proporcionalidad, y no ha incurrido en una actitud arbitraria.

S.
BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Concuerdo con lo resuelto en la sentencia de autos, así como con la mayor parte de su fundamentación, pero me aparto tanto del punto de partida conceptual como de la conclusión final de la sección "D.1. La violencia contra la mujer en el Peru", contenidas en sus fundamentos 54 y 81.

La violencia contra la mujer debe ser condenada *per se,* así no derive de "las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres" de las que habla el fundamento 54, sino del abuso de la mayor fuerza, peso y tamaño que suelen tener los hombres. Sea lo uno o lo otro, ello no hace que esta violencia sea menos despreciable y condenable.

Además, el Tribunal Constitucional –que es un ente eminentemente jurídico– no puede definir al *género* como:

> la construcción social y cultural que responde al conjunto de roles asignados a las personas tomando en cuenta su sexo biológico. Son características propias de una cultura y que [sic] con el transcurso del tiempo pueden variar.

Esto es una digresión sociológica sin asidero en la Constitución. En la segunda oración del inciso 2 del artículo 2, la Constitución dice que:

> Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, *sexo*, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole [*énfasis* añadido].

El término *género* aparece más adelante, en el artículo 191, como sinónimo de *sexo:*

> La ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de *género*, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales [*énfasis* añadido].

No hay asidero en la Constitución para considerar al *género* como una "construcción social y cultural", es decir, artificial.

Por otro lado, como he manifestado anteriormente, considero que la constitucionalidad es un atributo que corresponde a las normas jurídicas, no a la realidad. Se puede decir que una ley es inconstitucional, no que un hecho lo sea. El que exista violencia contra la mujer es, efectivamente, un hecho aterrador, pero no inconstitucional, como dice el fundamento 81.

Finalmente, me aparto también del fundamento 93, pues hace referencia a algunos casos en los que he emitido votos singulares: 01423-2013-PA/TC, 00853-2015-PA/TC y 01479-2018-PA/TC.

Por estas razones, mi voto es por declarar la demanda **INFUNDADA**.

S.
SARDÓN DE TABOADA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido en el sentido de lo resuelto por mis colegas magistrados, pero, debo señalar lo siguiente:

Sobre las medidas de protección

1. Las medias de protección en el marco de procesos por actos de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar, incorporadas por la Ley 30364, se encuentran previstas como elementos de vital relevancia en la protección de un grupo vulnerable, y en el contexto de una Sociedad que aun hoy mantiene patrones cada vez más repudiables de violencia contra la mujer. Muchas pueden ser las posiciones al respecto, pero lo cierto es que desafortunadamente existen hechos y se cuenta con cifras que demuestran la innegable actualidad de este problema.

2. En nuestro voto en el Expediente 01479-2018-PA/TC ya habíamos dado cuenta de datos recogidos en la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar del INEI, en la que se señala que e los últimos años alrededor del 65% de mujeres ha sufrido algún tipo de violencia por parte del esposo o compañero. El Derecho, y en especial, el Derecho Constitucional, no puede mantenerse al margen de la contundencia de estas cifras, y lo lamentable que ellas comprueban. Por ende, y como hoy es de conocimiento general, es labor central del juez(a) constitucional desarrollar espacios de integración social a partir de sus sentencias, realizando interpretaciones que, dentro del margen de lo constitucionalmente posible, permitan otorgar la tutela más adecuada a esta población vulnerable, máxime si, por ejemplo, hay parámetro convencional que abona en favor de ello.

3. Siendo esto así, la pregunta que surge a propósito de este caso pone en cuestionamiento las medidas provisionales en el marco de una concepción del debido proceso a la cual algunos reclaman como "garantista", en la cual se valora la posibilidad de confrontar en audiencia a la contraparte como el componente más importante del derecho de defensa.

4. En realidad, para responder a este cuestionamiento, debe partirse de comprender que los derechos que se encuentran comprendidos en el debido proceso no tienen la misma aplicación en todos los ámbitos en que los que se hace presente dicho derecho. Así lo hemos también sostenido en la jurisprudencia de este Tribunal cuando se ha tratado la manifestación del debido procedimiento en el procedimiento administrativo sancionador o en el Derecho parlamentario, por citar algunos ejemplos.

5. En este sentido, la identificación del contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa, el cual sería el vulnerado bajo la tesis del demandante requiere reconocer si *prima facie* resulta factible que existe una norma de derecho fundamental aplicable al caso concreto. En esta ocasión, tenemos que los hechos del caso concreto, diferencia de lo que señala la ponencia, si parecen subsumibles dentro de los contenidos que se han presentado como propios de un "contenido básico e inderogable", en la medida que se trata del "derecho a hacerse oír ante un tribunal que dispone alguna medida que lo afecte en el ejercicio y goce de sus derechos (...)". En consecuencia, recurrir al concepto de "ámbito *prima facie* del derecho" no parece lo más adecuado para analizar la justificación de la medida.

6. A diferencia de lo señalado en la ponencia, considero que es posible ingresar a discutir la pretensión si se deja de lado, tal como el Tribunal ha hecho (cada vez menos, por cierto, afortunadamente) haciendo, una concepción cerrada de "núcleo duro" de los derechos fundamentales. En ese orden de ideas, la evaluación de la procedencia a partir del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional se manifiesta en el test que ya se ha aplicado en la jurisprudencia (ATC 02988-2013-PA/TC, ATC 04490-2013-PA/TC, entre otros). En términos prácticos, la diferencia entre nuestra postura y la otra radica en que nosotros asumimos que si bien el derecho de defensa puede estar siendo vulnerado por la dación de medidas de protección ello debe ser objeto de un test de proporcionalidad que permita evaluar la medida adoptada. Lo contrario llevaría a despojar de sentido, contenido y eficacia a estas medidas.

Sobre el derecho fundamental de la mujer a una vida libre de violencia.

7. Los fundamentos 32 y siguientes de la ponencia desarrollan el derecho fundamental de la mujer a una vida libre de violencia. Al respecto, es importante recalcar que, antes que la creación de un derecho o un supuesto carácter implícito, este derecho ya se encuentra reconocido en el ordenamiento peruano a través de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar, y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Este tratado fue suscrito por el Perú el 12 de julio de 1995 y ratificado el 2 de abril de 1996. Cuenta, entonces, con plena vigencia en el ordenamiento jurídico peruano.

8. Por ello no es necesario apelar al artículo 3 de la Constitución peruana de 1993, como bien señala la ponencia, pero tampoco es necesario apelar a una interrelación de los derechos a la vida, integridad personal, libre desarrollo e igualdad, como también parece sugerir la ponencia. Este derecho a una vida libre de violencia es pues, un derecho autónomo, que responde a una dinámica de convencionalización del Derecho, la cual en contextos como el latinoamericano ha sido, indudablemente, un importante elemento para proteger los derechos de las personas, y a la vez, para democratizar el ejercicio del poder que desempeñan las autoridades involucradas en esta dinámica.

9. Así, la apuesta por la "convencionalización del Derecho" permite, desde la diversidad, construir o rescatar lo propio (que, por cierto, no es excluyente o peyorativo de lo distinto). En este sentido, facilita acoger y sistematizar aportes de la normativa y jurisprudencia supranacional (que ya es interna, y que debe comprenderse en una dinámica de Derechocomún, incluso frente a aquella normativa con carácter de *ius cogen).* También implica conocer la normativa y jurisprudencia de otros países, así como las buenas prácticas allí existentes, elementos de vital relevancia para enriquecer el quehacer jurisdiccional, máxime si se trata de la tutela de los derechos fundamentales. Conviene entonces aquí resaltar que la convencionalización del Derecho no implica la desaparición o el desconocimiento de lo propio. Involucra más bien su comprensión dentro de un escenario de diálogo multinivel, para así enriquecerlo y potenciarlo.

10. Por ende, los contenidos del derecho fundamental de la mujer a una vida libre de violencia presentados en el fundamento 36 de la ponencia, antes que formar parte de un "núcleo inderogable", conforman más bien un contenido constitucionalmente protegido que debe comprenderse en forma dinámica, la cual se podrá ir precisando en la jurisprudencia para así dar una respuesta tuitiva a todas aquellas situaciones que puedan requerir protección en el futuro.

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito con fecha posterior el presente voto con el propósito de manifestar que comparto lo resuelto por el resto de mis colegas. En ese sentido, estimo que la demanda debe ser declarada como **INFUNDADA** con las precisiones efectuadas en la parte resolutiva de la sentencia.

S.
RAMOS NÚÑEZ

Lima, 06 de Marzo del 2020

EXP. N.° 00617-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
MARCO ANTONIO BOCANEGRA RUIZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 18 días del mes de noviembre de 2019, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia.

Además, se incluye el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Marco Antonio Bocanegra Ruiz contra la resolución de fojas 79, de fecha 9 de setiembre de 2016, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque que declaró infundada la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 14 de abril de 2016, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), mediante la cual solicita que se declare la nulidad de la Resolución 16559-2016-ONP-DPR-GD-DL 19990, del 23 de marzo de 2016, que le denegó la pensión de viudez derivada de la pensión de jubilación del régimen del Decreto Ley 19990 que percibía su causante doña Ysabel Vargas de Bocanegra; y que, por consiguiente, se le otorgue la pensión de viudez solicitada, al amparo del artículo 53 del Decreto Ley 19990, con el pago de las pensiones devengadas y los intereses legales.

El demandante manifiesta que la ONP le denegó su solicitud de pensión de viudez al aducir que no estuvo a cargo de la causante y que tiene ingresos propios, dado que percibe pensión de jubilación. Sin embargo, expresa que sí dependía económicamente de su causante, puesto que el monto de su pensión de jubilación es diminuta, mientras que su difunta esposa percibía una pensión de jubilación por el monto de S/ 1086.98; y que, por otro lado, su salud se encuentra muy deteriorada. Agrega que las normas referidas a la seguridad social no pueden ser analizadas desde su aspecto estrictamente legal, sino con respeto a la dignidad, a los fines de la seguridad social y a los principios de solidaridad y progresividad, y que debe realizarse una interpretación de la norma que sea favorable al pensionista.

La ONP contesta la demanda y solicita que se la declare infundada, aduciendo que se le ha denegado al actor la solicitud de pensión de viudez debido a que, si bien es cierto que acreditó su relación conyugal con la causante, no cumple con el requisito prescrito en el

artículo 53 del Decreto Ley 19990, esto es, haber estado a cargo de la asegurada o pensionista fallecida, puesto que percibe una pensión de jubilación por derecho propio.

El Cuarto Juzgado Civil de Chiclayo, con fecha 27 de junio de 2016, declaró infundada la demanda por estimar que el actor no dependió económicamente de su causante, debido a que cuando la causante adquirió derecho a la pensión de jubilación, él era trabajador activo y obtuvo la condición de jubilado en el año 1996, por lo que actualmente tiene un ingreso económico mensual y permanente; y que el hecho de que su pensión de jubilación haya sido menor al monto del que percibía su causante no constituye un supuesto fáctico contemplado en el régimen del Decreto Ley 19990, aunque sí en el régimen previsional regulado por el Decreto Ley 20530, que no resulta aplicable al recurrente, ni lo fue a su causante.

La Sala superior competente confirma la apelada, por considerar que el actor no ha acreditado haber estado a cargo de su causante, pues cuenta con los recursos previsionales que le permiten cubrir sus necesidades de subsistencia.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. En el presente caso, el demandante pretende que se le otorgue pensión de viudez dentro de los alcances del artículo 53 del Decreto Ley 19990, con el pago de los devengados y los intereses legales.

2. En reiterada jurisprudencia 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, son susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplirse con los requisitos legales para obtenerla, por tratarse de un acceso, motivo por el cual corresponde analizar el fondo de la cuestión controvertida.

Análisis de la cuestión controvertida

3. El artículo 53 del Decreto Ley 19990, en la versión aplicable al momento de expedir la resolución cuestionada, establecía que "*tiene derecho a la 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".* (cursiva y subrayado agregados).

4. Mediante la Resolución 16559-2016-ONP/DPR.GD/DL 19990 (f. 35), de fecha 23 de marzo de 2016, la ONP denegó la solicitud de pensión de viudez presentada por el actor,

en aplicación del artículo 53 del Decreto Ley 19990, al aducir que no le corresponde el otorgamiento de pensión de viudez debido a que no estaba a cargo de la causante.

5. Como se advierte del tenor de la mencionada resolución administrativa, el argumento principal de la ONP para denegar la pensión de viudez tiene que ver con la aplicación del mencionado artículo 53 del Decreto Ley 19990. Es por esta razón que este Tribunal estima necesario hacer un control de constitucionalidad de dicha norma a efectos de verificar su compatibilidad con la Norma Fundamental, específicamente con el derecho a la igualdad.

El principio-derecho de igualdad

6. El artículo 2, inciso 2 de la Constitución consagra el derecho-principio de igualdad 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".

7. La igualdad consagrada constitucionalmente tiene 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 al 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.

8. En cuanto constituye un derecho fundamental, el mandato correlativo derivado de aquel, 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.

9. Es importante precisar que el derecho a la igualdad ante la ley debe ser interpretado, entre otras disposiciones, conforme al artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que "todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia"; y al artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prescribe que "todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

10. En tanto que principio fundamental, la igualdad, entendida como regla de obligatorio cumplimiento para el Legislador, entre otros, se encuentra reconocida en los artículos 103 y 2.2. de la Constitución. El primero establece que "pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas (…)", y el segundo que "toda persona tiene derecho: 2. A la igualdad ante la ley (…)".

La igualdad "ante la ley" y sus dos manifestaciones: igualdad "en la ley" e igualdad "en la aplicación de la ley"

11. El principio-derecho de igualdad, a su vez, distingue dos manifestaciones relevantes: la igualdad *en la ley* y la igualdad *en la aplicación de la ley*. La primera constituye un límite para el Legislador, toda vez que la actividad de legislar deberá efectuarse con respeto a la igualdad, sin establecer diferenciaciones basadas en criterios irrazonables y desproporcionados. La segunda manifestación, que no será examinada en la presente causa, se configura como límite al actuar de los órganos públicos, tales como los jurisdiccionales y administrativos.

12. De aquí que el tratamiento de la igualdad no se verifique solamente "ante la ley" sino "en la ley". Es decir, no basta con que la ley sea aplicada con carácter de universalidad e igualmente respecto de todos aquellos que se encuentren en situaciones iguales, sino que la ley misma establezca un tratamiento igual para todos los individuos, o los grupos, que se encuentren en identidad de situaciones.

13. De la "igualdad ante la ley" se ha dicho que "una disposición es contraria al artículo 2.2. de la Constitución cuando carece de base objetiva o sólida, sin sentido ni fin, o establece distinciones sin justificación razonable en los hechos. Se exige que las situaciones se traten de manera similar cuando sean similares y de manera diferente en cuanto sean diferentes. Se trata de respetar el principio de igualdad en la ley misma.

14. Dos situaciones consideradas como supuestos de hecho normativos son iguales si el elemento diferenciador debe considerarse carente de la suficiente relevancia y fundamento racional.

Control constitucional del artículo 53 del Decreto Ley 19990.

15. Examinando el artículo 53 del Decreto Ley 19990, cabe destacar que versa sobre el fallecimiento de un trabajador o trabajadora afiliados al régimen de la seguridad social que ha efectuado las correspondientes aportaciones y del derecho de su cónyuge supérstite a obtener pensión de viudez. No obstante, a simple vista se aprecia que el Legislador ha dispensado un tratamiento legislativo significativamente diferente entre el derecho a la pensión de viudez de las viudas y aquel que le corresponde a los viudos.

16. Es por esta razón que se hace necesario aplicar el test de igualdad desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Expediente 00045-2004-AI/TC), con la finalidad de verificar la constitucionalidad del artículo 53 del Decreto Ley 19990.

17. En la citada sentencia, se establecen los siguientes pasos del test de igualdad: 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.

18. Como se recuerda, los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación han de aplicarse sucesivamente. Primero, se ha de examinar la idoneidad de la intervención; si la intervención en la igualdad -el trato diferenciado- no es idónea, entonces, será inconstitucional. Por tanto, no corresponderá examinarlo bajo el subprincipio de necesidad. Por el contrario, si el trato diferenciado -la intervención- fuera idóneo, se procederá a su examen bajo el subprincipio de necesidad. Si aun en este caso, el trato diferenciado superara el examen bajo este principio, corresponderá someterlo a examen bajo el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación

19. La intervención consiste en una restricción o limitación de derechos subjetivos orientada a la consecución de un fin del poder público. En este caso, el artículo 53 del Decreto Ley 19990, en el extremo aplicable al presente caso, establece un trato diferenciado entre hombres y mujeres que pretenden acceder a una pensión de viudez, cuando exige al hombre, y no a la mujer, acreditar "*que haya estado a cargo de ésta*".

b) Determinación de la "intensidad" de la intervención en la igualdad

20. La intervención en el principio de igualdad puede presentar diferentes grados o intensidades: intensidad grave, intensidad media e intensidad leve. En este caso, la intervención legislativa tiene un grado de intensidad *grave*, toda vez que la diferenciación se sustenta en uno de los motivos proscritos por la propia Norma Fundamental, como es la prohibición de discriminación por razón de sexo (artículo 2, inciso 2, de la Constitución) y tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio del derecho a la pensión (de viudez).

c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin)

21. El fin del tratamiento diferenciado comprende dos aspectos que deben ser distinguidos: objetivo y fin. El *objetivo* es el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través del tratamiento diferenciado. La *finalidad* o *fin* viene a ser el derecho, principio o bien jurídico cuya realización u optimización se logra con la conformación del objetivo. La finalidad justifica *normativamente* la legitimidad del objetivo del tratamiento diferenciado.

22. En este caso, los artículos 10 y 11 de la Constitución establecen que "El 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 "el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones (...)".

23. Teniendo en cuenta dichas disposiciones constitucionales, así como la interpretación teleológica sobre la finalidad perseguida por el legislador al consagrar el extremo "que haya estado a cargo de ésta" del artículo 53 del Decreto Ley 19990, este Tribunal estima que una de las exigencias que implícitamente se desprenden de los artículos 10 y 11

de la Constitución, es la *obligación estatal de establecer medidas que garanticen la mayor efectividad en el otorgamiento del derecho a la pensión*. Esta obligación sería la *finalidad* perseguida por el legislador al establecer el trato diferenciado.

24. En cuanto al *objetivo* del trato diferenciado del legislador, se desprende que cuando el artículo 53 del Decreto Ley 19990 establece el extremo "que haya estado a cargo de ésta", pretende *evitar que las pensiones sean otorgadas sin el cumplimiento de requisitos que acrediten el vínculo entre el causante y el solicitante de pensión*.

25. En tal sentido, el impugnado extremo "que haya estado a cargo de ésta" del artículo 53 del Decreto Ley 19990, tiene como objetivo *evitar que las pensiones sean otorgadas sin el cumplimiento de requisitos que acrediten el vínculo entre el causante y el solicitante de pensión*, lo cual estaría justificado por la *obligación estatal de establecer medidas que garanticen la mayor efectividad en el otorgamiento del derecho a la pensión,* que se desprende de los artículos 10 y 11 de la Constitución.

d) Examen de idoneidad

26. Habiendo identificado el objetivo y la finalidad del trato diferente, toca ahora examinar su idoneidad. Ésta consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una *relación medio-fin*. Tratándose del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional. En caso de que el tratamiento diferenciado no sea idóneo, será inconstitucional. En el examen de idoneidad, el análisis del vínculo de causalidad tiene dos fases: (1) el de la relación entre la intervención en la igualdad –*medio-* y el *objetivo*, y (2) el de la relación entre *objetivo* y *finalidad* de la intervención.

27. Sobre si existe idoneidad o nexo de causalidad entre la medida estatal impugnada y el *objetivo*, se puede concluir afirmativamente. En efecto, la exigencia al hombre que solicita la pensión de viudez en el sentido de probar "que haya estado a cargo de ésta" del artículo 53 del Decreto Ley 19990, sirve para lograr el *objetivo* de *evitar que las pensiones sean otorgadas sin el cumplimiento de requisitos que acrediten el vínculo entre el causante y el solicitante de pensión*

28. Luego, dicho *objetivo* también guarda relación con la finalidad de la medida impugnada. Así, el objetivo de *evitar que las pensiones sean otorgadas sin el cumplimiento de requisitos que acrediten el vínculo entre el causante y el solicitante de pensión,* pretende cumplir con la finalidad de la medida impugnada, como es la *obligación estatal de establecer medidas que garanticen la mayor efectividad en el otorgamiento del derecho a la pensión*.

e) Examen de necesidad

29. En este punto se debe analizar si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis

de una *relación medio-medio*, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que, siendo igualmente idóneos, hubieran podido adoptarse para alcanzar el mismo fin.

30. Por ello, debe examinarse: a) si existen medios alternativos igualmente idóneos para la realización el objetivo y, b), si tales medios no afectan el principio de igualdad o, de hacerlo, la afectación reviste menor intensidad que aquella de la medida estatal cuestionada.

31. Respecto de los medios alternativos. La exigencia a un hombre que solicita la pensión de viudez en el sentido de probar "que haya estado a cargo de ésta" (la causante), prevista por el artículo 53 del Decreto Ley 19990, tiene un medio alternativo, igualmente idóneo y que pudo adoptarse para lograr el mismo fin, como es *la acreditación mediante un vínculo como el matrimonio*. En efecto, si el objetivo de tal disposición legislativa era *evitar que las pensiones sean otorgadas sin el cumplimiento de requisitos que acrediten el vínculo entre el causante y el solicitante de pensión,* ello podía realizarse, de igual modo e incluso de mejor modo, a través de la exigencia de acreditar la existencia de dicho vínculo con la respectiva constancia de matrimonio.

32. Por otra parte, la adopción de este medio alternativo (acreditación mediante un vínculo como el matrimonio) no ocasiona una intervención en el principio-derecho de igualdad, pues tal medio alternativo ya era exigido para el caso de la mujer que solicita la pensión de viudez. Es más, el propio artículo 53 del Decreto Legislativo 19990, ya exige que, para otorgar la pensión de viudez a un hombre, éste debía estar casado, sólo que con el extremo "que haya estado a cargo de ésta", se exigía un requisito adicional a aquel de estar casado.

33. La prueba de haberse casado, tanto para hombres como para mujeres, permite acreditar fehacientemente el vínculo entre el solicitante de la pensión y el/la cónyuge fallecido/a.

34. Un tratamiento discriminatorio en función del sexo (sólo para hombres) no es conforme con *obligación estatal de establecer medidas que garanticen la mayor efectividad en el otorgamiento del derecho a la pensión*. Evidentemente, el legislador es libre de optar por cualquier medio conducente a la realización u optimización de un bien o principio constitucional como, en este caso, la aludida obligación estatal; sin embargo, el medio adoptado no podría ser discriminatorio. En este caso es claro que el legislador disponía, al menos, de un medio alternativo igualmente idóneo al empleado, que no contravenía la igualdad. En consecuencia, el tratamiento diferenciado establecido por el extremo "que haya estado a cargo de ésta" (la causante), previsto por el artículo 53 del Decreto Ley 19990, no supera el test de necesidad, de modo que debe ser declarado inconstitucional por vulnerar el principio de igualdad.

35. En tal sentido, teniéndose en cuenta la existencia de una norma lesiva de derechos fundamentales, cuya aplicación desconoce la supremacía de la Constitución, se hace necesario declarar inaplicable al presente caso el artículo 53 del Decreto Ley 19990, en la versión vigente al momento de dictarse la resolución impugnada, en el extremo que exige al

viudo haber estado a cargo de la cónyuge fallecida y, como consecuencia de ello, declarar la nulidad de la Resolución 16559-2016-ONP/DPR.GD/DL 19990 y disponerse que la ONP expida una nueva resolución administrativa otorgando pensión de viudez al actor, con el pago de las pensiones devengadas, de conformidad con lo establecido por el artículo 81 del Decreto Ley 19990 y de los intereses legales conforme a lo dispuesto en el fundamento 20 de la sentencia recaída en el Expediente 02214-2014-PA/TC, que constituye doctrina jurisprudencial, y al artículo 1246 del Código Civil; y los costos procesales conforme al artículo 56 del Código Procesal Constitucional, respectivamente.

36. Teniéndose en cuenta que el actor tiene más de 80 años de edad, las instancias judiciales deberán observar el criterio vinculante establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente 02214-2014-PA/TC, en el sentido que todos los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de otorgar mayor celeridad a los procesos que involucren derechos de las personas ancianas cuanto mayor sea la edad de estas, bajo responsabilidad.

37. Adicionalmente a lo expuesto, cabe precisar que en las sentencias recaídas en los Expedientes 00313-2010-PA/TC, 02380-2010-PA/TC y 04045-2016-PA/TC, entre otras, este Tribunal ha venido desestimando las demandas de amparo mediante las cuales los viudos solicitaban la prestación del artículo 53 del Decreto Ley 19990, bajo el argumento de que no se había demostrado que el cónyuge supérstite haya tenido una relación de dependencia con relación a su causante. Por tal motivo, este Tribunal considera que corresponde apartarse de dicho criterio puesto que atenta contra el derecho a la igualdad en la ley. Asimismo, en la sentencia emitida en los Expedientes acumulados 00050-2004-AI/TC, 00051-2004-AI/TC, 00004-2005-PI/TC, 00007-2005-PI/TC, 00009-2005-PI/TC, se declaró constitucional el artículo 32 del Decreto Ley 20530, por estimar que las condiciones exigidas al viudo eran razonables y que, por no tanto, no eran discriminatorias. Teniéndose en cuenta que no se trata de la misma norma legal, no existe cosa juzgada; por otro lado, en la presente sentencia el Tribunal Constitucional se aparta de ese pronunciamiento.

Declaración de estado de cosas inconstitucional

38. De otro lado, el Tribunal Constitucional estima necesario agregar que el mismo texto "que haya estado a cargo de ésta" del artículo 53 del Decreto Ley 19990, ha sido repetido en el nuevo texto de dicho artículo, aprobado por el artículo 2 de la Ley 30907, publicada el 11 de enero de 2019, reiterando con ello el mismo vicio contra el derecho a la igualdad en la ley identificado en el presente caso. Resalta además que en la sentencia emitida en el Expediente 06572-2006-PA/TC, publicada el 2 de julio de 2012 en el portal web institucional, este Tribunal interpretó el artículo 53 del Decreto Ley 19990, de modo tal que se considere al conviviente supérstite como beneficiario de la pensión de viudez, siempre que la unión de hecho se acredite por medio de documentación idónea para ello. En virtud de ello, aun cuando el nuevo texto del artículo 53 del Decreto Ley 19990, aprobado por la Ley 30907, incorpora como beneficiario de la pensión de viudez

al integrante de la unión de hecho, es claro que se mantiene el mismo vicio contenido en el requisito que establece "haber estado a cargo de la cónyuge supérstite".

39. Asimismo, este vicio no solamente se da en el régimen previsional del Decreto Ley 19990, sino también en otros regímenes previsionales, como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

	PENSION DE VIUDEZ							
	SISTEMA CIVIL						SISTEMA MILITAR-POLICIAL	
	Decreto Ley 19990 (Articulos 53, 54 y 55)	Pension de cesantía -Decreto Ley 20530 (Artículo 32, 33 y 54)	Renta Vitalicia e Indemnización (D.L. N° 18846)	Pensión de Rescate Complementaria- PRC (Régimen de Seguridad Social Pesquero - Ley N° 30003) (Articulos 4 y 8)	Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud Ley N° 26790	Ley de Jubilacion Minera Ley N° 25009	Decreto Ley 19846 (Articulo 23)	Decreto Legislativo 1133 (Art.28: Pensión de viudez, Art.27: Acceso de sobrevivientes)
Mujeres	1) Tener 50 años.	1) Tener 50 años.	1) Tener 50 años.	1) Tener 50 años.	1) Tener 50 años.	1) Tener 50 años.	1) Tener 50 años.	1) Tener 50 años.
	2) Con matrimonio celebrado 1 año antes del la fecha de fallecimiento del causante.		2) Fallecimiento del causante a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional.	2) Fallecimiento del causante a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional.	2) Fallecimiento del causante a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional.	2) Con matrimonio celebrado 1 año antes del la fecha de fallecimiento del causante. 3) Acreditación laboral del causante en modalidad de trabajo de mina.	2) Los causantes debieron fallecer a causa de acto de servicio o situación de actividad. .	2) Los causantes debieron fallecer a causa de acto de servicio o situación de actividad.
Hombres	1)Tener 60 años	1) Tener 60 años	1) Tener 60 años	1) Tener 60 años	1)Tener 60 años	1) Tener 60 años	1) Tener 60 años	1) Tener 60 años
	2) Invalidez o dependencia con la pensionista fallecida.	2) Discapacidad.	2) Fallecimiento de la causante a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional.	2) Fallecimiento del causante a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional.	2) Fallecimiento del causante a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional.	2) Invalidez o dependencia con la pensionista fallecida. 3) Con matrimonio celebrado 1 año antes del la fecha de fallecimiento de la causante.	2) Incapacidad para subsistir por sí mismo,	2) Los causantes debieron fallecer a causa de acto de servicio o situación de actividad.
	3) Con matrimonio celebrado 1 año antes del la fecha de fallecimiento de la causante.	3) Carencia de rentas y no contar con seguro social.				4) Acreditación laboral del causante en modalidad de trabajo de mina.	3) Carezca de bienes o ingresos superiores al monto de la pensión y no pertenezca al Régimen de Seguridad Social.	

40. En efecto, del referido cuadro se advierte que en los regímenes del Decreto Ley 20530, así como del régimen militar policial regulado por el Decreto Ley 19846, en el caso de los viudos, además del matrimonio, se les exige carecer de rentas y no contar con seguro social y carecer de bienes o ingresos superiores al monto de la pensión y no pertenecer al Régimen de Seguridad Social; requisitos que generan desigualdad con relación a las pensiones de las viudas.

41. Al respecto, conviene mencionar que el Tribunal Constitucional ha venido utilizando la técnica del estado de cosas inconstitucional para brindar tutela a los derechos fundamentales cuando el caso evidencie efectos lesivos respecto de un grupo importante de personas o sector poblacional, con la finalidad de fijar una respuesta inmediata a dicha problemática a fin de que las instituciones públicas que se encuentren vinculadas con dicha situación, se involucren de manera efectiva con su solución.

42. Habiéndose identificado en el presente caso una diferenciación legislativa injustificada por razón de sexo respecto a los requisitos y condiciones para obtener pensión

de viudez, y que esta ha sido repetida en la modificatoria vigente del artículo 53 del Decreto Ley 19990, además de haberse verificado diferentes regímenes previsionales en los que existen similares vicios por razón de sexo, el Tribunal Constitucional estima que corresponde declarar un estado de cosas inconstitucional en cuanto a dicho tratamiento legislativo, por lo que corresponde que el Poder Legislativo adopte las medidas necesarias para corregir dicho estado en el plazo de 1 (un) año; esto es, restablecer la igualdad entre viudos y viudas, de modo tal que los viudos de las aseguradas tengan el derecho a la pensión de viudez en las mismas condiciones que las viudas. De no hacerlo en dicho plazo, el Tribunal Constitucional, en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencias, podrá adoptar las medidas que estime necesarias para tal efecto.

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 fundamentales a la igualdad en la ley y a la pensión del actor.

2. Declarar **INAPLICABLE** el artículo 53 del Decreto Ley 19990, en el extremo que exige que el viudo debe haber dependido económicamente de su causante para tener derecho a la pensión de viudez; en consecuencia, se declara la nulidad de la Resolución 16559-2016-ONP-DPR-GD-DL 19990, ordenándose a la Oficina de Normalización Previsional que expida nueva resolución otorgando pensión de viudez del régimen del Decreto Ley 19990 al recurrente, con el pago de las pensiones devengadas y los intereses legales.

3. **DECLARAR** un estado de cosas inconstitucional en relación al tratamiento legislativo desigual en razón del sexo respecto a los requisitos para obtener pensión de viudez, correspondiendo que el Poder Legislativo adopte, en el marco de las disposiciones constitucionales y presupuestarias, las medidas adecuadas para corregir dicho estado en el plazo de un año. De no hacerlo en dicho plazo, el Tribunal Constitucional, en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencias, podrá adoptar las medidas que estime necesarias para tal efecto.

4. **DISPONER** la notificación de la presente sentencia, a través de la Secretaría General de este Tribunal, al Poder Legislativo para los fines pertinentes.

Publíquese y notifíquese.

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE RAMOS NÚÑEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto, pero estimo pertinente dejar sentado las siguientes consideraciones:

Sobre la disposición cuestionada

1. Del análisis del artículo 53 del Decreto Ley 19990, se advierte que el supuesto de hecho es bastante claro: se trata del fallecimiento de un trabajador o trabajadora afiliados al régimen de la seguridad social que han efectuado las correspondientes aportaciones y del derecho de su cónyuge o conviviente a obtener pensión de viudez. No obstante, el legislador ha dispensado un tratamiento legislativo significativamente dispar entre el derecho a la pensión de viudez de las viudas y de los viudos. Y es que el derecho a pensión del viudo es mucho más limitado, pues se establecen cuatro desventajosas condiciones en su contra, como se apreciará claramente en el siguiente cuadro:

PENSIÓN DE VIUDEZ		
Decreto Ley 19990 (Artículos 53)		
CRITERIOS DE DIFERENCIACIÓN	**MUJERES**	**VARONES**
Condición de salud	Sana	Inválido (sano, solo si es mayor de 60 años de edad)
Edad mínima para obtener la pensión de viudez	No hay edad mínima.	60 años (si no es inválido)
Edad máxima del cónyuge a la fecha de celebración del matrimonio o de la unión de hecho	60 años	50 años
Dependencia económica del causante	NO	SÍ

2. Como se aprecia, el tratamiento legislativo que se dispensa al varón en estos casos es mucho más desventajoso que el de la mujer, puesto que ella: 1) puede obtener pensión de viudez siendo sana a cualquier edad; en cambio el varón siendo sano solo puede tener pensión de viudez a partir de los 60 años de edad; 2) puede derivar pensión de viudez incluso habiendo contraído matrimonio o establecido unión de hecho con una persona de 60 años de edad, mientras que el varón solo puede derivar pensión de viudez de una persona de hasta 50 años de edad. Además, hay una diferencia de 10 años a favor de la mujer; y 3) puede obtener pensión de viudez aunque no haya dependido económicamente de su causante; y, por el contrario, el varón sano no puede obtener pensión de viudez si no ha dependido económicamente de su causante.

3. Es así que puede constatarse que aquí el único elemento diferenciador de cada una de las situaciones jurídicas mencionadas es el sexo de la persona, viuda/conviviente o viudo/conviviente, distinción que, evidentemente, no resulta justificada.

4. Y es que, a pesar de estar los viudos en igual situación fáctica que la de las viudas (fallecimiento de su cónyuge o conviviente), el derecho a la pensión les será reconocido o denegado en función de: a) si están sanos o inválidos hasta los 60 años de edad b) si dependieron o no económicamente de sus causantes, c) si, pese a haber dependido económicamente de su cónyuge, son menores o mayores de 60 años de edad; y d) si se casan o establecen una unión de hecho con una persona de entre 50 y 59 años de edad o no.

5. En ese orden de ideas, resulta manifiesto que el tratamiento que se ha dispensado al varón no resulta justificado y, por tanto, es inconstitucional, puesto que no existen razones objetivas para el trato diferenciado en perjuicio de este.

6. Ahora bien, considero que, más allá de lo hasta aquí mencionado, este tipo de controversias sirven para visibilizar, una vez más, como el día de hoy aún persisten disposiciones que atentan directamente contra la igualdad de género. Y es que si convenimos en que aquí se ha producido un trato diferenciado no justificado en perjuicio del varón, debemos señalar que ello se ha dado precisamente en función de los roles tradicionales de género que tanto perjuicio causan, al afianzar prejuicios y estigmas que impiden el desarrollo, en igualdad de condiciones, de varones y mujeres en nuestra sociedad.

7. Aquí concretamente se trata de una visión que, bajo la supuesta idea de autosuficiencia y fuerza del varón, en contraste con la supuesta dependencia y debilidad de la mujer, el primero solo puede acceder a una pensión de viudez solo si cumple los requisitos señalados en el cuadro ya consignado en el presente fundamento de voto. Ello resulta a todas luces inaceptable, y sirve también para poner de manifiesto como los roles tradiciones de género no solo son dañinos para la mujer (que, sin duda, es la principal perjudicada con dichos roles) sino también con el varón, lo cual debe generar la convicción de una lucha constante y sistemática por hacer retroceder el lamentable flagelo de la desigualdad.

8. De otra parte, pero no menor relevante, es dejar sentado que la situación aquí señalada no solamente se da en el régimen previsional del Decreto Ley 19990, sino también en otros regímenes previsionales, como se aprecia en el cuadro adjunto en el fundamento jurídico 39 de la ponencia. Ello no hace sino fortalecer la idea de que resulta necesario declarar un estado de cosas inconstitucional en relación al trato legislativo desigual en razón del sexo respecto a los requisitos obtener pensión de viudez.

Sobre el término "contenido esencial"

9. De otro lado, en la sentencia se utiliza la noción de "contenido esencial" para hacer referencia a una porción de cada derecho fundamental que "merece protección a través

del proceso de amparo", a diferencia de otros ámbitos que, si bien forman parte del derecho, no están incluidos su "contenido esencial" y, por ende, no merecerían tutela a través del proceso de amparo, por tratarse de contenidos tienen origen más bien en la ley (los llamados contenido "no esencial" o "adicional").

10. Al respecto, conviene además tener presente que en la jurisprudencia de este Tribunal se encuentra que la expresión "contenido esencial" se ha usado de distinto modo. En especial, ha sido entendida como límite infranqueable, determinado *ab initio*, para el legislador de los derechos fundamentales; como un contenido iusfundamental que solo puede hallarse tras realizar un examen de proporcionalidad; o como aquel contenido iusfundamental protegido directamente por la Constitución que permite la procedencia del amparo, entre otros usos.

11. En lo que concierne al uso que se le da en esta sentencia, dicha comprensión ha requerido que este órgano colegiado establezca "listas" de contenidos iusfundamentales, a través de las cuales el Tribunal instituye cuáles ámbitos del derecho considera como parte del contenido esencial y cuáles quedan fuera. Esta operación, qué duda cabe, es sumamente discrecional, y por ello, corre el riesgo de devenir en arbitraria, máxime si nos encontramos ante derechos de configuración legal como el derecho a la pensión.

12. Además de ello, su consecuencia es que se presentan casos en lo que algunos contenidos, los cuales realmente forman parte del derecho, y por ende merecerían protección a través del amparo, han quedado excluidos de esta posibilidad de tutela urgente pues no fueron incluidos en la decisión del Tribunal Constitucional. Esto ha pasado, por ejemplo, con respecto de algunas personas de edad avanzada, a quienes este Tribunal ha tutelado su derecho a acceder a una pensión, pese a no encontrarse dentro de los supuestos considerados como "contenido esencial" del derecho a la pensión. Por el contrario, sigue excluyendo de tutela aquellos casos en los que se demanda acceder a pensiones mayores de 415 nuevos soles, a pesar de que el "mínimo vital" que en su momento justificó establecer la mencionada cifra, ha variado notoriamente.

13. Al respecto, y como hemos explicado en otras oportunidades, consideramos que esta noción de "contenido esencial" suele generar confusión y no aporta mucho más que la noción de "contenido de los derechos", a secas. Téngase presente que, finalmente, la expresión utilizada por el Código Procesal Constitucional es la de "contenido constitucionalmente protegido" de los derechos.

14. En este sentido, considero que casos como el presente podrían analizarse a partir del *análisis sobre la relevancia constitucional del caso*, fórmula establecida en la STC 02988-2013-AA, tomando en consideración reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Allí se recordó que tanto el artículo 5, inciso 1, como el artículo 38 del Código Procesal Constitucional prescriben la improcedencia de la demanda si esta no está

dirigida a la defensa de ámbitos protegidos por derechos constitucionales. Con más detalle, se indicó que su determinación requiere, básicamente[1]:

1) Verificar que existe una *norma de Derecho Constitucional* pertinente para el caso (es decir, una interpretación válida de disposiciones que reconocen derechos constitucionales). Esto exige encontrar, primero, una disposición (enunciado normativo) que reconozca el derecho fundamental invocado, que puede ubicarse tanto en la Constitución, como en los tratados de derechos humanos, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional o en la jurisprudencia supranacional vinculante para el Estado peruano. Seguidamente, será necesario establecer las normas (interpretaciones, significados) que se desprendan válidamente de las disposiciones que reconocen derechos, de tal forma que pueda reconocerse qué protege realmente el derecho invocado.

   Ahora bien, esto de ninguna forma descarta la posibilidad de que se tutelen derechos constitucionales no reconocidos de modo expreso (derechos implícitos o no enumerados); sin embargo, en tal caso será necesario vincular interpretativamente el derecho invocado en la demanda con lo dispuesto en la cláusula constitucional que reconoce los derechos fundamentales no enumerados (artículo 3 de la Constitución[2]).

   Asimismo, de lo anterior no se desprende que los derechos constitucionales de desarrollo legal queden desprotegidos; al respecto, debe tenerse en cuenta que, en general, los derechos constitucionales siempre son desarrollados, concretados o actualizados por los jueces y el poder político (legislativo y administrativo), sin que ello contradiga o disminuya su naturaleza iusfundamental. Solo en caso que la legislación de desarrollo rebalse el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho, que se trate de derechos de origen legal, o si el contenido del derecho merece protección en otra vía (lo que corresponderá ser analizado a partir de otra causal de improcedencia) se declarará improcedente la demanda[3].

2) Constatar que el demandante se beneficie de la posición jurídica amparada por la norma iusfundamental encontrada. Es decir, luego de analizado el ámbito protegido del derecho, debe determinarse si lo alegado en la demanda (en la pretensión, en los hechos descritos) son subsumibles en el ámbito normativo del derecho, describiéndose a estos efectos quién es el titular del derecho (sujeto activo), el obligado (sujeto pasivo) y la concreta obligación iusfundamental. En otras palabras, es

1 Con matices, cfr. STC Exp. N° 00665-2007-PA/TC, f. j. 5.a y b, STC Exp. N° 06218-2007-HC/TC, f.j.10.

2 Constitución Política del Perú
"Artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

3 Cfr. STC Exp. N° 03227-2007-PA/TC, f, j. 3; RTC Exp. N° 9096-2006-PA/TC, f. j. 2.

necesario acreditar la titularidad del derecho, más aun, la existencia de una "relación jurídica de derecho fundamental"[4].

3) Finalmente, debe verificarse que la afectación o restricción cuestionada incida en forma negativa, directa, concreta y sin justificación razonable en el ámbito protegido por el derecho invocado, cuando menos de modo preliminar o *prima facie*, es decir, sin necesidad de ingresar a analizar el contenido de la pretensión invocada. En efecto, a través de esta causal de improcedencia no se trata de demostrar la existencia de una intervención justificada o ilegítima (lo que solo se conocerá con certeza al finalizar el proceso constitucional), sino de descartar que estemos ante un caso de "afectación aparente", en la medida que la lesión o amenaza, si bien perturba de alguna forma intereses del actor, finalmente no incide en algún contenido constitucionalmente relevante.

15. Además de ello, debe tenerse en cuenta que en algunos casos excepcionales este análisis de relevancia iusfundamental puede ser insuficiente; por ejemplo: cuando la Constitución prevé excepciones al ejercicio del referido derecho; cuando la interpretación que se hace de la disposición que reconoce el derecho es irrazonable o absurda; cuando la demanda reivindica un contenido manifiestamente ilícito y tal ilicitud no es puesta en duda; cuando la titularidad del derecho requiere, de modo necesario, condiciones adicionales de aplicación; se busca tutelar un ámbito aparentemente protegido, pero que el Tribunal Constitucional ha excluido expresamente en su jurisprudencia de observancia obligatoria, entre situaciones que casuísticamente puedan presentarse. En este supuesto, atendiendo al caso concreto, será necesario tener en cuenta consideraciones adicionales al examen de tres pasos señalado *supra,* para determinar si lo alegado hace referencia al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, y con ello resolver la procedencia de la demanda

16. Considero que a partir de este análisis puede determinarse, de manera ordenada y con coherencia conceptual, si la vulneración o la amenaza alegada en una demanda incide realmente en el contenido protegido por el derecho fundamental invocado y, en ese sentido, si *prima facie* merece tutela a través de un proceso constitucional; prescindiéndose, pues, de nociones equívocas como la de "contenido esencial".

17. Esto, desde luego, sin perjuicio de que casos auténticamente referidos al contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales que se invocan finalmente puedan ser declarados improcedentes, en atención a las otras causales de improcedencia, contenidas también en el Código Procesal Constitucional.

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

4 Cfr., *mutatis mutandis*, RTC Exp. N° 01581-2010-PHD/TC, f. j. 6, STC Exp. N° 01417-2005-AA/TC, f. j. 25-27.

Pleno. Sentencia 779/2020

EXP. N.° 01701-2016-PA/TC
LORETO
TRIPLAY IQUITOS S.A.C

RAZÓN DE RELATORÍA

Con fecha 16 de octubre de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ferrero Costa, Blume Fortini, Ramos Núñez y Sardón de Taboada, ha emitido, por mayoría, la siguiente sentencia, que resuelve declarar **FUNDADA** la demanda de amparo.

La magistrada Ledesma Narváez, y los magistrados Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera emitieron votos singulares declarando improcedente la demanda de amparo.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y los votos antes referidos, y que los magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de octubre de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados, Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Sardón de Taboada aprobado en sesión de Pleno Administrativo del día 27 de febrero de 2018. Asimismo, se agregan los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales y Espinosa- Saldaña Barrera.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Triplay Iquitos S.A.C. contra la sentencia de fojas 689, de fecha 27 de marzo de 2015, expedida por la Sala Civil (antes Sala Mixta) de la Corte Superior de Justicia de Loreto, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 16 de agosto de 2019, Triplay Iquitos S.A.C. interpuso demanda de amparo contra los integrantes de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Plantea como única pretensión que se deje sin efecto la resolución de fecha 22 de diciembre de 2009, en el extremo que dispuso la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 38 del Código Tributario, vigentes en el momento de la interposición de la demanda contencioso-administrativa subyacente. En líneas generales, aduce que esa decisión no cuenta con una motivación y que la referida disposición del Código Tributario quebranta la igualdad, por lo que no le debe ser aplicada. En cuanto a la alegada violación de su derecho fundamental al debido proceso, en su manifestación de debida motivación de las resoluciones judiciales, la parte demandante manifiesta que –sin mayor fundamento–, se ha decretado la aplicación del marco jurídico vigente al momento de la interposición de la demanda subyacente, pese a que ello ni siquiera fue exigido por la Procuraduría Pública de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat) al apelar la Resolución 40, de fecha 19 de mayo de 2009, expedida por la Cuarta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima (*Cfr*. fojas 42).

En lo concerniente a la denunciada conculcación de su derecho a la igualdad, arguye que no existe una paridad real entre el interés que se le abona cuando es morosa respecto del que percibirá cuando se le devuelva lo indebidamente pagado.

Auto de primera instancia o grado

Ante lo manifestado por la demandante, el Segundo Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Loreto declaró la improcedencia liminar de la demanda, por considerar que lo que en realidad se prende (SIC) es un reexamen de lo resuelto en el proceso contencioso-administrativo subyacente.

Auto de segunda instancia o grado

A su turno, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Loreto confirmó la recurrida por la misma consideración. A mayor abundamiento, añadió que la presente demanda fue interpuesta de manera extemporánea.

Auto del Tribunal Constitucional

Mediante resolución de fecha 3 de mayo de 2012 recaída en el Expediente 04018-2011- PA/TC, el Tribunal Constitucional ordenó admitir a trámite la demanda debido a que, contrariamente a lo decretado por los jueces que han conocido el presente proceso, no es manifiestamente improcedente.

Contestaciones de la demanda

La Procuraduría Pública del Poder Judicial contestó la demanda. Solicitó que sea declarada improcedente puesto que la judicatura constitucional no es competente para reexaminar el mérito de lo decidido en la etapa de ejecución del proceso contencioso- administrativo subyacente.

Por su parte, la Procuraduría Pública de la Sunat contestó la demanda requiriendo que sea declarada improcedente o infundada, pues, a su criterio, no se ha conculcado el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales que la parte recurrente ha invocado. En suma, alega que, si bien el marco normativo aplicado en la sentencia es incorrecto, la resolución judicial impugnada está suficientemente motivada. En su opinión, la actora pretende tergiversar lo decidido en la sentencia estimatoria emitida en su favor, la cual no hace mención a la forma en que se abonarán los intereses y, en todo caso, lo resuelto perjudica al fisco en beneficio de la propia actora. Siendo ello así, no entiende el motivo de la interposición de la presente demanda.

Finalmente, en lo relativo a la alegada conculcación de su derecho a la igualdad, afirma que, en realidad, lo que la accionante pretende es un tratamiento privilegiado respecto del resto de contribuyentes.

Sentencia de primera instancia o grado

El Segundo Juzgado Civil de Maynas estimó la demanda porque, a su criterio, han violado los derechos fundamentales de la empresa demandante al debido proceso, en su manifestación del derecho a la motivación de las resoluciones, e igualdad. En cuanto a lo primero,

señala que la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República no ha justificado, aunque sea de manera mínima, por qué ha decidido que el marco normativo aplicable sea el vigente a la fecha de la interposición de la demanda subyacente. En lo relativo a lo segundo, manifiesta que el interés que percibe la Administración Tributaria generado por la mora del deudor debería ser el mismo que pagará al restituir las sumas que indebidamente percibió, dado que no existe justificación para tratarlas de manera diferente.

Recurso de apelación

La Procuraduría Pública de la Sunat apeló lo resuelto en primera instancia o grado. Al respecto, alegó que (i) la sentencia materia de ejecución no ha ordenado que la devolución se realice a modo de pago indebido; (ii) no se puede reexaminar lo decidido en el auto cuestionado; (iii) la interpretación efectuada por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República que fue dejada sin efecto no causa perjuicio alguno a la demandante, puesto que le otorga un 20 % adicional de intereses que, en principio, no le corresponden; y, finalmente, (iv) no se pueden hacer distingos en cuanto a la aplicación de intereses, pues implicaría dar un arbitrario trato preferente a la demandante.

La Procuraduría Pública del Poder Judicial también impugnó lo resuelto en primera instancia o grado, pues, contrariamente a lo resuelto, consideró que la judicatura constitucional no es competente para examinar el mérito de lo resuelto por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Sentencia de segunda instancia o grado

La Sala Mixta de Loreto de la Corte Superior de Justicia de Maynas revocó la recurrida declarándola infundada, por considerar que el auto cuestionado cuenta con una justificación que respalda, de manera suficiente, lo ordenado en él.

Recurso de agravio constitucional

En su recurso de agravio constitucional la parte recurrente insiste en los mismos argumentos planteados inicialmente en la demanda y agrega, además, que la motivación brindada en la resolución recurrida adolece de un vicio de motivación externa.

FUNDAMENTOS

Delimitación del asunto litigioso y examen del caso en concreto

1. Conforme se aprecia de lo argüido por la demandante a lo largo del presente proceso, sus alegaciones se sintetizan en lo siguiente: (i) que se ha tergiversado, en etapa de ejecución, lo resuelto en la sentencia de fecha 19 de marzo de 2008; (ii) que la aplicación, en su caso, del artículo 38 del Código Tributario es inconstitucional, por cuanto se le pretende pagar una tasa de interés menor a la que correspondería si, en vez de exigir la devolución de un pago indebido a la Sunat, fuera ella quien estuviera en mora; por lo que plantea el control difuso de esa disposición; y (iii) que no se ha fundamentado

el porqué de la aplicación, para su caso, del artículo 38 del Código Tributario pese a haberse confirmado que la devolución que debe hacer Sunat es en modo de pago indebido.

2. En su momento, y con una conformación distinta a la actual, este Tribunal Constitucional ordenó la admisión a trámite de la demanda mediante resolución de fecha 3 de mayo de 2012 dictada en el Expediente 04018-2011-PA/TC (fojas 219). En dicha resolución se consideró que no eran aplicables los incisos 1 y 10 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, dado que las alegaciones de la recurrente estaban relacionadas, *prima facie*, con el contenido constitucionalmente protegido de sus derechos fundamentales al debido proceso, en su manifestación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, así como en su derecho a la igualdad. Queda claro, entonces, que en aquella ocasión únicamente se determinó que la demanda de autos no es manifiestamente improcedente.

3. Ahora, si bien la parte demandante reclama también la tutela de sus derechos a la igualdad y a la propiedad, así como la aplicación del control difuso, este Tribunal se pronunciará solo respecto de la alegada vulneración del derecho al debido proceso, en su manifestación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, puesto que, de verificarse la inexistencia de una fundamentación, corresponderá a la judicatura ordinaria decidir motivadamente sobre la aplicación o no de determinado marco normativo, resultando inadecuado que este Tribunal emita un juicio de valor *ex ante* respecto a si determinada motivación –sobre la aplicación de uno u otro marco normativo- vulnera o no los derechos alegados por la recurrente.

4. Así, en cuanto a la alegada violación de su derecho al debido proceso, en su manifestación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, la demandante refiere que, si bien la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República estimó su oposición -al ratificarse que la devolución debe ser efectuada a modo de pago indebido y no como reintegro tributario, ordenó, no en su parte resolutiva sino en la expositiva, que el cómputo de los intereses se efectúo conforme a las reglas vigentes al momento de la interposición de la demanda subyacente y no bajo las establecidas en el momento en que requirió, a nivel administrativo, la devolución de lo indebidamente cobrado. Según la actora, tal decisión resulta inconstitucional no solamente por carecer de fundamento, sino porque ni ella ni la Sunat lo requirieron. La incongruencia, a su criterio, es manifiesta.

5. Así las cosas, corresponde dilucidar, en primer lugar, si en un escenario en el que, en primera instancia o grado, se ha establecido la aplicación de las reglas vigentes en el momento en que surge el cobro indebido conforme a lo requerido por Triplay Iquitos S.A.C. (fojas 69), y ello es apelado únicamente por la Sunat, quien solicitó la aplicación de las reglas vigentes en el momento que requirió la devolución (fojas 40); es constitucionalmente válido que la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República descarte, sin mayor fundamento, ambas posiciones y se decante por disponer la aplicación del marco normativo vigente al momento de la interposición de la demanda (fojas 47).

6. Este asunto litigioso –planteado en esos puntuales términos, reviste especial trascendencia constitucional, al encontrarse comprometido de manera directa el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al debido proceso, en su manifestación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, al denunciarse una arbitrariedad muy concreta: la carencia de fundamentación de la Resolución de fecha 22 de diciembre de 2009 (fojas 46), cuya aclaración fue declarada improcedente mediante Resolución de fecha 23 de marzo de 2010 (fojas 55).

Sobre el cómputo del plazo para interponer la presente demanda

7. Aunque al ordenar la admisión a trámite de la demanda, no se expusieron las razones sobre por qué la demanda no era extemporánea, este Tribunal considera que debe tenerse en cuenta que la aclaración presentada en el marco de la ejecución de la sentencia expedida a favor de la actora no califica como una articulación inoficiosa.

8. En cuanto a lo primero, este Tribunal juzga que la interpretación del artículo 4 del Código Procesal Constitucional -que supedita la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales a que las mismas sean firmes- y del artículo 44 del referido código –que establece el cómputo del plazo para la interposición de la demanda de amparo- tiene que realizarse desde y conforme al contenido material y axiológico de la Constitución.

9. En tal sentido, corresponde desechar toda aquella interpretación conjunta de ambas disposiciones que, en lugar de optimizar su finalidad consistente en ser un mecanismo rápido, adecuado y eficaz para garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales así como la primacía de la Constitución, opte por la mera improcedencia de la demanda, al entender mecánicamente que toda aclaración es inoficiosa.

10. En concordancia con esto último, la determinación de (i) qué resoluciones califican como firmes para efectos del cómputo del plazo de prescripción, y (ii) qué articulaciones procesales resultan inoficiosas y cuáles no lo son; no puede realizarse de manera superficial, sin sopesar los hechos del caso desde una óptica garantista, puesto que desconocería la naturaleza eminentemente tutelar del proceso de amparo, más aún si se tiene en cuenta que, en caso de duda sobre la continuidad de este, se debe optar por expedir un pronunciamiento de fondo, en virtud del principio de *in dubio pro actione*.

11. Atendiendo a ambas consideraciones, y a la luz de los hechos del caso, es válido inferir que dicho pedido de aclaración no tuvo por finalidad dilatar la ejecución de lo resuelto porque la actora es la principal interesada en que lo ordenado en esa sentencia capital más intereses, se le devuelva de manera célere. Siendo ello así, es un sinsentido asumir que Tripley Iquitos S.A.C. ha consentido tal decisión.

12. Muy por el contrario, todo hace indicar que esa aclaración fue presentada con el propósito de que (i) la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, última instancia de la judicatura ordinaria, tome conocimiento de que se ha pronunciado, en la parte considerativa, sobre algo ajeno a la impugnación; y (ii) evitar

acudir a un nuevo proceso judicial esta vez ante la judicatura constitucional, con todos los costos monetarios que eso conlleva tanto para ella como para la sociedad en su conjunto (externalidad), para enmendar esa agresión *iusfundamental* de una manera más rápida que acudir a la judicatura constitucional.

13. A mayor abundamiento, debe tenerse en consideración que, exigir a la demandante solicitar la aclaración de dicha resolución y que, en simultáneo, acuda a la judicatura constitucional a buscar tutela contradice el principio hermenéutico de economía procesal, en tanto ello implicaría que un mismo reclamo se ventile en dos vías paralelas, generando una duplicidad de costos para la impartición de justicia, lo que genera además la posibilidad de que existan resultados contradictorios, lo cual es una situación no deseada.

14. Tampoco se puede obviar que el sustento de la exigencia de la firmeza como requisito de procedencia se basa, precisamente, en dar a la judicatura la oportunidad de rectificar el agravio en que ella hubiera incurrido, a fin de evitar que el justiciable cuestione tal decisión en la vía constitucional y que, eventualmente, se corrija esa arbitrariedad mucho tiempo después.

15. En ese contexto, negar a la actora la posibilidad de requerir a la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República la aclaración del auto de fecha 22 de diciembre de 2009, en aras de evitar incoar una ulterior demanda de amparo –cuya tramitación viene durando más de 8 años- no resulta constitucionalmente admisible.

16. Atendiendo a tales razones, este Tribunal Constitucional considera que el pedido de aclaración formulado no califica como una articulación inoficiosa, más aún si de manera concurrente a la violación del derecho fundamental a la motivación de las resoluciones judiciales, que forma parte del derecho fundamental al debido proceso, también se puede apreciar cierta incidencia en el derecho a la garantía de la cosa juzgada, que a su vez forma parte del derecho fundamental a la tutela procesal efectiva.

17. En estos supuestos, la agresión persistirá mientras no se cumpla con ejecutar la sentencia estimativa que con ese carácter se ha dictado [Expediente 036112012- PA/TC]. Y es que, como bien ha sido advertido por este Tribunal Constitucional:

> (...) el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido (*cfr*. sentencia emitida en el Expediente 15-2001-AI y acumulados).
>
> [...]
>
> (...) quienes las dictan, o quienes resulten responsables de ejecutarlas, tienen la obligación de adoptar, según las normas y procedimientos aplicables –y con independencia de que la resolución a ejecutar haya de ser cumplida por un ente público o no- las medidas necesarias y oportunas para su estricto cumplimiento (cfr. sentencia emitida en el Expediente 15- 2001-AI y acumulados).

En esa línea, es válido concluir que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva necesariamente impone a los jueces el ineludible deber de velar por el cabal cumplimiento de lo resuelto.

18. Por ello, el incumplimiento del citado deber origina que, en estos casos, la agresión *iusfundamental* califique como una omisión, más aún si se entiende que, de acuerdo con la dimensión objetiva de éste, la ejecución de las sentencias importa un conjunto de obligaciones a los poderes públicos [*Cfr*. Expediente 02598-2010-PA/TC] en aras de promover su efectividad. En consecuencia, resulta de aplicación lo estipulado en el inciso 3 del artículo 44 del Código Procesal Constitucional, que dispone que "[s]i los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo se computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución".

Examen de la alegada violación de derecho fundamental al debido proceso, en su manifestación del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales

19. En la sentencia expedida en el Expediente 00966-2014-PA/TC, este Tribunal Constitucional indicó que el derecho al debido proceso, en su manifestación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, exige a) la fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes y c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión [*Cfr*. Expediente 04348-2005-PA/TC].

20. A la luz de anteriormente mencionado, este extremo de la demanda debe ser estimado porque, al fin y al cabo, lo resuelto por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la parte considerativa de la resolución de fecha 22 de diciembre de 2009, no da cuenta -aunque sea de manera mínima- de las razones por las cuales ordenó que se aplique el marco normativo vigente en la interposición de la demanda subyacente, pese a que aquello no fue requerido por la Sunat al apelar la Resolución 40, por lo que ni siquiera era materia de revisión.

21. En efecto, en el marco de la ejecución de la sentencia de fecha 19 de marzo de 2008 la Cuarta Sala Especializada en lo Contencioso-Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima emitió la Resolución 40, de fecha 19 de mayo de 2009 (fojas 42). que declaró fundada la oposición que formuló Triplay lquitos S.A.C. Por consiguiente, ordenó a la Sunat "devolver el capital y calcular los intereses bajo el concepto de devolución y no de reintegro, como impropiamente ha (sido) calificado. Empero, dicho auto solamente fue apelado por la Administración Tributaria (fojas 37) quien solicitó que el cálculo de la liquidación de los intereses se realice

conforme al criterio plasmado por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación 1102-2008 Lima, de fecha 14 de agosto de 2008, esto es, bajo las reglas del "reintegro y no del "pago indebido". Y es que, de acuerdo con dicha entidad, no se efectuó "un análisis jurídico del por qué aplicaba la norma vigente a la fecha de pago y no la vigente a la fecha de presentación de la solicitud, apartándose del criterio contenido en la Casación reseñada anteriormente".

22. No obstante lo argüido por la Sunat, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante la resolución de fecha 22 de diciembre de 2009, confirmó la Resolución 40, de fecha 19 de mayo de 2009, por lo que ratificó que el pago se efectúe según las reglas del pago indebido. Sin embargo, en un acto de notorio decisionismo estableció, sin detallar el porqué y sin que la apelante lo haya solicitado, que se debe aplicar el marco normativo vigente en el momento de la interposición de la demanda contencioso-administrativa. En efecto, como se puede apreciar de fojas 46 a 48, la referida resolución no fue motivada en el extremo de la aplicación del artículo 38 del Código Tributario:

> "[...] Que, en principio, cabe señalar que del examen de la sentencia recaída en el proceso de autos, obrante en copia certificada a fojas nueve del cuaderno acompañado, Sala Superior la sentencia, en fecha veintinueve de noviembre del año dos mil seis, resolvió de acuerdo con lo peticionado en la demanda, es decir, ordenó que la Administración Tributaria procediera a la devolución de lo indebidamente pagado por la demandante por concepto de Impuesto General a las Ventas, correspondiente a los años mil novecientos noventa y cuatro, mil novecientos noventa y cinco, mil novecientos noventa y seis, mil novecientos noventa y siete y mil novecientos noventa y ocho. Por consiguiente, estando a lo establecido en la mencionada sentencia, la misma que fue confirmada por esta Sala Suprema, mediante sentencia de fecha diecinueve de marzo del año dos mil ocho el pago a ser efectuado por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) deberá ajustarse a lo previsto en el artículo treinta y ocho del Texto Único Ordenado del Código Tributario, Decreto Supremo número ciento treinta y cinco-noventa y nueve-EF, según el vigente a la fecha de interposición de la demanda [...]"

23. En tal sentido, corresponde declarar la nulidad de la resolución de fecha 22 de noviembre de 200 (SIC), en el extremo en el que se emite pronunciamiento respecto a la aplicación en el tiempo del artículo 38 del Código Tributario, al no haber sido impugnado por la Sunat, así como de la resolución de fecha 23 de marzo de 2010 -que declaró improcedente la solicitud de aclaración presentada por la ahora recurrente- a fin de que la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República expida una nueva resolución.

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 conculcación del derecho al debido proceso, en su manifestación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.
2. En consecuencia, declarar **NULA** la resolución de fecha 22 de noviembre de 2009, en el extremo en el que se emite pronunciamiento respecto la aplicación en el tiempo del artículo 38 del Código Tributario; y **NULA** la resolución de fecha 23 de marzo de 2010.

Publíquese y notifíquese

SS.
FERRERO COSTA
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA

PONENTE RAMOS NÚÑEZ

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA
LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la decisión de mis colegas magistrados, en el presente caso disiento de la posición de emitir sentencia estimatoria, pues considero que debe declararse **improcedente la demanda**. Mis fundamentos son los siguientes:

1. La demandante pretende que se deje sin efecto la resolución de fecha 22 de diciembre de 2009, en el extremo en que dispuso la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 38° del Código Tributario, vigentes al momento de la interposición de la demanda contencioso-administrativa subyacente. En líneas generales, aduce que esa decisión no cuenta con una motivación y que la referida disposición del Código Tributario quebranta su derecho a la igualdad, por lo que no debe aplicársele.

   En cuanto a la alegada violación de su derecho fundamental al debido proceso, en su manifestación de su derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, manifiesta que –sin mayor fundamento– se ha decretado la aplicación del marco jurídico vigente al momento de la interposición de la demanda subyacente, pese a que ello ni siquiera fue exigido por la Procuraduría Pública de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat) al apelar la Resolución 40 (cfr. fojas 42), de fecha 19 de mayo de 2009, expedida por la Cuarta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima. Agrega que habiéndose ordenado el pago del capital bajo la figura de la devolución debe aplicarse la tasa de interés prevista en el artículo 33 del Código Tributario, esto es, la tasa de interés moratorio (TIM).

   En lo concerniente a la denunciada conculcación de su derecho a la igualdad, arguye que no existe una paridad real entre el interés que se le abona cuando es morosa respecto del que percibirá cuando se le devuelva lo indebidamente pagado

2. Revisados los autos se advierte que, en el proceso subyacente, mediante sentencia del 29 de noviembre de 2006 (fs. 32), confirmada por resolución de 19 de marzo de 2008 (fs. 37), se ordenó a la Administración Tributaria devolver a Triplay Iquitos SA la suma que pagó por concepto de Impuesto General a las Ventas, por la adquisición de insumos durante los años 1994, 1995, 1996, 1197 y 1998.

3. En la etapa de ejecución de dicho proceso, mediante resolución 40, de fecha 19 de mayo de 2019 (fs, 42-44) se declaró fundada la oposición formulada por la demandante a la liquidación del monto a pagar, con sus respectivos intereses, presentada por la demandada. La decisión fue apelada por ésta última y la Corte Suprema confirmó la decisión precisando que los intereses debían devolverse bajo el concepto de devolución y de no de reintegro (fs. 46 a 48). El pedido de aclaración formulado por la actora contra esta última fue desestimado (fs. 65).

4. Ahora bien, en relación a los pedidos de aclaración, el artículo 406 del Código Procesal Civil establece que

> "El Juez no puede alterar las resoluciones después de notificadas. Sin embargo, antes que la resolución cause ejecutoria, de oficio o a pedido de parte, puede aclarar algún concepto oscuro o dudoso expresado en la parte decisoria de la resolución o que influya en ella. La aclaración no puede alterar el contenido sustancial de la decisión".

5. Así pues, la aclaración opera ante la presencia de conceptos oscuros o dudosos en una resolución, haciéndola ininteligible. Al respecto, Enrique Falcón, citado por Juan Morales Godo[1], señala que "Conceptos oscuros son los que no aparecen como una consecuencia clara y lógica dentro del pronunciamiento, por falta de pasos intermedios en la elaboración del concepto o no hallarse clara la afirmación o negación del derecho por ambigüedad o vaguedad de la expresión, etcétera. En este caso, la aclaratoria busca la precisión de la sentencia. Es decir, que no tenga palabras, frases u oraciones vagas o ambiguas".

6. En relación a este tema, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que la aclaración es procedente si se refiere a conceptos o frases que

> "ofrezcan verdadero motivo de duda, lo cual se presenta cuando los conceptos o frases objeto de aclaración "influyen para el entendimiento pleno y el cumplimiento de lo decidido en el fallo en cuestión". También la Corte ha expresado que "lo que ofrece duda, [es] lo que es ambiguo, lo que es susceptible de ocasionar perplejidad en su intelección"[2].

7. En ese sentido, tal como lo señala la norma citada en el fundamento 3 *supra*, el pedido de aclaración no puede servir para modificar el alcance o contenido de las resoluciones judiciales, pues "[no] tiene por objeto la rescisión o sustitución de las resoluciones por otra, sino lo que busca es interpretarla, ponerla de acuerdo con la intención del juzgador, subsanar una deficiencia de expresión"[3].

8. En el caso de autos, en la resolución de fecha 22 de diciembre de 209 (fs. 46) la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, actuando como órgano de segundo grado, confirmó la resolución emitida por el A quo declarando fundada la oposición formulada por la recurrente a la liquidación presentada por la Administración Tributaria, dejando precisado que esta debía devolver lo indebidamente pagado por la demandante por

---

1 Morales Godo, Juan; "Aclaración y corrección de resoluciones judiciales"; en Revista de la Maestría en Derecho Procesal, Vol. 5(1), 2014 (ISSN 2072-7976) (http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/download/47-78/10823/)

2 Auto 197/12 emitido en razón de la solicitud de aclaración de la sentencia T-053 de 2012, fundamento jurídico 1.3

3 Ledesma Narváez, Marianella; Comentarios al Código Procesal Civil Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, Pag. 863.

concepto de IGV, conforme a lo previsto en el artículo 38 del TUO del Código Tributario vigente a la fecha de interposición de la demanda. En la parte resolutiva que se dispuso que los intereses debían abonarse bajo el concepto de devolución y no de reintegro.

9. Mediante escrito que en copia corre a fojas 49 y escrito de reiteración del pedido de la página 53, la recurrente solicitó que se aclare la resolución referida en el fundamento *supra* en el extremo concerniente a la aplicación del artículo 38 del TUO del Código Tributario, pues, a su consideración, tendría que aplicarse la norma vigente a la fecha de presentación de su reclamo a la SUNAT para que le devuelva los montos que indebidamente se le cobró, y que resultaba de aplicación la tasa de interés moratorio (TIM) a que se refiere el tercer párrafo del citado artículo 38 ya que se trató de un pago es exceso por requerimiento indebido, por ello considera contradictorio la aplicación de la tasa TIPMN, aplicable a las devoluciones de pago realizadas indebidamente sin que medie requerimiento de la administración, regulado por el primer párrafo del mismo artículo.

10. De lo expuesto se puede concluir que en realidad lo que la recurrente buscaba con el pedido de aclaración, no era que se aclare un concepto oscuro o dudoso, sino que la Sala Civil de la Corte Suprema modifique el contenido de la resolución que resolvió la apelación, en el extremo en que precisó la norma aplicable para el cálculo de los intereses que debía pagar la Administración Tributaria, lo que evidentemente excede de la finalidad de los pedidos de aclaración, conforme los precisé en los fundamentos 4 a 7 de este voto.

11. Por ello, no comparto los argumentos de los fundamentos 12 a 16 de la sentencia, no sólo porque la aclaración no ha sido prevista para "enmendar" agresiones iusfundamentales, ni errores en los que se hubiere podido incurrir, y tampoco el amparo es una vía para "aclarar resoluciones", sino también porque en ningún extremo del pedido de aclaración de la recurrente ni del escrito en el que reitera dicho pedido, se alega que la Corte Suprema se hubiere pronunciado sobre algo ajeno al recurso de apelación, como lo señala mis colegas magistrados en la sentencia en mayoría. Siendo ello así, el pedido de aclaración, tal como fue planteado, resultaba inoficioso.

12. Ahora bien, el artículo 44° del Código Procesal Constitucional, tratándose del amparo contra resoluciones judiciales "*el plazo para interponer la demanda se inicia cuando la resolución queda firme. Dicho plazo concluye treinta días hábiles después de la notificación de la resolución, que ordena se cumpla lo decidido*", salvo que se trate de resoluciones que por su naturaleza no requieran de ejecución, supuesto en el cual, el cómputo del plazo se efectuará desde la notificación de la resolución firme que considera vulneratoria de los derechos constitucionales. Por otro lado, en reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha establecido que cuando el justiciable interponga medios impugnatorios o recursos que no tengan real posibilidad de revertir los efectos de una resolución, el inicio del plazo prescriptorio deberá contabilizarse desde el día siguiente de la fecha de notificación de la resolución firme que se considera lesiva.

13. En el presente caso, se aprecia que la resolución judicial firme es la cuestionada resolución de fecha 22 de diciembre de 2009, en la medida en que el pedido de aclaración formulado contra ella con la finalidad de modificarla, resultaba inoficioso. Asimismo, se trata de una resolución judicial firme que no requiere ser ejecutada y/o cumplida, pues fue emitida en un proceso que se encuentra en la etapa de ejecución y el recurso de apelación que la motivó fue concedido sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida, no imponiendo al juez o a las partes la realización de una actuación específica cuya ejecución debe ser requerida por otra resolución que ordene se "cumpla lo decidido"; de ahí que el plazo de los 30 días hábiles para interponer la demanda debe computarse a partir del día siguiente de la notificación de la referida resolución. Así las cosas, se advierte que la cuestionada resolución de fecha 22 de diciembre de 2009 fue notificada el **12 de marzo de 2010** (fs. 43); asimismo, se advierte que la demanda fue presentada el **16 de agosto de 2010** (fs. 90), es decir, luego de haber trascurrido el plazo de los 30 días hábiles para interponer la demanda de amparo contra resoluciones judiciales, por lo que la misma resulta extemporánea, incurriendo en la causal de improcedencia prevista en el numeral 10 del artículo 5° y el artículo 44° del Código Procesal Constitucional.

Por tales fundamentos, mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda.

S.
LEDESMA NARVÁEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto que merecen mis colegas magistrados, debo emitir un voto singular, conforme a las siguientes consideraciones:

1. El presente caso es de amparo contra resoluciones judiciales. No puede obviarse en el presente caso, que el Código Procesal Constitucional es bastante claro respecto al plazo que existe para cuestionar una resolución judicial vía el amparo, asimismo este Tribunal ha emitido reiterados pronunciamientos al respecto.

2. El recurrente pretende que se declare la nulidad de la resolución de fecha 22 de diciembre de 2009, en el extremo que dispuso la aplicación de reglas contenidas en el artículo 38 del Código Tributario, vigentes en el momento de la interposición de la demanda contencioso-administrativa subyacente (sic).

3. Ahora bien, cabe preguntarse desde cuándo debe computarse el plazo. Al respecto, este Tribunal ha señalado en reiterada jurisprudencia que el plazo para interponer una demanda de amparo contra resolución judicial empieza a transcurrir con la notificación de la resolución que ordena que se cumpla lo ejecutoriado, en caso exista algo que tenga que ejecutarse. De lo contrario, debería empezar a correr desde el momento en que es notificada.

4. En el presente caso, la resolución de fecha del 22 de diciembre de 2009 cuestionada se trata de una resolución judicial firme que no requería ser ejecutada y/o cumplida, pues fue emitida en un proceso que se encontraba en ejecución. En este sentido, el plazo de 30 días hábiles debe computarse desde la notificación de dicha resolución.

5. De fojas 43 se puede advertir que fue notificado con la resolución de fecha 22 de diciembre de 2009 el 12 de marzo de 2010. En tanto la demanda fue presentada el 16 de agosto de 2010, ha transcurrido en exceso el plazo de 30 días hábiles para interponer la demanda de amparo; en este sentido, conforme al artículo 44 y el inciso 10 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, mi voto es porque la demanda se declare **IMPROCEDENTE**.

S.
MIRANDA CANALES

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Con el debido respeto, me aparto de lo resuelto por la mayoría de mis colegas, que han declarado fundada la demanda. Por mi parte, considero que la demanda debe ser declarada improcedente, tal como pasaré a explicar seguidamente:

1. El artículo 44 del Código Procesal Constitucional regula el plazo para interponer la demanda de amparo. En especial, sobre el caso del amparo contra resolución judicial, se señala que:

   "Artículo 44.- Plazo de interposición de la demanda

   […] Tratándose del proceso de amparo iniciado contra resolución judicial, el plazo para interponer la demanda se inicia cuando la resolución queda firme. Dicho plazo concluye treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido." (resaltado agregado)

2. Respecto de la "firmeza" requerida por el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, este órgano colegiado ha establecido que una resolución adquiere el carácter de firme cuando se han agotado todos los recursos que prevé la ley para impugnarla dentro del proceso ordinario, siempre que dichos recursos tengan la posibilidad real de revertir los efectos de la resolución impugnada (Cfr. STC 02494-2005-AA, f. j. 16). En el mismo sentido, ha dicho asimismo que por "(...) resolución judicial firme, debe entenderse a aquella contra la que se ha agotado los recursos previstos por la ley procesal de la materia (Cfr. STC 4107-2004- HC, f. j. 5)." (RTC 05281 -2011-PA, f. j. 3; RTC 02233-2011-PA, f. j. 3; RTC 08518- 2013-PA).

3. Con base en lo anterior, es claro que la presentación de recursos inoficiosos contra resoluciones judiciales que se alegan como lesivas de derechos (es decir, recursos que no tengan posibilidad real de modificar lo que ellas resuelven) no hace que estas resoluciones dejen de considerarse como firmes a efectos de presentar una eventual demanda constitucional en su contra. Siendo así, el plazo de prescripción establecido en el artículo 44 de la Constitución empieza a correr desde que la resolución judicial que se reputa lesiva de derechos adquirió la condición de firme, sin tomarse en cuenta la existencia de cualquier articulación procesal posterior que resulte inconducente para revertir los efectos de la resolución impugnada.

4. En el caso de autos, a efectos de admitir a trámite la demanda de "amparo contra resolución judicial", para contabilizar el plazo para demandar la resolución suscrita por la mayoría ha tomado en cuenta, no el momento en que fue expedida la sentencia de fondo, sino la fecha de notificación de la resolución que resuelve el pedido de aclaración.

5. Esto, que podría ser razonable en algún caso (por ejemplo, si la sentencia tiene un problema de motivación y este podría solucionarse con una aclaración), no aplica al presente caso. Como puede apreciarse de los actuados, el pedido de aclaración estaba orientado a que se modifique un extremo de la sentencia, por lo cual dicha articulación resultaba inconducente, de manera indubitable.

6. Por tales razones, considero que la demanda debe declararse improcedente, pues no se observó el plazo prescriptorio para interponer una demanda de amparo contra una decisión judicial firme y por haberse consentido el agravio contenido en la resolución judicial, conforme a lo establecido en los artículos 4 y 44 del Código Procesal Constitucional.

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.° 03150-2017-PA/TC
LIMA
DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 6 de noviembre de 2020, los magistrados Ferrero Costa, Blume Fortini, Ramos Núñez, y Sardón de Taboada han emitido, por mayoría, la siguiente sentencia que declara **FUNDADA** la demanda de amparo dio origen al Expediente 03150-2017-PA/TC.

Asimismo, el magistrado Blume Fortini formuló un fundamento de voto.

Los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera emitieron votos singulares declarando improcedente la demanda.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y los votos antes referidos, y que los magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días de noviembre de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ramos Núñez, conforme al artículo 30-A del Reglamento Interno del Tribunal Constitucional, y con el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini y los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Domingo García Belaúnde contra la resolución de fojas 208, de fecha 1 de diciembre de 2016, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 19 de abril de 2013, don Domingo García Belaúnde interpone demanda de amparo contra el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) a fin de que se le permita ser considerado proveedor de servicios para el Estado.

Aduce que, pese a habérsele inscrito en el Registro Nacional de Proveedores, con una vigencia desde el 18 de setiembre de 2012 hasta el 18 de setiembre de 2013, se vio forzado a renunciar a su condición de proveedor de servicios para el Estado, pues se le hizo saber, de modo extraoficial, que había incurrido en una incompatibilidad prevista en la normativa sobre contrataciones del Estado, ya que tiene un hermano congresista, por lo que debía renunciar, caso contrario será denunciado penalmente.

Sostiene que, si bien es cierto resulta razonable que la ley fije impedimentos para contratar con el Estado a los congresistas, el artículo 10, inciso "f", del Decreto Legislativo 1017, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, extiende dichas prohibiciones al cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, desconociendo que los congresistas, fuera del ámbito del Congreso de la República, no tienen capacidad para favorecer a sus parientes, pues no realizan obra pública, no tienen iniciativa de gasto y, en todo caso, forman parte de un órgano colegiado, el Congreso de la República, cuyas decisiones se adoptan colectivamente.

Alega que dicha prohibición vulnera sus derechos a la libre contratación y a la presunción de inocencia. Por lo tanto, solicita que se le permita inscribirse nuevamente en el Registro Nacional de Proveedores y se inaplique el artículo 10, inciso "f, del Decreto Legislativo 1017, así como el pago de costas y costos procesales.

Contestación de la demanda

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) contestó la demanda y negó que exista amenaza alguna contra el actor, pues como lo refiere él mismo, las presuntas amenazas le fueron comunicadas por personas ajenas al OSCE. Asimismo, señaló que el artículo 10, inciso "f", del Decreto Legislativo 1017 no afecta los derechos fundamentales del demandante, pues el artículo 2, inciso 14 de la Constitución, fija límites a la libertad de contratación, al establecer que se puede contratar con fines lícitos, siempre que no contravengan leyes de orden público, mientras que el artículo 76 de la Constitución establece la obligación de realizar un procedimiento previo para contratar con el Estado. Asimismo, señala que la disposición cuestionada es una regla de transparencia en el gasto del Estado y no constituye una norma arbitraria

Sentencia de primera instancia o grado

El Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de fecha 29 de setiembre de 2014, declaró fundada la demanda, porque, conforme a una interpretación finalista, lo que busca el artículo 10, inciso "f", del Decreto Legislativo 1017, es evitar que la condición de congresista pueda ser aprovechada para contratar los servicios de un familiar de este. A su juicio, tal influencia se puede dar en el ámbito del órgano donde labora el hermano del actor, esto es, el Congreso de la República. Sin embargo, en el presente caso, ello no ocurre, pues el hermano congresista no tiene injerencia en otras entidades públicas, al ser un congresista de oposición al gobierno de turno; y, por otro lado, el actor reúne las calificaciones del caso para ser proveedor del Estado, pues es un conocido especialista en Derecho Constitucional y docente con amplia experiencia. Por consiguiente, interpretando la norma cuestionada según su finalidad, concluye que el actor sí puede ser proveedor del Estado, excepto del Congreso y ordena al OSCE que permita la inscripción del demandante en el Registro Nacional de Proveedores.

Resolución de segunda instancia o grado

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima revocó la apelada y, reformándola, declaró improcedente la demanda, pues, a su juicio, se ha producido la sustracción de la materia controvertida, dado que el Decreto Legislativo 1017 fue derogado por la Ley 30225.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del asunto litigioso

1. En líneas generales, el demandante solicita lo siguiente: a) que se le permita reinscribirse en el Registro Nacional de Proveedores del Estado; y b) que se inaplique, en su caso,

el artículo 10, inciso "f" del Decreto Legislativo 1017, que impide ser participante, postor y contratista con el Estadoal cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de los altos funcionarios estatales citados en el artículo 10.a de la citada norma.En consecuencia, corresponde determinar si dicha norma, previo análisis de su vigencia, vulnera los derechos fundamentales del actor a la libre contratación y a la presunción de inocencia.

§2. Consideraciones previas

2. En el presente caso, cabe mencionar que, mediante Decreto Supremo 165-2019-PCM, publicado en el diario oficial *El Peruano,* el 30 de setiembre de 2019,se disolvió el Congreso de la República (artículo 1), revocándose el mandato parlamentario a todos los congresistas que no integraron la Comisión Permanente (artículo 2).Aunado a ello, en la actualidad, los congresistas que conforman el Congreso de la República han sido elegidos en las elecciones celebradas el 26 de enero de 2020, entre los cuales no se encuentra el hermano del demandante, Víctor Andrés García Belaúnde.

3. En atención a ello, en las actuales circunstancias, es evidente que en la presente causa ha operado la sustracción de la materia, dado queel recurrente ya no tiene impedimentos para reincorporarse al Registro Nacional de Proveedores, y consecuentemente contratar con el Estado, toda vez que su hermano ya no es congresista.

4. No obstante, este Tribunal, en aplicación del segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, procederá a emitir pronunciamiento de fondo, a fin dilucidar si es que la aplicación de la norma en otros casos futuros que eventualmente puedan ser similares, supone o no una violación de derechos según la Constitución.

5. En tal sentido, dado que la pretensión consiste en que se inaplique la norma que prohíbe, entre otros, a los hermanos de los congresistas postular como proveedores del Estado, a juicio de este Colegiado, corresponde analizar la presunta amenaza de vulneración de los derechos fundamentales del actor en el presente caso. Siendo así, es menester evaluar si dicha norma es autoaplicativa, supuesto en el que procede el amparo contra normas, conforme lo prevé el artículo 3 del Código Procesal Constitucional.

6. Al respecto, se debe señalar que las normas autoaplicativas son aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada. En este supuesto, tal como se indicó en la sentencia recaída en el Expediente 04677-2004-PA/TC (fundamento 4) cabe distinguir entre aquellas normas cuyo supuesto normativo en sí mismo genera una incidencia directa sobre la esfera subjetiva de los individuos (v.g., el artículo 1 del derogado Decreto Ley 25446: "Cesar, a partir de la fecha, a los Vocales de las Cortes Superiores de los Distritos Judiciales de Lima y Callao que se indican, cancelándose los Títulos correspondientes: (...)"), y aquellas otras que determinan que dicha incidencia se producirá como consecuencia de su aplicación obligatoria e incondicionada (v.g. el artículo 2 del Decreto Ley 25454: "No procede la Acción de Amparo dirigida a impugnar directa o indirectamente los efectos de la aplicación de

los Decretos Leyes N°s 25423, 25442 y 25446."). En el primer caso, el amparo contra la norma procederá por constituir ella misma un acto (normativo) contrario a los derechos fundamentales. En el segundo, la procedencia del amparo es consecuencia de la amenaza cierta e inminente a los derechos fundamentales que representa el contenido dispositivo inconstitucional de una norma inmediatamente aplicable.

7. Ambos casos se encuentran previstos en el artículo 3 del Código Procesal Constitucional, que dispone:

> Cuando se invoque una amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.

8. Se debe analizar entonces, si el extremo de la Ley de Contrataciones del Estado cuestionado constituye una norma autoaplicativa o no, y, de ser afirmativa la respuesta, verificar de qué tipo de norma autoaplicativa se trata, conforme a la distinción planteada en el fundamento 6 *supra*. Para ello, es necesario que previamente se formulen algunas precisiones acerca de la vigencia de la norma.

Acerca de la vigencia de la norma contenida en el artículo 10, inciso "f" del Decreto Legislativo 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado

9. Corresponde ahora evaluar si la norma cuya inaplicación se solicita continúa vigente en el ordenamiento jurídico nacional. Con relación a ello, la Sala Superior que resolvió la presente causa en segunda instancia o grado, usó como argumento para declarar la improcedencia de la demanda, la sustracción de la materia controvertida, dado que el Decreto Legislativo 1017 fue derogado por la Ley 30225.

10. Al respecto, se debe precisar que, si bien es cierto formalmente el Decreto Legislativo 1017 fue derogado por la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, vigente desde el 9 de enero de 2016, se aprecia que esta contiene la misma prohibición de contratar con el Estado alusiva a los parientes de algunos altos funcionarios del Estado. Así, se aprecia que el artículo 10, inciso "f" del Decreto Legislativo 1017 establecía lo siguiente:

> Artículo 10.- Impedimentos para ser postor y/o contratista
>
> Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas:
>
> a) En todo proceso de contratación pública, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, el Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los Ministros y Viceministros de Estado, los Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos;
>
> (…)

f) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;

(…)

Mientras que el artículo 11 de la Ley 30225 (modificado a su vez por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1341) establece lo siguiente:

Artículo 11. Impedimentos

11.1 Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, las siguientes personas:

a) En todo proceso de contratación pública, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, el Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos.

(…)

h) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas naturales señaladas en los literales precedentes, el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

(…)

Recientemente, con fecha 16 de setiembre de 2018, se publicó en el diario oficial *El Peruano* una nueva modificatoria, a través del Decreto Legislativo 1444 en los siguientes términos:

Artículo 11. Impedimentos

11.1 Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, las siguientes personas:

a) El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos, en todo proceso de contratación mientras ejerzan el cargo y hasta doce (12) meses después de haber dejado el mismo.

(…)

h) El cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas naturales señaladas en los literales precedentes, de acuerdo a los siguientes criterios:

(i) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en los literales a) y b), el impedimento se configura respecto del mismo ámbito y por igual tiempo que los establecidos para cada una de éstas;

(…)

Más allá del matiz que se observa al reducir hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad el citado impedimento, la nueva redacción de la norma alcanza al cónyuge, conviviente y parientes cercanos de ciertos altos funcionarios del Estado, tal como estaba contemplado en el Decreto Legislativo 1017. Por consiguiente, materialmente, la prohibición denunciada (aquella que alcanza al actor en cuanto a su condición de hermano de un congresista) persiste, pues la relación entre hermanos se ubica en el segundo grado de consanguinidad. Siendo así, este Colegiado estima que no corresponde declarar la sustracción de la materia, en relación a este extremo de la demanda.

Acerca del carácter autoaplicativo de la norma bajo análisis

11. Establecida entonces la vigencia de la norma que fija impedimentos al cónyuge, conviviente y algunos parientes cercanos de determinados altos funcionarios públicos, corresponde señalar que esta, tal como fluye de su redacción, constituye una norma autoaplicativa en tanto, estando vigente, resulta de aplicación inmediata e incondicionada.

12. Refuerza esta calificación lo afirmado por la propia demandada en su escrito de contestación de la demanda, quien aduce que "la controversia en el presente proceso está referida al inciso f) del artículo 10 de la Ley de Contrataciones (…) y que la pretensión del demandante está dirigida a que se efectúe una interpretación especial de la ley (…) sin considerar el principio jurídico relativo a que no es posible distinguir donde la ley no distingue, habiéndose planteado el impedimento como un (sic) general a todos los representantes del Congreso, no teniendo nuestra entidad la prerrogativa de efectuar una interpretación especial (…) más aún, cuando la citada interpretación desnaturaliza la interpretación gramatical de la norma y la regla establecida (…)" (fundamento 18 de la contestación de la demanda a fojas 41 y 42) y "la decisión de inscribir a un proveedor en el Registro de nuestra entidad no es un tema de evaluación subjetiva relativa a la presunción de inocencia, ni la denegatoria una sanción administrativa al proveedor, siendo el caso del demandante uno de aplicación de los impedimentos previstos en los incisos a) y f) del artículo 10 de la Ley de Contrataciones (…)" (fundamento 20 de la contestación de la demanda a fojas 42).

13. Quiere esto decir que corresponde analizar la presunta transgresión de derechos fundamentales por la aplicación automática de la norma en cuestión, pues se trata de una norma autoaplicativa, la cual, a consecuencia de su aplicación obligatoria e incondicionada, genera una incidencia directa sobre la esfera subjetiva de los individuos a los

que va dirigida, máxime si, como se detalla en el fundamento anterior, OSCE efectúa una aplicación gramatical de la ley. Dicho de otra manera, nos encontramos ante el supuesto de procedencia del amparo contra norma jurídica, la que representaría una amenaza a los derechos fundamentales.

§3. Análisis de fondo

Acerca del derecho a la libertad de contratación

14. El artículo 2, inciso 14, de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de contratación en los términos siguientes: "Artículo 2. Toda persona tiene derecho: (…)14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público".

    Del mismo modo, el artículo 62 del texto constitucional precisa:

    > La libertad de contratar garantiza que las partes puedan 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 arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley [...]

15. El Tribunal Constitucional ha sostenido que el derecho a la libertad de contratación garantiza la facultad para crear, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial, a través del acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales o jurídicas. Igualmente ha expresado que tal vinculo –fruto de la concertación de voluntades– debe estar referido a bienes o intereses que posean apreciación económica y que este resulta válido siempre que tenga un fin lícito y no contravenga las leyes de orden público (cfr. sentencia recaída en el Expediente 07339-2006-PA/TC, fundamento 47).

16. En reiterada jurisprudencia (cfr. sentencias recaídas en los Expedientes acumulados 00026-2008-PI/TC y 00028-2008-PI/TC, fundamento 52, y 02185-2002-PA/TC, fundamento 2), el Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a la libre contratación se fundamenta en el clásico principio de autonomía privada, el que, a su vez, dota al referido derecho de un doble contenido:

    a. Libertad de contratar, también llamada libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y

    b. Libertad contractual –que forma parte de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución (cfr. sentencia recaída en el Expediente 01405-2010-PA/TC, fundamento 12)–, también conocida como libertad de configuración interna, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato.

17. Sobre la base de lo anterior, este Tribunal ha concluido que el contenido del derecho a la libre contratación (cfr. sentencia recaída en los Expedientes 00004-2004-PI/TC, 00011-2004-PI/TC, 00012-2004-PI/TC, 00013-2004-PI/TC, 00014-2004-PI/TC, 00015-2004-PI/TC, 00016-2004-PI/TC y 00027-2004-PI/TC, fundamento 8), está constituido, en principio, por las siguientes posiciones iusfundamentales:

    i) Autonomía para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al cocelebrante;

    ii) Autonomía para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual;

18. Si bien, desde una perspectiva preliminar, esta es la determinación del ámbito protegido del derecho fundamental a la libertad de contratación, ello no quiere decir que la totalidad de su contenido se agote en la tutela de su dimensión individual y se prescinda de consideraciones institucionales. Con relación a ello, el Tribunal Constitucional recuerda que el derecho a la libre contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances por límites implícitos y explícitos. Límites explícitos a la contratación, conforme a la norma pertinente, son la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público. Límites implícitos, en cambio, serían las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos. (cfr. sentencia recaída en el Expediente 02670-2002-PA/TC, fundamento 3)

19. Siendo así, resulta evidente que la norma que fija el impedimento para contratar con el Estado a familiares y parientes cercanos de los congresistas tal como se detalla en el fundamento 10 *supra* constituye una limitación al derecho a la libertad de contratación del recurrente, pues este es hermano del congresista Víctor Andrés García Belaúnde y, consecuentemente, no puede contratar con el Estado.

20. Frente a ello, este Tribunal reconoce que los procesos de contratación del Estado se rigen por una serie de principios que la propia legislación contempla. Así, el artículo 2 de la Ley 30225 (modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1341), presenta una relación abierta de principios, entre los cuales cabe resaltar los siguientes:

    – Libertad de concurrencia. Las entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores.

    – Igualdad de trato. Todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto. Este principio exige que no se traten de manera diferente situaciones que son similares y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica siempre que ese

trato cuente con una justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva.

- Transparencia. Las entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. Este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico.
- Competencia. Los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia.
- Integridad. La conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la cual, en caso de producirse, debe ser comunicada a las autoridades competentes de manera directa y oportuna.

Estos principios informan a todo el procedimiento de contrataciones del Estado, constituyendo las bases sobre las que se erige todo el sistema de contrataciones estatal. Siendo así, las normas sobre la materia deben tener presente estos principios y no transgredirlos.

21. Atendiendo a estos principios, la existencia de restricciones o impedimentos a la participación de ciertas personas naturales o jurídicas, debe entenderse a la luz de que dichas prohibiciones coadyuven al logro o cumplimiento de los mencionados principios. En el presente caso, se aprecia una tensión entre la libertad de contratación y la potestad del legislador de establecer restricciones a dicho derecho, plasmado concretamente en el impedimento de contratar con el Estado que tiene como destinario a los familiares de los congresistas, detallados en el artículo 11, inciso "h" de la Ley 30225 (modificado sucesivamente por los Decretos Legislativos 1341 y 1444).

22. En esa línea, resulta razonable el impedimento si es que la contratación se realiza con el Congreso de la República, pues se trata de la entidad a la que pertenece el congresista y, resulta evidente, sobre la cual puede ejercer influencia directa, generándose suspicacias y notorios conflictos de interés. Este mismo razonamiento puede hacerse extensivo a todos aquellos familiares o parientes de los funcionarios públicos mencionados en el citado artículo 11.1, inciso "a". Sin embargo, lo mismo no puede predicarse respecto a extender el impedimento a las contrataciones que el cónyuge, conviviente o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas naturales señaladas en dicho artículo realicen con cualquier otra entidad estatal, supuesto respecto al cual se centrará el análisis contenido en los fundamentos 23 a 27 de la presente sentencia.

23. A efectos de resolver esta controversia corresponde hacer uso del test de proporcionalidad, herramienta de la que ha hecho uso el Tribunal Constitucional en varias ocasiones

(v.g., sentencia recaída en el Expediente 00045-2004-PI/TC). Así, se deberá determinar lo siguiente: i) si la medida restrictiva descrita en los fundamentos 21 y 22 *supra* responde a un fin constitucional legítimo; ii) si la medida es adecuada para cumplir dicho fin (juicio de idoneidad); iii) si no existe otro medio alternativo menos gravoso respecto de los derechos comprometidos (juicio de necesidad); y (iv) si la medida adoptada es proporcional (test de proporcionalidad en sentido estricto). La aplicación de cada examen o juicio es sucesiva, de modo tal que no será necesario pasar al siguiente examen si es que no se supera el juicio que lo antecede. Es decir, solo si la medida bajo examen es idónea, se pasará al juicio de necesidad. Si es que se determina la necesidad de la medida, se pasará al test de proporcionalidad en sentido estricto.

24. Respecto a los fines constitucionalmente legítimos, se debe señalar que el impedimento de que familiares cercanos de los funcionarios públicos mencionados en el artículo 11.1, inciso "a", de la Ley 30225 (modificado sucesivamente por los Decretos Legislativo 1341 y 1444) puedan contratar con el Estado tiene como propósito evitar favoritismos en las contrataciones del Estado que tengan como destinatarios a familiares de autoridades que ostentan poder político y así velar por que prime el mérito y las calificaciones personales para la provisión de un bien o servicio al Estado, por lo que la norma examinada cumple con fines como, garantizar la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos y contribuir a asegurar el cumplimiento de los fines del Estado; por ejemplo, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (para lo cual el Estado necesita contratar con particulares que coadyuven al cumplimiento de su misión).

25. Con relación a la idoneidad de la norma descrita, este Colegiado considera que efectivamente, es probable que exista la posibilidad que se produzca una disminución de las posibilidades de que alguno de los altos funcionarios mencionados pretenda ejercer influencia para que se favorezca la contratación de algún familiar o pariente suyo. Por consiguiente, la prohibición bajo análisis, efectivamente, elimina una posible fuente de interferencia indebida o direccionamiento irregular en las contrataciones del Estado. En atención a ello, el impedimento establecido es idóneo para la consecución de los fines indicados.

26. Acerca del juicio de necesidad, se debe dilucidar si existen otras alternativas menos gravosas, es decir que no afecten los derechos comprometidos o generen en ellos la menor restricción posible. Partiendo de esta premisa, cabe enfatizar que, sí es posible establecer medidas menos gravosas, para impedir favoritismos que rompan con la igualdad de trato que merece todo postulante a celebrar un contrato con el Estado.

    Dichas medidas están contempladas en la propia Ley 30225. Por ejemplo, en el artículo 10 de la misma (modificado sucesivamente por los Decretos Legislativos 1341 y 1444) se establece la obligación de la entidad de supervisar el proceso de contratación en todos sus niveles, directamente o a través de terceros. Asimismo, conforme al

artículo 52 de la misma ley (modificado por el Decreto Legislativo 1444), OSCE tiene entre sus funciones:

(...)

a) Velar y promover que las Entidades realicen contrataciones eficientes, bajo los parámetros de la Ley, su reglamento y normas complementarias, la maximización del valor de los fondos públicos y la gestión por resultados.

b) Efectuar acciones de supervisión de oficio, de forma aleatoria y/o selectiva, y a pedido de parte de los procesos de contratación que se realicen al amparo de la presente norma y su Reglamento, y disponer la adopción de las medidas que correspondan. Esta facultad también alcanza a los supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión en lo que corresponde a la configuración del supuesto de exclusión.

(...)

Quiere esto decir que existen mecanismos o herramientas que la propia ley prevé para supervisar los procesos de contratación del Estado y garantizar la regularidad de estos, eliminando cualquier atisbo de favoritismo en función al parentesco de las personas con alguna autoridad estatal.

Atendiendo a este hecho, existe un conjunto de alternativas que resultan menos onerosas para conseguir los fines que la norma bajo análisis persigue. Queda claro, entonces, que, a juicio de este Colegiado, las medidas bajo examen no superan el juicio de necesidad y, por consiguiente, no logran sortear el test de proporcionalidad, a consecuencia de lo cual las normas contenidas en el artículo 11.1, inciso "h" de la Ley 30225 (modificada por el Decreto Legislativo 1444) relativo al impedimento del cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas naturales citadas en el artículo 11.1. a) de la referida norma, para ser participantes, postores, contratistas o subcontratistas con el Estado, resulta desproporcionada y configura una amenaza de transgresión al derecho a la libre contratación, por lo que corresponde declarar su inaplicación al presente caso, con las siguientes excepciones: a) conforme se establece en el fundamento 22 supra, la prohibición de contratación con la propia entidad en la que labore dicha persona natural; y b) la excepción que se describe en los fundamentos 28 a 32infra, relativa al cónyuge, conviviente y parientes cercanos del presidente de la República, las cuales sí se encuentran justificadas.

27. Se advierte, además, que la norma bajo análisis contraviene algunos de los principios que, según la propia ley, deben regir las contrataciones del Estado, tales como el principio de la libre concurrencia (al limitar el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación estatales) y el principio de competencia (pues los procesos de contratación deben incluir disposiciones que permitan establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés

público que subyace a la contratación, encontrándose prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia).

28. Llegado a este punto, se debe dejar claramente establecido que, si bien es cierto que este Colegiado juzga que el impedimento bajo análisis resulta desproporcionado y configura una amenaza de transgresión al derecho a la libre contratación, con la excepción de la prohibición de contratación con la propia entidad en la que laboren los altos funcionarios públicos mencionados, se debe precisar la peculiar situación que ostentan el presidente a y los vicepresidentes de la República, personas naturales también mencionadas en la norma en evaluación.

29. Así, conforme al artículo 110 de la Constitución, el presidente de la República es jefe de Estado. Sin embargo, fluye del artículo 118 de la Constitución, particularmente del inciso 3, que establece la competencia del presidente de la República para dirigir la política general de Gobierno, que el ostenta también la condición de jefe de Gobierno. Ello significa que, además de encabezar el Poder Ejecutivo (como jefe de Gobierno), se coloca por encima de los demás poderes constituidos (como jefe de Estado). La categoría de Jefe de Estado "pone al Presidente de la República por encima de los demás poderes existentes y como un gran regulador de la vida política" (cfr. RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo IV. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 247). La condición de jefe de Estado se ve reflejada, además, en el artículo 39 de la Constitución al señalarse que "El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional (...)".

30. No estamos, en el caso del presidente de la República, frente a una persona natural como las otras mencionadas en el artículo 11.1 inciso "a" bajo análisis, pues a diferencia de estos (congresistas, jueces supremos titulares y miembros de organismos constitucionales autónomos), que ejercen funciones en instituciones públicas claramente delimitadas (Congreso de la República, ministerios, Poder Judicial, organismos constitucionales autónomos), el presidente de la República, al tener la doble condición de jefe de Estado y la de jefe de Gobierno, extiende su ámbito de influencia y poder formal sobre todo el aparato estatal.

31. Siendo así, al cónyuge, conviviente o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad del presidente de la República, sí puede aplicárseles el impedimento de contratación con el Estado siguiendo la misma la misma lógica de validez del impedimento descrita en el fundamento 22 supra (en el sentido de que al tener un ámbito de influencia sobre todo el aparato estatal, puede ejercer influencia directa y generar suspicacias, además de notorios conflictos de interés), haciéndola extensiva a todas las instituciones del Estado.

32. De otro lado, también es necesario realizar precisiones respecto a la figura de los vicepresidentes de la República. Conforme al artículo 115 de la Constitución: "Por

impedimento temporal o permanente del Presidente de la República, asume sus funciones el Primer Vicepresidente. En defecto de éste, el Segundo Vicepresidente. Por impedimento de ambos, el Presidente del Congreso". Consecuentemente, los vicepresidentes, en cuanto tales, solo ejercerán un rol en el aparato estatal, en cuanto asuman la Presidencia de la República en los supuestos de impedimento temporal o permanente del presidente de la República. Siendo así, este Colegiado, juzga que el mismo razonamiento realizado respecto a lo desproporcionado del impedimento evaluado, descrito en los fundamentos 23 a 27 supra, resulta de aplicación con relación al cónyuge, conviviente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de los vicepresidentes de la República, en tanto estos últimos ostenten el rol como tales.

33. En base a todo lo expuesto, se observa que las normas contenidas en el artículo 11.1, inciso "h" de la Ley 30225 (modificada por el Decreto Legislativo 1444) relativas al impedimento del cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas naturales citadas en el artículo 11.1. a) de la referida norma, para ser participantes, postores, contratistas o subcontratistas con el Estado,configuran una amenaza de violación al derecho a la libre contratación, por lo que corresponde declarar su inaplicación al presente caso, con las siguientes excepciones: a) la contratación con la propia entidad en la que labore dicha persona natural; y b) la contratación del cónyuge, conviviente y parientes cercanos del presidente de la República.

34. Y, consecuentemente, tras advertirse que la aplicación del impedimento de los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas naturales como los congresistas, para contratar con el Estado –siempre que, entre las excepciones, el contrato no sea con la misma entidad en la que labore dicha persona natural–, vulnera el derecho a la libertad de contratar, corresponde estimar la solicitud de reincorporación del actor al Registro Nacional de Proveedores.

Acerca del derecho a la presunción de inocencia

35. En el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, el derecho a la presunción de inocencia aparece considerado en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el sentido de 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. (...)". De igual modo, el citado derecho es enfocado en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En relación con esta última, "(...) la Corte ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad es demostrada" (cfr. sentencia emitida en el caso Suárez Rosero versus Ecuador, párrafo 77).

36. En concordancia con estos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, el artículo 2, inciso 24, de la Constitución establece que "Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad". De esta manera, 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), como en el principio *pro hómine*.

37. Se ha señalado en anterior oportunidad (cfr. sentencia emitida en el Expediente 0618-2005-PHC/TC, fundamentos 21 y 22) que el derecho fundamental a la presunción de inocencia, en tanto que presunción iuris tantum, implica que "(...) 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 la sentencia definitiva". De igual forma, se ha dicho (cfr. sentencia emitida en el Expediente 02915-2004-PHC/TC, fundamento 12) que "la presunción de inocencia se mantiene 'viva' en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigatorio llevado a cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla (...)".

38. En sede administrativa sancionatoria, este derecho se denomina presunción de licitud y se encuentra previsto en el artículo 246, inciso 9, del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, cuyo texto dispone:

    > Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
    >
    > La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
    >
    > (...)
    >
    > 9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.
    >
    > (...)

39. Si bien es cierto el caso bajo análisis no se enmarca dentro de un procedimiento administrativo sancionador, sino plantea un cuestionamiento a los impedimentos para contratar con el Estado, queda claro que es razonable hacer extensivo el derecho a la presunción de inocencia al ámbito administrativo, presumiéndose la licitud a los actos protagonizados por los postulantes para contratar con el Estado, quienes no pueden ser descalificados a priori o excluidos de los procesos de contratación del Estado por el solo vínculo de parentesco con altos funcionarios del Estado en un ámbito que abarca a todas las entidades públicas. Sostener lo contrario significaría que se está presumiendo

que una persona por el sólo hecho de ser familiar o pariente de dichos funcionarios estatales, está recurriendo a influencias indebidas para obtener un contrato con algún ente público, presunción que no se condice con el aludido principio de licitud. Siendo así, a juicio de este Colegiado, a través de la norma bajo análisis también se amenaza el derecho a la presunción de inocencia en el presente caso, en su faceta administrativa, es decir, respecto al derecho a la presunción de licitud de la conducta de los ciudadanos.

40. Finalmente, en atención a que se encuentra acreditada la amenaza de vulneración de los derechos a la libre contratación y a la presunción de inocencia, corresponde ordenar que la parte demandada asuma el pago de los costos procesales en atención a lo dispuesto por el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, mas no así al pago de costas por encontrarse exonerada del pago de estas conforme al citado dispositivo, al tratarse de una entidad estatal.

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 virtud del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, por haberse acreditado la vulneración del derecho a la libertad de contratación y el principio de presunción de inocencia.
2. **ORDENAR** a la emplazada el pago de costos procesales a favor del recurrente.
3. Declarar **IMPROCEDENTE** el pago de costas procesales.
4. **DISPONER** que la entidad demandada no vuelva a incurrir en los actos de amenaza de violación que motivaron la interposición de la presente demanda de amparo, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.
FERRERO COSTA
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA

PONENTE RAMOS NÚÑEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BLUME FORTINI

Si bien me encuentro conforme con declarar fundada la demanda, considero necesario efectuar las siguientes precisiones:

1. Expreso mi discrepancia con relación a la aplicación del "test de proporcionalidad", como el instrumento para dar solución al conflicto iusfundamental planteado, ya que el Tribunal Constitucional viene utilizado innecesaria e indebidamente en diversas ocasiones este instrumento para resolver las causas.

2. A mi juicio, el denominado test de proporcionalidad encierra un análisis teórico que se asienta en preconceptos que no son de recibo como prioritarios ni condicionantes frente al análisis del caso que se controvierte; análisis que debe partir de la apreciación de la situación fáctica que genera la controversia (no de preconceptos teóricos, que se invocan cual si fueran apotegmas bíblicos o verdades absolutas) y, a partir de ahí, aplicar el Derecho que corresponde y las demás fuentes permitidas, dentro de una lógica que, sin tantas digresiones ni envolturas teóricas, permita al juez, aplicando su sano juicio y criterio común, apreciar si la autoridad ha actuado con razonabilidad y proporcionalidad, y no ha incurrido en una actitud arbitraria.

3. Por otro lado, también discrepo y me aparto del análisis subjetivo contenido en los fundamentos 28 a 33, que señalan como constitucionalmente correcto impedir legalmente la contratación con el Estado por 5 años de los familiares consanguíneos o afines del presidente de la República y vicepresidentes.

4. Discrepo de tales argumentos porque considero que se encuentran basados solo en presunciones o prejuicios sociales destinados únicamente a negar el trabajo a un grupo de ciudadanos sin que de por medio existan hechos que demuestren con total rotundidad que por ser familiares del presidente de la República y vicepresidentes durante el periodo que les toca asumir dichos cargos, estos carezcan de méritos suficientes para trabajar o contratar con el Estado.

5. El desarrollo de las capacidades, destrezas o competencias de una persona de acuerdo con sus conocimientos no dependen de un familiar consanguíneo o por afinidad, sino de la aplicación de dichos conocimientos a través de su trabajo. En tal sentido, es imposible que el simple hecho de que un ciudadano sea elegido presidente de la República o vicepresidentes, incida en el desarrollo de las capacidades personales o profesionales de sus familiares, como si ello se tratará de una fórmula mágica de incompetencia laboral.

6. Por ello, no comparto la suerte de estigmatización en perjuicio de los familiares del presidente de la República y los vicepresidentes que contienen normas como el artículo

11.1, inciso "h" de la Ley 30225 (modificada por el Decreto Legislativo 1444), para que aquellos puedan ser participantes, postores, contratistas o subcontratistas con el Estado, por cuanto, en abstracto no se puede presumir de manera razonable la potencial existencia de favoritismos o ventajas para este grupo de personas.

7. Es más, toda persona, por el hecho de ser tal, tiene sus derechos constitucionales al trabajo, al ejercicio de una profesión u oficio, a contratar y a realizar todas sus actividades en igualdad de condiciones, debiendo el Estado garantizar su pleno ejercicio, no siendo admisible, lógico ni justo, que, basándose en una inconstitucional presunción de culpabilidad y en una cuestionable lógica de desconfianza, se le convierta en una suerte de minusválido en el ejercicio de sus derechos constitucionales por situaciones o circunstancias que le son totalmente ajenas, como el que algún pariente ingrese al sector público.

S.
BLUME FORTINI

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la decisión de mayoría, en el presente caso, estimo que la demanda debe declararse **IMPROCEDENTE** por haber operado la sustracción de la materia.

El demandante pretende que se inaplique, en su caso, el artículo 10, literal f, del Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado, que impide ser participante, postor y contratista con el Estado al cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de los altos funcionarios estatales; y, en consecuencia, que se ordene al OSCE le permita reinscribirse en el Registro Nacional de Proveedores del Estado.

En su demanda afirma que su hermano se desempeña como Congresista de la República y que, por esa razón, se encuentra impedido por el dispositivo legal precitado de contratar con el Estado en calidad de proveedor, lo cual considera una medida irrazonable, toda vez que los congresistas, fuera del ámbito del Congreso de la República, no tienen capacidad para favorecer a sus parientes. Agrega que, por ese motivo, ha sido forzado a renunciar a su condición de proveedor que tenía.

Sobre el particular, debe precisarse que, en la actualidad, el Decreto Legislativo 1017 ha sido reemplazado por la Ley 30225, la cual, no obstante, también contiene similar prohibición legal a la que se denuncia. El artículo 11, inciso h, de esta última ley (modificado por el Decreto Legislativo 1444) establece que están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la ley, entre otros altos funcionarios, los Congresistas de la República mientras ejerzan el cargo y hasta doce meses después de haber dejado el mismo; así como su cónyuge, conviviente o los parientes hasta el "segundo grado de consanguinidad" o afinidad, de acuerdo a los criterios que ahí se mencionan.

En mi opinión, considero que en la presente causa ha operado la sustracción de la materia, en la medida que ha desaparecido el hecho que habilitaba el impedimento legal del demandante de contratar como proveedor del Estado, ya que su hermano ha dejado de ser Congresista de la República. Como es de conocimiento público, mediante Decreto Supremo 165-2019-PCM, publicado en el diario oficial *El Peruano,* el 30 de setiembre de 2019, se disolvió el Congreso de la República y se revocó el mandato parlamentario de los congresistas, incluido, el del hermano del demandante, Víctor Andrés García Belaúnde.

De ahí que, en la actualidad, el recurrente ya no está prohibido de reinscribirse como proveedor del Estado, más aún cuando han transcurrido los doce meses luego de haberse dejado el cargo que establece el artículo 11, inciso a, de la Ley 30225; y, además, el hermano

en cuestión tampoco ha sido reelegido como congresista en las Elecciones Congresales Extraordinarias del 26 de enero de 2020 para completar el periodo 2016- 2021. Por ello, la demanda debe declararse **IMPROCEDENTE**, en aplicación del artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

S.
LEDESMA NARVÁEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el mayor respeto por la ponencia de la mayoría, emito el presente voto singular por las siguientes razones:

Delimitación del Petitorio

1. Con fecha 19 de abril de 2013, don Domingo García Belaúnde interpone demanda de amparo contra el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) a fin de que se le permita ser considerado proveedor de servicios para el Estado.

2. Aduce que, pese a habérsele inscrito en el Registro Nacional de Proveedores, con una vigencia desde el 18 de setiembre de 2012 hasta el 18 de setiembre de 2013, se vio forzado a renunciar a su condición de proveedor de servicios para el Estado, pues se le hizo saber, de modo extraoficial, que había incurrido en una incompatibilidad prevista en la normativa sobre contrataciones del Estado, ya que tiene un hermano congresista, por lo que debía renunciar, caso contrario será denunciado penalmente.

3. Sostiene que, si bien es cierto resulta razonable que la ley fije impedimentos para contratar con el Estado a los congresistas, el artículo 10, inciso "f", del Decreto Legislativo 1017, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, extiende dichas prohibiciones al cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, desconociendo que los congresistas, fuera del ámbito del Congreso de la República, no tienen capacidad para favorecer a sus parientes, pues no realizan obra pública, no tienen iniciativa de gasto y, en todo caso, forman parte de un órgano colegiado, el Congreso de la República, cuyas decisiones se adoptan colectivamente.

4. Alega que dicha prohibición vulnera sus derechos a la libre contratación y a la presunción de inocencia. Por lo tanto, solicita que se le permita inscribirse nuevamente en el Registro Nacional de Proveedores y se inaplique el artículo 10, inciso "f, del Decreto Legislativo 1017, así como el pago de costas y costos procesales.

Contestación de la demanda

5. El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) contestó la demanda y negó que exista amenaza alguna contra el actor, pues como lo refiere él mismo, las presuntas amenazas le fueron comunicadas por personas ajenas al OSCE. Asimismo, señaló que el artículo 10, inciso "f", del Decreto Legislativo 1017 no afecta los derechos fundamentales del demandante, pues el artículo 2, inciso 14 de la Constitución, fija límites a la libertad de contratación, al establecer que se puede contratar con fines

lícitos, siempre que no contravengan leyes de orden público, mientras que el artículo 76 de la Constitución establece la obligación de realizar un procedimiento previo para contratar con el Estado. Asimismo, señala que la disposición cuestionada es una regla de transparencia en el gasto del Estado y no constituye una norma arbitraria

Sentencia de primera instancia o grado

6. El Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de fecha 29 de setiembre de 2014, declaró fundada la demanda, porque, conforme a una interpretación finalista, lo que busca el artículo 10, inciso "f", del Decreto Legislativo 1017, es evitar que la condición de congresista pueda ser aprovechada para contratar los servicios de un familiar de este. A su juicio, tal influencia se puede dar en el ámbito del órgano donde labora el hermano del actor, esto es, el Congreso de la República. Sin embargo, en el presente caso, ello no ocurre, pues el hermano congresista no tiene injerencia en otras entidades públicas, al ser un congresista de oposición al gobierno de turno; y, por otro lado, el actor reúne las calificaciones del caso para ser proveedor del Estado, pues es un conocido especialista en Derecho Constitucional y docente con amplia experiencia. Por consiguiente, interpretando la norma cuestionada según su finalidad, concluye que el actor sí puede ser proveedor del Estado, excepto del Congreso y ordena al OSCE que permita la inscripción del demandante en el Registro Nacional de Proveedores.

Resolución de segunda instancia o grado

7. La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima revocó la apelada y, reformándola, declaró improcedente la demanda, pues, a su juicio, se ha producido la sustracción de la materia controvertida, dado que el Decreto Legislativo 1017 fue derogado por la Ley 30225.

Delimitación del asunto litigioso

8. En líneas generales, el demandante solicita lo siguiente: a) que se le permita reinscribirse en el Registro Nacional de Proveedores del Estado; y b) que se inaplique, en su caso, el artículo 10, inciso "f" del Decreto Legislativo 1017, que impide ser participante, postor y contratista con el Estado al cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de los altos funcionarios estatales citados en el artículo 10.a de la citada norma. En consecuencia, corresponde determinar si dicha norma, previo análisis de su vigencia, vulnera los derechos fundamentales del actor a la libre contratación y a la presunción de inocencia.

Consideraciones procesales

9. En el presente caso, cabe mencionar que, mediante Decreto Supremo 165-2019-PCM, publicado en el diario oficial *El Peruano,* el 30 de setiembre de 2019, se disolvió el Congreso de la República (artículo 1), revocándose el mandato parlamentario a todos los congresistas que no integraron la Comisión Permanente (artículo 2). Aunado a

ello, en la actualidad, los congresistas que conforman el Congreso de la República han sido elegidos en las elecciones celebradas el 26 de enero de 2020, entre los cuales no se encuentra el hermano del demandante, Víctor Andrés García Belaúnde.

10. En atención a ello, en las actuales circunstancias, es evidente que en la presente causa ha operado la sustracción de la materia, dado que el recurrente ya no tiene impedimentos para reincorporarse al Registro Nacional de Proveedores, y consecuentemente contratar con el Estado, toda vez que su hermano ya no es congresista. En ese sentido, se ha producido la sustracción de la materia.

11. De igual manera, el decreto legislativo 1017 ha sido derogado por la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, vigente desde el 9 de enero de 2016, por lo cual tampoco existe documento normativo por el cual pronunciarse. Aquí, nuevamente, se ha producido la sustracción de la materia.

En consecuencia, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

S.
MIRANDA CANALES

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Con el debido respeto, me aparto de lo resuelto por la mayoría de mis colegas, que han declarado fundada la demanda. Por mi parte, considero que la demanda debe ser declarada improcedente, tal como pasaré a explicar seguidamente:

1. Me parece evidente que en el presente caso ha operado la sustracción de la materia. En efecto, como aparece en autos, la inscripción del amparista en el Registro Nacional de Proveedores se encuentra vencida y, además de ello, su hermano ya no es congresista. Con base en ambas consideraciones, es evidente que el recurrente actualmente no se beneficia de la posición iusfundamental alegada y que es imposible que exista una posible vulneración iusfundamental.

2. Además de lo anterior, en el presente caso no se encuentra acreditada debidamente la amenaza que se invoca, que se sustenta básicamente en comentarios extraoficiales que habría recibido y que no se encuentran corroborados del algún modo en autos.

3. En este orden de ideas, considero que el Tribunal Constitucional está impedido de emitir un pronunciamiento de fondo. El caso analizado versa sobre una norma autoaplicativa, como el Decreto Legislativo 1017, que por una parte no constituye una amenaza cierta e inminente para el demandante, y que por otra no resulta aplicable al caso concreto debido a la sustracción que ha operado. En este orden de ideas, la demanda solo puede ser declarada improcedente con base en los artículos 1 y 5, inciso 1 del Código Procesal Constitucional.

4. Sin perjuicio de lo anterior, es cierto que podría plantearse alguna discusión constitucional en torno a los límites que la regulación prevista en el Decreto Legislativo 1017 establece en torno a los impedimentos para contratar; sin embargo, tomando en cuenta las particularidades de nuestro modelo de control constitucional, calificado por algunos como "dual" o "paralelo", y atendiendo a que no existe posibilidad de que el Decreto Legislativo 1017 sea aplicado al caso concreto, una pretensión así solo podría tramitarse, por lo pronto, mediante la vía del proceso de inconstitucionalidad.

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

B. PROCESOS DE TUTELA DE DERECHOS

B.2. PROCESOS DE HÁBEAS CORPUS

Pleno. Sentencia 502/2020

EXP. N.° 04374-2015-PHC/TC
TUMBES
HARRY DANILO DIOSES ÁVILA

Con fecha 21 de julio de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Sardón de Taboada, por mayoría, ha emitido la siguiente sentencia, que declara **IMPROCEDENTE** y **FUNDADA en parte** la demanda de *habeas corpus*.

Asimismo, los magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada formularon fundamentos de voto. El magistrado Espinosa-Saldaña Barrera presentó su voto en fecha posterior. Los magistrados Ledesma Narváez y Ferrero Costa formularon votos singulares.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que los votos mencionados se adjuntan a la sentencia y que los señores magistrados proceden a firmar digitalmente la presente en señal de conformidad.

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de julio de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Sardón de Taboada, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada, y los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez y Ferrero Costa, que se agregan. Se deja constancia de que el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votará en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jorge Enrique Villarreal Pinillos contra la resolución de fojas 149, de fecha 15 de junio de 2015, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, que declaró improcedente la demanda de *habeas corpus* de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 27 de marzo de 2015, don Jorge Enrique Villarreal Pinillos interpone demanda de *habeas corpus* a favor de don Harry Danilo Dioses Ávila y la dirige contra los jueces superiores integrantes de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, señores Torre Muñoz, Marchán Apolo y Cerrón Rengifo. Solicita que se declare nula la Resolución 16, de fecha 25 de julio de 2012 (Expediente 00113-2011-27-2601-JR-PE-01).

Puntualiza el demandante que mediante la resolución en cuestión se revocó el extremo de la sentencia contenida en la Resolución 12, de fecha 9 de abril de 2012, mediante la cual se absolvió al favorecido de la acusación fiscal formulada en su contra por la comisión del delito de robo agravado, y, reformándola, lo condenó a doce años de pena privativa de la libertad. A su entender, con el citado pronunciamiento judicial se ha vulnerado el derecho a la pluralidad de instancias del beneficiario, pues a pesar de que interpuso oportunamente recurso de casación contra la resolución en cuestión, que condenó al favorecido a pesar de que en primera instancia había sido absuelto, se le denegó el derecho constitucional que le asiste al beneficiario de que un órgano superior revise en segunda instancia dicha condena, toda vez que dicho recurso excepcional fue rechazado. Asimismo, considera que con el citado pronunciamiento judicial se ha vulnerado su derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, toda vez que, al momento de resolver, no se valoró convenientemente la documentación probatoria recabada durante el trámite del proceso. En ese sentido, manifiesta lo siguiente: 1) no se consideró que el favorecido negó en todo momento ser el dueño del arma de fuego incautada; 2) no se consideró que el agraviado en el proceso

penal no sindicó en ningún momento al beneficiario como uno de los autores del delito materia de investigación; y 3) únicamente existen declaraciones testimoniales que lo incriminan como autor del delito que se le atribuye, lo cual resulta insuficiente para sustentar una condena como la impuesta, es por ello que fue absuelto en primera instancia; y 4) no existe una pericia dactilar que acredite de manera fehaciente que el favorecido tuvo en su poder el arma de fuego utilizada para concretar el acto delictivo materia de investigación. Por lo cual, solicita la nulidad de la resolución judicial en cuestión.

El procurador público adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, al contestar la demanda, solicita que sea desestimada en tanto que se pretende la nulidad de un pronunciamiento judicial con base en argumentos infraconstitucionales referidos a la valoración de las pruebas, lo cual excede el objeto de los procesos constitucionales por invocar alegatos de mera legalidad que compete analizar a la judicatura ordinaria; y, además, porque la resolución cuya nulidad se solicita no es firme (folio 88).

El Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria de Tumbes, mediante Resolución 4, de fecha 15 de mayo de 2015, declaró improcedente la demanda por considerar que no se vulneraron los derechos constitucionales que alega el demandante. En esa línea, se sostiene que los cuestionamientos que realiza el accionante tienen connotación penal, vinculados con un reexamen de las pruebas valoradas para sustentar la condena impuesta contra el beneficiario, lo cual excede el objeto de los procesos constitucionales por tratarse de argumentos de carácter legal que le corresponde ser dilucidados por la judicatura ordinaria (folio 94).

A su turno, la recurrida, mediante Resolución 8, de fecha 15 de junio de 2015, confirmó la apelada por similares fundamentos.

En el recurso de agravio constitucional se reiteran los fundamentos de la demanda.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1. El objeto de la demanda es que se declare nula la Resolución 16, de fecha 25 de julio de 2012, que revocó el extremo de la sentencia contenida en la Resolución 12, de fecha 9 de abril de 2012, mediante la cual se absolvió a don Harry Danilo Dioses Ávila de la acusación fiscal formulada en su contra por la comisión del delito de robo agravado; y, reformándola, lo condenó a doce años de pena privativa de la libertad (Expediente 00113-2011-27-2601-JR-PE-01).
2. Se alega la vulneración del derecho a la pluralidad de instancias y a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

Análisis del caso

3. La Constitución Política del Perú establece en el artículo 200, inciso 1, que mediante el *habeas corpus* se protege tanto la libertad individual como los derechos conexos a ella;

no obstante, no cualquier reclamo que alegue afectación del derecho a la libertad individual o los derechos conexos a ella puede reputarse efectivamente como tal y merecer tutela, pues para ello es necesario analizar previamente si tales actos denunciados vulneran el contenido constitucionalmente protegido del derecho tutelado por el *habeas corpus*.

4. En el caso de autos, en un extremo, se cuestiona que los magistrados demandados no valoraron convenientemente la documentación probatoria recabada durante el trámite del proceso. En ese sentido, manifiesta que no se tomó en consideración que el favorecido negó en todo momento ser el dueño del arma de fuego incautada. Asimismo, se alega que no se consideró que el agraviado en el proceso penal no sindicó en ningún momento al beneficiario como uno de los autores del delito materia de investigación. De igual forma, afirma que únicamente existen declaraciones testimoniales que incriminan al favorecido como autor del delito que se le atribuye, lo cual resulta insuficiente para sustentar la condena impuesta en su contra, razón por la cual fue absuelto en primera instancia; además, señala que no existe una pericia dactilar que acredite de manera fehaciente que don Harry Danilo Dioses Ávila tuvo en su poder el arma de fuego utilizada para concretar el acto delictivo materia de investigación.

5. Al respecto, el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que no es instancia en la que pueda dictarse pronunciamiento tendiente a calificar los hechos, valorar pruebas penales y determinar su suficiencia, ya que dichos asuntos no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal, toda vez que son aspectos propios de la jurisdicción ordinaria, los que no le competen a la judicatura constitucional.

6. En consecuencia, respecto de lo señalado en el considerando 4 y 5 *supra* es de aplicación el artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

Pluralidad de instancias

7. El derecho a la pluralidad de instancias forma parte del debido proceso judicial y goza de reconocimiento a nivel internacional en la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual, en su artículo 8, inciso 2, párrafo "h", ha previsto que toda persona tiene el "[...] Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior [...]".

8. En esa misma dirección, el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley".

9. Con relación al contenido del derecho a la pluralidad de instancia, este Tribunal tiene establecido que se trata de un derecho fundamental que "tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios

impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal" (Expedientes 3261-2005-PA/TC, 5108-2008-PA/TC, 5415-2008-PA/TC, 0607-2009-PA/TC). En esa medida, el derecho a la pluralidad de la instancia guarda también conexión estrecha con el derecho fundamental a la defensa, reconocido en el artículo 139, inciso 14, de la Constitución.

10. El Tribunal Constitucional tiene expuesto, en uniforme y reiterada jurisprudencia, que el derecho de acceso a los recursos o a recurrir las resoluciones judiciales es una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, reconocido en el artículo 139, inciso 6, de la Constitución, el cual, a su vez, forma parte del derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Norma Fundamental (Expedientes 1243-2008-PHC/TC, 5019-2009-PHC/TC y 2596-2010-PA/TC).

11. En el caso de autos, se cuestiona que mediante Resolución 16, de fecha 25 de julio de 2012, se haya revocado el extremo de la sentencia contenida en la Resolución 12, de fecha 9 de abril de 2012, que absolvió al favorecido de la acusación fiscal formulada en su contra por la comisión del delito de robo agravado; y, reformándola, haya sido condenado a doce años de pena privativa de la libertad. Dicho pronunciamiento judicial, a criterio del demandante, vulnera el derecho a la pluralidad de instancias del beneficiario, pues, a pesar de que se interpuso recurso de casación contra la resolución en cuestión, se le denegó el derecho constitucional que le asiste de que un órgano superior revise en segunda instancia dicha condena, toda vez que dicho recurso excepcional fue rechazado.

12. Al respecto, se advierte que la Sala demandada, para sustentar su decisión expresada en los términos precedentemente expuestos, se remitió únicamente a lo dispuesto en el artículo 425, inciso 3, literal "b", del Nuevo Código Procesal Penal, el cual textualmente señala: "[…] Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria […]", y no consideró que nuestra Carta Magna, al igual que instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, consagra el derecho constitucional a la pluralidad de instancias.

13. A partir de ello, este Tribunal considera que el que se permita condenar a la persona absuelta, conforme a lo dispuesto en el artículo 425, inciso 3, literal "b", del Nuevo Código Procesal Penal, vulnera el derecho a la pluralidad de instancia en tanto no se permite que la sentencia condenatoria pueda ser objeto de revisión por una segunda instancia en la que se analicen los hechos, las pruebas y las cuestiones jurídicas.

14. De otro lado, si bien nuestro marco legal contempla el derecho del favorecido a interponer el recurso excepcional de casación –en el caso de autos se interpuso y se declaró improcedente–, conforme a los dispuesto en el artículo 429, incisos 1 y 2 del Nuevo Código Procesal Penal, alegando la inobservancia de las garantía constitucionales de carácter procesal o material y por inobservancia de normas de carácter procesal sancionadas con nulidad; o por la causal excepcional establecida en el artículo 427, inciso

4, del antes mencionado código procesal. Debe tenerse presente, al ser el recurso de casación uno de carácter extraordinario, no permite que la Corte Suprema actúe como órgano superior con la facultad de realizar una revisión integral de esta primera sentencia condenatoria impuesta a don Harry Danilo Dioses Ávila, en los mismos términos en que actuó la Sala penal emplazada, al conocer de la apelación contra la sentencia absolutoria expedida por el Juzgado Penal Colegiado de Tumbes.

15. En consecuencia, con la finalidad de garantizar el derecho a pluralidad de instancia en los términos precedentemente expuestos, y en tanto nuestro sistema procesal no contemple el derecho de recurrir la condena del absuelto ante un órgano jurisdiccional que esté facultado a revisar de manera integral la recurrida, se tiene que, en el caso de que se considere que la sentencia absolutoria carece de fundamentos que sustenten una decisión en ese sentido, se deberá declarar la nulidad de esta última a fin de que se realice un nuevo juicio en el que se debata nuevamente la responsabilidad penal del procesado, para que, en el supuesto de que se le encuentre responsable de los cargos que se le atribuyen, este tenga el derecho de impugnar dicho fallo condenatorio.

16. Por todo ello, este Tribunal declara que en el presente caso se violó el derecho a la pluralidad de instancia, reconocido en el artículo 139, inciso 6, de la Constitución. Por lo tanto, la demanda debe ser estimada en este extremo.

Efectos de la sentencia

17. Por lo expuesto, este Tribunal declara la nulidad de la Resolución 16, de fecha 25 de julio de 2012, que revocó el extremo de la sentencia contenida en la Resolución 12, de fecha 9 de abril de 2012, mediante la cual se absolvió al favorecido de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito de robo agravado; y, reformándola, lo condenó a doce años de pena privativa de la libertad y dispuso que se realice un nuevo juicio oral al beneficiario.

18. Este Colegiado ha determinado que la vulneración del derecho a la pluralidad de instancia está referida a la imposibilidad de interponer un recurso ordinario de revisión que permita que la sentencia condenatoria sea revisada por una segunda instancia, por lo cual considera que se debe exhortar al Congreso de la República para que establezca una modificación al artículo 425, inciso 3. b del nuevo Código Procesal Penal que posibilite la revisión, a través de un recurso ordinario, de la condena de la persona absuelta.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda respecto a lo señalado en los fundamentos 4 y 5 *supra*.

2. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda al haberse acreditado la vulneración del derecho a la pluralidad de instancia; en consecuencia, **NULA** la Resolución 16, de fecha 25 de julio de 2012, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes (Expediente 00113-2011-27-2601-JR-PE-01), debiéndose realizar un nuevo juicio oral contra don Harry Danilo Dioses Ávila, de conformidad con las consideraciones expresadas en los fundamentos 11 al 15 *supra*.
3. Exhortar al Congreso de la República para que establezca una modificación en la legislación que permita un recurso de revisión ordinario de aquellas sentencias que condenen a la persona absuelta.

Publíquese y notifíquese.

SS.
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA

PONENTE MIRANDA CANALES

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con la parte resolutiva de la presente sentencia, discrepo y me aparto de lo afirmado en el fundamento 5, en cuanto consigna literalmente lo siguiente:

"Al respecto, el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que no es instancia en la que pueda dictarse pronunciamiento tendiente a calificar los hechos, valorar pruebas penales y determinar su suficiencia, ya que dichos asuntos no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal, toda vez que son aspectos propios de la jurisdicción ordinaria, los que no le competen a la judicatura constitucional".

La razón de mi discrepancia se basa en las siguientes consideraciones:

1. No obstante que, en principio, la calificación de los hechos, la valoración de los medios probatorios y su suficiencia le competen a la judicatura ordinaria, la revisión de lo resuelto por los órganos que integran tal jurisdicción no es un asunto ajeno a la Justicia Constitucional, como se desprende en aquel fundamento. En tal sentido, no le compete en forma exclusiva y excluyente a la justicia ordinaria.

2. En efecto, y a contramano de lo que se señala en el fundamento citado, hay casos excepcionales en que la Justicia Constitucional puede ingresar, por ejemplo, a la apreciación de los hechos, entre otros. Ello se da cuando se ha producido la violación de algún derecho fundamental o se ha afectado la Constitución de alguna forma, lo cual incluye a sus principios, valores e institutos, entre otros aspectos inherentes a la misma.

3. Asimismo, puede ingresar a revalorar los medios probatorios en todos aquellos supuestos en los que se detecte un proceder manifiestamente irrazonable o inconstitucional, lo que a criterio del suscrito se presenta, entre otros casos, cuando se valoran irrazonablemente los hechos o, por ejemplo, se da una actuación arbitraria de la prueba, sea al momento de seleccionar los medios probatorios, prescindir antojadizamente de los mismos u otorgar una valoración absolutamente incompatible con lo que de aquellos se desprende.

4. Nuestra jurisprudencia, por lo demás, ha abordado este tipo de supuestos en diversas oportunidades (como por ejemplo, lo hizo en los expedientes 0613-2003-AA/TC; 0917-2007-PA/TC, entre otros), por lo que mal haría nuestro Colegiado en abandonar dicha orientación de suyo garantista y tutelar.

5. Más aún, esa habilitación es propia y consustancial al Tribunal Constitucional, si se tiene en cuenta que a él le corresponde garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y la primacía normativa de la Constitución, como instancia final en la jurisdicción nacional.

S.
BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

En el Expediente 04374-2015-PHC/TC, considero necesario hacer la siguiente precisión:

> En el proceso penal subyacente, el demandante cuestionó la decisión condenatoria emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, vía el recurso de casación, pues es el único recurso previsto para llegar a la instancia suprema. Sin embargo, aquel fue declarado inadmisible al no cumplir los requisitos legales que lo regulan.

El Código Procesal Penal, en su artículo 429, regula las causales para la interposición del recurso de casación:

> **Artículo 429 Causales.-** Son causales para interponer recurso de casación:
>
> **1.** Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías.
>
> **2.** Si la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad.
>
> **3.** Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.
>
> **4.** Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.
>
> **5.** Si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.

Entonces, solo si el recurso de casación se funda en las causales citadas, es posible acceder a la instancia suprema. Se trata, pues, de un recurso extraordinario que no permite el ofrecimiento de nuevas pruebas o la valoración de los hechos del caso, lo que impide la revisión integral de la decisión recurrida.

Por ello, en este caso, no es razonable exigir su interposición, ni tampoco que, ante su denegatoria, deba interponerse el recurso de queja.

S.
SARDÓN DE TABOADA

VOTO DEL MAGISTRADO
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de la ponencia, en razón a lo allí expuesto. En consecuencia, me encuentro de acuerdo con que la demanda sea declarada **IMPROCEDENTE** de acuerdo con lo señalado en los fundamentos 4 y 5 de la ponencia, **FUNDADA EN PARTE** en el extremo referido a la vulneración del derecho al debido proceso, en su manifestación del derecho a la pluralidad de instancias o grados, así como con la exhortación planteada.

Sin embargo, cabe aclarar que en la presente sentencia solo ha quedado acreditada la vulneración del derecho al debido proceso, en su manifestación del derecho a la pluralidad de instancias o grados. Por tanto, lo aquí decidido no se traduce necesariamente en la liberación del condenado en la presente controversia.

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la decisión de mis colegas magistrados, en el presente caso disiento de la posición de emitir sentencia estimatoria, pues considero que debe declararse **IMPROCEDENTE** la demanda. Mis fundamentos son los siguientes:

Con fecha 27 de marzo de 2015, don Jorge Enrique Villarreal Pinillos interpone demanda de *habeas corpus* a favor de don Harry Danilo Dioses Ávila y la dirige contra los jueces superiores integrantes de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, señores Torre Muñoz, Marchán Apolo y Cerrón Rengifo. Solicita que se declare nula la Resolución 16, de fecha 25 de julio de 2012 (Expediente 00113-2011-27-2601-JR-PE-01). Alega la vulneración del derecho a la pluralidad de instancias y a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

Aduce que, mediante la resolución en cuestión se revocó el extremo de la sentencia contenida en la Resolución 12, de fecha 9 de abril de 2012, mediante la cual se absolvió al favorecido de la acusación fiscal formulada en su contra por la comisión del delito de robo agravado, y, reformándola, lo condenó a doce años de pena privativa de la libertad. A su entender, con el citado pronunciamiento judicial se ha vulnerado el derecho a la pluralidad de instancias del beneficiario, pues a pesar de que interpuso oportunamente recurso de casación contra la resolución en cuestión, que condenó al favorecido a pesar de que en primera instancia había sido absuelto, se le denegó el derecho constitucional que le asiste al beneficiario de que un órgano superior revise en segunda instancia dicha condena, toda vez que dicho recurso excepcional fue rechazado.

Asimismo, considera que con el citado pronunciamiento judicial se ha vulnerado su derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, toda vez que, al momento de resolver, no se valoró convenientemente la documentación probatoria recabada durante el trámite del proceso. En ese sentido, manifiesta lo siguiente: 1) no se consideró que el favorecido negó en todo momento ser el dueño del arma de fuego incautada; 2) no se consideró que el agraviado en el proceso penal no sindicó en ningún momento al beneficiario como uno de los autores del delito materia de investigación; y 3) únicamente existen declaraciones testimoniales que lo incriminan como autor del delito que se le atribuye, lo cual resulta insuficiente para sustentar una condena como la impuesta, es por ello que fue absuelto en primera instancia; y 4) no existe una pericia dactilar que acredite de manera fehaciente que el favorecido tuvo en su poder el arma de fuego utilizada para concretar el acto delictivo materia de investigación. Por lo cual, solicita la nulidad de la resolución judicial en cuestión.

Al respecto, corresponde señalar que, conforme al artículo 4 del Código Procesal Constitucional, constituye un requisito de procedibilidad del hábeas corpus contra resoluciones judiciales la firmeza de la resolución cuestionada. Ello implica que antes de interponer una demanda constitucional es preciso que se agoten los recursos legalmente previstos contra la resolución cuestionada al interior del proceso (cfr. STC Exp. 04107-2004-HC/TC, caso Lionel Ricchi de la Cruz Villar).

De autos se advierte la sentencia de vista, Resolución 16 (fojas 2), de fecha 25 de julio de 2012, expedida por la sala penal emplazada, que, revocando la apelada en el extremo que absuelve al favorecido, la reformó y lo condenó como autor del delito de robo agravado a doce años de pena privativa de libertad efectiva, la cual será cumplida una vez que sea aprehendido, puesto a disposición del juzgado e ingresado al Establecimiento Penitenciario Puerto Pizarro.

No obstante, contra dicha sentencia, el favorecido interpuso recurso de casación ante la sala demandada, la cual mediante Resolución 19 (foja 36), de fecha 23 de agosto del 2012, resolvió declarar inadmisible el referido recurso impugnatorio, en vista que no cumplió con los requisitos legales exigibles para el recurso de casación.

Ahora bien, luego de denegado el recurso, no se aprecia de autos que la parte demandante haya interpuesto el respectivo recurso de queja regulado en el artículo 437 del Código Procesal Penal, que establece que "También procede recurso de queja de derecho contra la resolución de la Sala Penal Superior que declara inadmisible el recurso de casación".

Siendo ello así, a mi consideración, el demandante no agotó todos los recursos impugnatorios legalmente habilitados en el interior del proceso penal que se cuestiona, debe concluirse que ha dejado consentir la resolución judicial que alega viciada de inconstitucionalidad. Por tanto, en aplicación del artículo 4 del Código Procesal Constitucional, la presente demanda debe declararse **IMPROCEDENTE**.

S.
LEDESMA NARVÁEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
FERRERO COSTA

Con el debido respeto, en la presente causa me adhiero al voto suscrito por la magistrada Ledesma Narváez, esto es, declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, por las razones expuestas en el citado voto.

S.
FERRERO COSTA

EXP. N.° 05436-2014-PHC/TC 2
TACNA
C.C.B.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 26 días del mes de mayo de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión de Pleno del día 5 de setiembre de 2017. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera y el voto singular en parte del magistrado Sardón de Taboada.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don C.C.B. contra la resolución de fojas 99, de fecha 6 de octubre de 2014, expedida por la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Tacna, que declaró infundada la demanda de *habeas corpus* de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 11 de setiembre de 2014, don C.C.B. interpone demanda de *habeas corpus*, refiriendo que en el Establecimiento Penitenciario de Tacna (Pocollay) se han vulnerado sus derechos a la razonabilidad y proporcionalidad respecto de la forma y condiciones en que cumple la pena y a su integridad personal. Afirma que se encuentra recluido desde el 21 de marzo de 2012 y que las enfermedades de gripe y bronquitis que padecía se han tornado en crónicas al no haber sido atendido oportunamente. Alega que dio a conocer sus antecedentes clínicos ante el órgano correspondiente y solicitó la atención médica de un especialista que realice los diagnósticos y el tratamiento; sin embargo, el médico no verificó las condiciones en las que vive. Refiere que, debido a que duerme en el suelo, no puede recuperar su salud. Agrega que la asistenta social ha hecho un informe desfavorable indicando que el actor no asiste a los "seguimientos", pese a no ser cierto, puesto que, cuando él ha concurrido a los seguimientos, no ha sido atendido por la asistenta social, quien lo ha amenazado con efectuarle informes desfavorables.

Realizada la investigación sumaria, el recurrente se ratificó en el contenido de su demanda y señaló que ha presentado pruebas de sus problemas de salud ante la dirección, pero no ha recibido respuesta; y que lleva dos años y medio durmiendo en el suelo.

De otro lado, el director del Establecimiento Penitenciario de Tacna (Pocollay-Varones), don Gregorio Bonifacio Tacuri Galindo, en referencia a que el interno pernocta en el suelo, afirma que en el establecimiento penitenciario existe un hacinamiento que ha dado lugar a que haya sido declarado en emergencia por falta de infraestructura, lo que no permite albergar a los internos en camas individuales; sin embargo, indica que se están gestionando los trámites de remodelación y ampliación del penal y se cumple con el abastecimiento de colchones para los internos.

Agrega que, con fecha 12 de setiembre de 2014, ha sido recibida la solicitud del interno que pide visita médica en un ambiente-dormitorio, pese a tener conocimiento de que las atenciones médicas se realizan en el tópico del establecimiento penitenciario; y precisa que el interno cuenta con evaluaciones desfavorables por no registrar trabajo y estudios, ni asistencia a los seguimientos social, psicológico y legal.

Por otra parte, el médico del referido establecimiento penitenciario, don Luis Alberto Herrera Pimpincos, señala que el interno ha sido evaluado en seis oportunidades en el consultorio médico del penal, que tiene antecedente de haber padecido tuberculosis pulmonar y que los exámenes auxiliares han arrojado resultados negativos; asimismo, afirma que no existe complicación o persistencia de dicho cuadro, por lo que el interno se encuentra en situación estable. Finalmente, la asistenta social del establecimiento penitenciario señala que, en la evaluación de octubre de 2012, el interno obtuvo un resultado desfavorable porque no se apersonó al área social ni cumplió con su tratamiento social; sin embargo, al haberse apersonado entre el 28 de enero y el 2 de setiembre de 2013 ha recibido el resultado favorable y que es falso que haya sido tratado mal o retirado de sus oficinas.

El Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Tacna, con fecha 16 de setiembre de 2014, declaró infundada la demanda por estimar que el demandante ha recibido la atención oportuna en el servicio de salud del penal, conforme se aprecia de su historia clínica, que no se ha verificado la amenaza por parte de la asistenta social que alega el interno y que, conforme al acta del consejo técnico penitenciario, se autorizó la evaluación especializada del interno y se concluyó que no requiere evaluación especializada.

La Sala Penal Superior de la Corte Superior de Justicia de Tacna confirmó la resolución apelada por considerar que la Administración Penitenciaria no ha incumplido con la obligación de brindar la atención médica que requiere el demandante. Agrega que no existe acervo probatorio que demuestre los supuestos maltratos de parte del personal del servicio de asistencia social.

A través del escrito del recurso de agravio constitucional, de fecha 27 de octubre de 2014, el demandante alega que no se han verificado las condiciones en las que vive, pues a los demás internos se les ha otorgado una cama y viven en mejores condiciones.

Posteriormente, mediante decretos de fechas 3 de febrero de 2019, este Tribunal solicitó información en materia sanitaria, relativa a las personas recluidas en establecimientos penitenciarios, al Instituto Nacional Penitenciario (en adelante INPE) y al Ministerio de

Salud, lo que no fue atendido oportunamente. Posteriormente, con fecha 18 de octubre de 2019, este Tribunal solicitó información adicional al INPE, la que fue enviada mediante Oficio 1187-2019-INPE/01, de fecha 26 de diciembre de 2019.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. En el presente caso, los objetivos de la demanda son los siguientes: i) que se disponga que al interior del Establecimiento Penitenciario de Tacna (Pocollay Varones) se brinde el tratamiento médico que corresponda a las dolencias médicas que presenta don C.C.B.; ii) que se dejen sin efecto los informes desfavorables emitidos por la asistenta social de citado establecimiento penitenciario por resultar arbitrarios; y iii) que se disponga que el interno deje de dormir en el suelo del establecimiento penitenciario durante la ejecución de la sentencia por la que fue condenado a prisión.

2. Al respecto, el demandante sostiene que tales pedidos se encuentran amparados por el derecho a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto de la forma y condiciones en que cumple la pena y por el derecho a la integridad personal.

3. Con relación a lo pedido por el demandante, este Tribunal advierte que el director del Establecimiento Penitenciario de Tacna (Pocollay Varones) explicitó, durante el presente proceso de *habeas corpus*, que en dicho establecimiento penitenciario existe un *hacinamiento* que ha conllevado a que sea declarado en emergencia por falta de infraestructura, lo que impedía que los internos cuenten con camas individuales.

4. Siendo ello así, este Tribunal estima necesario y pertinente, como paso previo a la resolución del caso concreto, desarrollar algunas consideraciones en torno a los retos que plantea, para nuestro Estado social y democrático de derecho (artículos 3 y 43 de la Constitución), la problemática del hacinamiento en los establecimientos penitenciarios de nuestro país, en el marco de las exigencias dimanantes de los principios, reglas y valores constitucionales, lo que incluye evidentemente el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado peruano en materia de derechos humanos.

El *habeas corpus* en defensa de los derechos fundamentales presuntamente amenazados o vulnerados como consecuencia directa de una situación de privación o restricción del derecho a la libertad personal

5. La libertad personal es un derecho fundamental que no solo ha sido reconocido en el inciso 24 del artículo 2 de la Constitución, sino también a nivel de los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado peruano, como es el caso del artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (sistema universal de derechos humanos) y del artículo 7.2 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos (sistema interamericano de derechos humanos).

6. Como derecho fundamental, la libertad personal no solamente tiene una dimensión subjetiva, sino que, en atención a su dimensión objetiva, constituye también uno de los valores fundamentales de nuestro Estado constitucional; en la medida en que, por un lado, dota de fundamento a diversos derechos constitucionales y, por otro, justifica la propia organización constitucional (cfr. Sentencia 02663-2003-HC/TC, fundamento 3).

7. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia que, al igual que los demás derechos fundamentales, la libertad personal no es un derecho absoluto. Efectivamente, ningún derecho fundamental puede ser considerado ilimitado en su ejercicio; antes bien, los límites que a estos se puedan establecer son intrínsecos; es decir, que se desprenden de la naturaleza y configuración de este derecho, y extrínsecos, que se derivan del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales (cfr. Sentencia 02663-2003-HC/TC, fundamento 3).

8. Con relación a la tutela jurisdiccional de este derecho, en el inciso 1 del artículo 200 de la Constitución se ha previsto el proceso de *habeas corpus*, a fin de proteger la libertad individual y los derechos conexos a ella. De ahí que este Tribunal haya sostenido que dicho proceso tiene como propósito esencial, aunque no exclusivo, tutelar al individuo ante cualquier privación arbitraria del ejercicio de este derecho y ante la eventual amenaza o vulneración de los derechos fundamentales conexos con dicha libertad.

9. Ahora bien, este Tribunal considera que, a través de un proceso constitucional como el *habeas corpus*, lo que se tutela es la libertad personal en sentido amplio. Ello en razón a que esta no solo se vulnera cuando una persona es privada arbitrariamente de su libertad personal en sentido estricto, o *ius ambulandi*, sino también cuando, pese a encontrarse legalmente justificada esta medida, es ejecutada con una gravedad mayor que la establecida por la ley o por los jueces, vale decir, cuando, a pesar de existir fundamentos legales para la restricción o privación de la libertad, estas son agravadas ilegítimamente en su forma o condición, entre otros supuestos.

10. Con respecto a esto último, en el marco de dicho proceso constitucional, el juez es competente para evaluar también la constitucionalidad de las condiciones en las que se desarrolla la detención y, en general, la privación de la libertad de una persona de conformidad con los principios y valores constitucionales y, especialmente, según el principio-derecho de dignidad humana y los principios de razonabilidad y proporcionalidad, a lo que se ha denominado en variada jurisprudencia de este Tribunal como *habeas corpus correctivo*.

11. En efecto, el inciso 17 del artículo 25 del Código Procesal Constitucional refiere que el *habeas corpus* procede para tutelar "el derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena". De esta manera, el juez, a través de este proceso constitucional, tutela aquellos derechos conexos a la libertad personal y, en general, los derechos fundamentales distintos al *ius ambulandi* que

resulten amenazados o vulnerados por actos u omisiones realizados como consecuencia directa de la restricción o privación de dicha libertad.

12. En lo que respecta a las detenciones previstas por ley y a las privaciones de la libertad personal en el ámbito penitenciario, el juez, en el ejercicio de sus competencias, debe tutelar el principio-derecho de dignidad humana, el derecho a la vida, el derecho a no ser objeto de penas o tratos inhumanos o degradantes, el derecho a la integridad física y psíquica, el derecho a la salud, entre otros; y, en suma, el derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena, entre otros, en los casos que así lo ameriten (cfr. Sentencias 00590-2001-HC/TC, 02663-2003-HC/TC, 01429-2002-HC/TC, entre otras).

13. Ahora bien, más allá de los alcances de este proceso constitucional, le corresponde al Estado, en el caso de las personas con restricción de su libertad personal, o privadas legítima y legalmente de ella, garantizar que, como consecuencia directa de dicho acto o disposición, no se vulneren los derechos fundamentales mencionados *supra* ni los demás derechos que no han sido restringidos de conformidad con la Constitución, como ha indicado este Tribunal, entre otros casos, en la Sentencia 00726-2002-HC/TC, fundamento 16.

14. Ello supone que, dentro de márgenes sujetos a los principios de legitimidad, legalidad, razonabilidad y proporcionalidad, las autoridades competentes en materia penitenciaria, cuando ejerzan sus funciones, adopten las medidas adecuadas, estrictamente necesarias y proporcionales a fin de evitar la existencia de condiciones que menoscaben, obstaculicen o pongan en peligro cierto e inminente el ejercicio de los derechos fundamentales de los detenidos o recluidos, como consecuencia directa de las restricciones o privaciones legítimas y legales a la libertad personal, mencionados previamente y, en general, el ejercicio de todos aquellos derechos que no hayan sido objeto de restricción, de conformidad con el orden jurídico-constitucional.

15. Al respecto, este Tribunal ha resuelto diversos casos en los que se dilucidó sobre la alegada arbitrariedad de la restricción del derecho de visita familiar a los reclusos; sobre la presunta ilegitimidad del traslado de un recluso de un establecimiento penitenciario a otro; sobre la supuesta determinación penitenciaria de cohabitación, en un mismo ambiente de reos en cárcel, de procesados y condenados, entre otros.

16. Además de ello, debe tenerse especialmente presente que este Tribunal Constitucional, en anteriores ocasiones, ha utilizado la técnica de la declaración del estado de cosas inconstitucionales en materia de salud mental de las personas con restricciones o privadas de su libertad. Al respecto, en la Sentencia 03426-2008-PHC/TC, este Tribunal estableció lo siguiente:

> 30. La situación descrita en los fundamentos que preceden permite constatar a este Tribunal Constitucional la violación masiva y/o generalizada de uno o varios derechos fundamentales (derecho a la salud, integridad personal, etc.) que afectan

> a un número significativo de personas que adolecen de enfermedad mental. Pero, además, esta situación de hecho contraria a la Constitución, permite reconocer a este Colegiado la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de las personas que adolecen de enfermedad mental, dentro de las que se encuentran las personas sujetas a medidas de internación. En efecto, se aprecia que existen escasos planes, programas y servicios de salud mental dirigidos a personas que se encuentran sujetas a medidas de seguridad de internación. Los existentes no están debidamente articulados entre los sectores e instituciones del Estado [...].
>
> 31. Sobre esta base este Tribunal Constitucional en cuanto garante último de los derechos fundamentales, considera que para la superación del problema, que es de naturaleza estructural, se hace necesaria la intervención activa y oportuna no sólo de las autoridades emplazadas, sino fundamentalmente, coordinada y/o mancomunada, de los demás sectores o Poderes del Estado (Ministerio de Justicia, Ministerio de Salud, Ministerio de Economía y Finanzas, Congreso de la República, Poder Judicial, etc.). Por tanto, este Tribunal exige el replanteamiento de la actuación de los poderes públicos, a fin de que adopten un conjunto de medidas de carácter administrativo, legislativo, judicial y de otra índole que tengan por objeto superar de manera inmediata y eficaz las situaciones de hecho que dan lugar al quebrantamiento de la Constitución (fundamento 30-31).

17. Sin embargo, varios años después, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 04007-2015-PHC/TC, indicó lo siguiente: "Han pasado 8 años de tal sentencia [en alusión a la Sentencia 03426-2008-HC/TC] y aún no se aprecia ni la existencia, ni la efectividad, de una política pública que restablezca la capacidad institucional de las respectivas instituciones, tal como fue dispuesto por este Tribunal" (fundamento 80).

18. Asimismo, en aquella oportunidad, este Colegiado indicó que pese a la declaratoria de emergencia del INPE y a las medidas dictadas para su reestructuración y la del Sistema Nacional Penitenciario por un plazo de dos años, establecidos en el Decreto Legislativo 1325, publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 6 de enero de 2017, el propio INPE, luego de vencido dicho plazo, a través del Oficio 091-2019-INPE/12-04, de fecha 18 de febrero de 2019, elaborado por su Dirección de Tratamiento Penitenciario y la Subdirección de Salud Penitenciaria, informó lo siguiente:

    i) [...] no contaba con un protocolo establecido para la detección y tratamiento de un interno que sufre de alguna enfermedad mental;

    ii) que no existían estudios epidemiológicos sobre la prevalencia de diferentes enfermedades y trastornos mentales en la población penitenciaria nacional;

    iii) que existe un médico psiquiatra a nivel nacional; y,

    iv) que existen graves deficiencias en infraestructura, etc. [Sentencia 4007-2015-PHC/TC, fundamento 80].

19. Lo anterior explica que, como muestra de la falta de efectividad de las medidas establecidas para reestructurar el Sistema Nacional Penitenciario y el INPE, se haya prorrogado por única vez la declaratoria de emergencia dispuesta en el aludido Decreto Legislativo 1325, a través del Decreto Supremo 013-2018-JUS, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 30 de diciembre de 2018, prórroga vigente a partir del 7 de enero de 2019 hasta el 7 de enero de 2021.

20. Siendo ello así, el Tribunal Constitucional concluyó, en el fundamento 80 de la Sentencia 04007-2015-PHC/TC, lo siguiente:

> Todo ello, demuestra que en 2 años de haberse dictado la declaratoria de emergencia no se han establecido medidas mínimas y básicas sobre el diagnóstico y tratamiento de la salud mental de tales internos.
>
> Todas estas razones justifican ineludiblemente el control de dicha actividad estatal por parte del Tribunal Constitucional, así como la adopción de medidas que conlleven a restablecer la capacidad institucional de las respectivas instituciones.

21. Tales medidas, a las que hizo referencia este Tribunal Constitucional en dicha sentencia, fueron dispuestas en el marco de la declaratoria de un estado de cosas inconstitucional respecto de "la falta de diagnóstico y tratamiento de la salud mental de las personas que se encuentran internadas en los establecimientos penitenciarios del país y que, a pesar de tener problemas de salud mental, no reciben un tratamiento médico especializado" (fundamento 81).

22. Por lo expuesto, esta ocasión no sería la primera vez en la cual este Tribunal Constitucional, en el marco de un proceso constitucional de protección de derechos fundamentales, realiza el control de la actividad estatal en el ámbito penitenciario.

23. Así, en la línea de la tutela de los derechos fundamentales y de la afirmación del principio de supremacía constitucional en toda actuación pública o privada, este Tribunal Constitucional estima indispensable desarrollar algunas consideraciones básicas en materia de hacinamiento de los establecimientos penitenciarios en el Perú, por cuanto, como se indicó *supra* con relación a una de las pretensiones del demandante, el director del establecimiento penitenciario donde este se encontraba recluido refirió, durante la tramitación del presente proceso, que existe en dicho establecimiento penitenciario un *hacinamiento* por el que fue declarado en emergencia ante la falta de infraestructura, lo que impedía que los internos cuenten con camas individuales.

Sobre el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios

24. La problemática generada por el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios ha sido objeto de estudio y discusión por diversas disciplinas, no solo jurídicas, lo que incluye distintos enfoques para aproximarse al fenómeno, definirlo y determinarlo numéricamente, según cada realidad.

25. Asimismo, esta problemática ha ameritado la resolución de casos emblemáticos por parte de los máximos tribunales de justicia nacionales, altas cortes internacionales, así como también los pronunciamientos de los organismos que supervisan el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados en materia de derechos humanos a nivel regional y universal.

26. En todo caso, el hacinamiento no es un problema reciente, ni exclusivo de la región ni de nuestro país. Asimismo, no es causado únicamente ni principalmente por la deficiente infraestructura de los pabellones o la falta de establecimientos penitenciarios, sino, en realidad, por diversas políticas sobre aumento de penas y persecución penal.

27. Si a lo anterior se añade la disminución de la efectividad de los mecanismos de garantía y tutela de los derechos humanos (*zero tolerance*), el abandono de las medidas resocializadoras y las alternativas a la privación de la libertad, entonces se generan, en gran medida, las condiciones para que cada vez más se califique jurídicamente como conductas delictivas a comportamientos que anteriormente no lo eran, además del incremento de penas[1]. Como consecuencia de lo anterior, ha estado incrementándose la población reclusa a nivel mundial desde hace décadas, lo que en el caso peruano no ha ido acompañado de un aumento y mejora de la infraestructura penitenciaria, y ello ha traído como consecuencia el hacinamiento carcelario.

28. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) ha indicado lo siguiente:

> […] el hacinamiento es la consecuencia previsible de los siguientes factores fundamentales: (a) la falta de infraestructura adecuada para alojar a la creciente población penitenciaria; (b) la implementación de políticas represivas de control social que plantean la privación de la libertad como respuesta fundamental a las necesidades de seguridad ciudadana (llamadas de "mano dura" o "tolerancia cero"; (c) el uso excesivo de la detención preventiva y de la privación de libertad como sanción penal; y (d) la falta de una respuesta rápida y efectiva por parte de los sistemas judiciales para tramitar, tanto las causas penales, como todas aquellas incidencias propias del proceso de ejecución de la pena (por ejemplo en la tramitación de las peticiones de libertad condicional)[2].

29. Por otro lado, debe considerarse el alcance del problema generado por el hacinamiento. Al respecto, este Tribunal estima oportuno indicar que resulta insuficiente, a la luz de las exigencias dimanantes del principio-derecho de dignidad humana, considerar como hacinamiento únicamente a la sobrepoblación de un establecimiento penitenciario,

---

1 Cfr. LARA AMAT Y LEÓN, Joan. "El conflicto social en la globalización neoliberal y el neoconservadurismo: Entre las nuevas guerras y el populismo punitivo", *Revista Crítica Penal y Poder,* Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona, 2013, n.º 4, p. 141.

2 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Informe sobre derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas", Doc. 64, 31 diciembre 2011, párr. 60.

sobre la base de la relación existente entre la cantidad de personas recluidas *intra muros* en dicho establecimiento y la capacidad oficial o la determinación del número de personas que este puede alojar cuando fue diseñado.

30. Por ello, deberá evaluarse también el cumplimiento de estándares básicos sobre la infraestructura de los establecimientos penitenciarios relacionados directamente con el espacio del que efectivamente debe disponer la persona recluida, que garantice el ejercicio de sus derechos fundamentales no restringidos.

31. En primer lugar, a nivel del sistema de protección universal de los derechos humanos, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) reconoce lo siguiente:

    1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

    2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;

       b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.

    3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

32. Al respecto, en la Observación General N.º 21 del Comité de Derechos Humanos se estableció lo siguiente:

    > 3. El párrafo 1 del artículo 10 impone a los Estados Partes una obligación positiva en favor de las personas especialmente vulnerables por su condición de personas privadas de libertad y complementa la prohibición de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes prevista en el artículo 7 del Pacto. En consecuencia, las personas privadas de libertad no sólo no pueden ser sometidas a un trato incompatible con el artículo 7, [...] sino tampoco a penurias o a restricciones que no sean los que resulten de la privación de la libertad; debe garantizarse el respeto de la dignidad de estas personas en las mismas condiciones aplicables a las personas libres. Las personas privadas de libertad gozan de todos los derechos enunciados en el Pacto, sin perjuicio de las restricciones inevitables en condiciones de reclusión.
    >
    > 4. Tratar a toda persona privada de libertad con humanidad y respeto de su dignidad es una norma fundamental de aplicación universal. Por ello, tal norma, como mínimo, no puede depender de los recursos materiales disponibles en el Estado

> Parte. Esta norma debe aplicarse sin distinción de ningún género, como, por ejemplo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro género, origen nacional o social; patrimonio, nacimiento o cualquier otra condición. [...]
>
> 10. [...] Ningún sistema penitenciario debe estar orientado a solamente el castigo; esencialmente, debe tratar de lograr la reforma y la readaptación social del preso [...][3].

33. Este principio, previsto en el artículo 10 del PIDCP, según el cual toda persona privada de su libertad deberá ser tratada humanamente, ha sido contemplado también en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y en su Protocolo Facultativo.

34. En el caso de la referida Convención, debe tenerse presente lo dispuesto en los artículos 10 y 11, según los cuales:

> Artículo 10
>
> 1. Todo Estado Parte velará por que se incluyan una educación y una información completas sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley, sea este civil o militar, del personal médico, de los funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión.
>
> 2. Todo Estado Parte incluirá esta prohibición en las normas o instrucciones que se publiquen en relación con los deberes y funciones de esas personas.
>
> Artículo 11
>
> Todo Estado Parte mantendrá sistemáticamente en examen las normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como las disposiciones para la custodia y el tratamiento de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión en cualquier territorio que esté bajo su jurisdicción, a fin de evitar todo caso de tortura.

35. Asimismo, debe destacarse que, en el marco de la revisión de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (1957) bajo la consideración de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, como los mencionados previamente, entre otros, se han aprobado las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)[4].

---

3 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N.o 21, 4.o periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at. 176 (1992).

4 Resolución aprobada por la Asamblea General el 17 de diciembre de 2015.

36. Aun cuando este último instrumento no sea vinculante *per se*, nada obsta que los Estados, como el Estado peruano, puedan "adaptar la aplicación de las Reglas en función de sus marcos jurídicos internos, según corresponda, teniendo presentes el espíritu y los propósitos de las Reglas[5]".

37. Tales reglas están basadas en principios fundamentales que son de aplicación general:

> […] a todas las categorías de reclusos, independientemente de que su situación sea el resultado de un proceso criminal o civil, de que se encuentren en espera de juicio o estén cumpliendo condena, e incluso de que se les haya o no sometido a "medidas de seguridad" o medidas correccionales por mandamiento judicial" (Observación Preliminar 3).

38. Ahora bien, entre los principios fundamentales, este Tribunal estima pertinente destacar los siguientes:

> Regla 1
>
> *Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor intrínsecos en cuanto seres humanos*. Ningún recluso será sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, contra los cuales se habrá de proteger a todos los reclusos, y no podrá invocarse ninguna circunstancia como justificación en contrario. Se velará en todo momento por la seguridad de los reclusos, el personal, los proveedores de servicios y los visitantes.
>
> Regla 2
>
> [...]
>
> Con el propósito de aplicar el principio de no discriminación, *las administraciones penitenciarias tendrán en cuenta las necesidades individuales de los reclusos, en particular de las categorías más vulnerables en el contexto penitenciario*. Se deberán adoptar medidas de protección y promoción de los derechos de los reclusos con necesidades especiales, y dichas medidas no se considerarán discriminatorias.
>
> [...]
>
> Regla 4
>
> 1. *Los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia*.
>
> Esos objetivos solo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los ex reclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que puedan vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo.

5 Ibíd.

2. Para lograr ese propósito, *las administraciones penitenciarias y otras autoridades competentes deberán ofrecer educación, formación profesional y trabajo, así como otras formas de asistencia apropiadas y disponibles, incluidas las de carácter recuperativo, moral, espiritual y social y las basadas en la salud y el deporte*. Todos esos programas, actividades y servicios se ofrecerán en atención a las necesidades de tratamiento individuales de los reclusos.

Regla 5

1. *El régimen penitenciario procurará reducir al mínimo las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad que tiendan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a su dignidad como ser humano*.

2. Las administraciones penitenciarias *facilitarán todas las instalaciones y acondicionamientos razonables* para asegurar que los reclusos con discapacidades físicas, mentales o de otra índole participen en condiciones equitativas y de forma plena y efectiva en la vida en prisión [...] [énfasis agregado].

39. Asimismo, dentro de las reglas de aplicación general se encuentran las referidas a la separación por categorías (regla 11), alojamiento (reglas 12-17), higiene personal (regla 18), ropas y cama (regla 19-21), alimentación (regla 22), ejercicio físico y deporte (regla 23), servicios médicos (reglas 24-35), restricciones, disciplina y sanciones (reglas 36-46), instrumentos de coerción física (reglas 47-49), registros de reclusos y celdas (reglas 50-53), contacto con el mundo exterior (reglas 58-63), biblioteca (regla 64), religión (reglas 65-66), traslado de reclusos (regla 73), personal penitenciario (reglas 74-82), etc.

40. Además, dentro de las reglas especiales se encuentran las destinadas a los reclusos penados, como los beneficios (regla 95), trabajo (reglas 96-103), instrucción y recreo (reglas 104-105); reclusos con discapacidades o enfermedades mentales (reglas 109-110), personas detenidas o en espera de juicio (reglas 111-120), personas encarceladas por causas civiles (regla 121), personas detenidas o encarceladas sin imputación de cargos (regla 122).

41. De manera complementaria, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), en el año 2012, adaptó el manual titulado *Agua, saneamiento, higiene y hábitat en las cárceles*, que inicialmente había sido publicado en el año 2005[6]. Se trata de recomendaciones para mejorar las condiciones de las personas detenidas, menores de edad, madres con sus niños o niñas y madres embarazadas, a partir de una mejor comprensión de las relaciones entre agua saneamiento, higiene y hábitat[7].

6 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Agua, saneamiento, higiene y hábitat en las cárceles. Guía Complementaria*. Ginebra, agosto de 2013. Disponible en https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/publications/icrc-002-4083.pdf

7 Íd., p. 8.

42. A nivel interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha establecido lo siguiente en el artículo 5, relativo a la integridad personal:

> 5.1.Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
>
> 5.2.Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. *Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*.
>
> [...]
>
> 5.6. *Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados* [...] [énfasis agregado].

43. Asimismo, la CIDH ha desarrollado los "Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas"[8], que están comprendidos por i) principios generales, ii) principios relativos a las condiciones de privación de libertad y iii) principios relativos a los sistemas de privación de libertad.

44. Con relación a los principios generales, cabe destacar los siguientes:

> Principio I
>
> *Trato humano*
>
> Toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos será tratada humanamente, *con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos*.
>
> En particular, y tomando en cuenta la posición especial de garante de los Estados frente a las personas privadas de libertad, *se les respetará y garantizará su vida e integridad personal, y se asegurarán condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad*.
>
> Se les protegerá contra todo tipo de amenazas y actos de tortura, ejecución, desaparición forzada, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, violencia sexual, castigos corporales, castigos colectivos, intervención forzada o tratamiento coercitivo, métodos que tengan como finalidad anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental de la persona.
>
> No se podrá invocar circunstancias, tales como, estados de guerra, estados de excepción, *situaciones de emergencia*, inestabilidad política interna, u otra emergencia

8 Adoptados por la Comisión durante el 131 periodo ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

nacional o internacional, para evadir el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de trato humano a todas las personas privadas de libertad.

[...]

Principio III

Libertad personal

1. Principio básico

[...]

Por regla general, la privación de libertad de una persona deberá aplicarse durante el tiempo mínimo necesario.

[...].

2. Excepcionalidad de la privación preventiva de la libertad

Se deberá asegurar por la ley que en los procedimientos judiciales o administrativos se garantice la libertad personal como regla general, y se aplique como excepción la privación preventiva de la libertad, conforme se establece en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

[...].

4. Medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad

Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán incorporar, por disposición de la ley, una serie de medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad, en cuya aplicación se deberán tomar en cuenta los estándares internacionales sobre derechos humanos en esta materia.

Al aplicarse las medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad, los Estados Miembros deberán promover la participación de la sociedad y de la familia, a fin de complementar la intervención del Estado, y deberán proveer los recursos necesarios y apropiados para garantizar su disponibilidad y eficacia.

45. Con respecto a los principios relativos a las condiciones de privación de libertad, se han establecido los principios de salud (Principio X), alimentación y agua potable (Principio XI), albergue, condiciones de higiene y vestido (Principio XII), educación y actividades culturales (Principio XIII), trabajo (Principio XIV), contacto con el mundo exterior (Principio XVIII), separación de categorías (Principio XIX), entre otros.

46. Especialmente, corresponde destacar el Principio XVII, sobre medidas contra el hacinamiento, según el cual:

> Principio XVII
>
> Medidas contra el hacinamiento
>
> La autoridad competente definirá la cantidad de plazas disponibles de cada lugar de privación de libertad conforme a los estándares vigentes en materia habitacional. Dicha información, así como la tasa de ocupación real de cada establecimiento o centro deberá ser pública, accesible y regularmente actualizada. La ley establecerá los procedimientos a través de los cuales las personas privadas de libertad, sus abogados, o las organizaciones no gubernamentales podrán impugnar los datos acerca del número de plazas de un establecimiento, o su tasa de ocupación, individual o colectivamente. En los procedimientos de impugnación deberá permitirse el trabajo de expertos independientes.
>
> *La ocupación de establecimiento por encima del número de plazas establecido será prohibida por la ley. Cuando de ello se siga la vulneración de derechos h u m a - nos, esta deberá ser considerada una pena o trato cruel, inhumano o degradante. La ley deberá establecer los mecanismos para remediar de manera inmediata cualquier situación de alojamiento por encima del número de plazas establecido. Los jueces competentes deberán adoptar remedios adecuados en ausencia de una regulación legal efectiva.*
>
> Verificado el alojamiento de personas por encima del número de plazas establecido en un establecimiento, los Estados deberán investigar las razones que motivaron tal situación y deslindar las correspondientes responsabilidades individuales de los funcionarios que autorizaron tales medidas. Además, deberán adoptar medidas para la no repetición de tal situación. En ambos casos, la ley establecerá los procedimientos a través de los cuales las personas privadas de libertad, sus abogados, o las organizaciones no gubernamentales podrán participar en los correspondientes procedimientos [énfasis agregado].

47. Sobre la base de dichos estándares, la CIDH ha sostenido, en su "Informe sobre derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas", lo siguiente:

> El hacinamiento de personas privadas de libertad puede llegar a constituir en sí mismo una forma de trato cruel, inhumano y degradante, violatoria del derecho a la integridad personal y de otros derechos humanos reconocidos internacionalmente. En definitiva, esta situación constituye una grave deficiencia estructural que trastoca por completo el cumplimiento de la finalidad esencial que la Convención Americana le atribuye a las penas privativas de libertad: la reforma y la rehabilitación social de los condenados[9] [énfasis agregado].

9 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Informe sobre derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas", Doc. 64, 31 diciembre 2011, párr. 60.

48. En lo que respecta a la jurisprudencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta ha sostenido de forma reiterada que "los Estados deben abstenerse de crear condiciones incompatibles con la existencia digna de las personas privadas de libertad"[10].

49. Al respecto, en el Caso García Asto y Ramírez Rojas vs Perú, La Corte sostuvo lo siguiente:

> 221. De conformidad con el artículo 5 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal [...]. En otras oportunidades, este Tribunal ha señalado que la detención en condiciones de hacinamiento, el aislamiento en celda reducida, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene, la incomunicación o las restricciones indebidas al régimen de visitas constituyen una violación a la integridad personal. Asimismo, como responsable de los establecimientos de detención, el Estado debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que respeten sus derechos fundamentales y una vida digna.
>
> [...]
>
> 223. Las sanciones penales son una expresión de la potestad punitiva del Estado e implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita [...]. Sin embargo, las lesiones, sufrimientos, daños a la salud o perjuicios sufridos por una persona mientras se encuentra privada de libertad pueden llegar a constituir una forma de trato o pena cruel cuando, debido a las condiciones de encierro, exista un deterioro de la integridad física, psíquica y moral, que está estrictamente prohibido por el inciso 2 del artículo 5 de la Convención. Las situaciones descritas son contrarias a la "finalidad esencial" de las penas privativas de la libertad, como establece el inciso 6 del citado artículo, es decir, "la reforma y la readaptación social de los condenados". Las autoridades judiciales deben tomar en consideración estas circunstancias al momento de aplicar o evaluar las penas establecidas [...][11].

50. Además, en el caso Caso López Álvarez vs. Honduras, La Corte sostuvo lo siguiente:

> 108. Está probado que durante la detención del señor Alfredo López Álvarez en los centros penales de Tela y de Támara había sobrepoblación carcelaria; la presunta víctima se encontraba en situación de hacinamiento permanente; estuvo en una celda reducida, habitada por numerosos reclusos; tuvo que dormir en el suelo

10 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Resolución de 22 de noviembre de 2018. Medidas provisionales respecto de Brasil. Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, párr. 69.

11 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párr. 221 y 223.

durante un largo período; no contó con una alimentación adecuada ni agua potable, ni dispuso de condiciones higiénicas indispensables […].

110. De lo anteriormente expuesto se desprende que la presunta víctima no fue tratada con el debido respeto a su dignidad humana, y que el Estado incumplió los deberes que le corresponden en su condición de garante de los derechos de los detenidos[12].

51. Asimismo, en el Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela, La Corte precisó lo siguiente:

90. La Corte toma nota de que según el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (en adelante "el CPT"), una prisión sobrepoblada se caracteriza por un alojamiento antihigiénico y restringido, con falta de privacidad aun para realizar actividades básicas tales como el uso de las facilidades sanitarias; reducidas actividades fuera de la celda debido al número de internos que sobrepasan los servicios disponibles; servicios de salud sobrecargados; aumento de la tensión en el ambiente y por consiguiente más violencia entre los prisioneros y el personal penitenciario. Este listado es meramente enunciativo. Asimismo, el CPT estableció que 7 m^2 por cada prisionero es un guía aproximada y deseable para una celda de detención. Por otro lado, la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que un espacio de cerca de 2 m^2 para un interno es un nivel de hacinamiento que en sí mismo era cuestionable a la luz del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y no podía considerarse como un estándar aceptable, y que una celda de 7 m^2 para dos internos era un aspecto relevante para determinar una violación de mismo artículo. En el mismo sentido, la Corte Europea consideró que en una celda de 16.65 m^2 en donde habitaban 10 reclusos constituía una extrema falta de espacio.

91. En el presente caso, el espacio de aproximadamente 30 centímetros cuadrados por cada recluso es a todas luces inaceptable y constituye en sí mismo un trato cruel, inhumano y degradante, contrario a la dignidad inherente del ser humano y, por ende, violatorio del artículo 5.2 de la Convención Americana.

92. De igual forma, dormitorios de gran capacidad como los que existían en el Retén de Catia inevitablemente implicaban una falta de privacidad para los presos en su vida diaria. Además, el riesgo de intimidación y violencia era alto. *Tales condiciones de alojamiento son propensas a fomentar el desarrollo de subculturas delictivas y a facilitar el mantenimiento de la cohesión de organizaciones criminales. También pueden volver extremadamente difícil, si no imposible, el apropiado control por parte del personal penitenciario; más específicamente, en caso de disturbio, las intervenciones externas que*

12 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso López Álvarez vs. Honduras. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 108 y 110.

> *impliquen un uso considerable de fuerza son difíciles de evitar*. Con tales alojamientos, la apropiada distribución individual de presos, basada en una evaluación caso por caso de riesgos y necesidades, también llega a ser una práctica casi imposible[13].

52. Bajo dichos estándares, en aplicación de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución y del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, corresponde interpretar los mandatos de la Constitución en lo que respecta a las condiciones básicas que el Estado debe garantizar a una persona que ha sido detenida o recluida en establecimientos penitenciarios.

53. Sobre ello, este Tribunal advierte que el principio-derecho de dignidad humana, fundante de nuestro edificio constitucional, exige que el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas recluidas en establecimientos penitenciarios, distintos de la libertad personal, que no hayan sido restringidos, debe ser garantizado en la mayor medida posible por el Estado.

54. Solo así, podrá cumplirse, a su vez, con el mandato constitucional establecido en el inciso 2 del artículo 139 de la Norma Fundamental, según el cual "el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad".

55. Con respecto a dicho principio, este Tribunal sostuvo en la Sentencia 0010-2002-PI/TC lo siguiente:

> [...] detrás de las exigencias de "reeducación", "rehabilitación" y "reincorporación" como fines del régimen penitenciario, también se encuentra necesariamente una concreción del principio de dignidad de la persona (artículo 1º 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, 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, por cuanto el hombre es una entidad espiritual moral dotada de autonomía*.
>
> En el ámbito penitenciario, la proyección del principio de dignidad comporta la obligación estatal de realizar las medidas adecuadas y necesarias para que el infractor de determinados bienes jurídicos-penales pueda reincorporarse a la vida comunitaria, y que ello se realice con respeto a su autonomía individual, cualquiera sea la etapa de ejecución de la pena [...].
>
> El carácter rehabilitador de la pena tiene la función de formar al interno en el uso responsable de su libertad. No la de imponerle una determinada cosmovisión del mundo ni un conjunto de valores que, a lo mejor, puede no compartir. Pero, en

13 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2006, párr. 90-92.

> cualquier caso, nunca le puede ser negada la esperanza de poderse insertar en la vida comunitaria. Y es que al lado del elemento retributivo, ínsito a toda pena, siempre debe encontrarse latente la esperanza de que el penado algún día pueda recobrar su libertad (fundamento 186-188) [énfasis agregado].

56. En suma, este Tribunal advierte que en el caso concreto de las personas detenidas o de las recluidas en establecimientos penitenciarios, el Estado peruano debe garantizarles que sean tratadas humanamente (principio del trato humano), esto es, con respeto irrestricto a su dignidad, lo que se manifiesta en la práctica en que puedan ejercer sus derechos fundamentales, distintos de la libertad, que no hayan sido restringidos, lo que a su vez es una condición necesaria para su reeducación, rehabilitación y reincorporación a la sociedad.

57. Sin embargo, lejos de intentar garantizar dicho trato humano, se advierte que el Estado, de manera permanente y sin mayores eventuales justificaciones que las de índole presupuestaria o de similar naturaleza, no toma medidas concretas y controlables a fin de reducir, en los centros de detención o en los establecimientos penitenciarios, la sobrepoblación o exceso de población cuya magnitud prácticamente imposibilita o menoscaba gravemente el ejercicio de los derechos fundamentales de estas personas, entre las que se encuentran las personas en condiciones de vulnerabilidad. Dicho escenario, como es de conocimiento general, evidencia que el Estado peruano no ha venido cumpliendo con los mandatos constitucionales ni con sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos sobre el particular.

Sobre el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios del Perú

58. Teniendo en cuenta lo antes expuesto y la documentación adjuntada en autos, este Tribunal advierte que la realidad de la gran mayoría de establecimientos penitenciarios en el Perú no se ajusta a los estándares previamente mencionados, pese a su legitimidad constitucional y fuerza normativa.

59. Así, ya en el año 2000, la Defensoría del Pueblo, en su Informe "Derechos Humanos y Sistema Penitenciario. Supervisión de Derechos Humanos de Personas Privadas de Libertad 1998-1999", daba cuenta de una sobrepoblación carcelaria como consecuencia de distintos factores, entre ellos, el aumento de penas[14]. Con relación precisamente a este aspecto, la Defensoría concluyó lo siguiente:

> Los 86 establecimientos penales del país tienen una capacidad de albergue de 19,974 personas. Teniendo en consideración que la población penal a junio de 1999 ascendía a 27,428 internos, es evidente que existe una sobrepoblación promedio nacional del 37.32%.

14 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe "Derechos Humanos y Sistema Penitenciario. Supervisión de Derechos Humanos de Personas Privadas de Libertad 1998-1999"*, p. 77.

> La Dirección Regional Lima presenta el índice más alto de sobrepoblación con el 82.74%. Es particularmente preocupante la situación del penal de Lurigancho que tiene una sobrepoblación del 265.45%, pues teniendo una capacidad de albergue para 1,500 internos, tiene una población real de 6,633 personas. Igualmente, el penal de Mujeres de Chorrillos Comunes que fue construido para 250 internas, tiene una población de 854 personas lo que significa un exceso del 241.6%.
>
> Los 42 establecimientos penales que fueron comprendidos en la supervisión defensorial, presentaban un índice de sobrepoblación promedio del 59.28%[15].

60. Casi 20 años después, en diciembre de 2018, la Defensoría del Pueblo emitió el Informe de Adjuntía N.° 006-2018-DP/ADHDP "Retos del Sistema Penitenciario Peruano: Un diagnóstico de la de mujeres y varones". En dicho informe, se realizó un balance de la situación actual de aquel entonces en los siguientes términos:

> Como fue señalado en el primer informe de la Defensoría del Pueblo sobre la realidad de las cárceles a nivel nacional [...], el exceso de internos e internas sobre la capacidad de los establecimientos penitenciarios para albergarlos, constituye el principal factor que menoscaba los derechos humanos de las personas privadas de libertad:
>
> > "La sobrepoblación y el hacinamiento resulta ser el elemento detonante de la situación de violencia cotidiana que se vive en algunos penales".
>
> Tómese en cuenta, que, a la fecha del citado informe, el total de personas privadas de libertad ascendía a 24,888 personas. Hoy, casi 20 años después, se alberga a casi 70,000 reclusos/as más. De acuerdo a cifras del Instituto Nacional Penitenciario a agosto del 2018, la población penitenciaria asciende a 89,166 internos e internas mientras que la capacidad de albergue a nivel nacional es de solo 39,156 plazas [...]. Esto significa que existe un nivel de hacinamiento que alcanza el 128%. En el 2011, fecha de publicación del último informe defensorial sobre esta materia, esta cifra se situaba en 75%. En un periodo de 7 años se registra un crecimiento del 53%[16].

61. Con relación a la vulneración de derechos fundamentales causada por el hacinamiento, la Defensoría del Pueblo indica lo siguiente

> Como bien ha sido señalado en otras ocasiones, esta situación contribuye a que las condiciones de seguridad y control en el sistema penitenciario no sean las adecuadas y que al interior de los penales se generen espacios de tensión. *Si los*

15 Íd., pp. 153-154.

16 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe de Adjuntía N° 006-2018-DP/ADHDP "Retos del Sistema Penitenciario Peruano: Un diagnóstico de la de mujeres y varones"*, pp. 19-20.

efectos del hacinamiento afectan a todas las personas privadas de libertad, generan especial daño entre los grupos de especial protección como las mujeres, personas con discapacidad, personas adultas mayores, etc. El hacinamiento ocasiona también frecuentes fallas en los mecanismos de control y vigilancia penitenciaria, lo que se refleja en la existencia de armas y celulares al interior de las cárceles. Entre otros efectos, origina:

- *Problemas psicológicos y emocionales en los internos e internas al no tener un espacio propio y privado dentro del penal*. Este hecho produce continuas disputas por espacios y ambientes, lo cual impide el mantenimiento de relaciones sociales adecuadas.
- *Imposibilidad de acceder por parte de un número mayor de internos o internas a las áreas de trabajo y educación existentes*. La capacidad instalada no puede satisfacer un nivel de demanda que aumenta en forma constante.
- *Afectaciones a la salud física y psíquica*, dado que el interno o interna es susceptible de padecer enfermedades infecto-contagiosas y síndromes, como tuberculosis, hepatitis o VIH/SIDA; además de desarrollar enfermedades mentales[17].

62. Con respecto a la acción estatal sobre el ámbito penitenciario, la Defensoría se refirió, de manera explícita, en dicho informe al "fracaso de la acción estatal contra el hacinamiento"[18]. Así, además de sostener que dicha institución, en reiteradas ocasiones, había manifestado que "un sistema penitenciario vulnerado por el hacinamiento difícilmente podrá cumplir fines preventivos o resocializadores, afectando de forma casi ineludible, la dignidad de las personas encarceladas"[19], indicó que "pese a los compromisos asumidos por diferentes gobiernos, el referido fenómeno no ha disminuido, sino por el contrario, ha aumentado significativamente"[20].

63. Asimismo, la Defensoría enfatizó que las medidas para enfrentar el hacinamiento no solo deben limitarse a la ampliación de la capacidad de albergue de los establecimientos penitenciarios, por cuanto ello no constituiría una solución a las causas reales de este fenómeno en el caso peruano:

> Las evidencias demuestran con absoluta claridad que no es posible combatir el hacinamiento mediante la construcción de más unidades de albergue (cárceles).
>
> Se requiere, en forma indispensable, de reales niveles de coordinación entre las entidades que conforman el sistema de justicia (Ministerio Público y Poder Judicial) y los Poderes Ejecutivo y Legislativo. Conviene tener presente, que en estos

17 Íd., p. 21.
18 Íd., p. 22.
19 Ibíd.
20 Íd., pp. 22-23.

últimos descansa la responsabilidad por el excesivo aumento de penas, la eliminación progresiva de los beneficios penitenciarios y el reducido uso de medidas alternativas a la prisión, como la vigilancia electrónica personal, conversión de pena, entre otros.

Conviene advertir que, de no implementarse medidas concretas, en el año 2035 la población penitenciaria alcanzaría los 222,487 internos e internas, mientras que las unidades de albergue solo tendrían capacidad para 58,187 personas, llegando a un hacinamiento del 282%. Para evitar este gravísimo escenario se requiere de una firme voluntad política por parte de todos los sectores públicos involucrados.

Lamentablemente a la fecha, no es posible sostener que tal voluntad se encuentre plasmada. El Plan Nacional de Política Penitenciaria, único instrumento público, que plantea acciones en la materia no cuenta con los recursos ni difusión necesarios que aseguren su real cumplimiento[21].

64. Precisamente el Decreto Supremo 005-2016-JUS, que aprueba la Política Nacional Penitenciaria y el Plan Nacional de la Política Penitenciaria 20162020, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 15 de julio de 2016, destacó que "todas las regiones se han visto rebasadas en su capacidad de albergue" y que "los resultados obtenidos, dan un crecimiento promedio del 5.3 % anual, y se estima que la población penitenciaria alcanzaría los 222 487 internos e internas al año 2035. En contraste, la capacidad de albergue, crecería en promedio el 2.8 % anual, estimando que las unidades de albergue disponible llegarían a 58 187, lo que determinaría un hacinamiento del 282 %", a nivel nacional[22].

65. En suma, puede advertirse que la problemática del hacinamiento penitenciario, que en el caso peruano es de índole permanente y crítica, según lo mencionado *supra*, debe ser asumida como una política de Estado, en atención a las graves consecuencias que puede generar para los derechos fundamentales de aquellos que se encuentran privados de su libertad, no solo desde la perspectiva subjetiva de tales derechos, sino también desde su dimensión objetiva, en tanto valores del ordenamiento jurídico que conducen y orientan la actuación del Estado.

66. A ello debe añadirse que, incluso en los reducidos casos de establecimientos penitenciarios en los cuales no se advierte técnicamente hacinamiento, la infraestructura que debe proveer el Estado no necesariamente se ajusta a lo ordenado por la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

21 Íd., pp. 22-23.

22 Anexo del Decreto Supremo 005-2016-JUS, publicado en http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2016/Julio/15/DS-005-2016-JUS.pdf

67. Así, en la mayoría de los casos, como se va a evidenciar seguidamente, se producen restricciones a derechos fundamentales de los recluidos (salud, educación, trabajo, etc.), distintos de la libertad personal.

68. En todo caso, como se desprende de lo previamente indicado, si bien no toda presunta vulneración o amenaza de vulneración de los derechos fundamentales distintos de la libertad personal, y no restringidos, de las personas recluidas en centros de detención o en establecimientos penitenciarios, se genera por el hacinamiento; sin embargo, sí puede sostenerse que el hacinamiento carcelario, *per se*, es un factor real de potenciales vulneraciones de tales derechos fundamentales, lo que de alcanzar un nivel crítico, aunado a las brechas de infraestructura posiblemente existentes, conlleva directamente a un estado de cosas en el que efectivamente se vulneran los mandatos constitucionales y convencionales en materia de los derechos de las personas recluidas en tales centros y establecimientos penitenciarios.

69. Así, se pone en grave riesgo, ante la inacción del Estado, el derecho a la vida, el derecho a la integridad, el derecho a la salud, entre otros derechos, a modo enunciativo, como el derecho al trabajo, a la educación y, en suma, el derecho a no ser objeto de tratos carentes de razonabilidad y proporcionalidad durante la restricción o la privación de la libertad; además, de vaciar de contenido el principio constitucional según el cual "el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad".

70. Precisamente, esto último es lo que ocurre con la gran mayoría de los establecimientos penitenciarios en nuestro de país, de acuerdo con las estadísticas oficiales del INPE. En efecto, de acuerdo con la información alcanzada a este Tribunal mediante Oficio 1187-2019-INPE/01, de fecha 26 de diciembre de 2019 y a la consulta realizada al sitio web oficial del INPE, se tienen las siguientes estadísticas:

a) Población penal intramuros según situación jurídica y género según Oficina Regional

OFICINAS REGIONALES	TOTAL GRAL	TOTAL		PROCESADO			SENTENCIADO		
		Hombres	Mujeres	Total	Hombres	Mujeres	Total	Hombres	Mujeres
TOTAL GENERAL	**96,870**	**91,636**	**5,234**	**36,515**	**34,296**	**2,219**	**60,355**	**57,340**	**3,015**
NORTE - CHICLAYO	18,071	17,144	927	7,224	6,861	363	10,847	10,283	564
LIMA - LIMA	45,784	43,458	2,326	16,790	15,731	1,059	28,994	27,727	1,267
SUR - AREQUIPA	4,336	3,983	353	996	875	121	3,340	3,108	232
CENTRO - HUANCAYO	7,321	6,902	419	2,068	1,933	135	5,253	4,969	284
ORIENTE - HUANUCO	6,807	6,458	349	3,972	3,782	190	2,835	2,676	159
SUR ORIENTE - CUSCO	5,943	5,579	364	2,460	2,300	160	3,483	3,279	204
NOR ORIENTE - SAN MARTIN	5,982	5,735	247	2,107	2,010	97	3,875	3,725	150
ALTIPLANO - PUNO	2,626	2,377	249	898	804	94	1,728	1,573	155

Fuente: INPE, febrero 2020

b) Tipo de establecimientos por capacidad de albergue según Oficina Regional

DIRECCIONES REGIONALES	TIPOS DE ESTABLECIMIENTOS POR UNIDADES DE ALBERGUE				CANTIDAD DE EE.PP.
	D 1 A 199	C 200 A 899	B 900 A 1199	A MAS DE 1200	
TOTAL EE.PP.	26 38%	23 34%	10 15%	9 13%	68 100%
NORTE - CHICLAYO	5	2	2	2	11
LIMA - LIMA	2	6	5	4	17
SUR - AREQUIPA	4	2	0	0	6
CENTRO - HUANCAYO	7	3	0	0	10
ORIENTE - HUANUCO	1	1	0	2	4
SUR ORIENTE - CUSCO	4	2	0	1	7
NOR ORIENTE - SAN MARTIN	2	4	3	0	9
ALTIPLANO - PUNO	1	3	0	0	4

Fuente: INPE, febrero 2020

c) Situación actual de la capacidad de albergue, sobrepoblación y hacinamiento según Oficina Regional

Nº	Oficinas Regionales	Capacidad de Albergue (C)	Población Penal (P)	% Ocupacion	Sobre Población (S=P-C)	% Sobre Población (%S)	Hacinamiento (%S ≥ 20%)
	TOTALES	**40,137**	**96,870**	**241%**	**56,733**	**141%**	**SI**
1	NORTE - CHICLAYO	6,514	18,071	277%	11,557	177%	SI
2	LIMA - LIMA	17,341	45,784	264%	28,443	164%	SI
3	SUR - AREQUIPA	1,252	4,336	346%	3,084	246%	SI
4	CENTRO - HUANCAYO	2,064	7,321	355%	5,257	255%	SI
5	ORIENTE - HUANUCO	3,240	6,807	210%	3,567	110%	SI
6	SUR ORIENTE - CUSCO	2,918	5,943	204%	3,025	104%	SI
7	NOR ORIENTE - SAN MARTIN	5,352	5,982	112%	630	12%	NO
8	ALTIPLANO - PUNO	1,456	2,626	180%	1,170	80%	SI

Fuente: INPE 2020

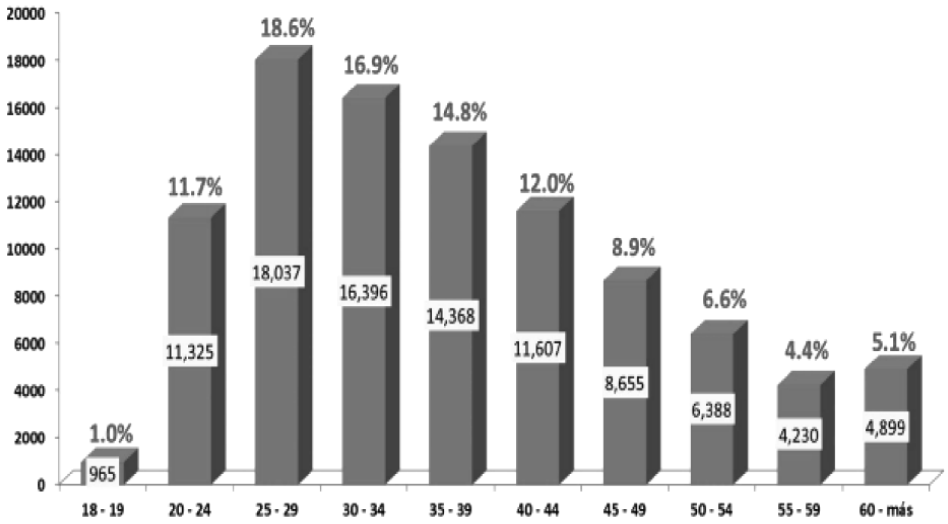
d) Establecimientos penitenciarios en condición de hacinados

N°	Establecimientos Penitenciarios	Capacidad de Albergue (C)	Población Penal (P)	Sobre Población (S=P-C)	% Sobre Población (%S)	Hacinamiento (%S ≥ 20%)
	TOTALES	29,996	87,982	57,986	193%	SI
1	E.P. de Chanchamayo	120	784	664	553%	SI
2	E.P. de Jaen	50	311	261	522%	SI
3	E.P. de Callao	572	3,267	2,695	471%	SI
4	E.P. de Camaná	78	431	353	453%	SI
5	E.P. de Abancay	90	448	358	398%	SI
6	E.P Miguel Castro Castro	1,142	5,420	4,278	375%	SI
7	E.P. de Quillabamba	80	369	289	361%	SI
8	E.P. de Huancavelica	60	275	215	358%	SI
9	E.P. de Pucallpa	576	2,627	2,051	356%	SI
10	E.P. de Tacna	222	1,009	787	355%	SI
11	E.P. de Lampa	44	195	151	343%	SI
12	E.P. de Ayacucho	644	2,813	2,169	337%	SI
13	E.P. de Chiclayo	1,143	4,681	3,538	310%	SI
14	E.P. de Huanta	42	170	128	305%	SI
15	E.P. de Chimbote	920	3,356	2,436	265%	SI
16	E.P. de Trujillo	1,518	5,511	3,993	263%	SI
17	E.P de Mujeres de Tacna	40	142	102	255%	SI

18	E.P. de Arequipa	667	2,307	1,640	246%	SI
19	E.P de Huaral	1,029	3,548	2,519	245%	SI
20	E.P de Juliaca	420	1,439	1,019	243%	SI
21	E.P. de Huacho	644	2,199	1,555	241%	SI
22	E.P. de Huancayo	680	2,295	1,615	238%	SI
23	E.P de Lurigancho	3,204	9,893	6,689	209%	SI
24	E.P. de Piura	1,370	4,091	2,721	199%	SI
25	E.P. de Tarma	48	139	91	190%	SI
26	E.P. de Río Negro	216	597	381	176%	SI
27	E.P. de Ica	1,924	4,979	3,055	159%	SI
28	E.P. de Huánuco	1,344	3,440	2,096	156%	SI
29	E.P. de Mujeres de Arequipa	67	171	104	155%	SI
30	E.P. de Chincha	1,152	2,913	1,761	153%	SI
31	E.P. de Cañete	1,024	2,548	1,524	149%	SI
32	E.P. de Andahuaylas	248	602	354	143%	SI
33	E.P de Huaraz	598	1,420	822	137%	SI
34	E.P. de Bagua Grande	119	273	154	129%	SI
35	E.P. de Sicuani	96	203	107	111%	SI
36	E.P. de Tumbes	576	1,213	637	111%	SI
37	E.P. de Tarapoto	222	439	217	98%	SI
38	E.P. de Cusco	1,616	3,117	1,501	93%	SI
39	E.P. de Mujeres de Chorrillos	450	848	398	88%	SI
40	E.P. de Puerto Maldonado	590	1,000	410	69%	SI
41	E.P de Ancón	1,620	2,724	1,104	68%	SI
42	E.P. Anexo de Mujeres de Chorrillos	288	448	160	56%	SI
43	E.P. de Moquegua	178	276	98	55%	SI
44	E.P. de la Oroya	64	98	34	53%	SI
45	E.P. de Chota	65	95	30	46%	SI
46	E.P. de Cajamarca	1,080	1,493	413	38%	SI
47	E.P. de Jauja	85	112	27	32%	SI
48	E.P. de Mujeres de Trujillo	296	387	91	31%	SI
49	E.P. de Moyobamba	675	866	191	28%	SI

Fuente: INPE, febrero 2020

e) Población penal según rango de edad



Fuente: INPE, febrero 2020

f) Composición de la población penal por situación jurídica y género según Oficina Regional

OFICINAS REGIONALES	TOTAL GRAL	TOTAL		PROCESADO			SENTENCIADO		
		Hombres	Mujeres	Total	Hombres	Mujeres	Total	Hombres	Mujeres
TOTAL GENERAL	**100.00**	**94.60**	**5.40**	**37.69**	**35.40**	**2.29**	**62.31**	**59.20**	**3.11**
NORTE - CHICLAYO	18.65	17.70	0.95	7.45	7.08	0.37	11.20	10.62	0.58
LIMA - LIMA	47.26	44.86	2.40	17.33	16.24	1.09	29.93	28.62	1.31
SUR - AREQUIPA	4.48	4.12	0.36	1.03	0.91	0.12	3.45	3.21	0.24
CENTRO - HUANCAYO	7.56	7.13	0.43	2.14	2.00	0.14	5.42	5.13	0.29
ORIENTE - HUANUCO	7.03	6.66	0.37	4.10	3.90	0.20	2.93	2.76	0.17
SUR ORIENTE - CUSCO	6.14	5.76	0.38	2.54	2.37	0.17	3.60	3.39	0.21
NOR ORIENTE - SAN MARTIN	6.17	5.92	0.25	2.17	2.07	0.10	4.00	3.85	0.15
ALTIPLANO - PUNO	2.71	2.45	0.26	0.93	0.83	0.10	1.78	1.62	0.16

Fuente: INPE, febrero 2020

g) Población penal por delitos específicos según situación jurídica

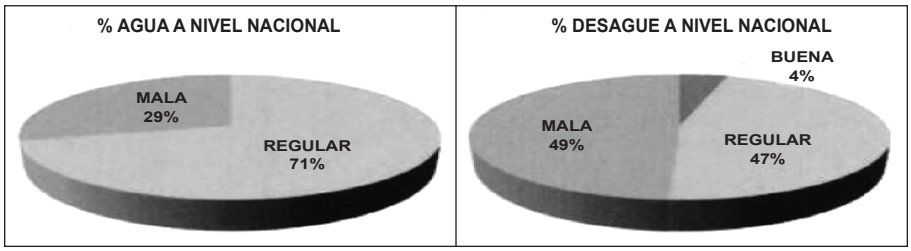
DELITO	TOTAL	PROCESADO	SENTENCIADO
Total General	**96,870**	**36,515**	**60,355**
ROBO AGRAVADO	24,680	8,688	15,992
VIOLACION SEXUAL DE MENOR DE EDAD	9,588	2,947	6,641
TRAFICO ILICITO DE DROGAS	8,095	3,306	4,789
ROBO AGRAVADO GRADO TENTATIVA	5,248	1,888	3,360
PROMOCION O FAVORECIMIENTO AL TRAFICO ILICITO DE DROGAS	4,931	2,214	2,717
VIOLACION SEXUAL	4,252	1,152	3,100
TRAFICO ILICITO DE DROGAS - FORMAS AGRAVADAS	3,312	979	2,333
TENENCIA ILEGAL DE ARMAS	3,084	1,183	1,901
HOMICIDIO CALIFICADO - ASESINATO	3,051	884	2,167
HURTO AGRAVADO	2,967	1,101	1,866
INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION ALIMENTARIA	2,780	1,177	1,603
ACTOS CONTRA EL PUDOR EN MENORES DE 14 AÑOS	2,692	1,029	1,663
ACTOS CONTRA EL PUDOR	1,522	536	986

HOMICIDIO SIMPLE	1,449	413	1,036
MICROCOMERCIALIZACION O MICROPRODUCCION	1,314	431	883
HURTO AGRAVADO - GRADO TENTATIVA	1,258	382	876
EXTORSION	1,164	380	784
LESIONES GRAVES	778	305	473
SECUESTRO	747	216	531
ORGANIZACIÓN CRIMINAL	724	718	6
OTROS DELITOS	13,234	6,586	6,648

Fuente: INPE, febrero 2020

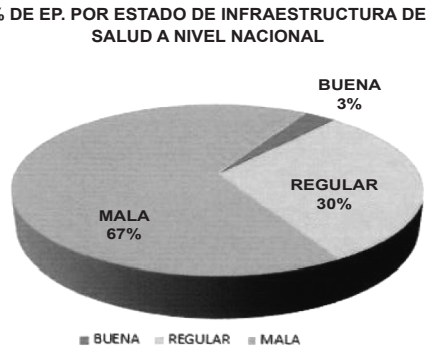
h) Instalaciones sanitarias en los Establecimientos Penitenciarios a nivel nacional

BRECHA DE INSTALACIONES SANITARIAS EN LOS E.P A NIVEL NACIONAL			
N°	PONDERACIÓN	AGUA	DESAGUE
1	BUENA	0	3
2	REGULAR	49	32
3	MALA	20	34



Fuente: Información remitida por el INPE, 2019

i) Brecha de infraestructura de salud a nivel nacional



Fuente: Información remitida por el INPE, 2019

j) Brecha de infraestructura en seguridad

k) Casos de VIH/SIDA por Oficinas Regionales, a setiembre de 2019

OFICINAS REGIONALES	2019		
	PVVS	TARGA	Co Infección TB
TOTAL	828	753	35
Lima	565	519	26
Norte Chiclayo	83	77	07
Sur Arequipa	35	29	00
Centro Huancayo	31	30	00
Oriente Pucallpa	24	20	00
Nor Oriente San Martin	71	61	02
Sur Oriente Cusco	14	12	00
Altiplano Puno	05	05	00

Fuente: INPE, diciembre 2019

l) Número de casos de tuberculosis por Oficinas Regionales, a setiembre de 2019

OFICINAS REGIONALES	MORBILIDAD	%
TOTAL	2,228	100%
Lima	1,488	66.8%
Norte Chiclayo	561	25.2%
Sur Arequipa	47	2.1%
Sur Oriente Cusco	19	0.9%
Oriente Pucallpa	72	3.2%
Nor Oriente San Martin	30	1.3%
Centro Huancayo	11	0.5%
Altiplano Puno	00	0.0%

Fuente: INPE, diciembre 2019

ll) Población penitenciaria en las áreas de trabajo y educación según Oficinas Regionales, a setiembre de 2019

Oficinas Regionales	Población Penitenciaria	Trabajo	Educación	Estudia y trabaja	(Porcentaje) Estudia y trabaja	Ni estudia y Ni trabaja	(Porcentaje) Ni estudia y Ni trabaja
Total	95,493	26,872	18,414	45,286	%	50,207	%
Norte	17,863	5,365	2,121	7,486	41.9%	10,377	58.1%
Lima	45,215	8,638	8,993	17,631	39.0%	27,584	61.0%
Sur	4,246	1,641	1,074	2,715	63.9%	1,531	36.1%
Centro	7,296	3,266	1,501	4,767	65.3%	2,529	34.7%
Oriente	6,607	1,394	1,231	2,625	39.7%	3,982	60.3%
Sur Oriente	5,849	3,049	1,241	4,290	73.3%	1,559	26.7%
Norte Oriente	5,848	1,907	1,700	3,607	61.7%	2,241	38.3%
Altiplano	2,569	1,612	553	2,165	84.3%	404	15.7%

Fuente: INPE, diciembre 2019

71. De la información anterior puede advertirse, en primer lugar, que las altas tasas de hacinamiento han llegado a niveles críticos: mientras que la capacidad de albergue en las 8 Oficinas Regionales asciende a 40137, la población penitenciaria, a febrero de 2020, llega a 96870; lo que significa un exceso de hasta el 141 % de población recluida en los establecimientos penitenciarios, más aún si, para el INPE, la tasa de hacinamiento es de alrededor de un 20 %.

72. De dichas Oficinas Regionales, 6 de ellas tienen una tasa de sobrepoblación que supera el 100 %, siendo las más altas las Oficinas Regionales Huancayo, Arequipa, Norte-Chiclayo y Lima: Chanchamayo (553%), de Jaen (522%), del Callao (471%), de Camaná (453%), de Abancay (398%) y Miguel Castro Castro (375%).

73. De otra parte, si analiza la información del INPE hasta febrero de 2020, se advierte que 49 de los 68 establecimientos penitenciarios a nivel nacional tienen la condición de hacinados.

74. Asimismo, hasta febrero del 2020, de la población recluida en establecimientos penitenciarios (96 870), 36 515 tienen la calidad de procesados, en tanto que la población que supera los 60 años asciende a 4899 (5,1 %).

75. Dicho hacinamiento evidentemente ha repercutido en el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad y recluidas en establecimientos penitenciarios en el Perú, tanto más si se advierte que, junto al problema del hacinamiento crítico, existen también severas deficiencias en materia de infraestructura de los establecimientos penitenciarios, lo que incluye también la brecha y deficiente calidad de las instalaciones sanitarias, de salud, de seguridad, entre otros.

76. A ello debe añadirse que, de acuerdo al INPE:

> Del año 2012 al 2019 (setiembre) las Personas Privadas de Libertad se ha incrementado en un 55.6% (34,103) privados de libertad, mientras que la capacidad de albergue relativa al mismo periodo de tiempo se incrementó solo en 38.3% (11,136 unidades de albergue), agudizando la situación de hacinamiento que se manifiesta como uno de los factores predominantes en la propagación de la Tuberculosis[23].

77. En efecto, de las 8 Oficinas Regionales, por lo menos 6 tienen una "mala" infraestructura de pabellones, según el INPE, que es igual o mayor al 50 %. A su vez, el 49 % de las instalaciones de desagüe en los establecimientos penitenciarios a nivel nacional son, asimismo, calificados como de mala calidad por el INPE.

78. Además, el 67 % de la infraestructura en salud, así como el 45 % de la infraestructura en seguridad a nivel nacional son consideradas como de mala calidad por el INPE a setiembre de 2019.

79. Por su parte, a diciembre del año 2019, a nivel nacional, la cantidad de personas privadas de su libertad en establecimientos penitenciarios y que son portadoras de VIH asciende a 828, en tanto que la cantidad de aquellos que tienen TBC asciende a 2228.

80. Por otro lado, de acuerdo al INPE, más del 50 % a nivel nacional de las personas privadas de su libertad en establecimientos penitenciarios no estudia ni trabaja. Así también, según la información alcanzada a este Tribunal, el INPE, a setiembre de 2019, solo contaba con dos médicos psiquiatras a nivel nacional para los correspondientes servicios médicos de los reclusos; además, el INPE indicó que, a dicha fecha, no tenía información sobre la población con discapacidad a nivel nacional, refiriendo que los espacios que estas personas usan son "iguales" a los de la población en general; y, también, que tampoco se contaba con información sobre la población LGTBI (ver página 61, 88 y 89 del documento remitido a este Tribunal mediante Oficio 1187-2019-INPE/01, obrante en el expediente de autos).

81. Así también, el INPE sostiene, en la información alcanzada a este Tribunal, que las gestantes, madres con niños y niñas menores de 3 años y personas con discapacidad participan de las actividades de tratamiento existentes en el INPE en medio de las condiciones limitantes de los establecimientos penitenciarios, como son el hacinamiento, la inadecuada infraestructura, escaso personal de tratamiento, entre otras (ver página 89 del documento remitido a este Tribunal mediante Oficio 1187-2019-INPE/01, obrante en el expediente de autos).

82. A ello debe añadirse que, de acuerdo con el INPE, a setiembre de 2019, la expectativa de la población penitenciaria al 2021 sería de 107 515, con una proyección

23 INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO. *Tratamiento penitenciario. Informe Estadístico. Tercer trimestre 2019*, setiembre, p. 26.

de capacidad de 48 044 unidades de albergue, con una sobrepoblación de 119.22 % (ver página 135 del documento remitido a este Tribunal mediante Oficio 1187-2019-INPE/01, obrante en el expediente de autos).

Sobre la necesidad de declarar un estado de cosas inconstitucional respecto del hacinamiento de los establecimientos penitenciarios y las severas deficiencias en la calidad de su infraestructura y servicios básicos a nivel nacional

83. En atención a todo lo previamente expuesto, este Tribunal considera necesario y plenamente justificado recurrir a la técnica del estado de cosas inconstitucional a fin de evitar mayores vulneraciones a los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad, más aún en contextos acuciantes como las emergencias sanitarias, como es el caso del COVID-19, de acuerdo con lo establecido en el Decreto Supremo 008-2020-SA, entre otros supuestos objetivos de naturaleza semejante.

84. Al respecto, este Tribunal Constitucional ha venido utilizando la técnica del estado de cosas inconstitucional para brindar tutela a los derechos fundamentales cuando el caso evidencie efectos lesivos respecto de un grupo importante de personas o sector poblacional, esto con la finalidad de fijar una respuesta inmediata a dicha problemática a fin de que las instituciones públicas que se encuentren vinculadas con dicha situación, se involucren de manera efectiva con su solución (Sentencia 0889-2017-PA/TC, fundamento 48).

85. Así, en el Caso Arellano Serquén contra el Consejo Nacional de la Magistratura (Sentencia 02579-2003-HD/TC), este Tribunal utilizó por primera vez la aludida técnica para brindar tutela de forma masiva el derecho de acceso a la información personal de todos los jueces que venía siendo vulnerado por el extinto Consejo Nacional de la Magistratura. En dicha ocasión, en el fundamento 9 de dicha sentencia, se estableció lo siguiente:

> Esta técnica, en un proceso constitucional de la libertad, comporta que, una vez declarado el 'estado de cosas inconstitucionales', se efectúe un requerimiento específico o genérico a un (o unos) órgano(s) público(s) a fin de que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar una acción u omisión, per se, violatoria de derechos fundamentales, que repercuta en la esfera subjetiva de personas ajenas al proceso constitucional en el cual se origina la declaración.
>
> Se trata, en suma, de extender los alcances inter partes de las sentencias a todos aquellos casos en los que de la realización de un acto u omisión se hubiese derivado o generado una violación generalizada de derechos fundamentales de distintas personas.
>
> Para que ello pueda realizarse es preciso que la violación de un derecho constitucional se derive de un único acto o de un conjunto de actos, interrelacionados entre sí, que además de lesionar el derecho constitucional de quien interviene en el proceso en el que se produce la declaración del estado de cosas inconstitucionales, vulnera

o amenaza derechos de otras personas ajenas al proceso. Y, tratándose de actos individuales, esto es, que tengan por destinatarios a determinadas personas, la declaración del estado de cosas inconstitucionales se declarará si es que se sustenta en una interpretación constitucionalmente inadmisible de una ley o una disposición reglamentaria por parte del órgano público.

86. Como se mencionó *supra*, en el ámbito penitenciario, este Tribunal ha tenido oportunidad de declarar estados de cosas inconstitucionales: i) con relación a las personas que padecen enfermedades mentales, dentro de las que se encuentran las personas sujetas a medidas de internación (Sentencia 03426-2008-PHC/TC); y ii) con respecto a la falta de diagnóstico y tratamiento de la salud mental de las personas que se encuentran internadas en los establecimientos penitenciarios del país (Sentencia 04007-2015-PHC/TC).

87. A nivel regional, cabe destacar que, al igual que este Tribunal, la Corte Constitucional de Colombia ha recurrido en más de una oportunidad a la técnica del estado de cosas inconstitucional ante la vulneración masiva y generalizada de los derechos fundamentales de la población privada de su libertad, como de ello dan cuenta la Sentencia T-153 de 1998, cuyas medidas fueron superadas en la Sentencia T-388 de 2013 y, posteriormente, la Sentencia T-762 de 2015.

88. Así también, en el año 2011, la Corte Suprema de Estados Unidos emitió el caso Brown vs. Plata, donde se resolvió un caso sobre graves violaciones a los derechos constitucionales en el sistema penitenciario de California, especialmente de lo dispuesto en la Octava Enmienda, a causa principalmente del grave hacinamiento carcelario, razón por la cual la Corte determinó la reducción de la población privada de su libertad para remediar tales vulneraciones a los derechos consagrados en la Constitución norteamericana.

89. Más allá de ello, en el caso peruano, otras causas en las que se ha utilizado dicha técnica en el ámbito de procesos constitucionales son, a modo enunciativo, de acuerdo a lo establecido en el fundamento 47 de la Sentencia 0089-2017-PA/TC, los siguientes:

- Sentencia 02445-2003-AA/TC (Caso Azanca Alhelí Meza García contra el Estado-Ministerio de Salud), sobre la cobertura del tratamiento integral para pacientes con VIH/SIDA.
- Sentencia 05561-2007-PA/TC (Caso ONP contra la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima), sobre la presentación temeraria de amparos contra resoluciones judiciales que en su oportunidad otorgaron tutela para el derecho a la pensión.
- Sentencia 00017-2008-PI/TC, sobre el estado de cosas inconstitucional en el sistema educativo universitario.
- Auto 01722-2011-AA/TC (Caso Sindicato de obreros municipales de la Municipalidad de Lima contra la Municipalidad Metropolitana de Lima), sobre el

incumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Acevedo Jaramillo.

- Sentencia 04539-2012-PA/TC (Caso Sindicato de Trabajadores Tributarios y aduaneros contra la SUNAT), sobre la interpretación inconstitucional y omisión de pago de la sobretasa en días feriados nacionales.
- Sentencia 02744-2015-PA/TC (Caso Jesús de Mesquita Oliviera y otros contra la Superintendencia Nacional de Migraciones), sobre la omisión reglamentaria sobre las garantías formales y materiales a favor de migrantes.
- Sentencia 00853-2015-PA/TC (Caso Marleni Cieza Fernández y otra contra la Unidad de Gestión Educativa Local de Uctubamba), sobre el derecho a la educación secundaria gratuita.
- La propia Sentencia 00889-2017-PA/TC (Caso María Antonia Díaz Cáceres contra la Municipalidad de Provincial Carhuaz) sobre el derecho al uso del propio idioma ante cualquier autoridad y el derecho a que en las zonas donde predominen las lenguas originarias, estas sean instituidas como idiomas oficiales, junto al castellano; entre otros.

90. Ahora bien, en el presente caso, la problemática evidenciada en materia de hacinamiento penitenciario, se conjuga negativamente con las brechas existentes en infraestructura de los pabellones y en la calidad deficiente de los servicios sanitarios, de salud, seguridad, además de la falta de atención debida a las condiciones especiales de las personas con discapacidad, madres gestantes y madres con niños y niñas menores de 3 años, según se ha advertido de la información alcanzada por el INPE a este Colegiado y, en general, de la información pública disponible para la ciudadanía, a la que también ha accedido este Tribunal.

91. Todo ello se manifiesta en el menoscabo u obstaculización del ejercicio de los derechos fundamentales de las personas recluidas, distintos a la libertad personal. Ello permite sostener que resulta necesario e indispensable, teniendo en cuenta nuestra normatividad constitucional y convencional, no postergar más la exigencia al Estado peruano que garantice un trato digno a las personas privadas de su libertad dentro de los establecimientos penitenciarios en nuestro país.

92. Dicho trato digno, al que estas personas tienen derecho, se materializará en el cumplimiento del conjunto de estándares, mencionados *supra* (principalmente, las Reglas Mandela, los "Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas", entre otros complementarios que resulten pertinentes), tomando en cuenta la realidad del sistema penitenciario peruano, en un esfuerzo de adaptación razonable y progresiva que, bajo ninguna circunstancia, puede significar la renuncia al espíritu y propósito de dichos instrumentos jurídicos.

93. Este Tribunal no puede dejar de advertir que tales medidas, referidas a la forma y condiciones en las que vive una persona privada de su libertad al interior de un

establecimiento penitenciario en el Perú, contribuirán de manera relevante para afrontar y tratar de reparar, de aquí en adelante, la situación estructural de vulneración de derechos fundamentales por la que atraviesan los reclusos desde hace décadas en el Perú, caracterizada por una aparente "máxima seguridad externa", acompañada, sin embargo, de "una máxima inseguridad interna"[24].

94. No obstante, este Tribunal también advierte que tales medidas no serán suficientes para combatir el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios si es que no se ataca a la raíz del problema, esto es, el aumento indiscriminado de las penas, el uso excesivo de la prisión preventiva y, en suma, el populismo punitivo al que se recurre como pretendida solución a corto plazo de muchos de los problemas existentes en nuestra sociedad, los que solo podrán enfrentarse eficazmente con la realización, en la mayor pedida posible, de los valores constitucionales de justicia e igualdad, a los que la ciudadanía aspira alcanzar y los que, en consecuencia, el Estado debe promover incansablemente.

95. A ello debe añadirse que, sobre la problemática del hacinamiento de establecimientos penitenciarios en situaciones de emergencia, recientemente, con fecha 31 de marzo de 2020, la CIDH ha realizado un llamado a los Estados para:

> [...] enfrentar la *gravísima situación* de las personas privadas de la libertad en la región y a *adoptar medidas urgentes* para garantizar la salud y la integridad de esta población y de sus familias, frente a los efectos de la pandemia del COVID-19, así como asegurar las condiciones dignas y adecuadas de detención en los centros de privación de la libertad, de conformidad con los estándares interamericanos de derechos humanos. En particular, la Comisión insta a los Estados a reducir la sobrepoblación en los centros de detención como una medida de contención de la pandemia
>
> En este sentido, la CIDH manifiesta su profunda preocupación por las alarmantes condiciones en las que se encuentra la población carcelaria en la región, que incluye *precarias condiciones de salubridad e higiene y niveles de hacinamiento extrem*os, destacándose que en algunos países la tasa de ocupación es superior al 300 %. Este contexto puede significar un mayor riesgo ante el avance del COVID-19, en particular para aquellas personas que conforman *grupos en situación de vulnerabilidad, como personas mayores, diabéticas, hipertensas, pacientes inmunosuprimidos, pacientes oncológicos, con enfermedades autoinmunes, insuficiencia cardíaca e insuficiencia renal crónica, entre otros.*
>
> [...]

24 FERRAJOLI, Luigi. "Jurisdicción y Ejecución Penal. La cárcel: una contradicción institucional". *Revista Crítica Penal y Poder*, 2016, n.º 11, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, p. 7.

> Al respecto, la CIDH encomienda a los Estados adoptar medidas alternativas a la privación de la libertad para hacer valer la vigencia de las medidas restrictivas a la circulación, disponiendo sanciones administrativas, como multas y/o la conducción coercitiva a los domicilios particulares, con vistas a evitar el hacinamiento en las unidades de detención [...][25].

96. Asimismo, entre las principales medidas de actuación en dicho contexto, la CIDH recomienda:

    1. Adoptar medidas para enfrentar el hacinamiento de las unidades de privación de la libertad, incluida la reevaluación de los casos de prisión preventiva con el fin de identificar aquellos que pueden ser sustituidos por medidas alternativas a la privación de la libertad, dando prioridad a las poblaciones con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del COVID-19.

    2. Evaluar de manera prioritaria la posibilidad de otorgar medidas alternativas como la libertad condicional, arresto domiciliario, o libertad anticipada para personas consideradas en el grupo de riesgo como personas mayores, personas con enfermedades crónicas, mujeres embarazadas o con niños a su cargo y para quienes estén prontas a cumplir condenas.

    3. Adecuar las condiciones de detención de las personas privadas de libertad particularmente en lo que respecta a alimentación, salud, saneamiento y medidas de cuarentena para impedir el contagio intramuros del COVID-19. Garantizar en particular que todas las unidades cuenten con atención médica y proveer especial atención a las poblaciones en particular situación de vulnerabilidad, incluidas las personas mayores.

    4. Establecer protocolos para la garantía de la seguridad y el orden en las unidades de privación de la libertad, en particular para prevenir actos de violencia relacionados con la pandemia y respetando los estándares interamericanos en la materia[26].

97. El hecho de realizar invocaciones coincide con esfuerzos que vienen realizándose en ese sentido por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, la Organización Mundial de la Salud (OMS)[27], el Comité Internacional de la Cruz Roja[28]

---

25 Comunicado de la CIDH de fecha 31 de marzo de 2020. Disponible en http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/066.asp. Posteriormente, dicho organismo emitió la resolución 1/2020 "Pandemia y Derechos Humanos en las Américas" (http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf), el cual recoge sustancialmente las recomendaciones.

26 Ibíd.

27 Ver el documento "Preparedness, prevention and control of OCIV-19 in prisons and other places of detention" (2020).

28 Ver el documento "Recomendaciones para la prevención y control de la COVID-19 en lugares de detención" (2020).

pero también, en distintas latitudes, desde las organizaciones de la sociedad civil y los expertos en la materia[29].

98. Algunas de dichas medidas vienen implementándose a nivel internacional. La Corte Constitucional de Colombia, mediante auto emitido el 24 de marzo de 2020, ha solicitado a los Ministerios correspondientes "la información sobre los planes de contingencia adoptados para prevenir, detectar, contener y tratar la enfermedad COVID-19 en los establecimientos penitenciarios y carcelarios del país"[30]. Asimismo, también ha ordenado medidas cautelares para la protección de las personas que se encuentran en centros de detención transitoria del país y ha dispuesto la elaboración y aplicación de protocolos en materia de salud en dicho sentido, con especial énfasis en las personas más vulnerables ante el COVID-19[31].

99. En Argentina, al resolver los procesos de *habeas corpus* (causas 102.555 y 102558), el Tribunal de Casación, con fecha 8 de abril de 2020, ha dispuesto, durante el período de aislamiento social, preventivo y obligatorio decretado por el Poder Ejecutivo de dicho país, el arresto domiciliario de personas detenidas por la comisión de delitos leves y que se encuentren en situación de riesgo por edad o por patologías preexistentes, sean mujeres embarazadas o madres con hijos menores que se encuentren en las unidades penitenciarias, identificados en los listados establecidos en los Ministerios de Justicia y Derechos Humanos y de Seguridad[32].

100. Asimismo, en dicho caso, se dispuso la evaluación del arresto domiciliario o asegurar el aislamiento sanitario para el caso de los imputados o condenados por delitos graves, siempre que se encuentren en situación de riesgo. También se encomendó a los jueces competentes la evaluación de oficio de las prisiones preventivas de los imputados a su disposición, cuando se hayan cumplido los plazos previstos de dicha detención y, en el caso de los jueces de ejecución, se dispuso que estos evalúen la necesidad de manera extraordinaria y por única vez la detención domiciliaria cuando los procesados y condenados se encuentren en un plazo de seis meses anterior a alcanzar la libertad asistida o condicional[33].

101. En el caso peruano, el Poder Ejecutivo ha expedido normas de rango legal e infra legal para intentar hacer frente a la problemática generada por el COVID-19 en los establecimientos penitenciarios. Se trata del Decreto Legislativo 1459, a través del cual,

29 Ver, por ejemplo, en el caso español las propuestas de Iñaki Rivera Beiras, director del Observatorio del Sistema Penal y Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona titulado: "Alternativas a la privación de la libertad durante la emergencia del COVID 19 al sistema penitenciario". Traducción nuestra. Disponible en http://www.ub.edu/ospdh/es/

30 Ver sitio web: www.corteconstitucional.gov.co

31 Íd.

32 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. Resolución de fecha 8 de abril de 2020 del Tribunal de Casación. Punto Resolutivo 4.

33 Ibíd., Puntos Resolutivos 5, 6 y 7.

la pena privativa de la libertad de las personas condenadas por el delito de omisión de asistencia familiar puede convertirse automáticamente en una pena alternativa solo si se certifica el pago íntegro de la reparación civil y la deuda alimentaria acumulada hasta la solicitud de la conversión, sin que medie el desarrollo de una audiencia.

102. Sin embargo, como se advierte en el Informe Especial "Situación de las personas privadas de libertad a propósito de la declaratoria de emergencia sanitaria", donde se recomiendan medidas para reducir el hacinamiento penitenciario frente a la emergencia sanitaria generada por el COVID-19[34], dicha medida, asumiendo que se realizan las coordinaciones necesarias y oportunas entre el Poder Judicial y el INPE, tendrá un alcance menor tomando en cuenta que la población penitenciaria a febrero de 2020 recluida por este delito, ascendía a 2280, pero no todos podrán acceder a lo dispuesto por la aludida norma, sino solo aquellos que cuenten con sentencia firme[35].

103. Asimismo, también se ha emitido el Decreto Supremo 004-2020-JUS, publicado el 23 de abril de 2020, donde se establecen los supuestos especiales para la recomendación de indultos humanitarios, indultos comunes y conmutación de penas de los internos e internas, esto es, de los *sentenciados*, en grave riesgo por el COVID-19.

104. No obstante, su alcance será también reducido en atención a las exigencias para su concesión en el caso del indulto común y de la conmutación de penas, sin contar con la discutible celeridad de los trámites dispuestos en los procedimientos establecidos para tal fin. Además, este Tribunal observa que se trata de medidas excepcionales y temporales, previstas únicamente durante la emergencia sanitaria por COVID-19, declarada a nivel nacional por Ministerio de Salud a través del Decreto Supremo 008-2020-SA y su prórroga, en caso de ser establecida por la autoridad competente.

105. Por su parte, desde el Poder Judicial, se ha emitido la Resolución Administrativa 000061-2020-P-CE-PJ, de fecha 26 de abril de 2020, donde se ha establecido lo siguiente:

    a. Habilitar competencia a los órganos jurisdiccionales de emergencia de los Distritos Judiciales del país, para tramitar solicitudes de conversión automática de penas que presenten las personas condenadas por el delito de omisión a la asistencia familiar [...].

    b. Habilitar competencia a los órganos jurisdiccionales de emergencia de los Distritos Judiciales del país, para tramitar solicitudes de beneficios penitenciarios (Semilibertad y Liberación Condicional); las cuales se resolverán mediante audiencias virtuales.

34 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe especial "Situación de las personas privadas de libertad a propósito de la declaratoria de emergencia sanitaria". Serie de Informes Especiales N.° 08-2020-DP, 2020, p. 11.

35 Íd.

c. Disponer que los presidentes de las Cortes Superiores de Justicia del país, de ser necesario, designen órganos jurisdiccionales adicionales para resolver las solicitudes de beneficios penitenciarios.

d. Exhortar a todos los jueces penales de los Distritos Judiciales del país incluidos quienes integran los órganos jurisdiccionales de emergencia, que *resuelvan de oficio y/o a pedido de la parte* legitimada la situación jurídica de los procesados y sentenciados privados de su libertad, que estén bajo su competencia, a fin de *evaluar modificaciones en su condición jurídica*; y

e. Los jueces penales de los Distritos Judiciales del país, incluidos los que integran los órganos jurisdiccionales de emergencia, están en la obligación de resolver *las solicitudes de variación del mandato de detención o de cese de prisión preventiva* según corresponda al modelo procesal que se aplique, que se presenten en los procesos judiciales a su cargo[36].

106. Así también, mediante la Resolución Administrativa 128-2020-CE-PJ, de fecha 26 de abril de 2020, se ha habilitado a los jueces especializados de familia o mixtos competentes para conocer los casos de internamiento preventivo, variación de medida socioeducativa de internación y beneficio de semilibertad[37]. Además, es de conocimiento de este Tribunal que los jueces penales vienen resolviendo solicitudes de sustitución de la medida de prisión preventiva por la detención domiciliaria[38].

107. Por lo expuesto, el Tribunal Constitucional considera que existen razones suficientes para declarar un estado de cosas inconstitucional con respecto al hacinamiento de los establecimientos penitenciarios y las severas deficiencias en la calidad de su infraestructura y servicios básicos a nivel nacional. Por consiguiente, este Tribunal estima que deben plantarse las siguientes medidas:

a) Exhortar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para que evalúe con carácter de urgencia, en un plazo no mayor a 3 meses, luego de publicada de la presente sentencia, el *grado de cumplimiento* así como *los resultados* de la declaratoria de emergencia del Sistema Penitenciario y del INPE, ya dispuesta por el Decreto Legislativo 1325 y ampliada por el Decreto Supremo 013-2018-JUS, a fin de ampliar, reforzar, modificar o replantear sustancialmente las medidas que resulten necesarias e indispensables para superar progresivamente dicho estado

36 CONSEJO EJECUTIVO DEL PODER JUDICIAL DEL PERÚ. Resolución Administrativa 000061-2020-P-CE-PJ, de fecha 26 de abril de 2020.

37 CONSEJO EJECUTIVO DEL PODER JUDICIAL DEL PERÚ. Resolución Administrativa 128-2020-PJ, de fecha 26 de abril de 2020.

38 Tal es el caso de la Resolución 131 recaída en el Expediente 00029-2017-33-5002-JR-PE-03, donde se resuelve favorablemente el pedido del proceso en aplicación del principio de proporcionalidad. Disponible en: www.pj.gob.pe

de cosas inconstitucional, lo que será informado a este Tribunal para el correspondiente seguimiento y control.

b) Las medidas, aludidas *supra*, deberán ser complementadas con todas aquellas disposiciones adicionales que resulten pertinentes para dicho fin dada las actuales graves circunstancias por las que atraviesa el sistema penitenciario en nuestro país, en el marco de un nuevo Plan Nacional de la Política Penitenciaria 2021-2025, con características de política de Estado, que se exhorta a que sea elaborado en un plazo no mayor a 3 meses, luego de publicada de la presente sentencia y que incluya, entre otros aspectos, de manera prioritaria:

   i. La identificación de los establecimientos penitenciarios a nivel nacional cuyas condiciones de hacinamiento y /o infraestructura constituyen efectivamente una grave amenaza para los derechos fundamentales de los reclusos así como las **medidas de priorización** a implementar con carácter de urgencia en el plazo correspondiente;

   ii. El establecimiento de medidas a corto, mediano y largo plazo para afrontar el hacinamiento de los establecimientos penitenciarios en el Perú y de **mecanismos para el control efectivo de su cumplimiento**;

   iii. El establecimiento de medidas a corto, mediano y largo plazo para superar las severas deficiencias en la infraestructura de los establecimientos penitenciarios, instalaciones sanitarias, de salud, de seguridad, entre otros servicios básicos, a nivel nacional; y,

   iv. Exhortar a que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, evalúe en un plazo no mayor a 3 meses, la reestructuración integral del INPE, a fin de redimensionar el tratamiento penitenciario con fines de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, así como garantizar los objetivos mencionados *supra*, tomando en consideración aspectos medulares como la profesionalización, capacitación, seguridad y mejoras remunerativas progresivas de su personal, así como también la lucha eficaz contra la corrupción al interior de la institución, a través de mecanismos efectivos de prevención, control y sanción que correspondan, para lo cual se deberá contar con la colaboración de las autoridades competentes.

c) Asimismo, teniendo en consideración que esta es la primera sentencia del Tribunal Constitucional sobre hacinamiento carcelario en la que ha identificado una violación sistemática de derechos fundamentales de las personas recluidas en prisión en el Perú, es indispensable fijar un plazo razonable para que las autoridades públicas competentes, empezando por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *restablezcan* su capacidad operativa y empiecen a mostrar cambios relevantes en el sistema penitenciario nacional. Por ello, considerando que ya se van a cumplir 4 años de la declaratoria de emergencia del sistema penitenciario, en el que se han debido adoptar decisiones de cambios en dicho sistema (las que

se van a ampliar, reforzar, modificar o replantear sustancialmente como consecuencia de lo que aquí dispuesto), resulta razonable establecer el plazo de 5 años para efectivizar tales decisiones tendientes a superar progresivamente el estado de cosas inconstitucional aquí identificado.

d) De no adoptarse las medidas suficientes que superen dicho estado de cosas inconstitucional, en el plazo de 5 años, estos deberán ser cerrados por la autoridad competente, hasta que se garanticen las condiciones indispensables de reclusión, asumiendo la responsabilidad de la omisión o deficiencia las respectivas instituciones públicas, empezando por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Dicho cierre empezará por los 6 establecimientos penitenciarios de mayor hacinamiento en el Perú: Chanchamayo (553 %), de Jaen (522 %), del Callao (471 %), de Camaná (453 %), de Abancay (398 %) y Miguel Castro Castro (375 %), o aquellos 6 establecimientos penitenciarios que al vencimiento de dicho plazo tengan los mayores niveles de hacinamiento.

   La medida de cierre de un establecimiento penitenciario, que efectivizará la respectiva autoridad administrativa, tiene plena justificación cuando se trata de graves, permanentes, históricas y sistemáticas violaciones a los derechos fundamentales de todo un colectivo de personas privadas de libertad. Ello no implica disponer la libertad de tales personas, sino medidas tales como el cierre temporal del establecimiento penitenciario para el ingreso de nuevos internos, el cierre temporal del establecimiento penitenciario con traslado de los internos a otros establecimientos penitenciarios sin hacinamiento, entre otras, según se trate del nivel de hacinamiento. Una muestra de dicha posibilidad se ha presentado recientemente a raíz de la emergencia sanitaria por COVID-19. Mediante Resolución 086-2020-INPE/P del 5 de abril de 2020, el INPE dispuso cierre temporal del establecimiento penitenciario del Callao, Oficina Regional Lima, a fin de prevenir la propagación del Covid-19, y se encargó al director de dicha oficina determine el establecimiento penitenciario en donde se internarán a aquellas personas privadas de libertad que sean clasificados en la citada dependencia penitenciaria, teniendo en consideración el perfil, régimen, etapa y niveles de seguridad.

   Es claro que la medida de cierre de un establecimiento penitenciario es grave, pero también lo es actual situación que afrontan las personas privadas de libertad. Si las respectivas autoridades administrativas han omitido o han actuado deficientemente en la tarea de remover las situaciones de hacinamiento penitenciario, el Tribunal Constitucional, en tanto órgano de control de la Constitución, tiene el deber de adoptar medidas que tiendan al *restablecimiento* de la capacidad operativa de tales autoridades administrativas en la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

   Precisamente por ello, el Tribunal Constitucional ha asumido la decisión de controlar cada 6 meses, mediante audiencias públicas de supervisión, el cumplimiento de lo aquí dispuesto.

Análisis del caso en concreto

108. En el caso de autos, se alega que las enfermedades que padece el actor se han agravado debido a una falta de atención o atención inoportuna por parte de la Administración del Establecimiento Penitenciario de Tacna, cuyo director es don Gregorio Bonifacio Tacuri Galindo, y el médico del área de salud encargado es don Luis Alberto Herrera Pimpincos.

109. Al respecto, en el Acta de Junta Médica Penitenciaria 20-2013, de fecha 13 de abril de 2013, luego de examinar al interno, se detalla el diagnóstico: "sintomático respiratorio examinado de TBC"; y en observaciones se precisa que previamente a su evaluación por el neumólogo, debe cumplir con los exámenes auxiliares (fojas 16).

110. En esa línea, se tiene que de acuerdo con los términos del Acta de consejo Técnico Penitenciario 03-2013, de fecha 3 de mayo de 2013, se autorizó la evaluación especializada que solicitó el interno previos exámenes auxiliares correspondientes, por lo que dichos exámenes sobre investigación bacteriológica en tuberculosis practicados al actor por el Ministerio de Salud se efectuaron el 14 y 15 de mayo de 2013 (folios 22 y 23), arrojando un resultado negativo, y que dada su condición clínica invariable en ese momento no se dio mérito a la evaluación especializada (neumología), salvo posterior complicación o persistencia del cuadro lo que no ha sucedido a la fecha (fojas 12).

111. Además, se aprecia del Informe Médico 072-2014-INPE/19-331-SS, de fecha 12 de setiembre de 2014, que el interno ha sido atendido en seis oportunidades en fechas 29 de marzo de 2012 (resfrío común), 13 de abril de 2013 (sintomático respiratorio reinfección TBC), 27 de mayo de 2013 (sintomático respiratorio examinado en evaluación, reinfección TBC), 2 de agosto de 2013 (bronquitis aguda), 15 de mayo de 2014 (amigdalitis aguda) y 23 de julio de 2014 (F.A.G.A.), habiéndole suministrado los medicamentos para su recuperación.

112. Por consiguiente, este Tribunal considera que el recurrente ha recibido la atención médica adecuada respecto de sus enfermedades, conforme a las condiciones que brinda el área de salud de la Administración Penitenciaria; la que determinó que el actor contaba con condición clínica estable invariable y que no había razón que amerite una evaluación especializada. Por consiguiente, este extremo de la demanda debe ser desestimado, dejando a salvo el derecho del recurrente de solicitar la atención médica que resulte necesaria.

113. Ahora, con relación al alegato de la demanda que refiere que el actor ha solicitado una específica atención médica por un especialista, se aprecia que de fojas 24 de autos obra la solicitud sobre "visita médica en un ambiente-dormitorio", y que, al respecto, el citado director del establecimiento penitenciario ha señalado que, con fecha 12 de setiembre de 2014, ha recibido dicha solicitud pese a que el interno tiene conocimiento de que las atenciones médicas se realizan en el tópico del establecimiento penitenciario.

114. De la revisión de autos no consta que dicha solicitud de atención médica haya sido respondida por la Administración Penitenciaria y notificada al interno. En tal sentido, corresponde estimar este extremo de la demanda, pues la Administración Penitenciaria tiene la obligación de responder las solicitudes de los internos, realizar todos aquellos actos que sean necesarios para evaluar el contenido de lo solicitado y expresar el pronunciamiento correspondiente, el mismo que contendrá los motivos por los que se acuerda acceder o no a lo peticionado, lo que será notificado por escrito al interno. Las personas recluidas en un establecimiento penitenciario tienen también el derecho de petición previsto en el artículo 2, inciso 20, de la Constitución, el que se examina en el presente proceso de habeas corpus por encontrarse relacionado con el derecho a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto de la forma y condiciones en que cumple la pena.

115. De otro lado, en cuanto al cuestionamiento del actor referido a los informes desfavorables emitidos por la asistenta social del citado establecimiento penitenciario, es pertinente advertir que aquellos, por sí mismos, no guardan una relación directa con el agravamiento de la reclusión del interno, pues es el consejo técnico penitenciario del establecimiento penitenciario el que a través del acta de consejo técnico aprueba la progresión, permanencia o regresión del interno en el régimen penitenciario. Además, las referidas actas de consejo técnico se sustentan en un informe integral de evaluación semestral del interno, que contiene varios aspectos de evaluación a efectos de la determinación del calificativo integral favorable o desfavorable, como son, entre otros, las actividades de trabajo y estudio y la evaluación psicológica.

116. En el caso de autos no se ha acreditado la existencia de informes desfavorables emitidos por el área social que hayan sido emitidos de manera arbitraria; por el contrario, a fojas 27 de autos obra la Constancia de Régimen de Vida del actor que refiere que este presenta una conducta reacia al tratamiento penitenciario y que no realiza las actividades de trabajo y estudio, ni asiste a los seguimientos psicológico, legal y social. Por consiguiente, este extremo de la demanda debe ser desestimado.

117. En lo que respecta al extremo de la demanda que cuestiona el supuesto hecho de que el interno pernocta en el suelo del establecimiento penitenciario, cabe señalar que dicha denuncia no ha sido constatada por el juez del *habeas corpus* al recibir su declaración indagatoria al interior del establecimiento penitenciario. No obstante, oficialmente el INPE, a febrero del 2020, indica en la información que brinda a la ciudadanía que dicho establecimiento penitenciario se encuentra hacinado con una tasa de sobrepoblación de 355%.

118. Tal es así que el director de dicho establecimiento penitenciario, en su momento, aseveró en la declaración rendida ante el juez del *habeas corpus* que estaba gestionando los trámites de remodelación y ampliación del penal y que se estaba cumpliendo con el abastecimiento de colchones para los internos, lo cual guarda relación con las instrumentales que obran de fojas 28 a 41 y, muy significativamente, con la orden de

compra de colchones que obra a fojas 25 de autos. Sin embargo, pese a tales esfuerzos, dicha situación, de acuerdo a lo expuesto en esa sentencia, no se condice con el deber de protección de las autoridades penitenciarias que se materializa en el conjunto de medidas necesarias e indispensables para preservar los derechos constitucionales de los recluidos en establecimientos penitenciarios, distintos de la libertad personal y que no han sido restringidos.

119. En este sentido, este Tribunal entiende que corresponde al director del establecimiento penitenciario antes mencionado constatar la condición en la que el demandante pernocta y dotarle de los objetos necesarios que la Administración Penitenciaria pueda brindarle, agotando todas las alternativas posibles con las que efectivamente cuente, en el ámbito de sus competencias.

120. Por lo expuesto, este Tribunal declara que en este último extremo se ha acreditado la afectación del derecho a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto de la forma y condiciones en que C.C.B. cumple la pena que le fue impuesta.

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 del interno C.C.B., por la vulneración de su derecho a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto de la forma y condiciones en que cumple la pena en el Establecimiento Penitenciario de Tacna y ordenar a su director adoptar las medidas necesarias para superar dicha afectación.

2. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda del interno C.C.B., por la vulneración de su derecho de petición y ordenar al director del Establecimiento Penitenciario de Tacna que dé respuesta por escrito e inmediata al pedido del interno. En tal sentido, la Administración Penitenciaria tiene la obligación de responder las solicitudes de los internos, realizar todos aquellos actos que sean necesarios para evaluar el contenido de lo solicitado y expresar el pronunciamiento correspondiente, el mismo que contendrá los motivos por los que se acuerda acceder o no a lo peticionado.

3. **DECLARAR** que existe un estado de cosas inconstitucional respecto del permanente y crítico hacinamiento de los establecimientos penitenciarios y las severas deficiencias en la capacidad de albergue, calidad de su infraestructura e instalaciones sanitarias, de salud, de seguridad, entre otros servicios básicos, a nivel nacional.

4. Declarar que las alternativas de solución a los problemas de hacinamiento carcelario en el Perú exigen el trabajo conjunto y coordinado del Poder Legislativo, Poder Judicial y Poder Ejecutivo, entre otros, así como la participación de la sociedad en general.

5. Exhortar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para que elabore un nuevo Plan Nacional de la Política Penitenciaria 2021-2025, con características de política de Estado, que deberá elaborarse en un plazo no mayor a 3 meses, desde la fecha de publicación de la presente sentencia, e incluir, de manera prioritaria, las medidas referidas en el fundamento 107.b de la presente sentencia.

6. Teniendo en cuenta que, actualmente, el Sistema Penitenciario y el Instituto Nacional Penitenciario (INPE) han sido declarados en emergencia, se debe exhortar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para que evalúe, en un plazo no mayor a 3 meses desde la fecha de publicación de la presente sentencia, ampliar, modificar o replantear sustancialmente las medidas que resulten necesarias e indispensables para superar progresivamente dicho estado de cosas inconstitucional, así como evaluar la decisión de reestructurar integralmente el INPE, a fin de redimensionar el tratamiento penitenciario con fines de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

7. Declarar que si, en el plazo de 5 años, que vencerá en el año 2025, no se han adoptado las medidas suficientes para superar dicho estado de cosas inconstitucional, estos deberán ser cerrados por la respectiva autoridad administrativa, lo que podría implicar el cierre temporal del establecimiento penitenciario para el ingreso de nuevos internos, el cierre temporal del establecimiento penitenciario con traslado de los internos a otros establecimientos penitenciarios sin hacinamiento, entre otras medidas, según se trate del nivel de hacinamiento, y hasta que se garanticen las condiciones indispensables de reclusión, asumiendo la responsabilidad de la omisión o deficiencia las respectivas instituciones públicas, empezando por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Dicho cierre empezará por los 6 establecimientos penitenciarios de mayor hacinamiento en el Perú: Chanchamayo (553 %), de Jaen (522 %), del Callao (471 %), de Camaná (453 %), de Abancay (398 %) y Miguel Castro Castro (375 %), o aquellos 6 establecimientos penitenciarios que al vencimiento de dicho plazo tengan los mayores niveles de hacinamiento.

8. Exhortar a que el Ministerio de Economía y Finanzas adopte las medidas necesarias para asegurar los recursos económicos que permitan dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente sentencia.

9. Exhortar al Poder Judicial, en el marco de sus competencias, a identificar un adecuado nivel de equilibro entre los principios y derechos que se encuentran involucrados al dictar las prisiones preventivas.

   Las cárceles deben ser pobladas preferentemente por personas que hayan cometidos delitos graves que impliquen peligro social. No resulta coherente que personas que han cometido otros delitos, que pueden cumplir penas alternativas a la privación de libertad, terminen siendo privados de su libertad de la misma forma que aquellas personas que han cometido delitos graves.

10. El control de lo aquí dispuesto estará a cargo de la Comisión de Seguimiento y Cumplimiento de sentencias del Tribunal Constitucional. Conforme a ello, el Tribunal Constitucional realizará audiencias públicas de supervisión cada 6 meses, contados a partir de la fecha de publicación de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

1. Con absoluto respeto que espero asì se entienda, debo empezar mi texto señalando que esta sentencia surge para cubrir un error. Y es que los jueces o juezas constitucionales siempre deben tener tener cuidado de buscar precisiòn en sus afirmaciones. Y cuando con la mejor intenciòn se propone que hay que acabar con el hacinamiento de las càrceles en la època de una pandemia, aparecen varias preguntas y posibilidades de acciòn: si el tema era aplicable a procesados o no, si habrìa materias que no permitìan el indulto o la conmutaciòn, o la medida sugerida o no (pues al principio ni siquiera estaba claramente establecida la medida a plantear o no). Y por ende, varias posibilidades de actuaciòn: no olvidemos por ejemplo còmo en este contexto, varios procesados por delitos de corrupciòn quisieron aprovechar la afirmaciòn realizada, planteando demandas de Habeas Corpus por la afirmaciòn que se hizo, por quienes en puridad no estaban autorizados a hacerlo. El hacinamiento es sin duda un gran problema, pero tomando en cuenta la labor de hoy de un(a) juez(a) constitucional merece promover una respuesta dialògica producto de un amplio intercambio de ideas, y no con una afirmaciòn insfucientemente sustentada.

2. Y es que un(a) juez (a) constitucional no puede desenvolverse en el àmbito de la especulaciòn (me parece que algunos abogados pueden hacer lobbies sobre ciertos magistrados, creo que algunos quieren presionarme a resolver en un sentido en un caso delicado). Tampoco puede manejarse aquí lamentablemente aún sin intención algo que puede entenderse como un doble discurso (por ejemplo, yo voy contra la corrupciòn pero no me preocupo en resolver los procedimientos administrativos sancionadores en trámite, ni me dedico a determinar las razones y las responsabilidades de quienes con su negligencia los dejaron prescribir). La concretización de la Constitución. como bien dijo Hesse, que es la labor de jueces y juezas constitucionales, requiere respuestas completas, entendidas como aquellas donde se hayan contrastado todas las interpretaciones constitucionales posibles con la prudencia y la suficiencia conceptual.

3. Ahora bien, y luego del error cometido trata de salvarse la equivocación inicial, incurriendo en otro error. Sin tomar en cuenta todas las aristas de un problema harto complejo (ni sus posibles soluciones) y sin coordinar con los esfuerzos que vienen haciéndose al respecto desde otras reparticiones del Estado, incluso desde la sociedad civil, se emite una sentencia que declara un estado de cosas inconstitucional y se reserva la posibilidad de controlar ciertas políticas públicas al respecto. No se convoca a nadie. No se promueve el debate. Se resuelve sólo una sentencia que, por la manera abordada, exigía un tratamiento amplio y dialógico.

4. Sin duda es bueno que un Tribunal Constitucional declare un "estado de cosas inconstitucional" cuando lo asuma necesario. De otro lado, no se discute que una sentencia de

este Alto Tribunal se proponga controlar políticas públicas(en ese sentido SSTC 0014-2014-PI, y otros (acumulados), y SSTC 03228-2012-AA, entre otras), aunque hubiese sido adecuado que lo haga en base a los criterios que más recientemente se han ido consolidando al respecto, los cuales en muchos casos le ha permitido tener parámetros claros en el control de políticas públicas (en ese sentido, por ejemplo, STC 0033-2010-PI, fj 29; y 03228-2012-PA/TC, fj 39, entre otras), control no siempre aceptado con facilidad al inicio por quienes son controlados, pero que progresivamente ha ido constituyéndose así un interesante y útil "test" diferente o mínimo para el control de las políticas públicas.

5. De este modo, y siempre conforme a lo dicho por la jurisprudencia de este mismo Tribunal Constitucional, la judicatura constitucional es competente para evaluar cuando menos lo siguiente, al momento de hacer el control de constitucionalidad de las políticas públicas:

   Déficits de existencia: si se ha obviado la formulación de un plan o política que enfrente determinado problema relativo a al derecho fundamental que se alega afectado.

   Déficits de ejecución: si no se han realizado o materializado efectivamente los planes adecuadamente formulados.

   Déficits de consideración suficiente: en caso se haya desatendido las dimensiones o principios relevantes del derecho invocado en la formulación o implementación de las políticas públicas pertinentes.

   Déficits de respeto suficiente: que, a diferencia de los déficits de consideración, aluden a trasgresiones graves o manifiestas del derecho invocado. Los déficits de respeto suficiente, a su vez, pueden ser *déficits de violación manifiesta*, en caso se haya establecido políticas claramente contrarias a los principios que rigen el derecho fundamental alegado; *déficits de razonabilidad*, si se han adoptado de medidas claramente inconducentes; y *déficits de protección básica o elemental*, con respecto a políticas insuficientes para el cumplimiento de determinados objetivos prioritarios del derecho en cuestión.

   Déficits de confrontación de problemas estructurales: en caso no se haya enfrentado asuntos que impiden la ejecución efectiva de las políticas públicas y terminen generando resultados negativos en el derecho eventualmente afectado. Estos, entre otros, pueden ser *déficits de participación política*, si se ha adoptado una política pública referida al derecho sin permitir la participación de la sociedad civil o de los directamente afectados por ella; *déficits de transparencia*, si no existe información pública actual y accesible sobre las políticas públicas y su ejecución; *déficits de control*, si no se han establecido o implementado debidamente formas supervisión o mecanismos de rendición de cuentas respecto a las políticas implementadas; *déficits de evaluación de impacto*, si se ha procedido sin establecer líneas de base o indicadores con enfoque de derechos que permitan evaluar los impactos de la política pública en el goce efectivo del derecho analizado.

6. Como también se ha señalado antes, este constituye un "test mínimo" o "formal", en la medida que circunscribe la actividad de control constitucional tan solo a estos estándares básicos, sin que quepa a la judicatura constitucional fijar de inicio, y con carácter perentorio, el contenido y desarrollo específico o máximo que le correspondería tener a las políticas públicas que son objeto de evaluación. Es, asimismo, un test de "déficits", en función a que básicamente se pretende evaluar el incumplimiento o el cumplimiento deficiente de los estándares planteados, mas no, en principio, busca determinar los exactos contornos ni los posibles alcances de las políticas institucionales bajo examen. Finalmente, es un test "deferente" con los actores institucionales más directamente involucrados con el establecimiento y la concreción de las políticas públicas, pues es respetuoso de las competencias constitucionales propias y ajenas, y, a la vez, no claudica en la tarea de realizar un control exigente, dirigido a la satisfacción de los diferentes derechos involucrados.

7. Ahora bien, y con base a las pautas arriba indicadas, me parece claro que hubiera sido conveniente y posible establecer, con mayor precisión y legitimidad, ciertas prescripciones relacionadas con el "estado de cosas inconstitucional" que ha sido declarado en esta sentencia.

8. Así, hubiera sido necesario esclarecer si los órganos aludidos son los únicos responsables del estado de cosas declarado inconstitucional (para detectar, por ejemplo, otros *déficits de existencia*), conocer por qué en los hechos los planes previamente existentes no fueron finalmente concretados (*déficits de ejecución*) y si tales planes eran realmente suficientes para la tutela efectiva de derechos involucrados (*déficits de consideración* y *de respeto suficientes*). En especial, hubiera sido necesario conocer si hoy en día existen nuevos planes para enfrentar los problemas de hacinamiento y las pésimas condiciones carcelarias (como ha manifestado públicamente el Gobierno) y si las razones para el incumplimiento de los anteriores planes aún persisten. Asimismo, pudiera haberse incluido algunos indicadores relevantes que deben ser alcanzados antes del plazo de cinco años (que han sido establecidos "monológicamente" por el Tribunal), lo cual requería un conocimiento más preciso acerca de los actuales propósitos y planes por parte de los órganos encargados (para evitar *déficits de control* y *de evaluación de impacto*), entre otras consideraciones que, me parece, hubieran ayudado a precisar los alcances de lo resuelto y que, precisamente, surgen del "test mínimo para el control constitucional de las políticas públicas". Desafortunadamente se cae en una sentencia con un sentido con cuya conclusión se quiere concluir, pero que, por correr por cubrir un error inicial, desaprovecha la posibilidad de posicionamiento que debió tener para construir s respuesta, y se limita, y dicho con todo respeto, por ratos con insuficiente rigurosidad, a plantear el uso de controles con que cuenta el Tribunal, pero casi garantizando su real ineficacia en casos como éste.

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Concuerdo con declarar la demanda **FUNDADA**, ya que, en este caso, se ha vulnerado el derecho a no ser recluido en condiciones carentes de razonabilidad y proporcionalidad; sin embargo, discrepo de los puntos resolutivos 3 al 10 de la sentencia, que van mucho más allá.

El artículo 1 del Código Procesal Constitucional señala que los procesos de habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento:

> tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, *reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional* [*énfasis* añadido].

El fin de estos procesos es, pues, restablecer el ejercicio de los derechos constitucionales, dejando sin efecto los actos específicos que los vulneran en un caso concreto. Lamentablemente, la sentencia desnaturaliza dicho fin, al pronunciarse sobre una situación estructural.

La sentencia da órdenes al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, al Instituto Nacional Penitenciario, y al Ministerio de Economía y Finanzas, que no han participado en el proceso. Sin escucharlos, no debiera responsabilizarlos por el hacinamiento de los penales.

¿Qué hay de la legislación sobre prisión preventiva y su aplicación draconiana por los jueces, a pedido de los fiscales y los medios de comunicación? La jurisprudencia constitucional, ¿no tendrá también parte de responsabilidad en esta penosa y lamentable situación?

Es evidente que los penales están hacinados, pero no el porqué. Si el Tribunal Constitucional se equivoca en el diagnóstico del problema, generará frustración en la ciudadanía y, consecuentemente, la enajenará respecto del orden constitucional.

El Tribunal Constitucional debe reconocer los límites que tiene su comprensión de los problemas nacionales, y el rol que la Constitución y la ley le asignan; no dejarse ganar por la indignación y usurpar el rol de gobierno de los poderes elegidos.

En una democracia, solo el Congreso y el Poder Ejecutivo deben formular políticas públicas; a los jueces nos corresponde, únicamente, resolver los casos concretos que se someten a nuestra consideración. No estamos autorizados por la Constitución y la ley a hacer nada más.

Por ello, mi voto es por declarar **FUNDADA** la demanda de autos, sin añadir declaraciones ajenas al caso.

S.
SARDÓN DE TABOADA

Pleno. Sentencia 411/2020

EXP. N.º 03882-2016-PHC/TC Y
EXP. N.° 4038-2016-PHC/TC
CAJAMARCA
MÁXIMA ACUÑA ATALAYA Y OTRO

Con fecha 30 de julio de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, ha emitido la siguiente sentencia, que declara **FUNDADA** e **IMPROCEDENTE** la demanda de *habeas corpus*.

Asimismo, los magistrados Miranda Canales, Blume Fortini y Ramos Núñez formularon sus fundamentos de voto y los magistrados Ferrero Costa y Sardón de Taboada emitieron sus votos singulares.

La secretaría del Pleno deja constancia que los votos mencionados se adjuntan a la sentencia y que los señores magistrados proceden a firmar digitalmente la presente en señal de conformidad

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 30 días del mes de julio de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ramos Núñez, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Miranda Canales, Blume Fortini y Ramos Núñez, y el voto singular en conjunto de los magistrados Ferrero Costa y Sardón de Taboada.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Mirtha E. Vásquez Chuquilín, en favor de doña Máxima Acuña Atalaya y don Jaime Chaupe Lozano, contra la resolución de fojas 1005, de fecha 17 de mayo de 2016, expedida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca. Allí se declaró improcedente la demanda de *habeas corpus* de autos.

ANTECEDENTES

Expediente N.° 04038-2016-PHC/TC

Con fecha 5 de febrero de 2016, doña Máxima Acuña Atalaya interpone demanda de habeas corpus contra la Minera Yanacocha SRL (fojas 1 a 7). Señala que es propietaria y posesionaria del predio denominado Tragadero Grande ubicado en el distrito de Sorochuco, provincia de Celendín, región Cajamarca, según consta en los documentos de transferencia de dominio (fojas 9 y 10) y certificado de posesión (a fojas 11) que adjunta.

La recurrente solicita el cese de los actos de hostilización en contra de ella y de su familia. En este sentido alega que, a partir del mes de enero de 2016, y con un ánimo tendiente a efectuar seguimiento y vigilancia sobre las actividades que realiza, la parte demandada ha hecho sobrevolar en el predio que reside un vehículo aéreo no tripulado comúnmente denominado "dron" (videograbación a fojas 29) y ha colocado una cámara de vigilancia en el límite de su propiedad y el predio de dominio de la empresa (fotografías a fojas 30 y 31). En este respecto, el Acta de Visualización de CD (fojas 319 y 320) da cuenta de la evidencia del mencionado dispositivo sobrevolando la zona aledaña al domicilio de la demandante mas no se situó dentro de "los aires" de la casa ocupada por la demandante (sic). Asimismo, y en la diligencia de constatación realizada el 8 de abril de 2016, se comprobó la presencia de la cámara de video vigilancia localizada en el área aledaña al domicilio de la demandante (fojas 324 a 333).

Por otro lado, la demandante sostiene que la empresa minera ha colocado tranqueras con vigilancia que controlan el paso por la única vía que la demandante hace uso para poder desplazarse (carretera Sorochuco-Santa Rosa).

Con fecha 14 de marzo de 2016, Minera Yanacocha SRL contestó la demanda. Sostiene que en agosto de 2011 la demandante obtuvo precariamente la posesión de un terreno inscrito a nombre de la demandada, levantando la vivienda que actualmente existe allí (fotografías aéreas a fojas 189 a 196) y que es materia de varios procesos judiciales, entre ellos un proceso penal por el presunto delito de usurpación (recaído en el Expediente Nº 00191-2014), un proceso civil de reivindicación (recaído en el Expediente Nº 015-2015), y otro proceso civil de interdicto de retener.

Respecto al uso del dron, la empresa ha sostenido que el vuelo del referido aparato fue efectuado por la empresa vendedora de dicho dispositivo y que ello ocurrió en una sola oportunidad el día 19 de enero de 2016, día en el que, y mediante un vuelo de prueba de 10 minutos, analizó su adquisición (según señala a fojas 243). Sobre la colocación de la cámara, la parte demandada ha manifestado que su uso tiene por finalidad defender su propiedad, instalaciones, bienes y amenazas a su personal que labora en esa zona (fotografía de los daños de fojas 228 a 234), pues alega que la familia de la señora Máxima Acuña y terceros han ingresado sin autorización a sus predios generando daños a través de distintos actos atentatorios (según señala de fojas 243 a 272). Asimismo, agrega que las imágenes captadas por la cámara de vigilancia son "las mismas que cualquier transeúnte de la zona podría aprecia pasando por el lugar" (foja 277) y que, según consta en el Acta de Constatación (fojas 315 a 318) no se encuentra camuflada con ningún objeto.

Expediente N.° 03882-2016-PHC/TC

Con fecha 5 de junio de 2015, doña Máxima Acuña Atalaya interpone demanda de habeas corpus contra la Minera Yanacocha SRL (fojas 23 a 26). La demandante señala que se ha vulnerado su derecho al libre tránsito y, por lo tanto, su acceso al predio denominado Tragadero Grande, ubicado en el distrito de Sorochuco, provincia de Celendín, región Cajamarca, de la cual es posesionaria (certificado de posesión a fojas 3 y documento de transferencia de dominio de posesión a fojas 4 y 5).

En este sentido, solicita el cese de los actos de la empresa demandada en contra de ella y de su familia, señalando que Minera Yanacocha impide su acceso al domicilio donde residen y ha instalado cercos de metal alrededor de su propiedad que los ha encerrado físicamente. Además, sostiene que la empresa minera ha instalado tranqueras, cercos perimétricos de metal y puestos de vigilancia que controlan el paso por la única vía que la demandante hace uso para poder desplazarse (carretera Sorochuco-Santa Rosa). Asimismo, indica que las tranqueras han sido colocadas en la "continuación de la carretera que conduce de Santa Rosa a Sorochuco", vía que es de uso público para desplazarse al distrito de Sorochuco (foja 1022).

La recurrente agrega que, desde hace varios años, la empresa Minera Yanacocha viene realizando actos de hostilización en contra de ella y su familia, intentando entrar violentamente a su propiedad e incluso iniciando un proceso penal por el presunto delito de usurpación en contra de la demandante y su familia (proceso del cual fue absuelta en segunda instancia, a fojas 21). Asimismo, agrega que, al colocar los cercos metálicos, la empresa minera ha cortado caminos ancestrales de la zona.

Con fecha 15 de junio de 2015, Minera Yanacocha contestó la demanda. Solicita se declare infundada la demanda de habeas corpus, sosteniendo para elloque los beneficiarios confunden como actos de supuesto impedimento del libre tránsito el ejercicio del derecho de posesión sobre la propiedad privada de la empresa (fojas 526 a 533). En este sentido, señala ser propietaria de dos predios: del predio rustico Cocañes y las Faldas Eriazas del Cerro El Perol inscrito en Partida Electrónica N° 02288187 (a fojas 58); y del predio ubicado entre los parajes Cerro Cocañes y El Perol inscrito en Partida Electrónica N° 02281452 (a fojas a fojas 57). Asimismo, alega que la parte demandante obtuvo precariamente la posesión de un terreno inscrito a nombre de la demandada, levantando la vivienda que actualmente existe allí y que es materia de varios procesos judiciales, entre ellos un proceso penal por el presunto delito de usurpación (recaído en el Expediente Nº 00191-2014), un proceso civil de reivindicación (recaído en el Expediente Nº 015-2015), y otro proceso civil de interdicto de retener.

En este respecto, la demandada niega que los demandantes hayan sido absueltos del proceso penal en su contra, por cuanto el proceso penal no ha concluido, al encontrarse en trámite el recurso de casación excepcional interpuesta contra la sentencia de segunda instancia o grado como se evidencia en la Ejecutoria del 20 de abril de 2015, emitida por la Sala Penal Permanente de Cajamarca (Queja N° 61-2015, a fojas 457).

Por otro lado, aclara que la carretera que conduce al distrito de Santa Rosa fue construida por y para el uso de Minera Yanacocha SRL para facilitar sus labores de exploración (foja 468). Asimismo, cita el Oficio N° 252-2013-MTC/14, emitido por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Allí donde el Director General de la Dirección General de Caminos y Ferocarriles del ministerio recientemente mencionado acredita que ni la vía ni la garita de seguridad interfieren ni forman parte de rutas públicas (foja 475).

Respecto al uso de tranqueras, Minera Yanacocha SRL contestó la demanda sosteniendo que había colocado cercos metálicos para destinar áreas del predio de su propiedad ubicado entre los Parajes Cerros Cocañes y El Perol a la crianza de alpacas, iniciativa correspondiente a un proyecto piloto de crianza de animales como alternativa de ingreso de las poblaciones vecinas al proyecto Conga. En este sentido, y de acuerdo al mapa que adjuntan de la zona (foja 468), esto no puede implicar una restricción al derecho al libre tránsito, por cuanto los cercos se encuentran dentro de la propiedad privada de la empresa. Además, alegan que los cercos no cortan camino ancestral alguno, puesto que se evidencia que esa vía ha sido muy poco transitada (fojas 583 a 589) y no está reconocida como tal.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. Los demandantes solicitan el cese de los actos de hostilización traducidos en actos de vigilancia y seguimiento de las actividades que realiza y la de su familia. Los actos de hostilización estarían referidos a:

   1) la colocación de una cámara de video vigilancia a 300 metros de su vivienda.

   2) el hecho de hacer sobrevolar un "DRONE" encima de su predio.

   3) el uso de tranqueras en la vía a Sorochuco.

   La recurrente alega la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y la libertad de tránsito.

2. No obstante, ello, este Tribunal, de la revisión de los actuados, observa que este Colegiado considera que los derechos implicados son el derecho a la vida privada y la libertad de tránsito.

Procedencia de la demanda

3. Mediante demanda de habeas corpus es permisible tutelar la libertad procesal y los derechos conexos con ésta. La Constitución y el Código Procesal Constitucional han desarrollado diversos supuestos que deben protegerse a través de dicha vía.

4. En el presente caso se alega como vulnerado el derecho a la libertad de tránsito y a la vida privada. Al respecto, en relación con los derechos invocados, se tiene que en el artículo 25, inciso 6 del Código Procesal Constitucional se prevé la protección directa del derecho a la libertad de tránsito a través de este proceso, mientras que en el último párrafo del mencionado artículo 25 se prescribe la tutela de derechos conexos, que en este caso sería el supuesto en el que se encuentra derecho a la vida privada.

5. Además de lo indicado, el Tribunal Constitucional ya ha señalado anteriormente, de manera expresa, que los casos de video vigilancia o seguimiento a través de cámaras de vídeo, constituyen formas de intervención menores de la libertad personal o la libertad de tránsito, las cuales pueden ser ventiladas a través de la vía del hábeas corpus restringido (STC 00673-2013-PHC y RTC 01348-2012-PHC).

Consideraciones del Tribunal Constitucional sobre la libertad de tránsito

6. En el caso de autos los demandantes alegan la restricción de su derecho al libre tránsito respecto a su domicilio, el predio denominado Tragadero Grande, el cual se encuentra ubicado en la zona denominada Chugurmayo, distrito de Sorochuco, provincia de Celendín, región Cajamarca. Asimismo, los beneficiarios alegan la restricción del derecho al libre tránsito a través de la "carretera" (sic) que conduce al distrito de Santa Rosa.

7. En este respecto, los demandantes alegan: 1) ser posesionarios y propietarios del mencionado predio, conforme a la copia del certificado de posesión y del documento privado de compraventa acompañados al escrito de la demanda; 2) la empresa minera Yanacocha S. R. L. ha colocado cercos de metal alrededor del citado predio, lo cual ha restringido el derecho al libre tránsito de los beneficiarios respecto de su domicilio ubicado en el citado predio; 3) la aludida empresa ha cerrado la salida con la que contaban los beneficiarios hacia el "camino ancestral que conduce a Sorochuco" (sic); y, 4) existe una carretera que conduce al distrito de Santa Rosa y que se ubica al costado del predio de los favorecidos; no obstante ello, la empresa ha restringido su libre tránsito al colocar tranqueras y vigilancia, pues tras arreglarla (acondicionarla) cree que dicha vía es de su propiedad.

8. Por su parte, la demandada señala que los favorecidos tienen la condición de invasores dentro de una propiedad privada que le pertenece. Asimismo, alega que los beneficiarios confunden como actos de supuesto impedimento del libre tránsito el ejercicio del derecho de posesión sobre la propiedad privada de la empresa.

9. Sobre el particular, cabe precisar que, si bien el habeas corpus tutela el derecho al libre tránsito, para que esta garantía sea eficaz debe constar de autos la existencia y validez legal de la alegada vía, lo cual no acontece en el presente caso. No obstante, de los actuados se aprecia que los hechos denunciados no se encuentran relacionados con la tutela del derecho a la libertad de tránsito respecto del domicilio de los favorecidos, sino con el derecho de posesión del mencionado predio.

10. En efecto, conforme se aprecia de las copias de los DNI de los beneficiarios su domicilio se encuentra en el caserío Amarcucho, distrito de Sorochuco (f. 1 y 2), lugar distinto al invocado mediante el presente *habeas corpus*. Por este motivo, cabe declarar la improcedencia de este extremo del recurso, máxime si de autos tampoco se acredita que exista imposibilidad absoluta de que los favorecidos puedan ingresar o salir del predio.

11. Ahora bien, respecto a la alegada restricción del derecho al libre tránsito a través de la carretera que conduce al distrito de Santa Rosa y la supuesta restricción del tránsito a través del camino ancestral que conduce a Sorochuco, se advierte de autos que no se encuentra acreditada la existencia y validez legal de dichas vías (sea como vías públicas o privadas de uso público o común). Por consiguiente, no corresponde continuar con el análisis constitucional respecto a la pertinencia de reponer el derecho al libre tránsito en cuanto a este extremo del recurso.

12. Al no determinarse la vulneración o amenaza de vulneración del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de tránsito, la pretensión de la demandante analizada *supra* no puede ser protegida a través del proceso constitucional invocado. Ello, en atención a lo dispuesto por el artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional, el cual prescribe la improcedencia de la demanda cuando los hechos y el petitorio que contiene "no están referidos en forma directa al contenido

constitucionalmente protegido del derecho invocado". En consecuencia, la demanda debe ser desestimada en este extremo.

Consideraciones del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la vida privada

13. Si bien el derecho a la vida privada no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución de 1993, la labor jurisprudencial del Tribunal Constitucional ha suplido tal deficiencia. Asimismo, el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos ha reconocido que "nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación".

14. De acuerdo a lo establecido por este Tribunal, el derecho a la vida privada es un derecho de carácter genérico (STC 06712-2005-PHC), y ha sido entendido en base al *right to be alone* (derecho a estar en soledad) propio del *common law*. En este sentido, se trata de un derecho propio del "ámbito personal en el cual un ser humano tiene la capacidad de desarrollar y fomentar libremente su personalidad"; de esta manera, está constituido "por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño" (STC 06712-2006-PHC).

15. Ahora bien, el carácter disponible del derecho a la vida privada implica entender que este derecho otorga a toda persona la potestad de decidir y, en efecto, disponer "en qué medida pueden ser comunicados a otros sus pensamientos, sentimientos y emociones"[1]. Asimismo, este derecho posee tres ámbitos de protección: el primero, referido a la reserva de conocimiento por parte del sujeto mismo o de un grupo reducido, motivo por el cual se prohíbe el registro arbitrario; el segundo, vinculado al libre desenvolvimiento dentro de la esfera de la vida privada; y el último, referido a la protección durante la obtención, almacenamiento y utilización de la información personal.

16. Por otro lado, la Corte IDH ha señalado en el caso Fontevecchia y D'amico v. Argentina:

> el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública y comprende, entre otras dimensiones, tomar decisiones relacionadas con diversas áreas de la propia vida libremente, tener un espacio de tranquilidad personal, mantener reservados ciertos aspectos de la vida privada y controlar la difusión de información personal hacia el público.

1 NIEVES SALDAÑA, María. *El derecho a la privacidad en los Estados Unidos: Aproximación Diacrónica a los intereses constitucionales en juego*. UNED, Teoría y realidad constitucional, 28, 2011, p. 280.

17. Asimismo, respecto a la acepción de este derecho dirigida a respetar la libertad personal, se ha identificado distintos niveles de protección del derecho a la vida privada: "en primer lugar, el derecho al control automático sobre la inteligencia y la personalidad; en segundo término, la libertad de elección sobre las cuestiones básicas de la propia vida, como el matrimonio, la procreación y la educación de los hijos; y el tercer nivel, representado por la libre elección de los medios para cuidar la persona y la salud"[2].

A. El uso de las nuevas tecnologías

A.1. Cámaras de video vigilancia y su incidencia respecto al caso concreto

18. Conforme al Acta de Constatación (f. 315-318) de fecha 8 de abril de 2016, la cámara de video vigilancia de la empresa se encontraba ubicada aproximadamente a 300 metros de la vivienda de la demandante, localizada en una loma alta que facilitaba la visualización del domicilio. Frente a estas imputaciones, la empresa minera ha sostenido que el uso de la cámara no vulnera o amenaza con vulnerar el derecho a la vida privada de la demandante, en cuanto no registra el interior de su vivienda.

19. Al respecto, es necesario precisar –y sin perjuicio de lo que dirá más adelante respecto del uso de dispositivos "drones"– que el uso de terminales de videograbación, orientados al registro de espacios públicos o privados no son *per se* inconstitucionales, sino que pueden serlo en la medida que impliquen una vulneración irrazonable o desproporcionada de algunos derechos fundamentales. En efecto, puede afirmarse entonces que, en muchas ocasiones, el uso de dispositivos de videograbación se encuentra legitimado, en primer lugar, en manos de las autoridades estatales con la finalidad proteger la seguridad pública, por ejemplo, y por ende pueden utilizados como herramientas efectivas y eficaces para la lucha contra la delincuencia. Tal sería el caso, por ejemplo, del uso de cámaras de seguridad ubicadas en diversas calles o entidades públicas, que son monitoreadas por las autoridades pertinentes, entre varias otras posibilidades.

20. Asimismo, su uso en el ámbito particular puede tener cobertura constitucional cuando se trata de la protección de bienes privados, como es el caso de la protección de la propiedad y la seguridad privadas, por ejemplo. Este sería el caso de la instalación de cámaras de seguridad en domicilios o también en establecimientos privados comerciales.

21. Ahora bien, esta posibilidad de registrar imágenes a través de dispositivos de videograbación solo se justifica si no involucra una injerencia irrazonable o desproporcionada en la vida privada o en la libertad personal de la ciudadanía. De este modo, la existencia de este tipo de dispositivos en ningún caso permitiría, por mencionar algunas posibilidades, con beneficio de inventario, emplear formas de seguimiento o vigilancia que solo corresponderían ser autorizadas judicialmente; tampoco legitimaría el eventual

2 Ibídem. p. 294.

acoso o asechanza a determinadas personas, por medio de cámaras situadas en lugares públicos; ni permitiría formas vedadas de intromisión en los quehaceres personales o en la vida privada y familiar, por ejemplo, a través del registro indebido o innecesario de imágenes en espacios privados.

22. El necesario equilibrio entre estos bienes ha sido puesto de manifiesto por este órgano colegiado, por ejemplo, en la STC 03595-2013-PHC. En dicha ocasión se resolvió lo siguiente:

> En el presente caso, del acta de verificación (fojas 132) se acredita la existencia de una cámara colocada sobre el umbral de la puerta de la notaría que enfocaría la puerta de ingreso al edificio y al garaje; además, se advierte que esta cámara tendría como utilidad la seguridad para la notaría que conduce la demandada y serviría para el resguardo del acervo documentario que obra en dicho lugar; de otro lado, no se ha demostrado que la cámara en mención haya servido o sirva para vigilar a la recurrente y a su familia ni otras personas en su diario transitar por el área en mención, tampoco se ha probado que dicha cámara registre las conversaciones y actividades que realizan, toda vez que tiene un alcance limitado para captar imágenes. Por otra parte, de dicha diligencia también se prueba que la cámara no permite el registro de toda la zona de ingreso común; tampoco la puerta principal de ingreso y salida de sus ocupantes ni la puerta metálica interna ubicada al final de dicha entrada común, lo cual ha sido corroborado con el informe presentado por la empresa INFOCOORP EIRLtda. (fojas 104) además la cámara tiene un ángulo de visión limitado exclusivamente al marco de ingreso al edificio, que enfoca en toda su amplitud solo el acceso de la puerta hacia la notaría; no ofrece una vista panorámica, por lo que no alcanza el área externa al área de la notaría, y tiene un audio nulo porque carece de micrófono; tampoco permite grabar imágenes ni sonido dado que no tiene sistema de almacenamiento y solo registra imágenes en tiempo real; de lo que se concluye que serviría para vigilar el ingreso de las personas que ingresan a la notaría. Por lo expuesto, no se acredita que la cámara en cuestión resulte lesiva de los derechos invocados (…).

23. Señalado ello, en el presente caso se constata que, si bien no se ha invadido de manera física el espacio privado de la demandante, la constante presencia del dispositivo de vigilancia puede devenir en una forma intolerable de vigilancia o seguimiento. En este sentido, la continuidad del uso de la cámara de video vigilancia permitiría revelar detalles privados de la vida personal o familiar que, como en el caso de autos, no necesariamente se desarrollen al interior de la casa y, a la vez, puede significar una forma indebida de constreñimiento a la libertad personal.

24. Por consiguiente, se verifica que el uso de la cámara de video vigilancia por parte de la empresa incide lesiva e injustificadamente en la vida privada y familiar de la demandante, vulnerando de esta manera sus derechos. Por lo tanto, la demanda debe declararse fundada en este extremo.

A.2. Dispositivos dron y su incidencia respecto al caso concreto

25. Los dispositivos dron son parte de una de las categorías de aeronaves no tripuladas; en específico, la denominación *drone* ("zángano", en inglés) es un término proveniente del ámbito militar para referirse a las aeronaves pilotadas a distancia (también conocidas como RAD por sus iniciales del inglés *Remotely Piloted Aircraft*). En este sentido, de acuerdo a la Norma Técnica Complementaria "Requisitos para las Operaciones de Sistemas de Aeronaves Pilotadas a Distancia" las RAD se caracterizan por ser aeronaves piloteadas "por un 'piloto remoto', emplazado en una 'estación de piloto remoto' ubicada fuera de la aeronave (es decir en tierra, en barco, en otra aeronave, en el espacio) quien monitorea la aeronave en todo momento y tiene responsabilidad directa de la conducción segura de la aeronave durante todo su vuelo". En este sentido, "una RPA puede poseer varios tipos de tecnología de piloto automático, pero, en todo momento, el piloto remoto puede intervenir en la gestión del vuelo".

26. Si bien la producción y uso de los drones no es reciente, debido a la masificación de su producción y la accesibilidad de su presencia en el mercado durante los últimos años se han producido diversas situaciones entre privados en las cuales el uso de estos dispositivos tiene incidencia en la vida privada y la intimidad de las personas.

27. En este sentido, el uso civil de los drones ha generado importantes cuestionamientos, debido a que la incidencia en la esfera privada de las personas tiende a ser particularmente grave debido a la posibilidad que estos equipos incorporen y hagan uso de micrófonos, cámaras fotográficas, equipos de grabación de video de alta resolución, equipos de grabación de imágenes térmicas y la capacidad de interceptar comunicaciones inalámbricas.

28. Por otro lado, y a pesar de ser tecnología relativamente nueva, se han establecido determinadas restricciones al uso de estos dispositivos en los países donde este tipo de dispositivos vienen siendo continuamente usados por las Fuerzas Armadas. De esta forma, diversas agencias públicas de los Estados Unidos han pedido una exención de su uso por parte de Aduanas y Protección Fronteriza (destaca el caso del Estado de Oklahoma, que pidió a las Fuerzas Armadas una exención general de ochenta millas de espacio aéreo)[3].

29. En este respecto, la principal referencia para regular el uso de los dispositivos RPA es el derecho a la vida privada. De esta manera, en el tratamiento de estas situaciones siempre se debe tener una posición favorable al derecho a la vida privada. Así, esta tendencia tecnológica se constituye en un nuevo reto para nuestros legisladores que probablemente requerirá de la activa participación y debate de la población civil.

3 M. Ryan Calo, *The Drone as a Privacy Catalyst*, 64 Stanford Law Review Online 29 (2011-2012).

30. En nuestro país, la reciente Ley Nº 30740 "Ley que regula el uso y las operaciones de los sistemas de aeronaves pilotadas a distancia (RPAS)", ha establecido en su artículo 1 que su objeto es "garantizar la seguridad operacional de todos los demás usuarios del espacio aéreo, así como la seguridad de las personas y bienes en la superficie terrestre y acuática". De esta manera, y para hacer efectivo su objeto, el dispositivo legal ha establecido una serie de medidas, entre las que destaca el otorgamiento de licencias, el establecimiento de un registro, y el planteamiento de causales de responsabilidad. Entre estas últimas destaca la violación a la privacidad de los ciudadanos.

31. Por otro lado, a partir de la lectura y sistematización de doctrina internacional, normativa comparada y las normas vigentes en nuestro país[4], este Tribunal ha reunido siete criterios que, sin perjuicio de que puedan ser reexaminados y ahondados por las entidades pertinentes, podrían usarse como un punto de partida para establecer estándares de privacidad en materia del uso de aeronaves pilotadas a distancia:

    1. En primer lugar, la manipulación de aeronaves pilotadas a distancia en zonas urbanas tiene altas probabilidades de vulnerar o amenazar la tranquilidad y seguridad personal de los ciudadanos. Por este motivo, el uso de los dispositivos dron es susceptible de ser regulado y limitado. No obstante, resulta razonable que las limitaciones que se establezcan a su uso encuentren excepciones en los casos en los que sean realizadas por entidades públicas en actividades gubernamentales de seguridad ciudadana o de interés público. Sin perjuicio de esto, la operación gubernamental debería reconsiderarse en caso su ejecución entrañara una violación grave o irreparable a la privacidad de las personas.

    2. Sin necesidad de ingresar a un espacio privado de manera física, a través de un dron se pueden captar detalles íntimos de la vida personal o familiar. En ese

4 **Disposiciones legales nacionales:** Ley que regula el uso y las operaciones de los sistemas de aeronaves pilotadas a distancia (Perú), Disposición Resolución Directoral N° 501-2015-MTC/12 Norma Técnica Complementaria "Requisitos para las Operaciones de Sistemas de Aeronaves Pilotadas a Distancia" (Perú), Ordenanza N° 405-MSI de la Municipalidad de San Isidro (Perú), Ordenanza Municipal N° 013-2018-MDM (Perú).
Disposiciones legales internacionales: Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Convenio de Chicago), 20/2015 (Argentina), Real Decreto 1036/2017 (España), DAN 151 - Operaciones de Aeronaves Pilotadas a Distancia (RPAS) en asuntos de interés público que se efectúen sobre áreas pobladas (Chile), Reglamento Provisional de los Vehículos Aéreos no Tripulados 527/2015 (Argentina), FAA Modernization and Reform Act of 2012 Public Law 112-95 (Estados Unidos de América), FAA Extension, Safety, and Security Act of 2016 Public Law 114-190 (Estados Unidos de América), Parts 107 and 101 of the Federal Aviation Regulations (Estados Unidos de América), Personal Data (Privacy) Ordinance (China).
Otros dispositivos internacionales de carácter regulatorio: Circular Reglamentaria Número 002 de 2015 (Colombia), Circular obligatoria que establece los requerimientos para operar un sistema de aeronave piloteada a distancia (RPAS) en el espacio aéreo mexicano CO AV-23/10 R4 (México), Privacy Commissioner for Personal Data's media statement on March 31, 2015 (China).
Doctrina relevante: Ramírez López, Santiago. "Del campo de batalla a las calles: el derecho a la intimidad en la era de los drones". *Revista Derecho del Estado* (2015), N° 31, págs. 181-199.

sentido, para sobrevolar un dron se deberían tomar todas las precauciones necesarias para evitar vulnerar o amenazar, por ejemplo, el derecho a la intimidad de cualquier persona.

3. Con el fin de evitar irrupciones en la vida privada y familiar de las personas, el operador de dispositivos dron debería evitar acceder a lugares que impliquen un riesgo para la intimidad de las personas, como ventanas, jardines, terrazas o cualquier otro espacio de una propiedad privada cuyo acceso no le fuere previamente autorizado.

4. Para que la intrusión de los drones en la privacidad se justifique, ésta debería ser razonable y proporcional al beneficio que pretende obtener. En este sentido, no se debería permitir una intromisión desproporcionada en la privacidad del titular del dato.

5. Excepto en situaciones de interés público y de carácter humanitario, como por ejemplo en situaciones de emergencia o siniestros, los operadores de aeronaves piloteadas a distancia deberían tener prohibido sobrevolar predios privados o del Estado sin autorización previa del morador o de la autoridad pertinente.

6. La recolección de datos personales mediante el uso de drones sería lícita en los casos en los que se realice dentro de un predio de uso propio (por ejemplo: en una propiedad privada, alquilada, o adquirida mediante concesión pública, etc.), o cuando se actúe dentro de su perímetro, sin invadir el espacio de uso público o de terceros.

7. A pesar de estar en espacios públicos y debido a los posibles riesgos a la integridad personal, debería prohibirse el sobrevuelo de drones sobre aglomeraciones de personas. Asimismo, las personas mantendrían su derecho a la privacidad y a su imagen a pesar de encontrarse en espacios públicos.

32. En el caso de autos, se alude al derecho a la vida privada en la medida en que la parte demandante alega actos de hostilización por parte de la empresa demandada, consistentes en hacer volar un dron por su propiedad con ánimo tendiente de seguimiento y vigilancia sobre las actividades que realiza.

33. En efecto, y para establecer la efectiva vulneración de este derecho se debe determinar si el espacio ocupado por la parte demandante, en el que se evidencia la construcción de una vivienda, constituye un espacio en el que se puedan apreciar aspectos de la vida privada de la demandante y de su entorno familiar. En ese sentido, resulta pertinente evaluar si la parte exterior y próxima de la vivienda constituye una zona de privacidad.

34. Ahora bien, se han identificado dos condiciones para determinar si estamos frente a una zona de privacidad: la expectativa subjetiva y la expectativa objetiva. Respecto de la primera, la persona exhibe una expectativa subjetiva de privacidad al mostrar interés en mantener un espacio privado; por otro lado, la expectativa objetiva

debe ser aceptada como razonable por la sociedad. Asimismo, en este punto resulta pertinente incorporar la "doctrina del campo abierto", la cual plantea situaciones de relativa dificultad para determinar la expectativa de privacidad en casos en que las circunstancias o hechos alegados se desarrollaron en espacios abiertos y visibles al público.

35. Por otro lado, de los actuados y, en particular, de la visualización del material audiovisual anexado como medio probatorio, se desprende que el dispositivo dron sobrevoló durante un lapso de diez minutos por encima de una zona muy próxima a la vivienda de la demandante. En este respecto, si bien de los actuados se evidencia que sobrevuelo del dron se encuentra acreditado durante esa única vez, al tratarse de un espacio abierto, existe la posibilidad de que este aparato pueda volver a sobrevolar por el área circundante al domicilio de la demandante en un momento posterior.

36. No obstante, ello, y considerando que el uso de estos dispositivos electrónicos encuentra su límite en el derecho a la vida privada de las demás personas, resulta pertinente para este Tribunal pronunciarse sobre el hecho alegado.

37. En este sentido, de la revisión de los medios probatorios incluidos en el expediente, se advierte que la prueba de vuelo de fecha 19 de enero de 2016 realizada por la parte demandada evidencia elementos de hostilización a la libertad individual de la demandante. Lo anterior, por cuanto, al tratarse de un vuelo experimental como alega la demandada, la empresa pudo sobrevolar el dispositivo dron en cualquier espacio de la extensa área de los predios de su propiedad y evitar aproximarse al espacio aéreo circundante a la vivienda de la demandante.

38. En efecto, de los actuados se ha verificado la vulneración del derecho a la vida privada, en su acepción dirigida a respetar la libertad personal. Por consiguiente, este extremo de la demanda debe declararse fundado.

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 al haberse acreditado la vulneración del derecho a la vida privada mediante el uso de la cámara de video vigilancia y el dispositivo dron. En consecuencia, reponer las cosas al estado anterior a la violación del referido derecho.

2. Ordenar a la empresa minera Yanacocha S.R.L. cese con los actos lesivos a la vida privada de los demandantes, desinstalando los equipos audiovisuales y evitando el uso de dispositivos en las proximidades de la vivienda de la demandante.

3. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda el extremo referido a la alegada vulneración del derecho a la libertad de tránsito.

Publíquese y notifíquese.

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Si bien estoy de acuerdo con el sentido de la ponencia, considero necesario expresar algunas consideraciones adicionales:

1. El caso venido a este Tribunal a través del recurso de agravio constitucional plantea un asunto de suma relevancia, puesto que ejemplifica los conflictos que se dan entre las empresas mineras y los pobladores de las zonas aledañas que, como se sabe, devienen en conflictos sociales que cobran vidas humanas, paralizan las inversiones y acrecientan la percepción (o certeza) de que el Estado está siempre ausente.

2. El caso que resolvemos en la presente sentencia tiene, por tanto, relevancia social, política y económica. Es por ello que, como lo sostuve en su momento en el Pleno, debería ser resuelto con la máxima deliberación posible, de modo tal que, los reparos que cada uno de los magistrados haya formulado al proyecto, en lugar de ir en sendos votos particulares, puedan ser discutidos y acogidos por una sentencia de consenso. Varias de las sugerencias que propuse fueron admitidas en esta nueva versión de la ponencia, no obstante, considero todavía que hay algunos aspectos que merecen mayor atención, como paso a detallar.

3. El proyecto concluye que a través de las cámaras y el DRON se viola la vida privada de los recurrentes, ello no resulta coherente con el extremo en el que para desestimar lo relativo a la presunta imposibilidad de ingresar o salir de su vivienda, se dice que no se trata de su domicilio. Además, en el fallo de la sentencia se refiere al innmueble ubicado en el predio de los recurrentes como su "vivienda". En este sentido, este aspecto de la sentencia bien pudo haber sido replanteado. Al respecto, considero que dicho extremo debe ser desestimado, pero no por no ser vivienda, sino por cuanto no se acreditó que no puede ingresar al predio, como se ha podido constatar de las diligencias realizadas por el juez que conoció de este proceso en primer grado.

S.
MIRANDA CANALES

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con la decisión de declarar fundada la demanda discrepo y me aparto de la referencia a la libertad personal contenida en los fundamentos 5, 17, 21, 23 y 38, en los que se equipara libertad individual a libertad personal, como si fueran lo mismo, desconociéndose que, de acuerdo al artículo 200 inciso 1 de la Constitución, es la libertad individual la protegida por el *hábeas corpus,* la cual comprende un conjunto de derechos, pues, la libertad individual es un derecho continente que engloba una serie de derechos de primer orden entre los que se encuentra la libertad personal o física, pero no únicamente esta; derechos que, enunciativamente, están reconocidos en los diversos incisos del artículo 25 del Código Procesal Constitucional.

S.
BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente fundamento de voto debido a que, si bien me encuentro de acuerdo con la decisión adoptada, considero necesario recalcar que lo que aquí se ha resuelto se circunscribe, tal y como se advierte de la sentencia, a la violación del derecho a la vida privada. En ese sentido, aspectos tales como la propiedad privada o posesión -asuntos que se encuentran siendo ventilados en sede ordinaria- no se ven afectados por la sentencia de este Tribunal.

S.
RAMOS NÚÑEZ

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS
FERRERO COSTA Y SARDÓN DE TABOADA

Emitimos el presente voto porque, a nuestro criterio, la demanda de *habeas corpus* debe declararse **IMPROCEDENTE** en todos sus extremos. Ella no puede resolverse sin que se esclarezcan primero los derechos reales existentes sobre las tierras en que ocurrieron los hechos.

Ciertamente, uno *no puede* poner una cámara de seguridad en el límite de su propiedad enfocando la propiedad de su vecino. Sin embargo, *sí puede* ponerla en el límite de su propiedad que da hacia una vía pública.

En este caso, las cámaras de seguridad fueron instaladas dentro de la propiedad de Minera Yanacocha SRL enfocando las tierras poseídas por la demandante. Sin embargo, no queda claro si la demandante las ocupaba legal o ilegalmente.

Aparentemente, ella tomó posesión de estas tierras el 8 de agosto de 2011. La demandante alcanza un certificado de posesión de 1994, que le otorgó la Comunidad Indígena de Sorochuco. Sin embargo, su posesión no habría sido continua desde entonces.

De hecho, entre 1996 y 1997, esta comunidad vendió estas mismas tierras a Minera Conga SRL, que a su vez las transfirió a la demandada Minera Yanacocha SRL. Esta tiene, además, la concesión para desarrollar actividad minera allí.

En todo caso, en sus declaraciones al Ministerio Público, la demandante señaló que su domicilio queda a seis o siete horas a pie de estas tierras. Siendo esto así, no puede aceptarse que se haya vulnerado su derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Evidentemente, este derecho resguarda la privacidad de las actividades que una persona desarrolla en el lugar de su residencia habitual, no las que realiza en otros lugares en los que eventualmente puede estar.

El derecho a la intimidad personal y familiar puede ser vulnerado también fuera del domicilio, pero ello requiere ser acreditado. La demandante no detalla cómo, en un lugar que no solo no era su domicilio sino cuya posesión se encuentra en discusión, se produjo tal vulneración.

La demandante no debe instrumentalizar la protección del *habeas corpus* para fortalecer la posesión de determinadas tierras frente a la propiedad que ostenta la demandada. El Tribunal Constitucional no debiera consentirlo.

S.
FERRERO COSTA
SARDÓN DE TABOADA

EXP. N.° 01795-2015-PHC/TC
LIMA
M.H.F.C, REPRESENTADO POR
MELCHORA CASTAÑEDA TUESTA DE FLORES (MADRE)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 26 días del mes de agosto de 2019, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera y los votos singulares de los magistrados Blume Fortini, Sardón de Taboada y Ferrero Costa, y con el fundamento de voto del magistrado Miranda canales

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Melchora Castañeda Tuesta de Flores contra la resolución de fojas 195, de fecha 7 de julio de 2014, expedida por la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de *habeas corpus* de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 29 de noviembre de 2013, doña Melchora Castañeda Tuesta de Flores interpone demanda de *habeas corpus* a favor de don M.H.F.C, y la dirige contra don César Eduardo Bravo de Rueda Accineli, en su condición de director del Hospital Nacional de la Policía Nacional del Perú. La recurrente manifiesta que el favorecido sufre de esquizofrenia paranoide y de tuberculosis, y solicita que, en su condición de suboficial de tercera en retiro de la Policía Nacional del Perú, se ordene su traslado al citado nosocomio para que se le proporcione tratamiento médico. Se alega la vulneración del derecho a la integridad personal y a no ser objeto de un trato inhumano ni a un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto a la forma y condiciones en que se cumple la pena.

Sostiene la recurrente que el favorecido, debido a que prestó servicios como policía en la zona de emergencia ubicada en la Región Ayacucho durante los años del terrorismo, sufrió una alteración mental y cometió homicidio contra su pareja, por lo que fue condenado a pesar de sufrir una enfermedad mental y fue internado en el establecimiento penitenciario de Lurigancho. Sin embargo, se ha ordenado su traslado al Hospital Central de la Policía Nacional del Perú para su tratamiento por haber sido diagnosticado con esquizofrenia paranoide conforme al oficio 0005-01-12-DIRSEPEN-PNP-EP-LURIGANCHO/Sec, de fecha 2 de enero de 2012, y al informe médico del Hospital Víctor Larco Herrera de fecha 21 de marzo de 2013. Además, indica que en la Resolución de Presidencia

11342-2013-SEJ/REG-CONADIS, emitida por el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (Conadis) de fecha 20 de setiembre de 2013, fue declarado discapacitado, por lo que, de no recibir un tratamiento adecuado, peligran su vida y su integridad personal (salud mental y física).

Agrega la actora que también se le diagnosticó al favorecido tuberculosis, por lo que fue aislado junto a otros internos que padecen de la misma enfermedad sin que se le brinde tratamiento alguno, por lo cual su salud se viene deteriorando día a día; asimismo, el INPE solicitó al mencionado hospital el traslado del favorecido para que reciba un tratamiento médico adecuado; empero, el demandado se niega a disponer dicho traslado.

La accionante, a fojas 30 de autos, se ratifica en el contenido de la demanda y agrega que no se le concede una cita médica al favorecido; que por estar en situación de retiro de la PNP no se le ha autorizado atención en el servicio de psiquiatría del citado nosocomio, pese a haberlo solicitado el establecimiento penitenciario. Agrega que en el establecimiento penitenciario se le ha denegado tratamiento psicológico.

La procuradora pública adjunta de la Procuraduría Pública, a fojas 36 de autos, alega que mediante de la presente demanda se pretende mellar la imagen del demandado en su condición de oficial superior de la PNP, pese a que viene realizando sus funciones de acuerdo a la Ley Orgánica de la PNP y a la Constitución. Agrega que debido al delito de homicidio que cometió el favorecido y a las enfermedades que padece, su traslado al Hospital Nacional de la Policía Nacional del Perú podría ocasionar consecuencias y daños irreparables a los demás pacientes del referido nosocomio.

El Director del Hospital Central de la Policía Nacional del Perú, don César Eduardo Bravo de Rueda Accinelli, a fojas 117 de autos, señala que el favorecido ingresó la PNP en julio de 2004, y que pasó a la situación de retiro en mayo de 2009 por medida disciplinaria, por lo que según el Decreto Legislativo 1174, Ley del Fondo de Aseguramiento y Salud de la Policía Nacional del Perú, y el Decreto Legislativo 1175, Ley del Régimen de Salud de la Policía Nacional del Perú, no le corresponde ser beneficiario del régimen de salud de la PNP que comprende la atención medica en todos los establecimientos de dicha institución; sin embargo, desconoce el requerimiento de traslado del favorecido al citado nosocomio.

El Trigésimo Cuarto Juzgado Penal con Reos en Cárcel de Lima, con fecha 7 de marzo de 2014, declaró improcedente la demanda porque, conforme se advierte del informe médico 079-2013-INPE/18-233-ESPCTB, de fecha 13 de diciembre de 2013, el favorecido recibe tratamiento médico contra la tuberculosis y no evidencia síntomas de enfermedad mental, razón por la que no requiere tratamiento farmacológico psiquiátrico, por lo que no se vulnera su salud. Además, conforme al Decreto Legislativo 1174, Ley del Fondo de Aseguramiento y Salud de la Policía Nacional del Perú y el Decreto Legislativo 1175, Ley del Régimen de Salud de la Policía Nacional del Perú, no le corresponde ser beneficiario del régimen de salud de la PNP.

La Cuarta Sala Penal Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la apelada por similares fundamentos.

En el recurso de agravio constitucional de fojas 223 de autos, la recurrente ratifica el contenido de su demanda.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se ordene el traslado de don Milton Hans Flores Castañeda al Hospital Nacional "Luis N. Sáenz" de la Policía Nacional del Perú. Se alega la vulneración del derecho a la integridad personal y a no ser objeto de un trato inhumano ni a un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto a la forma y condiciones en que se cumple la pena.

2. Ahora bien, es importante destacar que, en la STC 04007-2015-HC, este Tribunal examinó el mismo petitorio que fue objeto del presente proceso de habeas corpus. En esta oportunidad, sin embargo, la demanda ha sido presentada en contra del director del Hospital Nacional de la Policía Nacional del Perú, a diferencia de lo que ocurrió en el otro proceso, en el que se interpuso en contra del director del Instituto Nacional Penitenciario (INPE). De modo que se hará referencia, en distintas oportunidades, a lo que se resolvió en aquella oportunidad.

3. También debe destacarse el hecho que, pese a que el beneficiario ya ha salido del ámbito penitenciario -al haberse cumplido en el año 2018 la condena que se le impuso-, el Tribunal se pronunciará, atendiendo a la magnitud del agravio producido, en relación con el fondo de la controversia en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

Derecho a la salud de los internos

4. En la resolución recaída en el Expediente 0590-2001-HC/TC, el Tribunal Constitucional señaló que el *habeas corpus* correctivo procede 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 internadas en establecimientos penitenciarios, públicos o privados.

5. En cuando al derecho a la salud mental, el Tribunal Constitucional precisó que es parte integrante del derecho a la salud y tiene como contenido el derecho de disfrutar del mayor nivel posible de salud mental que le permita a la persona humana vivir dignamente; también, todos aquellos componentes propios del bienestar psicológico y mental de la persona humana (Expedientes 2480-2008-AA/TC y 3426-2008-PHC/TC).

6. En el caso peruano, mediante Informe del año 2008 del Sub-sector Salud Mental de ESSALUD dirigido a la Organización Mundial de la Salud (OMS) se señala la

inexistencia de cifras precisas sobre los casos de presos con psicosis o retardo mental; sin embargo, se estimó para ese año que entre 1% y 20% de las cárceles tenían al menos un preso que recibía un tratamiento mensual por parte de un profesional de salud mental. (http://www.who.int/mental_health/mhgap/evidence/mh_who_aims_peru_apr2010_en.pdf). De este modo, considerando el incremento durante los últimos años de la población carcelaria y de las condiciones de precariedad que ha traído como consecuencia, resulta probable el incremento de internos con padecimientos mentales.

7. Al respecto, el Tribunal Constitucional advierte que el Estado debe asumir la política de tratamiento y rehabilitación de personas con problemas de salud mental teniendo como fundamento el respeto de todos sus derechos fundamentales, pues las personas que adolecen de enfermedades mentales (esquizofrenia, paranoia, depresión, etc.), dentro de las que se incluyen a las personas sujetas a medidas de internación, se encuentran en un estado de especial vulnerabilidad. Las personas privadas de libertad que padecen enfermedades mentales constituyen un grupo susceptible de protección especial, en virtud de la situación de restricción de algunos de sus derechos de conformidad con las Reglas Mínimas 2, 5.2, 39.3, 55.2, y 109 a 110 para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas (https://www.unodc.org/documents/justiceandprisonreform/Brochure_on_the_The_UN_Standard_Minimum_the_Nelson_Mandela_Rules-S.pdf).

8. En esta línea, conforme al principio 20 para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, adoptados por la Asamblea General de la OEA en su resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991, se dispone que

> Las personas que cumplen penas de prisión por delitos penales o que han sido detenidas en el transcurso de procedimientos o investigaciones penales efectuadas en su contra y que, según se ha determinado o se sospecha, padecen una enfermedad mental. (…) deben recibir la mejor atención disponible en materia de salud mental, según lo estipulado en el principio 1 (libertades fundamentales y derechos básicos). La legislación nacional podrá autorizar a un tribunal o a otra autoridad competente para que, basándose en un dictamen médico competente e independiente, disponga que esas personas sean internadas en una institución psiquiátrica (principio 5, certificado médico). El tratamiento de las personas de las que se determine que padecen una enfermedad mental será en toda circunstancia compatible con el principio 11 (consentimiento para el tratamiento). (https://www.cidh.oas.org/privadas/principiosproteccionmental.htm)

9. De este modo, en virtud de lo señalado corresponde al Estado peruano establecer las medidas adecuadas para que las personas privadas de libertad, al encontrarse bajo su sujeción y así puedan ejercer su derecho a la salud mental a través de una atención y tratamiento especializado y adecuado a sus necesidades. Asimismo, debe establecerse procedimientos para el traslado de los internos a centros de salud especializados en los cuales puedan ser atendidos cuando no sea ello posible dentro del centro penitenciario.

Consideraciones acerca de la STC 04007-2015-HC y su incidencia en el presente caso

10. Ahora bien, es importante que este Tribunal haga recordar que, a diferencia de lo resuelto en la STC 04007-2015-HC, el presente proceso de *habeas corpus* ha sido iniciado en contra del director del Hospital Nacional de la Policía Nacional del Perú y no en contra del director del Instituto Nacional Penitenciario.

11. En aquella oportunidad, el Tribunal advirtió que el INPE no cuenta con un protocolo establecido para la detección y tratamiento de un interno que sufre de alguna enfermedad mental. Los inconvenientes que, en relación con este grupo de personas, eran extensibles a distintos órganos, lo cual no hace sino reflejar que, a nivel estatal, no se ha diseñado o elaborado algún plan estructural para abordar todo lo concerniente con la población carcelaria que padece de alguna clase de discapacidad mental. Esto fue respaldado por la existencia de distintos estudios estadísticos, los cuales comprobaban la situación en la que se encontraban las personas privadas de la libertad que estaban en dichas condiciones.

12. En el caso particular de M.H.F.C, se cuestionó el hecho que, pese a la opinión del médico Zevallos Echevarría, se rechazara la solicitud de la madre del favorecido para que se concrete su traslado a un centro médico especializado (fundamento 66), lo cual no hacía sino reflejar que no existía un diagnóstico definitivo por parte del INPE, pese a que el informe fue realizado por un médico especializado en la materia.

13. En ese sentido, se destacó que el caso del favorecido es representativo de todo un grupo de personas que "estando internadas en algunos de los establecimientos penitenciarios del país, tienen problemas de salud mental *y aún no han sido diagnosticadas ni han recibido tratamiento*" (fundamento 72, énfasis pertenece al original). Ello ameritó que, en aquella oportunidad, se dispusiera expedir una sentencia estructural para buscar remediar "una generalizada y sistemática violación del derecho fundamental a la salud de las personas internadas en establecimientos penitenciarios" (fundamento 73).

14. Así, se dispuso la adopción de las siguientes medidas: i) declarar un estado de cosas inconstitucional con respecto a la situación de la salud mental de las personas que se encuentran internadas en los establecimientos penitenciarios del país; ii) ordenar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y al Instituto Nacional Penitenciario, en coordinación con el Ministerio de Salud, diseñar, proponer y ejecutar un plan de acción que, en un plazo máximo que vence el 6 de enero de 2021, pueda asegurar la disponibilidad y accesibilidad del servicio de salud mental de las personas privadas de su libertad a nivel nacional; iii) ordenar al Instituto Nacional Penitenciario que elabore, en coordinación con el Ministerio de Salud, en un plazo máximo de 3 meses, contados desde la fecha de publicación de la presente sentencia, un protocolo para la detección y tratamiento de un interno que sufre de alguna enfermedad mental, conforme a lo expuesto en el fundamento 80 de la presente sentencia; iv) ordenar al Instituto Nacional Penitenciario que, en coordinación con el Ministerio de Salud, en un plazo

máximo de 12 meses, contados desde la fecha de publicación de la presente sentencia, identifique el total de la población penitenciaria que padece de algún tipo de trastorno mental; v) disponer que el Poder Ejecutivo, en coordinación con el Poder Legislativo, pueda realizar las gestiones pertinentes que tiendan al aseguramiento presupuestario de dicho plan de acción; y, vi) Ordenar al Instituto Nacional Penitenciario que informe al Tribunal Constitucional, cada tres meses, del avance de lo dispuesto en la presente sentencia, quedando habilitado, desde su publicación, para la supervisión del cumplimiento de lo aquí se ha ordenado.

15. Sin embargo, al menos en lo que concierne a este caso, es evidente que la responsabilidad del tratamiento, como se expuso en la STC 04007-2005-PHC, debe ser atribuida al Ministerio de Salud (punto resolutivo 1), por lo que, en lo que concierne a este punto, debe desestimarse la demanda, al no ser las autoridades del Hospital Nacional de la Policía del Perú las directamente encargadas de efectuar la evaluación respectiva. Sin embargo, y como no podía ser de otro modo, sí se pudo advertir una vulneración del derecho a la salud del favorecido, lo que genera la necesidad de reiterar que los criterios fijados en dicha sentencia deben ser observados por los órganos competentes y responsables de la elaboración e implementación de políticas públicas dirigidas a la población carcelaria que cuente con discapacidad mental.

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

HA RESUELTO

1. Declarar, en aplicación del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, **FUNDADA en parte** la demanda, por cuanto se afectó el derecho a la salud del favorecido; y, en consecuencia, ordenar al Ministerio de Salud la inmediata evaluación del favorecido M. H. F. C. para su respectivo diagnóstico y tratamiento.
2. Se observen los parámetros fijados en la STC 04007-2015-HC, a fin de evitar que, en lo sucesivo, se presenten situaciones como las que ameritaron la presentación de la presente demanda de *habeas corpus.*

Publíquese y notifíquese.

SS.
MIRANDA CANALES
LEDESMA NARVÁEZ
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE RAMOS NUÑEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Coincidiendo con lo resuelto en mayoría, considero pertinente expresar algunas consideraciones adicionales.

Debido a que mediante esta sentencia se reiteran los criterios fijados en la STC 040072015HC, pues el presente caso se trata de una demanda idéntica, pero interpuesta en el presente expediente contra el Director del Hospital Nacional de la Policía del Perú, me corresponde reiterar lo siguiente:

Como ya lo señalé en el fundamento de voto emitido en el expediente 853-2015-PA/TC (Caso Marleni Cieza) en aquellos supuestos en los que la vulneración de los derechos fundamentales afectan a un gran número de personas y cuya solución involucre el concurso de varias entidades estatales, para su solución se requiere el diseño y ejecución de políticas públicas, aspectos que exceden la competencias de la Justicia Constitucional. Es por ello que en estos casos la solución no debe ser dictada unilateralmente por las instancias jurisdiccionales, sino que deben ser el producto de un diálogo entre los diferentes actores sociales.

En este sentido, si bien concuerdo con el fallo, considero que hubiera sido mejor si, de manera previa a la expedición de la sentencia, se convocaba a las entidades púbicas directamente involucradas con el diseño y ejecución de las políticas públicas referidas a la salud mental de los internos de los establecimientos penitenciarios, a fin de que propongan las medidas necesarias para superar el estado de cosas inconstitucional.

S.
MIRANDA CANALES

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
ESPINOSA- SALDAÑA BARRERA

Coincido con lo resuelto por mis colegas magistrados, pero debo señalar lo siguiente:

1. En el presente caso, la parte demandante interpone una demanda de habeas corpus contra el director del Hospital Central de la Policía Nacional del Perú. Solicita que se acepte como paciente a M.H.F.C. en dicho centro hospitalario; ello en virtud de que M.H.F.C. sufre de esquizofrenia paranoide y tuberculosis. Alega la vulneración del derecho a la integridad personal y a no ser objeto de un trato inhumano, ni a recibir un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad.

2. Cabe señalar que en el Expediente 04007-2015-HC/TC se analizó el mismo petitorio de la presente controversia, aunque en dicho caso la demanda estaba dirigida contra el director del Instituto Nacional Penitenciario (INPE). En ese sentido, recalco lo señalado en mi fundamento de voto, respecto al control de constitucionalidad de las políticas públicas; las cuales deben tutelar y promover los derechos fundamentales.

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
FERRERO COSTA

Con el mayor respeto por la posición de nuestro colega magistrado, emito el presente voto singular, pues considero que la demanda de auto debe ser declarada improcedente por haber operado la sustracción de materia.

1. La recurrente solicita que se ordene el traslado de don M.H.F.C. al Hospital Nacional Luis N. Sáenz de la Policía Nacional del Perú (PNP). Alega la vulneración del derecho a la integridad personal y a no ser objeto de un trato inhumano ni a un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto a la forma y condiciones en que se cumple la pena.

2. En el caso de autos, conforme se señala en el fundamento 3 de la ponencia el beneficiario, ya ha salido del ámbito penitenciario -al haberse cumplido en el año 2018 la condena que se le impuso-, situación por la cual la demanda resulta improcedente en aplicación del segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional interpretado *a contrario sensu*.

3. Sin perjuicio de lo expresado en los fundamentos precedentes, cabe añadir que en el Expediente 04007-2015-HC/TC suscribimos la ponencia por la cual este Tribunal examinó el mismo petitorio que en el presente proceso de *habeas corpus*. En esa oportunidad, la demanda fue presentada contra el director del Instituto Nacional Penitenciario (INPE) y se analizó la problemática relacionada con la disponibilidad y accesibilidad a los servicios de salud mental de las personas que se encuentran internadas en los centros penitenciarios del país, así como las medidas que el Estado debe adoptar para proteger de modo efectivo los derechos de tales personas. Dicha controversia o problemática constitucional no se presenta en el presente caso.

Por estos fundamentos, nuestro voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

S.
FERRERO COSTA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
ERNESTO BLUME FORTINI

Discrepo, respetuosamente, con la sentencia de mayoría que ha decidido declarar FUNDADA en parte la demanda, y ordenar al Ministerio de Salud evalúe al favorecido MHFC para su respectivo diagnóstico y tratamiento, y dispone que se observen los parámetros fijados en la sentencia recaída en el expediente 04007-2015-HC/TC, por cuanto, desde mi punto de vista, la demanda debe ser declarada INFUNDADA atendiendo a las siguientes razones objetivas:

1. La parte demandante es doña Melchora Castañeda Tuesta de Flores, el beneficiario es su hijo, M.H.F.C, y la parte emplazada es el director del Hospital Nacional de la Policía Nacional del Perú.

2. Un hecho probado y no cuestionado es que el favorecido estuvo recluido en un establecimiento penitenciario del INPE, producto de una condena por homicidio.

3. Asimismo, tal como lo reconoce la sentencia de mayoría en su fundamento 15, la responsabilidad por el tratamiento de salud mental del favorecido correspondía ser asumida por el Ministerio de Salud y no por el Hospital Nacional de la Policía Nacional del Perú.

4. En efecto, en el presente caso la parte emplazada no tiene responsabilidad de asumir el tratamiento médico solicitado, debido a que el favorecido pasó a retiro por medida disciplinaria sin derecho a prestaciones pensionarias ni de salud; razón por la cual la pretensión demandada resulta infundada y así debió ser declarada en la parte resolutiva.

5. Sin perjuicio de ello, cabe resaltar que el recurrente puede acceder a los beneficios del régimen de salud público, más aún cuando en la actualidad ha cumplido la condena impuesta, conforme fue señalado en el fundamento 71 de la sentencia recaída en el expediente 4007-2015-PHC/TC y puede llevar su tratamiento médico en libertad.

S.
BLUME FORTINI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
SARDÓN DE TABOADA

Con respeto hacia la opinión de mis colegas, emito este voto singular por lo siguiente:

1. La demandante pretende que el Hospital Nacional de la Policía Nacional del Perú le proporcione tratamiento médico médico a don M.H.F.C., en su condición de sub oficial de tercera en retiro de la Policía Nacional del Perú, toda vez que sufre de esquizofrenia paranoide y de tuberculósis

2. En el Expediente 04002-2015-PHC/TC, ya se discutió este tema. Allí se solicitaba igualmente, el traslado del ahora favorecido, del Establecimiento Penitenciario de Lurigancho al Departamento de Psiquiatría del Hospital de la Policía Nacional del Perú PNP). En dicho proceso, emití un voto singular, en razón de que la sentencia en mayoría se basa en documentos emitidos con posterioridad a la demanda o en diagnósticos médicos contradictorios.

3. El argumento presentado por el funcionario demandado, es que el beneficiario, si bien fue miembro de la PNP, fue pasado a retiro por medida disciplinaria, lo que se acredita con la copia del registro informático que aparece a fojas 128. Asimismo, refiere que aquel no tiene derecho a ser atendido en dicho hospital, conforme a lo establecido en el Decreto Legislativo 1174, Ley del Fondo de Aseguramiento y Salud de la Policía Nacional del Perú; y, en el Decreto Legislativo 1175, Ley del Régimen de Salud de la Policía Nacional del Perú.

4. El artículo 2.a del Decreto Legislativo 1175, refiere que el régimen de salud de la PNP comprende a

   El personal policial de la Policía Nacional del Perú en Situación de Actividad, así como al personal en Situación de Disponibilidad o Retiro con derecho a pensión.

5. En este caso, no se acredita que el beneficiario cuente con el derecho a la pensión, toda vez que no basta haber servido en la PNP para acceder a los beneficios del régimen de salud de dicha institución.

Por ello, considero que la demanda de *habeas corpus* debe ser declarada **INFUNDADA**.

S.
SARDÓN DE TABOADA

EXP. N.° 01894-2013-PHC/TC
ÁNCASH
LIDIA PRUDENCIO DE LOLI Y OTRO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, al día 3 de diciembre de 2019, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con los votos en conjunto de los magistrados Blume Fortini y Ramos Núñez, y el voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, convocado para dirimir la discordia suscitada por el voto singular de la magistrada Ledesma Narváez, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Lidia Prudencio de Loli y otro contra la resolución de fojas 33, de fecha 2 de abril de 2013, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Áncash que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 8 de marzo de 2013, doña Lidia Prudencio de Loli y su cónyuge don Rubén Amador Loli Sosa interpusieron demanda de *habeas corpus* contra don Luis Alberto Sánchez Alvarado, en calidad de presidente de la Beneficencia Pública de Huaraz; don Pablo Atusparia Rashta, en calidad de oficinista del Cementerio General; y don Néstor Alvarado Contreras.

Los demandantes señalan que pese a que han cumplido con el trámite correspondiente para construir un mausoleo familiar, esto es, el haber solicitado el cambio de nicho de doña Ignacia Sosa Cadillo y doña María Luisa Sánchez Díaz Sosa (abuela y hermana de don Rubén Amador Loli Sosa) y cancelado el costo que ello supone, los demandados no han emitido la resolución administrativa del caso. Asimismo, indican que los emplazados, sin respetar el margen de espacio necesario, vendieron a don Néstor Alvarado un terreno ubicado al lado de su mausoleo, sobre el cual se construyó una lápida y se instalaron unas rejas, restringiéndoles –de esta forma– el acceso al mausoleo de su propiedad, lo cual vulnera el derecho a la libertad de tránsito y el de honrar a sus familiares, como ha sido costumbre desde la fecha en que fallecieron.

Resolución de primera instancia o grado

El Primer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Huaraz, con fecha 11 de marzo de 2012, declaró la improcedencia liminar de la demanda por estimar que la pretensión al derecho de tránsito sobre una tumba no tiene relevancia constitucional ni afecta el contenido esencial del derecho constitucional invocado, debido a que no se reclama el libre tránsito sobre una vía pública o vía privada de uso público; sino se reclama el libre tránsito sobre un lote que constituye una propiedad privada enajenada por el funcionario demandado. Por otro lado, estima que la venta de un terreno que colinda con el mausoleo de los actores, donde se ha construido otro mausoleo sin respetar el margen de espacio necesario para que puedan acceder a su propiedad, constituye un conflicto que debe dilucidarse en un proceso ordinario.

Resolución de segunda instancia o grado

La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Áncash confirmó la apelada tras considerar que los hechos y el petitorio no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, pues se pretende que un conflicto de mera legalidad –derecho real que ostentan los accionantes y el emplazado don Néstor Alvarado Contreras sobre terrenos colindantes– sea resuelto por el juez constitucional.

Auto del Tribunal Constitucional de fecha 28 de noviembre de 2017

Con fecha 28 de noviembre de 2017, el Tribunal Constitucional admitió a trámite la demanda y reconvirtió el proceso de *habeas corpus* a uno de amparo, por estimar que este constituye la vía idónea para dilucidar la controversia expuesta en autos, pues al constatarse que no solo estaría involucrado el derecho a la libertad de tránsito, sino también otros atributos como la propiedad y la libertad de culto, el análisis desborda el ámbito propio del proceso de *habeas corpus*. Asimismo, concedió a los demandados un plazo de cinco días para que, en ejercicio de su derecho de defensa, aleguen lo que consideren conveniente.

Contestación de la demanda por la emplazada Sociedad de Beneficencia Pública de Huaraz

Con fecha 9 de mayo de 2018, el presidente de la Sociedad de Beneficencia Pública de Huaraz, don Alejandro Vladimir Páucar Maguiña, atendiendo a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, se presentó al proceso y contestó la demanda manifestando que fue la gestión de don Edgar Jachilla Castromonte la que autorizó la construcción del mausoleo de los actores en la zona común del cementerio y no en la que correspondía. Agrega que en la zona común existen tumbas en forma desordenada, sin acceso a circulación, ni existen pasajes, avenidas, ni jirones, los visitantes de los deudos caminan sobre las tumbas para llegar al lugar donde están sus difuntos. En tal sentido, señala que la construcción del mausoleo de los demandantes en la zona común fue efectuada a sabiendas de que tendrían problemas de acceso.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la presente demanda es que se les permita a los recurrentes el libre acceso al mausoleo de su propiedad, donde descansan los restos de sus familiares.

Análisis de la controversia

2. La parte recurrente manifiesta ser propietaria de un mausoleo en el Cementerio General Villón en Áncash.

3. En este sentido, este Colegiado considera que el derecho realmente afectado sería el derecho a la libertad de culto, pues en el caso concreto, el ejercicio del derecho a la libertad de tránsito y el derecho a la propiedad viabilizan el derecho a la libertad de culto, es decir, la práctica de este último se logra a través del ejercicio de los primeros.

La libertad de culto como manifestación del derecho a la libertad religiosa

4. El artículo 2, 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".

5. El derecho a la libertad de culto es una manifestación del derecho a la libertad religiosa. Así, "la libertad de religión comporta el derecho fundamental de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma y la doctrina propuesta por dicha confesión, de manifestar pública y privadamente las consecuentes convicciones religiosas y de practicar el culto" (sentencia recaída en el Expediente 00895-2001-AA/TC, fundamento jurídico 3). De igual manera, en el fundamento jurídico 21 de la sentencia emitida en el Expediente 3283-2003-AA/TC se expresó que:

> La libertad religiosa no sólo se expresa positivamente en el derecho a creer, sino también en el derecho a practicar. En ese contexto aparece la *libertad de culto, entendida como la atribución que tiene toda persona para ejecutar actos y participar en ceremonias representativas vinculadas con su creencia religiosa*. Así, formada la convicción religiosa, la fe trasciende el fuero interno del creyente y se manifiesta socialmente, percibiéndose como la facultad de la concurrencia a lugares de culto y la práctica de los ritos de veneración o adoración a "su" divinidad, e incluso como la adopción de determinadas reglas de trato social (saludo, vestimenta, etc.). La existencia del culto religioso apareja la posibilidad de poder erigir construcciones sacras; el empleo de fórmulas y objetos rituales; la exhibición de símbolos; la observancia de las fiestas religiosas; y hasta la prerrogativa de solicitar y recibir contribuciones de carácter voluntario" (resaltado nuestro).

6. En la sentencia emitida en el Expediente 00256-2003-HC/TC, caso donde a los familiares del occiso se les impedía retirarlo del hospital para velarlo y enterrarlo, este Tribunal tuteló la libertad de culto de los parientes, quienes tienen todo el derecho de realizar el rito relativo a la sepultura digna de los muertos. Así, en dicha oportunidad se expresó:

> 15. La 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.
>
> (…)
>
> 16. La manifestación de la libertad religiosa a través de las creencias es consustancial a la libertad religiosa. Esta manifestación incluye tanto el proselitismo de las creencias como el culto, el cual forma parte de la religión que se profesa. En ese sentido, la libertad religiosa subsume a la libertad de culto [MARTÍNEZ DE PISON CAVERO, José: *Constitución y libertad Religiosa*. Madrid, DYKINSON, 2000. p. 293], y dentro de la libertad de culto, quedan garantizadas constitucionalmente todas aquellas ceremonias que la expresan, como las relativas al matrimonio y los ritos. Dentro de estos últimos, se encuentra la sepultura digna de los muertos por parte de sus familiares o seres queridos.
>
> 17. Por cierto, como sucede con cualquier derecho fundamental, tampoco el ejercicio de la libertad religiosa, en cuyo ámbito se encuentra comprendido el de la libertad de culto, es absoluto. Está sujeto a límites. Uno de ellos es el respeto al derecho de los demás. Este límite forma parte del contenido del derecho en su dimensión negativa, que, como se ha recordado, prohíbe la injerencia de terceros en la propia formación de las creencias y en sus manifestaciones. También constituye un límite la necesidad de que su ejercicio se realice en armonía con el orden público; particularmente, con la libertad de culto [MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Isidoro: *La recepción por el Tribunal Constitucional Español de la Jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las libertades de conciencia, religión y enseñanza*, Granada, COMARES, 2000, p.113]. Asimismo, se encuentra limitado por la moral y la salud públicas. Tales restricciones deben ser evaluadas en relación con el caso concreto e interpretadas estricta y restrictivamente [STC 141/2000 del Tribunal Constitucional Español, del 29 de mayo, Fundamento Jurídico 3]".

Los ritos y tradiciones funerarias en el Perú

7. Los ritos y las tradiciones de la actual sociedad peruana con relación a sus difuntos, forman parte del imaginario social que provienen desde tiempos anteriores a la república.

8. Documentos de cronistas, historiadores, investigadores y arqueólogos dan cuenta de la importancia que representaba la muerte en la sociedad peruana prehispánica, cuyos ritos aún perviven en nuestros tiempos.

9. El cronista Guaman Poma de Ayala en su *Nueva Crónica y Buen Gobierno*, relata cómo eran los entierros entre los chinchaysuyos, en los términos siguientes:

> En tiempos de los incas los Chinchaysuyos enterraban a los suyos cinco días después de morir. La primera noche los velaban; no comían sal ni comidas ricas. Después mataban una llama y la comían, cruda o cocida pero sin sal y si ají. Bebían la sangre cruda, o esta mezclada con papas demenuzadas. Y al difunto le dan de comer y beber; mucho más al inca y a los señores poderosos. La gran comida es sangre cruda y carne cruda.
>
> Antes de comer todos lloran, cantan sus canciones; tocan sus músicas y bailan; lloran y gritan a grandes voces. Al que llora más lo emborrachan, bebe más y toma más ración de carne y otras comidas. Y a la maestra del cantar y a la que tiene buena voz en el llorar le dan una pierna de llama. Todo es borrachera.
>
> Y dicen que al difunto le lavan el cuerpo; lo visten con todos sus vestidos y plumas y joyas de plata y oro. Lo ponen en andas y van en procesión. Como se ha dicho, van cantando, saltando y llorando, cada ayllo y cada parcialidad, según sus costumbres.
>
> Al quinto día lo llevan a enterrar en procesión; repiten estas ceremonias a los diez días. La viuda va toda cubierta de luto, no se le ve la cara y la trasquilan. A los seis meses hacen otro tanto, y al año otro tanto.
>
> La viuda que es buena hace durar la fiesta en dos años seguidos y en cada fiesta hay mucho sermón de los indios ancianos y de las autoridades locales, los curacas. Allí juntan a todos los parientes del difunto y, con grandes castigos y amenazas, les ordenan que sean trabajadores y humildes ante la justicia, ante el inca y ante los principales[1].

10. Garcilaso de la Vega refiere que los incas amautas creían que el hombre estaba compuesto de cuerpo y ánima, que el ánima era espíritu inmortal y el cuerpo estaba hecho de tierra porque le veían convertirse en ella. Creían que había otra vida después de esta, con pena para los malos y descanso para los buenos. Dividían el universo en tres mundos: hanan pacha (mundo alto), hurin pacha (mundo de la generación y la corrupción) y ucu pacha (mundo inferior). No entendían que la otra vida era espiritual, sino corporal; que el descanso del mundo alto era vivir una vida quieta, libre de trabajos y pesadumbre, mientras que la vida del mundo inferior estaba llena de enfermedades,

1 Guaman Poma de Ayala, Felipe. *Nueva Crónica y Buen Gobierno*. Editorial Horizonte. 2012. p. 70. Prólogo, selección y modernización idiomática de Francisco Carrillo Espejo.

dolores, pesadumbre y trabajos, sin descanso ni alegrías. Señala Garcilaso que los incas creían en la resurrección universal. También relata que:

> Cuando moría el Inca o algún curada de los principales, se mataban y se dejaban enterrar vivos los criados más favorecidos y las mujeres más queridas, diciendo que querían servir a sus reyes y señores a la otra vida. Porque creyeron en su gentilidad que después de esta vida había otra semejante a ella, corporal no espiritual. Ofreciánse ellos mismo a la muerte o se la tomaban por sus manos, por el amor que a sus señores tenían. (…)
>
> El primer mes de la muerte del rey le lloraban cada día, con gran sentimiento y muchos alaridos, todos en la ciudad. Salía a los campos cada barrio de por sí, Llevaban las insignias del Inca, sus banderas, sus armas y ropa de vestir (...) En sus llantos, a grandes voces recitaban sus hazañas hechas en la guerra y alas mercedes y beneficios que había hecho a las provincias de donde eran naturales los que vivían en aquel tal barrio.
>
> Pasado el primer mes hacían lo mismo de 15 a 15 días, a cada llena y conjunción de la luna. Y esto duraba todo el año. Al fin de él hacían su cabo de año con toda la mayor solemnidad que podían y con los mismos llantos, para los cuales había hombres y mujeres señaladas y aventajadas en habilidad, con endechaderas, que cantando en tonos tristes y funerales decían las grandezas y virtudes del rey muerto. (…)
>
> Lo mismo se hacía en cada provincia de las del imperio, procurando cada señor de ella que por la muerte de su Inca se hiciese el mayor sentimiento que fuese posible. Con estos llantos iban a visitar los lugares por donde aquel rey había parado en aquella tal provincia –en el campo caminando o en el pueblo– para hacerles alguna merced, los cuales puestos (como se ha dicho) tenían en gran veneración. Allí eran mayores los llantos y alaridos y en particular recitaban la gracia, merced o beneficio que en aquel tal lugar les había hecho"[2].

11. Pedro de Cieza de León en la *Crónica del Perú* relata la creencia de la inmortalidad del ánima de los pueblos prehispánicos peruanos, recogiendo así costumbres particulares para la sepultura del difunto con sus cosas más preciadas. En sus crónicas menciona que Juan de la Torre, capitán de Gonzalo Pizarro, halló en el valle de Ica sepulturas magníficas y altas, adornadas con losas y bóvedas, donde introducían al difunto con sus mujeres, su servicio y sus criados más privados, mucha cantidad de comida y chicha, sus armas, plumajes y ornamentos, dando a entender que conocían de la inmortalidad del alma, pues se consideraba que las ánimas de los difuntos no morían sino que vivían

2 Garcilaso de la Vega, Inca. *Comentarios reales de los incas*. Ediciones El Lector. Reimpresión 2014. Cf. pp. 123 y 370 a 371.

para siempre, y que retornaban a una vida holgada en otro mundo donde comían y bebían.

También relata que cada pueblo (o nación) seguía sus costumbres para el entierro de sus difuntos. En Jauja, relata que el cuerpo de los señores principales era cubierto con el pellejo de una oveja, formando su rostro, y mantenían el cadáver en sus propias casas. Era una costumbre muy común en dichos tiempos sacar en procesión al difunto en andas y en ciertas ocasiones al año por sus hijos, desarrollando grandes ceremonias y sacrificando ovejas, corderos y algunos niños y mujeres. En Chincha, refiere que los entierros se efectúan en camas hechas de caña; mientras que en Lunahuaná se les enterraba sentados. En la sierra, los sepulcros según el linaje, contaban con un lugar específico, elaborándose grandes concavidades cerradas con puertas. Cada cierto tiempo estas huacas eran abiertas para renovar la ropa y la comida que ahí se habían puesto.

Sobre las sepulturas en el Collao, Cieza recoge en sus escritos que se edificaban pequeñas torres de cuatro esquinas, unas de piedra y otras de piedra y tierra, unas anchas y otras angostas, algunos chapiteles estaban cubiertos con pajas y otros con losas grandes, construyendo puertas con dirección a la salida del sol. Refiere que los naturales del Collao, al fallecimiento de sus señores, sus parientes llevaban ovejas, corderos, maíz y otras cosas destinadas para el ritual del enterramiento, consistente en sepultar al difunto con los animales, parientes y su servicio sacrificados, y algunas personas vivas. También acostumbraban quemar algunos animales y rociar su sangre en los sepulcros.

Costumbre particular que Cieza relata es la procesión del cuerpo antes del entierro y la procesión posterior a este o luego de algún tiempo determinado. Así, nos cuenta que la gente del pueblo realizaba grandes lloros por varios días, profiriendo palabras dolorosas y cantando al ritmo de música triste, alabando sus hazañas y su vida, bebiendo chicha y comiendo lo preparado[3].

12. Pedro Pizarro en su *Relación del descubrimiento y conquista de los reinos del Perú*[4], relata acerca de la gente del Cusco que:

> …servia a estos muertos que tengo dicho, que cada día los sacaban a la plaza sentándolo en regle, cada uno según su antigüedad, y allí comían los criados y bebían… Para los muertos hacíanles unas lumbres delante de ellos de una leña que tenían labrada y cortada muy igual, y muy seca, y encendida esta, quemaban aquí todo aquello que al muerto le habían puesto delante para que comiese de todo lo que ellos comían, que aquí en este fuego lo consumían. También tenían delante de

3 Cieza de León, Pedro. *Crónica del Perú*. Promoción Editorial Inca SA, 1973.

4 Pizarro, Pedro. *Relación del descubrimiento y conquista de los reinos del Perú*. Fondo de Cultura Económica. 2013. p. 91.

> estos muertos, unos cangilones grandes (que ellos llamaban birques) de oro, y de plata, u de barro, de cada uno como quería, y aquí echaban la chicha que al muerto le daban, mostrándosela, convidándose unos muertos a otros, y los muertos a los vivos y los vivos a los muertos (sic).

13. En la narración quechua recogida por Francisco de Ávila de aproximadamente 1598, denominada *Dioses y hombres de Huarochirí*, traducida por José María Arguedas en 1966 y que ha merecido diversos estudios (Pierre Duviols y Gerald Taylor, entre otros), recoge costumbres de la época incaica que, durante la Conquista mantenían su vigencia. En dicha narración, se da cuenta de la conciencia del poblador peruano originario respecto a la existencia del ánima y los rituales que el ayllu le procuraban para su retorno al quinto día de su fallecimiento[5].

14. Gerald Taylor, en una traducción actualizada al castellano del manuscrito de Francisco de Ávila, nos da a conocer lo siguiente con relación a la tradición del quinto de fallecimiento:

> Vamos a describir cómo, antiguamente, los hombres decían que después de morir regresarían al cabo de cinco días
>
> Se dice que en tiempos muy antiguos, cuando un hombre moría, velaban su cadáver durante cinco días. Así, su ánima, no más grande que una mosca, *salía de su cuerpo* y echaba a volar produciendo un silbido. *Algunos* decían que iba a ver a Pariacaca, al que les había transmitido la fuerza vital, al que los había hecho.
>
> Ahora bien, los demás dicen que, según la tradición, en aquella época Pariacaca todavía no existía y que las *ánimas* volaban simplemente hacía arriba, hacia Yaurillancha. (*Adición al margen*: Antes de la aparición de Pariacaca y de Carhuincho, los hombres tuvieron su origen en Yaurillancha y en Huichicancha). Después de cinco días solían volver a sus casas. Sus familias los esperaban preparándoles comida y bebida. Al llegar no decían más que "ya he vuelto" y se regocijaban mucho con sus padres y sus hermanos a quienes decían: "Ahora ya no moriré nunca más". En aquella época la gente se multiplicó mucho. Encontraban sólo con duro esfuerzo lo necesario para sustentarse y trabajaban en las cumbres y las laderas de los cerros para hacer sus chacras, viviendo con gran sufrimiento.
>
> Ocurrió que en esa época murió un hombre. Sus padres, sus hermanos y su esposa lo esperaban el día en que debía llegar, cinco días después. Pero el hombre no llegó. Solo llegó al día siguiente, es decir al sexto día. Sus padres, sus hermanos y su mujer lo esperaban furiosos. Cuando llegó, su mujer le dijo enojada: "¿Por qué

5 Ávila, Francisco. *Dioses y hombres de Huarochirí, narración quechua*. Traducción castellana de José María Arguedas. Estudio Bibliográfico de Pierre Duviols. 1966. Instituto de Estudios Peruanos. Edición facsimilar. Reimpresión 2015.

> eres tan perezoso? Los otros hombres llegan sin faltar a la costumbre. ¿Quién eres tú para habernos hecho esperar ayer en vano?" y lo regañó sin parar. Así enojada, su mujer arrojó una coronta contra el ánima que llegaba. Ésta produjo un silbido e inmediatamente regresó a Yaurillancha. Desde entonces ya ningún hombre ha vuelto después de morir[6].

15. Adicionalmente a ello, el referido manuscrito quechua, también recoge otros ritos que se efectuaban a propósito del fallecimiento de un integrante del ayllu, como por ejemplo la limpieza de la casa del difunto, el servicio de comida y bebida para los asistentes, y los cantos y lloros de los participantes[7].

16. Raúl Porras Barrenechea en sus estudios sobre nuestro pasado prehispánico y sus ritos funerarios nos manifiesta lo siguiente:

> … el súbdito de los Incas, tuvo como característica esencial, un tradicional instinto, un sentimiento de adhesión a las formas adquiridas, un horror a la mutación y al cambio, un afán de perennidad y de perpetuación del pasado, que se manifiesta en todos sus actos y costumbres, y que encarna en instituciones y prácticas de carácter recordatorio, que reemplazan, muchas veces, en la función histórica, a los usos gráficos y fonéticos occidentales. Este sentimiento se demuestra particularmente en el culto a la *pacarina* o lugar de aparición –cerro, peña, lago o manantial–, del que se supone ha surgido el antecesor familiar, o en el culto de los muertos o *malquis*, de la momia tratada como ser viviente y de la huaca o adoratorio familiar. Ningún pueblo como el incaico, salvo acaso los chinos, sintió más hondamente la seducción del pasado y el anhelo de retener el tiempo fugaz. Todos su ritos y costumbres familiares y estatales están llenos de este sentido recordatorio propiciador del pasado. Cada Inca que muere en el Cuzco es embalsamado y conservado en su propio palacio, rodeado de todos los objetos que le pertenecieron, de sus armas y de su vajilla, servido en la muerte por sus mujeres e hijos, los que portan la momia a la gran plaza del Cuzco, en las grandes ceremonias, y conservan la tradición de sus hechos en recitados métricos se trasmiten a sus descendientes (…). En la costa, nos refiere el Padre de las Casas, se realizaban los funerales de los jefes en las plazas públicas y los túmulos eran rodeados por coros de mujeres o endechaderas, que lloraban y cantaban relatando las hazañas y virtudes del muerto.[8]

---

6 Taylor, Gerald. *Ritos y Tradiciones de Huarochirí*. Instituto Francés de Estudios Andinos. 2008. pp. 118-119.

7 Cfr. texto de *Dioses y hombres de Huarochirí* y *Ritos y Tradiciones de Huarochirí*.

8 Porras Barrenechea, Raúl. *Mito, tradición e historia del Perú*. Promoción Editorial Inca S.A. 1974. pp. 21 y 22.

17. La historiadora Gabriela Ramos en su libro *Muerte y conversión en los Andes*, sobre sus estudios de la conversión de las poblaciones andinas del siglo XVI al catolicismo, señala que:

> Al decir de los cronistas como Acosta, Cobo y Garcilaso, los cuerpos de los gobernantes incas eran embalsamados mediante un cuidadoso tratamiento que, según estos mismos autores, les permitió conservar un aspecto muy parecido al que tuvieron en vida. Se les vestía con las ropas e insignias correspondientes a su rango, y no eran colocados en tumbas sino en sitios –templos, o en sus propias casas– donde sus deudos les prestaban los cuidados y atenciones que correspondían a su investidura. Las momias incas tenían una activa participación en los asuntos públicos, eran llevadas a templos y casas para cumplir funciones que al parecer fueron de índole política, y conducidas regularmente sobre andas con ocasión de las ceremonias más importantes que tenían lugar en la plaza del Cuzco.
>
> (…)
>
> Al momento de la conquista, algunos patrones funerarios que tenían la desecación del cuerpo como uno de sus rasgos más notables estaban bastante extendidos en diversas regiones de los Andes.
>
> (…)
>
> Los rituales que se realizaban a la muerte de una persona constituían tanto la expresión de ideas sobre lo que ocurría en el más allá como maneras de vivir y sobrellevar emociones colectivas e individuales muy profundas. Las descripciones que se encuentran en las crónicas sugieren que hubo rasgos similares entre los rituales funerarios que se celebraban en la sierra y en la costa; las diferencias más significativas aparecían en las sepulturas y la manera como se disponía del cuerpo. Durante cerca de una semana los familiares y próximos manifestaban su dolor por medio de llantos y discursos en los que se recordaba al difunto. Los parientes inmediatos recibían la compañía y ayuda de allegados en estas manifestaciones públicas de congoja. A través de señales tales como el vestido o la apariencia del rostro, que indicaba el duelo que desde entonces debían guardar los deudos, los familiares, especialmente las mujeres, hacían visible el vínculo especial que los unía con el muerto. El golpe emocional que ocasionaba la pérdida se mitigaba con el sacrificio de al menos un animal y la celebración de comidas en grupo, respondiendo tal vez así a la inmediata necesidad de renovar o reforzar los lazos que unían al grupo, amenazados por la muerte.
>
> A fin de preparar y hacer posible el recorrido que el difunto emprendía a partir de su fallecimiento, así como asegurar que la tranquilidad de los vivos no se viera perturbada si en su trayecto aquel encontraba obstáculos, se hacían ofrendas de alimentos, coca o sangre. Los familiares y allegados reconstruían la memoria del ausente relatando en voz alta pasajes de su vida y recorriendo los sitios que el difunto

> había frecuentado, llevando en sus manos algunas de sus pertenencias. Los deudos marcaban el momento en que se despedían del fallecido con acciones que indicaban el inicio de esta nueva etapa, como por ejemplo haciendo abluciones, lavando la ropa del difunto o limpiando su casa[9].

18. El antropólogo Rodolfo Sánchez Garrafa en su libro *Muerte y mundo subterráneo en los Andes*, señala lo siguiente:

> Para los andinos del centro y sur peruano, la muerte biológica o *wañuy* (en quechua) y *hiwa* (en aymara) es un hecho fuera de discusión. Se llora la muerte de un ser querido porque este va a ausentarse y emprender un largo viaje. La muerte no es vista como el evento último de la existencia, al menos no como el final del trayecto reservado al ser. En las comunidades andinas, la muerte no constituye una tragedia en la vida de los andinos, más bien, la muerte es como una conclusión, cumplimiento y culminación de una etapa de la vida. Es una llegada a un momento de la permanencia en la existencia de los seres. La muerte para el andino, nunca es el final o terminación del ser; es continuidad del ser dentro de la totalidad existencial y universal.
>
> Cualquiera fuera la causa de pérdida de la vida, se espera que la o las sombras (espíritus: *upay, supay, llanthu, hanchi*) de la persona emprendan viaje al mundo de los muertos (upaymarka). El muerto (*aya, amaya, hiwata*) pasa a integrarse a la sociedad de los ancestros y a llevar una existencia activa, con relaciones de reciprocidad respecto a la sociedad de los vivos, con los cuales conforma un mismo universo[10].

19. Pierre Duviols en sus investigaciones publicadas en su libro *Escritos de Historia Andina*, respecto al concepto animista de los antiguos peruanos, refiere:

> El *anima* es considerada como algo impalpable pero sensible, que está localizada en el cráneo. Ella ingresa al cuerpo al nacer y solo le abandona a la muerte, escapándose por los orificios naturales. Está dotada de vida eterna. El anima de los difuntos ayuda a los vivos.
>
> El *animu* también es impalpable. Se trata de una sombra, pero tiene la forma de un cuerpo de unos treinta centímetros. Ella tiene su sede en el corazón del hombre. Es separable: puede abandonar el cuerpo bajo el efecto del *mancharisqa* o *susto*, provocado a menudo por una caída. (…) Los niños son particularmente proclives a

9 Ramos, Gabriela. *Muerte y conversión en los Andes*. Lima y Cuzco, 1532-1670. Instituto Francés de Estudios Andinos e Instituto de Estudios Peruanos, 2014, pp. 39-40, 48 y 49.

10 Sánchez Garrafa, Rodolfo. *Muerte y mundo subterráneo en los Andes*. Editorial Bisonte. 2017. pp. 19 y 20.

> ello, para hacer que el *animu* regrese a su habitáculo hay que acudir a un mediador, quien procede a efectuar el *animu waqyay* (llamado del alma)"[11].

20. El etnohistoriador y lingüista Jan Szeminski en su investigación sobre documentos de los siglos XVI y XVII, publicada en su libro *Un ejemplo de larga tradición histórica andina*, concluye lo siguiente acerca de las consideraciones del poblador andino respecto de la muerte:

> Una de las cosas más horribles para un andino del siglo XVI era la amenaza de la destrucción de su cuerpo tras la muerte. Dejar los cuerpos de los muertos sin enterrar significaba condenar a sus descendientes a la falta de consejo y protección de los antepasados. Los criminales a la vez eran condenados a muerte y a la destrucción de sus cuerpos.

21. Como es de verse de las crónicas, investigaciones y estudios sobre los ritos funerarios en el Perú, el culto a los muertos se ha mantenido a lo largo del tiempo como una expresión importante de nuestra identidad.

22. En la actualidad, un gran número de familias de ascendencia andina mantienen sus costumbres y ritos funerarios que han traspasado el tiempo a través de generaciones. Así, perviven costumbres como la entrega de alimentos y bebidas por parte de las amistades y familiares a los deudos directos del difunto, los cuales serán destinados al consumo de los participantes durante el velorio; la procesión del ataúd por los lugares más importantes donde desarrolló su vida (lugar de trabajo, casa familiar, canchita de futbol, iglesia, entre otros); el acompañamiento al cementerio al ritmo de música folclórica; presencia de las lloronas acompañando con su tristeza el velorio y la procesión del difunto a su última morada; ofrecimiento de bebidas al difunto en el nicho funerario.

23. También se mantienen costumbres posteriores al entierro. Por ejemplo, al segundo día del fallecimiento se realiza la limpieza total de la casa del difunto y el lavado de la ropa en el río. Al quinto día se realiza el velorio de la ropa lavada del difunto desde las 6 de la tarde hasta el siguiente día, ofrendándole su comida favorita, hojas de coca y bebidas para despedir al alma del difunto. Al mes del fallecimiento, se realiza una misa para el descanso de su alma; y al año del fallecimiento, nuevamente se realizan misas de honras, para luego acudir al lugar del sepulcro y realizar responsos. Los ritos de visita al difunto con flores, orquestas, rezos, comida y bebida, se vuelven a repetir el 2 de noviembre de cada año, en la celebración del Día de Muertos.

11 Duvoils, Pierre. *Escritos de historia andina*. Biblioteca Nacional del Perú y el Instituto Francés de Estudios Andinos. 2016. pp. 154 y 155.

24. Una costumbre póstuma en el caso del fallecimiento de niños que ha sido registrada[12] en el norte del Perú, es el "Día de los Angelitos" celebrado el 1 de noviembre de cada año. En dicha fecha, las padres o familias que han perdido a un niño, obsequian pasteles, cachangas o roscas (entre otras viandas) a los niños menores de 12 años, como una forma de mantener la ilusión de la existencia de dichos niños a través de otros.

25. Como es de verse, el ciudadano peruano tiene interiorizado como parte del desarrollo de su vida citadina y rural, costumbres y rituales funerarios de larga data que conforman una cosmovisión particular sobre la libertad de culto en el Perú, lo cual permite apreciar un contenido constitucionalmente protegido de este derecho con matices distintos a los desarrollados en la doctrina extranjera.

26. Así, nos encontramos con una gama de acciones y conductas humanas propias de los ciudadanos peruanos que permiten identificar una forma particular de culto más allá de la adoración de una divinidad en un lugar destinado exclusivamente a esa finalidad; que también merecen tutela constitucional, pues conforme se ha señalado en los fundamentos precedentes, la libertad de culto en Perú no se agota con el acto de sepultura del difunto; por el contrario, se extiende en el tiempo, debido a que el culto a los muertos, a modo de recordatorio de su importancia en la vida de su familia, no se agota en el rito del velorio o del entierro mismo, sino se realiza cada vez que se acude al lugar donde permanecen los restos del fallecido.

Análisis del caso concreto

27. Mediante Resolución de Presidencia del Directorio 101-2014-SBPHZ, de fecha 7 de octubre de 2014, que obra en el cuadernillo del Tribunal Constitucional, la Sociedad de Beneficencia Pública de Huaraz resolvió:

> **ARTÍCULO PRIMERO**: **APROBAR** el plano presentado y **AUTORIZAR** a la señora **PRUDENCIO DE LOLI, Lidia** […], edificar un mausoleo familiar, ubicado en la Av. Señor de la Soledad del Cementerio General Presbítero "Pedro García Villón", cediéndose estrictamente a las especificaciones que contiene el plano que obra en el expediente el cual está compuesto de dos (02) sarcófagos, seis (06) nichos y una (01) capilla, dentro del área de 06m^2 de terreno sin extralimitación de ninguna clase, el cual colinda por el Este con una lápida sin nombre, por el Oeste con terreno libre, por el Norte con una lápida sin nombre y por el Sur con terreno libre. (…).
>
> **ARTÍCULO TERCERO**.- Se emite la presente resolución en vías de regularización, porque el mausoleo familiar ya se encuentra construido desde el año 1969 (…).

12 Al respecto, consultar Lemlij, Moisés y Millones, Luis. "Reflexiones sobre la muerte en el Perú", y, Polia Mario, "La muerte en la sierra de Piura: prácticas funerarias y creencias acerca de los muertos en las evidencias arqueológicas en el material etnográfico", artículo en Anthropológica, revista en línea http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/anthropologica/article/view/1201/1157.

28. Mediante Oficio 154-2016-SBPHZ-P, de fecha 14 de septiembre de 2016, dirigido al Tribunal Constitucional, la Sociedad de Beneficencia Pública de Huaraz expresó que la gestión anterior "autorizó a la familia LOLI SOSA para que construya un Mausoleo Familiar en la zona común del Cementerio General de Huaraz".

    En su contestación de demanda, la Sociedad de Beneficencia Pública de Huaraz manifestó que fue la gestión anterior la que permitió la construcción del mausoleo de los actores en zona común y no en la zona de mausoleos como correspondía; por lo que los recurrentes construyeron el mausoleo a sabiendas que tendrían problemas de acceso. Dicho argumento de defensa no tiene asidero alguno, pues la construcción del mausoleo de los recurrentes fue permitida y autorizada por la sociedad demandada, independientemente de quién haya sido su representante al momento de la construcción. En este sentido, la construcción del mausoleo familiar fue construido con el consentimiento de la referida emplazada; por lo que, ahora no puede sustraerse de su obligación de brindarle, a los recurrentes, el acceso adecuado.

29. Del mismo Oficio 154-2016-SBPHZ-P se observa que la entidad emplazada reconoce que resulta cierto que se ha colocado una reja que impide el paso de los recurrentes a su mausoleo familiar; que el mausoleo presenta dos fachadas (por el lado norte y sur); que por el lado norte existe una tumba sobre la cual se ha construido una lápida, en cuyo perímetro se han colocado rejas de fierro decorado, que impide el acceso por la fachada principal del lado norte, obstaculizando el acceso a la capilla y a los nichos del mausoleo, por lo que, los propietarios de este cambiaron la fachada hacia el lado sur, donde existe una lápida de mayólica color negro a 10 cm. del mausoleo; que hacia el lado este existe un mausoleo de la familia Roldán y hacia el lado oeste colinda con la tumba de la familia Manrique Nieves.

30. En consecuencia, el Tribunal considera que el impedimento de acceso al mausoleo de los demandantes vulnera su derecho a la libertad de culto, pues no existe el espacio adecuado para acceder y poder realizar sus ritos en conmemoración de sus difuntos; máxime si no se advierte que la entidad emplazada haya invocado límite alguno al ejercicio de la libertad de culto que prohíba la realización de los ritos fúnebres por parte de los actores; por lo que corresponde estimar la presente demanda.

31. Los recurrentes, mediante escrito de fecha 24 de octubre de 2016 (cuadernillo del Tribunal Constitucional), señalan que "se acredita la validez y la existencia de la obstrucción del acceso al mausoleo de la parte norte, con perjuicio a que pueda ocurrir lo mismo en la parte sur (el nuevo acceso refaccionado del mausoleo)".

32. En consecuencia, de lo expresado por la parte demandante, por la entidad emplazada y de las fotografías adjuntadas, el Tribunal advierte la existencia de área libre al lado sur del mausoleo; por lo que ordena a la Sociedad de Beneficencia Pública de Huaraz emplazada destine parte de esa área a la constitución de un acceso razonable para que los recurrentes puedan hacer ejercicio de su derecho a la libertad de culto por el lado sur, evitando construcciones de cualquier tipo que limiten el acceso al mausoleo de los actores.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, y el fundamento de voto del magistrado Espinosa-

Saldaña Barrera, que se agrega,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de autos.
2. Disponer que la Sociedad de Beneficencia Pública de Huaraz destine parte del área libre del lado sur del mausoleo de los demandantes, a la constitución de un acceso razonable para que estos puedan hacer ejercicio de su derecho a la libertad de culto, evitando construcciones de cualquier tipo que limiten acceder al mausoleo construido.

Publíquese y notifíquese.

SS.
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas, en el sentido de declarar fundada la demanda. En lo que sigue, solo deseo hacer algunas precisiones con respecto a los derechos invocados o tutelados en el presente caso:

1. Considero que, además del derecho a la libertad religiosa, al que se hace referencia en la sentencia, también se encuentra implicado el derecho a la integridad moral. En efecto, en la sentencia se hace mención a diferentes ritos y tradiciones funerarias, pero estos no tienen únicamente una dimensión religiosa. Bien visto, la relación con nuestros muertos y las formas de honrarlos o recordarlos trasciende al fenómeno religioso, tiene una innegable dimensión cultural y afectiva, e incluso más, este Tribunal ha dejado establecido que dicha aprehensión tiene relación con el derecho fundamental a la integridad moral (STC Exp. n.° 0256-2003-HC/TC; por cierto, puede revisarse además el fundamento de voto contenido en la STC Exp. n.° 5312-2011-AA, firmado por los magistrado Ledesma Narváez y Sardón de Taboada), el cual en este caso también se vería lesionado.

2. Además de lo anotado, debo mencionar que también se verifica una vulneración del derecho a la libertad de tránsito de los demandantes, en la medida que se les limita la posibilidad de acceder libremente a sus familiares fallecidos. Esta precisión es suma importancia atendiendo a que estamos resolviendo un proceso de hábeas corpus, y través de este se tutela básicamente la libertad o la integridad físicas, mientras que la tutela de derechos distintos a esos (como es el caso de la libertad religiosa o la integridad moral) requiere, necesariamente, que exista una relación de conexidad con aquellos (artículo 200.1 de la Constitución y 25 del código Procesal Constitucional). Si no existiera dicha conexidad, la demanda debería ser declarada improcedente, y no fundada como estamos resolviendo en el presente caso.

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la opinión vertida por mis colegas magistrados, emito el siguiente voto singular, el mismo que se sustente en las consideraciones siguientes:

1. Los recurrentes interpusieron demanda de habeas corpus contra don Luis Alberto Sánchez Alvarado, en calidad de presidente de la Beneficencia Pública de Huaraz; contra don Pablo Atusparia Rashta, en calidad de oficinista del Cementerio General; y contra don Néstor Alvarado Contreras.

2. En esa línea, manifiestan que, a pesar de haber cumplido con el trámite correspondiente para construir un mausoleo familiar, esto es, haber solicitado el cambio de nicho de doña Ignacia Sosa Cadillo y doña María Luisa Sánchez Díaz Sosa (abuela y hermana de don Rubén Amador Loli Sosa) y cancelado el costo que ello supone, los demandados no han emitido la resolución administrativa del caso. Asimismo, los demandantes indican que los emplazados, sin respetar el margen de espacio necesario, vendieron a don Néstor Alvarado un terreno ubicado al lado de su mausoleo, sobre el cual se construyó una lápida y se instalaron unas rejas, lo cual les restringe el acceso al mausoleo de su propiedad y vulnera sus derechos a la libertad de tránsito y a honrar a sus familiares, como ha sido costumbre desde la fecha en que fallecieron.

3. El derecho a la libertad de culto es una manifestación del derecho a la libertad religiosa. Así, "la libertad de religión comporta el derecho fundamental de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma y la doctrina propuesta por dicha confesión, de manifestar pública y privadamente las consecuentes convicciones religiosas y de practicar el culto. Como todo derecho de libertad, el derecho a la libertad religiosa tiene una vertiente negativa, que garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia que no desea tomar parte en actos de la naturaleza antes descrita" (sentencia recaída en el Expediente 00895-2001-AA/TC, Fundamento Jurídico 3).

4. De esta manera, se tiene que la libertad de culto es un derecho que se refiere concretamente a la preferencia de cada ser humano de elegir su religión, y de ejercer dicha creencia con plena libertad, sin ser víctima de cuestionamientos o discriminación por la opción elegida.

5. En el caso en concreto, los recurrentes sostienen, centralmente, que los emplazados, sin respetar el margen de espacio necesario, vendieron un terreno ubicado al lado de su mausoleo, sobre el cual se construyó una lápida y se instalaron una rejas, lo cual les restringe el acceso al mismo y vulnera, en esencia – se infiere de los alegatos contenidos en la demanda – su derecho a la libertad de culto.

6. De la revisión integral de los autos, se advierte que carece de sustento los argumentos expuestos por los accionantes a fin de sustentar los términos de su demanda, toda vez que, de la documentación probatoria obrante en el expediente, no se aprecia la vulneración del derecho a la libertad de culto de los demandantes.

7. En efecto, de los alegatos contenidos en la demanda, así como de los recaudos que acompañan la misma y los elementos de prueba que obran en autos, no se advierte que el presente caso se vincule directamente o esté referido a hechos concretos que informen suficientemente respecto a que a los recurrentes no se les permite elegir determinada religión, expresar sus convicciones religiosas libremente, ni ejercer dicha creencia de manera pública y con plena libertas. A partir de lo cual, se tiene que no se ha acreditado la vulneración del derecho invocado por los recurrentes en los términos antes señalados.

Por las razones expuestas, considero que se debe declarar **INFUNDADA** la demanda.

S.
LEDESMA NARVÁEZ

B. PROCESOS DE TUTELA DE DERECHOS

B.3. PROCESOS DE HÁBEAS DATA

Pleno. Sentencia 751/2020
EXP. N° 03425-2018-PHD/TC
LIMA
REPARACIONES MARÍTIMAS S.R.L.

RAZÓN DE RELATORÍA

Con fecha 13 de octubre de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, ha emitido, por mayoria, la siguiente sentencia, que resuelve declarar **INFUNDADA** la demanda de *habeas data*.

El magistrado Sardón de Taboada formuló un voto singular declarando fundada la demanda.

Se deja constancia que el magistrado Blume Fortini emitió un voto singular y que se entregará en fecha posterior.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y el voto singular antes referido y que los magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.° 03425-2018-PHD/TC
LIMA
REPARACIONES MARÍTIMAS S.R.L.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 13 días del mes de octubre de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, y con los votos singulares de los magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Benny Jorge Ramos Rodríguez, gerente general de Reparaciones Marítimas SRL, contra la resolución de fojas 608, de fecha 9 de mayo de 2018, expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 12 de octubre de 2012, Reparaciones Marítimas SRL (Remar SRL), a través de su gerente general, don Benny Jorge Ramos Rodríguez, interpone demanda de *habeas data* contra el director de la Oficina General de Tecnología de la Información y Estadística del Ministerio de la Producción (Produce). Solicita que, en virtud de su derecho fundamental de acceso a la información pública, se le informe, de manera detallada, la producción de harina y aceite de pescado correspondiente a los ejercicios fiscales anuales de los años 2005 a 2012 de la fábrica de producción y transformación de la anchoveta 3204, ubicada en la avenida Prolongación Centenario 1954 de la Provincia Constitucional del Callao.

Manifiesta que son los únicos y legítimos propietarios de la referida fábrica de producción denominada Pesca Perú Callao Sur SA, conforme al testimonio de compraventa de acciones y constitución de hipoteca y prenda por adjudicación en la Subasta Pública F-09-97-CEPP, celebrado entre su representada y la Empresa Nacional Pesquera SA Pesca Perú. Agrega que su propiedad le fue arbitrariamente despojada a través de un proceso de insolvencia que ha sido declarado nulo conforme a la Sentencia Casatoria 892-2010, expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República, con lo cual los derechos de su representada como propietaria de Pesca Perú Callao Sur SA han sido plenamente restablecidos.

Arguye, además, que cumplió con remitir documento de fecha cierta al demandado y que, sin embargo, su pedido ha sido denegado con la alegación de que lo solicitado recae sobre información de carácter secreta.

Contestación de la demanda

El procurador público adjunto del Ministerio de la Producción contesta la demanda y solicita que esta sea declarada improcedente o infundada, ya que, si bien el accionante alega ser propietario de la fábrica ubicada en la avenida Prolongación Centenario 1954 de la Provincia Constitucional del Callao, aquel es propietario tan solo de los equipos que forman parte del establecimiento, pues no administra la empresa, tampoco es propietario de la producción.

De otro lado, señala que la oficina demandada está bajo la conducción del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), conforme a lo establecido por el Decreto Ley 21372. Por lo mismo, esta entidad tiene la obligación de cautelar la confidencialidad de la información producida por los órganos del sistema (artículo 9 del Decreto Legislativo 604). Además, conforme a lo establecido por el artículo 81 del Decreto Supremo 043-2001-PCM, Pesca Perú Callao Sur SA constituye una persona jurídica catalogada como fuente de información estadística del Sistema Nacional de Estadística y, por tanto, la información que de esta se origine se encuentra protegida por el secreto estadístico y la confidencialidad de la información (artículo 97 del referido decreto supremo).

Intervención litisconsorcial

El Primer Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución 19, de fecha 7 de marzo de 2017, declaró procedente el pedido de intervención litisconsorcial de Pesca Perú Callao Sur SA, en calidad de litisconsorte facultativo.

Pesca Perú Callao Sur SA contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente o infundada. Señala que la empresa demandante no es propietaria del establecimiento industrial pesquero Pesca Perú Callao Sur SA, ubicado en la avenida Prolongación Centenario 1954 de la Provincia Constitucional del Callao. Ello se debe a que, sin perjuicio de que la Comisión de Reestructuración Patrimonial de Indecopi mediante la Resolución 0215-2003-003/CCO-ODI-AQP, de fecha 30 de abril de 2003, declarara el inicio del procedimiento concursal ordinario de Remar SRL, a pedido de su acreedora, la empresa Armadores Pesqueros SA (Arpes), la junta de acreedores de Remar SRL acordó declarar su disolución y liquidación conforme a lo establecido por el artículo 74.2 de la Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal, aprobando la designación de Ordem SAC como la empresa encargada de llevar adelante el referido proceso. De esta manera, Ordem SAC procedió a la realización de los bienes que conformaban el activo de Remar SRL, constituido en un 99.98 % por acciones de la empresa Pesca Perú Callao Sur SA, la cual posteriormente transfirió dichas acciones a la Empresa Tecnológica de Alimentos SA (TASA), quien en la actualidad es su propietaria.

Con relación a la emisión de resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema que declaró la nulidad del inicio del procedimiento concursal, es falso que dicha sentencia haya restituido la propiedad de Pesca Perú Callao Sur SA a Remar SRL, ya que solo se declaró la nulidad de la resolución administrativa. Tan es así que, en la etapa de ejecución de la referida resolución, respecto de la solicitud de "devolución" de la fábrica a favor de Remar SRL, la Sala la declaró improcedente, pues argumentó que "las actuaciones de esta Sala no pueden ir más allá de sus competencias determinadas por ley", declarándose cumplida la sentencia y dejando a salvo el derecho de Remar SRL para que lo haga valer en la vía correspondiente.

Finalmente, señala que Produce no se encuentra obligada a entregar la información solicitada, pues existe un mandato legal respecto de ella en tanto ostenta la condición de "secreto estadístico".

Sentencia de primera instancia o grado

El Primer Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró infundada la demanda, pues, a su juicio, la información solicitada tiene carácter confidencial al recaer sobre producción de harina y aceite de pescado de los años 2005 al 2012 de la fábrica de producción y transformación de la anchoveta Pesca Perú Callao Sur SA, dicha información ingresa a la data estadística de la Oficina del Ministerio de la Producción y, al ser fuente del Sistema Nacional de Estadística, tiene carácter secreto, con lo cual está inmersa en las causales de excepción de acceso a la información pública.

Sentencia de segunda instancia o grado

La Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la resolución apelada por similares fundamentos.

FUNDAMENTOS

Cuestión procesal previa

1. De acuerdo con el artículo 62 del Código Procesal Constitucional, para la procedencia del *habeas data* se requerirá que el demandante previamente haya reclamado, mediante documento de fecha cierta, el respeto de su derecho, y que el demandado se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro del plazo establecido.

2. Al respecto, de autos se advierte el cumplimiento de tal requisito (fojas 48). La demandada, por su parte, dio respuesta a dicho pedido mediante el Oficio 068-2012-PRODUCE/OGTIE, de fecha 16 de julio de 2012. En este le señalan que no es factible atender lo solicitado debido a que la titularidad de la licencia de operación del establecimiento industrial pesquero Pesca Perú Callao Sur SA corresponde a las empresas Grupo Sindicato Pesquero del Perú SA y Tecnológica de Alimentos SA. Además, la información exigida tiene carácter secreto, al ser fuente de información estadística conforme a lo normado por el artículo 97 del Decreto Supremo 043-2001-PCM.

Delimitación del asunto litigioso

3. En el presente caso, el recurrente solicita que se le informe, de manera detallada, la producción de harina y aceite de pescado correspondiente a los ejercicios fiscales anuales de los años 2005 a 2012 de la fábrica de producción y transformación 3204, ubicada en la avenida Prolongación Centenario 1954 de la Provincia Constitucional del Callao. De otro lado, Produce señala que la información solicitada está sujeta a las excepciones de acceso a la información pública por ser información secreta.

4. En tal sentido, corresponde determinar si la información solicitada es de acceso público o está sujeta a algunas de las excepciones establecidas normativamente.

Análisis del caso concreto

5. El inciso 5, del artículo 2, de la Constitución Política del Perú dispone que toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Así, la Constitución ha consagrado en estos términos el derecho fundamental de acceso a la información pública, cuyo contenido constitucionalmente protegido reside en el reconocimiento del derecho que le asiste a toda persona de solicitar y recibir información de cualquier entidad pública; y no existe, por tanto, entidad del Estado o persona de derecho público excluida de la obligación respectiva (sentencia recaída en el Expediente 937-2013-PHD/TC).

6. Sin embargo, la misma disposición constitucional también ha establecido que se exceptuarán las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. En efecto, el artículo 17 del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobada por Decreto Supremo 043-2003-PCM, ha establecido que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de información protegida, entre otros, por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil.

7. De otro lado, el Decreto Supremo 043-2001-PCM, que aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), estableció en su artículo 8 lo atinente a los órganos del INEI, incluyendo, entre otros, a las Oficinas Sectoriales de Estadística e Informática y demás Oficinas de Estadística e Informática de los Ministerios, de los Organismos Centrales, Instituciones Públicas Descentralizadas y Empresas del Estado. A su vez, en su artículo 81 dispuso lo siguiente respecto a las fuentes de información:

> Son fuentes de información estadística del Sistema Nacional de Estadística, las personas naturales o jurídicas que se encuentran en el país, las que están obligadas a suministrar la información de uso estadístico a los órganos del Sistema, en la forma, términos y plazos que se fijen, en formularios aprobados por Resolución Jefatural del INEI y publicados en el diario oficial El Peruano. Asimismo, son fuentes de información los registros administrativos del sector público.

> Exceptúase de esta obligación a las fuentes cuya información considerada clasificada, afecta a la seguridad nacional.

8. Por su parte, el artículo 27 del Decreto Ley 21372, en relación a las fuentes de información señaló que:

> Son fuentes de información estadística del Sistema las personas naturales o jurídicas que se encuentren en el país, las cuales están obligadas a suministrar la información de uso estadístico en la forma y términos que les fijen los órganos del Sistema.

Exceptúase de esta obligación a las fuentes cuya información, considerada clasificada, afecte a la Seguridad Nacional.

9. De otro lado, el artículo 31 del citado Decreto Ley 21372 estableció que:

> La información proporcionada por las fuentes del Sistema tiene carácter secreto. No podrá ser revelada en forma individualizada, aunque mediare orden administrativa o judicial. Sólo podrán ser divulgados o publicados sus resultados estadísticos, en forma innominada

10. Asimismo, el artículo 9, literal q), del Decreto Legislativo 604, precisa que son funciones del Instituto Nacional de Estadística e Informática

> Cautelar la confidencialidad de la información producida por los órganos de los Sistemas"

11. Ahora bien, resulta importante precisar que la información solicitada, en el caso concreto, se encuentra en poder de una entidad pública (Produce), por esta razón, en principio, podría argumentarse en favor de su acceso al público; no obstante, no necesariamente toda información que posean las instituciones públicas es de acceso libre, pues dentro del amplio abanico de información que poseen, pueden retener aquella que es elaborada por la misma entidad y cuyo acceso al público podría afectar la intimidad personal (por ejemplo, información recaída en una historia clínica, un informe sobre salud de un tercero, etc.). Sin embargo, también existe información que es proporcionada por personas naturales y jurídicas, cuyo origen es de carácter estrictamente privado (se excluye de esta categoría información susceptible de fiscalización y control público), con lo cual constituye información que pertenece a terceros y que además puede estar protegida por el "secreto bancario, comercial, industrial, tecnológico, etc.", conforme así lo dispuso el citado artículo 17 del TUO de la Ley 27806.

12. Así, en el presente caso, se advierte que la demandada, Oficina General de Tecnología de la Información Estadística del Ministerio de la Producción, forma parte del Sistema Estadístico Nacional. Aquella, mediante el Oficio 068-2012-PRODUCE/OGTIE, de fecha 16 de julio de 2012, denegó el pedido del accionante con el sustento de que la titularidad de la licencia de operación del establecimiento industrial pesquero Pesca Perú Callao Sur SA corresponde a las empresas Grupo Sindicato Pesquero del Perú SA y Tecnológica de Alimentos SA. Además, alegó que la información exigida tiene

carácter secreto, al ser fuente de información estadística conforme a lo dispuesto por el referido artículo 97 del Decreto Supremo 043-2001-PCM.

13. En efecto, la citada oficina denegó correctamente la información solicitada, pues dicha información no solo tiene origen privado, en tanto que fue proporcionada por el Grupo Sindicato Pesquero del Perú SA y Tecnológica de Alimentos SA (en diversos periodos, desde el 2005 al 2006 y del 2007 al 2012, respectivamente, conforme se detalla a fojas 278), sino que además se encuentra protegida por ley al constituir fuente de información estadística (artículo 81 del Decreto Supremo 043-2001-PCM), que luego pasó a formar parte de la base de datos de la Oficina General de Tecnología de la Información Estadística del Ministerio de la Producción como parte del Sistema Estadístico Nacional. En tal sentido, la información exigida en autos se encuentra restringida. A mayor abundamiento, la parte demandante tampoco ha acreditado fehacientemente tener la titularidad de Pesca Perú Callao Sur SA.

14. En ese sentido, se concluye que la divulgación de la información requerida se encuentra protegida por las excepciones que dispone el artículo 2, numeral 5, de la Constitución Política del Perú, con lo cual, corresponde declarar infundada la demanda.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda al no haberse acreditado la vulneración del derecho de acceso a la información pública de la parte recurrente.

Publíquese y notifíquese.

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

No concuerdo con los argumentos ni el fallo de la sentencia en mayoría por lo siguiente:

El recurrente, en virtud de su derecho de acceso a la información pública, solicita que se ordene a la Oficina General de Tecnología de la Información y Estadística del Ministerio de la Producción (Produce) le informe, de manera detallada, la producción de harina y aceite de pescado correspondiente a los ejercicios fiscales de 2005 a 2012 de la fábrica de producción y transformación de la anchoveta 3204 - Pesca Perú Callao Sur SA.

Mis colegas magistrados consideran que dicha información es considerada secreta, en atención al artículo 81 del Decreto Supremo 43-2001-PCM, el artículo 31 del Decreto Ley 21372 y el artículo 9, literal q, del Decreto Legislativo 604, pues constituye fuente de información estadística.

Sin embargo, considero que dicha apreciación es equivocada. El "secreto estadístico" no se encuentra establecido en el TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública como una de las excepciones al ejercicio del derecho en cuestión. En esa línea, debe recordarse que su artículo 18 precisa lo siguiente:

> Los casos establecidos en los artículos 15, 16 y 17 son los únicos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que *deben ser interpretados de manera restrictiva* por tratarse de una limitación a un derecho fundamental. *No se puede establecer por una norma de menor jerarquía ninguna excepción* a la presente Ley [*énfasis* agregado].

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido en reiterada jurisprudencia que el contenido constitucionalmente protegido de este derecho reside en la facultad que le asiste a toda persona de solicitar y recibir información de cualquier entidad pública, y que ninguna institución del Estado se encuentra excluida de esta obligación (*cfr.*Sentencia emitida en el Expediente 937-2013-HD/TC).

La sentencia en mayoría pretende apelar –sin decirlo expresamente– a dos de las excepciones previstas en el artículo 17 del mencionado TUO, referidas a:

2. La información protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil que están regulados, unos por el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución, y los demás por la legislación pertinente.

6. Aquellas materias cuyo acceso esté expresamente exceptuado por la Constitución o por una Ley aprobada por el Congreso de la República.

Sin embargo, como puede apreciarse, el "secreto estadístico" no se encuentra en el catálogo cerrado del precitado numeral 2, y tampoco puede desprenderse de ninguno de sus componentes.

Además, en el caso del Decreto Supremo 43-2001-PCM – Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), cuyo artículo 81 precisa las fuentes de información estadística del Sistema Nacional de Estadística, se trata

de una norma *infralegal*, por lo que no puede ser considerada como una excepción al ejercicio del derecho en cuestión, en atención al precitado numeral 6 del artículo 17 del TUO.

Con relación al Decreto Ley 21372 – Ley del Sistema Estadístico Nacional, cuyo artículo 31 establece el carácter secreto de la información proporcionada por las fuentes del Sistema, se trata de una norma que *no ha sido aprobada por el Congreso* de la República, por lo que tampoco puede ser considerada como una excepción.

Y, respecto del Decreto Legislativo 604 – Ley de Organización y Funciones del INEI, cuyo artículo 9, literal q, establece como una de sus funciones la de cautelar la confidencialidad de la información producida por los órganos del sistema, se trata de una norma que *tampoco ha sido aprobada por el Congreso*.

Sin perjuicio de lo expuesto, las excepciones que puedan ser establecidas en atención al ejercicio de este derecho no solo deben cumplir exigencias formales sino también materiales. Eso implica que, incluso en el supuesto de existir alguna ley aprobada por el Congreso de la República que incorpore el secreto estadístico, esta debe ser compatible con la Constitución.

Como se precisa en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución, toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, con excepción de aquella que afecte la intimidad personal y la que *expresamente* se excluya por ley o por razones de seguridad nacional. Por tanto, la publicidad es la regla y el secreto, la excepción.

No puede, pues, prohibirse la entrega de información que no corresponda a los supuestos antes mencionados, pues ello solo conllevaría a una cultura del secretismo, contraria a todo estado que se precie de ser democrático.

Por tanto, siendo que la información solicitada no se condice con alguno de los supuestos de excepción, es pública y corresponde ordenar su entrega. Además, conviene precisar que la publicidad de la producción de harina y aceite de pescado coadyuva a una adecuada fiscalización ciudadana del uso sostenible de nuestros recursos naturales, que son patrimonio de la Nación, conforme al artículo 66 de la Constitución.

Depredar nuestro mar implica también depredar una de las industrias que mayores ingresos económicos le ha traído al país: el Perú es el primer productor de harina y aceite de pescado del mundo. La transparencia en dicho sector es una garantía de su sostenibilidad.

Por demás, siendo pública la información que se solicita, resulta irrelevante la discusión acerca de la titularidad de la licencia de operación del establecimiento industrial pesquero Pesca Perú Callao Sur SA.

En consecuencia, considero que la demanda debe ser declara **FUNDADA** y, por tanto, debe ordenarse la entrega de la información solicitada, previo pago del costo de reproducción correspondiente.

S.
SARDÓN DE TABOADA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME EN EL QUE OPINA POR DECLARAR FUNDADA LA DEMANDA

Discrepo de la sentencia de mayoría que declara **INFUNDADA** la demanda, por cuanto, a mi juicio, esta debe ser declarada **FUNDADA** por las razones que paso a exponer.

1. La sociedad demandante solicitó al Ministerio de la Producción que le informe de manera detalladasobre la producción de harina y aceite de pescado correspondiente a los años 2005 a 2012 de la fábrica de producción y transformación de la anchoveta 3204, ubicada en la avenida Prolongación Centenario 1954 de la Provincia Constitucional del Callao, invocando su derecho de acceso a la información pública, en su calidad de propietaria de la mencionada fábrica.

2. Al respecto, se aprecia de autos que la negativa de la emplazada de entregar la información requerida carece de fundamento amparable, pues no se sustenta ni en la Constitución, ni en las causales establecidas en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Ley 27806, LTAIP).

3. Ciertamente, no resulta sustento amparable la simple afirmación que la parte demandante no es propietaria de la mencionada fábrica ni la simple invocación al Decreto Ley 21372, al Decreto Legislativo 604 y al Decreto Supremo 043-2001-PCM, que no rigen para el caso de autos por colisionar con lo dispuesto por el artículo 2, inciso 5, de la Constitución,respecto a las restricciones al acceso a la información pública, y con la acotada LTAIP.

4. Al respecto, debe tenerse en cuenta que, en principio, toda la información en poder del Estado se presume pública, con la salvedad de las excepciones contenidas en la ley, que en el caso del derecho de acceso a la información pública han sido desarrolladas en la LTAIP, la cual fue publicada el 2 de agosto de 2002 y entró en vigencia el 2 de enero de 2003, quedando abrogadas todas aquellas normas que no se adecuaran a este nuevo texto normativo.

5. De otro lado y por lo demás, soy de opinión que la información requeridacarece de elementos necesarios para ser restringida porque no se encuadra en ninguno de los supuestos contenidos en el artículo 15 de la LTAIP.

6. Es más, el acceso a la información sobre la producción de harina y aceite de pescado correspondiente a los años 2005 a 2012, que es la requerida por la parte accionante, no lesiona ningún otro derecho fundamental ni tiene el carácter de reservada, secreta o confidencial, dado que esa misma información es utilizada en sus anuarios estadísticos y publicaciones anuales por el Ministerio de la Producción para publicitar cómo se ha ido desarrollando la producción de dichos productos a nivel nacional.

Sentido de mi voto

Mi voto es por declarar **FUNDADA** la demanda y, en consecuencia, **ORDENAR** al Ministerio de la Producción entregar la información requerida a la parte demandante, previa determinación y pago del costo de reproducción, más el pago de costos.

S.
BLUME FORTINI

B. PROCESOS DE TUTELA DE DERECHOS

B.4. PROCESOS DE CUMPLIMIENTO

Pleno. Sentencia 390/2020

EXP. N.° 06349-2015-PC/TC
AMAZONAS
SANTIAGO MANUIN VALERA Y WRAYS PÉREZ RAMÍREZ

Con fecha 14 de julio de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, ha emitido la siguiente sentencia, que declara **FUNDADA** la demanda de cumplimiento.

Asimismo, el magistrado Miranda Canales formuló fundamento de voto, los magistrados Ledesma Narváez y Sardón de Taboada formularon sus votos singulares y el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera presentó su voto en fecha posterior.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que los votos mencionados se adjuntan a la sentencia y que los señores magistrados proceden a firmar digitalmente la presente en señal de conformidad.

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
ARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 14 días del mes de julio de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales y Sardón de Taboada, pronuncia la siguiente sentencia, con los abocamientos de los magistrados Blume Fortini y Ramos Núñez, aprobados en el Pleno del día 19 de abril de 2017, y del magistrado Ferrero Costa, aprobado en el Pleno del día 5 de setiembre de 2017. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Miranda Canales, y los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez y Sardón de Taboada. Se deja constancia de que el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votará en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Juan Carlos Ruiz Molleda, en representación de Santiago Manuin Valera y Wrays Pérez Ramírez, contra la resolución de fojas 132, de fecha 15 de setiembre de 2015, expedida por la Sala Mixta Descentralizada de Utcubamba de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 14 de octubre de 2014, los actores interponen proceso de cumplimiento contra el presidente de la Corte Superior de Amazonas. Solicitan que se dé cumplimiento efectivo a lo dispuesto por el artículo 114, incisos 2 y 3, del Código Procesal Penal, el cual establece la obligación del Poder Judicial de proporcionar intérpretes en todos los procesos penales realizados en la Corte Superior de Justicia de Amazonas cuando los procesados pertenezcan a los pueblos indígenas awajun-wampis y no entiendan el idioma español o tengan dificultad para entenderlo. Dicha obligación, según ellos, es una manifestación de lo establecido en el artículo 2, inciso 19, de la Constitución Política del Estado, según el cual "todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete".

Contestación de la demanda

Mediante escrito de 5 de diciembre de 2014, la Procuraduría Pública del Poder Judicial contesta la demanda y solicita que sea declarada improcedente o infundada debido a que el petitorio de los recurrentes no se ajusta a los requisitos de procedibilidad para los procesos de cumplimiento determinados por el Tribunal Constitucional en el Expediente 0168-2005-PC/TC; por lo tanto, la demanda debe tramitarse por la vía del proceso contencioso administrativo. Asimismo, sostiene que el Poder Judicial viene desarrollando una serie de actividades

que promueven espacios de coordinación, capacitación y sensibilización sobre los derechos de los indígenas involucrados en procesos judiciales para que puedan contar con la asistencia de intérpretes cuando así se requiera, todo ello con el fin de dar cumplimiento a lo que establece la Ley 29735, (la cual regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de lenguas originarias), que se está implementando acorde a lo previsto en la Hoja de Ruta de la Justicia Intercultural del Poder Judicial. Atendiendo a ello, el Poder Judicial realizó una capacitación personalizada a intérpretes titulares de la etnia awajun-wampis para el proceso judicial denominado caso "Baguazo"; asimismo, realizó el "Primer curso de especialización en temas de justicia intercultural para traductores e intérpretes de lenguas indígenas", donde también participaron los intérpretes asignados al citado caso. Además, afirma que se encuentra en proceso de implementación el Registro Especial Nacional de Intérpretes y Traductores de Lenguas Indígenas del Poder Judicial, en el cual serán registrados los participantes que aprobaron el curso de especialización; y que en los distritos judiciales del país, a través de las oficinas Distritales de Apoyo a la Justicia de Paz (ODAJUP), se vienen desarrollando actividades relacionadas a la justicia intercultural, como es el caso del I Seminario sobre Justicia Intercultural, organizado por la propia Corte Superior de Justicia de Amazonas.

Sentencia de primera instancia o grado

Con fecha 23 de abril de 2015, el Juzgado Mixto Penal Unipersonal de Condorcanqui de la Corte Superior de Justicia de Amazonas declaró infundada la demanda, dado que los incisos 2 y 3 del artículo 114 del Código Procesal Penal deben ser cumplidos dentro de un proceso judicial específico por parte de los magistrados que conocen el caso y no por el presidente de la Corte Superior de Justicia, quien carece de legitimidad pasiva para ser emplazado por estar fuera de sus atribuciones. De otro lado, se concluye que existen otras vías específicas igualmente satisfactorias para la protección del derecho amenazado. Asimismo, manifiesta que no se ha agotado la vía administrativa previa ni se ha verificado la existencia de acciones concretas que comprueben la actitud renuente por parte del obligado a cumplir con el mandato.

Resolución de segunda instancia o grado

Con fecha 15 de setiembre de 2015, la Sala Mixta Descentralizada de Utcubamba de la Corte Superior de Justicia de Amazonas confirmó la sentencia de primera instancia o grado, debido a que en autos no obran actas de audiencias de cuyo contenido se pueda evidenciar que los distintos órganos jurisdiccionales de la Corte Superior de Justicia de Amazonas hayan omitido designar intérpretes a los procesados awajun-wampis en los diversos procesos penales que afrontan respecto al caso "Baguazo". Por el contrario, en dicho proceso penal se advierte que los procesados cuentan con un intérprete. Igualmente, existe un proceso de implementación del Registro Especial Nacional de Intérpretes y Traductores de Lenguas Indígenas. En conclusión, no se advierte que se haya producido incumplimiento alguno. En todo caso, los recurrentes pueden hacer uso de mecanismos procesales y constitucionales pertinentes si consideran que sus derechos de defensa y al debido proceso se encuentran afectados.

FUNDAMENTOS

Delimitación de la situación controvertida

1. Tal como se advierte de autos, este Tribunal Constitucional considera que los recurrentes solicitan que la Corte Superior de Justicia de Amazonas cumpla con proveer, de manera permanente y potencial, a los miembros de la etnia awajun- wampis que no hablen idioma castellano o tengan problemas para entenderlo, intérpretes que cuenten con conocimientos jurídicos que les permitan traducir a dicho idioma los términos propios de los procesos penales que enfrenten en dicha Corte cuando sea requerido; ello en cumplimiento de los incisos 2 y 3 del artículo 114 del Código Procesal Penal y del inciso 19 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado.

Análisis de procedencia de la demanda

2. De acuerdo con el artículo 200, inciso 6, de la Constitución, el proceso de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. Por su parte, el artículo 66 del Código Procesal Constitucional dispone que el objeto del proceso de cumplimiento sea ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme, o se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.

3. Este Tribunal, en la sentencia recaída en el Expediente 00168-2005-PC/TC, ha establecido, con calidad de precedente que por medio del proceso de cumplimiento se tutela el derecho constitucional de asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos. Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas, surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del mencionado proceso constitucional.

4. De otro lado, el citado precedente estableció también que, sea cual fuere el supuesto específico de incumplimiento invocado en la demanda, el actor deberá acreditar *no solo* la renuencia de la autoridad involucrada, sino que, además, deberán tomarse en cuenta las características mínimas comunes del mandato cuyo cumplimiento se solicita. Este Tribunal ha precisado que, para el caso del incumplimiento de normas legales, esos requisitos son los siguientes:

   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.

d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento

e) Ser incondicional.

Estos requisitos mínimos se justifican porque el proceso de cumplimiento, diseñado por la Constitución y el Código Procesal Constitucional, dado su carácter sumario y breve, no es el adecuado para discutir los contenidos de normas generales cuyos mandatos no tienen las características mínimas a las que se hace referencia, o de normas legales superpuestas que remiten a otras, y estas a su vez a otras, lo cual implica una actividad interpretativa compleja que, en rigor, debe llevarse a cabo a través de las vías procedimentales específicas.

5. Los incisos 2 y 3 del artículo 114 del Código Procesal Penal, cuyo cumplimiento se exige en el presente caso, cumplen con las características de ser normas ciertas, vigentes, claras; no estar sujetas a una controversia compleja ni a interpretaciones divergentes; así como ser ineludibles y de obligatorio cumplimiento, y ser incondicionales. Asimismo, el inciso 19 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado es una norma constitucional cuyo cumplimiento es pasible de ser exigido mediante el proceso de cumplimiento, ello conforme a lo resuelto por este Tribunal en el Expediente 05427-2009-PC/TC, fundamento 15, en virtud del principio general de la efectividad de las disposiciones constitucionales. Y es que si la eficacia inherente a toda norma jurídica se postula con relación a las normas legales y actos administrativos, con mayor razón deberá serlo también con relación a las normas constitucionales, que son las que ostentan la mayor jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico. Dicho principio de efectividad de las disposiciones constitucionales se desprende, además, del propio carácter normativo del texto constitucional que, aunque contenga disposiciones abiertas cuyo contenido obligacional a veces es difícil determinar *prima facie*, también contiene determinadas normas-reglas de fácil explicitación, entre las que puede encontrarse la referencia expresa al desarrollo de una legislación determinada que dé cumplimiento a una norma constitucional, como ocurre en el presente caso. Por lo tanto, el petitorio planteado es pasible de ser analizado mediante el proceso de cumplimiento.

Norma cuya efectivización se exige mediante el proceso de cumplimiento

Nuevo Código Procesal Penal
Decreto Legislativo Nº 957

Artículo 114 Idioma

[…]

2. Cuando una persona no comprenda el idioma o no se exprese con facilidad, se le brindará la ayuda necesaria para que el acto pueda desarrollarse regularmente.

3. Deberá proveérseles traductor o intérprete, según corresponda, a las personas que ignoren el castellano, a quienes se les permita hacer uso de su propio idioma, así como a los sordomudos y a quienes tengan algún impedimento para darse a entender.

Delimitación y evaluación del petitorio como objeto del proceso de cumplimiento

6. A partir de la revisión de los autos del presente proceso de cumplimiento, este Tribunal advierte que los recurrentes están solicitando el cumplimiento del artículo 114, incisos 2 y 3, del Código Procesal Penal, para la totalidad de procesos a los cuales se enfrenten los miembros de la etnia nativa awajun-wampis en los que por razones de desconocimiento o limitaciones idiomáticas requieran de un intérprete en dichos idiomas. En efecto, de la demanda de cumplimiento presentada por los recurrentes, se puede colegir claramente que su pretensión está orientada a buscar dar cumplimiento concreto a lo dispuesto en la norma referida para todos los casos en los que miembros de la etnia awajun-wampis se vean inmersos, y no respecto únicamente del proceso denominado "Baguazo". Por tanto, la pretensión de los recurrentes no se limita a la facilitación de intérpretes para el proceso "Baguazo", sino que es mucho más amplia, dado que apunta a todo tipo de proceso que los miembros de la etnia awajun-wampis enfrenten en la Corte Superior de Justicia de Amazonas. En ese sentido, este Tribunal disciente del argumento esgrimido por el *ad quem* cuando sostiene que, dado que en autos no obran actas de audiencias de cuyo contenido se pueda evidenciar que los distintos órganos jurisdiccionales de la Corte Superior de Justicia de Amazonas hayan omitido designar intérpretes a los procesados awajun- wampis en los diversos procesos penales que afrontan respecto al caso "Baguazo", y que, por el contrario, en dicho proceso penal se advierte que los procesados cuentan con un intérprete, no se estaría evidenciando un incumplimiento del artículo 114, incisos 2 y 3, del Código Procesal Penal.

7. Ciertamente, que exista un proceso de implementación del Registro Especial Nacional de Intérpretes y Traductores de Lenguas Indígenas, es una actividad necesaria para el cumplimiento del mandato contenido en la norma procesal cuyo cumplimiento se solicita; sin embargo, ello no es una actividad suficiente como para afirmar que dicha norma ha sido cumplida. En efecto, la implementación de una política no equivale a su completa realización. De ahí que no sea válido deducir la conclusión de que no existe incumplimiento de un mandato, porque se está desarrollando una política de implementación. Lo contrario equivaldría a que basta con la afirmación que se han iniciado acciones encaminadas a la consecución de un determinado objetivo para asegurar que dicho objetivo ya ha sido alcanzado.

8. Tal como ha sido expuesto, el *mandamus* contenido en la norma procesal cuyo cumplimiento se exige mediante el presente proceso satisface los requisitos mínimos de procedibilidad, ya que está acreditada la renuencia de los emplazados, por lo que corresponde estimar la demanda. Dicho incumplimiento no solamente afecta la norma procesal objeto del presente proceso, sino que también representa una afectación grave al contenido constitucionalmente protegido del derecho que tienen los recurrentes a expresarse en su propio idioma ante las autoridades judiciales. En efecto, si la autoridad jurisdiccional carece absolutamente de un servicio permanente y potencial de intérpretes que permitan expresarse a los procesados en un idioma conocido por ellos o si dicho servicio es meramente contingente y sujeto a interrupciones, no se está

dando cumplimiento efectivo al mandato tanto de los incisos 2 y 3 del artículo 114 del Código Procesal Penal como del inciso 19 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado. Como regla general se puede plantear el siguiente enunciado: si una persona, cuya lengua materna es diferente al idioma en el cual se desarrolla el proceso judicial que enfrente, carece de conocimiento de dicho idioma o tiene problemas para entenderlo, el órgano judicial competente tiene la obligación constitucional de poner a disposición de manera permanente y potencial intérpretes legos en derecho que estén en capacidad de traducir al idioma materno de dicha persona las circunstancias fácticas y jurídicas propias del proceso que enfrenta. En ese sentido, ante el derecho subjetivo de los ciudadanos a expresarse ante la autoridad en su propio idioma, corresponde correlativamente un deber por parte del Estado de poner a disposición de los procesados de manera permanente y potencial intérpretes que permitan al titular del derecho subjetivo expresarse en su propio idioma ante la autoridad. Solo de esta manera se da un cumplimiento cabal al *mandamus* o contenido de deber ser de la norma procesal cuyo cumplimiento se exige mediante el presente proceso.

9. En tal sentido, al estimarse la demanda, resulta de aplicación el artículo 56 del Código Procesal Constitucional. Por lo tanto, este Tribunal impone el pago de los costos procesales conforme a la liquidación que se establezca en la etapa de ejecución de la presente sentencia, la misma que deberá ser pagada por la demandada.

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 la renuencia de la Corte Superior de Justicia de Amazonas en dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 114, incisos 2 y 3, del Código Procesal Penal, en el sentido de proporcionar a los miembros de la etnia nativa awajun-wampis que carezcan de conocimientos de idioma castellano o que tengan problemas para entenderlo un intérprete en dichos idiomas, para todos los procesos que ellos enfrenten en la mencionada Corte Superior
2. Ordenar que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 114, incisos 2 y 3, del Código Procesal Penal, en el plazo máximo de 10 días.
3. Condenar a la demandada al pago de costos procesales. Publíquese y notifíquese.

SS.
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ

PONENTE BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto a mis ilustres colegas magistrados, considero pertinente realizar las siguientes precisiones:

LOS DERECHOS SOCIALES

1. Un Estado Social y Democrático de Derecho se caracteriza por privilegiar valores tales como la igualdad y la liberad siempre que apunten al desarrollo de la dignidad humana, tal como está señalado en el artículo 1 de nuestra Constitución. En ese sentido, es necesario articular los derechos fundamentales que de allí nacen.

2. Los derechos sociales han recorrido un largo camino, algunas veces para avanzar, otras para retroceder, pues incluso su propia locución ha servido para abordar diferentes situaciones normativas[1]. En efecto, antes de entrar a la clásica distinción entre los derechos sociales y otros derechos, la propia acepción "derechos sociales" tiene varios sentidos: i) derechos sociales internacionales; ii) derechos sociales legislativos; iii) derechos sociales constitucionales[2].

3. Ahora bien, conviene destacar que tradicionalmente se ha distinguido a los derechos sociales de los derechos civiles en virtud de su exigibilidad judicial. Los últimos serían exigibles por medios de procesos judiciales, mientras que los sociales responderían a decisiones políticas. En efecto, los derechos sociales implicarían una prestación positiva por parte del Estado, en tanto que los derechos civiles no requieren alguna actuación positiva.

4. Dichas distinciones pretenden asignar una característica única tanto a los derechos sociales como a los civiles. No obstante, se pueden presentar diferentes supuestos que dan cuenta del carácter autónomo y a su vez prestacional de algunos derechos sociales[3].

   – Derechos sociales que en alguna medida comportan obligaciones negativas para el Estado, pero cuyo rasgo definidor principal sigue siendo prestacional. En este supuesto pueden encontrarse la mayoría de los derechos sociales.

---

1 MAZZIOTTI, Manlio. "Diritti sociali". En: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XII, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 802-803. 2 KING, Jeff. *Judging social rights*. Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 18-19

2 KING, Jeff. *Judging social rights.* Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 18-19.

3 PACHECO TORRES, Miguel Ángel. El estado del estado social. Una cuestión pendiente. Barcelona, Atelier, 2017, pág. 49.

- Derechos sociales cuyo rasgo definidor principal no es la prestación, sino la autonomía. Precisamente, en este supuesto se encuentran derechos como la huelga o libertad sindical.
- Derechos civiles y políticos que en alguna medida tienen un carácter prestacional, pero sin perder su condición de derechos de autonomía. Aquí tenemos derechos como a la libertad religiosa o la libertad de trabajo.

5. Si bien el Tribunal Constitucional, a lo largo de su jurisprudencia constitucional, no ha delimitado la tutela de los derechos sociales como en el parágrafo anterior, sí es factible sostener que la diferencia entre derechos civiles y derechos sociales ha sido superada.

6. En efecto, el Tribunal Constitucional ha precisado que si bien la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, 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 la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población[4].

7. En esa misma línea, la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un conjunto de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares. Cuestión distinta es que las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos[5].

8. Como puede apreciarse, no existen diferencias, en razón a su estructura, entre los derechos individuales y los derechos sociales, por lo que éstos últimos son tan exigibles como los primeros. Caso contrario, confirmaríamos el presunto carácter programático de los derechos sociales, posición que ha sido superada ampliamente.

9. La protección de los derechos sociales por las Cortes Constitucionales o quien haga de sus veces es indudable. Ergo, la problemática de los derechos sociales fundamentales no solamente la encontramos en su justiciabilidad, sino en la ejecución de las sentencias sobre la materia. Y es que la diferentes perspectivas en que se pueda vincular el control constitucional[6] con las diferentes técnicas de interpretación jurídica respecto de los derechos sociales requieren necesariamente un Tribunal Constitucional fuerte, pero limitado.

---

4 Exp. 02945-2003-AA, fundamento jurídico 12.

5 ABRAMOVICH, Víctor, COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid, Trotta, 2002, pág. 24.

6 Se distinguen hasta cinco formas de control constitucional respecto de los derechos sociales: YOUNG, Katharine. *Constituting economic and social rights*. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 142-166.

10. De conformidad a lo anterior, es necesario que el Tribunal Constitucional establezca parámetros para que todos los jueces constitucionales puedan realizar un control constitucional mínimo respecto de los derechos sociales fundamentales así como de los instrumentos normativos que los contengan, es decir, las políticas públicas.

EL DERECHO A LA IGUALDAD

11. La igualdad es un derecho fundamental que está consagrado en el artículo 2 de nuestra Constitución: "(…) 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". En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado que estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en ser tratadas del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación (Cfr. STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 38).

12. Adicionalmente, se ha establecido que el derecho a la igualdad puede entenderse desde dos perspectivas: Igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas está referida a la norma aplicable a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la disposición normativa. La segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales.

13. Finalmente, el derecho a la igualdad debe complementarse con las categorías de diferenciación y discriminación. La diferenciación, está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (Cfr. STC 02974-2010-AA, fundamento jurídico 8; STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 41).

14. Entendida el derecho a la igualdad en los términos anteriormente descritos, el mecanismo que ha utilizado el Tribunal Constitucional para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual es el test de razonabilidad.

15. Sin embargo, el derecho a la igualdad definida en estos términos por nuestra jurisprudencia constitucional, a nuestro juicio, no es suficiente para dar cuenta de las violaciones sistemáticas. En ese sentido, aquellas personas que padecen los efectos de esa discriminación no pueden salir de esa situación en forma individual y por sus propios medios, sino que se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras para lograr igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos[7].

7 CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín. "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como retribución y como reconocimiento".

En consecuencia, considero que los alcances del derecho a la igualdad deberían ser ampliados por la justicia constitucional.

16. Lo que nuestro Tribunal Constitucional ha desarrollado en parte de su jurisprudencia es la igualdad formal en tanto ha sostenido que no hay vulneración al derecho a la igualdad siempre que se trate del mismo modo a las personas que se encuentran en una idéntica situación. Esta primera tesis tiene algunos inconvenientes. Primero no da cuenta de las violaciones estructurales, pues parte de comparar una situación individual frente a otras. Asimismo, no examina si las razones por las que se realizó la clasificación son legítimas. Finalmente, no verifica cuáles son las circunstancias y las propiedades relevantes para que una situación pueda ser calificada como desigual.

17. Una segunda manera de abordar la igualdad es a través de una perspectiva material. Lo que se busca aquí es la razonabilidad de la medida presuntamente contraria al derecho a la igualdad. Para lograr dicho cometido, se utilizan tres sub exámenes, que han sido tomados del principio de proporcionalidad, es decir, hay que analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuyos contenidos han sido desarrollados por abundante jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, a la cual nos remitimos.

18. Una vez precisado los tres sub exámenes de igualdad, conviene ahora determinar su ámbito de aplicación, el mismo que se hará en diferentes intensidades. Así tenemos los siguientes escrutinios[8]:

    i) Escrutinio leve: Se parte de la presunción de legitimidad/constitucionalidad de la clasificación realizada por el legislador. En consecuencia, la carga de la argumentación la tiene quien se encuentra presuntamente vulnerado en su derecho a la igualdad.

    ii) Escrutinio intermedio: Exige una relación más sustancias entre clasificación, criterio de clasificación, efectos de la clasificación y razones justificatorias, así debe demostrarse una relación estrecha entre clasificación y razones justificatorias y alegarse algún fin estatal importante que justifique la clasificación.

    iii) Escrutinio estricto: Implica partir de la presunción de la arbitrariedad de la discriminación. Asimismo, la carga de la argumentación se traslada a quienes presuntamente han vulnerado el derecho a la igualdad. Por lo general, se aplica a grupos que históricamente han sido vulnerados, como las mujeres, las comunidades indígenas, entre otros. Es precisamente aquí, donde ante la falta claridad es posible plantear las denominadas "categorías sospechosas".

En: *Lecciones y Ensayos*, N° 89, 2011, pp. 142-143.

8 Ídem, pp. 147-148.

19. Finalmente, la igualdad como redistribución y reconocimiento afirma que la igualdad debe ser construida en cada caso concreto, con la participación de todos los implicados en la situación de desigualdad. En consecuencia, la interpretación de la igualdad debe adecuarse a la segmentación social que el paradigma predominante ha producido[9].

El Derecho a la Vivienda

20. Si bien el caso concreto es un proceso de cumplimiento, no puede perderse de vista que la norma cuya efectivización se exige, está íntimamente ligada a la tutela de los derechos sociales y el derecho a la igualdad. En consecuencia, nuestra decisión también debe tomar en cuenta dichos derechos fundamentales.

S.
MIRANDA CANALES

9 Ídem, pág. 153.

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la decisión de mayoría, en el presente caso, considero que la demanda debe desestimarse.

El demandante pretende que se dé cumplimiento al artículo 114, incisos 2 y 3, del Nuevo Código Procesal Penal, como manifestación del derecho a la identidad ética y cultural, a favor de los pueblos indígenas Awajún y Wuanpis, que señala, que

> Artículo 114 Idioma.-
>
> 1. Las actuaciones procesales se realizan en castellano.
>
> 2. Cuando una persona no comprenda el idioma o no se exprese con facilidad, se le brindará la ayuda necesaria para que el acto pueda desarrollarse regularmente.
>
> 3. Deberá proveérseles traductor o intérprete, según corresponda, a las personas que ignoren el castellano, a quienes se les permita hacer uso de su propio idioma, así como a los sordomudos y a quienes tengan algún impedimento para darse a entender.

El precedente recaído en la STC 00168-2005-PC/TC establece que, además de demostrar que el mandato de la ley o acto administrativo sea un mandato vigente; cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal; de ineludible y obligatorio cumplimiento; e incondicional; también debe acreditarse la renuencia del funcionario o autoridad pública.

En el caso de autos, no advierto una actitud renuente por parte de la Corte Superior de Justicia de Amazonas y tampoco inactividad por cumplir las normas objeto de cumplimiento. En efecto, independientemente del debate acerca de si los artículos en cuestión están dirigidos al juez en un proceso judicial concreto o a la corte superior, existe un proceso de implementación de un servicio de intérpretes de leguas nativas y, al mismo tiempo, el mismo recurrente ha expuesto que en el interior del proceso penal instaurado en ocasión de los hechos del "Baguazo" que se ha cumplido con proporcionar de intérpretes a los indígenas procesados, de conformidad con el artículo 114 del Código Procesal Penal.

En su escrito de demanda (foja 5) señala que el "14 de mayo el del año 2014 se dio inicio al juicio oral en la Sala de apelaciones transitoria de Bagua-Amazonas; sin embargo el desarrollo de toda la audiencia se llevó a cabo sin presencia de intérprete para los indígenas que no hablan el idioma español, motivo por el cual la audiencia tuvo que suspenderse hasta nueva fecha" (sic); sin embargo, es "recién para la segunda audiencia que el Ministerio de Cultura proporciono dos intérpretes" (sic). Es decir, ante la falta de intérpretes, el juicio oral se suspendió hasta que fue proporcionado la asistencia de estos a los inculpados.

Esto va en la línea de los expresado, en su contestación de demanda (foja 49), por el Procurador Publico Adjunto a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial, quien da cuenta de la capacitación personalizada que realizó este poder del Estado, a través de la Oficina Nacional de Justicia de Paz y Justicia Indígena (ONAJUP), a los intérpretes titulares Isaac Paz Suikai y Dina Ananco Ahuananchi de las etnias Awajún y Wampis, así como a los intérpretes suplentes, designados por el Ministerio de Cultura para el proceso judicial del denominado caso "Baguazo".

Asimismo, dicho procurador público también informa del Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional suscrito entre el Poder Judicial y el Ministerio de Cultura; y de que se encuentra en proceso de implementación el Registro Especial Nacional de Intérpretes y Traductores de Lenguas Indígenas del Poder Judicial, donde serán registrados los participantes que aprobaron el curso de especialización antes mencionado, registro que, según reciente seguimiento, observo que se viene ya materializando, conforme a la Resolución Administrativa 008-2019-CE-PJ, de fecha 9 de enero de 2019, que aprueba el reglamento del registro en cuestión, el protocolo para la participación de traductores e intérpretes de lenguas indígenas u originarias en procesos judiciales, así como el Código de Ética de Intérpretes y Traductores de Lenguas Indígenas u Originarias del Poder Judicial.

Por otro lado, y en todo caso, no se verifica probatoriamente en autos que, en ocasión de los incisos 2 y 3 del artículo 114 del Código Procesal Penal, la corte superior de justicia emplazada, los jueces del proceso penal del caso conocido como "Baguazo" o que los jueces de algún proceso judicial en dicha corte hayan negado o entorpecido la garantía de intérpretes a procesados indígenas que ignoren el castellano. De la revisión del expediente autos no es posible encontrar información alguna.

En ese sentido, mi voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda de cumplimiento.

S.
LEDESMA NARVÁEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
SARDÓN DE TABOADA

Emito el presente voto singular pues no estoy de acuerdo con el fallo ni con la fundamentación de la sentencia en mayoría.

Los recurrentes solicitan que se ordene a la presidenta de la Corte Superior de Justicia de Amazonas cumplir con el artículo 114, incisos 2 y 3, del Nuevo Código Procesal Penal cuyo texto es el siguiente:

2. Cuando una persona no comprenda el idioma o no se exprese con facilidad, se le brindará la ayuda necesaria para que el acto pueda desarrollarse regularmente

3. Debe proveérseles traductor o intérprete, según corresponda, a las personas que ignoren el castellano, a quienes se les permita hacer uso de su propio idioma, así como a los sordomudos y a quienes tengan algún impedimento para darse a entender.

Manifiestan que la emplazada es renuente a cumplir con la norma legal en cuestión, fundamentalmente, por las siguientes razones (cfr. fojas 9):

- El 14 de mayo el del año 2014 (sic) se dio inicio al juicio oral en la Sala de apelaciones y transitoria de Bagua-Amazonas; sin embargo el desarrollo de toda la audiencia se llevó a cabo sin presencia de intérprete para los indígenas que no hablan el idioma español, motivo por el cual la audiencia tuvo que suspenderse hasta nueva fecha.

- Es recién para la segunda audiencia que el Ministerio de Cultura proporcionó dos intérpretes.

- Salvo para el proceso del Baguazo (sic), absolutamente ninguno de los miembros de los pueblos indígenas procesados por los distintos órganos jurisdiccionales de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, cuentan con intérpretes.

- En estos momentos los indígenas de las comunidades nativas Awajún y Wampis carecen de intérpretes cuando son procesados por los órganos jurisdiccionales de la Corte Superior de Justicia de Amazonas

- El día 10 de julio pasado, el Presidente de la Sala encargada del proceso por la Curva del Diablo informó que el Viceministro de Interculturalidad les ha comunicado que solo financiarán los gastos de los dos intérpretes hasta fines de este mes de Julio.

Sin embargo, esas afirmaciones no se sustentan en medio probatorio alguno; son un mero dicho. A lo largo del proceso, los recurrentes no han presentado un solo documento que demuestre la renuencia de los órganos jurisdiccionales de la Corte Superior de Justicia de Amazonas a cumplir con el artículo 114, incisos 2 y 3, del Nuevo Código Procesal Penal.

Por el contrario, del escrito de contestación de la demanda (cfr. fojas 49), se advierte que el Poder Judicial y, en particular, la Corte Superior de Justicia de Amazonas viene adoptando diversas medidas dirigidas a cumplir con la norma legal en cuestión. Ese hecho, inclusive, es reconocido por el fundamento jurídico 7 de la sentencia en mayoría.

En consecuencia, la demanda de cumplimiento debe ser desestimada pues no está acreditado el cumplimiento del requisito de procedibilidad del artículo 66 del Código Procesal Constitucional; esto es, la renuencia de la emplazada a cumplir con la norma legal invocada por los demandantes.

Por tanto, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de cumplimiento.

S.
SARDÓN DE TABOADA

VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas en la presente causa, pero creo necesario añadir las consideraciones en torno que anoto a continuación.

1. En primer lugar, expreso mi pesar por el fallecimiento del dirigente y promotor de los derechos humanos Santiago Manuin Valera, además, en un contexto que nos dice mucho acerca de las deudas de nuestra comunidad política en materia de derechos fundamentales con todos y todas, y en especial con algunas comunidades, como es el caso de los pueblos originarios.

2. Además de ello, y en atención a lo ocurrido, también creo que es oportunidad para poner de relieve que la justicia constitucional le falla, no solo a quienes acuden a ella, sino a toda la comunidad, cuando no resuelve las causas que tiene ante sí a tiempo. Seguramente son muchas las razones que los jueces o juezas podemos invocar frente a estas demoras, algunas más atendibles o comprensibles que otras, sin embargo, en cualquier caso, es necesario tener en cuenta que, con dichos retardos, en última instancia se agrava cualquier lesión iusfundamental que podría estar ocurriendo.

3. Valga señalar todo esto, pues, no solo un gesto de constricción, sino como una ocasión para renovar el compromiso del Tribunal Constitucional, no de manera formal o discursiva con los derechos y las personas o las comunidades desfavorecidas, sino en los hechos, resolviendo pronto y bien, sin formalismos obcecados o tutelas solo de apariencia. Creo que este es el ánimo que nos congrega y, sobre todo, moviliza a los siete integrantes de este Alto Tribunal.

4. Señalado lo anterior, deseo relevar los alcances del derecho de defensa vinculado a casos como este. Si bien se trata de un proceso de cumplimiento, en el que se exige el acatamiento de una norma con rango legal, me parece imposible no tomar en cuenta que estamos ante un ámbito directamente relacionado con los derechos fundamentales, en especial el de las comunidades originarias, que no hablan el idioma español. En efecto, las disposiciones cuyo cumplimiento se exige son los incisos 2 y 3 del artículo 114 del Nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo n.° 957:

   > "2. Cuando una persona no comprenda el idioma o no se exprese con facilidad, se le brindará la ayuda necesaria para que el acto pueda desarrollarse regularmente.
   >
   > 3. Deberá proveérseles traductor o intérprete, según corresponda, a las personas que ignoren el castellano, a quienes se les permita hacer uso de su propio idioma, así como a los sordomudos y a quienes tengan algún impedimento para darse a entender."

5. Ello se entiende mejor en el marco de lo prescrito en el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución, que establece "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 este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad".

6. Al respecto, este Tribunal ha señalado en su jurisprudencia que "constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, **se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión** y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés" (Cfr. STC Exp. n.° 05085-2006-PA, 4719-2007-HC, entre otras).

7. Desde luego, el derecho de defensa no sería posible si, en el seno de un proceso, no se nombra intérprete a aquella parte que tiene como idioma propio uno distinto al castellano y, en consecuencia, no tiene la posibilidad de entender el idioma usado en los tribunales, a fin de ejercer su derecho de defensa constitucionalmente protegido. (STC Exp. n.° 07731-2013-PHC, f. j. 6).

8. En este orden de ideas, no debe olvidarse además que, en un contexto de convencionalización del Derecho, se debenr espetar los parámetros convencionales, lo cual incluye no solo prestar atención a los derechos recogidos en la Convención Americana o en la interpretación vinculante de dicha Convención, sino también a los distintos documentos que, en el ámbito de sus competencias, brindan tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a cuestiones controvertidas.

9. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999 ha señalado que "El derecho a contar con defensa en el proceso se ha visto ampliado y enriquecido por el derecho a disponer de abogado desde el primer momento de la detención. El derecho a conocer los disponer de traductor cuando no se conoce el idioma en el que aquél se desarrolla".

   En tanto que en la Opinión Consultiva OC-17 /2002, de 28 de agosto de 2002, ha precisado que el derecho de defensa " incluye varios derechos; contar con el tiempo y los medios para preparar la defensa, tener intérprete o traductor, ser oído, conocer la acusación e interrogar y presentar testigos".

10. Por su parte, la Comisión Interamericana ha señalado que "toda declaración de una persona que no comprenda o no hable adecuadamente el idioma en el cual esta le es tomada, carece de valor" (Informe sobre la situación de los Derechos Humanos de un sector de la población nicaragüense de origen Mismito, 1983. Parte II, secc., D, párr. 17 d).

11. Ahora, y también directamente vinculado con las disposiciones legales cuyo cumplimiento se exige, lo hasta aquí señalado debe interpretarse también, en función de lo dispuesto en el artículo 2, inciso 19 de la Constitución Política del Perú, cuyo segundo párrafo establece que "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". En este sentido, los demandantes no están exigiendo el cumplimiento de una norma solo de rango, sino también de alcance constitucional.

12. De manera complementaria, debo precisar que este derecho no implica solamente una mera facultad de uso del propio idioma ante alguna autoridad específica, sino que representa también, en casos referidos a territorios bilingües o con un uso mayoritario de una lengua originaria, una auténtica manifestación del derecho a la identidad cultural. En efecto, debido a que a través del uso de un idioma originario este es reconocido, preservado, protegido y conservado, determinada comunidad termina siendo proyectada en tanto grupo humano con particulares y distintivas características culturales.

13. Además de lo ya indicado, en el marco de lo resuelto es necesario insistir en un asunto al cual ya me he referido en una anterior ocasión (fundamento de voto de la STC 05656-2015-HC); me refiero a la labor del juez constitucional, que tiene por fin último el reconocimiento y la tutela de los derechos, y por ello debe, precisamente, abordar cualquier dificultad, limitación o formalidad que dificulte ese quehacer. En ese sentido, reitero, el artículo 2, inciso 19 de la Constitución debe entenderse no solo como el derecho a usar el propio idioma a través de un intérprete, sino que debe propender además a la generación de un sistema que incluya autoridades bilingües en aquellas regiones bilingües o en las que las lenguas originarias sean habladas de forma mayoritaria por sus habitantes, a efectos de propiciar un trato directo y más cercano entre el ciudadano y el funcionario público. Ello constituiría una auténtica expresión del efectivo reconocimiento del Estado Constitucional a la pluralidad étnica y cultural existente en nuestro país. Más aún, permitiría superar realmente la situación deficitaria encontrada en las autos, donde se acredita que se podría contar con una limitada cantidad de intérpretes, para un determinado número de traducciones al año y únicamente para 17 Cortes Superiores (de un total de 34 Cortes Superiores actualmente existentes, según información publicada en la página oficial del Poder Judicial: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSuprema/s_cortes_suprema_home/as_poder_judicial/).

14. Por cierto, si bien la importancia de lo anterior ya ha sido, en cierta medida, reconocida en la STC Exp. n.° 00889-2017-AA (caso Cáceres Tinoco), pues en dicho caso, de manera sin duda correcta, se reconoce al derecho a usar propio idioma y se exhorta a que se oficialice el uso de las lenguas originarias predominantes, finalmente su impacto ha sido limitado, debido al modo en que quedaron dispuestos los mandatos allí previstos, tratándose de una sentencia estructural, como lo dejé expresado entonces en mi fundamento de voto. En tal sentido, y considero que esta hubiera sido una excelente ocasión para, con base en lo ya resuelto por el Tribunal Constitucional en anteriores

ocasiones y lo aquí explicado, se pudiera avanzar en lograr la efectiva tutela de estos ámbitos iusfundamentales.

15. Además de lo anterior, conviene precisar asimismo que el derecho a usar el "propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete" contenido en el artículo 2, inciso 19, si bien comprende al lenguaje hablado, puede referirse también a otras formas de comunicación consideradas constitucionalmente valiosas. Ello en la medida que estas permiten aquello que la citada norma iusfundamental persigue. Eso, a saber, implica lograr que la persona que se enfrenta a una autoridad pueda conocer y ser informada del procedimiento o proceso en el que está incurso, y que pueda dar a entender de la manera más fiel posible su verdadera intención o sus intereses.

16. En este sentido, bien visto, el "propio idioma" puede aludir igualmente al lenguaje de señas (cfr. STC Exp. n.° 03861-2012-HC), o a la posibilidad de que, en determinados supuestos, intervengan personas de confianza que faciliten conocer la voluntad de aquellas personas que pudieran tener una limitada capacidad de discernimiento. Es más, incluso podría implicar eventualmente hacer uso de tecnologías de asistencia que permitan acceder, de la manera más directa posible, a la voluntad de la persona o del administrado que acude a la autoridad (evitando, con esto, normalizar que sean otras personas –como por ejemplo tutores o curadores– quienes decidan por personas que, aunque con dificultades, se encuentran en la posibilidad de discernir, reconocer sus intereses y tomar sus propias decisiones).

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lima, 27 de julio de 2020.

EXP. N.° 03799-2018-PC/TC
LORETO

COMUNIDAD NATIVA DE CUNINICO Y OTROS,
representado por GALO VÁSQUEZ SILVA (JEFE DE LA COMUNIDAD)

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 24 de noviembre de 2020, los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa Saldaña-Barrera han emitido, por unanimidad, la siguiente sentencia, que declara **FUNDADA** la demanda de cumplimiento que dio origen al Expediente 03799-2018-PC/TC.

Asimismo, el magistrado Sardón de Taboada formuló fundamento de voto.

La Secretaría del Pleno deja constancia que la presente razón encabeza la sentencia y el voto antes referido, y que los magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, los 24 días del mes de noviembre de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia; y con el fundamento de voto del magistrado Sardón de Taboada, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Juan Carlos Ruiz Molleda abogado de la Comunidad Nativa de Cuninico, contra la resolución de fojas 3093, de fecha 24 de enero de 2018, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Loreto, en el extremo que desestimó la demanda de cumplimiento del punto 4 del anexo 4 del Decreto Supremo 081-2007-EM.

ANTECEDENTES

Con fecha 12 de febrero de 2015, don Galo Vásquez Silva, jefe de la Comunidad Nativa de Cuninico, Armando Arce del Águila, Jefe de la Comunidad Nativa Nueva Esperanza; don Pablo Silva Salinas, jefe de la Comunidad Nativa Nueva Santa Rosa; y don Julio Arirua Nashnato, jefe de la Comunidad Nativa San Francisco, interponen demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Salud, la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa), la Dirección General de Epidemiología, Petroperú, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin), el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), el Gobierno Regional de Loreto, el Instituto Nacional de Defensa Civil (Indeci) y el Ministerio de Ambiente.

Respecto al Ministerio del Ambiente, Ministerio de Salud y el Gobierno Regional de Loreto, sostienen que han incumplido los artículos 2 y 3 de la Ley que regula la Declaratoria de Emergencia Ambiental, Ley 28804, y su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 0024-2008-PCM.

Con relación al Ministerio de Salud por: i) no implementar un sistema de emergencia para atender la salud de las personas afectadas por el derrame de petróleo, para lo cual debe priorizar a la población más vulnerable, en cumplimiento de los artículos 103, 105, 106 y 123 de la Ley General de Salud (Ley 26842); ii) el cumplimiento del artículo 5, inciso 7, de la Ley Orgánica del Ministerio de Salud (Ley 27657); iii) el cumplimiento del artículo 55, incisos d, y 57, inciso b, del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Salud, aprobado por Decreto Supremo 023-2005-SA; y iv) el cumplimiento de los artículos 5, 6 y 7 del Decreto Legislativo 1156 y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo 001-2004-SA.

Sobre Digesa sostienen que no ha cumplido con los puntos 2 y 3 del Anexo 4 del Procedimiento para control de emergencias, contenido en el Reglamento de transporte de hidrocarburos por ductos, aprobado por Decreto Supremo 081-2007-EM.

De igual manera, aduce que tanto Digesa como la Dirección General de Epidemiología incumplieron el artículo 6 de la Ley que regula la Declaratoria de emergencia ambiental, Ley 28804, y la Norma técnica de salud 053-MINSA/DGE-V.01, aprobada por Resolución Ministerial 1019-2006-MINSA.

Añaden que Petroperú no ha cumplido con los puntos 3.2 y 4 del Anexo 4 del Procedimiento para control de emergencias, contenido en el Reglamento de transporte de hidrocarburos por ductos, aprobado por Decreto Supremo 081-2007.

Respecto a Osinergmin, aseveran que no han cumplido con sus facultades de supervisión y fiscalización del oleoducto norperuano, contenidas en el artículo 70 del Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos, aprobado por Decreto Supremo 082-2007-EM.

En contra de OEFA, por no haber cumplido con establecer medidas cautelares contra Petroperú, en favor de las comunidades nativas afectadas por el derrame de petróleo en la quebrada de Cuninico, en cumplimiento del artículo 21 de la Ley 29352.

En cuanto al Gobierno Regional de Loreto, sostienen que no han cumplido con: i) el artículo 14 de la Ley 29664, Ley que crea el Sistema Nacional de Gestión de Riesgo de Desastres y los artículos 11, 31, 32, 33 y 34 del Reglamento de la Ley 29664, aprobado mediante Decreto Supremo 048-2011-PCM; y ii) el artículo 49 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley 27867.

Respecto a Indeci, señalan que no ha cumplido los artículos 13 y 14 de la Ley 29664, y los artículos 11 y 31 del Reglamento de la mencionada ley.

Sobre el Ministerio del Ambiente, alegan que no han cumplido con regular efectivamente el estándar de calidad ambiental para el agua, más aún cuando los "Estándares nacionales de calidad ambiental para el agua", aprobados por el Decreto Supremo 002-2008-MINAM, y las Disposiciones para la implementación de los estándares nacionales de calidad ambiental para agua, aprobadas por Decreto Supremo 023-2009-MINAM, no son suficientes para la fiscalización de acuíferos, lo cual constituye una omisión legislativa.

Mediante escrito de fecha 14 de abril de 2015, OEFA contesta la demanda y refiere que esta debe ser declara improcedente o infundada. Detalla que sí han cumplido con su labor de fiscalización y supervisión. Respecto al otorgamiento de medidas cautelares, menciona que los demandantes no especificaron el tipo de medida ni adjuntaron los medios probatorios que acrediten su pretensión.

Contestaciones de los demandados

El Ministerio del Ambiente contesta la demanda mediante escrito de fecha 15 de abril de 2015. Relata que sí ha cumplido con sus competencias, pues ha dictado normas para la implementación de los estándares de calidad ambiental.

Osinergmin, mediante escrito de fecha 15 de abril de 2015, contesta la demanda sosteniendo que las funciones que presuntamente ha incumplido, han sido transferidas a OEFA. Añade que únicamente tiene competencias respecto a la supervisión y fiscalización del oleoducto norperuano, que sí ha cumplido.

Petroperú contesta la demanda mediante escrito de fecha 13 de abril de 2015. En líneas generales aduce que dichos eventos han sido ocasionados por terceros, hecho que los eximiría de responsabilidad. Por ello, requiere que previamente se acredite la existencia del daño a los demandantes.

La Procuraduría Pública del Ministerio de Salud, la Dirección General de Salud (Digesa) y la Dirección General de Epidemiología, mediante escrito de fecha 17 de abril, contesta la demanda. Alega que el Ministerio de Salud no es la entidad responsable para emitir la declaratoria de emergencia ambiental. De igual manera, que Digesa ha cumplido plenamente con sus competencias, pero no puede asumir la responsabilidad de la empresa operadora, presuntamente causante del derrame de petróleo. Los mismos argumentos son esgrimidos a favor de la Dirección General de Epidemiología.

Indeci, mediante escrito de fecha 18 de mayo de 2015, contesta la demanda. Manifiesta que las normas objeto de cumplimiento se encuentran sujetas a controversia compleja. Añade que en los casos de derramamiento de petróleo ha cumplido con sus competencias.

El Gobierno Regional de Loreto, mediante escrito de fecha 23 de julio de 2015, contesta la demanda. Argumenta que no se ha acreditado que los recurrentes hayan solicitado previamente el cumplimiento de lo que ahora demanda. Asimismo, señala que ha cumplido cabalmente con todas sus competencias.

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Mixto Loreto – Nauta, mediante 45, de fecha 13 de setiembre de 2017, declara fundada en parte la demanda. En líneas generales sostiene que las entidades demandadas no han cumplido con los mandatos contenidos en los documentos normativos previamente señalados. Por consiguiente, decide lo siguiente:

> "1. Se **ORDENA** al Ministerio de Salud y a la Dirección General de Epidemiología, dentro del plazo de treinta días, diseñen e implementen una Estrategia de Salud Pública de emergencia, que permita establecer un programa de atención médica, así como de vigilancia epidemiológica ambienta y sanitaria, incluyendo el monitoreo constantes de los estándares de salubridad del agua; asimismo ejecuten un programa de asistencia y atención en salubridad a la población, en especial a los niños, niñas, madres gestantes y adultos mayores, a efectos de identificar a las personas que pudieron haber sido afectadas por las consecuencias del derrame de petróleo y brindarles la atención médica pertinente.
>
> 2. Se ordena que el Ministerio de Salud y la Dirección General de Epidemiología, transcurrido el plazo mencionado en el punto precedente, informe

documentadamente sobre el avance de la ejecución de la estrategia de salud y salubridad, al Juzgado Mixto de la Provincia de Loreto Nauta, respecto de las acciones tomadas para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente.

3. Se exhorta al Gobierno Regional de Loreto, a la Municipalidad Provincial de Loreto Nauta que, en coordinación con las Municipalidades Distritales, participen urgentemente, en las acciones de ejecución que permitan la protección de la salud de los pobladores de las Comunidades afectadas, debiendo priorizarse, en todos los caos, el tratamiento de los niños, niñas, mujeres y gestantes y adultos mayores.

Todo ello, bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, imponérseles a los responsables de las instituciones una multa compulsiva y progresiva de 50 URP, la misma que será pagada de forma individual.

4.2. **DECLARAR INFUNDADA** en lo de más que la contiene.

(…)".

Sentencia de segunda instancia

A su turno, la Sala Civil de Loreto, mediante resolución 55, de fecha 24 de enero de 2018, integra la resolución apelada y declara improcedente la demanda contra Indeci y el Ministerio del Ambiente. Asimismo, confirma la sentencia en el extremo que la declara fundada en parte.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio de la demanda

1. Conforme se puede apreciar de las resoluciones de primer y segundo grado, las pretensiones de los recurrentes han sido estimadas en su mayoría. En ese sentido, en su recurso de agravio constitucional precisan que únicamente cuestionan la denegatoria del cumplimiento del ítem 4 del anexo Nro. 4, del Decreto Supremo 081-2007-MINEM, que ordena al operador del oleoducto peruano identificar a los afectados y que haga un inventario de ellos, para luego compensarlos.

Consideraciones procesales previas

2. Con los documentos de fechas 13 y 19 de enero de 2015, se acredita que los recurrentes han cumplido con el requisito especial del proceso de cumplimiento, previsto en el artículo 69 del Código Procesal Constitucional, por lo que corresponde analizar si el documento normativo cuya ejecución se solicita reúne los requisitos establecidos en el precedente emitido en la Sentencia 00168-2005-PC/TC (precedente Villanueva Valverde).

Análisis de la controversia

3. En el precedente precitado, el Tribunal Constitucional precisó los criterios para procedencia de los procesos de cumplimento. Así, se expone allí que para el cumplimiento

de una norma legal, la ejecución de un acto administrativo y la orden de emisión de una resolución, se requiere, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, los siguientes requisitos mínimos comunes:

a. Ser un mandato vigente.

b. Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma 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.

4. El ítem 4 del anexo Nro. 4, del Decreto Supremo 081-2007-MINEM, estipula lo siguiente:

"4. **Compensaciones**

4.1. La compensación por los daños ocasionados debe ser adecuada y a la brevedad posible, para lo cual el operador deberá identificar a los afectados. Esta información será enviada a la OSINERGMIN.

4.2. El operador debe identificar y hacer un inventario de los daños ocasionados a terceros, propiedades y al medio ambiente dentro de un período de 15 días de la fecha del incidente. Esta información será entregada a la OSINERGMIN.

4.3. El operador deberá valorizar, para realizar las compensaciones, los daños ocasionados, esta valorización deberá comunicarse al OSINERGMIN. La compensación debe ordenarse con los afectados, sin embargo, es potestad de los afectados solicitar de la Defensoría del Pueblo para lograr un trato justo.

4.4 En caso de que no se logre un acuerdo entre el operador y algún afectado, éste podrá acudir al Poder Judicial tanto el operador deberá depositar el monto de compensación ofrecido en custodia.

4.5. En caso que no haya certeza de la identidad del demandante o la existencia de algún obstáculo de carácter legal, el monto de la compensación será depositada en cuenta susceptible de ser cobrada por el titular reconocido del predio damnificado.".

5. La resolución de segunda instancia, en su fundamento 7, establece que, al no haberse efectuado el proceso de identificación y acuerdos con los afectados, la indemnización por medio del proceso de cumplimiento no resulta procedente por prohibición de la norma, pero que, no obstante, en el futuro debe activarse el proceso de diálogo entre el operador del oleoducto y las personas afectadas con el fin de llegar a acuerdos indemnizatorios (fojas 3100).

6. Este Tribunal, está de acuerdo con lo expresado por la Sala Civil de Loreto en tanto y en cuanto no es posible solicitar la indemnización por los daños ocasionados, pues el proceso de cumplimiento no tiene por finalidad que se ordene una indemnización, sino que se dé cumplimiento a una norma con rango de ley. Conviene precisar que en este proceso constitucional también se tutela derechos fundamentales que no necesariamente se encuentran vinculados de manera directa. Ello es así porque el cumplimiento de un documento normativo puede llevar a la satisfacción de otros derechos fundamentales, como sería en este caso los derechos a la salud y al medio ambiente, por citar algunos.

7. No obstante, este Tribunal puede verificar que el ítem 4 del anexo Nro. 4 del Decreto Supremo 081-2007-MINEM, dispone una serie de pasos para lograr la compensación por los daños ocasionados. Concretamente, no contempla una indemnización sin más, sino que prevé un trámite para conseguir una reparación.

8. Es precisamente así que debe entenderse la pretensión de los recurrentes; es decir, se debe iniciar con la identificación de los afectados, tal y como lo ordena el documento normativo objeto de cumplimiento. Una cuestión completamente distinta sería si en este proceso de cumplimiento se pretendiera cuestionar el monto que se ha determinado como compensación, pues no es la naturaleza de este proceso dilucidar pretensiones de ese tipo.

9. A mayor abundamiento, es necesario recordar que, en este caso, OEFA ha encontrado responsabilidad administrativa en Petroperú, puesto que el derramamiento de petróleo ha ocasionado daños a la flora y fauna de la quebrada de Cuninico, como se verifica de la Resolución Directoral 844-2015-OEFA/DESA, la misma que ha sido confirmada por la Sala Especializada en Minería y Energía del Tribunal de Fiscalización Ambiental, mediante la resolución 054-2016-OEFA/TFA-SME, de fecha 19 de diciembre de 2016. Por ello, este Tribunal no puede ser ajeno a la necesidad de compensación a los miembros de las comunidades afectadas, sobre todo cuando ya han transcurrido más de cinco años desde la interposición de la presente demanda y no se advierte ninguna solución a sus reclamos. Por tanto, la pretensión debe ser estimada.

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, cúmplase con el ítem 4 del anexo Nro. 4 del Decreto Supremo 081-2007-MINEM.

Publíquese y notifíquese.

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE MIRANDA CANALES

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Estoy de acuerdo con lo resuelto en la sentencia, así como con su fundamentación. Sin embargo, considero oportuno precisar algunos alcances del procedimiento administrativo sancionador seguido contra Petroperú S.A. en el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

En efecto, como refiere la sentencia en su fundamento 9, mediante Resolución Directoral 844-2015-OEFA/DFSAI, de 21 de setiembre de 2015, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (DFSAI) de OEFA declaró la responsabilidad administrativa de Petroperú S.A. por la comisión de tres infracciones a la normativa ambiental. Empero, esta no fue confirmada por la Sala Especializada en Minería y Energía del Tribunal de Fiscalización Ambiental, mediante la Resolución 54-2016-OEFA/TFA-SME, de 19 de diciembre de 2016, como allí se indica.

Resulta que la mencionada resolución de 2015 no fue materia de impugnación por ninguno de los administrados –incluyendo Petroperú S.A.– dentro del plazo legal establecido, por lo que se declaró consentida mediante Resolución Directoral 945-2015-OEFA/DFSAI, de 26 de octubre de 2015.

La Resolución 54-2016-OEFA/TFA-SME, a la que hace referencia la sentencia, en realidad confirma la Resolución Directoral 1283-2016-OEFA/DFSAI, de 29 de agosto de 2016, en el extremo que declaró el incumplimiento de la segunda medida correctiva ordenada a Petroperú S.A. mediante la aludida Resolución Directoral 844-2015-OEFA/DFSAI, y en el extremo que impuso una multa ascendente a 53 555 UIT vigentes a la fecha de pago.

S.
SARDÓN DE TABOADA

C. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Pleno. Sentencia 467/2020

EXP. N.° 00367-2016-PHC/TC
UCAYALI

ÓSCAR RÍOS SILVANO,
representado por LAURENCIO RAMÍREZ CAIRUNA

RAZÓN DE RELATORÍA

Con fecha 21 de julio de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini y Ramos Núñez (con fundamento de voto), ha emitido, por mayoría, la siguiente sentencia que declara **FUNDADA** la demanda de *habeas corpus* que dio origen al Expediente 00367-2016-PHC/TC.

El magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votó en fecha posterior, quien coincidió en declarar fundada la demanda y apartarse de un punto resolutivo del fallo de la ponencia.

Los magistrados Ledesma Narváez y Sardón de Taboada formularon votos singulares en el sentido de declarar infundada la demanda.

La Secretaría del Pleno deja constancia que la presente razón encabeza la sentencia y los votos antes referidos, y que los señores magistrados intervinientes firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de julio de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales y Sardón de Taboada, pronuncia la siguiente sentencia, con los abocamientos de los magistrados Blume Fortini y Ramos Núñez, aprobados en la sesión del Pleno del día 19 de abril de 2017, y del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión del Pleno del día 5 de setiembre de 2017. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Ramos Núñez, y los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez y Sardón de Taboada. Se deja constancia de que el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votará en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Laurencio Ramírez Cairuna, a favor de don Óscar Ríos Silvano, contra la resolución de fojas 320, de fecha 18 de noviembre del 2015, expedida por la Sala Penal de Apelaciones en Adición Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, que declaró infundada la demanda de *habeas corpus*.

ANTECEDENTES

Con fecha 15 de diciembre de 2014, don Laurencio Ramírez Cairuna interpuso demanda de *habeas corpus* a favor de don Óscar Ríos Silvano y la dirigió contra los jueces superiores Padilla Vásquez, Llanos Chávez y Cucalón Coveñas, integrantes de la Sala Especializada en lo Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Ucayali; y contra los jueces supremos Príncipe Trujillo, Salas Gamboa, San Martín Castro, Prado Saldarriaga y Urbina Gamvini, integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Solicita que se declare la nulidad de la sentencia de fecha 29 de enero de 2007 en el extremo que condenó al favorecido a treinta años de pena privativa de la libertad por la comisión del delito de homicidio calificado en calidad de instigador, y de la resolución suprema de fecha 4 de julio del 2007 que declaró no haber nulidad de la referida sentencia (Expediente 2004-00903-0-2402-JR-PE-01/RN 796-2007). Se alega la vulneración de los derechos al debido proceso, a la defensa, a contar con intérprete en el idioma nativo, a la identidad étnica y cultural, entre otros.

El recurrente sostiene que el favorecido es un ciudadano indígena de la etnia shipibo del departamento de Ucayali que comprende mínimamente el idioma español, y que más bien habla y entiende el idioma shipibo. Pese a ello, fue juzgado y sentenciado en el idioma español. Al respecto, se alega que correspondía que al favorecido se le asigne un traductor durante el proceso penal que se le siguió, pero, al no haberse llevado a cabo ello, se produjo su indefensión.

El favorecido, a fojas 86 de autos, refiere que habla en el idioma shipibo conibo en un cien por ciento y que el idioma español lo habla en un menor porcentaje (poco). Asimismo, afirma que durante el desarrollo del juicio oral fue patrocinado por un abogado de su libre elección, pero que no se le designó intérprete pese a que lo solicitó en una oportunidad y el juicio se realizó bajo el idioma español. Refiere que es docente de educación primaria, profesión obtenida en un instituto superior pedagógico bilingüe y que en otro instituto donde enseñó educación primaria se habla el idioma español en un ochenta por ciento y en un veinte por ciento el idioma shipibo conibo, puesto que dicho instituto brinda educación a personas que hablan ambos idiomas. El idioma español lo aprendió cuando cursaba educación secundaria, y en el establecimiento penitenciario donde se encuentra internado habla en un cien por ciento el idioma español y solo habla shipibo conibo con sus familiares.

El procurador público adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial señala a fojas 167 de autos, que el favorecido contó con abogado defensor de su libre elección durante todo el proceso penal y que no objetó la presunta incomprensión del idioma español o su imposibilidad de comunicarse a través de dicho idioma. Agrega que en el recurso de nulidad que interpuso el favorecido contra la sentencia condenatoria no se hace referencia alguna a su condición de ciudadano indígena ni a su necesidad de contar con un intérprete, sino que se circunscribió a alegar que no hubo prueba alguna en su contra.

El Segundo Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Coronel Portillo, con fecha 10 de septiembre del 2015, declaró infundada la demanda porque se demostró que el favorecido habla y comprende el idioma español. Durante su declaración instructiva (continuada) y en el juicio oral fue patrocinado por abogados defensores de su libre elección y no dejó constancia alguna sobre la necesidad de contar con un traductor; por el contrario, declaró de manera coherente; y su abogado defensor suscribió el medio impugnatorio que interpuso contra la sentencia condenatoria.

La Sala revisora confirmó la apelada por similares fundamentos.

Mediante el recurso de agravio constitucional de fojas 398 de autos, el recurrente reitera los fundamentos de su demanda.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se declare la nulidad de la sentencia de fecha 29 de enero de 2007, en el extremo que condenó al favorecido a treinta años de pena privativa de la libertad por la comisión del delito de homicidio calificado en calidad de instigador, y de la resolución suprema de fecha 4 de julio del 2007, que declaró no haber nulidad de la referida sentencia (Expediente 2004-00903-0-2402-JR-PE-01/RN 796-2007). Se alega la vulneración de los derechos al debido proceso y de defensa, y se invocan los derechos a contar con intérprete en el idioma nativo del favorecido, a la identidad étnica y cultural, entre otros.

Análisis de la controversia

2. El Tribunal Constitucional, en el fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente 8125-2005-PHC/TC (caso Jeffrey Immelt), ha indicado que el derecho al debido proceso significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos.

3. En el Expediente 6998-2006-PHC/TC, el Tribunal Constitucional señaló que el derecho de defensa requiere que el justiciable se informe de la existencia del proceso penal, en atención a su derecho de conocer de forma cierta, expresa e inequívoca los cargos que pesan en su contra. De ahí que el derecho de defensa sea, entre otros, una manifestación del derecho al debido proceso, derecho irrenunciable, dado que la parte no puede decidir si se le concede o no la posibilidad de defenderse; e inalienable, pues su titular no puede sustraerse a su ejercicio.

4. La Constitución Política del Perú, en el artículo 2, inciso 19, reconoce el derecho a la identidad étnica y cultural, e incluso en el segundo párrafo establece que "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". Esta disposición asegura el respeto de los derechos culturales y las garantías mínimas de los procesados a fin de que puedan ejercer sus derechos fundamentales, como es el caso del derecho de defensa. Por consiguiente, el derecho de defensa no sería posible si, en el seno del proceso, no se hubiera nombrado intérprete al recurrente teniendo este como idioma propio uno distinto al castellano y, en consecuencia, no tuviera la posibilidad de entender el idioma usado en los tribunales a fin de ejercer su derecho de defensa constitucionalmente protegido (Expediente 4789-2009-PHC/TC).

5. En la sentencia emitida en el expediente 7731-2013-PHC/TC, el Tribunal Constitucional precisó que una persona quechuahablante y analfabeta que declaró su entendimiento mínimo del español, tiene derecho a que el juez penal le proporcione un intérprete con la finalidad de que esta pueda comunicarse correctamente y sin limitaciones con el objeto de que pueda ser oída en el proceso.

6. Asimismo, a través de la sentencia emitida en el expediente 889-2017-PA/TC, el Tribunal Constitucional declaró un estado de cosas inconstitucionales la ausencia de vigencia efectiva del derecho a que el Estado peruano se comunique oficialmente en lenguas originarias en las zonas del país donde estas son predominantes, tal y como el artículo 48 de la Constitución, la Ley de Lenguas, su reglamento y la Política Nacional de Lenguas Originarias, Tradición Oral e Interculturalidad lo mandan. Dicho mandato constitucional se encuentra directamente vinculado con el derecho de defensa de todos los peruanos que se comunican en idiomas originarios, pues en su caso particular, el juez competente se encuentra en la obligación constitucional de salvaguardar su

derecho adoptando las medidas necesarias para asegurar que el desarrollo del proceso sea totalmente comprendido por ellos.

7. Si bien es cierto que la educación pública peruana y el programa de alfabetización y continuidad educativa, en su generalidad, esta diseñada para inculcar el aprendizaje del castellano como idioma oficial, ello no implica que los ciudadanos que adopten como segunda lengua al castellano como consecuencia de la educación básica, hayan logrado superar en su totalidad la barrera del lenguaje, y ello es así, dado la diferencia lingüística existente entre los idiomas originarios peruanos, que en el presente caso es el shipibo konibo que pertenece a la familia lingüística pano[1] (lenguas amazónicas anteriores a la conquista española), y el castellano, que es una lengua de origen latino.

8. Al respecto, diversas investigaciones sobre las lenguas pano, que nos explican la presencia de una cosmovisión propia para expresar su realidad.

> "En las comunidades es común que los niños sean monolingües en SK [shipibo konibo] hasta la edad de seis años, y que se inicien en el aprendizaje del castellano recién al ingresar a la escuela. La mayor parte de los maestros primarios son también shipibos y la lengua propia es parcialmente empleada en las "escuelas bilingües". Los adultos suelen hablar también el castellano, aunque su grado de dominio de esta lengua varía considerablemente en correlación con factores generacionales, de género, cercanía a los centros urbanos, afluencia de personas foráneas, acceso a medios de comunicación, etc. El idioma SK es un elemento esencial de la identidad shipiba. Así como los shipibos se autoconsideran *joni-kon*, o sea "la gente verdadera o por excelencia", su lengua es llamada *joi-kon*, la "lengua verdadera o por excelencia". Los "mestizos" (monolingües hispano-hablantes) son llamados *nawa* "foráneo" [también 'enemigo (Armentia 1898:58)] y el idioma castellano es conocido como *nawa-n joi* «lengua de los forasteros». En los varios años que llevo visitando el Ucayali no he conocido a ningún shipibo que no hable su lengua propia. Sin embargo, esta situación podría cambiar en un futuro no muy lejano, debido a la migración constante a la ciudad de Pucallpa y el adyacente Distrito de Yarinacocha, entre otros factores. Otro aspecto a resaltar es la fuerte presencia de préstamos castellanos de naturaleza léxica, morfológica, sintáctica, semántica, e inclusive fonológica, especialmente en el SK hablado por los líderes modernos y aquéllos con mayor acceso a la educación formal"[2].

---

1 Consultar, Valenzuela, Pilar. Características morfosintácticas del idioma Shipibo-Konibo del Ucayali. Publicación en línea en http://elies.rediris.es/elies13/valenzuela.htm, Zariquiey Roberto, Vázquez Alonso y Tello Gabriela. Lenguas y dialectos pano del Purús: uno aproximación filogenética. Publicación en línea en http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0254-92392017000100003 .

2 Valenzuela, Pilar. Características morfosintácticas del idioma Shipibo-Konibo del Ucayali. Publicación en línea en http://elies.rediris.es/elies13/valenzuela.htm

9. Son estas investigaciones sobre las lenguas pano y tanaka, que nos muestran que estos idiomas cuentan con sus propios fonemas, pronunciación, acentos, fenómenos prosódicos, entre otros[3]. A continuación, visibilizamos esta situación:

> "El SK presenta los dos órdenes posibles en las combinaciones de un adjetivo con su núcleo sustantivo:
>
> (1) a. joxo chitonti (b) chitonti joxo
>
> blanco pampanilla pampanilla blanco
>
> "pampanilla * blanca" "pampanilla blanca"
>
> Cabe señalar que ambas posibilidades ocurren comúnmente en el uso, y que no existe una distinción semántica obvia entre estos órdenes. Es decir, la situación que hallamos en el SK no es comparable a los casos de órdenes alternativos en castellano tales como 'hombre pobre' y 'pobre hombre'.
>
> […]
>
> Otro aspecto interesante en cuanto a las combinaciones de sustantivo y adjetivo es la posibilidad de tener un adjetivo antes y otro después del núcleo:
>
> (4) wiso ochíti siná
>
> negro perro bravo
>
> 'perro negro y bravo'
>
> (5) mecha joni shinanya
>
> Buen mitayero hombre de buenos pensamientos
>
> 'hombre buen mitayero[ə] y de buenos pensamientos'
>
> La situación recientemente ilustrada no representa solamente una posibilidad de la lengua; al menos según el juicio de tres colaboradores shipibos, la secuencia adjetivo-sustantivo-adjetivo fue el orden decididamente favorecido al combinar un sustantivo con dos adjetivos. Uno de estos colaboradores sugirió la presencia de una pausa luego del sustantivo, separando así la secuencia adjetivo-nombre del adjetivo final"[4].

10. En esta misma línea, las investigaciones sobre las lenguas pano, nos explican la particular forma de sus fonemas:

---

3 Valenzuela, Pilar y Guillaume Antonie. Estudios sincrónicos y diacrónicos sobre lenguas Pano y Tanaka: Una introducción. En línea en file:///C:/Users/Carin%20ww/Downloads/A_39_01.pdf
* Especie de falda envuelta que usa una mujer shipiba.

ə Es decir, buen cazador/pescador.

4 Valenzuela, Pilar. Ibídem.

A pesar de las limitaciones propias de su tiempo, el estudio históricocomparativo de Shell (1965/1975) es sumamente valioso para el conocimiento del Proto-Pano. La autora proporciona 512 juegos de cognados con sus respectivas proto-formas que atribuye al "PanoReconstruido". En el plano fonológico, reconstruye dieciséis fonemas consonánticos (*p, *t, *k, *k^{w}, *?, *ts <¢> , *tʃ <č> , *ɾ <r>, *m, *n, *s, *ʃ, *ʂ , *ß <ƀ>**, *j <y>,** *w) y ocho fonemas vocálicos, cuatro orales (*i, *ɨ , *a, *o) y sus contrapartes nasalizadas (*ĩ**, * ɨ̃ <ɨ̃>, *ã, *õ).**

Adicionalmente, postula dos niveles tonales y acento, así como cambios regulares de tono/acento que obedecerían patrones comunes. Pares de sílabas forman grupos rítmicos. Las estructuras silábicas más comunes son V y CV; solo las sibilantes sordas (*s, *ʃ, *ʂ) y la glotal (*ʔ) habrían ocurrido en posición de coda y solo las vocales y tal vez la glotal *ʔ en posición final de palabra. Entre las restricciones fonotácticas tenemos que *i e *ĩ no pueden seguir a *j, mientras que *o y *õ no pueden seguir a *k^{w} ni *w; además, *ɨ y *□̃ raramente siguen a *ʃ, en tanto que *i e *ĩ raramente siguen a *ʂ. Se constatan secuencias de dos vocales al interior del morfema y se sostiene que las vocales nasalizadas habrían sido menos frecuentes que en las lenguas actuales (Shell 1975; Valenzuela 2003: 56-57)"[5].

11. Otras investigaciones nos explican las percepciones de los adolescentes shipibo-conibos de Cantagallo, sobre las diferencias de vida en la selva y en la ciudad.

    "«Me gustaría más vivir en la selva porque es diferente de aquí. Para mí, hay dos cosmovisiones: en la selva y aquí en la ciudad. En la selva para ser feliz, no necesitas carro, no necesitas casa, no necesitas dinero ni cosas o ropas. Para ser feliz, ya tienen allá tu casa, el carro no existe sino la canoa, allá nadie se muere de hambre porque todos los días hay pescado. Acá en la ciudad solo necesitan casa, carro, dinero ropa de vestir, muchas cosas. Esa es la diferencia entre esos dos». - Erika"[6].

12. Lo antes expresado, nos plantean de manera objetiva que un ciudadano perteneciente a una comunidad chipibo-konibo, tienen una forma particular de entender el mundo, a partir de su forma de vida y su cosmovisión amazónica, lo cual es explicado a través de su propio idioma materno.

13. Por otro lado, investigaciones sobre el aprendizaje de un segundo idioma extranjero señalan lo siguiente:

    "… lo meramente lingüístico no basta para el desarrollo de la competencia lingüística, si ello no se inserta en un marco de realizaciones contextuales para la enseñanza de un idioma extranjero, en este caso el inglés. Silva (1976) señala lo capital que resulta la propuesta de una metodología adaptable y flexible, dependiendo de

5 Valenzuela, Pilar y Guillaume Antonie. Ibídem.

6 Repositorio Académico UPC. Asqui Oyola y Oropeza Mori "Análisis de las percepciones de los adolescentes de la comunidad shipibo-conibo de Cantagallo respecto a su idoma. En línea en

> los contextos socioculturales de los estudiantes (actitudes, motivaciones, cultura, intereses), sin duda antecedentes previos que todo profesor o profesora de idiomas deben considerar para la planificación y ejecución de la enseñanza. Autores como Navarro (2010) y Matanzas (2016) confirman tales planteamientos desde la base de la interacción social y la motivación integradora, respectivamente, posicionándose de manera más clara el enfoque sociolingüística como alternativa pedagógica. Es fundamental visibilizar que la didáctica disciplinar del inglés tiene una especial responsabilidad que supera la adquisición de una competencia lingüística, comprendiendo que el aprendizaje de una segunda lengua es una comprensión sociocultural de un contexto ajeno al local, que trae, por tanto, improntas estructurales asociadas a visiones políticas, económicas y valóricas que deben ser decodificadas y transparentadas, contrastando también la riqueza de los universos interculturales del propio país o región[7]".

14. Daniela Trenkic, psicolingüística investigadora de la Universidad de York, considera que "… crear una conexión emocional es lo que hace que seas mejor con el aprendizaje de un idioma"[8].

15. Como es de verse, las investigaciones antes referidas, concluyen por un lado, que los idiomas originarios americanos distan en su forma y pronunciación, de los idiomas latinos como el castellano. Y, por otro lado, también nos explican que el aprendizaje de un segundo idioma (adicional al materno), requiere condiciones o motivaciones personales a fin de poder llegar a comprenderlo en su totalidad.

16. Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario señalar que la garantía de los derechos fundamentales en el sistema jurídico peruano, han sido formuladas en base a categorías jurídicas importadas del Derecho español, mexicano, brasilero y norteamericano, todas ellas expresadas en leguaje jurídico castellano.

17. Siendo ello así, la sentencia emitida en el expediente 889-2017-PA/TC, es de gran importancia, pues en ella se exhortó a todas las entidades públicas y privadas que presten servicios públicos, a efectuar su mayor esfuerzo para oficializar el uso de la lengua originaria predominante en sus ámbitos de desarrollo antes del Bicentenario de la independencia del Perú. Esto con la finalidad de dar cumplimiento efectivo al mandato de oficialidad de los idiomas originarios contenido en el artículo 48 de la Constitución.

18. Es importante reconocer que, pese a que la Constitución consagra el derecho a usar el propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete en el artículo 2, inciso 19 *in fine*, dicha situación no mereció atención con anterioridad a la dación de la Ley

7 Tejeda Cerda, Pamela y Niebles Gutierrez, Ángela. Análisis de algunos factores socio-culturales en la enseñanza de un idioma extranjero. Estudios pedagógicos. Número Especial 40 años: 31-39,2016. En línea https://www.redalyc.org/pdf/1735/173549199004.pdf

8 Hardach, Sophie ¿Cuál es la mejor edad para aprender un nuevo idioma? Artículo en línea en: https://www.bbc.com/mundo/vert-fut-46197822

29735, Ley que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú; y que, incluso, después de ella, el impulso a su implementación fue mínimo conforme se precisó en la mencionada sentencia emitida en el expediente 00889-2017-PA/TC.

19. En el presente caso, el favorecido en su declaración brindada al juez de primer grado del hábeas corpus (f. 86 a 90), ha manifestado lo siguiente:

> PARA QUE DIGA: que lenguas o idiomas usted desarrolla?
>
> Dijo: Que habla el idioma shipibo Conibo en un cien por ciento, aparte de su idioma habla el idioma castellano en un menor porcentaje (poco).
>
> PARA QUE DIGA: si durante el desarrollo del juicio oral por el cual ha sido sentenciado, por el delito de homicidio calificado, usted ha sido asesorado por un abogado de su libre elección o uno designado de oficio?
>
> Dijo: Que si ha contado con un abogado de su libre elección, el doctor Antonio Palomino Galindo.
>
> Para que diga: durante el desarrollo de este juicio oral se le ha brindado o se le ha designado intérprete alguno sobre el idioma que usted ha señalado líneas arriba Shipibo Conibo?
>
> Dijo: Que no, para nada; y todo el desarrollo del juicio ha sido en el idioma castellano; de igual forma durante mi interrogatorio en el juicio oral, por parte de los magistrados ha sido en el idioma castellano. Asimismo señala que durante el desarrollo del juicio su persona indicó al presidente de la sala que su persona era de Shipibo conibo, pero eL presidente de la sala le dijo que habla bien el castellano, y no era necesario que identificara como Shipibo Conibo, donde le dijo que habla el castellano poco y no entiende términos jurídicos, lo que le hizo presente al presidente de la sala.
>
> PARA QUE DIGA: Que grado de instrucción tiene su persona y donde ha estudiado?
>
> Dijo: Que cuenta con Instrucción Superior Completa, Especialidad Docente de Primaria, habiendo realizado sus estudios en el Instituto Superior Pedagógico Bilingüe de Yarinacocha.
>
> (...)
>
> PARA QUE DIGA: Desde cuando usted habla el idioma castellano, y si cuando usted desempeñaba el estudio de docente, esto se realizaba en el idioma castellano Shipibo Conibo.
>
> Dijo: Que en dicho instituto el 80% se habla en castellano y 20% en la lengua de origen: toda vez que dicho instituto alberga diferentes lenguas el castellano y nativo.

Asimismo refiere que el idioma castellano lo aprendió en el nivel secundario. Toda vez que en el nivel primario su lengua de estudio lo realizó como idioma shipibo.

(...)

En este estado de la defensa técnica del favorecido por intermedio del Juzgado desea interrogar a la persona de Oscar Ríos Silvano.

PARA QUE DIGA: si durante el desarrollo del juicio oral los integrantes de colegiado le solicitaron que se identifique como indígena o demuestre su origen, cuando usted indicó que era de origen shipibo?

Dijo: Que ninguna vez le solicitaron que se identifique como shipibo.

PARA QUE DIGA: si tu abogado defensor sabía de su condición u origen de shipibo conibo, y si este letrado invocó normas de carácter internacional como el convenio 169 de la OIT?

Dijo: Que si, su abogado sabía de su origen como shipibo, toda vez que la muerte del alcalde quien también era shipibo mi persona asumió el cargo de alcalde, en razón de ser teniente alcalde de la Municipalidad Distrital de Iparia, pero mi abogado nunca me ha comentado ni ha comentado a la sala de estos tratados en relación a personas indígenas, pero sí sabia su identidad como indígena.

PARA QUE DIGA: si entendía los términos jurídicos que utilizaba el fiscal y los integrantes del colegiado?

Dijo: Que como ya he señalado no entendía los términos jurídicos que estos empleaban, y ante su reclamo de que no entendía estos términos la sala le dijo que iban a emplear otros términos que iba a entender.

PARA QUE DIGA: ¿estando al reclamo que usted hizo a la sala, en algún momento el colegiado dispuso designarse un intérprete para que usted pueda comprender los argumentos y fundamentos de acusación o responder por medio de un intérprete?

Dijo: Que no han designado ningún intérprete y tampoco designaron durante el desarrollo del proceso, y como no entendía bien no podía ni preguntarle a sus coprocesados sobre los argumentos jurídicos.

PARA QUE DIGA: si usted ante su reclamo por un intérprete, lo realizó en una sola oportunidad o en varias oportunidades.

Dijo: Que esto se suscitó en una sola oportunidad cuando la relatora le levantó la voz sobre una persona, y su persona le manifestó que no entendía ya que era indígena.

PARA QUE DIGA: si durante la lectura de la sentencia por la cual usted fue condenado a 30 años y se encuentra privado de su libertad, usted entendió los términos jurídicos que sustentaron su sentencia condenatoria?

Dijo: Que la mayor parte no lo ha entendido, pero que al pedirle que se realice su auto defensa no sabía como hacerlo por que no había entendido, y su abogado le dijo: que no apelara y que esta conforme.

En este estado el juzgado reformula las siguientes preguntas en merito al interrogatorio por parte de su defensa

PARA QUE DIGA: conforme usted ha referido que no entendió los fundamentos de la sentencia, como tampoco podía hacer su auto defensa y que su abogado defensor le dijo que dijera que esta conforme; usted interpuso recurso de nulidad en ese acto, fue posterior o le manifestó lo que le dijo su abogado.

Dijo: Que no hizo caso a su defensor y apeló conjuntamente con sus coacusados, por no estar conforme con los treinta años, así como tampoco estaba de acuerdo con la reparación civil que le habían impuesto de doscientos mil nuevos soles.

(...)" (sic, f. 87 a 90).

20. Como es de verse, el favorecido a través del presente hábeas corpus, cuestiona la tramitación de su proceso penal por no haber contado con un intérprete en su idioma shipibo conibo, pues, señala que la comprensión del castellano en su caso resulta "poco", además de no comprender la terminología jurídica.

21. Pese a que los jueces emplazados no se han apersonado al proceso, se aprecia de autos que han sido notificados oportunamente y que el procurador del Poder Judicial ha efectuado su defensa. En tal sentido, a consideración de este Tribunal, corresponde verificar si lo referido por el actor con relación a su falta de comprensión del castellano en el proceso penal cuestionado, incidió o no en el pleno ejercicio de su derecho de defensa.

22. Mediante Oficio 903-2004/2014-SPLA-CSJUC/PJ del 1 de agosto del 2014 (f. 99), la Sala de Apelaciones en Adición Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, remitió copia de los actuados en el expediente penal 903-2004-0-2402-JR.PE-01. De la revisión de dichos documentos, se aprecia lo siguiente:

    a) En su declaración instructiva de fecha 19 de mayo de 2015 (f. 109 a 116, el favorecido se identificó como un miembro de la "raza shipibo conibo" (f. 110); sin embargo, en dicha diligencia, no consta que el juez penal le consultara si requería de intérprete, por lo que la totalidad de la misma se efectuó en castellano.

    b) De la diligencia de confrontación de 10 de noviembre de 2005 (f. 117 a 121), la resolución del 5 de diciembre de 2005 (f. 122 y 123), el informe final del 6 de diciembre de 2005 (f. 124 a 133), no se aprecia que el juez a cargo del proceso haya tomado alguna medida para requerir un intérprete para el favorecido o que este lo hubiera requerido.

    c) De la transcripción de la (reapertura) audiencia desarrollada por la Sala Penal Permanente-Reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Ucayali (f. 143 a 163) de fecha 5 de julio de 2006, se aprecia lo siguiente:

- Con relación al interrogatorio del fiscal superior al favorecido:

  "... PARA QUE DIGA: a Gabino Muñoz Rengifo desde cuándo lo conoce; DIJO: somos de la misma nacionalidad, hemos crecido juntos en la Colonia Caco (f. 155)

- Con relación al interrogatorio de la directora de debates al favorecido:

  "... PARA QUE DIGA: Usted se reunió con Miguel García López; DIJO: no, éramos militantes del mismo movimiento, pero no de las reuniones (f. 158).

  "....PARA QUE DIGA: pero si eran miembros militantes de un partido político es imposible que las cabezas del mismo no se reunieran; DIJO: no doctora, yo me refiero después de la muerte del hermano Gabino.- PARA QUE DIGA: yo no le he preguntado eso a nivel general; Usted tuvo reuniones con las personas antes mencionadas; DIJO: no; PARA QUE DIGA: Cómo explica que Wiliam Ochavano Raymundo dice que el cuatro de enero se encontró con usted y se fue al billar ubicado entre los jirones Huascar y Sucre conjuntamente con usted y Miguel García López y permanecieron veinte minutos porque comentaron que el documento de la denuncia del Zorro les iba a servir para pedir la vacancia del occiso; DIJO: Después de la muerte del occiso el partido se desintegro.- PARA QUE DIGA: yo no le pregunté eso. Usted tuvo problemas con Wilder Ochavano Rengifo; DIJO: no (f. 159)

23. Es primer lugar, es necesario precisar que la totalidad de diligencias desarrolladas en el proceso penal seguido en contra del favorecido (y otros), insertadas en el presente expediente, han sido desarrolladas en castellano jurídico y sin intérprete.

24. Por otro lado, se aprecia que, pese a que el favorecido es docente bilingüe, y que por tal razón, se esperaría una comprensión razonable y general del castellano; en autos, conforme se ha descrito en el fundamento 22 c, durante el interrogatorio que le efectuará el fiscal superior y la directora de debates, este mostró respuestas singulares a algunas de las preguntas que se le formulara, a lo cual, la directora de debates claramente expresó su desconcierto expresando "yo no le pregunté eso".

25. Este hecho en particular, plantea una duda razonable con relación a la comprensión del castellano por parte del favorecido, pues, pese a que contó con un abogado defensor, en su desenvolvimiento directo con el fiscal y la directora de debates, parece presentar confusiones con relación a la compresión de algunos significados en castellano y las respuestas que brindaba a las preguntas que se le formulaban, desde entender la nacionalidad como sinónimo de etnia; hasta absolver preguntas directas con respuestas que parecen no tener vinculación a las interrogantes formuladas o tal vez no fueron debidamente comprendidas por el favorecido.

26. ¿Esta comprensión singular de los significados por parte del favorecido, puede ser entendida o no como una afectación a su derecho de defensa?

27. En jurisprudencia reiterada de este Tribunal se ha establecido que el ejercicio pleno del derecho de defensa tiene una especial relevancia en el proceso penal, pues 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 determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica; esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. Ambas dimensiones del derecho de defensa forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho en referencia. En ambos casos, se garantiza el derecho a no ser puesto en un estado de indefensión (Cfr. Sentencia 1919-2006-HC/TC, fundamento 3).

28. En el presente caso, tomando en cuenta lo detallado en el fundamento 22 *supra*, este Colegiado considera que sí se ha lesionado el derecho de defensa del actor en su aspecto material, pues, pese a que este contó con una defensa técnica, de los actuados del proceso penal obrante en autos se desprende la existencia de una duda razonable respecto al entendimiento del favorecido de algunas palabras en castellano, lo cual solo puede encontrar explicación en su desenvolvimiento natural en su idioma shipibo conibo, dada la configuración totalmente distinta en cuanto a significados que presenta dicho idioma originario con el castellano, lo cual, pese a tener la calidad de docente bilingüe, no podría exigírsele tal cambio de entendimiento, pues es parte de su conformación cultural como miembro de una comunidad nativa, conforme se autoidentificó en su declaración instructiva (f. 110), y que se encuentra acreditado a fojas 10 de autos.

29. Al respecto, este Tribunal considera importante señalar que los jueces de la república, no importando su especialidad o su nivel de jerarquía, tienen el deber de impartir justicia de manera objetiva, al cual se suma el deber de garantizar la primacía de la Constitución y de los derechos fundamentales de las partes que participan en los procesos que tiene a su cargo, siendo de vital importancia para el cumplimiento de tales deberes, garantizar, oportunamente, el debido proceso a fin de evitar la demora injustificada en su trámite producto de vicios que pudieron haberse subsanado a tiempo.

30. En el presente caso, si bien la defensa de los jueces emplazados ha manifestado que no se ha lesionado el derecho invocado porque "el favorecido Óscar Ríos Silvano contó con asistencia letrada de su libre elección durante todo el decurso del proceso penal, sin que éste objetara su incomprensión del idioma castellano o su inhabilidad de comunicarse con dicho idioma" (f. 169); es necesario precisar que, el deber de resguardar el trámite regular de los procesos es una responsabilidad exclusiva de los jueces, ello en atención al principio de dirección judicial; y, por ello, no es posible exigírsele a las partes, en el caso de que hablen un idioma originario, que demuestren su grado de incomprensión del castellano, así como tampoco puede inferirse que, pese a autoidentificarse como miembro de una comunidad indígena y hablar el castellano (bilingüe), el procesado no requiera de un intérprete porque no lo exigió.

31. Admitir una presunción en dichos términos, en casos como el presente, implicaría dar por hecho que todos los procesados, sin distinción alguna, se encuentran en el mismo nivel de entendimiento de sus derechos fundamentales y de lo que su contenido significa en términos castellanos y jurídicos; desconociendo nuestro pasado prehispánico y nuestro origen pluriétnico, cuya garantía de subsistencia y no extinción es un deber constitucional del Estado derivado de los artículos 2, inciso 19, 17 in fine, 48 y 89 de la Constitución, que implica garantizar, en todo nivel, el derecho de las comunidades indígenas (campesinas y nativas) y sus miembros a conservar sus tradiciones, su cosmovisión, su forma particular de comprender el mundo que los rodea, sus expresiones orales, sus cánones valorativos, de contar su verdad en su idioma, entre otros aspectos.

32. Por ello, ante controversias en donde algunas de las partes se autoidentifique como miembro de una comunidad indígena, el juez tiene el deber de velar por sus derechos fundamentales al interior del proceso, para lo cual, tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizarlos, a fin de impartir justicia con imparcialidad y en cumplimiento de los mandatos constitucionales. Siendo además que, garantizar el desarrollo de un proceso judicial brindando el intérprete respectivo, también coadyuva a encontrar la verdad de los hechos, pues la expresión natural de un idioma originario traducido por un intérprete, permitirá al juez comprender de manera directa si las justificaciones vertidas por el imputado de un proceso penal con relación a los hechos objetivos, configuran o no un delito.

33. En tal sentido, es importante recordar que el derecho de usar el propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete y el mandato del artículo 48 de la Constitución vigente, respecto de la oficialidad de nuestros idiomas originarios, no pueden entenderse como simplemente declarativos, todo lo contrario, nuestro Texto Constitucional señala expresamente lo siguiente en el artículo 17 *in fine*:

> El Estado garantiza la erradicación del analfabetismo. Asimismo fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional.

Claro ejemplo de la fuerza normativa de los citados mandatos constitucionales y los avances en su materialización, son la creación del Registro Nacional de Traductores e Intérpretes de Lenguas Indígenas del Ministerio de Cultura a través del Decreto Supremo 002-2015-MC del 21 de agosto de 2015; el Plan Nacional de Educación Bilingüe al 2021, aprobado mediante la Resolución Ministerial 629-2016-MINEDU, del 14 de diciembre de 2016; la educación intercultural bilingüe (que cuenta con 24, 951 instituciones educativas bilingües a nivel nacional, distribución de material educativa para inicial y primaria en 23 idiomas indígenas, materiales de biblioteca en 5 idiomas indígenas y diccionarios en 7 de dichos idiomas); la aprobación del alfabeto oficial de 37 idiomas originarios por parte del Ministerio de Educación; la Política Nacional de Lenguas Originarias, Tradición Oral e Interculturalidad, aprobado mediante el Decreto Supremo 005-2017-MC, del 10 de agosto de 2017, la implementación del

Registro Civil Bilingüe en 8 idiomas originarios por parte del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (con 407 oficinas implementadas en dicho servicio a nivel nacional); la creación del Centro de Asuntos Interculturales, Comunidades y Rondas Campesinas del Ministerio Público (órgano de capacitación encargado de promover el Sistema de Justicia Intercultural); la creación de la Oficina Nacional de Justicia de Paz y Justicia Indígena y la aprobación del Protocolo de Atención Legal con Enfoque Intercultural por parte del Poder Judicial; la emisión de ordenanzas regionales destinadas a reconocer el uso de idiomas originarios, promover la capacitación de funcionarios y servidores públicos en lenguas originarias y sancionar los actos de discriminación basados en el uso del propio idioma originario, entre otros.

34. Queda claro entonces, que el uso de los idiomas originarios en todo nivel administrativo y judicial, es de obligatorio cumplimiento normativo, pues incluso la política educativa nacional se encuentra basada en el aprendizaje en idiomas originarios, todo lo cual nos lleva afirmar que no existe un mandato de asimilación obligatoria del idioma castellano como única lengua en la cual recibir formación educativa, así como tampoco existe un mandato para los jueces de toda la República para impartir justicia únicamente en castellano.

35. Por ello, el hecho de que un ciudadano peruano que se autoidentifica como miembro integrante de una comunidad indígena y que ha recibido educación bilingüe, conforme se encuentra acreditado en autos (Cfr. escrito de fecha 3 de enero de 2017, obrante en el cuadernillo del Tribunal Constitucional), no absuelve a los jueces de su deber de resguardar el derecho de defensa de dicha parte, pues, mínimamente, debe asegurarse de que realmente comprende el idioma castellano y que podrá expresar su verdad sin limitaciones o confusiones durante su juzgamiento.

36. Por tales motivos, el Tribunal Constitucional considera pertinente estimar la presente demanda, y disponer la nulidad de las resoluciones judiciales cuestionadas, por haberse lesionado el derecho del favorecido de usar su propio idioma en juicio mediante un intérprete. Sin perjuicio de lo cual, el juez o los jueces a cargo de su caso, deberán tomar las medidas respectivas para asegurar la participación del actor en el proceso, brindándole un intérprete, todo ello, dentro de un plazo máximo de 48 horas de notificada la presente sentencia, sin que el cumplimiento del presente mandato implique su excarcelación inmediata, debiendo ponérsele a disposición del juez competente para que decida su situación jurídica.

Los procesos constitucionales y los idiomas originarios

37. A fojas 235 de autos, corre el escrito de fecha 3 de junio de 2015, presentado por don Laurencio Ramírez Cairuna, Director del Área de Justicia Intercultural y Conciliación de la Organización Regional Aidesep de Ucayali, representante de 14 pueblos amazónicos, entidad adscrita a la Dirección General de Defensa Pública del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a través del cual solicitó la activación del Protocolo de Atención y Orientación Legal con Enfoque Intercultural dirigido a los funcionarios de

Loreto y Ucayali, a fin de que el presente habeas corpus sea resuelto con pertinencia cultural dado la autoidentificación del favorecido como miembro de una comunidad indígena.

38. El mencionado escrito fue proveído a través de la resolución once, del 5 de junio de 2015, señalándose lo siguiente:

> **DADO CUENTA**.- Por recibido el escrito N° 15482-2015, presentado por Laurencio Ramírez Cairuna Director de Justicia Intercultural y Conciliación ORAU-UCAYALI, estando a su pedido, téngase presente en lo que fuere pertinente y en el momento oportuno.

39. Sin embargo, luego de dicho acto procesal, los jueces de las instancias anteriores no requirieron la participación de un intérprete a fin de permitir al favorecido, explicar su versión de los hechos en su idioma Shipibo conibo, esto, pese a que el Poder Judicial inicio la implementación de la Ley 29735 –Ley que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión, en el año 2016.

40. En efecto, el Poder Judicial a través de la Resolución Administrativa 011-2016-CE-PJ, del 27 de enero de 2016, inició la implementación la Ley 29735, disponiendo creación de un modulo web denominado "Servicio de intérpretes y Traductores de Lenguas Indígenas u Originarias del Poder Judicial", a través del cual se puso a disposición este servicio para las Cortes Superiores de Justicia de la República y de la ciudadanía con la finalidad de favorecer una justicia bilingüe en aquellos procesos donde participen ciudadanos cuyo dominio de una lengua materna u originaria sea superior al castellano.

41. El Tribunal Constitucional consciente de la realidad pluriétnica y multicultural del país y del mandato constitucional contenido en el inciso 19, del artículo 2 de la Constitución, considera trascendental dar impulso al cumplimiento de dicho mandato constitucional para el trámite de los procesos constitucionales de tutela de derechos, pues resulta importante que la justicia constitucional adopte las medidas necesarias para otorgar tutela jurisdiccional efectiva a favor de los peruanos que tienen el derecho comunicarse en su propio idioma para ejercer la defensa de sus derechos fundamentales ante los jueces constitucionales.

42. En tal sentido, este Tribunal considera importante que a partir de la publicación de la presente sentencia, todos los jueces que tengan a su cargo el trámite de procesos constitucionales en los que participen ciudadanos peruanos que se autoidentifiquen como miembros de comunidades indígenas (nativas o campesinas), adopten las medidas necesarias a fin de garantizar su derecho a usar su propio idioma a través de un intérprete durante todo el trámite del proceso, para lo cual, podrán requerir del apoyo del Servicio de intérpretes y Traductores de Lenguas Indígenas u Originarias del Poder Judicial o del Registro Nacional de Traductores e Intérpretes de Lenguas Indígenas del Ministerio de Cultura, a efectos de cumplir con el citado mandato constitucional.

43. Adicionalmente a ello, y teniendo en consideración que las costumbres de las comunidades indígenas muchas veces plantean conflictos con la jurisdicción ordinaria y la comprensión del mundo occidental, es necesario que el juez constitucional también adopte medidas respecto de la forma de evaluación de cada caso concreto, esto con la finalidad de encontrar soluciones que permitan tutelar los derechos fundamentales de las personas indígenas tomando en consideración sus especiales condiciones sociales, culturales y morales.

44. En tal sentido, el Tribunal Constitucional considera valioso el avance que ha venido efectuando el Poder Judicial al aprobar el Protocolo de Atención y Orientación Legal con Enfoque Intercultural, y en especial, los principios que desarrolla. Por ello, este Colegiado estima que los jueces constitucionales de todos los niveles tienen el deber de garantizar la impartición de justicia en los casos que alguna de las partes o ambas, se autoidentifiquen como miembros de una comunidad indígena, tomando en cuenta los parámetros desarrollados en el dicho protocolo; principios que a continuación detallamos:

- **principio de acceso a la justicia diferenciada**. Entendido como el derecho de todas las personas para que, sin ningún tipo de distinción, puedan solicitar ante cualquier autoridad pública, el reconocimiento de algún derecho o la resolución de algún conflicto en que se encuentre involucrada, cuya solución sea, además de justa y equitativa, dictada de manera pronta, cumplida y eficaz. En sentido estricto, el acceso a la justicia está referenciado a la justicia intercultural, de manera que los actos y decisiones de todas las autoridades involucradas resuelvan las demandas, peticiones y conflictos indígenas conforme a una visión integrada del derecho aplicable con visión y pertinencia intercultural.

- **principio de derecho de defensa**. Derecho y garantía fundamental e irrenunciable que asiste a todas las personas inmersas en algún tipo de conflicto –de cualquier naturaleza– para que su causa sea analizada, investigada y resuelta conforme a los estándares del debido proceso legal y del derecho a la defensa. En el trámite de los procesos constitucionales, debe existir defensa letrada gratuita para las personas indígenas en situación de pobreza o exclusión por medio de la Defensa Pública y la asistencia de un intérprete en el idioma originario con el cual, el miembro de la comunidad indígena se autoidentifique. El juez constitucional tiene el deber de velar por el derecho de defensa de la persona indígena, para lo cual, si el juez constitucional no conoce el idioma indígena, deberá requerir del auxilio de un intérprete en el idioma originario respectivo, a fin de efectuar las consultas necesarias a la persona indígena para conocer con toda certeza, aquello que este pretende alcanzar mediante un pronunciamiento judicial en sede constitucional.

- **principio pro persona humana (pro homine)**. Los jueces a cargo del trámite de los procesos constitucionales, tienen el deber de aplicar la norma más favorable en beneficio de la persona indígena, siempre que resulten acordes con la Constitución

y los derechos fundamentales. Asimismo, los jueces constitucionales deberán tener en cuenta los términos de la distancia para la valoración de los plazos procesales regulados en el Código Procesal Constitucional.

- **principio pro pueblo indígena**. Implica aplicar la norma que más favorezca los derechos de los miembros de las comunidades indígenas (campesinas o nativas). En el caso de las normas indígenas, el juez constitucional tiene el deber de efectuar la interpretación constitucional más favorable posible a efectos de dar valor constitucional al contenido de dicha norma.
- **principio de no discriminación**. Brindar un trato en términos de igualdad a los miembros de las comunidades indígenas, cuando ello no represente una desventaja por su especial condición de vulnerabilidad.
- **principio de equidad jurídica**. Aplicar criterios de justicia equitativa a favor de la persona indígena cuando ello se justifique en razón de su particular condición de vulnerabilidad, desventaja, exclusión o discriminación (darle a cada quien según sus necesidades).
- **principio de acción afirmativa**. Aplicar, con base en el principio de equidad, normas o decisiones que brinden mayores ventajas o derecho a las personas indígenas en razón de su condición de vulnerabilidad. Puede referirse a cuota, servicios o derechos específicos y supone que deben ser medidas temporales y no permanentes hasta que cesen las causas de la discriminación estructural.
- **Trato con respeto a la diferencia cultural**. Los jueces constitucionales se encuentran obligados a conocer y respetar las diferencias culturales de las personas indígenas al momento de establecer cualquier tipo de contacto, trato o diligencia en el marco de sus competencias.
- **No revictimización**. Es importante que los jueces constitucionales eviten cualquier tratamiento institucional, personal o actitudinal que revictimice, discrimine, humille o afecte en cualquier modo, la dignidad de las personas indígenas al momento de acceder a cualquier instancia de los procesos constitucionales.
- **Protección a la identidad e integridad de grupo**. Dimensionar que detrás de cada caso o situación de conflicto a resolver en que se encuentre involucrada una persona indígena, puede haber detrás derechos colectivos, sociales y culturales que se identifican o afectan la identidad e integridad de comunidades indígenas a la que pertenecen.
- **Principio a ser informado de manera adecuada**. Las personas indígenas tienen el derecho de ser informadas de todas las implicancias que supone el trámite de los procesos constitucionales, en su propio idioma si así lo requieren. Asimismo, los jueces, servidores y funcionarios de la administración de justicia a cargo del trámite de procesos constitucionales tienen el deber de informar de manera adecuada a las personas indígenas, el estado de su causa, así como brindar la debida orientación

respectiva en lenguaje sencillo y entendible, o en el idioma de la persona indígena, si así lo requiere.

45. Cabe precisar que la lista de principios antes detallada resulta solo enunciativa, dado que, es posible que, de la interpretación constitucional de la dignidad humana, o de los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno, puedan incluirse nuevos principios o incluso derechos que permitan brindar mejores herramientas al juez constitucional para brindar tutela judicial efectiva a favor de las personas indígenas, razón por la cual, este Tribunal considera pertinente establecer los antes citados principios como doctrina jurisprudencial vinculante en aplicación de lo dispuesto por el artículo VI del Título Preliminar 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 por haberse acreditado vulneración del derecho de don Oscar Ríos Silvano a usar su idioma shipibo conibo en la tramitación del expediente penal 2004-00903-0-2402-JR-PE-01.

2. Declarar **NULA** la sentencia de fecha 29 de enero de 2007 en el extremo que condenó al favorecido a treinta años de pena privativa de la libertad por la comisión del delito de homicidio calificado en calidad de instigador, y la resolución suprema de fecha 4 de julio del 2007 que declaró no haber nulidad en dicho extremo de la sentencia impugnada.

3. Notificar la presente sentencia a la Sala Especializada en lo Penal Permanente de la Corte Superior de Ucayali y a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República a fin de que adopten las medidas necesarias para asegurar la participación del actor en el proceso, brindándole un intérprete, en un plazo no mayor de 48 horas, sin que el cumplimiento del presente mandato implique su excarcelación inmediata, debiendo ponérsele a disposición del juez competente para que decida su situación jurídica.

4. Los principios enunciados en el fundamento 44, constituyen doctrina jurisprudencial vinculante en atención a lo dispuesto por el artículo VI del Código Procesal Constitucional.

5. Notificar la presente sentencia al Poder Judicial a fin de que dé la publicidad necesaria para iniciar la implementación inmediata de los principios establecidos en el fundamento 44, para los procesos constitucionales de tutela de derechos.

6. Notificar la presente sentencia al Ministerio de Justicia, al Ministerio de Cultura y al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables para su conocimiento y fines respectivos.

Publíquese y notifíquese.

SS.
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ

PONENTE BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente fundamento de voto porque si bien coincido con el sentido de lo resuelto, estimo necesario precisar mi posición sobre la importancia de un intérprete para el ejercicio del derecho de defensa de las personas que tienen un idioma propio distinto al castellano.

En la sentencia recaída en el Expediente 7731-2013-PHC/TC, este Tribunal se ha pronunciado al respecto al establecer que lo protegido por el derecho de defensa no podría ejercerse si, en el seno de un proceso, se omite nombrar intérprete a aquella parte que tiene como idioma originario uno distinto al castellano.

Todo ello se encuentra protegido en distintos instrumentos, decisiones y opiniones nacionales e internacionales, tales como: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en el artículo 14.3, ha dejado establecido las siguientes garantías mínimas para las personas: "a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella", y "f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal". En tanto que, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce en el artículo 8.2.a el "derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal".

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999 ha señalado que " la evolución del procedimiento ha sido constante y notable en el medio siglo transcurrido después de la Segunda Guerra Mundial. De esto hay abundantes testimonios. El derecho a contar con defensa en el proceso se ha visto ampliado y enriquecido por el derecho a disponer de abogado desde el primer momento de la detención. El derecho a conocer los motivos del procedimiento se ha ensanchado con el derecho a disponer de traductor cuando no se conoce el idioma en el que aquél se desarrolla". En tanto que en la Opinión Consultiva OC-17 /2002, de 28 de agosto de 2002, ha precisado que el derecho de defensa "incluye varios derechos; contar con el tiempo y los medios para preparar la defensa, tener intérprete o traductor, ser oído, conocer la acusación e interrogar y presentar testigos".

La Constitución, como ya ha tenido ocasión de precisar este Tribunal en las SSTC Nº. 04719-2007-HC y 4789-2009-HC, no es solo una obra normativa, sino que en su dimensión cultural es "expresión de un estado de desarrollo cultural, medio de la auto representación cultural del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas", que contiene en su seno distintas reglas como expresión de su identidad cultural fundada en la diversidad. De ahí que el artículo 2 inciso 19 de la Constitución establece en

su segundo párrafo que "Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante ante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad". Con esta norma constitucional se busca asegurar el respeto de los derechos culturales y las garantías mínimas de los procesados, a fin de que puedan ejercer sus derechos fundamentales como es el caso del derecho de defensa.

Por todo ello, se desprende que el ejercicio del derecho de defensa no es posible si al recurrente no se le designa traductor o intérprete, y - acorde a la Convención Americana- que este derecho es una garantía mínima del procesado para el respeto de su derecho al debido proceso y a su identidad cultural, en consecuencia, para su validez. Tal es así que, en palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se ha señalado que "toda declaración de una persona que no comprenda o no hable adecuadamente el idioma en el cual esta le es tomada, carece de valor" (Informe sobre la situación de los Derechos Humanos de un sector de la población nicaragüense de origen Mismito, 1983. Parte II, secc., D, párr. 17 d), lo que reafirma indudablemente la trascendencia de lo protegido.

S.
RAMOS NÚÑEZ

VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas en la presente causa, en el sentido de declarar fundada la demanda. Sin embargo, considero necesario añadir las consideraciones en torno que anoto a continuación y apartarme de un punto resolutivo del fallo.

1. En primer lugar, estimo necesario relevar los alcances del derecho de defensa vinculado a casos como este. Sobre el contenido constitucionalmente protegido de este derecho fundamental, tenemos que nuestra Constitución reconoce, precisamente, en el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución, "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 este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad".

2. Al respecto, este Tribunal ha señalado en su jurisprudencia que el referido derecho de defensa "constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, **se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión** y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés" (Cfr. STC Exp. n.° 05085-2006-PA, 4719-2007-HC, entre otras).

3. La adecuada defensa de una persona requiere no solo que esté formalmente disponible para ella una imputación de la cual se acusa, o que sea accesible la información sobre la cual se discute en torno de un proceso judicial que le concierne. Requiere además que esta sea comprensible, pues lo contrario generaría evidentes grados de desprotección. En efecto, en este sentido es claro que el derecho de defensa no sería posible si, en el seno de un proceso, no se nombra intérprete a aquella parte que tiene como idioma propio uno distinto al castellano y, en consecuencia, no tiene la posibilidad de entender el idioma usado en los tribunales, a fin de ejercer su derecho de defensa constitucionalmente protegido. (STC Exp. n.° 07731-2013-PHC, f. j. 6).

4. Vinculado con lo anterior, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 2, inciso 19 de la Constitución Política del Perú, cuyo segundo párrafo establece que "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". En este sentido, se entiende perfectamente que el derecho a la defensa implica, necesariamente, poder conocer y defenderse antes las autoridades haciendo uso del propio idioma.

5. De manera complementaria, este derecho no implica solamente una mera facultad usar el propio idioma ante alguna autoridad específica, sino que representa también, en casos referidos a territorios bilingües o con un uso mayoritario de una lengua originaria, una auténtica manifestación del derecho a la identidad cultural. En efecto, debido a que a través del uso de un idioma originario este es reconocido, preservado, protegido y conservado, determinada comunidad termina siendo proyectada en tanto grupo humano con particulares y distintivas características culturales.

6. Se trata de una previsión contenida expresamente, además, en los incisos 2 y 3 del artículo 114 del Nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo n.° 957, en los cuales se señala que:

   "2. Cuando una persona no comprenda el idioma o no se exprese con facilidad, se le brindará la ayuda necesaria para que el acto pueda desarrollarse regularmente.

   3. Deberá proveérseles traductor o intérprete, según corresponda, a las personas que ignoren el castellano, a quienes se les permita hacer uso de su propio idioma, así como a los sordomudos y a quienes tengan algún impedimento para darse a entender."

7. Asimismo, en similar orden de ideas, no debe olvidarse además que, en un contexto de convencionalización del Derecho, es menester respetar los parámetros convencionales, lo cual incluye no solo prestar atención a los derechos recogidos en la Convención Americana o en la interpretación vinculante de dicha Convención, sino también a los distintos documentos que, en el ámbito de sus competencias, brindan tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a cuestiones controvertidas.

8. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999 ha señalado que "El derecho a contar con defensa en el proceso se ha visto ampliado y enriquecido por el derecho a disponer de abogado desde el primer momento de la detención. El derecho a conocer los motivos del procedimiento se ha ensanchado con el derecho a disponer de traductor cuando no se conoce el idioma en el que aquél se desarrolla". En tanto que en la Opinión Consultiva OC-17 /2002, de 28 de agosto de 2002, ha precisado que el derecho de defensa "incluye varios derechos; contar con el tiempo y los medios para preparar la defensa, tener intérprete o traductor, ser oído, conocer la acusación e interrogar y presentar testigos".

9. Por su parte, la Comisión Interamericana ha señalado que "toda declaración de una persona que no comprenda o no hable adecuadamente el idioma en el cual esta le es tomada, carece de valor" (Informe sobre la situación de los Derechos Humanos de un sector de la población nicaragüense de origen Mismito, 1983. Parte II, secc., D, p**árr. 17** d).

10. Además de lo ya indicado, en el marco de lo resuelto es necesario insistir en un asunto al cual ya me he referido en una anterior ocasión (fundamento de voto de la STC 05656-2015-HC); me refiero a la labor del juez constitucional, que tiene por fin último el reconocimiento y la tutela de los derechos, y por ello debe, precisamente, abordar cualquier dificultad, limitación o formalidad que dificulte ese quehacer. En ese sentido, reitero, el artículo 2, inciso 19 de la Constitución debe entenderse no solo como el derecho a usar el propio idioma a través de un intérprete, sino que debe propender además a la generación de un sistema que incluya autoridades bilingües en aquellas regiones bilingües o en las que las lenguas originarias sean habladas de forma mayoritaria por sus habitantes, a efectos de propiciar un trato directo y más cercano entre el ciudadano y el funcionario público. Ello constituiría una auténtica expresión del efectivo reconocimiento del Estado Constitucional a la pluralidad étnica y cultural existente en nuestro país. Más aún, permitiría superar realmente la situación deficitaria encontrada en los autos, donde se acredita que se podría contar con una limitada cantidad de intérpretes, para un determinado número de traducciones al año y únicamente para 17 Cortes Superiores (de un total de 34 Cortes Superiores actualmente existentes, según información publicada en la página oficial del Poder Judicial:

    (https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSuprema/s_cortes_suprema_home/as_poder_judicial/).

11. Por cierto, si bien la importancia de lo anterior ya ha sido, en cierta medida, reconocida en la STC Exp. n.° 00889-2017-AA (caso Cáceres Tinoco), pues en dicho caso, de manera sin duda correcta, se reconoce al derecho a usar propio idioma y se exhorta a que se oficialice el uso de las lenguas originarias predominantes, finalmente su impacto ha sido limitado, debido al modo en que quedaron dispuestos los mandatos allí previstos, tratándose de una sentencia estructural, como lo dejé expresado entonces en mi fundamento de voto. En tal sentido, y considero que esta hubiera sido una excelente ocasión para, con base en lo ya resuelto por el Tribunal Constitucional en anteriores ocasiones y lo aquí explicado, se pudiera avanzar en lograr la efectiva tutela de estos ámbitos iusfundamentales.

12. Además de lo anterior, conviene precisar asimismo que el derecho a usar el "propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete" contenido en el artículo 2, inciso 19, si bien comprende al lenguaje hablado, puede referirse también a otras formas de comunicación consideradas constitucionalmente valiosas. Ello en la medida que estas permiten aquello que la citada norma iusfundamental persigue. Eso, a saber, implica lograr que la persona que se enfrenta a una autoridad pueda conocer y ser informada del procedimiento o proceso en el que está incurso, y que pueda dar a entender de la manera más fiel posible su verdadera intención o sus intereses.

13. En este sentido, bien visto, el "propio idioma" puede aludir igualmente al lenguaje de señas (cfr. STC Exp. n.° 03861-2012-HC), o a la posibilidad de que, en determinados supuestos, intervengan personas de confianza que faciliten conocer la voluntad de

aquellas personas que pudieran tener una limitada capacidad de discernimiento. Es más, incluso podría implicar eventualmente hacer uso de tecnologías de asistencia que permitan acceder, de la manera más directa posible, a la voluntad de la persona o del administrado que acude a la autoridad (evitando, con esto, normalizar que sean otras personas –como por ejemplo tutores o curadores– quienes decidan por personas que, aunque con dificultades, se encuentran en la posibilidad de discernir, reconocer sus intereses y tomar sus propias decisiones).

14. Por último, veo que en la presente causa se ha acogido literalmente todos los criterios contenidos en el conocido "Protocolo de atención y orientación legal con enfoque intercultural dirigido a funcionarios del sistema estatal de justicia" (cfr.https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a1a259004c7e4d38ac19efe93f7fa794/Protocolo+de+orientaci%C3%B3n+y+asistencia+legal.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a1a259004c7e4d38ac19efe93f7fa794), el cual no es citado en la parte pertinente, pese a que, con modificaciones muy ligeras, el proyecto pretende que ello sea establecido como "doctrina jurisprudencial" del Tribunal Constitucional. Aunado a la anterior, la posición que sostengo, si bien es en parte es coincidente con lo indicado en el Protocolo, agrega varias otras consideraciones que aparecen expresadas en mi fundamento de voto de la STC Exp. n.° 02765-2014-PA, caso Zelada Riquelme, todas estas razones por las cuales debo apartarme de este extremo del fallo. Considero, asimismo, que los criterios que quieren establecerse como "doctrina jurisprudencial, adecuadamente referenciados, deberían ser puesto a conocimiento de los magistrados y magistradas, y con ello iniciarse un real debate sobre lo que sería pertinente y útil establecer como jurisprudencia en esta materia.

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lima, 27 de julio de 2020

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la decisión de mis colegas magistrados, en el presente caso disiento de la opinión de declarar fundada la demanda pues, a mi consideración, la misma debe ser desestimada. Mis fundamentos son los siguientes:

1. Don Laurencio Ramírez Cairuna interpone demanda de *habeas corpus* a favor de don Óscar Ríos Silvano, solicitando que se declare la nulidad de la sentencia de fecha 29 de enero de 2007, en el extremo que condenó al favorecido a treinta años de pena privativa de la libertad por la comisión del delito de homicidio calificado en calidad de instigador, y de la resolución suprema de fecha 4 de julio del 2007, que declaró no haber nulidad de la referida sentencia (Expediente 2004-00903-0-2402-JR-PE-01/RN 796-2007). Se alega la vulneración de los derechos al debido proceso, de defensa; y, se invocan los derechos a contar con intérprete en el idioma nativo del favorecido, a la identidad étnica y cultural, entre otros.

   El recurrente sostiene que el favorecido es un ciudadano indígena de la etnia shipibo del departamento de Ucayali, que comprende mínimamente el idioma español y que, más bien, habla y entiende el idioma shipibo. Pese a ello, fue juzgado y sentenciado en el idioma español. Alega que correspondía que al favorecido se le asigne un traductor durante el proceso penal, pero al no haber ocurrido ello se produjo su indefensión.

2. El Tribunal Constitucional en el fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente 8125-2005-PHC/TC *Caso Jeffrey Immelt,* ha indicado que el derecho al debido proceso significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos.

3. La Constitución Política del Perú, en el artículo 2, inciso 19, reconoce el derecho a la identidad étnica y cultural, e incluso en el segundo párrafo establece que *"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".* Esta disposición asegura el respeto de los derechos culturales y las garantías mínimas de los procesados a fin de que puedan ejercer sus derechos fundamentales, como es el caso del derecho de defensa. Por consiguiente, el derecho de defensa, no sería posible si, en el seno del proceso, no se hubiera nombrado intérprete al recurrente teniendo éste como idioma propio uno distinto al castellano y, en consecuencia, no tuviera la posibilidad de entender el idioma usado en los tribunales, a fin de ejercer su derecho de defensa constitucionalmente protegido. (Expediente 4789-2009-PHC/TC).

4. En el presente caso, de la revisión de autos se puede apreciar que el actor, en su declaración prestada ante el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria del Establecimiento Penal de Pucallpa (fs.86), señaló que cuenta con instrucción superior completa pues es docente de educación primaria, habiendo realizado sus estudios en un instituto superior pedagógico bilingüe en el que se habla 80% español y 20% shipibo conibo; además, señaló que el idioma español lo aprendió cuando cursaba educación secundaria, pues la primaria la estudio en el idioma shipibo.

5. Por otro lado, en la declaración que prestó ante la Sala Penal Permanente con Reos en Cárcel – Corte Superior de justicia de Ucayali (fs. 155-162), manifestó haber formado un movimiento político en el que tuvo cargo de sub secretario general, que fue elegido regidor de la Municipalidad Distrital de Iparia, tras haber participado en las elecciones en la plancha de Gabino Muñoz Rengifo, quien ganó la alcaldía, y que incluso fue Teniente Alcalde de dicha comuna en esa misma gestión, habiendo asumido la alcaldía al fallecer el titular en el cargo. En ese mismo acto, afirmó que como alcalde afrontó un proceso judicial en el que se embargó los fondos de la municipalidad, logrando que dicho embargo se reduzca "solo hasta el 3% de los fondos como la ley lo permite". Además, precisó que como regidor solicitó la fiscalización de la gestión del alcalde, con quien, además, siendo teniente alcalde participó en diversas gestiones judiciales y administrativas.

6. Por otro lado, durante el desarrollo del proceso penal que se siguió en su contra, fue patrocinado por un abogad de su elección que lo asesoró en las diversas diligencias en las que participó.

7. De lo expuesto se puede colegir que el favorecido sí comprende y habla el idioma español y, además, durante su participación como regidor, teniente alcalde y alcalde de la Municipalidad de Iparia, desarrolló actividades relacionadas con temas legales, lo que desvirtúa el argumento de que comprendiera "mínimamente" el idioma español y que, por ello, se hubiese afectado su derecho de defensa.

Por lo expuesto, mi voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda.

S.
LEDESMA NARVÁEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con el mayor respeto por mis colegas magistrados, emito el presente voto singular.

El demandante dice que el favorecido, al ser procesado y condenado a 30 años de pena privativa de la libertad, por el delito de homicidio calificado en calidad de instigador, no contó con un intérprete a pesar de ser un ciudadano indígena de la etnia shipibo, lo que afectó su derecho de defensa.

Sin embargo, durante el proceso, el favorecido ha contado permanentemente con el patrocinio de un abogado defensor, sea de oficio o de su libre elección, demostrando comprender el idioma español, al escuchar y absolver las preguntas formuladas en el proceso, conforme se aprecia de su declaración instructiva de 19 de mayo de 2005 (fojas 109), de la diligencia de confrontación con su coprocesado don Alfondo Borjas Olortegui de 10 de noviembre de 2005 (fojas 117) y de la sesión de juicio oral de 5 de julio de 2006 (fojas 134).

En estas diligencias, ni el favorecido ni su defensa manifestaron que el primero no comprendía o tenía imposibilidad de entender y/o expresarse en el idioma español; tampoco expresaron la necesidad de la intervención de un traductor o intérprete.

Además, en su declaración de fojas 86, manifestó que fue patrocinado por abogados de su libre elección; que es docente de educación primaria, habiéndose titulado en un instituto superior pedagógico bilingüe; que en otro instituto, donde enseñó en el nivel de educación primaria, se habla el idioma español en un ochenta por ciento y en un veinte por ciento el idioma shipibo conibo; que el idioma español lo aprendió cuando cursaba educación secundaria; que en el establecimiento penitenciario donde se encuentra internado se habla en un cien por ciento el idioma español y que solo habla shipibo concibo con sus familiares.

De lo expuesto, se desprende que el favorecido comprende y habla español, lo que desvirtúa la alegada afectación de su derecho de defensa.

En consecuencia, mi voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda.

S.
SARDÓN DE TABOADA

APÉNDICE

Caso sobre la constitucionalidad de la prestación de los "Servicios Policiales Extraordinarios"

Se deja constancia que en la sesión del Pleno Administrativo y Jurisdiccional no presencial que realizó el Tribunal Constitucional el 20 de agosto de 2020 los señores magistrados se ratificaron en sus votos emitidos en el **Expediente 00009-2019-PI/TC,** ponencia del magistrado Ramos Núñez, siendo el sentido de la votación el siguiente:

- Los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales y Ramos Núñez votaron a favor de la sentencia, que resuelve declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad, INTERPRETAR, IMPROCEDENTE e INFUNDADA la demanda en lo demás que contiene.
- El magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votó en fecha posterior, expresando su acuerdo con el sentido de lo resuelto en la sentencia.
- Los magistrados Ferrero Costa y Sardón de Taboada emitieron un voto singular conjunto por declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad, sin interpretación alguna.
- El magistrado Blume Fortini emitió un voto singular con relación al punto 1.b de la parte resolutiva de la sentencia.

La secretaría del Pleno deja constancia que los votos mencionados se adjuntan a la ponencia y que los señores magistrados proceden a firmar digitalmente la presente en señal de conformidad

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 00009-2019-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

23 de junio de 2020

Caso sobre la constitucionalidad de la prestación de Servicios Policiales Extraordinarios

COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN MARTÍN
c.
PODER EJECUTIVO

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad contra las disposiciones que regulan la prestación de los denominados Servicios Policiales Extraordinarios, regulados en los Decretos Legislativo 1267 y 1213

Magistrados firmantes:

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 23 días del mes de junio de 2020, reunido el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Ledesma Narváez (presidenta), Ferrero Costa (vicepresidente), Miranda Canales, Ramos Núñez y Sardón de Taboada, pronuncia la siguiente sentencia, con los abocamientos de los magistrados Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera conforme al artículo 30-A, del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agregan los votos singulares de los magistrados Ferrero Costa, Blume Fortini y Sardón de Taboada. Se deja constancia que el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votará en fecha posterior.

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

Con fecha 8 de abril de 2019, el Colegio de Abogados de San Martín, representado por su Decano, interpone una demanda de inconstitucionalidad en contra de la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1267, "Ley de la Policía Nacional del Perú"; el artículo 2, inciso 1, del Decreto Legislativo 1213; "Decreto Legislativo que regula los servicios de seguridad privada"; y, los artículos 9, primer párrafo, 10, primer párrafo, 11, inciso d), 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20 del Decreto Supremo 003-2017-IN, "Decreto Supremo que aprueba los lineamientos rectores para la ejecución de los servicios policiales en cumplimiento de la función policial".

Con fecha 30 de abril de 2019, este Tribunal admitió a trámite la demanda en relación con las disposiciones impugnadas de los Decretos Legislativos 1213 y 1267.

La entidad demandante alega que el Decreto Legislativo 1267 es inconstitucional por la forma, al haber sido emitido en contravención al artículo 106 de la Constitución, por lo que vulnera la reserva de ley orgánica (o, alternativamente, de ley ordinaria) a la cual está sujeta la Policía Nacional del Perú (PNP).

Asimismo, sustenta la infracción de los artículos 44, 166, 168 y 169 de la Constitución por razones de fondo. Solicita, sobre ello, la emisión de una sentencia interpretativa que excluya de todas las disposiciones impugnadas los supuestos a los que hace referencia el artículo 11, inciso d), del Decreto Supremo 003-2017-IN, que señala que una de las "situaciones extraordinarias en que se puede asignar personal de vacaciones, permiso o franco, para la realización de servicios policiales extraordinarios" es para "atender la seguridad externa de instalaciones estratégicas vinculadas con la explotación o transporte de recursos naturales". Requiere que esto se haga a efectos de salvar la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas.

Por su parte, con fecha 15 de agosto de 2019, el Procurador Público Especializado en Materia Constitucional del Poder Ejecutivo contesta la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, y solicita que sea declarada infundada.

B. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Las partes presentan los argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas, los cuales se resumen a continuación.

B-1. Demanda

Los argumentos expuestos en la demanda son los siguientes:

- El colegio demandante señala que las disposiciones impugnadas son inconstitucionales en el sentido interpretativo referido a que la PNP pueda prestar servicios policiales extraordinarios para "atender la seguridad externa de instalaciones estratégicas vinculadas con la explotación o transporte de recursos naturales".
- Alega que existen 138 convenios suscritos entre la PNP y empresas extractivas firmados entre 1995 y 2018, especialmente con empresas dedicadas a la minería y los hidrocarburos. Señala que 29 de estos convenios se encontrarían vigentes a la fecha de interposición de la demanda, con fechas de caducidad entre 2019 y 2022, de los cuales 3 tienen vigencia indefinida, 14 podrían renovarse de manera automática y 2 no precisan su vigencia. La mayoría de empresas contratantes tienen conflictos ubicados en regiones donde se habrían producido fuertes tensiones socioambientales, como Arequipa, Apurímac, Cajamarca y Puno.
- Afirma que el Decreto Legislativo 1267 es inconstitucional por la forma, pues regular la organización y funciones de la PNP corresponde a una ley orgánica o, cuando menos, a una ley ordinaria, y no mediante una norma que no asegura el debate público. Sostiene que la reserva de ley tiene por objeto garantizar que determinados asuntos de elevado interés público sean sometidos a debate en el Congreso de la República.
- El demandante sostiene que la PNP es una entidad vital para el adecuado funcionamiento del Estado, por lo que su estructura y funcionamiento debiera regularse por ley orgánica, conforme al artículo 106 de la Constitución. Rechaza por ello el razonamiento de este Tribunal en el fundamento 30 de la Sentencia 0022-2004-AI/TC, aunque sostiene que cuando menos, existe una reserva de ley ordinaria a favor de la regulación de la PNP.
- Además, señala que el Poder Ejecutivo se extralimitó de las atribuciones que le fueron conferidas mediante la Ley 30506, que solo lo facultó para el perfeccionamiento de la Ley de la PNP, y no para que realice su derogación y modificación absoluta con la sanción de otra ley sobre la materia.
- Por otro lado, alega que las normas impugnadas son inconstitucionales por el fondo, por cuanto: (i) desnaturalizan y menoscaban la función de la PNP, entendida como función

pública, privatizándola y poniéndola al servicio de intereses particulares y por encima del bien común; (ii) incumplen los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) respecto a la función policial y el uso de la fuerza en los Estados democráticos, así como la obligación estatal de remover los obstáculos que impiden la vigencia de los derechos humanos, vulnerando el bien jurídico de la seguridad ciudadana; (iii) son discriminatorias y generan indefensión en las poblaciones que habitan en las zonas de influencia de proyectos extractivos; (iv) desnaturalizan el contrato de trabajo de los efectivos policiales; y, (v) representan un ejercicio proscrito de las libertades económicas y atentan contra el principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado.

- Solicita que la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1267, que establece que la PNP pueda prestar servicios policiales extraordinarios en entidades del sector privado, sea interpretada en el sentido que las empresas extractivas -así como las de transporte vinculadas a estas- no podrán ser incluidas dentro de las entidades privadas solicitantes, en razón de que la función pública policial sería desnaturalizada si ello ocurriera.

– Argumenta que en contextos de conflictividad social, las situaciones que puedan comprometer el orden público o la seguridad ciudadana deben ser atendidas por una fuerza policial neutral, independiente y no financiada por intereses corporativos, pues esto alienta la criminalización en contra de defensores de derechos humanos que participan en actos de movilización social. Agrega que en el contexto de los servicios policiales extraordinarios, la población desconoce si el personal policial labora en cumplimiento de su función pública o al servicio de un privado.

– El demandante señala que la PNP tiene como función primordial la preservación del orden interno, que es un bien jurídico constitucional, lo cual se deriva principalmente del artículo 2, inciso 24 de la Constitución, que reconoce el derecho de toda persona a la seguridad personal; el artículo 44, según el cual uno de los deberes primordiales del Estado es proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y también del artículo 166, que señala que la PNP tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno, así como prestar protección a las personas y a la comunidad, y prevenir, investigar y combatir la delincuencia.

– Agrega que este Tribunal ha manifestado, en el fundamento 8 de la Sentencia 0017-2003-AI/TC, que el orden interno es sinónimo de orden policial. Afirma que la seguridad ciudadana concretiza la vigencia efectiva del bien jurídico constitucional del orden interno, y que este no obedece a intereses particulares, sino públicos, pues está asociado al interés general. Por tanto, afirma que el servicio policial debe brindarse a la comunidad en su conjunto, sin realizar distinciones arbitrarias, como ocurre con los servicios policiales extraordinarios, que implican una prestación de servicio diferenciado y privilegiado en favor de particulares, beneficiarios de un convenio.

– El demandante también alega que los servicios policiales extraordinarios constituyen un supuesto de abuso del derecho, y vulneran el principio de interdicción de la

arbitrariedad, pues constituyen una desviación del poder de la PNP que no responden a su finalidad legítima. Por ello, afectarían el derecho a la buena administración.

- Asimismo, sostiene que la función de la PNP es una función pública, y que no se deja de ser funcionario público cuando termina la jornada laboral o se está de vacaciones o de franco. En el caso de los policías o militares la situación es aún más sensible por cuanto son quienes ejercen el monopolio del uso legítimo de la fuerza estatal. Sin embargo, mediante los servicios policiales extraordinarios, estos agentes protegen intereses corporativos particulares durante sus vacaciones o días de franco, ignorando el carácter permanente de la función pública.
- Estos servicios policiales extraordinarios representan para el demandante una privatización de la función policial, lo que quiebra las competencias constitucionales de la PNP, y coloca como una mercancía más en el mercado los actos de poder estatal, sujetos a los intereses de las empresas.
- En tal sentido, señala que del artículo 2, inciso 1, del Decreto Legislativo 1213, no debe interpretarse que las personas públicas a que se refiere la norma prestan servicios de seguridad privada. Esto es, ni la PNP ni las Fuerzas Armadas (FFAA) pueden ser ofertantes de servicios de seguridad privada. Ello en relación con la seguridad externa de instalaciones estratégicas vinculadas con la explotación o transporte de recursos naturales.
- El demandante argumenta también que los servicios policiales extraordinarios generan graves situaciones de conflictos de intereses que se encuentran en contradicción con lo dispuesto en el artículo 7, inciso 1, de la Ley 27815, 'Ley del Código de Ética de la Función Pública'. Considera, en ese sentido, que el servidor público debe regirse por el deber de neutralidad, y actuar con absoluta imparcialidad en el desempeño de sus funciones, demostrando independencia, la cual se ve comprometida cuando la PNP pretende garantizar a la vez la seguridad ciudadana y los intereses de la empresa (a la cual está vinculada por convenio), que son distintos y opuestos al interés de la comunidad y al bien común.
- Señala que los servicios policiales extraordinarios generan indefensión en las poblaciones que habitan en las zonas de influencia de los proyectos extractivos. Además, habría un trato discriminatorio, pues en virtud de los convenios con las empresas la PNP garantiza de forma prioritaria la protección de quienes han contratado sus servicios, abandonando la seguridad ciudadana de la población rural, especialmente en situaciones de conflictividad social.
- Para el demandante, la discriminación es principalmente de tipo económico, pues la PNP opta por preferir proteger los intereses de las empresas extractivas en detrimento de los intereses de la comunidad, pues las primeras pagan una contraprestación por los servicios de seguridad recibidos, aunque ambos tienen la misma necesidad. Además, esto ocurre en zonas de conflictividad social donde la presencia del Estado es limitada, salvo por las fuerzas policiales que sirven a intereses particulares, generando

desconfianza en la población local, e impunidad en caso de violaciones a los derechos fundamentales de las personas.

- Alega que las normas impugnadas incumplen los estándares del DIDH respecto al uso de la fuerza en los Estados democráticos, en concordancia con el Decreto Legislativo 1186, 'Decreto Legislativo que regula el uso de la fuerza por parte de la PNP', y con lo dispuesto en 'Los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por funcionarios y encargados de hacer cumplir la ley', adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en 1990.
- Por otro lado, el demandante señala que los servicios policiales extraordinarios desnaturalizan el contrato de trabajo de los efectivos policiales, pues los convenios suscritos sirven para evitar el pago de beneficios sociales a favor de los efectivos policiales que los brindan, como cuando denominan entrega económica a lo que en realidad es una remuneración.
- Sostiene que ello tendría dos objetivos: (i) evitar cumplir con los elementos esenciales de una relación laboral, pues existe prestación personal y subordinación, pero no remuneración; y, (ii) evadir la responsabilidad de la PNP cuando exista una situación de alto riesgo. Esto implica una instrumentalización de los derechos laborales de los efectivos policiales.
- Asimismo, afirma que los servicios policiales extraordinarios representan un ejercicio proscrito de las libertades económicas, pues la función policial representa un límite a la libertad contractual de la PNP y de las empresas, dado que no puede estar disponible en el mercado para ser contratada por privados. Los convenios, por ello, serían inconstitucionales y contrarios al orden público.
- Finalmente, el demandante alega que las normas impugnadas vulneran el principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado, consagrado en el artículo 60 de la Constitución, pues los servicios policiales extraordinarios, pagados por las empresas extractivas, usando el uniforme y armas oficiales del Estado, desempeñan roles de guardianía externa de la misma forma en que lo harían los trabajadores de las empresas de seguridad privada, que existen y son capaces de brindar tales servicios.

B-2. Contestación de la demanda

Los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, son los siguientes:

- El Procurador Público Especializado señala que la demanda es infundada en todos sus extremos. Respecto a la alegada inconstitucionalidad por la forma, señala que la Constitución no ha establecido reserva de ley orgánica u ordinaria para la regulación de la PNP, lo que ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional.
- En lo referente a que el Poder Ejecutivo se habría excedido al legislar sobre una materia no delegada, señala que la Ley 30506 incluyó un mandato para legislar sobre seguridad

ciudadana a fin de "modificar la estructura organizacional y funcionamiento del Ministerio del Interior para mejorar la atención y prestación de servicios al ciudadano" y "perfeccionar el marco normativo" de la PNP, por lo que se encontraba habilitado para modificar el marco normativo de dicho ministerio y sus órganos adscritos. Esto no se limita a una modificación parcial.

- Sobre la falta de debate público, el demandado señala que no corresponde establecer requisitos adicionales al proceso de emisión de normas legales. Agrega que este Tribunal ya ha señalado, en la Sentencia 00012-2018-PI/TC, que ciertas materias, por circunstancias vinculadas a la urgencia o necesidad de un accionar inmediato, justifican reducir la deliberación, razonamiento que se aplica al procedimiento de los decretos legislativos.
- Respecto a los cuestionamientos de fondo, el Procurador Público Especializado señala que la PNP cumple sus funciones de acuerdo con lo establecido en la Constitución, respetando el orden constitucional y los derechos fundamentales.
- Sostiene que el anexo de la Ley 30714, Ley que regula el régimen disciplinario de la PNP, señala con sanción de pase a retiro a aquellos efectivos policiales que brinden servicios de protección o seguridad no autorizados a terceros.
- Afirma también que el Decreto Legislativo 1267 garantiza la imparcialidad, objetividad y neutralidad, así como la unidad, de la función policial. Conforme a esto último, el personal policial es parte de un órgano caracterizado por la unidad institucional y operacional, y se encuentra sujeto siempre a las mismas normas y obligaciones, así como a una única estructura jerárquica y de mando, lo cual se mantiene cuando la función policial se realiza en el marco de los servicios policiales extraordinarios.
- Sostiene que estos servicios sirven para garantizar de mejor manera el control interno y la seguridad ciudadana, sin afectar la institucionalidad e independencia de la PNP, y que esto ocurre conforme a normas legales expresas que regulan la materia de forma clara y transparente. Además, dichos servicios están limitados a ocho supuestos de hecho en que se pueden brindar, y siempre bajo un convenio.
- En tal sentido, alega que la función policial requiere importantes herramientas económicas y logísticas, por lo que los servicios policiales extraordinarios son un método para obtener recursos para cumplir con dicha función. Además, señala que los servicios policiales extraordinarios no son nuevos en nuestro ordenamiento, sino que ya se encontraban contemplados en la Ley 27238 y en el Decreto Legislativo 1148, normas que anteriormente regulaban a la PNP.
- Del mismo modo, agrega que la normativa aplicable establece que el solicitante del servicio no tiene poder de dirección alguno sobre el personal de la PNP, y que se compromete a no interferir en las operaciones policiales que se realicen, bajo ninguna circunstancia, lo que asegura la independencia e imparcialidad de los efectivos policiales. También se especifica que los servicios policiales extraordinarios no impiden ni limitan al personal destacado a cumplir con sus labores institucionales.

- Además, señala que, conforme al modelo de cooperación entre la PNP y las empresas extractivas, aprobado por Resolución Ministerial 562-2017-IN, los servicios policiales extraordinarios se realizan en la zona de influencia periférica, y no al interior de la empresa (salvo en el caso de custodia de almacenes con explosivos y similares). Es decir, se incrementa el personal policial y se fortalece la seguridad ciudadana en zonas contiguas a la actividad extractiva por tratarse de zonas estratégicas o de difícil acceso, no servicios de carácter privado.
- En tal sentido, indica que mediante los servicios policiales extraordinarios se realiza función policial, por lo que no resulta válido, para el demandado, señalar que vulneran el principio de interdicción de la arbitrariedad, o que constituyen un abuso del derecho, o una amenaza a la seguridad ciudadana, pues los policías siempre están sujetos al poder estatal, y conservan su imparcialidad y objetividad frente a las empresas solicitantes.
- En cuanto a la supuesta discriminación, alega que las normas impugnadas no establecen un trato diferenciado entre las personas, conforme al *test de igualdad* practicado por el Tribunal Constitucional, pues la diferenciación no ocurre en las normas legales sino en las infralegales y, además, no ocurre entre personas, sino que se da considerando situaciones objetivas, y no se limita a empresas extractivas o entidades privadas, sino que incluye otros tipos de empresas y entidades públicas.
- Respecto, al pago económico proveído por la entidad solicitante, este pago se realiza a la PNP, e incluye una entrega al personal policial que, encontrándose de vacaciones, permiso o franco, preste los servicios de manera voluntaria, los gastos en que incurre la PNP, y el monto por las compensaciones económicas que correspondan a los policías.
- Por tanto, sostiene que no existe una relación económica entre la entidad solicitante y el personal policial, ni tampoco ánimo de lucro por parte de la PNP, sino que se busca solventar los gastos en que incurre por brindar seguridad extra en zonas estratégicas. Afirma que los convenios no tienen naturaleza contractual, pues su objeto no es patrimonial.
- Agrega que tampoco se estarían encubriendo una relación laboral entre las empresas y los policías, pues estos últimos jamás se encuentran bajo el poder de dirección privado, sino estatal, y no se produce ningún tipo de subordinación laboral a otro órgano que no sea la Policía Nacional del Perú.
- Por ello, sostiene también que no se afecta la seguridad ciudadana como bien jurídico, y que no se han vulnerado los estándares del uso de la fuerza, pues las normas impugnadas no tratan sobre esa materia, pues únicamente establecen un marco jurídico para los servicios policiales extraordinarios. Los efectivos policiales que los brinden se encuentran sujetos a la cadena de mando de la PNP y a toda la normativa aplicable a la misma, incluidas todas las reglas sobre uso de la fuerza.
- De otro lado, argumenta que no se ha vulnerado el principio de subsidiariedad económica del Estado, pues los servicios policiales extraordinarios y los servicios de seguridad

privada tienen regulación diferente, y el personal policial que participa de dichos servicios lo hace ejerciendo el poder estatal, pues realiza función policial y no un servicio de seguridad privada.

- Sobre la impugnación del artículo 2, inciso 1, del Decreto Legislativo 1213, señala que este no regula la función policial o los servicios policiales extraordinarios, y mucho menos autoriza al personal de la PNP a realizar servicios de seguridad privada, sino que únicamente delimita el ámbito de aplicación de la citada norma.
- Finalmente, el Procurador Público Especializado hace notar que en realidad el demandante cuestiona como inconstitucionales ciertos sentidos interpretativos referentes a la suscripción de convenios de servicios policiales extraordinarios únicamente entre la PNP y empresas extractivas, lo que depende de la inconstitucionalidad de una norma infralegal, el Decreto Supremo 003-2017-IN. Ello desnaturaliza el proceso de inconstitucionalidad, pues el análisis de la norma infralegal sería la cuestión principal. Además, de este razonamiento se extrae que las normas legales impugnadas no serían inconstitucionales en sí mismas.

II. FUNDAMENTOS

§1. DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA

1. La demanda ha sido presentada con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1267, 'Ley de la Policía Nacional del Perú'; el artículo 2, inciso 1, del Decreto Legislativo 1213, 'Decreto Legislativo que regula los servicios de seguridad privada'; y, los artículos 9, primer párrafo, 10, primer párrafo, 11, inciso d), 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20 del Decreto Supremo 003-2017-IN, 'Decreto Supremo que aprueba los lineamientos rectores para la ejecución de los servicios policiales en cumplimiento de la función policial'.
2. La Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1267 establece lo siguiente:

> La Policía Nacional del Perú, a través del personal policial que se encuentre de vacaciones, permiso o franco y de manera voluntaria, podrá prestar servicios policiales extraordinarios en entidades del Sector Público y/o del Sector Privado, en situaciones que puedan comprometer y/o afectar el orden público y la seguridad ciudadana.
>
> Las modalidades, requisitos, condiciones, costos y demás aspectos que impliquen la prestación de los servicios policiales extraordinarios deben contar previamente con opinión favorable de la Oficina General de Planificación y Presupuesto del Ministerio del Interior, sujeto a la disponibilidad presupuestaria. Para el cumplimiento de lo dispuesto queda exceptuado de lo señalado en el tercer párrafo de la Segunda Disposición Complementaria Final del presente Decreto Legislativo.

Para la prestación de los servicios policiales extraordinarios, la Policía Nacional del Perú propone al Ministerio del Interior la celebración de los respectivos convenios, los mismos que son aprobados por Resolución Ministerial y suscritos por el Director General de la Policía Nacional del Perú.

La celebración y cumplimiento de dichos convenios no deberá afectar la continuidad de la función policial durante las veinticuatro horas del día, todos los días del año así como el cumplimiento cabal de su finalidad. En ningún caso se podrá contratar en forma directa al personal policial de la Policía Nacional del Perú.

El personal policial en actividad o disponibilidad que preste servicios de seguridad privada se sujetará a la regulación y control sobre la materia.

3. Por otro lado, también se cuestiona el artículo 2 del Decreto Legislativo 1213, en sus incisos 1 y 2, el cual regula el ámbito de aplicación de la prestación del servicio de seguridad privada"

4. El Tribunal advierte que, en el escrito de demanda, se han formulado una serie de argumentos que cuestionan la constitucionalidad, tanto por razones de forma como de fondo, del Decreto Legislativo 1267. En lo que respecta al Decreto Legislativo 1213, solo se ha solicitado una declaratoria de inconstitucionalidad por razones de fondo.

5. En ese sentido, corresponde examinar, en primer lugar, los argumentos respecto de la supuesta inconstitucionalidad, por razones de forma, del Decreto Legislativo 1267.

§2. INCONSTITUCIONALIDAD POR LA FORMA DEL DECRETO LEGISLATIVO 1267

6. En su escrito de demanda, el Colegio de Abogados de San Martín ha indicado que el Decreto Legislativo 1267 es inconstitucional por razones de forma, ya que regula materias que, por su naturaleza, corresponden ser desarrolladas en una ley orgánica. Del mismo modo, agrega que el Poder Ejecutivo se extralimitó al ejercer las atribuciones que le fueron conferidas mediante la Ley 30506, ya que esta solo lo facultó para el perfeccionamiento de la Ley de la Policía Nacional del Perú.

7. Este Tribunal, en jurisprudencia constante, ha sostenido que, a través del proceso de inconstitucionalidad, se pueden cuestionar normas con rango de ley que, por razones de forma o de fondo, contravengan lo establecido en nuestra *norma normarum*. En el caso concreto de los vicios por la forma, se ha precisado que una norma incurre en ellos, principalmente, en tres escenarios: a) cuando se produce el quebrantamiento del procedimiento de producción normativa previsto en la Constitución; b) cuando se ha ocupado de una materia que la Constitución directamente ha reservado a otra específica fuente formal del derecho; y, c) cuando es expedida por un órgano que constitucionalmente resulta incompetente para hacerlo [STC 00020-2005-PI y 00021-2005-PI (acumulados), fundamento 22].

8. En el presente caso, este Tribunal nota que los argumentos por los que se impugna la constitucionalidad por la forma del decreto se relacionan, en esencia, con los dos últimos supuestos, ya que se considera que el Poder Ejecutivo no era el órgano competente para regular el régimen de la Policía Nacional del Perú, lo cual debió realizarse a través de otra fuente derecho.

9. En efecto, los vicios cuestionados por la entidad demandante son los siguientes: i) las materias reguladas por el Poder Ejecutivo no podían ser aprobadas por decreto legislativo, ya que en estos casos existe reserva de ley orgánica o, cuando menos, de ley ordinaria; ii) la ley autoritativa no delegó facultades para la adopción de las medidas que, finalmente, implementó el Poder Ejecutivo mediante el decreto legislativo cuestionado; y, iii) las reformas adoptadas debieron contar con un mayor margen de deliberación, debido a las materias sobre las que versaban.

10. En consecuencia, se procederá a analizar, por separado, cada uno de los argumentos desarrollados por el Colegio de Abogados de San Martín respecto de la supuesta inconstitucionalidad, por razones de forma, del Decreto Legislativo 1267.

    i) *Sobre la existencia de una reserva de ley orgánica para regular la estructura y funcionamiento de la Policía Nacional del Perú*

11. En relación con el primer punto, el Colegio de Abogados de San Martín ha sostenido, en su escrito de demanda, que el decreto legislativo está regulando materias que, según la Constitución, cuentan con reserva de ley orgánica. De conformidad con lo expuesto por la entidad demandante, en la medida en que el decreto legislativo ha adoptado medidas concernientes a la estructura y funcionamiento de una entidad del Estado, existiría un vicio de forma al no hacerse las reformas respectivas a través de una ley orgánica o, por lo menos, de una ley ordinaria.

12. En su escrito, la entidad demandante ha indicado que la regulación de la Policía Nacional del Perú originariamente se encontraba contenida en la Ley 27238, a través de la cual se promulgó la Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú. Esta ley, según precisa, fue derogada por el Decreto Legislativo 1148, cuerpo normativo que se encargaría de normar el régimen de esta entidad estatal. Con posterioridad, este decreto legislativo sería, a su vez, derogado por el Decreto Legislativo 1267, el cual, precisamente, es cuestionado en este proceso de inconstitucional. De esta forma, el Colegio de Abogados de San Martín advierte que, en la actualidad, el estatuto y las funciones de la Policía Nacional del Perú se regulan por una fuente del derecho distinta a la inicialmente prevista para esta labor.

13. Ahora bien, es importante precisar que el solo hecho que una ley orgánica haya sido reformada por un decreto legislativo no supone, por sí mismo, un vicio que amerite una declaratoria de inconstitucionalidad. Sobre ello, se ha precisado que no debe presumirse que una materia revista naturaleza orgánica "solo por encontrarse incorporada en una ley que lleva ese nombre, siendo necesario analizar, caso por caso, es decir, norma por norma, si la materia tratada por ella se encuentra reservada constitucionalmente a una fuente que ostente mayor rigidez" [STC 0002-2011-PCC, fundamento 10].

En consecuencia, lo que en este caso corresponde determinar es si es que es constitucionalmente posible que el legislador delegue, al Poder Ejecutivo, la regulación de la estructura y funcionamiento de la Policía Nacional del Perú.

14. De acuerdo con el artículo 106 de la Constitución, "[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". La tesis del Colegio de Abogados de San Martín es que, de acuerdo con esta disposición constitucional, las atribuciones de la Policía Nacional del Perú debían ser reguladas por ley orgánica, al ser una entidad estatal prevista en la ley fundamental. Al respecto, este Tribunal advierte que son dos los posibles sentidos interpretativos del artículo 106: i) la estructura y el funcionamiento de las entidades formalmente mencionadas en la Constitución deben ser reglamentadas a través de leyes orgánicas; y, ii) no toda entidad estatal prevista en la ley fundamental debe ser regulada por esta fuente del derecho, sino solo aquellas que así lo requieran por su relevancia constitucional.

15. Evidentemente, la primera tesis interpretativa puede conducir al absurdo que cualquier entidad, por el solo hecho de haber sido mencionada en algún extremo de la Constitución, deba ser regulada por una ley orgánica. Sobre ello, ya este Tribunal, en la STC 00022-2004-PI, ha sostenido una serie de criterios que permiten identificar qué entidades, por su relevancia constitucional, deben ser reglamentadas por aquella fuente formal del derecho. En aquella oportunidad, se precisó que la Policía Nacional del Perú es un órgano dependiente del Ministerio del Interior, de modo que, si la estructura y funcionamiento de este último podía ser reglamentados por una ley ordinaria, no existía ningún impedimento formal para que el de aquella entidad también lo fuera [STC 00022-2004-PI, fundamento 30].

16. De este modo, se ha precisado que no existía un *deber constitucional* de reglamentar la estructura y el funcionamiento de la Policía Nacional del Perú a través de una ley orgánica. Sin embargo, resta determinar si esta regulación puede ser objeto de una delegación de facultades en los términos previstos en el artículo 104 de la Constitución. De conformidad con esta cláusula constitucional, "[e]l Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa. No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente".

17. Este Tribunal ha sostenido en su jurisprudencia que el artículo 104 ha institucionalizado la legislación ejecutiva delegada. En relación con sus límites, ha precisado que ellos comprenden "tanto los directamente establecidos por la Constitución como los previstos en la ley habilitante, que, según el antes citado artículo 104º de la Constitución, tiene competencia para establecer exigencias tanto de orden temporal como de orden material" [*cfr*. STC 00022-2011-PI].

18. Al respecto, no se adviere la existencia de algún límite de naturaleza constitucional relacionado con la posibilidad de delegar al Poder Ejecutivo la regulación del funcionamiento

y estructura de la Policía Nacional del Perú. De hecho, como se ha precisado con anterioridad, este es un órgano dependiente del Ministerio del Interior. En ese sentido, es lógico concluir que este último sector conoce, de cerca, cuáles son las materias que resultaría conveniente reformar a efectos de optimizar su funcionamiento, ya que de ello depende, en buena medida, el resguardo del orden público y de la seguridad ciudadana.

19. De similar forma, es el Poder Ejecutivo el que puede identificar qué medidas adoptar para hacer más operativo el funcionamiento de la Policía Nacional del Perú. En efecto, no es ajeno a este Tribunal el hecho que existen ciertas cuestiones técnicas que, por *expertise*, son más cercanas y conocidas por las autoridades vinculadas al Poder Ejecutivo. Por ello, no se advierte que la regulación de la estructura y funcionamiento de esta entidad estatal deba, necesariamente, encontrarse asignada a una ley orgánica.

ii) *Sobre la "extralimitación" en la que habría incurrido el Poder Ejecutivo respecto de la ley autoritativa*

20. En relación con el segundo punto, este Tribunal debe determinar si es que el Poder Ejecutivo se ha extralimitado respecto de las materias que fueron expresamente delegadas por la ley autoritativa expedida por el Congreso de la República.

21. Sobre ello, fluye de autos que, mediante la Ley 30506, el Congreso delegó al Poder Ejecutivo la potestad de legislar "por el plazo de noventa (90) días calendario, en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A., en los términos a que hace referencia el artículo 104 de la Constitución Política del Perú y el artículo 90 del Reglamento del Congreso de la República" (artículo 1).

22. Concretamente, el artículo 2.2 de la ley autorativa se encargó de precisar las materias que, en lo que respecta a la seguridad ciudadana, fueron objeto de delegación al Poder Ejecutivo. De conformidad con esta disposición, este órgano del Estado estaba habilitado para legislar sobre lo siguiente:

[…]

c) Reestructurar el Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, mejorando la articulación multisectorial e intergubernamental y la participación ciudadana, así como la cooperación entre la Policía Nacional del Perú y los gobiernos locales y regionales, sin que ello implique regular sobre materias reservadas a ley orgánica ni afectar las competencias otorgadas a los gobiernos locales y regionales en la Constitución Política del Perú.

[…]

e) Modificar la estructura organizacional y funcionamiento del Ministerio del Interior para mejorar la atención y prestación de servicios al ciudadano, así como contribuir a la erradicación de actos de corrupción dentro del sector; perfeccionar el marco normativo de la Policía Nacional del Perú, el Ministerio Público y el Poder Judicial para la lucha contra el crimen organizado y la delincuencia común, sin que

ello implique regular materias reservadas a ley orgánica ni se afecte la autonomía constitucional de las dos últimas instituciones antes mencionadas.

23. Se puede apreciar que, en el marco de delegación de facultades, el Congreso de la República autorizó al Poder Ejecutivo para legislar en cuestiones vinculadas con la "reestructuración" del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana. En el caso de la Policía Nacional del Perú, se estipuló que la habilitación se efectuaba con el propósito de que se mejoraran los canales de cooperación entre este órgano con los gobiernos locales y regionales. Del mismo modo, de conformidad con el artículo 2.e, se habilitaba al Ejecutivo de perfeccionar el marco normativo de la Policía Nacional del Perú para la lucha contra el crimen organizado y la delincuencia común.

24. Para este Tribunal, la referencia indeterminada al "perfeccionamiento" del marco normativo policial otorga al Poder Ejecutivo un importante margen de maniobra para incorporar las medidas que, dentro de sus atribuciones de conformidad con la Constitución, estime como necesarias para la optimización de los servicios que presta la Policía Nacional del Perú como entidad del Estado. Sin embargo, es también posible interpretar la voluntad del legislador a través de los documentos que se encargaron de analizar, en sede parlamentaria, la viabilidad del Decreto Legislativo 1267.

25. En efecto, el Decreto Legislativo 1267 fue analizado por parte del Congreso de la República, el cual, en ejercicio de las funciones de control que le dispensa tanto la Constitución como su Reglamento, determinó que la regulación finalmente aprobada por el Poder Ejecutivo se encontraba dentro del ámbito de las competencias que habían sido delegadas por parte de la autoridad legislativa. En efecto, en el dictamen de fecha 25 de abril de 2017, la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso concluyó que

> [e]l Decreto Legislativo estudiado **HA CUMPLIDO** con lo dispuesto por el artículo 104 de la Constitución Política del Perú y el artículo 90 del Reglamento del Congreso de la República, por cuanto no contraviene la normativa constitucional, y se enmarca dentro de las facultades delegadas por el Congreso de la República al Poder Ejecutivo mediante la Ley 30506 [Dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de fecha 25 de abril de 2017, pág. 21. Énfasis pertenece al original].

26. De ello se desprende que, para el propio Congreso de la República, las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo se encontraban en el marco de lo que había sido objeto de delegación en la ley autoritativa. De hecho, la amplitud de estas materias también se advierte en el Proyecto de Ley 228/2016-CR, el cual sugirió, precisamente, la aprobación de la ley autoritativa que daría origen al Decreto Legislativo 1267. De conformidad con esta propuesta, la delegación de facultades era indispensable a fin de

> efectuar modificaciones y ajustes en lo referente a la estructural organizacional, especialización profesional, modalides de servicio, régimen disciplinario, carrera policial y salud, con la finalidad de contar con una Policía moderna que responda a los retos que enfrenta el país […]. Asimismo, se debe incidir en una estricta administración de disciplina policial, garantizando el ejercicio irrestricto de los derechos del personal policial.

27. Se desprende de este proyecto que la autorización que se iba a brindar al Poder Ejecutivo para regular todo lo concerniente al perfeccionamiento de la normatividad relativa a la Policía Nacional del Perú era de carácter amplio. De hecho, esto también fue entendido de la misma forma por el Congreso de la República, el cual, al analizar el decreto legislativo aquí cuestionado, terminó por confirmar que no existía alguna extralimitación por parte de la autoridad ejecutiva.

28. Lo expuesto demuestra que sería inoficioso que este Tribunal considere que exista alguna clase de extralimitación en relación con una cuestión en la que los mismos órganos involucrados se encuentran de acuerdo, siempre, claro está, que esta operación se encuentre dentro del marco de lo *constitucionalmente permitido,* tal y como se ha acreditado en este caso. En ese sentido, existen razones considerables para estimar que el Poder Ejecutivo ha legislado de conformidad con las materias que fueron objeto de delegación por parte del Congreso de la República, por lo que no se advierte algún vicio de inconstitucionalidad por la forma en este extremo de la demanda.

iii) *Acerca de la falta de deliberación como sustento de una supuesta inconstitucionalidad por la forma*

29. Finalmente, este Tribunal también nota que, según el Colegio de Abogados de San Martín, se ha presentado un déficit de deliberación, ya que las reformas adoptadas por el Decreto Legislativo 1267 no fueron objeto de discusión en el órgano que, por antonomasia, refleja la deliberación pública, que es el Congreso de la República.

30. Al respecto, el Tribunal ha señalado, en constante jurisprudencia, que la deliberación es un componente fundamental de cualquier sistema democrático. En particular, se ha precisado que la democracia no puede ser concebida como un simple agregado de preferencias o intereses de quienes detentan el poder, ya que la adopción de decisiones debe fundamentarse en un constante y nutrido intercambio de posiciones y argumentos. Esto implica que todos los que intervienen en estos procesos cuenten con los datos necesarios para emitir una opinión informada [*cfr.* STC 00012-2018-PI y 00013-2018-PI (acumulados), fundamento 19].

31. Ahora bien, la jurisprudencia desarrollada por este Tribunal en cuanto a la necesidad de la deliberación se ha relacionado, básicamente, con las exoneraciones de trámites al interior del Congreso de la República, mas no en el caso de la delegación de facultades. Sobre ello, es importante anotar que, de estimarse lo señalado por la parte demandante, debería cuestionarse la constitucionalidad formal de todos los decretos legislativos, ya que esta fuente del derecho se caracteriza, precisamente, por delegar en un órgano técnico el desarrollo de ciertas materias que, por su naturaleza, no suelen ser objeto de discusión en el seno del intercambio parlamentario.

32. En ese sentido, es natural que los modernos Estados Constitucionales, en aras de favorecer un ágil desenvolvimiento de sus instituciones, habiliten herramientas como la delegación de facultades normativas a órganos que, por su experiencia y conocimientos técnicos, puedan brindar una inmediata respuesta a una situación problemática. En

el seno de estos órganos es natural que la deliberación no sea ejercida en los mismos términos que en el Congreso de la República.

33. En todo caso, esto no puede ser un motivo para identificar un posible vicio de inconstitucionalidad por la forma, ya que este órgano estatal conserva la potestad de examinar la propuesta efectuada por el Poder Ejecutivo, a fin de determinar si es que ha existido alguna posible extralimitación por parte de este último. En ese sentido, no considera este Tribunal que, en este extremo, se haya acreditado la existencia de algún vicio de inconstitucionalidad.

34. Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que el Decreto Legislativo 1267 es compatible, por la forma, con la Constitución. En consecuencia, corresponde examinar los argumentos expuestos por las partes respecto de la inconstitucionalidad, por el fondo, de las disposiciones impugnadas.

§4. INCONSTITUCIONALIDAD POR EL FONDO DE LAS DISPOSICIONES IMPUGNADAS DEL DECRETO LEGISLATIVO 1213 Y EL DECRETO LEGISLATIVO 1267

35. El Tribunal, de la revisión del escrito de demanda, advierte que los argumentos relativos a una eventual inconstitucionalidad por el fondo giran en torno a que las disposiciones impugnadas adolecen de los siguientes vicios: (i) desnaturalizan y menoscaban la función de la PNP, entendida como función pública, privatizándola y poniéndola al servicio de intereses particulares y por encima del bien común; (ii) incumplen con los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) respecto a la función policial y el uso de la fuerza en los Estados democráticos, vulnerando el bien jurídico de la seguridad ciudadana; (iii) son discriminatorias y generan indefensión en las poblaciones que habitan en las zonas de influencia de proyectos extractivos; (iv) desnaturalizan el contrato de trabajo de los efectivos policiales; y, (v) representan un ejercicio proscrito de las libertades económicas y atentan contra el principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado.

36. En ese sentido, corresponde analizar, por separado, cada uno de los puntos que han sido cuestionados por el Colegio de Abogados de San Martín.

4-1. UNA CUESTIÓN PREVIA: ACERCA DEL DECRETO LEGISLATIVO 1267 Y SU DESARROLLO A TRAVÉS DEL DECRETO SUPREMO 0003-2017-IN

37. Sin embargo, y antes de analizar los argumentos expuestos por las partes, este Tribunal nota que, en estricto, diversos reclamos presentados en la demanda de inconstitucionalidad se conectan, esencialmente, con cláusulas del Decreto Supremo 0003-2017-IN, el cual reglamenta todo lo relativo a la prestación de Servicios Policiales Extraordinarios. De hecho, la propia entidad demandante ha admitido que no cuestiona, en general, su realización, sino que su pedido se circunscribe al caso de los escenarios en los que se han presentado conflictos sociales a raíz del desarrollo de la actividad minera en diversas localidades, los cuales precisamente se encuentran regulados en docha norma infralegal.

Del mismo modo, diversos cuestionamientos planteados en el escrito de demanda (tales como la supuesta vulneración de derechos laborales) se encuentran, también, expuestos en el referido decreto y no así en el texto del decreto legislativo impugnado.

38. Siendo esto así, lo que en principio correspondería a este Tribunal sería declarar, sin más, la improcedencia de la demanda, y ello debido a que lo que se estaría impugnando sería, en buena cuenta, una norma de rango infralegal, lo que generaría que este supremo intérprete de la Constitución carezca de competencia para dilucidar el reclamo presentado en el seno de un proceso de inconstitucionalidad. Ahora bien, en este caso ocurre algo *sui generis*: la figura de los "Servicios Policiales Extraordinarios" ha sido regulada en la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1267 en términos excesivamente genéricos, brindando, de este modo, un importante margen de regulación a la propia administración pública.

39. De este modo, los escenarios en los que se prestan estos servicios se encuentran contenidos, en su totalidad, en el Decreto Supremo 0003-2017-IN. Esto supone que, en principio, nada impediría al Ministerio del Interior expedir normas que puedan ampliar o reducir los escenarios en los que ellos se realizan. Por ello, es importante que este Tribunal, en la dilucidación de la presente controversia, delimite, si es que, en primer lugar, su prestación resulta, en *general*, contraria a las funciones constitucionalmente asignadas a la Policía Nacional del Perú. Una vez precisado lo anterior, corresponderá examinar si es que existen algunos supuestos particulares en los que la realización de los "Servicios Policiales Extraordinarios" pueda comprometer derechos o bienes con cobertura constitucional, lo que generaría que la autoridad legislativa y administrativa no cuenten con competencia para regularlos.

40. Por lo expuesto, este Tribunal, más que ejercer un control de constitucionalidad del Decreto Supremo 0003-2017-IN, lo que en realidad procederá a examinar es si es que la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1267 otorga alguna clase de cheque en blanco a la administración para regular todos los escenarios en los que se pueden prestar esta clase de servicios.

4-1. LA SUPUESTA DESNATURALIZACIÓN Y MENOSCABO DE LA FUNCIÓN POLICIAL

41. El Colegio de Abogados de San Martín ha alegado que las disposiciones impugnadas desnaturalizan la función policial, ya que generan graves conflictos de intereses que se encuentran en contradicción con Ley del Código de Ética de la Función Pública. Sobre ello, indican que esta incompatibilidad surge cuando la PNP pretende garantizar, a la vez, la seguridad ciudadana y los intereses de la empresa (a la cual está vinculada por convenio), que son distintos y opuestos al interés de la comunidad y al bien común. Esto no permite, según menciona, que pueda existir una policía neutral e independiente, ya que se está tolerando la prestación de un servicio diferenciado y privilegiado en favor de particulares, beneficiarios de un convenio. Agrega, en ese sentido, que las disposiciones cuestionadas suponen un abuso del derecho y un desvío del poder.

42. Corresponde, pues, que este Tribunal examine si es que las disposiciones cuestionadas afectan el deber de neutralidad y, en ese sentido, si desnaturalizan la función policial. Ahora bien, para determinar ello, corresponde analizar, de conformidad con la Constitución y las cláusulas pertinentes del ordenamiento jurídico nacional, cuáles son las finalidades que corresponde realizar a la Policía Nacional del Perú.

43. Al respecto, la finalidad de esta institución, tal y como se precisa en el artículo 166 de la norma fundamental, es la de garantizar, mantener y restablecer el orden interno, así como prestar protección y ayuda a las personas y a la comunidad. También se le encomienda, en virtud de esta disposición constitucional, que garantice el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio tanto público como privado. De similar forma, se le encarga prevenir, investigar y combatir la delincuencia, así como vigilar y controlar las fronteras.

44. El orden interno ha sido asimilado, en nuestra jurisprudencia, a la noción 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. Con ello se preserva la armonía necesaria para alcanzar los fines que la sociedad persigue" [STC00017-2003-PI, fundamento 7].

45. Ciertamente, el artículo 166 de la Constitución señala que corresponde a la Policía Nacional del Perú el resguardo de la seguridad ciudadana y del orden público. Sin embargo, ello no puede ser asumido como el reconocimiento de una competencia de carácter excluyente. Así, el artículo 197 dispone que las municipalidades, en cooperación con la Policía Nacional, puedan también desarrollar y contribuir con esta clase de funciones. Dentro de ese marco de cooperación, existe, en la actualidad, el servicio denominado como de "Serenazgo".

46. De acuerdo al Registro Nacional de Municipalidades realizado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática, se consignó que, para el año 2016 existían, a nivel nacional, 26 690 personas que realizaban servicios de "Serenezgo". El Tribunal no solo ha reconocido la validez constitucional de esta institución, sino que además ha precisado que esta entidad "cumple el objetivo de brindar seguridad ciudadana, por lo general, mediante servicios de vigilancia pública y atención de emergencias" [STC 00041-2004-PI, fundamento 44].

47. Por otro lado, en el contexto de estados de excepción, se puede decretar, por ejemplo, que la preservación de la seguridad ciudadana y del orden interno pueda ser cumplida en colaboración con las Fuerzas Armadas. Al respecto, en nuestra jurisprudencia se ha señalado 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" [STC 0002-2008-PI, fundamento 11].

48. En todo caso, y más allá de la existencia de entidades estatales que, junto con la Policía Nacional, desarrollan esta clase de funciones, este Tribunal también advierte, en este rubro, una cada vez más notoria presencia del sector privado, ya que, inclusive, existe una considerable cantidad de empresas dedicadas a la prestación de este servicio. Esto obedece a que, particularmente en las últimas decadas, se ha vuelto más recurrente, tanto en el Perú como en el contexto internacional, la demanda de mayores niveles de seguridad, lo cual obedece a múltiples factores.

49. La masificación de las empresas de seguridad privada evidencia que, en muchas ocasiones, el resguardo policial general no es suficiente, por ejemplo, para el control de espacios que, si bien son privados, se caracterizan por su uso masivo. En este punto, el cuidado de lugares como los centros comerciales, los cines, los restaurantes, los centros financieros o los espectáculos abiertos al público han supuesto un serio reto para la Policía Nacional del Perú, la cual, como es natural, no suele darse abasto, ya que también debe encargarse de la prevención y persecución del delito, lo cual puede ocurrir en cualquier ámbito de la comunidad. No sorprende, en ese sentido, el crecimiento que, entre los años 2005-2015 se han reportado respecto de los agentes que laboran en empresas de seguridad del sector privado, lo cual puede acreditarse a través de lo señalado en el siguiente cuadro [SUCAMEC (2016). Seguridad privada en el Perú. Un estado situacional, pág. 33]:

Departamento	Vigilancia Privada	Transporte de dinero y valores	Protección personal	SISPE	Cuenta propia	SISPA	TOTAL
Lima	117 901	2 185	2 051	655	313	443	123 548
La Libertad	11 364	29	39	36	83	8	11 559
Arequipa	10 050	19	57	23	64	65	10 278
Ancash	8 179	1	14	5	-	47	8 246
Loreto	5 546	27	-	1	2	11	5 587
Cusco	5 117	41	-	2	2	17	5 179
Lambayeque	5 094	13	58	5	-	8	5 178
Junín	4 730	38	1	11	1	21	4 802
Piura	4 682	31	2	5	3	15	4 738
Ica	4 070	21	6	5	104	35	4 241
Puno	3 568	40	1	-	-	24	3 633
Cajamarca	2 652	1	1	1	-	3	2 658
Ucayali	2 040	4	3	5	-	-	2 052
Ayacucho	2 036	2	-	-	-	3	2 041
Callao	1 832	-	-	30	9	21	1 892
Pasco	1 760	-	-	1	-	1	1 762
Tacna	1 664	-	-	-	-	-	1 664
San Martín	1 540	23	-	1	-	-	1 564
Moquegua	1 205	-	-	-	-	-	1 205
Huánuco	978	10	-	3	-	-	991
Tumbes	649	-	1	1	192	3	846
Madre de Dios	416	-	-	2	-	5	423
Apurímac	389	-	-	-	11	-	397
Huancavelica	286	-	-	1	-	-	284
Amazonas	244	-	-	-	-	-	244
TOTAL	197 986	2 485	2 234	793	784	730	205 012

Tabla 2
Cantidad de carnés iniciales emitidos para agentes de seguridad privada, según modalidad y departamento

Base:
Total de carnés iniciales emitidos en todas las modalidades durante el periodo 2005 -2015 (205 012)[28]
Fuente:
SUCAMEN (GSSP - OGTIC)
Elaboración propia (SUCAMEC - GP)

50. Se aprecia, pues, que los niveles de riesgo se incrementan en la medida en que los puntos de interacción son de carácter masivo. De hecho, estos lugares también se constituyan en importantes focos de peligro para la concreción de hechos delictivos, como ha venido ocurriendo particularmente en las últimas décadas. Ahora bien, no considera este Tribunal, como parece ser la tesis de la entidad demandante, que pueda ser sencillo trazar una distinción tajante entre el ámbito de lo *público* y lo *privado* en lo que se refiere a la protección de la seguridad ciudadana y del orden interno.

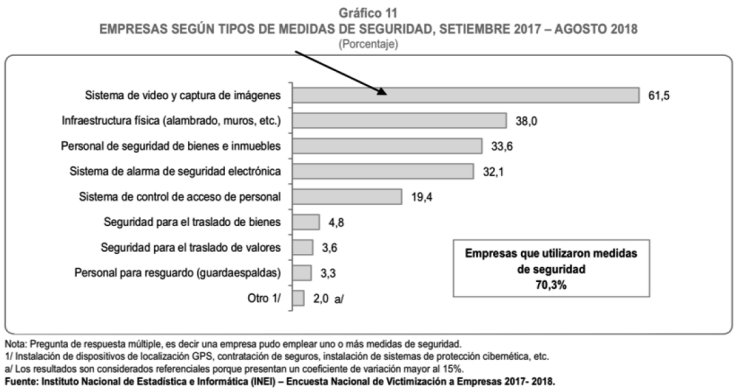
51. En efecto, la reiterada comisión de hechos delictivos en contra de empresas privadas no es una cuestión que solo repercute en las personas que laboren en este sector, las cuales, por lo general, ya se ven considerablemente expuestas al delito por las actividades comerciales o financieras que realizan. Y es que los impactos y consecuencias de la comisión reiterada de hechos delictivos en contra de empresas pueden, también, traslasdarse al ámbito público. Sobre ello, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), ha sostenido que

> los empresarios y el sector privado han modificado sus conductas debido a la violencia. Por ejemplo, en casos extremos, los empresarios, especialmente los más pequeños, pueden pasar de la formalidad a la informalidad u ocultar sus ganancias para atraer menos a los criminales. En países donde la corrupción y el crimen han penetrado en las instituciones del Estado, los empre- sarios temen que los delincuentes accedan a información confi- dencial de sus empresas para efectos de extorsión. Al esconderse en el sector informal, las empresas pueden gozar del anonima to, pues no registran su existencia o sus finanzas ante el Estado […]. Sin embargo, el aumento de la informalidad niega valiosos ingresos fiscales al Estado […], lo que debilita aún más la capacidad de sus instituciones, como la policía y el poder judicial […]; además, restringe las acciones de las empresas y, muchas veces, su crecimiento [PNUD (2013). Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014, pág. 96 y 97].

52. Por otro lado, este Tribunal no puede ser indiferente al hecho que, en los distintos escenarios en los que se realizan esta clase de servicios -incluso los que se generaron con ocasión de alguna iniciativa privada, como puede ser un centro comercial o un concierto abierto al público-, las autoridades policiales se encargan de custodiar el orden y la seguridad de las personas que se encuentran en dichos lugares, lo cual repercute, necesariamente, en el bienestar general. Esto no hace sino reflejar que no se trata de una *privatización* de la labor de la Policía Nacional del Perú.

53. De hecho, por el contexto de exposición al peligro, diversas empresas pertenecientes han adoptado distintas medidas internas para resguardar tanto a sus instalaciones como a su personal, lo cual supone, para ellas, una inversión adicional. De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística e Informática, "[e]l 70,3% de empresas implementaron medidas de seguridad para protegerse de la delincuencia; de las cuales el 61,5% de empresas utilizaron sistemas de vídeo y captura de imágenes, el 38,0% mejoraron

la infraestructura física (alambrado,muros) y el 33,6% contrataron personal de seguridad de bienes e inmuebles" [INEI (2018). Encuesta Nacional de Victimización a Empresas, pág. 16]. En concreto, las medidas que se han adoptado, conforme se puede apreciar del siguiente gráfico, son las siguientes:



Nota: Pregunta de respuesta múltiple, es decir una empresa pudo emplear uno o más medidas de seguridad.
1/ Instalación de dispositivos de localización GPS, contratación de seguros, instalación de sistemas de protección cibernética, etc.
a/ Los resultados son considerados referenciales porque presentan un coeficiente de variación mayor al 15%.
Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) – Encuesta Nacional de Victimización a Empresas 2017- 2018.

54. Del mismo modo, es importante destacar, tal y como se hará en esta sentencia, que el personal policial no se encuentra sometido a alguna clase de subordinación laboral respecto de la entidad que solicitó la prestación de los "Servicios Policiales Extraordinarios", de lo que se desprende que los efectivos policiales destacados no dejan de cumplir, en caso la situación lo amerite, las funciones que tanto la Constitución como la normatividad de la institución les asignen.

55. Se colige, de lo expuesto, que cuestiones como la preservación de la seguridad ciudadana no pueden, en principio, ser encasilladas dentro de lo público y lo privado, ya que, en las sociedades contemporáneas, se han diseñado múltiples canales de cooperación entre las entidades tanto públicas como privadas con el fin de poder optimizar la protección del orden interno y la seguridad ciudadana.

56. Precisado lo anterior, es necesario enfatizar que la habilitación que el ordenamiento nacional realiza a estas empresas para prestar servicios de seguridad no supone, como es evidente, que el Estado sea indiferente a la forma y el modo en que ellas operan. Esto no solamente porque es importante fiscalizar, por ejemplo, la plena observancia de la normativa laboral que les sea aplicable, sino también porque es deber del Estado velar porque las empresas pertenecientes a este rubro se sometan a un conjunto de directivas mínimas que permitan uniformizar su funcionamiento y velar por el cumplimiento de ciertos estándares de calidad. Lo contrario supondría dejar al libre arbitrio de la iniciativa privada el *modus operandi* para prestar y ejecutar los servicios de seguridad privada.

57. En ese sentido, el Decreto Legislativo 1127 ha creado la Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil (SUCAMEC), órgano que, de conformidad con el artículo 6.a, tiene entre sus funciones la de "[c]ontrolar, administrar, supervisar, fiscalizar, normar y sancionar las actividades en el ámbito de los servicios de seguridad privada, fabricación y comercio de armas,

municiones y conexos, explosivos y productos pirotécnicos de uso civil, de conformidad con la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales y la legislación nacional vigente. en esta materia, comprende también la facultad de autorizar su uso". Esta entidad se ha dedicado, en los últimos años, ha expedir resoluciones y directivas relativas al cumplimiento que deben observar, en lo que aquí interesa, las empresas que prestan el servicio de seguridad privada.

58. En virtud de lo expuesto, debe determinarse si es que la prestación de "Servicios Policiales Extraordinarios" desnaturaliza, como lo sostiene el Colegio de Abogados de San Martín, las funciones de la Policía Nacional del Perú al no permitírsele resguardar la seguridad ciudadana o custodiar el orden interno.

59. Sobre ello, la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1267, precisa que "[l]a Policía Nacional del Perú, a través del personal policial que se encuentre de vacaciones, permiso o franco y de manera voluntaria, podrá prestar servicios policiales extraordinarios en entidades del Sector Público y/o del Sector Privado, en situaciones que puedan comprometer y/o afectar el orden público y la seguridad ciudadana".

60. Como se puede apreciar, la disposición impugnada se refiere tanto al sector público como privado. Sin embargo, la demanda interpuesta en este proceso de inconstitucionalidad únicamente se relaciona con el sector privado, y, en particular, con las empresas extractivas. En efecto, de conformidad con el artículo 11.d del Decreto Supremo 0003-2017-IN, uno de los supuestos habilitantes para la prestación de estos servicios es para "atender la seguridad externa de instalaciones estratégicas vinculadas con la explotación o transporte de recursos naturales".

61. En consecuencia, se aprecia que los argumentos de la entidad demandante se encuentran direccionados a cuestionar lo dispuesto en el artículo 11.d del Decreto Supremo 0002-2017-IN, por lo que, en principio, correspondería declarar la improcedencia, en este punto, de la demanda.

62. Sin embargo, en el auto de 30 de abril de 2019, este Tribunal precisó que en relación con los artículos del Decreto Supremo 003-2017-IN que fueron impugnados cabía "advertir que el régimen procesal de la inconstitucionalidad de normas conexas se encuentra previsto en el artículo 78 del Código Procesal Constitucional, como una facultad propia y potestativa del Tribunal Constitucional, y que la etapa procesal para realizar dicho examen es al momento de sentenciar" [ATC 0009-2019-PI, fundamento 3]. Así, se evaluaría la posibilidad de analizar la constitucionalidad de esta norma infralegal siempre y cuando ello fuera producto de la determinación de la invalidez del Decreto Legislativo 1267.

63. De esta forma, este Tribunal se referirá, en primer lugar, a los alcances normativos del Decreto Legislativo 1267 para, posteriormente, analizar si es que es posible concluir que tanto la norma con rango de ley que regula estos servicios, así como cualquier normatividad infralegal que los regulen, se encuentran *impedidas constitucionalmente* de hacer referencia a las empresas extractivas.

64. Ahora bien, y una vez precisado lo anterior, para este supremo intérprete de la Constitución la sola referencia al sector privado -sin que esto excluya, de hecho, a entidades del Estado, las cuales también han solicitado estos servicios-, como beneficiario de la prestación de los "Servicios Policiales Extraordinarios" no supone una vulneración de la ley fundamental. Y ello no solo porque la función de la Policía Nacional del Perú de resguardar la seguridad ciudadana termina por beneficiar a la comunidad en general, sino también porque la labor de prevención del delito no puede ser encasillada como una función de repercusiones estrictamente privadas.

65. En el caso concreto del sector privado, también es posible identificar situaciones especiales de riesgo en las que se requiere que el Estado adopte una serie de medidas con la finalidad de salvaguardar derechos y/o bienes constitucionales de la sociedad. Esto ocurre, principalmente, con las empresas privadas que prestan servicios públicos, y con las empresas que, por la naturaleza de la labor que realizan, pueden constituirse en importantes focos de riesgo para la realización de actividades delictivas.

66. En lo que respecta a las empresas privadas que prestan servicios públicos, ellas son consideradas como entidades estatales de conformidad con el inciso 8) del Artículo I del Título Preliminar de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General. De acuerdo con esta misma ley, se considera como una entidad pública a todas aquellas personas jurídicas sujetas al régimen privado que gestionen servicios públicos o ejerzan funciones administrativas.

67. En estos casos se presenta un especial deber de tutela por parte de los efectivos policiales, ya que se trata de empresas que prestan un servicio que, en principio, corresponde al Estado brindar. Esto supone que, inmediatamente, se active un particular rol de fiscalización en relación con las actividades que aquellas entidades realizan. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado, en un criterio que este Tribunal comparte, que "cuando se trata de competencias esenciales relacionadas con la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público, […], sea por entidades públicas o privadas […], la responsabilidad resulta por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo" [Corte IDH. Caso Albán Cornejo vs. Ecuador. Sentencia de 22 de noviembre de 2007, párr. 119].

68. Evidentemente, el Estado, a través de entidades como el Ministerio del Interior y la Policía Nacional del Perú, tiene el deber constitucional de supervisar que el desarrollo de las funciones de las empresas privadas que prestan servicios públicos no se vea obstaculizado o perturbado por actos que comprometen la seguridad ciudadana y el orden interno. Esto obedece no solo a que se trata de servicios que el mismo Estado, en principio, estaría obligado a efectuar, sino a la concreción del deber general de la Policía Nacional, conforme al artículo 166 de la Constitución, de prevenir y combatir la delincuencia.

69. Por otro lado, este Tribunal no puede obviar que, en el caso de empresas del sector privado, existen una serie de actividades que generan un importante foco de riesgo

para la realización de hechos delictivos. Por ejemplo, en el caso del sector financiero, es notoria su pertenencia al sector privado, pero ello no impide advertir que se trata de un conglomerado de entidades que prestan servicios que suelen estar expuestos a un mayor nivel de peligrosidad, lo cual justifica la prestación de los "Servicios Policiales Extraordinarios". En ese sentido, no se advierte que la sola referencia al sector privado, como beneficiario de estos servicios, sea incompatible con la Constitución.

70. Ahora bien, la tesis de la entidad demandante es que esta disposición desnaturaliza la finalidad de la función policial, ya que la coloca al servicio de intereses privados, lo cual atenta contra el deber de neutralidad que deben observar los funcionarios y servidores públicos, y esto particularmente en el caso de empresas extractivas. Agrega, sobre ello, que la prestación de estos servicios convierte a los efectivos policiales en cuerpos de seguridad privada.

71. Este Tribunal no comparte dicha aseveración, y ello por las siguientes razones: i) los deberes de protección a cargo de la Policúa Nacional del Perú no han sido desplazados por la disposición impugnada; ii) la prestación de los "Servicios Policiales Extraordinarios" no excluye la adopción de medidas organizacionales internas que permitan evitar cualquier escenario de conflicto; y iii) no se excluye la activación de conductos de reclamo ante escenarios particulares de desvío de poder.

i) *Vigencia de los deberes de protección a cargo de las autoridades estatales*

72. La Policía Nacional del Perú, tal y como lo dispone el artículo 166 de la Constitución, es la encargada de garantizar el orden interno. Esto se traduce en el deber de prestar asistencia a la persona y a la comunidad, así como de prevenir, investigar y combatir los actos delincuenciales.

73. Esta obligación genera, respecto de la Policía Nacional del Perú, dos formas de actuación: a) una negativa, en el sentido que debe abstenerse de realizar cualquier conducta que suponga un menoscabo de los derechos reconocidos por la Constitución; y b) una positiva, en el sentido de adoptar todas las medidas que sean pertinentes para salvaguardar los derechos y/o bienes que la ley fundamental le ha encomendado. Esto último supone la activación, a favor de cualquier persona o colectivo, de una suerte de derecho de protección, el cual habrá de entenderse "como un derecho frente al Estado para que éste lo proteja de intervenciones de terceros".[Alexy, Robert (2012). Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pág. 398].

74. Los argumentos de la parte demandante se encuentran orientados, principalmente, a cuestionar que la disposición impugnada no garantiza una adecuada prestación de servicios por parte de la Policía Nacional del Perú, lo cual genera una situación de desprotección que incide en los derechos de la persona y de la sociedad.

75. El Tribunal advierte que el deber de protección, a cargo de la Policía Nacional del Perú, no se ha visto menoscabado por la adopción de la disposición impugnada. De hecho,

esta misma cláusula se encarga de precisar que la prestación de los "Servicios Policiales Extraordinarios" no será realizada por todo el personal policial, sino únicamente por aquel que se encuentre de vacaciones, permiso o franco y de manera voluntaria.

76. El que la prestación de estos servicios extraordinarios sea voluntaria obedece a múltiples factores. El más notorio se relaciona con que el efectivo policial no se encuentra obligado a ser parte de este programa, ya que también puede ejercer, por ejemplo, su derecho a gozar de sus días de vacaciones y de franco. Otro factor relevante es que, al ser una cuestión facultativa, no todo el personal policial participa de su prestación. Este hecho genera, a su vez, que al no ser una considerable cantidad de efectivos los que deseen participar, deba la institución establecer órdenes de prioridad para la asignación del resguardo respectivo.

77. De este modo, no existe una reducción del personal policial que pueda generar algún déficit de protección de los derechos y bienes constitucionales que la Constitución ha asignado a la Policía Nacional. De hecho, esta entidades no solo han celebrado convenios con entidades privadas, sino también con órganos públicos, lo que ha permitido reforzar su seguridad.

78. Ahora bien, de la revisión de la disposición impugnada, es posible apreciar que el personal policial que puede prestar los servicios extraordinarios es aquel que se encuentra en una de estas situaciones: a) vacaciones; b) permiso; y c) de franco.

79. En relación con los efectivos policiales que se encuentren de vacaciones y de franco, este Tribunal advierte que no se presenta algún potencial escenario de déficit de protección o de garantía, y ello en la medida que se trata de personal que, en principio, no se encuentra a disposición inmediata de la institución. De este modo, la realización de los "Servicios Policiales Extraordinarios" no tendría alguna repercusión negativa respecto del cumplimiento de las finalidades que la Constitución ha asignado a la Policía Nacional del Perú.

80. En el caso particular de los permisos, este Tribunal considera que el sentido interpretativo que permite evitar algún posible escenario de protección deficiente consiste en que su otorgamiento no debe ser con el exclusivo propósito de poder realizar los "Servicios Policiales Extraordinarios". Esto es, la razón del permiso brindado debe obedecer a supuestos distintos a los de la prestación de esta clase de servicios, ya que, de lo contrario, se podría trasladar a personal específicamente asignado al resguardo de una localidad o entidad determinada, lo que ocasionaría un déficit de protección al que no se orienta la disposición cuestionada.

81. Una situación de déficit de protección se presentaría si es que, por ejemplo, se destacara a personal policial que se encuentra realizando labores ordinarias a prestar los "Servicios Policiales Extraordinarios", o si se otorgaran una serie de permisos masivos con el propósito de resguardar a una entidad en concreto, desprotegiendo, así, al resto de la colectividad. Evidentemente, esta regla puede ser superada en contextos de marcada necesidad, como puede ocurrir, por ejemplo, con el desarrollo de espectáculos públicos en los que concurre una cantidad considerable de personas.

82. La cantidad de comisarías existentes a nivel nacional no hacen más que confirmar la necesidad de que, al evaluar la viabilidad de las solicitudes dirigidas a la obtención de estos servicios, el Director General de la Policía Nacional del Perú tome en consideración el número de efectivos policiales asignados a una localidad. De forma particular, y de no adaptarse las medidas pertinentes, las localidades en las que, esencialmente por su población y extensión, se encuentren asignados pocos efectivos policiales podrían verse perjudicadas por el uso reiterado de "Servicios Policiales Extraordinarios", ya que esto podría ocasionar una potencial desprotección de la circunscripción respectiva, en especial si es que ella es asignada en entidades en las que no necesariamente concurre una cantidad considerable de personas.

83. En el siguiente cuadro se puede apreciar información relevante sobre este punto, la cual ha sido recabada, en el año 2017, por parte del Instituto Nacional de Estadística e Informática:

CUADRO N° 4.6
PERÚ: COMISARÍAS BÁSICAS QUE REALIZAN PATRULLAJE A PIE, SEGÚN DEPARTAMENTO, 2017
(Absoluto y Porcentaje)

Departamento	Número de Comisarías Básicas	Comisarías básicas que realizan patrullaje a pie	
		Absoluto	%
Nacional	**1 310**	**932**	**71,1**
Amazonas	48	39	**81,3**
Áncash	71	56	**78,9**
Apurímac	48	32	**66,7**
Arequipa	103	68	**66,0**
Ayacucho	48	24	**50,0**
Cajamarca	118	85	**72,0**
Prov. Const. del Callao	20	13	**65,0**
Cusco	91	64	**70,3**
Huancavelica	38	37	**97,4**
Huánuco	37	22	**59,5**
Ica	34	19	**55,9**
Junín	36	33	**91,7**
La Libertad	79	59	**74,7**
Lambayeque	47	28	**59,6**
Provincia de Lima[1/]	113	94	**83,2**
Región Lima 2/	48	17	**35,4**
Loreto	41	28	**68,3**
Madre de Dios	9	4	**44,4**
Moquegua	19	9	**47,4**
Pasco	25	25	**100,0**
Piura	81	67	**82,7**
Puno	60	54	**90,0**
San Martín	43	26	**60,5**
Tacna	25	10	**40,0**
Tumbes	16	9	**56,3**
Ucayali	12	10	**83,3**

1/ Incluye los 43 distritos de la provincia de Lima.
2/ Se refiere a la región Lima que comprende las provincias de Barranca, Cajatambo, Canta, Cañete, Huaral, Huarochirí, Huaura, Oyón y Yauyos.
Fuente : Instituto Nacional de Estadística e Informática - VI Censo Nacional de Comisarías 2017.

84. Así, se puede apreciar que, a nivel nacional, no existe una cantidad considerable de comisarías que realicen los servicios de patrullaje a pie. Esto es especialmente relevante ya que, por lo general, son los efectivos policiales vinculados a ellas los que realizan labores más cercanas a la prevención y combate de delincuencia respecto de la comunidad. Estos suelen ser agentes asignados a localidades que, por su poca extensión, no requieren realizar un patrullaje motorizado. Ahora bien, la situación respecto de las comisaría que realizan esta clase de servicios también fue recopilada en el Censo Nacional de Comisarías del año 2017, realizado por el INEI, el cual brindó los siguientes datos:

CUADRO N° 4.5
PERÚ: COMISARÍAS BÁSICAS QUE CUENTAN CON VEHÍCULOS MOTORIZADOS Y REALIZAN PATRULLAJE MOTORIZADO, SEGÚN DEPARTAMENTO, 2017
(Absoluto y Porcentaje)

Departamento	Número de Comisarías básicas	Comisarías básicas que cuentan con vehículos motorizados y realizan patrullaje motorizado	
		Absoluto	%
Nacional	**1 310**	**1 173**	**89,5**
Amazonas	48	28	58,3
Áncash	71	63	88,7
Apurímac	48	40	83,3
Arequipa	103	96	93,2
Ayacucho	48	38	79,2
Cajamarca	118	76	64,4
Prov. Const. del Callao	20	20	100,0
Cusco	91	88	96,7
Huancavelica	38	33	86,8
Huánuco	37	37	100,0
Ica	34	32	94,1
Junín	36	34	94,4
La Libertad	79	71	89,9
Lambayeque	47	45	95,7
Provincia de Lima[1/]	113	113	100,0
Región Lima 2/	48	46	95,8
Loreto	41	35	85,4
Madre de Dios	9	9	100,0
Moquegua	19	19	100,0
Pasco	25	22	88,0
Piura	81	78	96,3
Puno	60	58	96,7
San Martín	43	43	100,0
Tacna	25	23	92,0
Tumbes	16	16	100,0
Ucayali	12	10	83,3

1/ Incluye los 43 distritos de la provincia de Lima.
2/ Se refiere a la región Lima que comprende las provincias de Barranca, Cajatambo, Canta, Cañete, Huaral, Huarochirí, Huaura Oyón y Yauyos.
Fuente : Instituto Nacional de Estadística e Informática - VI Censo Nacional de Comisarías 2017.

85. La información otorgada por el INEI permite apreciar a este Tribunal que, ciertamente, existen muchos retos pendientes en lo que se refiere a las labores de seguridad ciudadana y de prevención del delito que realiza la Policía Nacional del Perú, lo cual obedece, por lo general, a inconvenientes de índole presupuestario. De este modo, no

sorprende que la seguridad privada, como se indicó *supra*, haya empezado a ser un servicio atractivo de contratar para el sector privado. Es así que, al no contar con ingentes cantidades de recursos, la prestación de los "Servicios Policiales Extraordinarios" tiene que ser a entidades que sean, según la apreciación de la entidad policial, importantes focos de riesgo para la realización del delito o la puesta en peligro de bienes jurídicos de la persona o la sociedad.

86. De este modo, ciertamente la Policía Nacional del Perú, a través de su Director General, cuenta con un especial margen de discrecionalidad al evaluar la pertinencia del otorgamiento de la prestación de los "Servicios Policiales Extraordinarios" en función de la existencia de importantes niveles de riesgo; sin embargo, ello no puede conducir a la privación o restricción severa de efectivos asignados a realizar patrullaje común, sea a pie o motorizado, ya que, en ese escenario, sí se configuraría un déficit de protección, el cual se fundamentaría al brindar mayores niveles de seguridad a las entidades que sí puedan solventar los gastos respectivos de esta clase de servicios, y ello particularmente en localidades o circunscripciones que se caractericen por su corta extensión territorial o reducida población.

87. En ese sentido, la interpretación constitucional de la frase "[l]a celebración y cumplimiento de dichos convenios no deberá afectar la continuidad de la función policial durante las veinticuatro horas del días, todos los días del año así como el cumplimiento cabal de su finalidad" consiste en asumir que solamente se va a encomendar al personal que se encuentra en los supuestos contenidos en la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1267 la realización de los "Servicios Policiales Extraordinarios" si es que ello no supone una considerable reducción de la cantidad de efectivos asignados para labores de patrullaje o que se encarguen de velar por la prevención y combate de la delincuencia en general. Evidentemente, todo efectivo policial que preste estos servicios deberá hacerlo de forma voluntaria.

ii) *La prestación de los "Servicios Policiales Extraordinarios" no exluye la adopción de medidas organizacionales internas*

88. Este Tribunal también nota que las disposiciones impugnadas permiten la adopción de medidas de organización interna que eviten el surgimiento de eventuales conflictos de intereses.

89. En primer lugar, no comparte este Tribunal la afirmación de la parte demandante en el sentido que los efectivos policiales que prestan "Servicios Policiales Extraordinarios" se constituyen en cuerpos de seguridad privada, ya que, de la revisión de la normatividad pertinente, es posible colegir que la relación de depedencia del efectivo destacado es con la Policía Nacional del Perú. Esta afirmación será precisada cuando se analice el sentido interpretativo del artículo 2 del Decreto Legislativo 1213.

90. Del mismo modo, el Decreto Supremo 0003-2017-IN, que reglamenta el Decreto Legislativo 1267, precisa que "[l]os accidentes que ocasionen lesiones leves o graves, incapacidad física o fallecimiento del personal policial, acaecidos por la prestación de

los servicios policiales extraordinarios, serán considerados como ocurridos en acto de servicio" (artículo 9). De esta cláusula es posible extraer que el personal policial, al prestar los "Servicios Policiales Extraordinarios", contiúa ejerciendo funciones en representación de la Policía Nacional del Perú y, en consecuencia, se sigue sometiendo a la normatividad que rige esta institución.

91. De similar forma, de conformidad con el artículo 13 del referido decreto, un requisito para acceder a la prestación de los "Servicios Policiales Extraordinarios" consiste en suscribir un documento en el que la entidad solicitante reconoce "que no tiene poder de dirección alguno sobre el personal de la Policía Nacional del Perú que brinda el servicio policial extraordinario y el compromiso de no interferir en las operaciones policiales que se realicen, bajo ninguna circunstancia". Esto supone que la entidad solicitante no goza de ningún poder de dirección o de mando respecto de los efectivos que han sido destacados, reafirmando, así, la autoridad y la autonomía de la institución policial.

92. Ahora bien, e independientemente de las disposiciones citadas, la interpretación que este Tribunal realice en torno a lo que es objeto de la presente demanda de inconstitucional no puede remitirse a normas de rango infralegal. Si ello fuera así, la protección de los derechos y/o bienes constitucionales relacionados con la preservación de la seguridad ciudadana y del orden público se encontrarían a merced de la autoridad administrativa de turno, con todos los perjuicios que ello generaría.

93. De este modo, este Tribunal considera que la constitucionalidad de los "Servicios Policiales Extraordinarios" depende de la falta de subordinación de los efectivos policiales destacados respecto de las entidades en las que efectúan los servicios. En efecto, lo contrario supondría parcializar la labor del resguardo del orden público y de la seguridad ciudadana. Se desprende entonces, que la normatividad que reglamente esta clase de servicios no puede otorgar a las entidades solicitantes alguna potestad de mando sobre los efectivos asignados.

94. Así las cosas, entiende este Tribunal que la celebración de convenios interinstitucionales entre la Policía Nacional del Perú y otras entidades públicas o privadas obedece a la optimización de la seguridad ciudadana y del orden público, y ello en la medida en que la prestación de estos servicios debe encontrarse orientada hacia lugares que constituyen focos de riesgo para la realización de actividades delictivas.

95. No se advierte, en ese sentido, la existencia de algún déficit de protección, ya que los "Servicios Policiales Extraordinarios" se efectúan con el propósito, precisamente, de resguardar los derechos y/o bienes que la Constitución asigna a dicha entidad del Estado.

iii) *La disposición impugnada no excluye la existencia de conductos de reclamo ante escenarios particulares de reclamo de desvío de poder*

96. Para este Tribunal es evidente que no debe excluirse la posibilidad que, en algún escenario concreto, exista alguna posible desviación del poder. Sin embargo, la normatividad

vigente permite, en el escenario que ello ocurra, que se inicien las acciones respectivas. Ninguno de estos conductos se ve bloqueado o restringido por la implementación de los "Servicios Policiales Extraordinarios", ya que, como se explicó *supra*, se tratan de actos de función, por lo que se siguen considerando como actos del poder público, sujetos a los estándares vigentes sobre la materia.

97. En efecto, todo lo hasta aquí expuesto no impide que las personas o entidades involucradas puedan iniciar, si así lo estimaran, los reclamos respectivos, sea en la jurisdicción ordinaria o la constitucional. En efecto, el hecho que se confirme, en este extremo, la constitucionalidad de la disposición impugnada en el presente proceso de inconstitucionalidad no impide la activación, ante escenarios concretos de amenaza o vulneración de los derechos fundamentales, de los canales pertinentes. Y esto puede ocurrir en escenarios abstractos (por ejemplo, cuestionar a través del proceso de acción popular ciertas normas de rango infralegal) como en casos concretos (como puede ocurrir por la existencia de una amenaza de lesión de un bien jurídico o derecho fundamental al no observarse, en un caso particular, lo dispuesto en esta sentencia).

98. Ahora bien, es probable, como lo indica el Colegio de Abogados de San Martín, que se presenten posibles escenarios latentes de conflictos sociales, en los que, entre otras cosas, se cuestione que el personal encargado de hacer cumplir la ley se encuentre, de alguna forma, vinculado con alguna empresa o entidad, particularmente del sector privado. Sin embargo, a través del proceso de inconstitucionalidad a este Tribunal compete evaluar, en abstracto, la compatibilidad tanto formal como material de una norma con rango de ley con la Constitución.

99. Esto implica que en esta clase de procesos no se ventilan hipotéticos escenarios en los que la disposición pueda ser aplicable, sino únicamente es objeto de análisis su coherencia, más allá de un caso particular, con la ley fundamental. En ese sentido, se ha precisado en nuestra jurisprudencia que en el proceso de inconstitucionalidad "no se evalúa la constitucionalidad de las leyes a la luz de un caso concreto en el que estas hayan tenido o tengan oportunidad de aplicarse, sino en atención a la compatibilidad o incompatibilidad que, en abstracto, exista entre dos fuentes formales del derecho, a saber, las leyes o normas con rango de ley y la Constitución" [STC 0005-2004-AI, fundamento 2].

100. Los criterios expuestos en la jurisprudencia del Tribunal permiten concluir que no es posible justificar la expulsión de una disposición con rango legal del ordenamiento jurídico porque existan, potencialmente, determinados escenarios concretos en los que, en virtud de alguna disposición impugnada, se puedan presentar situaciones que comprometan derechos o bienes reconocidos en la Constitución. Sin embargo, esto no excluye que, a través de una sentencia interpretativa, se puedan realizar algunas precisiones que evitarían que la prestación de los "Servicios Policiales Extraordinarios" pueda desnaturalizarse, y devenir, por ello, en inconstitucional. Uno de los escenarios más complejos en los que se ha reconocido la posibilidad de su realización

es en el caso de las empresas que se encuentren, o puedan encontrarse, inmersas en conflictos sociales.

iv) *El particular escenario de los conflictos sociales*

101. Se ha determinado, en esta sentencia, que la realización de "Servicios Policiales Extraordinarios" es, en general, compatible con la Constitución. Sin embargo, y como se ha precisado *supra*, ello no puede suponer, necesariamente, que la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1267 brinde un cheque en blanco a favor de la administración, y le permita disponer que ellos puedan ser brindados en cualquier escenario.

102. Ciertamente, y tal y como se indicó en el apartado anterior, en los procesos de inconstitucionalidad este Tribunal no está habilitado para examinar potenciales o concretos escenarios de vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo, ello no impide que, con el propósito de precisar los alcances de una ley, se puedan expedir sentencias interpretativas si es que se advierte la posibilidad que la disposición impugnada pueda albergar alguna interpretación o aplicación sobreviniente que sea contraria a la Constitución.

103. La competencia del Tribunal también se legitima, en este caso, por el hecho que la figura de los "Servicios Policiales Extraordinarios" se encuentra regulada, prácticamente en su totalidad, en una norma infralegal, lo cual no hace sino demostrar los amplios alcances que habilita el Decreto Legislativo 1267 a la administración, y que generan la necesidad de emitir un pronunciamiento que permita delimitar su contenido para evitar posibles escenarios de uso arbitrario del poder.

104. La entidad demandante ha planteado el escenario concreto de lo que ocurre con las empresas mineras. De hecho, ha solicitado a este Tribunal que indique que la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1267 no debe amparar la posibilidad que los "Servicios Policiales Extraordinarios" sean prestados a favor de ellas, ya que, por lo general, estas se encuentran involucradas en conflictos sociales, por lo que colocaría en una comprometida posición a la Policía Nacional del Perú.

105. Al respecto, tal y como lo expone la parte demandante, es de conocimiento público que existen numerosos conflictos sociales a lo largo del territorio peruano en los que se encuentran comprometidas las empresas mineras y los integrantes de las comunidades aledañas. Estos casos suelen estar relacionados, por lo general, a cuestiones medio-ambientales, ya que, según se alega, estas entidades, al no cumplir con los estándares vigentes en la materia, estarían afectando el entorno en el que las comunidades se desenvuelven. Sobre este punto, la Defensoría del Pueblo, en un informe de enero de 2020, ha reportado distintos casos de latentes conflictos sociales en los que se ha involucrado a empresas mineras [Ver: Defensoría del Pueblo. Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad. Reporte de Conflictos Sociales Nº 191. Enero de 2020].

106. Los reclamos que suelen presentarse a propósito de la actividad minera no son de sencilla resolución. De hecho, las "lógicas de estos conflictos son muy difíciles de descifrar, y sus dinámicas, poco predecibles. Esta situación es un reto para todos los actores involucrados: representantes del Estado, de la sociedad civil, del empresariado y de la población en general" [De Echave, José y otros (2009). Minería y Conflicto Social. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, pág. 10]. Ahora bien, corresponde particularmente al Estado peruano no solo adoptar las medidas pertinentes para generar espacios de diàlogo y de consenso entre las partes, sino, además, implementar todas aquellas que sean conducentes para evitar que estos escenarios de tensión puedan generar pérdidas irreparables, sea en relación con los pobladores o ya sea respecto de la comunidad empresarial.

107. El Tribunal también debe destacar que los conflictos sociales no se reducen únicamente a las tensiones entre pobladores y empresas mineras, por lo que su pronunciamiento no se puede ceñir a este escenario particular expuesto por la parte demandante.

108. En este contexto, es usual que el Estado peruano suela intervenir, en situaciones en los que los conflictos han alcanzado su punto más álgido, con el propósito de evitar posibles alteraciones severas del orden público. Y, en esta función, es evidente que la Policía Nacional del Perú ostenta un rol gravitante. Su participación siempre se encuentra orientada a prevenir la consumación de lesiones de derechos constitucionales, sin tomar partido respecto de alguna de las partes que suelen estar involucradas en el conflicto. Sin embargo, si es que, por ejemplo, esta institución (a través de algunos de sus efectivos) prestara servicios para custodiar las instalaciones de las empresas relacionadas con conflictos sociales, ello podría comprometer este halo de objetividad con el que suelen desempeñar sus funciones.

109. Para este supremo intérprete de la Constitución no es indiferente el hecho que, en muchas oportunidades, se han desencadenado diversos escenarios de tensión entre los integrantes de una comunidad con la Policía Nacional del Perú. Precisamente, uno de los factores que puede azuzar un conflicto radica en la percepción que los pobladores puedan tener respecto de los efectivos policiales que prestan "Servicios Policiales Extraordinarios" en entidades privadas. Y es que, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con los servicios que brinda la institución policial en eventos públicos (en los que existe consenso respecto de la necesidad de su intervención para proteger a la comunidad *en general*), o cuando otorga seguridad a distintas entidades del sector financiero (en las que, en esencia, busca prevenir la comisión de delitos contra el patrimonio, sea en contra de la entidad o en contra del consumidor que se encuentre en una zona cercana a aquella), en esta clase de casos suelen existir partes que, legítimamente, esbozan argumentos y pretensiones a su favor, por lo que la intervención policial a favor de una de ellas puede generar la sensación de una pérdida de objetividad, más allá que, en los hechos, ello pueda que no sea de esta manera.

110. En todo caso, también advierte este Tribunal que la protección que se dispense a una empresa puede vincularse con la necesidad de evitar presuntos actos delincuenciales,

sea en contra de la institución misma o de las personas que la integran. Sin embargo, también debe enfatizarse que, tal y como lo habilita la normatividad peruana, también existe la posibilidad para estas entidades de acudir a los servicios de seguridad privada. Esta medida evitaría comprometer a los efectivos policiales con alguna de las partes que se encuentren insertas en el conflicto social.

111. Ahora bien, también puede existir la posibilidad que, sea por la lejanía o porque no exista alguna empresa que desee prestar el sevicio de seguridad privada, sea imposible que las entidades involucradas con recursos naturales puedan obtener esta clase de resguardo. Esto podría generar una situación de desprotección en contra de aquellas empresas, las cuales, también, se pueden encontrar expuestas a hechos delictivos que afecten, por ejemplo, su patrimonio. De esta manera, solo cuando, de manera evidente, se acredite que no sea posible obtener servicios de resguardo por parte del sector privado, se encontrará facultada la Policía Nacional del Perú de poder brindar, de manera excepcional, los "Servicios Policiales Extraordinarios", y ello con la exclusiva finalidad de no generar una situación de desamparo. Es por ello que las autoridades de la Policía Nacional del Perú, al examinar solicitudes de esta clase de entidades, deben examinar si es que previamente ellas efectuaron todas las diligencias posibles para obtener servicios de protección y resguardo por parte del sector privado. Esto deberá ser acreditado por la entidad que requiere los servicios, las cuales también deberán exponer sobre la existencia de una situación de riesgo concreto.

112. En todo caso, si se llegara a presentar un escenario que faculte la prestación de los "Servicios Policiales Extraordinadios", la institución debe velar por cumplir los elementos que se han expuesto *supra*, y que tienen que ver con el hecho que su realización no suponga una severa restricción de los servicios de patrullaje ordinario que se brindan a la comunidad, que no exista alguna subordinación respecto de la empresa a la que se brinda el servicio, y que se observen los parámetros de derechos humanos que emanan de la ley, de la Constitución, y de los tratados suscritos por el Estado peruano, tal y como se advertirá en el siguiente apartado. El uso de esta figura en estos casos deviene, pues, en excepcional.

113. Evidentemente, inobservar elementos como los expuestos en esta sentencia facultará a las personas interesadas de accionar ante las autoridades administrativas y/o judiciales para reclamar por el uso indebido de los "Servicios Policiales Extraordinarios".

114. Finalmente, este Tribunal advierte que, en caso exista alguna clase de inconducta por parte de los funcionarios y/o servidores encargados de aplicar la ley, este pronunciamiento, desde ningún punto de vista, puede impedir que se apliquen las sanciones correspondientes a las personas que resultaran responsables. Al tratarse la prestación de los "Servicios Policiales Extraordinarios" de actos de servicio, se entiende que esta competencia le corresponde a la misma entidad policial, de acuerdo con los parámetros y y normativa relativa al uso de la fuerza por parte de los efectivos policiales, así como, de ser el caso, al fuero penal ordinario.

115. Por lo expuesto, y siempre que se observen los parámetros expuestos en esta sentencia, no considera este Tribunal que, en relación con este extremo de la demanda, se presente un vicio de inconstitucionalidad.

4-2. EL SUPUESTO INCUMPLIMIENTO DE ESTÁNDARES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

116. El Colegio de Abogados de San Martín ha señalado, en su escrito de demanda, que las disposiciones impugnadas incumplen estándares propios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos relativos al uso de la fuerza. Añaden, sobre ello, que se incumplen preceptos del Decreto Legislativo 1186, que regula el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional del Perú, así como los "Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por funcionarios y encargados de hacer cumplir la ley", adoptados por las Naciones Unidas.

117. Al respecto, es importante precisar que las trascendentales finalidades que la normatividad nacional encarga a la Policía Nacional del Perú deben ser realizadas en observancia de otros derechos, principios o bienes reconocidos, también, en la Constitución. En ese sentido, hemos recordado en nuestra jurisprudencia que "[e]l cumplimiento de las finalidades descritas en el artículo 166.° de la Constitución debe efectuarse con estricta sujeción, garantía y respeto a los derechos humanos, obligación que se deriva del artículo 44.° de la Constitución, toda vez que la Policía Nacional, como entidad del Estado, también debe garantizar la plena vigencia de los derechos humanos" [STC 00022-2004-PI, fundamento 45].

118. Evidentemente, en el establecimiento del marco normativo nacional diseñado para el uso de la fuerza por parte de los efectivos policiales tienen una importante repercusión los estándares desarrollados por los tratados y organismos internacionales de protección de derechos humanos. Esta influencia se fundamenta no solo en lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, sino también en virtud de lo dispuesto en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, disposición que establece que también forma parte del parámetro normativo para la interpretación de los derechos lo dispuesto por tribunales internacionales cuya competencia haya sido reconocida por el Estado peruano.

119. En el presente caso, se han realizado referencias genéricas a un presunto incumplimiento de ciertos principios esbozados por la Organización de las Naciones Unidas, tales como la interdicción de la arbitrariedad, la razonabilidad ética, la desobediencia constitucional necesaria, y la capacitación y asesoramiento de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

120. Sin embargo, no se ha precisado, en qué medida, las disposiciones impugnadas en el presente proceso de inconstitucionalidad suponen un apartamiento manifiesto de la vigencia de dichos principios, los cuales, evidentemente, despliegan plenos efectos jurídicos en nuestro ordenamiento. De hecho, este Tribunal advierte que, en la actualidad, el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional del Perú se rige bajo

lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1186, el cual debe ser armonizado con los estándares internacionales fijado por los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano, de conformidad con lo previsto en el artículo 55 de la Constitución.

121. Ahora bien, ya se ha advertido en esta sentencia que la prestación de los "Servicios Policiales Extraordinarios" no supone una autorización para que los funcionarios o servidores encargados de plasmarla puedan desviarse de los principios relacionados con el uso de la fuerza por parte de Policía Nacional del Perú. En efecto, es evidente, para este Tribunal, que la validez constitucional de la realización de estos servicios dependerá de la irrestricta observancia de los estándares desarrollados tanto a nivel nacional como internacional, y su incumplimiento deberá ameritar la imposición de las sanciones que correspondan tanto en el fuero ordinario como en el policial.

122. Como ya se ha indicado *supra*, el hecho que sea la Policía Nacional del Perú la que realice un convenio con alguna entidad -sea pública o privada- para la prestación de los "Servicios Policiales Extraordinarios" ya genera como consecuencia que cualquier accionar de los efectivos destacados sea, también, responsabilidad de dicha institución. En efecto, al haber operado, de manera expresa, una delegación de poder público por parte de la Policía Nacional del Perú, es evidente que esta institución tiene que efectuar un rol particular de garante, y ello en aras de evitar que los efectivos que hubieran sido designados quebranten la ley.

123. De esta forma, aunque el efectivo policial destacado se encuentre de vacaciones, con permiso o de franco, es evidente que aun despliega actos que comprometen la responsabilidad institucional de la Policía Nacional, y ello en la medida en que se trata de un funcionario o servidor que actúa facultado por el derecho nacional para ejercer atribuciones de poder público.

124. Esta suerte de condición de garante de la institución policial también implica, como se ha señalado *supra*, que existe un deber de organización interna que pueda evitar el surgimiento de latentes escenarios de conflicto social. De esta forma, en el diseño de los lineamientos referidos a la prestación de los "Servicios Policiales Extraordinarios", la Policía Nacional del Perú debe adoptar todas las medidas pertinentes no solo para evitar posibles supuestos de protección deficiente, sino también para evitar comprometer alguna eventual parcialización de la institución con la entidad solicitante del servicio.

125. En ese sentido, además de velar porque no exista una disminución de la labor policial brindada a la comunidad por la prestación de los "Servicios Policiales Extraordinarios", las distintas entidades deben procurar que el personal asignado a resguardar el orden en un caso de conflicto social (derivado, por ejemplo, del empleo del derecho a la protesta) no sea, en lo posible, el que, previamente, ha efectuado los servicios a los que se refiere la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1267.

126. Finalmente, es importante precisar que diversos argumentos de la parte demandante, en lo que concerniente a este punto, han sido ya analizados al descartar alguna posible desnaturalización de la función policial con ocasión de la expedición de las

disposiciones impugnadas, por lo que corresponde remitirse a las consideraciones que, sobre esto, ya efectuado este Tribunal.

127. Por lo expuesto, no se advierte, en este extremo, algún posible vicio de inconstitucionalidad.

4-3. LA SUPUESTA DISCRIMINACIÓN, POR RAZONES ECONÓMICAS, HABILITADA POR LAS DISPOSICIONES IMPUGNADAS

128. La parte demandante ha alegado que la prestación de los "Servicios Policiales Extraordinarios" supone una discriminación por razones económicas, y ello en la medida en que la Policía Nacional del Perú preferiría proteger los intereses de las empresas extractivas en detrimento de los intereses generales de la comunidad. El fundamento de la distinción económica radicaría en que las primeras contarían con los recursos suficientes para dotarse de seguridad, pese a que ambos tendrían, según sostiene, la misma necesidad.

129. El artículo 2.2 de la Constitución prescribe 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". Ahora bien, es evidente que las categorías a las que se refiere esta disposición constitucional se relacionan con grupos y colectivos que, históricamente, se han encontrado en una situación desventajosa en relación con el resto de la sociedad. De ahí que el constituyente haya pretendido dotarles de una protección reforzada respecto de la posibilidad de la introducción de alguna medida que termine por generarles un posible perjuicio.

130. Uno de los motivos a los que la ley fundamental otorga una especial cobertura es la discriminación por razones económicas. La inserción de esta categoría obedece, indudablemente, a las constantes restricciones que, a lo largo de la historia, se han impuesto a las personas que no cuentan con los recursos suficientes para competir, en igualdad de oportunidades, respecto de los demás integrantes de la sociedad.

131. De este modo, esta clase de discriminación puede ser definida como toda exclusión, restricción o preferencia que, basada en motivos económicos, tenga por objeto o por resultado la anulación o el menoscado del reconocimiento de algún beneficio o derecho. También es pertinente recordar que esta especial protección se traduce en la adopción de niveles de escrutinio estrictos respecto de todos los actos que supongan una diferenciación y que se basen en este motivo. Evidentemente, no se someten a ese nivel de análisis las medidas que el Estado adopte con el propósito de intentar nivelar las disparidades históricas que este grupo ha afrontado en relación con el resto de la sociedad.

132. Ahora bien, cualquier invocación a una presunta vulneración del artículo 2.2 de la Constitución demanda de la existencia de un término de comparación válido. Sobre ello, hemos indicado, en constante jurisprudencia, que esto supone que la situación jurídica que se propone no pueda ser cualquiera, ya que tiene que ostentar determinadas características, las cuales son:

a) Debe tratarse de un supuesto de hecho lícito. El fundamento de esta exigencia, desde luego, consiste en que de aceptarse un término de comparación ilícito para reputar un tratamiento como discriminatorio, la declaración de nulidad de éste, por derivación, ampliaría el espectro de la ilicitud, siendo evidente que el deber de todo operador jurídico es exactamente el contrario.

b) La situación jurídica propuesta como término de comparación debe ostentar propiedades que, desde un punto de vista fáctico y jurídico, resulten sustancialmente análogas a las que ostenta la situación jurídica que se reputa discriminatoria. […] *Contrario sensu*, no resultará válido el término de comparación en el que *ab initio* pueda apreciarse con claridad la ausencia (o presencia) de una propiedad jurídica de singular relevancia que posee (o no posee) la situación jurídica cuestionada [STC 00015-2010-PI, fundamento 9].

133. Al respecto, este Tribunal nota que el núcleo del argumento desarrollado en el escrito de demanda respecto de la discriminación por razones económicas gira en torno a una supuesta preferencia a favor de la empresa extractiva, y esto en detrimento del interés de la comunidad. Asimismo, se añade que este privilegio se estaría brindando en relación con los recursos que puede costear una entidad privada, a diferencia de lo que ocurre con la otros sectores de la población, los cuales no cuentan con esas posibilidades.

134. En este caso, es posible advertir que no existe una intervención del principio de igualdad, y esto se fundamenta en dos motivos: i) la introducción de las disposiciones impugnadas no ha supuesto alguna exclusión o desprotección de derechos; y porque ii) es coherente que, en aras de garantizar la seguridad ciudadana, se implementen medidas tendientes a otorgar mayores niveles de vigilancia en lugares que constituyen focos de riesgo de actividades delictivas.

i) *La introducción de las disposiciones impugnadas no ha supuesto algún déficit de protección de los derechos de la comunidad*

135. En esta sentencia se ha considerado que la prestación de los "Servicios Policiales Extraordinarios" es compatible con la Constitución solo si no genera situaciones de desprotección respecto de los derechos o bienes que titularizan tanto la persona como la comunidad y que tienen que ver con la seguridad ciudadana y el orden interno.

136. Ahora bien, en virtud del concepto de discriminación económica que se ha desarrollado en esta sentencia, este Tribunal tiene que advertir si es que ha existido alguna diferenciación arbitraria que ha generado, sea por objeto o por resultado, el impedimento de gozar o de ejercer algún derecho que podría titularizar la persona afectada. En este caso particular, debe acreditarse si es que la prestación de los servicios extraordinarios ha ocasionado alguna reducción o desprotección del derecho de los integrantes de la comunidad a que el Estado adopte las medidas pertinentes para combatir la delincuencia y las perturbaciones del orden interno.

137. Al respecto, el Tribunal advierte que la Disposición Complementaria Final Sexta del Decreto Legislativo 1267 prevé, en lo pertinente, que los servicios solo se prestarán

por el personal que se encuentre de vacaciones, permiso o de franco, y siempre en situaciones que puedan comprometer y/o afectar el orden público y la seguridad ciudadana. Del mismo modo, se precisa que "[l]a celebración y cumplimiento de dichos convenios no deberá afectar la continuidad de la función policial durante las veinticuatro horas del día, todos los días del año así como el cumplimiento cabal de su finalidad. En ningún caso se podrá contratar en forma directa al personal policial de la Policía Nacional del Perú".

138. De esta disposición se desprende que la prestación de los "Servicios Policiales Extraordinarios" solo se presta por parte de personal que, al momento de la asignación, no se encuentra asignado a alguna labor específica. La finalidad de esta cláusula radica en evitar generar situaciones de desprotección al asignar funcionarios y/o servidores que realicen labores de preservación de la seguridad ciudadana y el orden público en otros lugares. Del mismo modo, al precisarse que esto no impide la continuidad de la función policial durante las veinticuatro horas del día, se garantiza la prestación de este servicio a favor de toda la colectividad.

139. Evidentemente, sí existiría un déficit de protección en el escenario que, con el propósito de brindar mayores niveles de protección a entidades privadas, se destacaran a efectivos policiales que realizan servicios comunes para que contribuyan con lo dispuesto en la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1267, pues ello supondría privar a la colectividad del resguardo que la institución policial brinda. En todo caso, se podrá exceptuar este criterio cuando se puedan comprometer derechos de un número considerable de personas, cuestión que tendrá que ser evaluada por la autoridad administrativa competente.

ii) *No vulnera el principio de igualdad la asignación de mayores efectivos policiales en zonas de alto riesgo*

140. Ahora bien, no estima este Tribunal que la asignación de personal a focos de mayor riesgo suponga el otorgamiento de una protección privilegiada que suponga una discriminación por razones económicas.

141. Al respecto, es natural que, en la implementación de políticas de seguridad, órganos como el Ministerio del Interior o la Policía Nacional del Perú asignen una mayor cantidad de presupuesto y recursos humanos a los lugares en los que existe una probabilidad más elevada de la realización de un hecho delictivo. Ya se ha indicado *supra* que existen una serie de actividades e instituciones que se ven más expuestos a la comisión de delitos, generando, así, importantes índices de criminalidad.

142. En efecto, cuando la Policía Nacional del Perú, en el marco de estos servicios, se encarga de prevenir los delitos que puedan realizarse en las entidades, no hace más que cumplir con lo dispuesto en el artículo 166 de la Constitución. De este modo, su realización no obedece, como lo sostiene la entidad demandante, al poder adquisito de las instituciones solicitantes, sino que, antes bien, se orienta a prevenir y adoptar medidas frente a la potencial comisión de hechos delictivos.

143. De hecho, la normatividad vigente exige, para evaluar la prestación de los "Servicios Policiales Extraordinarios", la previa identificación de una situación de riesgo por parte de la Dirección General de la Policía del Perú. Esto, a su vez, se condice con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto Supremo 0003-2017-IN, el cual se encarga de precisar en qué supuestos se justifica, en calidad de *numerus clausus*, la prestación de esta clase de servicios. Se menciona, por ejemplo, el contexto de eventos públicos con una considerable cantidad de asistentes, la seguridad externa de instituciones educativas, protección de instituciones bancarias o financieras o el resguardo externo de instalaciones estratégicas vinculadas con la explotación o transporte de recursos naturales.

144. De este modo, la prestación de los "Servicios Policiales Extraordinarios" es constitucional porque coadyuva a la prevención del delito y, de esta manera, tutela la integridad, el patrimonio y diversos derechos de las personas de la comunidad. El artículo 11 del Decreto Supremo 0003-2017 precisa los supuestos en los que se brindarán esta clase de servicios:

    a. Para atender la seguridad externa en eventos públicos artísticos, deportivos y culturales, cuando por el número de asistentes se pueda alterar el orden público o encontrarse en riesgo la integridad física y vida de los asistentes al evento.

    b. Para atender la seguridad externa de instituciones educativas.

    c. Para atender la seguridad de instituciones bancarias y financieras.

    d. Para atender la seguridad externa de instalaciones estratégicas vinculadas con la explotación o transporte de recursos naturales.

    e. Para atender necesidades adicionales a la asignación regular en la jurisdicción de gobiernos regionales o locales, en lo que se refiere a actividades de patrullaje integrado para mejorar la seguridad ciudadana, así como colaboración con otras entidades del Estado o entidades privadas que presten servicios públicos por delegación del Estado.

    f. Para el transporte de armas de fuego y explosivos de uso civil.

145. Ahora bien, la disposición citada por la parte demandante ha sido modificada por el Decreto Supremo 018-2017-IN. El referido cuerpo normativo ha añadido, aparte los indicados supra, los siguientes supuestos para el otorgamiento de este tipo de servicios:

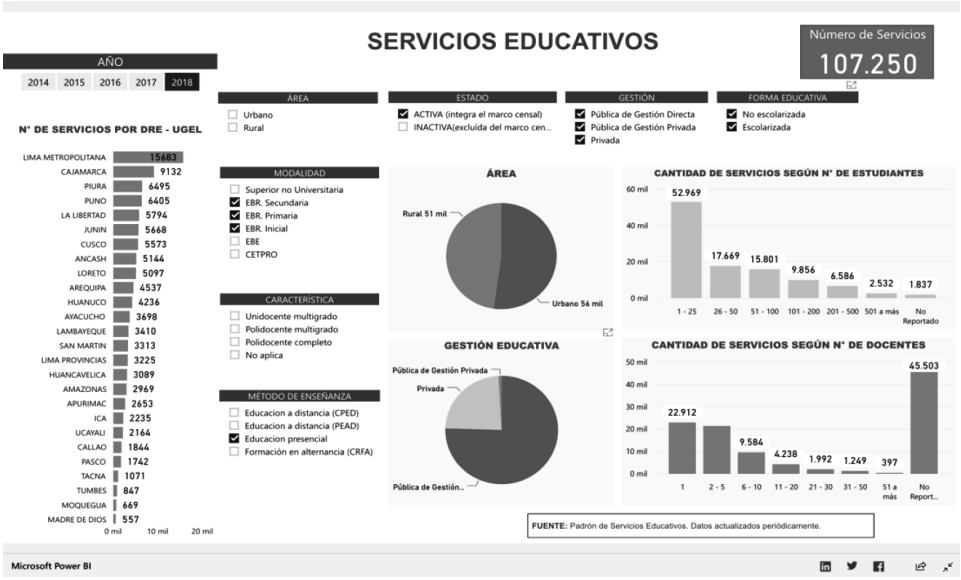
    g. Para atender la seguridad interna y externa en locales abiertos al público, cuando por el número de visitantes se pueda alterar el orden público o encontrarse en riesgo la integridad física y vida de los visitantes. En este supuesto se requerirá informe favorable previo de la Policía Nacional del Perú y la acreditación por parte del solicitante del número de visitantes o asistentes por día, semana y mes que justifique la prestación de los servicios policiales extraordinarios.

h. Para atender la seguridad de los fiscales y jueces del Ministerio Público y el Poder Judicial, respectivamente, de acuerdo a las funciones y/o naturaleza de los casos que tienen a su cargo que pueden poner en riesgo su vida o integridad física. En este supuesto se requerirá informe favorable previo de la Policía Nacional del Perú y la acreditación por parte del solicitante que justifique la prestación de los servicios policiales extraordinarios.

146. De acuerdo con los supuestos habilitantes para la prestación de los "Servicios Policiales Extraordinarios", se destaca que su otorgamiento se fundamenta en dos contextos: i) por la cantidad de personas; y ii) por el desarrollo de una actividad de riesgo.

147. El primer escenario se refleja en el inciso a) del artículo 11, ya que faculta el desarrollo de estos servicios no en virtud de la naturaleza del evento (el cual puede ser deportivo, musical, cultural, etc.), sino a la cantidad de personas, lo cual puede comprometer ciertos derechos de los asistentes. En este grupo también se puede considerar lo dispuesto en el inciso e), ya que la celebración de convenios interinstitucionales entre la Policía Nacional del Perú y los gobiernos regionales o locales obedece a la necesidad de optimizar los niveles de seguridad ciudadana, lo cual se encuentra íntimamente vinculado con la cantidad de efectivos policiales que efectúan funciones de patrullaje. La reciente incorporación agregada por el Decreto Supremo 018-2017-IN, relativa a los locales de atención al público, también se relaciona con este supuesto.

148. Un especial caso es el de las instituciones educativas, en las que no solo confluyen una cantidad considerable de personas, sino que las mismas están expuestas a la posible realización de hechos delictivos. La Unidad Estadística Eductiva del Ministerio de Educación brinda, en su portal web, la siguiente información:



149. De estos datos estadísticos se puede extraer la considerable cantidad de personas que se encuentran en instituciones educativas, sean públicas como privadas. Esto demuestra que los "Servicios Policiales Extraordinarios" pueden, también, brindar una importante cobertura frente al avance de la criminalidad, ya que permiten ampliar la cantidad de efectivos policiales que, por ejemplo, realizan labores de patrullaje. Esto, como no puede ser de otro modo, no es solo un beneficio, por ejemplo, para una institución educativa privada, sino que supone la adopción de medidas que permiten prevenir y combatir la delincuencia, con el bienestar general que ello fomenta.

150. El segundo escenario se vincula con la realización de actividades de riesgo, las cuales justifican, también, la prestación de los servicios extraordinarios. En ese sentido, el decreto supremo precisa el caso de instituciones educativas, financieras, o el de aquellas vinculadas con la explotación de recursos naturales o con el traslado de armas de fuego. En estos casos, los focos de riesgo se fundamentan en la vulnerabilidad del sujeto que es objeto de la protección -tal y como ocurre con los menores de edad, quienes pueden verse expuestos a ser víctimas de una considerable cantidad de delitos, o con las autoridades de los órganos que administran justicia, por alguna eventual represalia en su contra-, y en lo atractivo que resulta para el delincuente la comisión del hecho delictivo por los futuros beneficios que ello le reporta, tal y como ocurre con las empresas que, por sus actividades, suelen estar en contacto con considerables sumas de dinero.

151. La precisión de estos factores es relevante para comprobar, contrariamente a lo sostenido por la entidad demandante, que la prestación de los "Servicios Policiales Extraordinarios" no se encuentra regulada para otorgar una suerte de privilegio a las empresas. De hecho, diversos supuestos del Decreto Supremo habilitan la posibilidad que estos puedan beneficiar, directa o indirectamente, a particulares. Por ejemplo, los convenios insterinstitucionales entre la Policía Nacional del Perú y los gobiernos regionales o municipales están orientados a optimizar las labores de seguridad ciudadana y orden público, lo cual, como puede notarse, redunda en beneficio de la colectividad.

152. La parte demandante confirma que varios de estos supuestos son compatibles con la Constitución. Su planteamiento está orientado a estimar que la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1267 supone una discriminación económica solo en el extremo que permitiría, según aduce, que se favorezcan a las empresas extractivas.

153. Ahora bien, el demandante se coloca en el hipotético escenario de un potencial conflicto social, pero no advierte que esta disposición también puede servir para prevenir la realización de hechos delictivos en perjuicio de esta clase de empresas, los cuales, evidentemente, no tienen conexión alguna con el ejercicio del derecho a la legítima protesta. De hecho, suelen ser también focos de riesgo de futuros delitos por el ostensible manejo de recursos económicos, lo cual, evidentemente, atrae al delincuente.

154. Al respecto, en los procesos de control abstracto no se examinan hipotéticos escenarios en los que la disposición impugnada pueda ser objeto de aplicación, ya que esa es una determinación que corresponde a la autoridad administrativa y/o jurisdiccional. Evidentemente, alguna interpretación contraria a la Constitución o a la normatividad vigente puede suponer la activación de diversos conductos de reclamo, pero ella para cuestionar la forma en que la disposición fue aplicada, y no para cuestionar su validez en abstracto, aspecto que sí es reservado, por ejemplo, al proceso de inconstitucionalidad.

155. Por lo expuesto, no estima este supremo intérprete de la ley fundamental que estos servicios supongan alguna clase de discriminación por motivos económicos.

4-4. LA SUPUESTA DESNATURALIZACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DE LOS EFECTIVOS POLICIALES

156. El demandante alega que los servicios policiales extraordinarios desnaturalizan el contrato de trabajo de los efectivos policiales, pues los convenios suscritos sirven para evitar el pago de beneficios sociales a su favor. Esto ocurre, por ejemplo, cuando la normatividad denomina entrega económica a lo que, en realidad, sería una remuneración.

157. Se alega en este caso que la "entrega económica" a la que se refiere el Decreto Legislativo 1267 sería, en realidad, una remuneración a favor del efectivo policial que ha prestado los "Servicios Policiales Extraordinarios", y que, sin embargo, no estaría siendo reconocida por la normatividad de la materia.

158. Ahora bien, este Tribunal advierte que la regulación relativa al pago por la prestación de los "Servicios Policiales Extraordinarios" se encuentra en el Decreto Supremo 0003-2017-IN. De este modo, correspondería que se declare improcedente la demanda en este extremo, y esto debido a que la entidad demandante estaría buscando controvertir la validez de una norma de rango infralegal, cuestión que, en principio, no correspondería ser examinada en un proceso de inconstitucionalidad.

159. Sin embargo, con fecha 30 de abril de 2019, se procedió a admitir a trámite la demanda de inconstitucionalidad, lo cual ha generado que tanto el Colegio de Abogados de San Martín como el propio Poder Ejecutivo presenten sus argumentos en relación con la presunta inconstitucionalidad de la figura de la "entrega económica" por la prestación de los "Servicios Policiales Extraordinarios". Del mismo, modo, este Tribunal considera que la dilucidación de esta materia es trascendental en la medida en que permite identificar la naturaleza del servicio prestado de conformidad con la Sexta Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo 1267, por lo que es necesario un pronunciamiento respecto de este extremo de la demanda.

160. Precisado lo anterior, debe determinarse si es que el concepto de "entrega económica" supone, en los hechos, una forma de remuneración encubierta que no ha sido reconocida en el Decreto Legislativo 1267 ni en las disposiciones que la reglamentan.

161. Al respecto, este Tribunal advierte que la realización de las trascendentales finalidades que realiza la Policía Nacional del Perú demanda, como no podía ser de otro modo, la selección rigurosa del personal que integrará la institución, así como de su constante capacitación en relación con las funciones que tanto la Constitución como el resto del ordenamiento les encomiendan.

162. En ese sentido, en un criterio que este Tribunal comparte, se ha precisado que es importante "contar con procesos rigurosos y transparentes de selección de personal, junto con la oferta de salarios justos y competitivos y de beneficios laborales y sociales que permitan identificar y contratar a funcionarios que posean actitudes éticas, psicológicas y físicas apropiadas para el ejercicio eficaz de sus funciones" [*cfr*. CIDH (2015). Informe Anual. Capítulo IV, sobre uso de la fuerza, párr. 21].

163. Ahora bien, sobre la remuneración como derecho constitucional, se ha indicado que este fluye

> del principio de que nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento, constituye una contraprestación por los servicios del trabajador; es de libre disposición por parte de éste último; tiene carácter alimentario y su pago tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador (artículos 23 *in fine* y segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución). La remuneración también implica una modelo de competitividad, en tanto se manifiesta como un incentivo para atraer y retener personal idóneo [STC 00020-2012-PI, fundamento 12].

164. Se ha precisado, en relación con el contenido constitucionalmente protegido de este derecho, que este goza de un contenido indisponible por el legislador, y otro de libre configuración legal.

165. En lo que concierne al contenido indisponible, se ha indicado que este consta de cinco elementos: a) acceso (nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución, b) no privación arbitraria (el empleador no puede dejar de brindarla, salvo que concurra causa justificada), c) prioritario (el pago de la remuneración se realiza de forma preferente respecto de otras obligaciones del empleador), d) equidad (no es viable algún supuesto de discriminación en cuanto a su otorgamiento), y e) suficiencia (debe garantizar un quantum mínimo que asegura a los trabajadores su bienestar y el de sus familias) [*cfr*. STC 00020-2012-PI, fundamento 16].

166. Respecto de libre configuración por parte del legislador, este Tribunal ha sostenido que la remuneración, "como todo derecho (o principio constitucional), individual, social o económico, positivo o negativo, puede ser limitado o restringido, y por lo tanto, puede realizarse y optimizarse en una medida gradual, sin tener que aceptar la alternativa del todo o nada" [STC 00020-2012-PI, fundamento 31].

167. En este caso, no se advierte que tanto la disposición impugnada como el decreto supremo que lo regula vulneren el contenido constitucionalmente protegido del

derecho a la remuneración. Sobre ello, en esta sentencia se ha enfatizado que la relación de subordinación del efectivo policial destacado no es con la empresa o entidad que efectúa la solicitud para la prestación de los servicios, sino con la misma Policía Nacional del Perú. Esto implica que es esta última la obligada a garantizar el referido derecho constitucional.

168. Así, la Sexta Disposición Complementaria Final no obliga a prestar un servicio que, posteriormente, no será retribuido económicamente. Del mismo modo, no se cuestiona en este caso alguna posible privación de las entregas que se realizan al personal policial que presta los servicios extraordinarios. Es también importante para este Tribunal que se valore que no se trata de una labor de carácter permanente, ya que, por lo general, solo se prestará durante el periodo vacacional o los días de franco que el mismo efectivo policial fije a la institución.

169. En efecto, se ha precisado que, independientemente que el funcionario o servidor se encuentre destacado en una empresa privada, sigue ejerciendo la condición de integrante de la Policía Nacional, y ello es aún más evidente si se destaca el hecho que los efectivos continúan usando el uniforme y los utensilios que les dispensa la autoridad policial. Por ello, no es correcto sostener, como lo ha hecho la parte demandante, que es la entidad que solicita los servicios la que estaría, supuestamente, incumpliendo con sus obligaciones laborales.

170. El Tribunal observa que, en la medida en que los "Servicios Policiales Extraordinarios" solo son prestados por efectivos policiales que se encuentran en vacaciones, con permiso, o de franco, no existe ninguna interrupción ni reducción de la remuneración que ya les corresponde de conformidad con las disposiciones legales vigentes. De hecho, se trata de un ingreso adicional a los que ya les corresponde percibir de conformidad con normatividad vigente.

171. Por ello, se encuentra dentro del marco de lo *constitucionalmente posible* que se les pueda asignar funciones adicionales, y más aun cuando, de manera simultánea, el efectivo policial ya recibe una contraprestación debida con ocasión de su desempeño como intengrante de la institución (sea por concepto de vacaciones o por estar de franco).

172. De similar forma, tiene sentido que la Policía Nacional del Perú sea la que concentre la potestad de celebrar los convenios interinstitucionales para la prestación de los "Servicios Policiales Extraordinarios" y que sea la responsable de recibir la entrega económica respectiva, ya que ello no solo garantiza que se emplee un criterio coherente en relación con la elección de las entidades en las que este servicio será realizado, sino que, además, es ella la que dota al personal de la indumentaria y las armas correspondientes para que los efectivos puedan cumplir con la finalidad que les ha sido encargada.

173. Por lo expuesto, la entrega económica a la que hace referencia el Decreto Supremo 0003-207-IN no vulnera el derecho a la remuneración de los efectivos policiales.

4-5. LA SUPUESTA VULNERACIÓN DE LAS LIBERTADES ECONÓMICAS Y DEL MODELO DE SUBSIDIARIEDAD DEL ESTADO

174. Sobre este punto, el demandante cuestiona que las normas impugnadas vulneran el principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado, consagrado en el artículo 60 de la Constitución, pues los servicios policiales extraordinarios, pagados por las empresas extractivas, usando el uniforme y armas oficiales del Estado, desempeñan roles de guardianía externa de la misma forma en que lo harían los trabajadores de las empresas de seguridad privada, que existen y son capaces de brindar tales servicios.

175. El Tribunal, en su jurisprudencia, ha concebido la subsidiariedad en dos sentidos: vertical y horizontal. En el caso de la primera, se refiere a una "relación existente entre un ordenamiento mayor -que puede ser una organización nacional o central- y un ordenamiento menor -que pueden ser las organizaciones locales o regionales-, según la cual el primero de ellos sólo puede intervenir en aquellos ámbitos que no son de competencia del ordenamiento menor" [STC 00018-2003-PI, fundamento 9].

176. Esta noción guarda estrecha conexión con con los servicios públicos y el desarrollo económico-social. Por otro lado, la horizontal se refiere a la relación "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" [STC 00008-2003-PI, fundamento 19].

177. En lo que se relaciona a la vertiente estrictamente económica de la subsidiariedad, se ha indicado que este implica "de un lado, un límite a la actividad estatal, pues no puede participar libremente en la actividad económica, sino que sólo lo puede hacer sujeto a la subsidiariedad, que debe ser entendida como una función supervisora y correctiva o reguladora del mercado; y, de otro, reconoce que hay ámbitos que no pueden regularse única y exclusivamente a partir del mercado" [STC 07339-2006-PA, fundamento 8].

178. Se cuestiona que la lesión a este principio radicaría en que se estaría empleando recursos públicos respecto de un servicio que podría ser realizado por parte del sector privado, concretamente del que brinda seguridad.

179. Este Tribunal advierte que la lógica del principio de subsidiariedad, en el modelo de la Constitución de 1993, se relaciona con la necesidad de postergar, en lo posible, la actividad empresarial estatal. En efecto, este principio impone una restricción a la participación en el mercado por parte del Estado. Sin embargo, en el presente caso no se advierte que la "Prestación de Servicios Policiales Extraordinarios" esté orientada a fomentar la participación del Estado o su deseo de ingresar a competir en el mercado económico, sino que, antes bien, se trata de una forma de colaboración, entre el sector público y privado, para optimizar la protección de la seguridad ciudadana y del orden público.

180. En efecto, el Colegio de Abogados de San Martín parte de la premisa que los "Servicios Policiales Extraordinarios" implican, en los hechos, que se privatice a la Policía Nacional del Perú. El Tribunal no puede compartir esa apreciación, y ello porque las labores que presta esta institución no suponen una suerte de "exclusión de protección". Como ya se ha podido apreciar en esta sentencia, su realización no deviene en la desprotección automática de la colectividad en general.

181. Por lo expuesto, no se ha vulnerado el principio de subsidiariedad.

III. 4-6 LA SUPUESTA VULNERACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN A TRAVÉS DEL DECRETO LEGISLATIVO 1213

182. Finalmente, la parte demandante también ha alegado que los artículos 2.1, 2.2 y 4.1 del Decreto Legislativo 1213 infringen la Constitución al desnaturalizar la función policial.

183. El Colegio de Abogados de San Martín sostiene que, del artículo 2.1, es posible desprender que la Policía Nacional del Perú efectúa servicios de seguridad privada.

184. Ahora bien, en su escrito de demanda lo que en primer lugar solicita el Colegio de Abogados de San Martín es la interpretación del término "persona pública", contenido en el artículo 2 del Decreto Legislativo, a fin de que se precise que esta clase de entidades solo pueden ser solicitantes de resguardo, mas no se encuentran autorizadas a realizarlo.

185. Sin embargo, con posterioridad lo que solicita es la declaración de inconstitucionalidad de ese extremo de la disposición.

186. Antes de analizar los argumentos expuestos por la entidad demandante, es preciso indicar que la solicitud de declaración de inconstitucionalidad del artículo 4.1 carecería de sentido, ya que esta disposición fue derogada por la Disposición Complementaria Derogatoria Única del Decreto Legislativo 1267. En todo caso, tampoco se presentan los presupuestos habilitantes para emitir algún pronunciamiento de fondo pese a la derogación de esta disposición, tal y como se precisara en la STC 0005-2007-PI/TC, ya que no se advierte que se trate de una disposición que pudiera desplegar efectos ultractivos. No corresponde, pues, emitir pronunciamiento alguno en relación con este extremo de la pretensión. Expuesto lo anterior, corresponde examinar la constitucionalidad del artículo 2 del Decreto Legislativo 1213.

187. Sobre ello, el Procurador Público Especializado en Materia Constitucional, en su escrito de contestación de demanda, sostuvo que la prestación de "Servicios Policiales Extraordinarios" no es equivalente a la seguridad privada, pues se trata de cuestiones reguladas en leyes distintas.

188. El Tribunal nota que la argumentación de la entidad demandante no está direccionada a estimar que solamente los "Servicios Policiales Extraordinarios" son, de

conformidad con el decreto, seguridad privada. En realidad, el Colegio de Abogados de San Martín lo que estima es que la inconstitucionalidad radica en hacer mención a las personas de derecho público en el decreto que regula la prestación de servicios de seguridad privada, lo cual es una cuestión más amplia.

189. En su jurisprudencia, este Tribunal ha destacado que la declaración de inconstitucionalidad es una herramienta de *ultima ratio*, ya que, antes de analizar esa posibilidad, se necesario examinar si es que no concurren sentidos interpretativos que puedan salvar la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas. De hecho, así lo entiende la entidad demandante cuando solicita que el artículo 2 del Decreto Legislativo 1213 sea interpretado en el sentido que las entidades públicas solo pueden recibir los servicios de seguridad privada, pero que no pueden ser ofertantes del mismo.

190. En este caso, las cláusulas impugnadas disponen lo siguiente:

Decreto Legislativo que regula los Servicios de Seguridad Privada

Capítulo I
Disposiciones Generales

[…]

Artículo 2.- Ámbito de aplicación

2.1. Se aplica a toda persona natural o jurídica, pública o privada, registradas y/o autorizadas o que en los hechos preste o desarrolle en cualquier lugar del territorio nacional, servicios o medidas de seguridad privada, así como a los usuarios de tales servicios.

2.2. Asimismo, se aplica a las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, dedicadas a la capacitación y fortalecimiento de competencias en materia de servicios de seguridad privada.

191. Corresponde determinar si es que, como lo sostiene la entidad demandante, es posible colegir de esta disposición que se estaría "privatizando" las funciones que realiza la Policía Nacional del Perú.

192. Al respecto, este Tribunal considera que la interpretación de esta cláusula no puede ser realizada de forma aislada, ya que la misma coexiste con otras disposiciones tanto del mismo cuerpo normativo como de otra normatividad vigente. En este caso, existen distintas disposiciones tanto del Decreto Legislativo 1213 como del 1267 que permiten analizar si es que el ordenamiento nacional se encuentra reconociendo, o no, que la Policía Nacional pueda prestar servicios de seguridad privada.

193. En el caso del Decreto Legislativo 1213, el artículo 1.2 se encarga de precisar que los servicios de seguridad privada son "complementarios" a las funciones que desarrolla la Policía Nacional del Perú, por lo que, en ese sentido, coadyuvan a la seguridad ciudadana. Este mismo cuerpo normativo cuenta con distintos principios, aun vigentes,

que regulan el funcionamiento del servicios de seguridad privada. Así, en el artículo 3 se mencionan, por ejemplo, los siguientes principios:

> 3.2. Principio de Complementariedad y Coordinación: la seguridad privada es **complementaria a la función de la Policía Nacional del Perú** y coadyuva a los fines de la seguridad ciudadana. El desarrollo de servicios de seguridad privada no otorga al personal que los realiza el carácter de autoridad pública.
>
> 3.3. Principio de Colaboración: Las personas naturales y jurídicas, públicas o privadas, reguladas por el presente decreto legislativo, **tienen el deber de colaborar con la Policía Nacional del Perú**, en situaciones de comisión de un delito o una falta o cuando se afecte la seguridad ciudadana.
>
> 3.4. Principio de no intromisión: el desarrollo de servicios de seguridad privada **tiene como límite las competencias que por ley le corresponden a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional del Perú** (énfasis agregado).

194. Es, pues, evidente que el Decreto Legislativo, en distintas disposiciones que aun se mantienen vigentes, estima que las funciones que desarrollan las empresas privadas que prestan servicios de seguridad privada no son actos de poder público, sino que, antes bien, tienen que orientarse a coadyuvar o complementar la labor de la Policía Nacional del Perú. En este mismo sentido, el artículo 21, que hace referencia a las prohibiciones a las que se someten estas empresas, indica que ellas no pueden desempeñar funciones asignadas a aquella entidad. Finalmente, el artículo 24.1.g dispone que uno de los requisitos para ser personal de seguridad consiste en que el agente no sea miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional del Perú en situación de actividad o de disponibilidad.

195. Hasta este punto, diera la impresión que, en efecto, la normatividad vigente no estima que los integrantes de la Policía Nacional realicen seguridad privada. Sin embargo, el Decreto Legislativo 1267, que es posterior al decreto que regula los servicios de seguridad privada, introduce algunas cláusulas que, como lo expone la entidad demandante, invitan a considerar que, en efecto, esta institución efectúa esta clase de funciones.

196. Así, en primer lugar, la misma disposición impugnada, esto es, la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1267, establece que "[e]l personal policial en actividad o disponibilidad que preste servicios de seguridad privada se sujetará a la regulación y control sobre la materia". Es pertinente agregar que, a través del Decreto Legislativo 1318, se precisó que solo puede realizar este servicio el personal en actividad. Esta misma sensación, relacionada con que los efectivos policiales ejerzan "seguridad privada" se genera si es que, de conformidad con la Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo 1267, se advierte que el artículo 4 del Decreto Legislativo 1213 ha sido dejado sin efecto. Esta cláusula, precisamente, disponía que una de las razones por las que se considerable incompatible la prestación o desarrollo de servicios de seguridad privada era el de tener la condición de integrante de la Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional del Perú.

197. Se desprende, de ello, que el Poder Ejecutivo, al regular las materias que fueron en su momento objeto de delegación por parte del Congreso de la República, no ha observado ciertos parámetros de técnica legislativa, ya que, según se aprecia, puede concluirse que ha mantenido vigentes, de forma simultánea, disposiciones que resultarían incompatibles entre sí.

198. Ciertamente, en nuestra jurisprudencia hemos indicado que las incoherencias en las que incurra el legislador (o, como en este caso, el Poder Ejecutivo a través de la delegación de facultades) no es un asunto que, en principio, concierna al proceso de inconstitucionalidad. Así, se ha indicado sostenido que las contradicciones internas de la ley, no autorizan, por sí solas, la declaración de inconstitucionalidad, y ello

> […] es consecuencia del tipo de control de validez que en el seno de este proceso este Tribunal está autorizado a realizar. Como en otras ocasiones hemos dejado entrever, en el proceso de inconstitucionalidad de las leyes el Tribunal realiza un juicio de compatibilidad entre la ley, o una norma con rango de ley, y la Constitución. Tal escrutinio de constitucionalidad no comprende un examen interno del acto legislativo, en el que se evalúe si las disposiciones de una ley son coherentes (o no) consigo mismas, o acaso si éstas resultan conformes (o no) con los fines que otras de su misma clase y rango promuevan [STC 0005-2011-PI, fundamento 6]

199. En efecto, no es, en principio, función de este Tribunal aclarar los supuestos de incoherencia intrínsecos en los que hubiera incurrido el legislador o el Poder Ejecutivo a través de delegación de facultades. Sin embargo, y en la medida en que la incierta interpretación que pueda brindársele al Decreto Legislativo 1213 puede ocasionar una inconstitucional atribución a las Fuerzas Armadas e integrantes de la Policía Nacional del Perú respecto de funciones que no les corresponde, se torna en indispensable el pronunciamiento del supremo intérprete de la ley fundamental.

200. En el presente caso se ha declarado que la prestación de los "Servicios Policiales Extraordinarios" es compatible con la Constitución. Se ha precisado, además, que la Policía Nacional del Perú, al realizarlos, no se "parcializa" con los integrantes de la entidad respectiva, y esto porque, principalmente, todos los actos que realiza en este contexto son considerados actos de servicio. Esto genera el reconocimiento de que la subordinación es con la institución policial, y no con otra entidad, sea pública o privada.

201. Del mismo modo, se ha indicado que la protección y resguardo de la seguridad ciudadana no es una función que monopolice la Policía Nacional del Perú, y ello no solo porque la puede realizar en colaboración con otros órganos estatales, sino, además, por la creciente intervención del sector privado en este rubro. Esto obedecía, según se señaló, a las ya conocidas tasas de criminalidad, así como de la necesidad de las empresas del sector privado de resguardar tanto la integridad de los trabajadores como su propio patrimonio.

202. En efecto, concurren en la actualidad entidades tanto públicas como privadas en lo que se refiere a la garantía de la seguridad personal. Sin embargo, ello no supone que la Policía Nacional del Perú se encuentre "privatizando" sus servicios, ya que, como lo señala el mismo Decreto Legislativo 1213, las empresas de seguridad privada, en esencia, se encargan de coadyuvar en la realización de esta función, lo cual no supone, evidentemente, que pueda reemplazar a esta institución.

203. Este Tribunal advierte que existen distintas razones concurrentes que justifican que la Policía Nacional del Perú no deba prestar servicios de seguridad privada. En primer lugar, los actos que los efectivos destacados realizan -inclusivo aquellos que se encuentren custodiando entes o eventos de naturaleza privada- deben ser considerados como actos de servicio, ya que garantizan que la Policía Nacional se desenvuelva únicamente en atención a las finalidades que tanto la Constitución como las normas aplicables le asignan.

204. Por otro lado, esto permite que los efectivos que prestan esta clase de servicios tengan que cumplir con los estándares relativos al uso de la fuerza que se encuentran contenidos tanto en la normatividad nacional como en la internacional. Esto supone que los efectivos que los realizan siguen efectuando actos de poder público, con las consecuencias que ello puede generar en el establecimiento de la responsabilidad correspondiente.

205. Finalmente, el que no se califique a este servicio como de "seguridad privada" garantiza que los efectivos policiales realicen sus funciones en interés de la sociedad y del Estado, mas no a favor de una empresa o persona en particular. De este modo, al realizar los "Servicios Policiales Extraordinarios", los efectivos destacados no deben dejar de cumplir los principios y directrices que rigen a la institución policial.

206. Por todo lo expuesto, este Tribunal estima que cualquier referencia a la expresión "persona pública", "persona de derecho público", o cualquier otra similar que se encuentre contenida en el Decreto Legislativo 1213, tiene que ser interpretada en el sentido que esta clase de entidades puede solicitar o recibir seguridad privada, mas no como que pueda ofrecerla. Lo contrario supondría asumir que tanto la Policía Nacional del Perú o, inclusive, las Fuerzas Armadas, se encontrarían habilitades de realizar esta clase de servicios. Esto último, claro está, no se condice con el cuadro de valores y principios que protege nuestra Constitución.

207. Evidentemente, los "Servicios Policiales Extraordinarios", como se ha señalado en esta sentencia, no pueden ser considerados como seguridad privada en el marco del Decreto Legislativo 1213.

IV. III. 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, siempre que se interprete que (se suprime, respecto de la primera versión, el punto "a" y el punto "e"; y se reformula el supuesto "c" de la misma):

   a) Los efectivos policiales que presten los "Servicios Policiales Extraordinarios" deben cumplir con todos los estándares relativos al uso de la fuerza, de conformidad con la normativa aplicable.

   b) Se podrá hacer una excepción a la regla de que el personal que presta los "Servicios Policiales Extraordinarios" tiene que encontrarse de vacaciones, de franco o permiso en el caso en que no existieran, en la comisaría respectiva, suficientes agentes policiales, y sea necesario resguardar el orden en un evento en el que concurran una cantidad considerable de personas.

   c) Los "Servicios Policiales Extraordinarios" no pueden ser considerados como seguridad privada. Los efectivos policiales, en el caso que prestaran servicios, lo harán siempre que exista previo acuerdo con la Policía Nacional del Perú.

2. **INTERPRETAR** que las referencias a personas o entidades públicas, en el marco del Decreto Legislativo 1213, supone que ellas solo pueden recibir servicios de seguridad privada, mas no que están autorizadas a realizarla.

3. Declarar **IMPROCEDENTE**, por sustracción de la materia, el cuestionamiento relacionado con el artículo 4 del Decreto Legislativo 1213.

4. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ

PONENTE RAMOS NÚÑEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO BLUME FORTINI

Con el mayor respeto de mis colegas, discrepo de la sentencia de mayoría con relación al punto 1.b, de la parte resolutiva, por las consideraciones que a continuación paso a exponer.

1. El punto resolutivo 1. B de la sentencia de mayoría señala lo siguiente:

   > Se podrá hacer una excepción a la regla de que el personal que presta los "Servicios Policiales Extraordinarios" tiene que encontrarse de vacaciones, de franco o permiso en el caso en que no existieran, en la comisaría respectiva, suficientes agentes policiales, y sea necesario resguardar el orden en un evento en el que concurran una cantidad considerable de personas.

2. Considero que permitirse tal interpretación para la contratación en sí misma excepcional de los "servicios policiales extraordinarios", no es necesaria, ya que los eventos masivos privados necesariamente requiere encontrarse garantizados en cuanto a la seguridad de sus asistentes, situación debe ser asumida por el organizador a través de seguridad privada, ya que la Policía Nacional, en el supuesto mencionado en el punto resolutivo 1.b, no podría brindar el apoyo por carecer de personal suficiente.

3. Cabe precisar que, es un requisito para la autorización de eventos masivos, contar con el respaldo de seguridad privada –plan de contingencias– para que Defensa Civil autorice la realización de este tipo de eventos.

4. En tal sentido, no hay necesidad de distorsionar ni desnaturalizar los servicios policiales a través de interpretaciones como las contenidas en el punto resolutivo 1. b, sobretodo porque hay una amplia oferta de seguridad privada –según lo afirma la ponencia– que puede suplir perfectamente esa ausencia del apoyo policial contratado excepcionalísimamente para ocasiones en donde no haya suficiente personal policial de vacaciones, franco o permiso.

5. En el caso de que la concurrencia masiva de personas se produzca por cuestiones relacionadas a conflictos sociales en lugares donde no exista suficiente contingente policial, corresponde el Ministerio del Interior tomar las medidas necesarias para brindar seguridad en la zona y a todos por igual, sin necesidad de suscribirse convenios a favor de una empresa, ya que es una obligación constitucional de la Policía Nacional resguardar la seguridad pública en general. En todo caso, la empresa privada deberá contratar seguridad privada para su propio resguardo ante la falta de efectivos policiales que puedan brindar ese servicio excepcional.

S.
BLUME FORTINI

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS FERRERO COSTA Y SARDÓN DE TABOADA

Con el debido respeto por la posición de nuestros colegas magistrados emitimos el presente voto singular, por las siguientes consideraciones.

La sentencia de mayoría acierta en afirmar que las normas impugnadas guardan conformidad con la Constitución. Por ello, debía concluir en declarar infundada la demanda. Sin embargo, dicta también una "sentencia interpretativa" con la que discrepamos, por ser innecesaria y excesiva.

En efecto, respecto al punto resolutivo 1.a, resulta obvio que los "servicios policiales extraordinarios" deben cumplir con todos los estándares sobre el uso de la fuerza. En caso contrario, la Policía asumirá las responsabilidades legales que correspondan.

En el punto resolutivo 1.b, la sentencia de mayoría realiza "legislación positiva", cuando establece una excepción a lo establecido en la Sexta Disposición Complementaria Final del impugnado Decreto Legislativo 1267, que indica que los servicios policiales extraordinarios sólo pueden ser realizados por personal policial "de vacaciones, permiso o franco y de manera voluntaria". Más que interpretar la norma, se hace aquí las veces de legislador, contraviniendo el principio de *corrección funcional* (cfr. STC 5854-2005-PA/TC, fundamento 12.c).

El punto resolutivo 1.c señala algo que ya está en la propia Sexta Disposición Complementaria Final del impugnado Decreto Legislativo 1267. En esta se indica que para la prestación de los servicios policiales extraordinarios "en ningún caso se podrá contratar en forma directa al personal policial de la Policía Nacional del Perú", y que para dichos servicios –que los efectivos policiales prestan "de manera voluntaria"– es necesaria "la celebración de los respectivos convenios" con la Policía Nacional del Perú.

El punto resolutivo 2 también resulta innecesario, pues el propio Decreto Legislativo 1213 establece, en el numeral 1.2 de su artículo 1, que los servicios de seguridad privados son "complementarios" a la función de la Policía, por lo que no puede haber confusiónn entre estos.

Respecto al punto resolutivo 3, hacemos notar que, según se aprecia en la demanda (a fojas 1 y 3) y en la propia ponencia (cfr. apartado "A. Petitorio Constitucional"), no ha sido demandando el artículo 4 del Decreto Legislativo 1213, sino su artículo 2, inciso 1. Por tanto, mal puede la ponencia declarar la sustracción de la materia sobre dicho artículo 4.

Por otro lado, la sentencia de mayoría en sus fundamentos 160 a 173, analiza la constitucionalidad del Decreto Supremo 0003-2017-IN en lo relativo a la "entrega económica" por los servicios policiales extraordinarios. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no es

competente para realizar este control en un proceso abstracto de inconstitucionalidad, por no tratarse de una norma con rango de ley (cfr. artículos 200 [inciso 4] y 202 [inciso 1] de la Constitución).

Por último, los fundamentos 125 y 153 de la sentencia de mayoría mencionan el "derecho a la protesta", con lo cual disentimos, pues la protesta forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de expresión (artículo 2, inciso 4, de la Constitución), por lo que es innecesario el reconocimiento de un nuevo derecho.

Por estas razones, nuestro voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad, sin interpretación alguna.

SS.
FERRERO COSTA
SARDÓN DE TABOADA

VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Me encuentro de acuerdo con el sentido de lo resuelto en la presente causa; sin embargo, deseo hacer las siguientes precisiones:

1. En primer lugar, discrepo muy respetuosamente de lo señalado por mis colegas en la sentencia en torno a considerar, de modo genérico, de que las disposiciones aprobadas en el marco de delegación de facultades al Poder Ejecutivo, es decir a través de decretos legislativos, no puedan incurrir en déficits de deliberación.

2. En primer lugar, salvo mejor parecer, no creo que puede afirmarse que las regulaciones generadas con base a la delegación de facultades son puramente "técnicas" (f. j. 31) y que, por ende, no merezcan ser debatidas intensamente. Por poner en evidencia lo obvio, regulaciones de tanta importancia, y con un contenido que merecería un amplio debate, tales como el Código Civil y el Código Penal, han aprobadas a través de decretos legislativos. Si bien en un primer momento dichas regulaciones no han sido susceptibles de esta clase de debates (inclusivos, robustos), ello mismo ha ocurrido con respecto de diversas leyes emanadas por el Congreso. Sucede que el reconocimiento de la existencia de los "déficits de deliberación" como supuestos propios de inconstitucionalidad requiere repensar la función legislativa (originaria y delegada) y actualizar nuestra concepción de democracia (que no es solo cuantitativa o mayoritarista), en el marco del actual Estado Constitucional (que requiere que las autoridades ofrezcan, e intercambien, razones). Volviendo a lo que puede ser objeto de legislación delegada, tomemos en consideración de que cuestiones tales como el aborto, la eutanasia o la maternidad subrogada podrían ser reguladas de ese modo, y seguramente estaremos de acuerdo en que se trata de cuestiones que merecen ser bien debatidas.

3. En segundo lugar, es necesario precisar que del hecho de que ciertas regulaciones deban debatirse especialmente, no se sigue que no pueda realizarse delegaciones de facultades legislativas, ni que pueda realizarse exoneraciones en el ámbito parlamentario (por ejemplo, del dictamen de comisiones, de debate en el Pleno, de segunda votación). Como el Tribunal Constitucional ha señalado, estas pueden darse, pero de manera excepcional, y respetando que hay materias que deberían quedar excluidas de dicha excepcionalidad (cfr. STC Exp. n.° 0006-2018-PI, f. j. 25).

4. En tercer lugar, es importante esclarecer entonces en qué sentido es necesario que algunas materias sean objeto de un debate más intenso. En este sentido, como ya lo expresé en mi fundamento de voto en la sentencia del caso Cuestión de confianza (STC Exp. n.° 0006-2018-PI) puede tenerse en cuenta, mutatis mutandis, las siguientes exigencias a modo de parámetro de control:

(1) Exigencia deliberativa: Conforme a la cual, algunos temas, debido a su relevancia constitucional o a su importancia manifiesta, deben implicar mayores esfuerzos en cuanto al debate y la generación de consensos en torno a los contenidos a ser aprobados. Por ejemplo: los asuntos considerados por la propia Constitución como "deberes primordiales" del Estado (artículo 44); las materias que forman parte del núcleo identitario de nuestra forma de Estado, de nuestra forma de gobierno, de nuestro sistema político o de nuestro constitucionalismo en general; o las cuestiones que, conforme con la Constitución, deben ser reguladas necesariamente a través de leyes orgánicas (artículo 106)

(2) Suficiencia deliberativa: Este criterio alude a los presupuestos o condiciones mínimas de discusión y reflexión que corresponde exigir, sobre todo en los casos en los que se requiere de una mayor exigencia deliberativa. Por el contrario, en los casos en los que esta no sea un imperativo, o cuando el objeto de la regulación requiere inevitablemente otro tipo de discusión (por la urgencia o el carácter especializado de lo regulado) es posible contar con un estándar diferente de deliberación.

5. Con base en lo señalado, entonces, no puede afirmarse, de manera general, que el contenido de los decretos legislativos no merece una deliberación robusta y que, en caso exista un importante déficit de deliberación, podría incluso declararse la inconstitucionalidad de una regulación así.

6. Por otra parte, en lo que concierne al fondo de la materia, si bien es cierto que por las razones señaladas y atendiendo a las orientaciones interpretativas formuladas la demanda debe ser declarada infundada, en la medida que es posible una "interpretación conforme" de la regulación impugnada, considero que debió tomarse en cuenta dos cuestiones adicionales relacionadas con los llamados "servicios policiales extraordinarios".

7. Me refiero al hecho de que, debido a que ciertas entidades particulares terminan remunerando (directa o indirectamente) a algunos efectivos policiales, ello podría generar, de alguna forma, un tipo de conflicto de interés, en especial en aquellos supuestos en los cuales, como han advertido con preocupación los demandantes, los intereses de las empresas colisionen con los de la ciudadanía y, en dicho marco, se requiera la intervención de la Policía Nacional del Perú (esto se ha venido presentando, como es sobradamente conocido, en diversos casos en los que se ha producido conflictos socioambientales). Ello, en los términos que lo planteo, va más allá del hecho de que los efectivos formalmente no dependan o estén subordinados a las entidades privadas, ni de que sea posible denunciar eventuales desviaciones o abusos de poder por parte de los agentes policiales luego de que estos ya ocurrieron. Siendo así, estimo que hubiera sido importante que el Tribunal Constitucional abordara dicha problemática, además de una manera estructural, máxime tomando en consideración que este órgano colegiado ha reconocido muy recientemente a la protesta social como un derecho fundamental (STC Exp. n.° 0009-2018-PI, con ciertas reservas o precisiones expresadas en mi voto singular).

8. Asimismo, y vinculado con lo anterior, considero necesario insistir en que debe mejorarse la situación remunerativa de los integrantes de la Policía Nacional del Perú, no solo, y en primer lugar, porque son titulares el derecho fundamental a contar con una remuneración suficiente, sino también, y en adición a lo anterior, porque es un requisito *sine qua non* para tratar de evitar el eventual conflicto de interés al que me he referido, buscando asegurar de ese modo que puedan abocarse enteramente, dentro de lo posible, a labores relacionadas con la protección de bienes de estricto interés público (lo cual ciertamente incluye el resguardo de ciertos bienes privados), ello en el marco de los relevantes propósitos que han sido prescritos por la propia Constitución (artículo 166).

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lima, 27 de julio de 2020

Este libro se terminó de imprimir en diciembre de 2022,
en los talleres gráficos de la imprenta
Corporación Gráfica KADTE S.A.C.
por encargo del Centro de Estudios Constitucionales
del Tribunal Constitucional del Perú.