JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TOMO XI - Volumen 1

(Enero · Diciembre 2020)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TOMO XI - Volumen 1

(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 1 (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° 978-612-4464-15-7

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

Presentación a la Segunda Edición 15

Presentación a la Primera Edición 17

A. PROCESOS ORGÁNICOS

A.1. PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

• Sentencia 0009-2018-PI/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 4 de julio de 2020)

Caso de la modificación del delito de extorsión por el Decreto Legislativo 1237

Proceso de inconstitucionalidad promovido por el Colegio de Abogados de Puno contra el artículo único del Decreto Legislativo 1237 que modifica el artículo 200 del Código Penal, publicado el 26 de setiembre de 2015, que regula el delito de extorsión 21

• Sentencia 00018-2015-PI/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 8 de julio de 2020)

Caso del tercero de buena fe

Proceso de inconstitucionalidad promovido por más de cinco mil ciudadanos contra el artículo 5 de la Ley 30313, "Ley de oposición al procedimiento de inscripción registral en trámite y cancelación del asiento registral por suplantación de identidad o falsificación de documentación y modificatoria de los artículos 2013 y 2014 del Código Civil y de los artículos 4° y 55° y la Quinta y Sexta

Disposiciones Complementarias Transitorias y Finales del Decreto Legislativo 1049", en cuanto regula los efectos de la "cancelación" de las inscripciones afectadas por títulos falsos o en los que hubo suplantación, estableciendo que dichos efectos no afectan la posición jurídica del tercero de buena fe 79

- Sentencia 00013-2017-PI/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 3 de julio de 2020)

  Caso del parque Mariscal Ramón Castilla de Lince

  Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por más del 1% de los ciudadanos del distrito de Lince contra los artículos 9 y 14, así como de los incisos "e", "h", "n" y "s" del artículo 15 de la Ordenanza 376-2016-MDL, "Ordenanza para la conservación y gestión distrital del área de reserva ambiental Parque Mariscal Ramón Castilla del distrito de Lince" 127

- Sentencia 00029-2018-PI/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 9 de setiembre de 2020 y en el diario "El Peruano" el 7 de noviembre de 2020)

  Caso de la ley de la carrera del trabajador judicial

  Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el procurador público especializado en materia constitucional, en representación del Poder Ejecutivo, contra la Ley 30745, Ley de la Carrera del Trabajador Judicial, ya que transgrede diversos principios, reglas y valores constitucionales..... 159

- Sentencia 00004-2019-PI/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 2 de octubre de 2020)

  Caso sobre la forma de cómputo del plazo de prescripción de obligaciones tributarias

  Proceso de inconstitucionalidad promovido por Manuel Alejandro Montoya Cárdenas, decano del Ilustre Colegio de Abogados de La Libertad, contra la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421, que modifica el Código Tributario,

por razones de forma y fondo. Alega que dicha norma vulnera la regulación constitucional de la delegación de facultades legislativas, el principio de irretroactividad de las normas y la seguridad jurídica..... 197

- Sentencia 0006-2020-PI/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 2 de octubre de 2020 y en el diario "El Peruano" el 26 de agosto de 2020)

  Caso de la ley que suspende el cobro de peajes

  Proceso de inconstitucionalidad promovido por el procurador público especializado en materia constitucional del Poder Ejecutivo contra el artículo único de la Ley 31018, "Ley que suspende el cobro de peajes en la red vial nacional, departamental y local concesionada, durante el estado de emergencia nacional, declarado a causa del brote del COVID-19". Alega que dicha norma vulnera los artículos 58, 62 y 137 de la Constitución Política..... 270

- Sentencia 00011-2015-PI/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 12 de febrero de 2020)

  Caso de la importación de plaguicidas químicos de uso agrícola

  Proceso de Inconstitucionalidad promovido por más de cinco mil ciudadanos, representados por Rafel Angiolo Ricci Calle, contra el artículo 3 de la Ley 30190, que modifica el Decreto Legislativo 1059, que aprueba la Ley General de Sanidad Agraria, por contravenir los incisos 2 y 22 del artículo 2, y los artículos 7, 55, 63, 103 y 105, y el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución 305

- Sentencia 0003-2015-PI/TC y 012-2015-PI/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 13 de julio de 2020)

  Caso de la ley de simplificación de procedimientos y promoción de la inversión

  Proceso de Inconstitucionalidad promovido por el Gobierno Regional de San Martín contra los artículos 19 a 23 de la Ley 30230, que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos

y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país, por contravenir diversos artículos de la Constitución Política.. 397

- Sentencia 0017-2019-PI/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 23 de noviembre de 2020)

  Caso de la Garantía mobiliaria y la pequeña empresa

  Proceso de Inconstitucionalidad promovido por el Colegio de Notarios de Lima contra el Decreto Legislativo 1400, que aprueba el régimen de garantía mobiliaria, y el Decreto Legislativo 1409, que promociona la formalización y dinamización de la micro, pequeña y mediana empresa mediante el régimen societario alternativo denominado Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada, expedidos por el Poder Ejecutivo, en cuanto transgrede los artículos 102, 104 de la Constitución y la Ley 30823..... 455

- Sentencia 00011-2020-PI/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 24 de diciembre de 2020)

  Caso de la Ley ascenso, nombramiento y beneficios para el personal de salud

  Proceso de Inconstitucionalidad promovido por el procurador público especializado en Materia Constitucional del Poder Ejecutivo contra la Ley 31039, que regula los procesos de ascenso automático en el escalafón, el cambio de grupo ocupacional, cambio de línea de carrera, el nombramiento y cambio a plazo indeterminado de los profesionales, técnicos, auxiliares asistenciales y personal administrativo de salud. Alega que dicha ley resulta inconstitucional en cuanto vulnera los artículos 2, inciso 2); 10, 11, 12, 40, 43, 78, 79, 103 y 118, incisos 3) y 17) de la Constitución..... 495

- Sentencia 00022-2018-PI/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 09 de marzo de 2020 y publicada en el diario "El Peruano" el 06 de noviembre de 2020)

  Caso sobre la constitucionalidad de la tauromaquia, la gallística y otras actividades.

Proceso de Inconstitucionalidad promovido por más de cinco mil ciudadanos contra la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407, "Ley de protección y Bienestar Animal", que excluye de dicha protección a las corridas de toros, peleas de toros, peleas de gallos y demás espectáculos declarados de carácter cultural por la autoridad competente. Alegan que dicha disposición contraviene los artículos 1; 2, incisos 22 y 24; 3; 31, y 105 de la Constitución y el artículo 78 del Reglamento del Congreso..... 565

A.2. PROCESOS COMPETENCIALES

• Sentencia 0006-2019-CC/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 23 de enero de 2020)

Caso sobre la disolución del Congreso de la República

Proceso competencial promovido por Pedro Carlos Olaechea Álvarez-Calderón contra el Poder Ejecutivo, en el que se alegó un conflicto Constitucional por menoscabo en sentido estricto al impedir que el Congreso ejerza sus competencias exclusivas y excluyentes, habiéndose incumplido el artículo 134 de la Constitución, al disolverlo indebidamente 693

• Sentencia 00002-2020-CC/TC (Publicada en la web del Tribunal Constitucional el 20 de noviembre de 2020)

Caso de la vacancia del presidente de la República por incapacidad moral

Proceso competencial promovido por Luis Alberto Huerta Guerrero, Procurador Público Especializado en Materia Constitucional del Poder Ejecutivo, contra el Congreso de la República, en el que se alegó que el Congreso ha ejercido indebidamente su competencia para iniciar el trámite de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, ya que afecta las atribuciones del presidente de la República para dirigir la política general del Gobierno y la facultad de los ministros para llevarla a cabo..... 839

PRESENTACIÓN A LA SEGUNDA EDICIÓN

El Tribunal Constitucional se complace en presentar a la comunidad jurídica y al público en general la segunda edición del libro denominado "Jurisprudencia Relevante del Tribunal Constitucional–Tomo XI (Enero–Diciembre 2020)", que abarca la jurisprudencia más resaltante emitida en el año 2020 por el supremo intérprete de la Constitución. De este modo, se continúa con el proceso de recopilación, sistematización y difusión de la jurisprudencia constitucional relevante, que se iniciara en diciembre del año 2013 con la publicación del Tomo I, el que comprendió los pronunciamientos más importantes de este órgano constitucional emitidos desde junio de 1996, fecha en la que entró en funciones, hasta diciembre del año 2005, tanto en los procesos orgánicos como en los procesos de tutela de derechos.

Posteriormente, fueron publicados los Tomos II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX y X, a cargo de los magistrados y servidores que nos antecedieron y a quienes reconozco y felicito por su encomiable esfuerzo; tomos que reúnen las principales sentencias dictadas desde enero de 2006 hasta diciembre de 2019. Más adelante, en diciembre del año 2021, se hizo de conocimiento público la versión digital de la primera edición del Tomo XI, que contiene la jurisprudencia constitucional expedida en el año 2020. Sin embargo, dicha edición no se publicó físicamente, razón por la cual, continuando con lo que es ya una sana práctica, en esta ocasión se ha dispuesto la impresión de una segunda edición, revisada y corregida, la que, debido a la cantidad de páginas y para un mejor manejo del lector, se ha separado en dos volúmenes: el Volumen I dedicado a los procesos orgánicos, vale decir al proceso de inconstitucionalidad y al competencial; y el Volumen II que aborda primordialmente los procesos que cautelan los derechos fundamentales, esto es, los procesos de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y cumplimiento, y algunos añadidos.

Estas publicaciones dan cuenta del arduo trabajo y del pleno compromiso que tiene el Tribunal Constitucional en el cumplimiento de las competencias que constitucionalmente le han sido asignadas y, consecuentemente, en el fortalecimiento del Estado Constitucional peruano. Concretamente, la producción del año 2020 fue muy interesante, esta generó debate académico y en parte respondió a importantes sucesos acontecidos en el plano político de nuestro país. Allí está, por ejemplo, la Sentencia 0006-2019-CC/TC, Caso sobre la Disolución del Congreso de la República, que resolvió el proceso competencial promovido por el Poder Legislativo contra el Poder Ejecutivo, como consecuencia de la disolución del Congreso de la República, o la Sentencia 778/2020 (Expediente 00002-2020-CC/TC), Caso de la vacancia del Presidente de la República por incapacidad moral, dictada en el proceso competencial promovido por el Procurador Público Especializado en Materia Constitucional del Poder Ejecutivo

contra el Congreso de la República, debido al inicio del trámite de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral al interior del Parlamento.

No obstante, en el ámbito de la defensa de los derechos fundamentales también hubo significativas decisiones, como la Sentencia 299/2020 (Expediente 2566-2014-PA/TC), que, entre otros aspectos, desarrolló el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud y se pronunció sobre el control constitucional de las políticas públicas y la tutela de derechos sociales; la Sentencia 424/2020 (Expediente 0677-2016-PA/TC), que analizó la especial protección que tienen las mujeres en estado de gestación; la Sentencia 523/2020 (Expediente 01341-2014-PA/TC), atinente al derecho a la intimidad de dos mujeres policías cuyas fotos íntimas fueron propaladas sin su autorización, la Sentencia 232/2020 (Expediente 05436-2014-PHC/TC), que declaró como un estado de cosas inconstitucional el relativo al permanente y crítico hacinamiento de los establecimientos penitenciarios de nuestro país; entre otros fallos de mucho interés.

La publicación de la jurisprudencia constitucional relevante que realiza paulatinamente el Tribunal Constitucional representa una valiosa herramienta que, estamos seguros, será de indudable apoyo para todos aquellos que deseen conocer y profundizar en los diversos criterios jurisprudenciales establecidos por el guardián y supremo intérprete de la Constitución en las distintas materias en las que ha tenido oportunidad de pronunciarse. Y es que la jurisprudencia se constituye en una fuente extraordinaria a la que se debe acudir para la aplicación del derecho en aras de la construcción de un ordenamiento jurídico pleno. Se reafirma así, a través del Centro de Estudios Constitucionales que ahora dirijo, el compromiso de difundir la jurisprudencia constitucional sistematizada para fines pedagógicos, lo que redunda en una mejor comprensión del estado actual de nuestro sistema de justicia constitucional.

Se ha iniciado una nueva gestión en el Tribunal Constitucional desde setiembre del año 2022, con la presidencia del Magistrado Francisco Morales Saravia, que incluye también a su órgano académico, de investigación y difusión de la jurisprudencia, y en cuyo contexto se pone a consideración del acucioso lector el presente producto de corte jurisprudencial.

Mi agradecimiento final a quienes han hecho posible esta publicación, por su entrega y dedicación, especialmente a los equipos que integran la Dirección de Estudios e Investigación y la Dirección de Publicaciones y Documentación del Centro de Estudios Constitucionales en coordinación con la Dirección Ejecutiva, así como a mis distinguidos colegas Magistrados del Tribunal Constitucional, siempre prestos a colaborar en el cumplimiento de nuestras metas institucionales.

Helder Domínguez Haro

Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú
Director General del Centro de Estudios Constitucionales

PRESENTACIÓN A LA PRIMERA EDICIÓN

En mi calidad de Director General del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, me complace presentar a la comunidad jurídica, nacional e internacional, el tomo XI de la jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional, que contiene las sentencias más importantes que ha emitido el supremo intérprete de la Constitución y garante de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y de la primacía normativa de la Constitución, como producto de su labor jurisdiccional en el año 2020.

Como señalamos en la presentación del tomo X, la sistematización de la jurisprudencia constitucional relevante se inició en el año 2013, bajo la dirección del ex magistrado del Tribunal Constitucional y ex director del Centro de Estudios Constitucionales, doctor Gerardo Eto Cruz. En ese año se publicaron los cuatro primeros tomos que compendiaron la jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional emitida desde que entró en funciones el año 1996 hasta diciembre del año 2012. Vale decir, por un período de 17 años. Y continuó bajo la dirección del extinto magistrado Carlos Ramos Núñez, quien fuera nuestro inmediato predecesor, el que con un esfuerzo encomiable y prolijo se encargó de la publicación de los tomos V, VI, VII, VIII y IX, que abarcan el período comprendido entre enero de 2013 y diciembre de 2018. Es decir, seis años adicionales de jurisprudencia constitucional básica.

A comienzos de este año, continuando la senda dejada por mis distinguidos antecesores, pudimos publicar el tomo X de la jurisprudencia relevante, correspondiente al año 2019. Hoy, con mucha satisfacción, publicamos el tomo XI que sigue, en el que hemos sistematizado los pronunciamientos del precitado ejercicio 2020; los que demuestran la labor fructífera del Tribunal Constitucional en la impartición de justicia constitucional, ejerciendo docencia constitucional y cumpliendo su importante rol al interior del estado constitucional peruano.

La abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, emitida a lo largo de todos estos años, nos ha servido como siempre lo sostengo para tener un mejor conocimiento de los postulados constitucionales, lo que coadyuva en la forja de una ilusión personal, que es la de crear en el Perú un sentimiento constitucional, que implica hacer que todos nosotros nos convenzamos de la importancia y trascendencia de nuestra Constitución, la valoremos y la defendamos, que aprendamos a amar nuestra Constitución, para que, compenetrados con ella, no permitamos que la historia del pasado, que fue una de dictaduras y rompimientos del orden constitucional se repita, y para consolidarnos como un auténtico Estado Constitucional, que es el Estado de defensa a ultranza de los derechos fundamentales de la persona y el Estado de protección inclaudicable de la Constitución, que es la expresión normativa de la voluntad del Poder Constituyente. La jurisprudencia constitucional del 2020 sigue esa línea.

En cuanto al esquema temático, el presente volumen prosigue el camino trazado por los volúmenes anteriores y, por consiguiente, se encuentra dividido en tres secciones. La primera sección está referida a las sentencias constitucionales expedidas en los procesos orgánicos; esto es, en los procesos de inconstitucionalidad y competencial. La segunda sección trata sobre las sentencias constitucionales emitidas en los procesos de tutela de derechos; vale decir, en los procesos de amparo, hábeas corpus, cumplimiento y hábeas data. En el año 2020 no se emitieron precedentes vinculantes, pero si se aprobó doctrina jurisprudencial, por lo que la tercera sección se ocupa, por último, del pronunciamiento en el que el Tribunal Constitucional aprobó esta figura.

Las sentencias escogidas tienen un indudable valor jurídico y pedagógico que será de mucha utilidad para los operadores del derecho, en general, y para los operadores de justicia, en particular.

Finalmente, mi agradecimiento al personal del Centro de Estudios Constitucionales por su compromiso y dedicación en la materialización del presente tomo de la jurisprudencia relevante, y a mis colegas magistrados por su decidido apoyo a favor del cumplimiento de los objetivos de nuestra institución.

Ernesto Blume Fortini

Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú
Director General del Centro de Estudios Constitucionales

A. PROCESOS ORGÁNICOS

A.1. PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Caso de la modificación del delito de extorsión por el Decreto Legislativo 1237

Pleno. Sentencia 383/2020

RAZÓN DE RELATORÍA

Se deja constancia que en la sesión del Pleno Administrativo y Jurisdiccional no presencial que realizó el Tribunal Constitucional el 2 de junio de 2020, se dio cuenta del estado de la votación del Expediente 00009-2018-PI/TC, ponencia de la magistrada Ledesma Narváez. Y habiéndose ratificado los magistrados en sus respectivos votos, el sentido de la votación es el siguiente:

- Votaron a favor de la ponencia, que declara INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad, los magistrados Ledesma Narváez y Ramos Núñez, con fundamento de voto.
- Los magistrados Ferrero Costa y Blume Fortini emitieron un voto singular conjunto en el sentido de declarar FUNDADA EN PARTE la demanda e INFUNDADA la demanda en lo demás que contiene.
- El magistrado Miranda Canales emitió un voto singular declarando FUNDADA EN PARTE la demanda de inconstitucionalidad e INFUNDADA la demanda en lo demás que contiene, expresando sus propios fundamentos y sentidos resolutivos.
- El magistrado Sardón de Taboada emitió un voto singular declarando IMPROCEDENTE la demanda.
- El magistrado Espinosa-Saldaña Barrera emitió un voto singular declarando FUNDADA la demanda.

Estando a lo expuesto, en el Expediente 00009-2018-PI/TC no se han alcanzado cinco votos conformes para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de la disposición legal impugnada, conforme a lo previsto en el artículo 5, primer párrafo, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

La Secretaría del Pleno deja constancia de 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

Caso de la modificación del delito de extorsión por el Decreto Legislativo 1237

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 0009-2018-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

02 de junio de 2020

COLEGIO DE ABOGADOS DE PUNO
c.
PODER EJECUTIVO

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo único del Decreto Legislativo 1237 que modifica el artículo 200 del Código Penal

Magistrados firmantes:

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
RAMOS NÚÑEZ

"Caso de la modificación del delito de extorsión por el Decreto Legislativo 1237"

TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio Constitucional

B. Debate Constitucional

B.1 Argumentos de la Demanda

B.2 Contestación de la Demanda

II. FUNDAMENTOS

§1. Disposición impugnada y delimitación del petitorio de la demanda

§2. Cuestión Procesal Previa

§3. Persecución Penal en un Estado Constitucional de Derecho

§4. Implicancias de la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo 1237 al delito de extorsión en el vigente Código Penal a la luz de los principios y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de 1993

4.1. Sobre la supuesta vulneración del Principio de Legalidad

4.2. ¿Tiene sustento constitucional directo el invocado "derecho fundamental a la protesta"?

4.2.1. Sobre el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales

4.2.2. La protesta en el marco del Estado Democrático de Derecho

4.2.3. La protesta como derecho fundamental: naturaleza, contenido, límites y relación con otros derechos fundamentales

4.2.4. Sobre la alegada vulneración del derecho a la protesta

4.3. Sobre la alegada vulneración del derecho a la libertad de reunión

4.4. Sobre la alegada vulneración del derecho a la libertad de expresión

4.5. Sobre la alegada vulneración del derecho a la libertad de opinión

4.6. Sobre la alegada vulneración del derecho a la libertad de conciencia

4.7. Sobre la alegada vulneracion del derecho a la participacion política

4.8. Sobre la alegada vulneracion del derecho de petición

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 2 días del mes de junio de 2020, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Ledesma Narváez (presidenta), Ferrero Costa (vicepresidente), Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Sardón de Taboada, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Ramos Núñez y el voto singular en conjunto de los magistrados Ferrero Costa y Blume Fortini, y los votos singulares de los magistrados Miranda Canales y Sardón de Taboada. Se deja constancia que el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votará en fecha posterior.

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

El Colegio de Abogados de Puno, con fecha 19 de abril de 2018, presenta demanda de inconstitucionalidad cuestionando parcialmente el artículo único del Decreto Legislativo 1237 que modifica el artículo 200 del Código Penal, publicado el 26 de setiembre de 2015 en el diario oficial *El Peruano*.

En defensa de la constitucionalidad de la disposición cuestionada, con fecha 2 de octubre de 2018, el procurador público especializado en materia constitucional del Poder Ejecutivo contestó la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, y solicitando que se la declare improcedente o infundada, según corresponda.

B. Debate constitucional

Las partes postulan una serie de razones o argumentos sobre la constitucionalidad de las normas objetadas que, resumidamente, se presentan a continuación:

B.1. Argumentos de la demanda

La demanda se sustenta en los siguientes argumentos:

- El demandante señala que el delito de extorsión ha sido desnaturalizado, pues en la legislación comparada (Alemania, España, México, Argentina) el contenido típico del supuesto de hecho de este delito tiene tres elementos claramente reconocibles: (i) la coacción, (ii) el perjuicio patrimonial y (iii) la búsqueda de enriquecimiento ilícito para el sujeto activo o terceros. En el mismo sentido se encontraría la doctrina sobre la materia.

- La desnaturalización alegada empezó con el Decreto Legislativo 896, publicado el 24 de mayo de 1998, al señalar que la ventaja obtenida por medio de la extorsión podía ser económica o "de cualquier otra índole", y ocurre porque se desconoce la naturaleza patrimonial del delito de extorsión. Al respecto, el tipo penal correspondiente tiene como bienes jurídicos protegidos el patrimonio y la libertad personal.
- El demandante alega que el delito de extorsión se confunde con el de coacción, regulado en el artículo 151 del Código Penal, que reprime al que mediante amenaza o violencia obliga a otro a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe. Asimismo, afirma que la perturbación de los servicios públicos ya se encuentra tipificada en el artículo 283 del Código Penal (sobre entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos), y el caso de la toma de locales ya se encuentra tipificado en el delito de usurpación regulado en el artículo 202 del Código Penal.
- Por otro lado, el colegio recurrente sostiene que la violación del principio de *lex certa* como manifestación del principio de legalidad requiere que exista certeza y certidumbre mínimas sobre las conductas permitidas y prohibidas. La norma impugnada distingue como elemento subjetivo adicional al dolo una finalidad patrimonial y otra no patrimonial, pero no precisa lo que debe entenderse por ventajas no patrimoniales de cualquier otra naturaleza. El tipo penal es ambiguo y no logra concretar un mandato de determinación claro e inequívoco hacia la ciudadanía.
- Se afirma, además, que la tipificación actual del delito de extorsión constituye una violación del derecho a la protesta social y sus derechos conexos, como la libertad de reunión, de expresión, de conciencia, de participación política y de petición. Ello es incompatible con la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos, por constituir una herramienta que promueve la criminalización de la protesta socioambiental contra los defensores de los derechos humanos.
- El recurrente alega que la toma de locales, la obstaculización de vías de comunicación, el impedimento del libre tránsito, o la perturbación del normal funcionamiento de los servicios públicos o ejecución de obras legalmente autorizadas no guardan relación con el tipo penal de extorsión conforme a la doctrina citada.
- Más aún, en espacios rurales, esos son los mecanismos típicos empleados por la población de forma recurrente para realizar protestas sociales y reivindicar sus derechos frente al Estado y reclamar mejoras en sus condiciones de vida. La ley criminaliza esas medidas de fuerza que adoptan líderes y miembros de comunidades campesinas y nativas y organizaciones sociales en el país. Citan como ejemplo el caso del Baguazo, ocurrido en junio de 2009, donde una protesta pacífica buscó reivindicar derechos ancestrales sobre el territorio y denunciar la falta de consulta previa.
- El demandante argumenta que el derecho a la protesta, si bien no se encuentra expresamente reconocido, es un derecho fundamental innominado o derecho emergente, de conformidad con el artículo 3 de la Constitución y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

- El Colegio de Abogados recurrente alega, además, que la sentencia emitida por el Poder Judicial en el caso del Baguazo[1] habría reconocido explícitamente el derecho a la protesta, y lo conceptualiza como concreción de las libertades de expresión y de reunión; pero, a su juicio, el ejercicio de este derecho implica el ejercicio de otros derechos fundamentales.
- Respecto a la libertad de expresión, el demandante sostiene que la norma impugnada constituye una restricción sobre esta en su dimensión social, vulnerando el artículo 2.4 de la Constitución y 13.1 de la CADH. Señala que constituye un acto de censura contra quienes ejercen la protesta social, pues los medios típicos que esta contiene (a los que denomina *medidas de fuerza*) son utilizados para transmitir mensajes a la sociedad y al Estado. La citada restricción, además de impedir la difusión de dichos mensajes, comporta una sanción para los manifestantes.
- El Colegio de Abogados de Puno sostiene que se pone en peligro la posibilidad de un intercambio democrático y la circulación de ideas en la sociedad. Con esta medida se busca impedir que los ciudadanos conozcan los puntos de vista de quienes llevan a cabo la protesta.
- Respecto a la libertad de conciencia, se alega que la protesta social expresa un mensaje que refleja y concretiza una opción ética, como representación de una conciencia colectiva.
- Respecto al derecho de petición, se sostiene que una protesta involucra una petición al Estado que puede ir acompañada incluso de medidas de fuerza. Estas deben ser especialmente analizadas y atendidas cuando provienen de poblaciones que han experimentado históricamente mayor desigualdad.
- Por otro lado, el demandante alega que mediante la protesta social se expresarían opiniones fundamentalmente de contenido político, dirigidas a cuestionar asuntos de interés público. Por lo tanto, la protesta social manifiesta una dimensión colectiva del derecho a la participación política. La protesta implicaría, además, una materialización del pluralismo político.
- Asimismo, señala el demandante que la norma impugnada impediría realizar el test de proporcionalidad sobre conductas posiblemente ilícitas, pues en los casos de protestas existe una colisión entre derechos fundamentales en los que corresponde recurrir al test de proporcionalidad y analizar caso por caso para deslindar la protesta social del ejercicio ilegítimo de la violencia, pero la ley impide entrar a esta discusión y opta por la criminalización.

1 Expediente 00194-2009. Disponible en el sitio web: <https://bit.ly/2cRCZjn>. Consulta realizada el 8 de febrero de 2019.

- Sostiene el demandante que el Poder Judicial ha reconocido la legitimidad de recurrir a medidas de fuerza con la finalidad de proteger derechos de mayor importancia. Las medidas de fuerza serían un mal menor. El aporte fundamental de la sentencia del caso relacionado con el Baguazo sería la aplicación del principio de proporcionalidad a los casos de protesta social para determinar cuándo se está ante medidas de fuerza justificadas o no. La Corte IDH también ha rechazado la criminalización de la protesta social y la represión, por este motivo, de los defensores de derechos humanos.
- El demandante señala que existe un conjunto de principios constitucionales emergentes, necesarios para analizar la constitucionalidad de los actos realizados por líderes sociales, como consecuencia de adoptar medidas de fuerza en el contexto de manifestaciones o protestas. Algunos de ellos se utilizaron de forma expresa o tácita en la sentencia del caso *Baguazo*. Estos principios son los siguientes:

  a) Principio de reconocimiento de la protesta social como acto de defensa de derechos: la protesta es una expresión que sirve para la defensa de derechos y no debe ser penalizada.

  b) Principio de distancia deliberativa y falta de acceso a medios alternativos de visibilidad social: exige al Estado tener especial consideración por aquellos sectores de la sociedad en situación de vulnerabilidad que han tenido dificultades históricas para llamar la atención del gobierno, la prensa y la opinión pública, como consecuencia de deficiencias estructurales en los mecanismos de representación política y políticas públicas. Si estas poblaciones no recurren a medidas de fuerza, serán ignoradas.

  c) Principio del foro público: de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, la "defensa de un debate político robusto requiere de oportunidades genuinas para que los ciudadanos expresen y sean escuchados por las autoridades políticas".

  d) Principio relacionado con el reconocimiento de la calle como espacio público abierto: las calles y carreteras históricamente han sido espacios de manifestaciones y ejercicio de la deliberación pública.

  e) Principio de ejercicio democrático: las protestas sociales no son actos ilegales o extrasistema, sino que implican el ejercicio de derechos constitucionales, entre los que destaca el derecho a la participación política.

  f) Principio de contexto y trato diferenciado en casos de violaciones sistemáticas o estructurales de derechos: exige a los operadores de justicia tomar en cuenta los factores por los que surge una protesta. Se debe dar un trato diferenciado a los manifestantes cuando su conducta sea motivada por un contexto de violaciones sistemáticas o estructurales de derechos fundamentales.

- Argumenta el demandante que la criminalización de la protesta resulta incompatible con la obligación estatal de proteger a los defensores de derechos humanos, en especial

a los líderes y miembros de comunidades campesinas y nativas, que son quienes participan en las protestas sociales y quienes suelen recurrir a estas medidas de fuerza.

- Los defensores de los derechos humanos tienen una serie de derechos reconocidos por la ONU y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre los que se encuentran el de presentar críticas y propuestas a las autoridades gubernamentales para mejorar su desempeño y alertar sobre cualquier amenaza contra los derechos humanos; denunciar políticas y acciones de funcionarios y órganos gubernamentales que atenten contra estos derecho, y obtener protección eficaz de las leyes al reaccionar pacíficamente ante tales violaciones.

- De otra parte, el Estado tiene la obligación de proteger, promover y hacer efectivos todos los derechos humanos, proporcionar recursos eficaces a las personas que denuncien haber sido víctimas de una violación de tales derechos, y adoptar medidas necesarias para garantizar la protección de toda persona frente a la violencia, amenaza, represalia, discriminación, presión o cualquier otra acción arbitraria resultante del ejercicio legítimo de los derechos, entre otras.

- Esta obligación de proteger a los defensores de derechos humanos también ha sido reconocida en la jurisprudencia de la Corte IDH, la cual señala que el Estado está obligado a intervenir para proteger estos derechos. El demandante invoca dicha jurisprudencia[2] según la cual el Estado es responsable por la afectación de los derechos de los defensores de derechos humanos cuando: (i) existía una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos; (ii) se tuvo conocimiento por parte de las autoridades de ese riesgo; y, (iii) pese a ello, las autoridades no adoptaron medidas idóneas para prevenir el riesgo, estando en posibilidad de hacerlo.

- Señala el demandante que el Estado debe estar en posibilidad de adoptar medidas de protección y tiene la obligación de remover los obstáculos que impidan la vigencia de los alegados derechos, conforme al artículo 2 de la CADH, más aun si, a su criterio, garantizar el derecho a la protesta es una forma de defender la democracia.

- Por las razones expresadas, el demandante solicita que se emita una sentencia estimativa de anulación parcial del artículo 200 del Código Penal vigente.

B.2. Contestación de la demanda

Los argumentos expuestos en la contestación de la demanda son los siguientes:

- El demandado señala que existen razones para declarar improcedente la demanda, y otras para declararla infundada.

2 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yarce y otras vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016, Serie C N.º 325, párrafo 182. Disponible en el sitio web: <https://bit.ly/2iaxqOm>. Consulta realizada el 20 de marzo de 2019

- Respecto a la improcedencia, sostiene que el elemento constitutivo del tipo penal extorsión que hace mención de la "ventaja económica indebida o de cualquier otra índole" se encuentra vigente en nuestro ordenamiento desde el Decreto Legislativo 896[3], publicado el 24 de mayo de 1998. A su vez, lo dispuesto en el tercer párrafo de la disposición impugnada fue incorporado mediante el artículo 2 del Decreto Legislativo 982[4], publicado el 22 de julio de 2007.
- Por lo tanto, según el demandado, en atención a dicha identidad normativa, se habría excedido el plazo de 6 años para interponer la demanda de inconstitucionalidad conforme a lo dispuesto en el artículo 100 del Código Procesal Constitucional.
- Adicionalmente, el demandado señala que existe un pronunciamiento previo de este Tribunal sobre el fondo del asunto convalidando la constitucionalidad de los elementos ahora cuestionados del artículo 200 del Código Penal. El demandado aduce que, mediante la Sentencia 0012-2008-PI/TC, este Tribunal indicó que la expresión de opiniones o de protestas pueden realizarse siempre que dichas manifestaciones sean pacíficas y no alteren el orden público o derechos de terceros,pues, cuando ello ocurra (toma de locales, interrupción del tránsito, afectación de bienes y servicios públicos, etc.), se habrá cometido un delito.
- Finalmente, el Poder Ejecutivo enfatiza que el demandante sostiene que la tipificación del delito de extorsión "es arbitraria porque desnaturaliza su esencia en la doctrina". Es decir, a su criterio, el demandante cuestiona la norma por su falta de conformidad con esta última, lo que evidencia que entabló el presente proceso porque no se encuentra conforme con la norma impugnada. Añade, en tal sentido, que el parámetro de validez de la norma debe ser la Constitución y no los desarrollos teóricos que sobre el contenido de las leyes existieren.
- En cuanto a los aspectos de fondo, sobre la alegada afectación al principio de legalidad, el demandado señala que el término "ventaja" no es un elemento amplio ni vago, sino que resulta claro y preciso.
- Sobre la alegada vulneración del derecho a la protesta y derechos conexos, el demandado señala que la afirmación del demandante de que mediante la norma impugnada se busca criminalizar la protesta socioambiental no constituye, en realidad, un

3 Decreto Legislativo 896. "Artículo 200.- El que mediante violencia, amenaza o manteniendo en rehén a una persona, obliga a ésta o a otra a otorgar al agente o a un tercero una ventaja económica indebida o de cualquier otra índole, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años (…)".

4 Decreto Legislativo 982. "Artículo 200.- Extorsión (…) El que mediante violencia o amenaza, toma locales, obstaculiza vías de comunicación o impide el libre tránsito de la ciudadanía o perturba el normal funcionamiento de los servicios públicos o la ejecución de obras legalmente autorizadas, con el objeto de obtener de las autoridades cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años (…)".

cuestionamiento en abstracto de dicha norma (lo que corresponde a los procesos de inconstitucionalidad), sino uno en concreto de un tipo específico de protesta. Añade el Poder Ejecutivo que no se hace referencia en la norma cuestionada a tal tipo de protesta socioambiental y que el principio de "distancia deliberativa" no tiene sustento constitucional alguno y no puede ser usado como parámetro de validez.

- El demandado sostiene que, para la parte demandante, es válido que se realicen medidas de fuerza, es decir, ejerciendo violencia, pero que ello es incorrecto y no puede tener cabida en un Estado constitucional. El uso de la violencia, actos de fuerza o de todo acto que esté en contra del orden público o los derechos de terceros no puede justificarse en derechos como la libertad de reunión, de expresión, conciencia, petición o participación política. Además, el Estado tiene el deber de garantizar la prestación de servicios públicos y los derechos fundamentales de la población, por lo que no puede ser correcto el uso de la fuerza que el demandante busca legitimar.
- La norma impugnada no hace referencia a supuestos donde se realizan legítimamente movilizaciones, ni busca equiparar el ejercicio de la libertad de reunión con el delito de extorsión, pero recalca que tal libertad no puede ejercerse desconociendo el orden público y los derechos y libertades de los demás, lo cual se encuentra acorde con la jurisprudencia de este Tribunal.
- Respecto a la alegada afectación del derecho a la libertad de expresión, el demandante señala que la toma de locales, obstaculización de vías, las restricciones a la libertad de tránsito o el normal funcionamiento de los servicios públicos no pueden ser tomados como parte del contenido esencial del derecho citado, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- Respecto a la alegada afectación a la libertad de conciencia, señala que no queda clara la relación entre este derecho y la norma impugnada, pues esta no impide la formación de la propia conciencia.
- Finalmente, la norma no impide que se realicen peticiones, por lo que no afecta el derecho de petición; no afecta el ejercicio del derecho a la participación política por encontrarse conforme a él; no tiene relación directa con el principio de pluralismo político ni prohíbe o impide la aplicación del principio de razonabilidad a casos concretos por parte de los jueces.

II. FUNDAMENTOS

§1. DISPOSICIÓN IMPUGNADA Y DELIMITACIÓN DEL PETITORIO DE LA DEMANDA

1. En el presente caso, corresponde analizar los presuntos vicios de inconstitucionalidad alegados por el demandante; es decir, la eventual vulneración de principios y derechos fundamentales invocados en la demanda, tales como el principio de legalidad, el derecho a la protesta, la libertad de reunión, la libertad de expresión, la libertad de

conciencia, el derecho a la participación política y el derecho de petición, en los que habría incurrido el Poder Ejecutivo al expedir el Decreto Legislativo 1237, publicado el 26 de setiembre de 2015 en el diario oficial *El Peruano*, cuyo artículo único modifica, entre otros, el artículo 200 del Código Penal. Dicha disposición establece lo siguiente:

DECRETO LEGISLATIVO QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL, APROBADO POR EL DECRETO LEGISLATIVO Nº 635

Artículo Único.- Modificación de los artículos 46, 108-A, 121, 155, 158, 200, 279, 296, 296-B, 297, 308, 308-A, 308-C, 308-D, 309, 310, 310-A, 310-B, 310-C, 314, 314-B, 315 y 402 del Código Penal, aprobado por el Decreto Legislativo Nº 635.

Modifícase los artículos 46, 108-A, 121, 155, 158, 200, 279, 296, 296-B, 297, 308, 308-A, 308-C, 308-D, 309, 310, 310-A, 310-B, 310-C, 314, 314-B, 315 y 402 del Código Penal, aprobado por el Decreto Legislativo Nº 635 en los siguientes términos

Artículo 200.- Extorsión

El que mediante violencia o amenaza obliga a una persona o a una institución pública o privada a otorgar al agente o a un tercero una ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años.

La misma pena se aplicará al que, con la finalidad de contribuir a la comisión del delito de extorsión, suministra información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, cargo u oficio o proporciona deliberadamente los medios para la perpetración del delito.

El que mediante violencia o amenaza, toma locales, obstaculiza vías de comunicación o impide el libre tránsito de la ciudadanía o perturba el normal funcionamiento de los servicios públicos o la ejecución de obras legalmente autorizadas, con el objeto de obtener de las autoridades cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

El funcionario público con poder de decisión o el que desempeña cargo de confianza o de dirección que, contraviniendo lo establecido en el artículo 42 de la Constitución Política del Perú, participe en una huelga con el objeto de obtener para sí o para terceros cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

La pena será no menor de quince ni mayor de veinticinco años e inhabilitación conforme a los numerales 4 y 6 del artículo 36, si la violencia o amenaza es cometida:

a) A mano armada, o utilizando artefactos explosivos o incendiarios.

b) Participando dos o más personas; o,

c) Contra el propietario, responsable o contratista de la ejecución de una obra de construcción civil pública o privada, o de cualquier modo, impidiendo, perturbando, atentando o afectando la ejecución de la misma.

d) Aprovechando su condición de integrante de un sindicato de construcción civil.

e) Simulando ser trabajador de construcción civil.

Si el agente con la finalidad de obtener una ventaja económica indebida o de cualquier otra índole, mantiene en rehén a una persona, la pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años.

La pena será privativa de libertad no menor de treinta años, cuando en el supuesto previsto en el párrafo anterior:

a) Dura más de veinticuatro horas.

b) Se emplea crueldad contra el rehén.

c) El agraviado ejerce función pública o privada o es representante diplomático.

d) El rehén adolece de enfermedad grave.

e) Es cometido por dos o más personas.

f) Se causa lesiones leves a la víctima.

La pena prevista en el párrafo anterior se impone al agente que, para conseguir sus cometidos extorsivos, usa armas de fuego o artefactos explosivos.

La pena será de cadena perpetua cuando:

a) El rehén es menor de edad o mayor de setenta años.

b) El rehén es persona con discapacidad y el agente se aprovecha de esta circunstancia.

c) Si la víctima resulta con lesiones graves o muere durante o como consecuencia de dicho acto.

d) El agente se vale de menores de edad.

2. En el presente caso se advierte que lo realmente cuestionado no es el texto íntegro del artículo 200 del Código Penal, modificado por el artículo único del Decreto Legislativo 1237, sino únicamente la frase "u otra ventaja de cualquier otra índole", que se reitera en los párrafos primero, cuarto y sexto de dicho artículo, así como también la disposición establecida en el tercer párrafo de este.

§2. CUESTIÓN PROCESAL PREVIA

3. En primer lugar, el demandado alega que el elemento constitutivo del tipo penal extorsión que menciona a la "ventaja económica indebida o de cualquier otra índole" se encuentra vigente en nuestro ordenamiento desde el Decreto Legislativo 896, publicado

el 24 de mayo de 1998. Asimismo, añade que lo dispuesto en el tercer párrafo de la disposición impugnada fue incorporado mediante el artículo 2 del Decreto Legislativo 982, publicado el 22 de julio de 2007. Por consiguiente, en razón de dicha identidad normativa, se habría excedido el plazo de 6 años para interponer la demanda de inconstitucionalidad conforme a lo dispuesto en el artículo 100 del Código Procesal Constitucional.

4. Sin embargo, pese a dicha aseveración, lo cierto es que el artículo 200 del Código Penal fue reemplazado en su integridad por la modificatoria establecida en el artículo único del Decreto Legislativo 1237. Así, se advierte que todos los aspectos cuestionados por el demandante corresponden a la tipificación establecida por dicho Decreto Legislativo.

5. Por lo tanto, más allá de las coincidencias de contenido que hubiere entre los extremos cuestionados de la referida disposición y otros textos normativos publicados con anterioridad o vigentes en el pasado, en tanto antecedentes del artículo 200 del Código Penal, corresponde considerar a la primera como un nuevo acto legislativo, susceptible por tanto de ser sometido a un control de constitucionalidad *in abstracto.*

6. En consecuencia, y de conformidad con el artículo 100 del Código Procesal Constitucional, si se parte del hecho de que el Decreto Legislativo 1237 ha sido publicado en el diario oficial *El Peruano* el 26 de setiembre de 2015, se concluye que, al momento de la presentación de la demanda, esto es, el 19 de abril de 2018, no había vencido el plazo establecido para tal fin.

7. De otra parte, el demandado ha sostenido también que existe un pronunciamiento previo de este Tribunal sobre el fondo del asunto que confirma la constitucionalidad de los elementos ahora cuestionados del artículo 200 del Código Penal. Así, refiere que, mediante la Sentencia 0012-2008-PI/TC, este Tribunal indicó que la expresión de opinión o las protestas pueden realizarse siempre que dichas manifestaciones sean pacíficas y no alteren el orden público o derechos de terceros, pues, cuando ello ocurra (toma de locales, interrupción del tránsito, afectar bienes y servicios públicos, etc.), se habrá cometido un delito.

8. Ante dicha afirmación, se debe determinar si, en efecto, la demanda de autos plantea una controversia sustancialmente igual a aquella desestimada en el caso anterior, o si, por el contrario, plantea una controversia constitucional distinta de la que se resolviera precedentemente.

9. Para ello, cabe recordar que este Tribunal ha establecido que una controversia actual es sustancialmente igual a la resuelta en una sentencia anterior si es que el objeto y el parámetro de control empleados en la sentencia desestimatoria anterior y los que contiene la nueva demanda de inconstitucionalidad son los mismos (Sentencia 0010-2015-PI/TC, fundamento 4). Este Tribunal advierte que la respuesta a tal interrogante es negativa.

10. Al respecto, en la Sentencia 0012-2008-PI/TC, este Tribunal realizó el control constitucional de la siguiente disposición contenida en el artículo 2 del Decreto Legislativo 982:

> El funcionario público con poder de decisión o el que desempeña cargo de confianza o de dirección que, contraviniendo lo establecido en el artículo 42 de la Constitución Política del Perú, participe en una huelga con el objeto de obtener para sí o para terceros cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con inhabilitación conforme a los incisos 1) y 2) del artículo 36 del Código Penal.

11. Como puede observarse, la disposición previamente detallada objeto de control constitucional en aquella oportunidad fue el artículo 2 del Decreto Legislativo 982 y no el artículo único del Decreto Legislativo 1237. Esto es, se trata de dos disposiciones formalmente distintas. A ello debe añadirse que, en aquella oportunidad, lo analizado por este Tribunal Constitucional en lo que respecta al delito de extorsión en los términos de la modificatoria del artículo 200 del Código Penal, establecida en el Decreto Legislativo 982, estuvo referido en general a la participación en huelgas por parte de los funcionarios públicos con poder de decisión, y no se centró en el análisis específico de la frase "u otra ventaja de cualquier otra índole", que se cuestiona en el presente caso.

12. Por lo tanto, la controversia constitucional de autos no es sustancialmente igual a la establecida en la Sentencia 0012-2008-PI/TC. Siendo ello así, este Tribunal tiene competencia para evaluar la constitucionalidad de la frase "u otra ventaja de cualquier otra índole" de los párrafos primero, cuarto y sexto, y de la disposición ubicada en el tercer párrafo de la modificatoria del artículo 200 del Código Penal, aprobado por la modificatoria establecida en el artículo único Decreto Legislativo 1237.

§3. PERSECUCIÓN PENAL DE LA PROTESTA EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

13. Este Tribunal Constitucional ha sostenido en reiterada jurisprudencia que el Estado peruano, de acuerdo con los artículos 3 y 43 de la Constitución Política del Perú de 1993, es un Estado social y democrático de derecho, y que, en tal sentido, se sustenta "en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales" (Sentencia 0008-2003-AI/TC, fundamento 10).

14. Según dicha premisa, la persecución penal en un Estado social y democrático de derecho debe enmarcarse estrictamente de los cánones que le son propios a este. En tal sentido, como se indicó en la Sentencia 0019-2005-PI/TC:

> El Derecho Penal es la rama del ordenamiento jurídico que regula el *ius puniendi*, monopolio del Estado, y que, por tal razón, por antonomasia, es capaz de limitar o restringir, en mayor o menor medida, el derecho fundamental a la libertad personal. De ahí que, desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una

> conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad). Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental [...].
>
> En ese sentido, dentro de los límites que la Constitución impone, el legislador goza de un amplio margen para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no sólo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario y en aras de la protección de bienes constitucionalmente relevantes, sino también la de no desvirtuar los fines del instrumento que dicho poder punitivo utiliza para garantizar la plena vigencia de los referidos bienes, es decir, no desnaturalizar los fines de la pena (fundamentos 35 y 36).

15. Dicho en otros términos, el Estado debe recurrir como última *ratio* al ejercicio del *ius puniendi*, y debe procurar, dentro de lo razonablemente posible, de acuerdo con el orden público constitucional, hacer uso de todos los mecanismos institucionales de diálogo existentes a fin de evitar y, en todo caso, hacer frente a los conflictos que puedan generarse, teniendo presente 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).

16. Comprenderlo de esta forma presupone evitar el riesgo de caer en un populismo punitivo, esto es, aumentar las penas o la persecución penal por razones meramente coyunturales y sin que exista un fundamento objetivo y justificado para ello, aprovechando la exposición mediática de un caso[5].

17. En efecto, el aumento de las penas y sanciones o de la persecución penal por razones únicamente coyunturales no se condice con los fines consustanciales de un Estado constitucional de derecho. Y es que las restricciones a la libertad personal producidas en tales términos y bajo tales condiciones son contrarias al principio-derecho de dignidad humana.

18. Además, este Tribunal advierte que, en la medida en que la principal herramienta del populismo punitivo es el encarcelamiento[6], el recurso a esta práctica socava manifiestamente la legitimidad sobre la que se asienta el *ius puniendi* estatal, por cuanto se desnaturaliza y pervierte la razón de ser de la intervención del Estado en la persecución del delito.

---

5 LARA AMAT Y LEÓN, Joan. "El conflicto social en la globalización neoliberal y el neoconservadurismo: entre las nuevas guerras y el populismo punitivo". En: *Revista Crítica Penal y Poder*, N.º 4, marzo, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2013, p. 142.

6 LARRAURI, Elena. "Populismo punitivo…y cómo resistirlo". En Jueces para la democracia. Información y debate. N.º 55, 2006, p. 18.

19. De esta manera, bajo la impronta del populismo punitivo, que es expresión de un derecho vindicativo[7], emerge la figura del delincuente como un objeto de castigo y represión antes que como una persona, y como tal, un fin en sí mismo, cuya sanción penal debe conllevar a la resocialización, esto es, a su reeducación, rehabilitación y reincorporación a la sociedad, de conformidad con el artículo 139 de la Constitución Política de 1993.

20. En concreto, se desconoce el principio de subsidiariedad en virtud del cual se debe recurrir como último recurso al derecho penal, por cuanto corresponde al Estado intentar agotar todas las medidas alternativas posibles con las que cuente y que, fundamentalmente, sean menos limitativas de derechos para proteger los intereses del conjunto social. En ese sentido es que emerge el derecho penal como la última *ratio* para garantizar los intereses básicos de la comunidad[8].

21. Lo anterior no es baladí, especialmente para el legislador democrático, cuyas competencias deben ser ejercidas sin oportunismo y con lealtad a la Constitución. Así, si en su esfera de poder recae la política punitiva del Estado peruano, dicho poder debe ser ejercido con responsabilidad ante la ciudadanía y especialmente con prudencia, conllevando todo ello a que las competencias legislativas tengan como guía de acción los intereses superiores de la comunidad política y los derechos fundamentales de sus integrantes.

22. Ahora bien, la reflexión anterior resulta crucial en contextos en los que la realidad socio-política tiende a ser conflictiva. A ello debe añadirse que, incluso en tales circunstancias, las vías institucionales existentes para que los ciudadanos canalicen sus demandas legítimas ante las autoridades pueden, en no pocas ocasiones, resultar insuficientes para hacer llegar los mensajes y reclamos pacíficos que quieran comunicar a los poderes públicos y privados, así como a la sociedad en su conjunto con fuerza persuasiva.

23. Efectivamente, en primer lugar, la libertad de crítica de los ciudadanos en nuestro país ha sido consagrada constitucionalmente a través del reconocimiento de ciertos derechos fundamentales y principios constitucionales: i) la libertad de conciencia (artículo 2, inciso 3), ii) las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley (artículo 2 inciso 4); iii) la libertad de reunirse pacíficamente

7 LARA AMAT Y LEÓN, Joan. Óp. Cit., pp. 134-136.

8 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Octava Edición. Barcelona: Reppertor, 2008, p. 118. Ver también: GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe. *Fundamentos de la dogmática penal. Una perspectiva desde los derechos humanos. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, 2017, pp. 146-147 y RIVERA BEIRAS, Iñaki. Recorridos y posibles formas de la penalidad. Barcelona: Anthropos, 2005.

sin armas (artículo 2 inciso 12); y iv) el derecho de huelga (artículo 28); de manera que todo ello, sin ánimo de exhaustividad, brinda cobertura constitucional a los reclamos y demandas ciudadanas con fines pacíficos[9].

24. Pero puede ocurrir que, frente a determinados cambios en la orientación de las políticas de Estado, se generen situaciones de descontento y malestar en ciertos sectores o en buena parte de la población, por razones políticas, sociales, económicas, ambientales, culturales, ideológicas, etc., y que estos decidan organizar y llevar a cabo acciones de protesta frente a las cuales las autoridades en ocasiones responden, usando como principal mecanismo de contención la represión penal, aun cuando, como ya se indicó previamente, la recurrencia al *ius puniendi* debe realizarse como última *ratio*.

25. Ante ello cabe preguntar si el marco constitucional y legal existente vinculado con situaciones de conflicto y protesta social, tal y como se encuentra configurado, es lo suficientemente protector y garantista, en el entendido de que se debe mantener el equilibrio entre la sanción de las conductas auténticamente antijurídicas y proscritas por el orden público constitucional y el respeto de los derechos fundamentales de los manifestantes.

26. Como es sabido, en la Norma Fundamental se plasman diversas concepciones y valoraciones sobre la vida en común, diversos principios y bienes constitucionales que, no pocas veces, pueden contraponerse, generando así controversias constitucionales que el juez constitucional debe estar a la altura de resolver a partir de la interpretación genuina de la Constitución, con miras a la pacificación de los conflictos a través de soluciones justas.

27. Al respecto, como punto de partida para la resolución del presente caso, este Tribunal tiene en cuenta que la realidad de nuestro país no está alejada de los conflictos sociales, que muchas veces desembocan en situaciones violentas, ante la falta de un diálogo oportuno y robusto entre quienes protestan y las autoridades o los destinatarios de sus reclamos.

28. Según el reporte de conflictos sociales n.º 179 de la Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad de la Defensoría del Pueblo[10], hubo 158 acciones colectivas de protesta durante el mes de enero de 2019, y se registraron 180 conflictos en el mes, de los cuales 133 eran conflictos activos (73.9 %) y 47 (26.1 %) eran conflictos latentes. Asimismo, de acuerdo con dicho reporte, 79 conflictos se encontraban en proceso de diálogo (59.4 % de los casos activos), 105 casos presentaron al menos un hecho de violencia desde que iniciaron (58.7 %) y 48 conflictos pasaron a etapa de diálogo después de un hecho de violencia (60.8 %).

9 Esta reflexión parte de lo analizado en el caso español por PISARELLO, Gerardo y Jaume ASENS. *La bestia sin bozal. En defensa del derecho a la protesta*. Madrid: Catarata, 2014, p. 17.

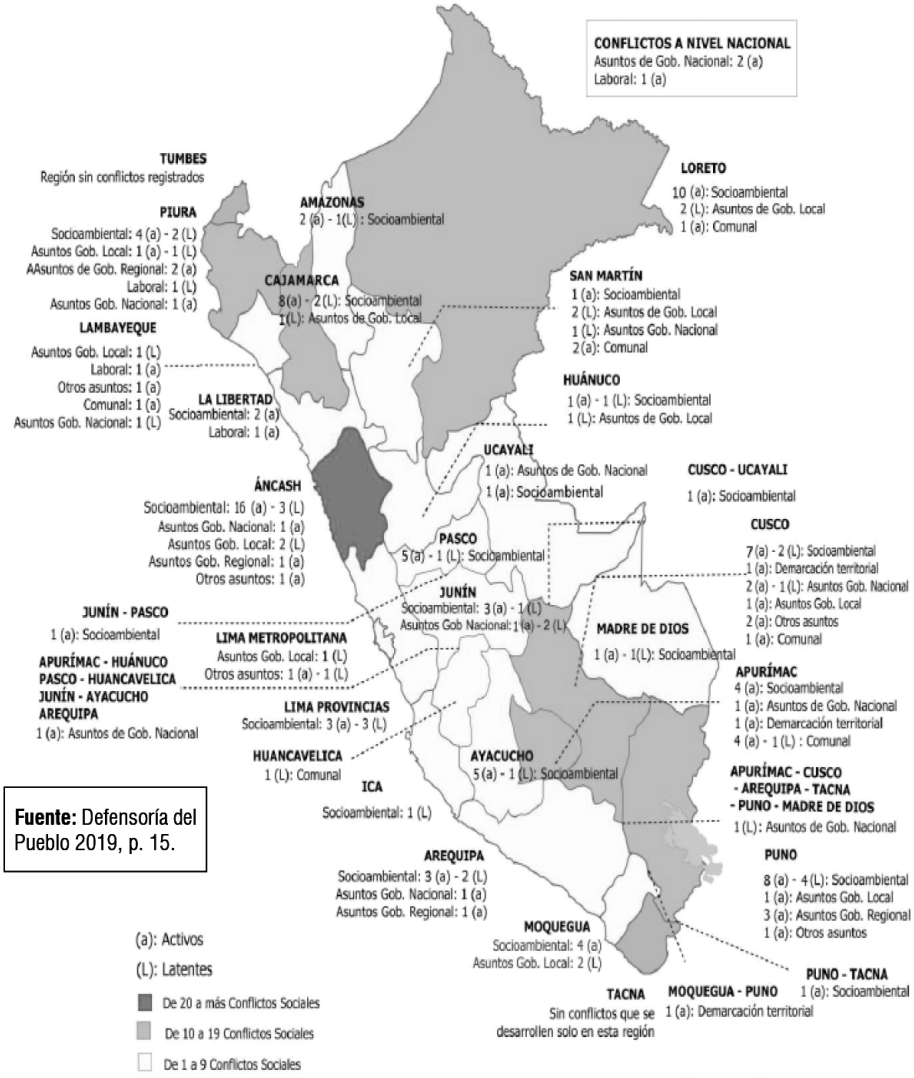
10 Disponible en el sitio web: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/02/Conflictos-Sociales-N%C2%B0-179-Enero-2019.pdf>. Consulta realizada el 8 de marzo de 2019.

Cuadro N.° 1:
PERÚ: CONFLICTOS SOCIALES REGISTRADOS POR MES, ENERO 2018-19
(Número de casos)

2018												2019
Ene	Feb	Mar	Abr	May	Jun	Jul	Ago	Sep	Oct	Nov	Dic	Ene
176	182	188	196	198	198	198	196	202	199	194	181	180

Fuente: Defensoría del Pueblo 2019, p. 6.

Gráfico N.° 3:
PERÚ: CASOS REGISTRADOS POR REGIÓN, SEGÚN TIPO Y ESTADO, ENERO 2019
(Número de casos)



Fuente: Defensoría del Pueblo 2019, p. 15.

29. Lo anterior da cuenta de una situación social caracterizada por conflictos no resueltos, pero fundamentalmente por su vinculación en mayor o menor medida a escenarios violentos. Evidentemente, una forma de responder desde el Estado a tal problemática por la que se suele optar en los últimos años es recrudecer las penas o ampliar las conductas prohibidas en los delitos ya existentes.

30. Dicha práctica puede tornarse inconstitucional por vulnerar derechos, principios y valores constitucionales, a menos que se adviertan razones objetivas que fundamenten al ejercicio del *ius puniendi* estatal.

31. Establecido lo anterior, a este Tribunal le corresponde resolver si la tipificación de las conductas prohibidas como parte del delito de extorsión en el Código Penal vigente, modificado por el artículo único del Decreto Legislativo 1237, que objetan los demandantes vulnera o no la Constitución.

§4. IMPLICANCIAS DE LA MODIFICATORIA INTRODUCIDA POR EL DECRETO LEGISLATIVO 1237 AL DELITO DE EXTORSIÓN EN EL VIGENTE CÓDIGO PENAL A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

32. Como se ha indicado previamente, el demandante únicamente cuestiona la disposición "u otra ventaja de cualquier otra índole", que se reitera en los párrafos primero, cuarto y sexto del artículo 200 del Código Penal, modificado por el Decreto Legislativo 1237, así como también la disposición establecida en el tercer párrafo de este, según el cual:

> El que mediante violencia o amenaza, toma locales, obstaculiza vías de comunicación o impide el libre tránsito de la ciudadanía o perturba el normal funcionamiento de los servicios públicos o la ejecución de obras legalmente autorizadas, con el objeto de obtener de las autoridades cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

4.1. SOBRE LA SUPUESTA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

33. El principio de legalidad penal se encuentra consagrado en el artículo 2, inciso 24, literal "d", de la Constitución Política del Perú, según el cual "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley".

34. Este Tribunal ha indicado lo siguiente en la Sentencia 3644-2015-PHC/TC:

> [...] el principio de legalidad penal se configura también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al

momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones; en tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica [...] (fundamento 8).

35. En este caso, el demandante alega que el delito de extorsión ha sido desnaturalizado desde la expedición del Decreto Legislativo 896, publicado el 24 de mayo de 1998, al señalarse que la ventaja que se derivaría de la extorsión podía ser no solo económica, sino "de cualquier otra índole", lo que implica el desconocimiento de la naturaleza patrimonial del delito de extorsión.

36. Sin embargo, para este Tribunal dicho argumento carece de asidero constitucional en la medida en que se encuentra dentro del marco de lo constitucionalmente posible la determinación de los bienes jurídicos protegidos por parte del legislador penal así como su naturaleza jurídica, siempre que con ello se respete el principio de lesividad, esto es, la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante que podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental, así como los restantes principios y bienes constitucionales, como es el caso de la razonabilidad y proporcionalidad.

37. De esta manera, si el legislador penal, respetando escrupulosamente el principio de lesividad, además de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, decide proteger bienes jurídicos adicionales en la tipificación del delito de extorsión más allá del elemento patrimonial, no infringe el ámbito de lo explícita e implícitamente prohibido por la Constitución.

38. Por lo tanto, corresponde desestimar la demanda en el referido extremo.

39. Asimismo, el demandante alega que habría identidad entre las conductas proscritas por el delito de extorsión y otros delitos. Por ejemplo, indica que la perturbación de los servicios públicos ya se encuentra tipificada en el artículo 283 del Código Penal (sobre entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos), o que el caso de la toma de locales ya se encuentra tipificado en el delito de usurpación regulado en el artículo 202 del Código Penal. Añade también que el delito de extorsión se confundiría con el delito de coacción establecido en el artículo 151 del Código Penal, vulnerando así el principio de legalidad.

40. Sin embargo, de la revisión de estos tipos penales se advierte claramente que son conductas distintas las que el legislador ha buscado proscribir en tales delitos, identificándose elementos diferenciadores en las correspondientes conductas delictivas proscritas por ellos. Así, a diferencia de lo que sucede en el delito de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos (artículo 283 del Código Penal) o del delito de coacción (artículo 151 del Código Penal), la configuración del delito de extorsión requiere la búsqueda de una ventaja indebida que puede ser económica o de cualquier otra índole.

41. Dicho en otros términos, en el caso del delito de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos (artículo 283 del Código Penal), que sanciona a todo aquel o aquella que impide, estorba o entorpece el normal funcionamiento del transporte o de los servicios públicos de telecomunicaciones, saneamiento, electricidad, hidrocarburos o de sustancias energéticas similares, este Tribunal advierte que el tipo penal no exige que el autor persiga el otorgamiento de una ventaja económica indebida o de cualquier otra índole, lo que tampoco es requisito para la configuración del tipo penal de coacción (artículo 151 del Código Penal), tipo penal residual que sanciona a toda persona que mediante amenaza o violencia obliga a otro a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe.

42. En cambio, en el caso del delito de extorsión (artículo 200 del Código Penal modificado por el único del Decreto Legislativo 1237), la presencia de dicho elemento, esto es, el objeto de obtener de las autoridades cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole es necesaria para la configuración del tipo penal.

43. Por otro lado, en el caso de la figura de usurpación (artículo 202 del Código Penal), dicho delito exige, entre otros supuestos, que mediante violencia o amenaza se turbe la posesión de un inmueble, supuesto completamente ajeno a al tipo penal de extorsión.

44. Todo lo anterior conlleva a sostener que en la presente controversia sometida a control constitucional no se está sancionando una misma conducta varias veces a través de los delitos de extorsión, entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos, usurpación y coacción; de manera que lo sostenido por el demandante a este respecto carece de asidero constitucional.

45. Por lo tanto, corresponde desestimar tal extremo de la demanda.

46. Asimismo, los demandantes sostienen que en el delito de extorsión la imprecisión de la frase "u otra ventaja de cualquier otra índole" afecta el principio de *lex certa*.

47. Al respecto, este Tribunal advierte que la disposición "u otra ventaja de cualquier otra índole", reiterada en los párrafos primero, tercero, cuarto y sexto del artículo 200, modificado por el artículo único del Decreto Legislativo 1237, si bien no identifica un beneficio concreto deja claro que se trata de obtener ilegítimamente, por medios violentos o a través de amenazas, una ventaja de una naturaleza distinta a la patrimonial, y ello no resulta, *per se,* inconstitucional.

48. En efecto, debe tenerse en cuenta que la interpretación sistemática de la disposición "u otra ventaja de cualquier otra índole" junto con el resto de disposiciones integrantes del delito de extorsión, contemplado en el artículo 200 del Código Penal, modificado por el artículo único del Decreto Legislativo 1237, conlleva a sostener que dicha disposición cuestionada está redactada con un nivel de precisión suficiente que permite a cualquier ciudadano de formación básica comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo, a fin de que pueda conocer claramente si su conducta configura o no el delito de extorsión, de ser el caso.

49. Efectivamente, el tipo penal exige que lo siguiente:

    a. que el agente haya recurrido a la violencia o la amenaza;

    b. que el agente haya obligado a una persona o a una institución pública o privada a otorgar al autor o a un tercero una ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole (no económica, se entiende).

50. El tercer párrafo añade un elemento a los señalados. En este caso se exige que el agente:

    a. mediante violencia o la amenaza;

    b. haya realizado alguna de las siguientes acciones: tomar locales, obstaculizar vías de comunicación, impedir el libre tránsito de la ciudadanía, perturbar el normal funcionamiento de los servicios públicos o perturbar la ejecución de obras legalmente autorizadas;

    c. con la finalidad de obtener una ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole (no económica, se entiende).

51. Siendo ello así, este Tribunal advierte que la citada disposición "u otra ventaja de cualquier otra índole", en el caso de la tipificación del delito de extorsión, en los términos del artículo 200 del Código Penal, modificado por el Decreto Legislativo 1237, no vulnera el principio de *lex certa*.

52. Por lo expuesto, corresponde desestimar también el referido extremo de la demanda.

4.2. ¿TIENE SUSTENTO CONSTITUCIONAL DIRECTO EL INVOCADO "DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTESTA"?

53. El demandante alega que la tipificación del artículo 200 del Código Penal, modificado por el artículo único del Decreto Legislativo 1237, vulnera el derecho fundamental a la protesta, además de sus derechos conexos: libre reunión, libre expresión, libre conciencia, participación política y petición.

54. El demandante argumenta que el derecho a la protesta, si bien no se encuentra expresamente reconocido, es un derecho fundamental innominado o derecho emergente, de conformidad con el artículo 3 de la Constitución y 29 de la CADH.

55. Con relación a esto, debe tenerse presente que este Tribunal se ha pronunciado sobre los alcances de la noción de "sustento constitucional directo". En ese sentido, sobre dicha noción, este Colegiado ha resuelto en la Sentencia 1417-2005-PA/TC lo siguiente:

> Un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa.

> Correspondiendo un mayor o menor desarrollo legislativo, en función de la opción legislativa de desarrollar los derechos fundamentales establecidos por el constituyente (Sentencia 1417-2005-PA/TC, fundamento 10).

56. Indicado ello, corresponde preguntar si de la Norma Fundamental se desprende un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección en el caso de la protesta. Dicho marco de referencia alude a los principios incorporados en el artículo 3 de la Constitución, cuya fuerza normativa exige, de corresponder, el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales derivados de aquellos, en los términos desarrollados por la jurisprudencia de este Tribunal.

4.2.1. SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE NUEVOS DERECHOS FUNDAMENTALES

57. Este Tribunal ha tenido oportunidad de resolver controversias cuya solución requería el pronunciamiento en torno a la necesidad de aplicar o no la cláusula establecida en el artículo 3 de la Constitución Política del Perú de 1993, según el cual:

> 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

58. Así, por ejemplo, en la Sentencia 0895-2001-AA/TC, este Tribunal sostuvo:

> [...] para que los textos constitucionales y, en particular, aquellos nuevos derechos directamente vinculados con el principio de dignidad no sean desmerecidos en su condición de auténticos derechos fundamentales como consecuencia de la existencia de nuevas necesidades o situaciones, de avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales, las constituciones suelen habilitar una cláusula de "desarrollo de los derechos fundamentales", cuyo propósito no solo es prestarle el reconocimiento como derechos de la más alta consideración, sino incluso, dotarlos de las mismas garantías de aquellos que sí lo tienen expresamente. Ese es el propósito que cumple, por cierto, el artículo 3° de nuestra Constitución (fundamento 5).

59. En el citado fundamento de dicha sentencia, se explicitó que la aplicación de la cláusula de los derechos no enumerados (artículo 3 de la Norma Fundamental) debe distinguirse de los "contenidos implícitos" de los derechos expresamente reconocidos. Así, en lo que respecta a las posiciones de derecho fundamental, corresponde distinguir los siguientes supuestos:

    i) el caso de los derechos fundamentales expresamente reconocidos;

    ii) la identificación de un derecho en el contenido de otro derecho expresamente reconocido, como, por ejemplo, ocurre con el derecho a un plazo razonable y su consideración como contenido implícito del derecho al debido proceso; y

iii) el caso de aquellos derechos que se derivan de los principios desarrollados en el artículo 3 de la Norma Fundamental y que constituyen derechos autónomos.

60. Asimismo, en aquella oportunidad se dejó en claro la naturaleza excepcional de la aplicación del referido artículo 3:

> La apelación al artículo 3° de la Constitución, en ese sentido, debe quedar reservada solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de 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 (Sentencia 0895-2001-AA/TC, fundamento 5).

61. Lo anterior fue determinante para que este Tribunal considerase el derecho a la objeción de conciencia como un contenido implícito del derecho fundamental a la libertad de conciencia, sin necesidad de aplicar la cláusula establecida en el artículo 3 de la Constitución Política de 1993.

62. En cambio, aplicando esta última cláusula, en la Sentencia 2488-2002-HC/TC, fundamentos 12 y 13, se reconoció el derecho a la verdad como derecho fundamental, argumentándose por qué en aquella oportunidad sí resultaba justificada la recurrencia a dicha cláusula.

63. Además, en la Sentencia 0168-2005-PC/TC, fundamento 9, en aplicación de la citada cláusula, se reconoció la configuración del derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos.

64. Luego, a través de la Sentencia 06534-2006-PA/TC, fundamento 17, se reconoció, en aplicación del citado artículo 3 de la Constitución, el derecho fundamental al agua potable, que con posterioridad resultaría positivizado por el constituyente derivado en el artículo 7-A de la Constitución, incorporado a través de la Ley 30588, "Ley de Reforma Constitucional que reconoce el derecho de acceso al agua como derecho constitucional".

65. En atención a lo previamente expuesto, es oportuno explicitar en qué casos corresponde que este Tribunal reconozca un nuevo derecho fundamental, distinto a un contenido implícito o nuevo de los derechos fundamentales expresamente reconocidos en el texto constitucional:

- Cuando se aplique la cláusula reconocida en el artículo 3 de la Constitución bajo las condiciones establecidas por este Tribunal, esto es, que no sea posible deducir el derecho como contenido implícito, nuevo o adicional de un derecho ya reconocido.

- En dicho supuesto, resulta medular la identificación de una relación cierta, directa e indesligable entre la posición de derecho fundamental a reconocer o derecho fundamental *en sentido estricto*, esto es, entre los concretos atributos que serían exigibles por los titulares del derecho al destinatario de la norma o normas deducidas, y alguno de los siguientes principios: dignidad humana (artículo 1), Estado

social y democrático de derecho (artículos 3 y 43), soberanía popular (artículo 45), supremacía constitucional y jerarquía normativa (artículo 51) así como la forma republicana de gobierno; ello, evidentemente, no excluye una eventual relación igualmente directa e indesligable con otros principios constitucionales como la igualdad, el pluralismo, la tolerancia, entre otros principios dimanantes del orden público constitucional.

66. En todos los casos, los derechos a reconocer deben constituir atributos fundamentales de la persona, de gran relevancia constitucional y cuyo no reconocimiento y garantía conlleve a un estado de cosas intolerable para el orden público constitucional.

67. Explicado lo anterior, y en lo que respecta a la determinación de la inconstitucionalidad por el fondo del artículo 200 del Código Penal, modificado por el artículo único del Decreto Legislativo 1237, este Tribunal, en primer término, debe verificar si, a la luz de las opciones valorativas reconocidas por nuestro ordenamiento constitucional, puede o no hablarse de un derecho constitucional a la protesta, y si tras su eventual vulneración o amenaza, le asiste la protección constitucional que se otorga al resto de atributos y libertades expresamente reconocidas por la Constitución.

4.2.2. LA PROTESTA EN EL MARCO DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

68. Este Tribunal considera que, cualquiera que sea la concepción que los poderes públicos y, en especial, el legislador y los jueces tengan en torno a la protesta social, esta última es indesligable de las exigencias, límites y alcances de la democracia en un Estado constitucional de derecho[11] y, en concreto, de los términos en que ha sido establecido el principio democrático en la Constitución Política del Perú de 1993, aspecto sobre el cual este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse con anterioridad.

69. En reiteradas ocasiones, el Tribunal Constitucional ha sostenido que, tal como se desprende del artículo 43 de la Constitución, el Estado peruano es un Estado Social y Democrático de Derecho; y que, en ese sentido:

> El principio democrático, inherente al Estado Constitucional, alude no sólo al reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo (principio político de soberanía popular) y de su voluntad plasmada en la Norma Fundamental del Estado (principio jurídico de supremacía constitucional), sino también a la necesidad de que dicho reconocimiento originario se proyecte como una realidad constante en la vida social del Estado, de manera tal que, a partir de la institucionalización de los cauces respectivos, cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de

11 GARGARELLA, Roberto. "El Derecho frente a la protesta social". *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Vol. 58, N.º 250, 2008, p. 185.

> la capacidad de participar de manera activa "en la vida política, económica, social y cultural de la Nación", según reconoce y exige el artículo 2 17 de la Constitución.
>
> La democracia se fundamenta pues en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado (artículo 1 de la Constitución), por lo que su participación en la formación de la voluntad político-estatal, es presupuesto indispensable para garantizar el máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales [Sentencia 04677-2004-AA/TC, fundamento 12].

70. Asimismo, este Tribunal ha indicado que es consustancial a dicha finalidad el reconocimiento de un conjunto de principios y derechos fundamentales que a su vez constituyen garantías institucionales de la democracia, en atención a la relación directa con su estabilidad y consolidación, entre los que se encuentran "los denominados derechos políticos, enumerados en los artículos 2 inciso 17 y 30 a 35, los derechos a las libertades de información, opinión e información (artículo 2 inciso 4), de acceso a la información pública (artículo 2 inciso 5), de asociación (artículo 2 inciso 13) y de reunión, previsto en el artículo 2 inciso 12 de la Carta Fundamental" (Sentencia 04677-2004-AA/TC, fundamento 12)

71. Ahora bien, conviene recordar que en la Sentencia 0006-2017-PI/TC, fundamento 2, este Tribunal ha sostenido que la democracia representativa rige nuestro sistema constitucional, y se encuentra prevista en el artículo 45 de la Constitución, según el cual "el poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen".

72. Sin embargo, también es cierto que la democracia representativa puede atravesar por crisis donde se ponga en cuestionamiento la capacidad de los representantes para expresar la voluntad real y auténtica de los representados. Precisamente, en dichos contextos de crisis, adquiere mayor relevancia el reconocimiento y garantía de la protesta con fines legítimos y en el marco de la legalidad imperante, siempre que esta última sea conforme a la Constitución, por cuanto en tal entendido dicha protesta, con tales características, constituirá una genuina expresión de la soberanía popular (artículo 45 de la Constitución).

73. Pero, además de ello, la protesta se erige también como un auténtico mecanismo de expresión y eventual reivindicación de las minorías que no logran ser representadas en los ámbitos institucionales a los que solo acceden legítima y legalmente las mayorías, de forma tal que la omisión, en cuanto a su reconocimiento y garantía desde el Estado, no solo menoscabaría profundamente las posibilidades reales de presentar sus demandas a quien corresponda, siempre que estas sean legítimas y legales de acuerdo al orden público constitucional, sino también que dicha omisión contravendría un principio basilar del Estado peruano, de acuerdo con la Constitución Política de 1993, como es el pluralismo, en sus manifestaciones política, ideológica, de pensamiento y creencias.

74. En el marco de tales consideraciones, este Tribunal considera que, a la luz de las opciones valorativas reconocidas por nuestro ordenamiento constitucional, entre las que destaca como prisma fundamental el principio democrático y su plasmación jurídica en la Constitución como marco garantista, lo que debe extenderse también a contextos de cambio y crisis de la representación, resulta una exigencia del orden público constitucional el reconocimiento del derecho a la protesta como derecho fundamental, derecho que asiste a toda persona que mantiene una posición crítica frente al poder, sea este último público o privado, todo ello sobre la base de aspiraciones legítimas de quienes protestan y siempre que se respete la legalidad conforme al orden fundamental. Y es que la expresión de la crítica pública en democracia, así como el proceso de su elaboración y la construcción del pensamiento crítico son fundamentales para la comunidad política.

75. Así las cosas, la utilización de la fórmula de individualización permitiría legitimar la existencia de un derecho a la protesta en calidad de atributo fundamental no enumerado. Su reconocimiento se encontraría ligado directamente a un principio fundamental e identitario del Estado peruano bajo la Constitución Política del Perú de 1993, como es el principio democrático, en consonancia con otro principio igualmente fundamental, como es el de supremacía constitucional, que le sirve de marco de actuación, pero, especialmente, como fuente de legitimidad.

76. Por lo expuesto, cabe sostener que, tras la eventual vulneración o amenaza de vulneración del derecho fundamental a la protesta, le asiste la protección constitucional institucional y procesal (de conformidad con el artículo 37 del Código Procesal Constitucional) que la Norma Fundamental otorga al resto de atributos y libertades expresamente reconocidas por ella.

4.2.3. LA PROTESTA COMO DERECHO FUNDAMENTAL: NATURALEZA, TITULARIDAD, CONTENIDO, LÍMITES Y RELACIÓN CON OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES

77. Indicado lo anterior, corresponde explicitar la naturaleza, titularidad, contenido, límites y relación del derecho fundamental a la protesta con otros derechos fundamentales.

78. En cuanto a la naturaleza de este derecho, este Tribunal considera que se trata de un derecho relacional de libertad y que, como tal, implica la no injerencia del Estado en su ejercicio o realización.

79. No obstante, los diversos derechos fundamentales demandan del Estado distintos deberes, más allá de la sola no injerencia o interferencia, lo que también se aprecia en el caso del derecho fundamental a la protesta, como es el caso del deber de protección del derecho ante la obstaculización proveniente de terceros, el deber de promover las condiciones para resolver los conflictos, en la medida de lo posible, a través de los canales institucionales existentes, y, eventualmente, el deber de reparar el derecho ante su violación.

80. En cuanto a su titularidad, este derecho asiste, en principio, a toda persona, sin que quepa condicionar el reconocimiento del mismo por los motivos prohibidos establecidos de conformidad con el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política de 1993, esto es, de origen, edad, opinión, etc.

81. Sin embargo, este Tribunal considera que al igual que en el caso de la limitación de los derechos a la sindicación y a la huelga realizada en el artículo 42 y 153 de la Constitución, en lo que respecta a la titularidad del derecho fundamental a la protesta que asiste a los servidores públicos, no se encuentran comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los jueces y fiscales, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, en atención básicamente al carácter esencial de los servicios que prestan.

82. Con relación a su contenido constitucionalmente protegido, este derecho comprende la facultad de cuestionar, de manera temporal o periódica, esporádica o continua, a través del espacio público o a través de medios de difusión (materiales, eléctricos, electrónicos, virtuales y/o tecnológicos), de manera individual o colectiva, los hechos, situaciones, disposiciones o medidas (incluso normativas) por razones de tipo político, económico, social, laboral, ambiental, cultural, ideológico o de cualquier otra índole, que establezcan los poderes públicos o privados, con el objeto de obtener un cambio del *status quo* a nivel local, regional, nacional, internacional o global, siempre que ello se realice sobre la base de un fin legítimo según el orden público constitucional, y que en el ejercicio de la protesta se respete la legalidad que sea conforme con la Constitución.

83. En lo que respecta a sus límites, debe tenerse presente que, como todo derecho fundamental, el derecho a la protesta no es un derecho absoluto o ilimitado. Así, los límites de este derecho se desprenden de la prohibición de vaciar de contenido otros derechos, principios y reglas constitucionales. En todo caso, el alcance de los límites que específicamente operen sobre este derecho deberá ser evaluado a la luz de cada caso concreto. Empero, ello no es óbice para que este Tribunal pueda desarrollar ciertas pautas sobre los límites del derecho fundamental a la protesta.

84. En principio, este derecho fundamental no ampara el uso de la violencia como fin o mecanismo de la protesta, como tampoco el uso de armas ni la promoción de la discriminación por los motivos prohibidos en el artículo 2 inciso de la Constitución o por motivos de cualquier otra índole.

85. Una cosa distinta es que durante la realización de protestas se desarrollen hechos de violencia. Los autores de los desmanes, actos violentos o delitos deben ser sancionados sin reprimir indiscriminadamente a todos los que participan de la protesta por cuanto la responsabilidad penal es individual y la participación en actos o manifestaciones de protesta constituye un derecho, aun cuando sus pretensiones, reivindicaciones o consignas pudieran resultar profundamente cáusticas o desagradables para otros sectores.

86. Por lo demás, toda regulación y eventual limitación del derecho fundamental a la protesta se deberá hacer a través de una ley en sentido formal o, en su defecto, por medio de una norma que satisfaga la reserva de acto legislativo, garantizando de este modo los principios de generalidad e igualdad de trato. Y es que, como se sostuvo en la Sentencia 0005-2013-PI/TC, fundamento 13, "cualquier regulación que importe una restricción en los derechos fundamentales debe ser llevada a cabo a través de una norma general y no de fuentes de igual jerarquía que no cumplan los requisitos de aquella, o de normas de inferior jerarquía".

87. Cabe precisar que la reserva legal, entendida como una de "acto legislativo", no es omnicomprensiva para cualquier tipo de norma a las que el ordenamiento pueda haber conferido el rango de ley, pues se requiere garantizar que los límites a derechos fundamentales cuenten necesariamente con la intervención del Poder Legislativo, preservando su carácter general y su conformidad con el principio de igualdad (Sentencia 0005-2013-PI/TC, fundamento 16; Sentencia 02235-2004-PA/TC, fundamento 4; y concordantes).

88. Asimismo, tales límites, en lo que respecta a la hora, lugar y forma[12], deben encontrarse debidamente motivados por la autoridad competente, tratándose de un deber exigible caso por caso, de manera tal que el derecho solo sea restringido por causas válidas, objetivas y razonables (principio de razonabilidad), y, en modo alguno, más allá de lo que resulte estrictamente necesario y proporcional (principio de proporcionalidad). Cabe advertir, además, que el ejercicio de este derecho no está subordinado a autorización por parte de las autoridades.

89. Además, en lo que respecta a su relación con otros derechos fundamentales, este Tribunal advierte que el ejercicio del derecho a la protesta suele ser conexo al ejercicio de otras libertades iusfundamentales, como es el caso de las libertades de opinión, expresión, y difusión del pensamiento, el derecho a huelga, la libertad de tránsito y el derecho de reunión.

90. Sin embargo, pese a que el ejercicio del derecho a la protesta suele vincularse con el ejercicio de los citados derechos fundamentales, no se confunde con ellos por cuanto protege todas aquellas situaciones, independientemente de que eventualmente puedan además resultar amparadas o no de manera concurrente por tales derechos, en las que se haga o busque hacer público un cuestionamiento de tipo político, económico, social, cultural, laboral, ambiental o de cualquier otra índole, amparados por la Constitución en sentido material, motivado por un *animus* identificable de cambio del estado de cosas imperante, a nivel local, regional, nacional, internacional o global, al margen de si ello se hace individual o colectivamente y de los medios o espacios que

12 Instituto Nacional de Derechos Humanos / Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). *Protesta social y derechos humanos: estándares internacionales y nacionales*. Santiago de Chile, 2014, p. 71

se utilicen, siempre que el fin sea legítimo y se respete la legalidad conforme al orden constitucional, quedando fuera del ámbito de protección de este derecho la incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia[13].

91. Por ejemplo, cuando un grupo de personas ocupan una plaza pública con fines sociales o recreativos, ello no involucra el ejercicio del derecho a la protesta. Asimismo, se puede ejercer este derecho fundamental a título individual a través de medios virtuales, sin que ello conlleve al ejercicio del derecho fundamental de reunión, derecho que, además, se ejerce colectivamente. En resumen, pueden existir reuniones sin protesta y protesta sin reunión.

92. En todo caso, cuando se trate de un ejercicio concurrente con otros derechos fundamentales, se deberá también respetar los límites de estos últimos. Por ejemplo, si el ejercicio del derecho a la protesta se manifiesta a través del derecho de reunión en un caso concreto, la protección constitucional de dicho ejercicio tendrá como límite los límites expresos e implícitos de este segundo derecho en cada caso concreto, para lo cual es fundamental tener como pauta lo desarrollado por este Tribunal al respecto. En este último caso –esto es, cuando operan los límites implícitos–, la ponderación de derechos fundamentales en colisión deberá considerar todos los derechos que se encuentran en juego, incluyendo evidentemente el derecho a la protesta, de manera que, junto a este último, concurrirán los demás derechos fundamentales concernidos, a efectos de evaluar si una limitación resulta razonable y proporcional.

93. Sin perjuicio de lo anterior, corresponde reiterar que cuando una protesta exceda sus límites constitucionales el Estado puede y debe legítimamente restablecer el orden interno, siempre que respete la Constitución, en sentido formal y material. Al respecto, cabe recordar que este Tribunal ha sostenido lo siguiente:

> En un supuesto de normalidad constitucional es la Policía Nacional la que tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden; mientras que, en uno de anormalidad constitucional, esto es, bajo un estado de emergencia, tales tareas (y no otras) son las que pueden confiarse a las Fuerzas Armadas, cuando así lo hubiese dispuesto el Presidente de la República y, por lo mismo, de forma excepcional [Sentencia 0017-2003-AI/TC, fundamento 71].

94. Ahora bien, en la medida en que la sola posibilidad de que se autorice el uso de la fuerza implica la facultad de restringir determinados derechos, incluyendo el derecho a la protesta y derechos conexos, el despliegue que se haga de aquel debe ser, en todos los casos, conforme a la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos, esto es, debe ejercerse de manera estrictamente necesaria y proporcional, lo cual implica distinguir entre quienes protestan pacíficamente o cuya finalidad no

13 Véase: Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai. A/HRC/23/39, párr. 59.

es la violencia en sí misma y no emplean medios violentos, y aquellos que deliberada e injustificadamente incurren en actos o amenazas de violencia durante una protesta.

95. En todo caso, este Tribunal considera que la sola ocurrencia de hechos aislados de violencia, que deben ser sancionados de conformidad con el orden jurídico-constitucional vigente mediante medidas razonables y proporcionadas, no quiebra la legitimidad y legalidad de una protesta siempre que esta responda a los parámetros establecidos anteriormente.

4.2.4. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PROTESTA

96. Los demandantes sostienen que la tercera disposición del artículo 200 del Código Penal, modificado por el artículo único del Decreto Legislativo 1237, vulnera el derecho fundamental a la protesta, entre otros derechos fundamentales. Dicha disposición establece lo siguiente:

> El que, mediante violencia o amenaza, toma locales, obstaculiza vías de comunicación o impide el libre tránsito de la ciudadanía o perturba el normal funcionamiento de los servicios públicos o la ejecución de obras legalmente autorizadas, con el objeto de obtener de las autoridades cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

97. Al respecto, y como se ha indicado previamente, el uso de la violencia o amenaza como parte de la protesta o como único o principal mecanismo de cuestionamiento no se encuentra protegido por el derecho fundamental a la protesta.

98. En el presente caso, este Tribunal advierte que la disposición sometida a control de constitucionalidad no penaliza la sola toma de locales, la sola obstaculización de vías de comunicación, el solo impedimento del libre tránsito de la ciudadanía, la sola perturbación del normal funcionamiento de los servicios públicos o de la ejecución de obras legalmente autorizadas, sino la realización de cualquiera de estas conductas mediante violencia o amenaza con el objeto de obtener cualquier beneficio o ventaja económica u otra ventaja de cualquier otra índole que sean indebidos, sin perjuicio de las conductas criminalizadas por el legislador en el Capítulo II, "Delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos", del Título XII, "Delitos contra la seguridad pública", del Código Penal.

99. Asimismo, este Tribunal ha sostenido *supra* que la disposición "beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole" no vulnera el principio de *lex certa* y que, en todo caso, dicha proscripción no alcanza *per se* a demandas eventualmente legítimas, como son, los pedidos de aumentos remunerativos, salariales o de pensiones, la reducción del coste de los servicios públicos, la invocación de respeto al medio ambiente, el reconocimiento de nuevos derechos, entre otros,

independientemente de si se encuentran amparados o no legalmente en un determinado momento dentro del orden jurídico.

100. Siendo ello así, en la medida en que el derecho fundamental a la protesta no protege la violencia o la amenaza de violencia ni que con ello se busque obtener un beneficio o ventaja económica u otra ventaja de cualquier otra índole que sea indebida, este Tribunal considera que la aludida disposición constitucional no incide en el contenido constitucionalmente protegido del referido derecho.

101. Por lo expuesto, corresponde desestimar la demanda en el citado extremo en los términos previamente establecidos.

4.3. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE REUNIÓN

102. Los demandantes alegan también que la tercera disposición del artículo 200 del Código Penal, modificado por el artículo único del Decreto Legislativo 1237, vulnera el derecho fundamental a la libertad de reunión.

103. Al respecto, este Tribunal ha sostenido en ocasiones anteriores lo siguiente:

> El derecho de reunión puede ser definido como la facultad de toda persona de congregarse junto a otras, en un lugar determinado, temporal y pacíficamente, y sin necesidad de autorización previa, con el propósito compartido de exponer y/o intercambiar libremente ideas u opiniones, defender sus intereses o acordar acciones comunes (Sentencia 04677-2004-PA/TC, fundamento 14).

104. Asimismo, en aquella oportunidad se dejó establecido en cuanto al elemento finalista, uno de los que integran el contenido constitucionalmente protegido del derecho, que "resulta manifiesto que el mínimo daño intencionalmente provocado a los bienes o personas, no forma parte del ejercicio válido del derecho" (fundamento 15).

105. Ahora bien, este Tribunal considera que lo penalizado por la aludida disposición se encuentra fuera del ámbito protegido por el derecho fundamental a la libertad de reunión, que no solo no ampara ningún tipo de violencia, sino que también no involucra la búsqueda de un beneficio o ventaja económica o de cualquier otra índole cuando este sea indebido, en los términos explicados *supra*. De esta manera, se advierte que la citada disposición no vulnera el derecho fundamental de reunión.

106. Por lo tanto, corresponde desestimar la demanda en el presente extremo.

4.4. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

107. Los demandantes alegan, además, que la citada tercera disposición del artículo 200 del Código Penal, modificado por el artículo único del Decreto Legislativo 1237, vulnera el derecho fundamental a la libertad de expresión.

108. Este Tribunal, en la Sentencia 01001-2013-PA/TC, fundamento 16, sostuvo que "el derecho fundamental a la libertad de expresión garantiza la posibilidad de formular declaraciones a través de los medios de comunicación sin autorización ni censura previa de ningún tipo".

109. En razón de lo anterior, se advierte que lo proscrito por la referida tercera disposición del artículo 200 del Código Penal, en los términos de la modificatoria hecha por el artículo único del Decreto Legislativo 1237, no vulnera el derecho fundamental de libertad de expresión por cuanto las conductas prohibidas en el correspondiente tipo penal no se refieren a declaraciones a través de medios de comunicación, que es lo concretamente amparado por el contenido constitucionalmente protegido del citado derecho.

110. Por lo expuesto, corresponde desestimar la demanda en el referido extremo.

4.5. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE OPINIÓN

111. Los demandantes alegan, además, que la disposición objeto de control constitucional previamente aludida también vulnera el derecho a la libre opinión.

112. Sin embargo, como se ha indicado previamente, las conductas proscritas por la aludida disposición no se relacionan directamente con la libre formación de la opinión ni con su difusión, protegidas por el artículo 2, inciso 4, de la Constitución Política del Perú de 1993.

113. Por ello, como en el caso anterior, corresponde desestimar la demanda en el citado extremo.

4.6. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA

114. Además, los demandantes añaden que la disposición en cuestionamiento vulnera el derecho fundamental a la libertad de conciencia.

115. Al respecto, este Tribunal ha sostenido en la Sentencia 0895-2001-PA/TC, fundamento 3, lo siguiente:

> [Este derecho protege la facultad de toda persona de] formarse libremente la propia conciencia, de manera tal que aquella formación se vea exenta de intromisiones de cualquier tipo. El libre desarrollo de la personalidad del individuo implica que en el transcurrir de la vida la persona vaya formándose en valores o principios que den lugar a la generación de un propio cúmulo de criterios e ideas. El Estado Constitucional de Derecho resguarda que el forjamiento de la propia conciencia no conlleve perturbación o imposición de ningún orden, ni siquiera de aquellos postulados éticos o morales que cuenten con el más contundente y mayoritario apoyo social,

pues justamente, una condición intrínseca al ideal democrático lo constituye el garantizar el respeto de los valores e ideas de la minoría.

116. Este derecho fundamental, reconocido en el artículo 2, inciso 3, de la Constitución, no protege las situaciones proscritas por la aludida disposición.

117. Por ello, corresponde desestimar la demanda en este último extremo.

4.7. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

118. Además, los demandantes sostienen que la disposición en cuestionamiento vulnera el derecho fundamental a la participación política.

119. De acuerdo con el artículo 2, inciso 17, de la Constitución, toda persona tiene derecho a participar en forma individual o asociada en la vida política de la Nación. Por su parte, el artículo 31 de la Norma Fundamental dispone lo siguiente:

> Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica.

120. Asimismo, de acuerdo con el artículo 35 de la Norma Fundamental, es posible ejercer dicho derecho "individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, conforme a ley", precisándose que "tales organizaciones concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular [...]".

121. Como puede advertirse, este derecho protege la participación en asuntos públicos de manera institucional, sea individual o colectivamente, esto es, sea a través del sufragio, de ser elegido, planteando la aprobación de normas a través del ejercicio de la iniciativa legislativa, participando en consultas populares, removiendo o revocando autoridades y pidiendo la rendición de cuentas, de acuerdo con lo establecido por ley, lo cual, evidentemente, no guarda relación con las conductas prohibidas por la disposición objeto de control constitucional en el presente caso.

122. Por ello, corresponde también desestimar la demanda en el referido extremo.

4.8. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE PETICIÓN

123. Finalmente, los demandantes refieren que la aludida disposición ha vulnerado el derecho fundamental de petición.

124. Este derecho se encuentra reconocido en el artículo 2, inciso 20, de nuestra Constitución, según el cual toda persona tiene derecho a formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la cual, a su vez, está

obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad.

125. De acuerdo con este Tribunal, en la Sentencia 05264-2009-PA/TC, fundamento 4, el contenido constitucionalmente protegido de este derecho está conformado por dos aspectos: el primero es el relacionado estrictamente con la libertad reconocida a cualquier persona para formular pedidos escritos a la autoridad competente; y el segundo, unido irremediablemente al anterior, está referido a la obligación de la referida autoridad de otorgar una respuesta al peticionante.

126. En este caso, se aprecia que ninguno de dichos elementos ha sido afectado negativamente por la tercera disposición del artículo 200 del Código Penal, modificado por el artículo único del Decreto Legislativo 1237. De esta manera, este Tribunal advierte que esta disposición no ha vulnerado el derecho fundamental de petición.

127. Por consiguiente, corresponde también desestimar la demanda en el citado extremo.

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.

Publíquese y notifíquese.

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
RAMOS NÚÑEZ

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Si bien comparto la decisión adoptada en el presente caso, emito este fundamento de voto ante la necesidad de precisar ciertos puntos. Estos aspectos son esencialmente dos, a saber: (i) sobre lo que se debe entender por "ventaja de cualquier otra índole" en el tipo penal de extorsión modificado por el Decreto Legislativo 1237, y (ii) sobre si el derecho fundamental a la protesta es un derecho autónomo no enumerado que se deriva del artículo 3 de la Constitución o es un contenido implícito de otro u otros derechos.

A continuación, expongo entonces, mis puntos de vista en torno a esas dos cuestiones particulares.

*

Una preocupación que ha sido expresada por la parte demandante en este caso tiene que ver con la alegada imprecisión en la que se incurre con la frase "u otra ventaja de cualquier otra índole" reiterada en los párrafos primero, tercero, cuarto y sexto del artículo 200 del Código Penal, modificado por el artículo único del Decreto Legislativo 1237. Se acusa, al respecto, que con la inclusión de dicha frase el delito de extorsión se torna impreciso, vulnerando así el principio de legalidad.

Al respecto, debo señalar que coincido con la sentencia en que con dicha frase se deja claro que, de lo que se trata, es de obtener ilegítimamente, por medios violentos o a través de amenazas, una ventaja de una naturaleza distinta a la patrimonial (fundamento 47). También coincido en que aquella "ventaja de cualquier otra índole" no puede ser entendida como aquellas demandas "eventualmente legítimas, como son, los pedidos de aumentos remunerativos, salariales o de pensiones, la reducción del coste de los servicios públicos, la invocación de respeto al medio ambiente, el reconocimiento de nuevos derechos, entre otros, independientemente de si se encuentran amparados o no legalmente en un determinado momento dentro del orden jurídico" (fundamento 99).

Sin embargo, aunado a lo que en la sentencia ya se ha establecido al respecto, considero que es preciso recalcar que, para fines de salvaguardar el principio de legalidad, corresponde al juez penal, al momento de juzgar la comisión o no del delito de extorsión en los términos expuestos, interpretar el enunciado "u otra ventaja de cualquier otra índole" de la manera más precisa posible a fin de evitar que éste sirva como cajón de sastre para emplearlo como pretexto para condenar y, en consecuencia, "criminalizar la protesta".

Lo anterior parte por comprender, de manera particular, que este Tribunal ha establecido que ante la posibilidad de que existan tipos penales, *prima facie*, abiertos, "se delega al juzgador la labor de complementarlos mediante la interpretación" [Expediente 010-2001-AI/TC, fundamento 49]. Esto parte, además, del deber que tiene todo juez de motivar adecuadamente sus decisiones de conformidad con el artículo 139, inciso 5, de nuestra Constitución.

Finalmente, no se debe olvidar que son los jueces de la justicia ordinaria los encargados de hacer prevalecer los principios y derechos fundamentales que la Constitución recoge (artículo 138 de la Constitución).

**

En segundo término, tenemos que la sentencia recoge en sus fundamentos 74 y 75 un reconocimiento del derecho a la protesta como derecho autónomo, en calidad de atributo fundamental no enumerado. Al respecto, si bien coincido en que nuestra Constitución reconoce el derecho fundamental a la protesta, tengo mis reparos en cuanto a que dicho reconocimiento se haga a partir de la cláusula de los derechos no enumerados que dispone el artículo 3 de nuestra Carta Magna.

El referido artículo establece lo siguiente:

> "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."

Es así que, a partir de la lectura del artículo 3 de la Constitución, encontramos que nuestro sistema constitucional diseña una apertura en cuanto al reconocimiento de "nuevos derechos fundamentales", siempre, claro está, que el reconocimiento de los mismos esté basado en la dignidad de la persona humana, en los principios de soberanía del pueblo, en los principios del Estado democrático de derecho y en la forma republicana de gobierno.

Ahora bien, necesario es señalar que esta cláusula *numerus apertus* del artículo 3 es una fórmula muy distinta del reconocimiento de derechos implícitos que se pueden derivar de otros derechos expresamente reconocidos por la Constitución. De hecho, esa distinción fue abordada por este Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente 0895-2001-AA/TC al señalar, en su fundamento 5, que: "(…) la consideración de derechos no enumerados debe distinguirse de los "contenidos implícitos" de los "derechos viejos". En ocasiones, en efecto, es posible identificar dentro del contenido de un derecho expresamente reconocido otro derecho (...)".

Tal es el caso, solo por poner algunos ejemplos, del derecho a la prueba como contenido implícito del derecho al debido proceso [Expediente 010-2002-AI/TC], del derecho a no autoincriminarse como contenido implícito del debido proceso penal [Expediente 003-2005-PI/TC], del derecho de acceso a los recursos como contenido implícito del derecho a la pluralidad de instancias [Expediente 1391-2006-PA/TC]; del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable como manifestación implícita del derecho al debido proceso [Expediente 2666-2012-PHC/TC], entre otros.

Esto demuestra que, más allá de lo que expresamente está recogido en nuestra Constitución en cuanto al reconocimiento de derechos fundamentales se refiere, es tarea del intérprete de la Constitución dilucidar todos aquellos contenidos que "implícitamente" podrían hallarse dentro de aquella figura expresada textualmente.

Ahora bien, podría pensarse que, ante la necesidad de plantear el desarrollo de algún derecho en específico que no se recoge de manera expresa en la Constitución, el intérprete de la misma tiene la libertad de optar por el reconocimiento de un nuevo derecho a partir de la cláusula de los derechos no enumerados del artículo 3 o a partir del reconocimiento del contenido implícito de un derecho expresamente reconocido. No obstante, la propia jurisprudencia de este Tribunal ofrece una respuesta sobre el particular:

> "En la medida en que sea razonablemente posible, debe encontrarse en el desarrollo de los derechos constitucionales expresamente reconocidos las manifestaciones que permitan consolidar el respeto a la dignidad del hombre, puesto que ello impediría la tendencia a recurrir constantemente a la cláusula constitucional de los derechos "no enumerados" y, con ello, desvirtuar el propósito para el cual fue creada. La apelación al artículo 3 de la Constitución, en ese sentido, debe quedar reservada solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de 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". [Expedientes 00032-2010-PI/TC, fundamento 21 y 0895-2001-PA/TC, fundamento 5].

Como vemos, este Tribunal Constitucional ha entendido que la cláusula del artículo 3 de la Constitución para el reconocimiento de nuevos derechos no enumerados es residual. Esto, en buena cuenta, quiere decir que solamente cabe acudir a aquella disposición cuando no sea posible desprender de ningún derecho expresamente recogido en la Constitución algún o algunos contenidos implícitos que sirvan para la resolución de una problemática planteada.

De hecho, la práctica del Tribunal Constitucional a lo largo del tiempo se condice con esa forma de comprender el artículo 3, pues, si observamos con detenimiento la jurisprudencia de este Tribunal, podemos advertir que las veces en las que se han reconocido nuevos derechos a partir del artículo 3 de la Constitución son muy pocas en comparación con las oportunidades en las cuales este Tribunal ha acudido a desentrañar el contenido o contenidos implícitos de los derechos fundamentales expresamente reconocidos.

Es entonces que, desde mi punto de vista, para la invocación del artículo 3 de la Constitución para reconocer un nuevo derecho, hace falta que, en primer término, se agote toda posibilidad que, interpretativamente, nos pueda llevar a reconocer algún contenido implícito en un derecho expreso.

En el presente caso, sin embargo, se puede advertir que primero se opta por hacer un reconocimiento del derecho a la protesta como un derecho autónomo no enumerado en aplicación del artículo 3 de la Constitución y, posteriormente (fundamentos 89 al 92), recién se expresan las razones por las cuales no sería viable desprender del contenido de otros derechos (libertad de opinión, libertad de expresión, derecho a la huelga, libertad de tránsito, derecho de reunión) el derecho a la protesta. Las justificaciones que además se vierten para desechar esa posibilidad son, a mi juicio, insuficientes.

Sobre esta cuestión, considero que resulta interesante advertir la forma en la que, por ejemplo, se ha comprendido el derecho a la protesta en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Así tenemos, en primer lugar, lo que ocurre en nuestro sistema, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En dicho sistema, al igual que ocurre con nuestra Constitución, no encontramos un reconocimiento explícito del derecho de protesta en los diversos instrumentos regionales de protección de derechos humanos y, ni siquiera, en el principal tratado como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Ello, sin embargo, no ha impedido que en nuestro sistema regional se reconozca el derecho a la protesta como un derecho humano que debe ser respetado y garantizado por los Estados. Dicho reconocimiento, valga decirlo, partió por la interpretación amplia de otros derechos que si se encuentran expresamente recogidos en los instrumentos regionales de protección de derechos humanos y en la propia CADH.

Al respecto tenemos, por ejemplo, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha reconocido en diversas oportunidades el derecho a la protesta como una de las formas de ejercicio del derecho de reunión y de la libertad expresión [Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas, 2011, párr. 106; Informe especial sobre la situación de la libertad de expresión en Cuba, 2018, párr. 194]. De manera más reciente, ha señalado que también existe una evidente interdependencia entre la protesta y los derechos a la libertad de asociación, a la libertad sindical o a la participación política [Protesta y derechos humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal, 2019, párrs. 20 al 25]

En una línea muy similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en casos como Herrera Ulloa Vs. Costa Rica (2004) o Norín Catrimán y otros Vs. Chile (2014), al analizar las alegaciones concernientes a la protesta social en el marco de lo presentado en esos casos, lo hizo desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión.

En el caso del Sistema Europeo de Derechos Humanos, el Convenio Europeo tiene una disposición específica, el artículo 11, que reconoce la libertad de reunión y de asociación, a partir del cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha desarrollado lo concerniente a la protesta social pacífica. Sin embargo, a pesar de dicha disposición autónoma, el TEDH ha reconocido que el artículo 11 también debe considerarse a la luz del artículo 10 (libertad de expresión), debido a que la libertad de reunión -en el contexto de la protesta- tiene como objetivo la expresión de opiniones, así como la necesidad de asegurar un foro para el debate público y la expresión abierta de ideas [TEDH. Caso Körtvélyessy Vs. Hungría. Sentencia de 5 de abril de 2016, párr. 24; Caso Kudrevičius y otros Vs. Lituania. Sentencia de 15 de octubre de 2015, párr. 86; Caso Nemtsov Vs. Rusia. Sentencia de 31 de julio de 2014, párr. 62, entre otros].

Finalmente, tenemos que la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos al referirse a la protesta, ha señalado que existe una relación estrecha entre ésta y los derechos a la libertad de expresión, de asociación y de reunión [CADHP. Caso International Pen, Constitutional Rights Project, Interights on behalf of Ken Saro-Wiwa Jr. and Civil Liberties Organization Vs. Nigeria. Sentencia de 31 de octubre de 1998].

Como vemos, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no ha tenido problemas en vincular o desprender de otros derechos -como el de la libertad de expresión, la libertad de reunión o de asociación- al derecho a la protesta. Ello, en ningún caso, ha significado que, por tratarse de un derecho que proviene de otro que si se recoge expresamente en un tratado, sea menos protegido u ostente un categoría inferior.

De hecho, así lo ha entendido también este Tribunal al referir que, "expresos o implícitos, los derechos fundamentales pertenecen al ordenamiento constitucional vigente" [Expediente 1417-2005-AA/TC, fundamento 5]. Es decir, unos no son más derechos que otros.

Dicho esto, soy de la opinión que, antes que ser un derecho no enumerado que se derive del artículo 3 de la Constitución, el derecho a la protesta es un derecho implícito que perfectamente puede desprenderse de derechos como la libertad de expresión (artículo 2, inciso 4), libertad de reunión (artículo 2, inciso 12), a la huelga (artículo 28, inciso 3) o, inclusive, de los derechos políticos (Capítulo III, Título I).

La ponencia deja entrever, erradamente a mi juicio, que el derecho a la protesta no podría desprenderse de estos otros derechos citados porque cuando se protesta no necesariamente se están ejerciendo los primeros. La sentencia señala, por ejemplo, que "pueden existir reuniones sin protesta y protesta sin reunión" (fundamento 1).

Coincido parcialmente con dicha apreciación. Es lógico que en los tiempos que corren es posible que las protestas puedan tener otras formas de manifestarse más allá de la clásica congregación de personas en las calles.

Sin embargo, y finalmente, considero que se debe evaluar en el caso a caso cual es el derecho que se encuentra involucrado a partir del cual se puede desprender el derecho a la protesta.

S.
RAMOS NÚÑEZ

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS FERRERO COSTA Y BLUME FORTINI

Con el debido respeto por la posición de nuestros colegas magistrados emitimos el presente voto singular, por las siguientes consideraciones.

En la demanda se impugna el artículo 200 del Código Penal, modificado por el Decreto Legislativo 1237, en la parte que prevé que el delito de extorsión puede tener una finalidad no patrimonial ("ventaja de cualquier otra índole"); por vulnerar, según los demandantes, el derecho a la protesta social (sic), las libertades de reunión, expresión, conciencia y opinión, y los derechos de participación política y de petición.

En razón de ello, los demandantes, a fojas 2, solicitan que, al declararse fundada la demanda, se suprima el tercer párrafo del mencionado artículo 200, y parcialmente sus párrafos primero, cuarto y sexto.

Los referidos párrafos primero, tercero, cuarto y sexto del artículo 200 del Código Penal señalan, respectivamente, lo siguiente:

> El que mediante violencia o amenaza obliga a una persona o a una institución pública o privada a otorgar al agente o a un tercero una ventaja económica indebida u otra **ventaja de cualquier otra índole** […].
>
> El que mediante violencia o amenaza, toma locales, obstaculiza vías de comunicación o impide el libre tránsito de la ciudadanía o perturba el normal funcionamiento de los servicios públicos o la ejecución de obras legalmente autorizadas, con el objeto de obtener de las autoridades cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra **ventaja de cualquier otra índole** […].
>
> El funcionario público con poder de decisión o el que desempeña cargo de confianza o de dirección que, contraviniendo lo establecido en el artículo 42 de la Constitución Política del Perú, participe en una huelga con el objeto de obtener para sí o para terceros cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra **ventaja de cualquier otra índole** […].
>
> Si el agente con la finalidad de obtener una ventaja económica indebida o **de cualquier otra índole**, mantiene en rehén a una persona, la pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años (énfasis añadido).

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente 010-2002-AI/TC, señaló que fórmulas del tipo "otra ventaja de cualquier índole" pueden ser entendidas como "cláusulas de interpretación o de extensión analógica", que "son aquellas que dejan abierta

la posibilidad de que el juzgador complete el tipo aplicando un razonamiento analógico" (fundamento 69).

Sin embargo, en aquella oportunidad, este Tribunal también precisó que dichas cláusulas no vulneran el principio de *lex certa* siempre y cuando el legislador establezca "supuestos ejemplificativos que puedan servir de parámetros a los que el intérprete debe referir otros supuestos análogos, pero no expresos" (fundamento 71).

En el caso de autos, no apreciamos que la norma impugnada contenga esos supuestos ejemplificativos que puedan servir de parámetros al juzgador para referir otras conductas análogas a la obtención de una ventaja económica indebida o cualquier otra, como constitutivas del delito de extorción. Así, no se sabe si esas "otras" ventajas podrían ser o no indebidas, o los asuntos o materias sobre los que podrían versar.

Por tal motivo, discrepamos respetuosamente de los fundamentos 47 a 51 de la ponencia, pues consideramos que la norma impugnada vulnera el principio de taxatividad, ya que la expresión "ventaja de cualquier otra índole", no es "expresa e inequívoca", como exige la Constitución a la ley penal (artículo 2, inciso 24, literal "d").

Sin embargo, la declaración de inconstitucionalidad lleva a suprimir sólo la frase "ventaja de cualquier otra índole" en los párrafos impugnados del artículo 200 del Código Penal, y no, como piden los demandantes, a la supresión del tercer párrafo de éste, por lo que la demanda sólo debe ser parcialmente estimada.

Por tales razones, nuestro voto es por declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda y, en consecuencia, inconstitucional la frase "ventaja de cualquier otra índole*",* del primer, tercer, cuarto y sexto párrafo del artículo 200 del Código Penal; e **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.

De otro lado y para concluir, discrepamos del reconocimiento que hace la ponencia de lo que denomina "derecho fundamental a la protesta", como un supuesto derecho no enumerado por la Constitución e implícito en el artículo 3 de ésta.

Según el diccionario de la Real Academia Española, el verbo "protestar" tiene, en lo que aquí interesa, las siguientes acepciones:

- **Declarar** o **proclamar** un propósito.
- Dicho de una persona: **Expresar**, generalmente con vehemencia, su queja o disconformidad.
- **Expresar** la oposición a alguien o a algo. *Protestar contra una injusticia.*

Como puede apreciarse, este verbo hace referencia a *expresar*, por lo general vehementemente, un propósito o idea, un reclamo o disconformidad con algo o alguien.

Siendo ello así, el acto de protestar está protegido en nuestra Constitución por la libertad de expresión (artículo 2, inciso 4), sin que se necesite recurrir al reconocimiento de un derecho supuestamente no enumerado e implícito.

La acción de protestar está, pues, tutelada por la libertad de expresión y esta, a su vez, puede ser un medio para el ejercicio, a través de la protesta, de otros derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, como la libertad de pensamiento o ideológica (artículo 2, incisos 3 y 4), o las libertades de conciencia y de religión (artículo 2, inciso 3).

SS.
FERRERO COSTA
BLUME FORTINI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el mayor respeto por mis colegas magistrados, discrepo de los fundamentos y el sentido de la ponencia, por las razones que expresaré a continuación:

Sobre la falta de claridad del contenido del derecho a la protesta

1. ¿Cuál es el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la protesta? En los fundamentos 82, 98, 99 y 100 se establece un contenido constitucionalmente protegido, así como supuestos que no serían tutelados. Sin embargo, personalmente no veo con claridad qué cosa está permitido y qué cosa, por el contrario, resultaría prohibido.

2. A modo de ejemplo, en el fundamento 98 de la ponencia, se señala lo siguiente:

> En el presente caso, este Tribunal advierte que la disposición sometida a control de constitucionalidad no penaliza la sola toma de locales, la sola obstaculización de vías de comunicación, el solo impedimento del libre tránsito de la ciudadanía, la sola perturbación del normal funcionamiento de los servicios públicos o de la ejecución de obras legalmente autorizadas, sino la realización de cualquiera de estas conductas mediante violencia o amenaza con el objeto de obtener cualquier beneficio o ventaja económica u otra ventaja de cualquier otra índole que sean indebidos, sin perjuicio de las conductas criminalizadas por el legislador en el Capítulo II, "Delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos", del Título XII, "Delitos contra la seguridad pública", del Código Penal.

3. De ello se advierte que, en el contexto de una protesta social, lo sancionado o prohibido penalmente por el legislador no se refiere únicamente a las conductas señaladas en el artículo 200 del Código Penal, sino también a aquellas tipificadas en el Capítulo II, "Delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos", del Título XII, "Delitos contra la seguridad pública", del Código Penal. Estas últimas, por cierto, no han sido materia de análisis en la ponencia.

4. En atención a ello, considero que la ponencia debió desarrollar, en primer lugar, la definición de lo que entiende por protesta social, su relación con el ejercicio de diversos derechos fundamentales (libertad de expresión, reunión, entre otros), y qué situaciones estarían permitidas en el contexto de una protesta. Luego de definir todo ello, recién se debió analizar si la conducta tipificada como delito de extorsión implicaba o no sancionar situaciones válidas de protesta, tal como se expuso en la demanda.

Sobre la similitud entre el delito de extorsión y el delito de usurpación

5. No comparto lo señalado en el fundamento 43, debido a que el delito de usurpación previsto en el artículo 202 del Código Penal, en su inciso 2 sanciona a aquel que con *"violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de*

la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real". Este supuesto sí coincide con la modalidad del delito de extorsión referida al uso de violencia o amenaza para la toma de locales, diferenciándose únicamente en la existencia de un elemento subjetivo del tipo previsto para el delito de extorsión ("ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole").

6. La existencia de un elemento subjetivo del tipo constituye parecería ser, desde un punto de vista teórico-dogmático, una situación menor entre un delito y otro. No obstante, la diferencia se acentúa a nivel probatorio, en el que para sancionar a alguien por delito de extorsión se debe demostrar adicionalmente que tenía la intención, con la conducta realizada, de obtener una ganancia económica o beneficio de cualquier otro tipo, lo que no se exigiría para el delito de usurpación.

Sobre el elemento subjetivo del tipo en el delito de extorsión

7. El elemento subjetivo del tipo en el delito de extorsión, cuestionado en el presente caso, se configura cuando el agente, más allá de realizar la conducta típica de manera dolosa, tiene la intención de obtener un beneficio o ventaja económica indebida *"u otra ventaja de cualquier otra índole".* Cabe precisar que esta "finalidad" o "intención" está contemplada en diversas modalidades y agravantes del delito de extorsión previsto en el artículo 200 del Código Penal, conforme se expone a continuación:

> **Artículo 200.- Extorsión**
>
> El que mediante violencia o amenaza obliga a una persona o a una institución pública o privada a otorgar al agente o a un tercero ***una ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole,*** será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años.
>
> La misma pena se aplicará al que, con la finalidad de contribuir a la comisión del delito de extorsión, suministra información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, cargo u oficio o proporciona deliberadamente los medios para la perpetración del delito.
>
> El que mediante violencia o amenaza, toma locales, obstaculiza vías de comunicación o impide el libre tránsito de la ciudadanía o perturba el normal funcionamiento de los servicios públicos o la ejecución de obras legalmente autorizadas, con el objeto de obtener de las autoridades ***cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole***, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.
>
> El funcionario público con poder de decisión o el que desempeña cargo de confianza o de dirección que, contraviniendo lo establecido en el artículo 42 de la Constitución Política del Perú, participe en una huelga con el objeto de obtener para sí o para terceros ***cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole***, será sancionado con inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

La pena será no menor de quince ni mayor de veinticinco años e inhabilitación conforme a los numerales 4 y 6 del artículo 36, si la violencia o amenaza es cometida:

a) A mano armada, o utilizando artefactos explosivos o incendiarios.

b) Participando dos o más personas; o,

c) Contra el propietario, responsable o contratista de la ejecución de una obra de construcción civil pública o privada, o de cualquier modo, impidiendo, perturbando, atentando o afectando la ejecución de la misma.

d) Aprovechando su condición de integrante de un sindicato de construcción civil.

e) Simulando ser trabajador de construcción civil.

Si el agente con la finalidad de obtener ***una ventaja económica indebida o de cualquier otra índole***, mantiene en rehén a una persona, la pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años.

La pena será privativa de libertad no menor de treinta años, cuando en el supuesto previsto en el párrafo anterior:

a) Dura más de veinticuatro horas.

b) Se emplea crueldad contra el rehén.

c) El agraviado ejerce función pública o privada o es representante diplomático.

d) El rehén adolece de enfermedad grave.

e) Es cometido por dos o más personas.

f) Se causa lesiones leves a la víctima.

La pena prevista en el párrafo anterior se impone al agente que, para conseguir sus cometidos extorsivos, usa armas de fuego o artefactos explosivos.

La pena será de cadena perpetua cuando:

a) El rehén es menor de edad o mayor de setenta años.

b) El rehén es persona con discapacidad y el agente se aprovecha de esta circunstancia.

c) Si la víctima resulta con lesiones graves o muere durante o como consecuencia de dicho acto.

d) El agente se vale de menores de edad [énfasis agregado].

8. Ahora bien, el término *"u otra ventaja de cualquier índole"*, de acuerdo a lo señalado por este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 010-2002-AI/TC, constituye una *"cláusula de interpretación analógica"*, tal como se expone a continuación:

(…)

69. Se observan dos cláusulas abiertas: La primera, referida a los medios de transporte "de cualquier índole", y, la segunda, a "cualquier otro bien y servicio" como objeto del atentado terrorista. En estos casos, el legislador ha utilizado las denominadas "cláusulas de interpretación o de extensión analógica", que son aquellas que dejan abierta la posibilidad de que el juzgador complete el tipo aplicando un razonamiento analógico.

70. Un primer aspecto a dilucidar es la adecuación al principio *lex certa* de las "cláusulas de extensión analógica". Para ello debe distinguirse dos supuestos diferentes: **i)** los casos de integración normativa, en los que, frente a un vacío normativo, el juzgador, utilizando la analogía con otras normas similares, crea una norma jurídica; y, **ii)** aquellos casos de interpretación jurídica en los que existe una norma, cuyo *sentido literal posible* regula el caso concreto, y el juzgador se limita a delimitar su alcance a través de un razonamiento analógico.

71. La analogía como integración normativa está proscrita en el Derecho Penal por mandato constitucional (artículo 139, inciso 9), Constitución). En cambio, sí se reconoce la legitimidad del razonamiento analógico en la interpretación (En este sentido, Hurtado Pozo: *A propósito de la interpretación de la ley* penal. En Derecho N.º 46, PUCP, 1992, p. 89).

Las cláusulas de interpretación analógica no vulneran el principio de *lex certa* cuando el legislador establece supuestos ejemplificativos que puedan servir de parámetros a los que el intérprete debe referir otros supuestos análogos, pero no expresos. (BACIGALUPO: *El conflicto entre el Tribunal constitucional y el Tribunal Supremo*. En: Revista Actualidad Penal, N.º 38, 2002). Este es precisamente el caso de las cláusulas *sub exámine*, por lo que no atentan contra el principio de *lex certa*.

72. Afirmada la constitucionalidad de las cláusulas en examen, en razón de la no afectación de la *lex certa*, en aras de contribuir con una tutela cabal del principio de legalidad, es importante que este Tribunal Constitucional precise los límites admisibles de interpretación de las cláusulas en examen (*lex stricta*).

En esta perspectiva, del texto de la norma se observa que ambas cláusulas (*"de cualquier índole"* y *"cualquier otro bien y servicio"*) están precedidas de la indicación de diferentes bienes, los que tienen la condición de bienes jurídicos penalmente tutelados por la respectiva normatividad penal. En consecuencia, la interpretación de la cláusula "*contra la seguridad de (...) vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole"* debe limitar su alcance a las conductas constitutivas del delito contra la seguridad pública que afecten a vías o medios de transporte o comunicación.

9. En otros términos, las cláusulas de interpretación analógicas (caracterizadas por contener términos como *"cualquier índole"* o semejantes), no vulnera el principio de *lex certa* siempre y cuando el legislador establezca parámetros claros que permitan al

intérprete u operador jurídico establecer nuevos supuestos semejantes con los indicados en la ley.

10. Por ejemplo, fuera del ámbito penal, el artículo 2 inciso 2 de la Constitución establece que *"nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de* ***cualquier otra índole****"*. En este caso, queda claro que el término "cualquier otra índole" alude a cualquier otra razón equivalente en gravedad a las señaladas expresamente, a partir de las cuales se discrimine. Por ejemplo, este Tribunal determinó que *la edad* también puede calificar como una categoría sospechosa por la que también se podría discriminar en los términos del artículo 2 inciso 2 de la Constitución, en el caso "Chura Arcata" (STC Exp. 05157-2014-PA/TC).

11. En el presente caso, el legislador penal exige para el delito de extorsión "una ventaja económica indebida *u otra ventaja de cualquier otra índole"*. A partir de lo expuesto considero que no existe claridad para determinar a qué se refiere el legislador con "ventaja de cualquier otra índole", ni posibilidad para que el operador o intérprete jurídico pueda determinar otro tipo de ventajas. Por el contrario, dada la vaguedad de la fórmula legal establecida, no queda claro si las ventajas en el delito de extorsión también incluyen a las ventajas "debidas" o "correctas", o si éstas pueden ser de carácter moral, sexual o de cualquier otro tipo, etc.

12. Por ello, soy de la opinión que la imprecisión que otorga el legislador a este caso vulnera sin duda el principio de taxatividad, por lo que no comparto lo señalado en los fundamentos 47 a 51 de la ponencia. Al respecto, sobre el principio de taxatividad, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 00156-2012-PHC/TC (fundamento 9) ha señalado lo siguiente:

    > El subprincipio de tipicidad o taxatividad es otra de la manifestaciones o concreciones del principio-derecho de legalidad que tiene como destinatarios al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales, administrativas o políticas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo.
    >
    > Este principio exige la precisa definición de la conducta que la ley o norma con rango de ley considera como delito o falta, es decir, que la vaguedad en la definición de los elementos de la conducta incriminada termina vulnerando este principio.

13. A mayor abundamiento, la ponencia menciona en el fundamento 99 "ventajas legítimas" que no configurarían el delito de extorsión, como pedidos de aumentos remunerativos, reducción de coste de los servicios públicos, entre otros, *"independientemente de si se encuentran amparados o no legalmente en un determinado momento dentro del orden jurídico"*. Entonces, si una ventaja legítima necesariamente no está reconocida por el legislador ¿cuándo sería ilegítima? Sin duda, se trata de un elemento muy subjetivo que se presta a la arbitrariedad del operador jurídico de turno.

14. La utilización de tipos penales con elementos ambiguos o vagos, que se prestan a interpretación amplias, para sancionar situaciones de protesta válidas, ya sido observado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe del año 2019 titulado *"Protesta y Derechos Humanos".*[14] Así, sobre dicha problemática, ha señalado lo siguiente:

> (…) la criminalización del derecho a la protesta muchas veces es el resultado de la aplicación de tipos penales que por su vaguedad o ambigüedad resultan violatorios del principio de legalidad y de los estándares interamericanos. En otros casos se penalizan directamente conductas propias de una protesta social, como sucede con las sanciones penales por falta de autorización o el desacato. También suele darse a través de una aplicación formalista de figuras penales, que aísla las conductas que pretende sancionar del contexto de ejercicio del derecho a la protesta social en el cual ocurren y desarrolla una interpretación literal de los textos penales que contradice las normas constitucionales, o extiende indebidamente el ámbito de aplicación de la norma penal [Párrafo 195].

15. En ese sentido, considero que este extremo de la demanda es inconstitucional por vulnerar el principio de *lex certa.*

Sobre la amenaza en los supuestos de obstaculización de vías de comunicación e impedimento del libre tránsito de la ciudadanía

16. Adicionalmente, advierto también problemas con los principios de *lex certa* y lesividad respecto del término "*amenaza"* en los supuestos referidos a *"obstaculiza vías de comunicación o impide el libre tránsito de la ciudadanía"* del delito de extorsión, previstos en el tercer párrafo del artículo 200 del Código Penal.

17. Al respecto, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe temático del 2019 ha señalado que *"(….) los Estados deben dejar de aplicar tipos penales que convierten en actos criminales conductas comúnmente observadas en protestas, como los cortes de ruta o los actos de desorden que, en sí mismos, no afectan bienes como la vida, la seguridad o la libertad de las personas, pues en el contexto de protestas ellas constituyen formas propias del ejercicio de los derechos de libertad de expresión, de reunión y de libre asociación"* (Párrafo 208).

18. En este caso, respecto a la amenaza como medio comisivo para configurar el tipo penal de extorsión, alude a una situación inmediata anterior a la violencia. Por lo que también puede ser interpretada de manera amplia y a discreción del operador jurídico (¿desde cuándo podemos hablar que existe una amenaza?).

14 Informe disponible en el siguiente enlace: https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf (consultado el 19 de mayo de 2020).

19. Asimismo, de acuerdo al tercer párrafo del artículo 200 del Código Penal, se puede sancionar la amenaza en los supuestos de *"obstaculización de vías de comunicación"* e *"impedir el libre tránsito"*, que son situaciones y ámbitos en los que se desarrolla de manera connatural una protesta. Como la propia ponencia lo indica en el fundamento 82, el derecho a la protesta comprende la facultad de cuestionar *"(…) a través del espacio público" (…)*. Igualmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha afirmado que la protesta puede involucrar cortes de ruta o generar molestias al derecho a la libre circulación, lo que no la hace ilegal o, peor aún, delictiva.

20. En conclusión, la regulación actual del delito de extorsión prevista en el tercer párrafo del artículo 200 del Código Penal permite sancionar situaciones de "amenaza", con la discrecionalidad y amplitud con que puede ser interpretado dicho término, en supuestos de "obstaculización de vías de comunicación" e "impedimento del libre tránsito de la ciudadanía", que constituyen situaciones connaturales con el ejercicio de una protesta, lo que no implica la vulneración de bien jurídico alguno.

21. Como ya lo ha dicho este Tribunal anteriormente respecto del principio de Lesividad en Derecho Penal:

> (…) el establecimiento de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad) [Exp. 00019-2005-PI/TC, fundamento 35].

22. De allí que considere que el tercer párrafo del artículo 200 del Código Penal es inconstitucional por vulnerar el principio de taxatividad y lesividad, respecto a la *"amenaza"* para los supuestos referidos a *"obstaculiza vías de comunicación o impide el libre tránsito de la ciudadanía"*.

Sobre la inconstitucionalidad por conexidad del delito de Entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos (Art. 283 CP.)

23. De otro lado, advierto que el delito de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos (artículo 283 del CP) otorga gran discrecionalidad al operador jurídico para poder sancionar a las personas que realizan una protesta, inclusive de forma pacífica.

24. Ello, por cuanto dicho delito sanciona a aquel que *"sin crear una situación de peligro común, impide, estorba o entorpece el normal funcionamiento* ***del transporte*** *o de los servicios públicos de telecomunicaciones, de saneamiento, de electricidad, de gas, de hidrocarburos o de sus productos derivados"* (énfasis agregado).

25. Esto es, **cualquier entorpecimiento al funcionamiento del transporte sin crear una situación de peligro común,** como lo puede ser una marcha pacífica en una avenida congestionada, ya se encuentra previsto por el legislador como delito.

26. Al respecto, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe del año 2019 titulado "Protesta y Derechos Humanos" ha señalado que el derecho a la reunión, en el contexto de una protesta:

> (…) puede distorsionar la rutina de funcionamiento cotidiano, especialmente en las grandes concentraciones urbanas, e inclusive generar molestias o afectar el ejercicio de otros derechos que merecen la protección y garantía estatal, como el derecho a la libre circulación. Sin embargo, como lo ha reconocido la Comisión, "este tipo de alteraciones son parte de la mecánica de una sociedad plural, donde conviven intereses diversos, muchas veces contradictorios y que deben encontrar los espacios y canales mediante los cuales expresarse." [Párrafo 41].

27. Ello determina que el delito previsto en el artículo 283, al sancionar cualquier perturbación en el normal funcionamiento del transporte, que puede darse por protestas de carácter pacífico, no afecten ningún bien jurídico protegido. Por tanto, considero que este extremo del citado artículo 283 del CP. es inconstitucional por conexidad, en tanto vulnera el principio de Lesividad.

28. Por tanto, considero que el supuesto referido a *"transporte"* previsto en el artículo 183 del Código Penal, es inconstitucional, en razón a que la conducta tipificada no vulnera ningún bien jurídico protegido y, por el contrario, podría sancionar situaciones de protesta legítimas.

29. Ahora bien, es cierto que los recurrentes no han cuestionado la inconstitucionalidad de este tipo penal en la demanda. Sin embargo, ello no quita que este Tribunal pueda declarar la inconstitucionalidad por conexidad de la norma. Tal como se ha señalado en la sentencia recaída en el Expediente 0001-2013-PI/TC:

> 30. La declaratoria de inconstitucionalidad de normas conexas es perfectamente posible en el marco de un proceso abstracto de inconstitucionalidad. Al respecto, este Tribunal tiene establecido que "a fin de garantizar la seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico nacional y asegurar la supremacía constitucional, los procesos de inconstitucionalidad tienen como objetivo colateral buscar la declaración de inconstitucionalidad de normas conexas, que evite la vigencia de normas que, por consecuencia o conexidad con la norma declarada inconstitucional, son también contrarias a la Constitución" (fundamento 9 de la STC 0033-2007- PI/TC).
>
> 31. El propio Código Procesal Constitucional en su artículo 78 expresamente establece que "La sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia". Al respecto, este Tribunal, en más de una oportunidad, ha dicho que el órgano competente para hacer uso de la denominada 'inconstitucionalidad por conexidad o consecuencia' es el Tribunal Constitucional, y que la etapa procesal para realizar dicho examen es al momento de sentenciar,

siempre que se trate de una disposición normativa no invocada como pretensión en la demanda y que la misma complemente, precise o concretice el supuesto o la consecuencia de la disposición declarada inconstitucional (fundamento 3 del ATC 0012-2014-P1/TC, de fecha 21 de mayo de 2015).

30. Asimismo, advierto que el primer párrafo del artículo 283 del Código Penal mencionado, cuya inconstitucionalidad por conexidad se ha determinado, ha sido modificado por el Decreto Legislativo 1245, publicado el 6 de noviembre de 2016. En esa medida, se encuentra dentro del plazo de 6 años para declarar la inconstitucionalidad por conexidad, conforme a lo establecido por la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional (Cfr. RTC Exp. 0024-2010-PI/TC).

Por tanto, mi voto es por lo siguiente:

1. Declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda de inconstitucionalidad y, por ende:

   a) **INCONSTITUCIONAL** el término "*u otra ventaja de cualquier otra índole",* previsto en el primer, tercer, cuarto y sexto párrafo del artículo 200 del Código Penal.

   b) **INCONSTITUCIONALES** el término *"amenaza"* para los supuestos *"obstaculiza vías de comunicación o impide el libre tránsito de la ciudadanía",* previstos en el tercer párrafo del artículo 200 del Código Penal.

   c) **INCONSTITUCIONAL** por conexidad el término *"transporte"* previsto en el artículo 283 del Código Penal.

2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.

S.

MIRANDA CANALES

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
SARDÓN DE TABOADA

Discrepo con la sentencia en mayoría por lo siguiente:

A mi criterio, la demanda es IMPROCEDENTE porque la frase "o de cualquier otra índole" –que, real o supuestamente, desnaturaliza el delito de extorsión– fue incorporada en el artículo 200 del Código Penal no por el Decreto Legislativo 1237 de 26 de setiembre de 2015 sino por el Decreto Legislativo 896 de 24 de mayo de 1998.

Según el artículo 100 del Código Procesal Constitucional, solo hay seis años para interponer una demanda de inconstitucionalidad contra una norma con rango de ley. En este caso, este plazo había prescrito largamente, ya que la demanda fue planteada el 19 de abril de 2018 —es decir, cuando habían transcurrido casi veinte años de publicada dicha reforma.

Por demás, la Constitución no reconoce el derecho fundamental a la protesta. En realidad, el derecho a la libertad de expresión incluye el derecho a protestar contra aquello con lo que uno discrepa, dentro de los límites que establece la propia Constitución. No tiene sentido reconocer a la protesta como un derecho autónomo.

Por estas razones, mi voto es por declarar la demanda **IMPROCEDENTE.**

S.
SARDÓN DE TABOADA

Lima, 16 de junio del 2020

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Con el mayor respeto por mis colegas magistrados que han suscrito el proyecto de sentencia, discrepo de los fundamentos y la parte resolutiva de la ponencia. Por mi parte, considero que la demanda debe declararse fundada por las razones que paso a exponer seguidamente:

1. En primer lugar, considero que no ha sido apropiado analizar lo concerniente al principio de legalidad antes de evaluar si la protesta es o no un atributo iusfundamental, así como los alcances y eventuales límites de este derecho. Ello, no cabe duda, hubiera ayudado a esclarecer si la regulación cuestionada, tal cual está formulada, no terminaba lesionando, debido a su apertura semántica, el ejercicio legítimo del derecho fundamental a la protesta.

2. Asimismo, considero que la modificación introducida al artículo 200 del Código Penal, a través del artículo único del Decreto Legislativo 1237, es contraria al principio de legalidad (*lex certa*, taxatividad), pues se usan cláusulas abiertas y ambiguas que no deja claro lo exactamente proscrito.

3. Con respecto a su carácter ambiguo, la expresión "cualquier beneficio o ventaja económica indebida **u otra ventaja de cualquier otra índole**" (resaltado agregado) no deja claro si tales ventajas de "otra índole" pueden hacer referencia incluso a ventajas, económicas o no, que podrían considerarse como "debidas", pero que se reclaman como parte del ejercicio del derecho a la protesta.

4. Adicionalmente, en lo que concierne a la apertura de la norma penal, el Tribunal Constitucional ya ha indicado que expresiones como "de cualquier índole" son prima facie abiertas y pueden involucrar la extensión analógica de una norma penal, lo cual se encuentra constitucionalmente proscrito (STC Exp. n.° 00010-2002-AI, ff. jj. 69-72). Conforme a la referida decisión del Alto Tribunal, únicamente se admite este tipo de cláusulas si "el legislador establece supuestos ejemplificativos que puedan servir de parámetros a los que el intérprete debe referir otros supuestos análogos" (STC Exp. n.° 00010-2002-AI, f. j. 71), lo cual, definitivamente, no existe en la disposición que se cuestiona. En tal sentido, la demanda debe ser declarada fundada en este extremo, pues se ha trasgredido el principio de legalidad (*lex certa*, taxatividad).

5. Por otra parte, considero que en el proyecto hay una imprecisa explicación en torno a los supuestos en los que el Tribunal Constitucional se encuentra constitucionalmente habilitado para reconocer un derecho fundamental no enumerado, y también al modo en que dichas consideraciones son aplicadas al caso concreto.

6. En efecto, con base en doctrina constitucional que comparto, es posible reconocer un derecho fundamental no enumerado con base en cuatro criterios: *fundamentalidad* (vinculación directa con los principios indicados en el artículo 3 de la Constitución, a saber: dignidad humana, soberanía del pueblo, Estado democrático de Derecho y forma republicana de gobierno), *especificidad* (debe especificarse cuáles son las posiciones iusfundamentales amparadas por el derecho), *conformidad constitucional* (el reconocimiento de un nuevo derecho no puede contravenir flagrantemente otros bienes constitucionales) y *excepcionalidad* (únicamente debe acudirse al reconocimiento de nuevos derechos si antes no ha sido posible adscribir este contenido en otro derecho constitucional).

7. Si bien el proyecto hace referencia directa a dos de estos criterios en el fundamento 65 (*excepcionalidad* y *fundamentalidad*), también alude a los otros dos, aunque de manera diferente. Sucede que, debido a que los cuatro criterios indicados reconstruyen lo que el Tribunal viene haciendo en la práctica en su mejor jurisprudencia (y tales criterios precisamente son sistematizados con la finalidad de orientar correctamente dicha práctica), todas estas consideraciones aparecen también en el proyecto, aunque quizá sin todo el cuidado analítico que precisa el establecimiento de criterios de tanta importancia como estos.

8. De este modo, en lo que concierne a la *especificidad*, el proyecto se refiere a la identificación de las posiciones iusfundamentales "en sentido estricto", es decir, a "los concretos atributos que serían exigibles por los titulares del derecho al destinatario de la norma o normas deducidas" (en el fundamento 65, y con mayor detalle en los fundamentos 77 y siguientes). En lo referido a la *conformidad constitucional*, se reconoce el contenido de este derecho, y de su ejercicio, en el marco de la existencia de otros bienes constitucionales que también se encuentran protegidos (cfr. fundamentos 72 y 82); en efecto, conforme a este criterio, solo deben excluirse aquellos contenidos que sean manifiestamente inconstitucionales.

9. Ahora bien, conforme al ya mencionado criterio de excepcionalidad, al ser el reconocimiento de derechos implícitos un mecanismo que debe usarse de manera excepcional, considero que el proyecto hace mal en "crear" un derecho que puede adscribirse interpretativamente como parte del derecho a la participación en la vida política de la Nación. Asimismo, al ser un derecho político, que dinamiza y robustece la democracia, se beneficia de las particularidades que la interpretación de un derecho de este tipo requiere. Por cierto, también discrepo con los fundamentos que se refieren de manera imprecisa a la relación entre el derecho fundamental a la protesta y otros bienes constitucionalmente relevantes, asimismo, a los supuestos de concurrencia (o de "concurso de derechos") de este derecho fundamental con otros.

10. Asimismo, y por último, me aparto diversos fundamentos que se aluden incorrectamente al contenido constitucionalmente protegido de diversos derechos alegados. En especial, me llama la atención que el derecho a "A participar, en forma individual o

asociada, en la vida política (…) de la Nación" sea considerado como exclusivamente vinculado con el derecho al sufragio. También discrepo, entre otras cuestiones, con circunscribir el derecho a la libertad de expresión únicamente a la "posibilidad de formular declaraciones a través de los medios de comunicación sin autorización ni censura previa de ningún tipo", pues si bien la libertad de expresión comprende la posibilidad de expresarse a través de medios de comunicación, me parece claro, y para nada controvertido, que no se circunscribe a ello.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Pleno. Sentencia 207/2020

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 0018-2015-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

5 de marzo de 2020

Caso del Tercero de Buena Fe

CIUDADANOS
c.
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 5 y la Primera Disposición Complementaria y Modificatoria de la Ley 30313.

Magistrados firmantes:

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

TABLA DE CONTENIDOS

Norma impugnada	Parámetro de control
Artículo 5 y primera disposición complementaria y modificatoria de la Ley 30313, "Ley de oposición al procedimiento de inscripción registral en trámite y cancelación del asiento registral por suplantación de identidad o falsificación de documentación y modificatoria de los artículos 2013 y 2014 del Código Civil y de los artículos 4º y 55º y la Quinta y Sexta Disposiciones Complementarias Transitorias y Finales del Decreto Legislativo 1049"	Constitución: - artículo 1 - artículo 2, inciso 14 - artículo 2, inciso 16 - artículo 2, inciso 24 - artículo 58 - artículo 70 - artículo 73

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

B. Debate constitucional

B-1. Demanda

B-2. Contestación de demanda

II. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación de las disposiciones objeto de control constitucional en este caso

§2. Sobre los presuntos vicios de inconstitucionalidad por el fondo alegados en la demanda

2.1. Sobre la supuesta vulneración del derecho de propiedad

2.1.1. Sobre la responsabilidad de notarios, árbitros, jueces y registradores

2.2. Sobre la supuesta vulneración de los principios-derechos de dignidad, libertad individual y libertad contractual

2.3. Sobre la supuesta vulneración de los principios de libre iniciativa privada y economía social de mercado

2.4. Sobre la supuesta vulneración del derecho a la vivienda adecuada

2.5. Sobre la supuesta vulneración del carácter inalienable de los bienes estatales de dominio público, establecida en el artículo 73 de la Constitución

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 5 días del mes de marzo de 2020, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Ramos Núñez y Sardón de Taboada, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en sesión de Pleno del 5 de setiembre 2017, y el de los magistrados Blume Fortini y 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 Espinosa-Saldaña Barrera, y los votos singulares de los magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada. Se deja constancia de que el magistrado Ramos Núñez votará en fecha posterior.

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 15 de julio de 2015, más de cinco mil ciudadanos solicitan que se declare la inconstitucionalidad del artículo 5 de la Ley 30313, "Ley de oposición al procedimiento de inscripción registral en trámite y cancelación del asiento registral por suplantación de identidad o falsificación de documentación y modificatoria de los artículos 2013 y 2014 del Código Civil y de los artículos 4º y 55º y la Quinta y Sexta Disposiciones Complementarias Transitorias y Finales del Decreto Legislativo 1049", en cuanto regula los efectos de la "cancelación" de las inscripciones afectadas por títulos falsos o en los que hubo suplantación, estableciendo que dichos efectos no afectan la posición jurídica del tercero de buena fe.

La demanda se dirige también contra la Primera Disposición Complementaria y Modificatoria de la norma impugnada, en el extremo que modifica el artículo 2014 del Código Civil. Específicamente, los ciudadanos pretenden que se declare la inconstitucionalidad del término "cancele" así como el sentido interpretativo por el cual el vocablo "anule" comprende las causas de nulidad por falsedad documentaria o suplantación de identidad.

Por su parte, con fecha 4 de julio de 2018, el Congreso de la República del Perú contesta la demanda, contradiciéndola y negándola en todos sus extremos.

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

B-1. Demanda

Los argumentos expuestos en la demanda y en su modificación son los siguientes:

- Los ciudadanos alegan que el artículo 5 de la Ley 30313 y el artículo 2014 del Código Civil, modificado por la Primera Disposición Complementaria y Modificatoria de la

norma impugnada, resultan inconstitucionales en tanto permiten que el propietario legítimo quede despojado de su propiedad, en beneficio del tercero de buena fe, a partir de un título falsificado o mediante la suplantación de identidad.

- Señalan los demandantes que, en estos últimos años, el Perú se encuentra en un contexto de *boom* inmobiliario debido a su altísima rentabilidad en el mercado. Ello, alegan los ciudadanos, ha generado incentivos para despojar a los propietarios de sus terrenos a través de distintos medios incluyendo, claro está, la falsificación de títulos o la suplantación de identidad de los legítimos propietarios.
- En este sentido, argumentan los demandantes que el fin de las mafias que cometen fraudes inmobiliarios es aprovecharse de las debilidades de los sistemas notarial, registral, fiscal y judicial para transferir bienes ajenos de manera ilícita, a favor de terceros y demás adquirentes protegidos por el principio de fe pública registral, a cambio de una contraprestación económica.
- Los demandantes indican que es una regla de sentido común que el comprador adquiera la propiedad en la medida que el vendedor sea titular del derecho; en tal sentido, el comprador solo podría ser propietario si el vendedor lo ha sido al momento de generarse la obligación de enajenar.
- Dicha regla, advierten los demandantes, se denomina "adquisición derivada", en la que subyace la premisa de que el derecho de propiedad se traslada a otro sujeto en una relación de causa-efecto. Por lo tanto, se señala en la demanda que si el vendedor no era el propietario legítimo al momento de celebrar el contrato, entonces éste no habría transferido nada, toda vez que "nadie da más derecho del que tiene (*nemo plus iuris)*".
- Los demandantes sostienen que todos los casos de fraude inmobiliario se reducen al siguiente esquema: i) primero, cuando a través de la suplantación de identidad o falsificación de documentos, se genera la apariencia de que el propietario legítimo es quien celebra un contrato con el comprador sobre un bien inmueble; y, ii) cuando este comprador, ahora aparente propietario del bien, celebra un siguiente contrato con un tercero.
- Esta parte señala que, en relación al primer escenario, no hay mayor discusión toda vez que, como resultado de la nulidad del contrato, los efectos no se despliegan; es decir, no se produciría la transferencia de propiedad. El problema surge, advierten los demandantes, en el segundo escenario, en el cual a través de la modificación del artículo 2014 del Código Civil que realiza la norma impugnada, el tercero se encuentra en una situación de relativa inmunidad frente al vicio de nulidad del negocio jurídico que le antecede por causa de la falsificación de documentos o por suplantación de identidad del propietario legítimo.
- Los demandantes advierten que el resultado de esta modificación no es otro que legalizar o convalidar los efectos del delito, tal como el lavado de activos; ello, añade esta parte, implica que estas organizaciones criminales puedan aprovecharse de las debilidades

del sistema registral, para despojar a los propietarios legítimos, contraviniendo así la Constitución, que protege el derecho de propiedad.

- La parte demandante alega que la propiedad es el derecho de mayor extensión que el sistema jurídico reconoce a una persona con miras al aprovechamiento y explotación económica de los bienes o realidades del mundo externo; en consecuencia, otorga a su titular las prerrogativas de libertad de uso y disfrute, disposición para modificar el derecho y protección frente a la interferencia ajena o inmunidad.

- Asimismo, los demandantes sostienen que si bien el principio de fe pública registral obra en aras de garantizar la seguridad jurídica, no es menos cierto que éste no debería aplicarse en este tipo de casos, toda vez que el tráfico comercial se realizaría únicamente en virtud de las apariencias de los Registros Públicos, y no por medio de actos lícitos, honestos y regulares.

- Afirman los demandantes que en virtud de la inviolabilidad de la propiedad, el propietario no puede ser perjudicado por una voluntad que nunca prestó, ni siquiera cuando del otro lado se encuentre un tercero de buena fe, que en este caso no es más que un titular aparente, nacido de la falsificación o suplantación; por lo que no existe justificación para que se le otorgue preferencia.

- Alegan los demandantes que el sistema jurídico no puede tolerar que una voluntad inexistente produzca efectos. Esto significa que el derecho de propiedad no puede perderse sin la voluntad del titular, por medio de la ilícita superposición de un falsario, pues esto vulneraría la dignidad humana, la libertad individual y la libertad contractual.

- También, indican los demandantes que si las víctimas, estafadas por los falsificadores, son el tercero que obró de buena fe y el propietario legítimo, este último no debería resultar perjudicado con la pérdida de su propiedad. Por el contrario, debería ser el Estado quien indemnice al perjudicado por mantener "notarios descuidados" o por el "error" que cometen los registradores al inscribir documentos falsificados.

- Sostienen que no existe libre mercado ni libre iniciativa privada propios de la economía social de mercado si los agentes económicos no pueden intercambiar voluntariamente sus bienes, con pleno respeto a la dignidad, libertad, libertad contractual y a la propiedad. Por ello, no puede restringirse el derecho de propiedad a causa de la falsificación de documentos y suplantación de identidad del propietario legítimo.

- Alegan los demandantes que, si tanto el propietario como el tercero de buena fe son inocentes y víctimas del fraude, ambos se encuentran en una misma posición valorativa; por lo que resulta contradictorio que se perjudique, sin razón justificativa, al propietario legítimo.

- En ese sentido, alegan que el tercero no debería ocupar una mejor posición jurídica frente al propietario legítimo, dado que ambos han actuado de buena fe y confiaron honestamente en el registro.

- En todo caso, añaden, la primacía debería inclinarse a favor del propietario legítimo, pues se trataría del sujeto que representa la realidad jurídica y la regularidad del tráfico comercial, además de ser amparado por la cláusula de inviolabilidad del artículo 70 de la Constitución. De lo contrario, el circuito patrimonial no se edificaría sobre la base de la honestidad, legalidad y corrección, sino por el fraude, engaño o pillaje.
- Señalan que, en efecto, si se protegiese al tercero de buena fe antes que al propietario perjudicado con la falsificación de documentos y suplantación de identidad, entonces podría suceder que el nuevo propietario, por efecto de su buena fe, luego sufra también un fraude, con lo cual perdería el derecho antes ganado por obra de un posterior tercero de buena fe.
- Los ciudadanos recurrentes afirman que la seguridad jurídica del tráfico comercial de bienes no es un argumento suficientemente válido para dejar en indefensión al propietario, que tiene consagrada constitucionalmente la inviolabilidad de su derecho.
- Los demandantes alegan que en determinados supuestos la aplicación del principio de fe pública registral es racional; sin embargo, ello deja de ser así en los casos de falsificación de documentos y suplantación de identidad, toda vez que se crearía un derecho sobre la base de lo ilícito.
- Explican los recurrentes que solo si el titular originario generó la apariencia que engaña al tercero de buena fe, la posición jurídica de aquél quedaría desplazada a favor de este último y de su conducta honesta.
- En el caso concreto de las falsificaciones o suplantaciones, los demandantes sostienen que no hay culpa del propietario; y, por lo tanto, la pérdida de su derecho implicaría un despojo ilegítimo, arbitrario y abusivo.
- Por un lado, argumentan los demandantes que por coherencia del sistema jurídico, el propietario original no puede perder su derecho por falsificaciones o suplantaciones. Así, los demandantes mencionan los casos de otros supuestos del ordenamiento jurídico (transmisión de títulos valores y adquisición de bienes muebles) en los que la buena fe del tercero no es suficiente para despojar al propietario original de su propiedad sin causa justificativa o, en todo caso, cuando se advierte que no originó, permitió o toleró la situación de apariencia en la que confió el tercero de buena fe.
- Por otro lado, añaden los demandantes que, al aplicar la ponderación a los derechos en conflicto en este caso, el resultado favorece al propietario legítimo, es decir, prevalece el derecho de propiedad frente a la seguridad jurídica en el caso concreto.
- Sostienen que la medida objeto de cuestionamiento es desproporcionada y, por lo tanto, inconstitucional, puesto que la tutela del tercero de buena fe conlleva al sacrificio desmesurado de derechos fundamentales como la propiedad, sin que exista razón para ello, más aun si el referido sacrificio no garantiza que realmente se cumpla con la finalidad de proteger a los terceros de buena fe, porque dichos terceros a su vez pueden resultar perjudicados en el futuro por tales medidas.

- Señalan, además, que con la norma impugnada se ha establecido un criterio peligroso que podría despojar de su vivienda a cualquier persona en virtud de un título falso, bajo el pretexto de que existe un tercero de buena fe; lo que afectaría el derecho a la vivienda adecuada consagrado en el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Los demandantes sostienen al respecto que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante CDESC) aprobó la Observación General N° 4, mediante la cual se recomienda a los Estados Parte que no se interprete el derecho a la vivienda en sentido restrictivo, como el *"mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o (…) como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte"*.
- En consecuencia, señalan que el derecho a una vivienda adecuada incluye, entre otros elementos, el aseguramiento de la tenencia, lo que permite gozar de un grado de seguridad frente al desalojo forzoso, el hostigamiento y otras amenazas.
- Adicionalmente, los demandantes plantean que las citadas disposiciones deben ser declaradas inconstitucionales por vulnerar también el artículo 73 de la Constitución, que establece que los bienes estatales de dominio público son inalienables, es decir, se prohíbe cualquier venta que se celebre sobre bienes estatales de dominio público.
- Por consiguiente, los demandantes manifiestan que no es posible que la transferencia de un bien estatal de dominio público se convalide a través de la figura del tercero de buena fe que la norma impugnada tutela. Esto, a criterio de los demandantes, contravendría la Norma Fundamental, en razón de que esta última privilegia el interés público sobre el interés particular.
- En tal sentido, esta parte argumenta que los particulares no pueden apropiarse de los bienes estatales de dominio público, ya sea por venta, prescripción adquisitiva o por inscripción registral de un título. Es decir, sostienen que no cabe la aplicación de la fe pública registral del tercero frente al carácter de inalienabilidad que prohíbe la celebración de ventas sobre bienes estatales de dominio público.
- Sostienen los demandantes, en suma, que el propietario legítimo no puede perder su derecho por falsificación de documentos o suplantación de identidad. Así, debe entenderse que el marco constitucional exige para la configuración de la buena fe del tercero que este último haya verificado previamente el contenido y autenticidad de los asientos registrales y de los títulos archivados. Así, resulta inconstitucional que el tercero sea preferido al propietario legítimo en los supuestos de falsificación de documentos y suplantación de identidad antes mencionados.

B-2. Contestación de la demanda

Los argumentos expuestos en la contestación de la demanda son los siguientes:

- Respecto a la supuesta vulneración del derecho de propiedad, señala el demandado que el Estado sí ha garantizado su inviolabilidad, a través de mecanismos de protección tales como la prescripción adquisitiva de dominio, la reivindicación, la indemnización justipreciada, el mejor derecho de propiedad, la fe pública registral, entre otros.
- Para reforzar su argumento, el demandado cita doctrina que sostiene que es evidente el drama de los despojados por el fraude, pero más severo sería el daño a los terceros por la desconfianza que tornaría frágiles a todas las adquisiciones; lo que generaría, a su vez, una sociedad de propietarios petrificados.
- Afirma el demandado que nuestra legislación protege al tercero de buena fe por ser diligente, por cumplir con los requisitos establecidos en la ley, además de estar obligado a actuar conforme a los cánones mínimos de honestidad en la adquisición; por lo que, al contar con el mismo derecho de propiedad de quien hubiera sido víctima de fraude, tampoco puede ser castigado por el despojo del bien.
- En cuanto a la supuesta vulneración del principio de dignidad, sostiene el demandado que dicho principio no se habría afectado porque en el supuesto de que a una persona se le hubiese privado de su propiedad por falsificación u otros medios, ésta puede acudir a las autoridades competentes para solicitar el resarcimiento del daño ocasionado.
- Por otra parte, sobre la supuesta vulneración de los principios de iniciativa privada y economía social de mercado, el demandado indica que, en nuestro sistema constitucional, la propiedad privada no puede ni debe ser entendida como absoluta, debido a que ésta puede ser válidamente limitada por el interés general.
- Asimismo, indica el demandado que la protección al adquirente de buena fe suele ser considerada como una sanción para el propietario que no es diligente con la protección de su propiedad en Registros Públicos.
- Por lo tanto, afirma el demandado que el artículo 2014 del Código Civil debe interpretarse en el sentido de que es aplicable solo a circunstancias excepcionales de tutela de terceros, cuya conducta sea digna de valoración positiva.

II. FUNDAMENTOS

§1. DELIMITACIÓN DE LAS DISPOSICIONES OBJETO DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN ESTE CASO

1. La presente controversia constitucional tiene como objeto el control de constitucionalidad de determinadas disposiciones contenidas en la Ley 30313, las cuales regulan la figura del principio de fe pública registral en los casos de falsificación documentaria y suplantación de identidad.
2. En principio, el objeto de la Ley 30313, "Ley de oposición al procedimiento de inscripción registral en trámite y cancelación del asiento registral por suplantación de identidad o falsificación de documentación y modificatoria de los artículos 2013 y

2014 del Código Civil y de los artículos 4 y 55 y la Quinta y Sexta Disposiciones Complementarias Transitorias y Finales del Decreto Legislativo 1049", es el siguiente:

> **"Artículo 1. Objeto de la Ley**
>
> La presente Ley tiene como objeto establecer disposiciones vinculadas a la oposición en el procedimiento de inscripción registral en trámite, la cancelación del asiento registral por suplantación de identidad o falsificación de los documentos presentados a los registros administrados por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, así como modificar las disposiciones del Código Civil y del Decreto Legislativo del Notariado para prevenir y anular las acciones fraudulentas que afectan la seguridad jurídica".

3. De la disposición glosada se desprende que su propósito es combatir la inseguridad jurídica producto de la transferencia ilícita de bienes en los supuestos de falsificación documentaria y de suplantación de identidad de un legítimo propietario, mediante los siguientes mecanismos enunciados en la aludida disposición: i) la oposición al procedimiento registral; y, ii) la cancelación del asiento registral.

4. Respecto al primer supuesto, y de conformidad con el artículo 31 del Reglamento de la Ley 30313, aprobado por el Decreto Supremo 10-2016-JUS, y publicado el 23 de julio de 2016 en el diario oficial *El Peruano*, se advierte que el administrado está facultado para oponerse al procedimiento de inscripción registral en trámite a fin de que la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (en adelante Sunarp) ordene la tacha del título por falsificación de documentos o suplantación de identidad.

5. En relación con el segundo supuesto, y en atención a lo establecido en los artículos 46 y 47 del referido reglamento, la cancelación registral no busca cuestionar el procedimiento de inscripción, tal como es el caso de la oposición registral. Por el contrario, tiene por finalidad dejar sin efecto un asiento registral irregular extendido en cualquiera de los registros a cargo de la Sunarp, en los supuestos de falsificación documentaria y/o suplantación de identidad.

6. Asimismo, el artículo 5 y la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del artículo 2014 del Código Civil, establecidos en la ley en mención, disponen lo siguiente:

Artículo 5. Efectos de la cancelación	Disposiciones Complementarias Modificatorias
La información contenida en las inscripciones y anotaciones preventivas que han sido canceladas, no perjudica al tercero en los términos establecidos en el artículo 2014 del Código Civil. Tampoco perjudican las inscripciones, anotaciones o los títulos pendientes cuya prioridad registral sea anterior al asiento de cancelación. [Énfasis agregado]	**Primera. […]** Modificase los artículos 2013 y 2014 del Código Civil en los siguientes términos: […] **"Artículo 2014. Principio de buena fe pública registral** El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se "**anule**", rescinda, «**cancele**» o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro". [Énfasis agregado]

7. Ahora bien, corresponde precisar que, de la revisión de la demanda y de su modificación, se desprende que los extremos realmente cuestionados de la Ley 30313 están relacionados con los supuestos de cancelación del asiento registral por causa de falsificación documentaria y/o suplantación de identidad. Efectivamente, los demandantes en todo momento han manifestado que es inconstitucional que los efectos de la cancelación antes mencionada no alcancen ni afecten la posición jurídica del tercero de buena fe. Así, se advierte que los ciudadanos solicitan a este Tribunal que:

   i. Se declare inconstitucional el artículo 5 de la Ley 30313 en cuanto establece que los efectos de la cancelación registral dispuesta en supuestos de falsificación documentaria y/o suplantación de identidad no perjudican al tercero de buena fe. Es decir, se cuestiona en realidad el primer extremo del referido artículo antes citado; y,

   ii. Se declare la inconstitucionalidad del término "cancele" así como el sentido interpretativo en virtud del cual el vocablo "anule" comprende las causas de nulidad por falsedad documentaria o suplantación de identidad, establecidos en la Primera Disposición Complementaria y Modificatoria de la Ley 30313, en el extremo que modifica el artículo 2014 del Código Civil.

8. Como referencia inicial, este Tribunal advierte que a través de la Ley 30313, el legislador pretendía evitar que el tercero de buena fe sea perjudicado por la cancelación de las inscripciones y anotaciones preventivas en supuestos de falsificación de documentos y suplantación de identidad. De lo contrario, de conformidad con el demandado, ello solo produciría incertidumbre en la circulación de bienes inmuebles, alterando así el tráfico comercial y, en consecuencia, el desarrollo económico del país.

9. Ambas modalidades ilícitas, en realidad, fueron utilizadas para forzar la circulación de bienes inmuebles, configurándose así un grave problema legal y social en nuestro país. De ahí que el legislador haya querido enfrentar dicha problemática a través de un conjunto de iniciativas legislativas, como los proyectos de ley que dieron origen a la Ley 30313, que se muestran a continuación:

Número de Proyecto de Ley	Título del Proyecto de Ley
03849	Ley que modifica el Decreto Legislativo 1049, respecto de las prohibiciones a notario
03848	Ley que modifica los artículos 2013 y 2014 del Código Civil y la quinta y sexta disposición complementaria transitoria y final del Decreto Legislativo 1049, Decreto Legislativo del Notariado
03365	Ley que modifica el artículo 2014 del Código Civil
03350	Ley que previene el fraude en compra ventas al modificar los artículos 54 y 55 del Decreto Legislativo 1049, Ley del Notariado, y el artículo 2014 del Código Civil, Decreto Legislativo 295
03257	Ley que modifica el artículo 4 del Decreto Legislativo 1049, Decreto Legislativo del Notariado
03029	Ley que modifica el Código Civil en lo relativo al principio de buena fe registral
02996	Ley que establece disposiciones vinculadas a la oposición al procedimiento de inscripción registral en trámite y cancelación del asiento registral por suplantación o falsificación, así como la modificación de los artículos 2013 y 2014 del Código Civil y de diversas normas del Decreto Legislativo 1049

10. Ahora bien, esta problemática muestra que el sistema registral en nuestro país ha atravesado por etapas en las que sus debilidades permitieron que documentos falsificados o emitidos sobre la base de la suplantación de identidad sean inscritos, en detrimento de propietarios originarios, temática aludida en los argumentos de los demandantes cuando cuestionan las disposiciones objeto de control constitucional en este caso.

11. De esta manera, la dilucidación de la presente controversia constitucional está relacionada directamente con la evaluación en torno al efectivo cumplimiento o no por parte del Estado, a través de las disposiciones cuestionadas de la Ley 30313, de su deber de garantizar el derecho de propiedad y la seguridad jurídica en el marco de la transferencia de bienes inmuebles.

12. Explicado lo anterior, este Tribunal analizará a continuación si las disposiciones cuestionadas han vulnerado o no los derechos fundamentales y principios constitucionales invocados en la demanda, como son: el derecho a la propiedad, la dignidad, la libertad y libertad contractual, los principios de libre iniciativa privada y economía social de mercado, el derecho a la vivienda adecuada y la inalienabilidad de los bienes de dominio público.

§2. SOBRE LOS PRESUNTOS VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD POR EL FONDO ALEGADOS EN LA DEMANDA

2.1. Sobre la supuesta vulneración del derecho de propiedad

13. El inciso 16 del artículo 2 de la Constitución garantiza que toda persona tiene derecho a la propiedad privada. Asimismo, el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que:

> **"Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada**
>
> 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
>
> 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
>
> 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley".

14. Desde la perspectiva del derecho civil, el derecho a la propiedad también es concebido como aquella potestad jurídica que permite a todo individuo usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. En consecuencia, en virtud del derecho a la propiedad, una persona puede servirse del bien, percibir las ganancias que se generen con éste y darle el destino que considere pertinente de acuerdo a sus intereses.

15. Ahora bien, un modelo de Estado Constitucional de Derecho se caracteriza por la concurrencia de derechos y principios que orientan el actuar público y privado, a fin

de garantizar la convivencia social y el desarrollo del país. De ahí que, ningún derecho subjetivo, entre ellos el derecho a la propiedad, cuente con un carácter absoluto.

16. Pero además, corresponde precisar que en el Capítulo III ("De la propiedad") del Título III de la Constitución Política del Perú de 1993, titulado "Régimen económico", se encuentra el artículo 70, según el cual:

> "El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. **Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de 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." [Énfasis agregado]

17. Como se puede apreciar, la Constitución Política de 1993 garantiza que el derecho a la propiedad sea ejercido en armonía con el bien común y dentro de los límites legales. Esto, claro está, hace referencia a la función social del derecho a la propiedad (Sentencia 0008-2003-PI/TC, fundamento 26).

18. En atención a los fines del Estado Social y Democrático, la Constitución reconoce la función social de la propiedad, que se sustenta en la doble dimensión de este derecho, como derecho subjetivo y como un instituto y valor objetivo que informa el ordenamiento jurídico. Las actuaciones legítimas que de dicha función social se deriven pueden exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación.

19. Por estas consideraciones, este Tribunal reafirma que el derecho a la propiedad es, esencialmente, un derecho de toda persona y, a la vez, un principio constitucionalmente garantizado (Sentencia 0008-2003-PI/TC, fundamento 26). De esta manera, el derecho de propiedad faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando a través de su uso se realice la función social que le es propia (Sentencia 0864-2009-AA/TC, fundamento 20).

20. En este orden de ideas este Tribunal destaca que el derecho de propiedad se caracteriza, entre otras cosas, por ser. a) un derecho pleno, en el sentido de que le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos; y, b) un derecho irrevocable, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende de la propia voluntad del titular y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, salvo las excepciones que prevé expresamente la Constitución Política (Sentencia 5614-2007-AA/TC, fundamento 7).

21. Siendo ello así, el contenido constitucionalmente protegido del derecho de propiedad no puede determinarse únicamente desde la óptica de los intereses particulares, sino que debe tomarse en cuenta, necesariamente su función social, esto es, su relación con el bienestar general.

22. Respecto a las limitaciones del derecho a la propiedad, este Tribunal ha indicado que existen restricciones admisibles para el goce y ejercicio este derecho, las mismas que deben cumplir con los siguientes requisitos: (i) estar establecidas por ley; (ii) ser necesarias; (iii) ser proporcionales; y, (iv) hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. Así, el derecho de propiedad solamente puede ser materia de restricciones por las causas y finalidades señaladas en la propia Constitución, sin otras excepciones (Sentencia 0864-2009-AA/TC, fundamento jurídico 20).

23. Indicado lo anterior, corresponde evaluar lo sostenido por los demandantes en el sentido de que a través de la aplicación de las disposiciones impugnadas se estarían legitimando los actos ilícitos de las mafias inmobiliarias, en los supuestos de falsificación de documentos y suplantación de identidad, a favor del tercero de buena fe y en detrimento de los propietarios originarios. En concreto, los demandantes plantean lo siguiente:

    i) Primer paso: B, quien mediante falsificación documentaria o suplantación de identidad, aparenta haber celebrado un contrato para adquirir el bien inmueble de A;

    ii) Segundo paso: B realiza un procedimiento de inscripción registral para que en Registros Públicos aparezca como propietario del bien que originalmente le pertenecía a A;

    iii) Tercer paso: C, quien desconoce de la ilicitud de la operación que antecede a la que él realiza y, por ello, goza de la presunción de buena fe, celebra un contrato de compraventa con B.

24. Específicamente, con relación al principio de fe pública registral, los demandantes señalan que éste no debe resultar aplicable en el escenario antes descrito por cuanto la nulidad generada en el primer paso producto de la falsificación documentaria o suplantación de identidad debe alcanzar también al tercer paso; es decir, al contrato celebrado entre B y C.

25. Al respecto, este Tribunal debe precisar que lo afirmado por los demandantes respecto a los alcances de la alegada nulidad generada en el primer paso no tiene relación directa ni constituye un elemento relevante para el análisis de constitucionalidad de las disposiciones impugnadas en la presente controversia. En efecto, el parámetro de control en el presente caso está comprendido por el contenido constitucionalmente protegido y/o núcleo duro de los derechos y principios constitucionales mencionados *supra*, a saber, el derecho a la propiedad, la dignidad, la libertad y libertad contractual, los principios de libre iniciativa privada y economía social de mercado, el derecho a la vivienda adecuada y la inalienabilidad de los bienes de dominio público según lo establecido en el artículo 73 de la Constitución.

26. Por otro lado, los demandantes alegan que en aplicación de las disposiciones impugnadas, el propietario original, siempre y en todos los casos, se encontraría en una situación de desprotección e indefensión y que los medios disponibles que ofrece la Sunarp

no bastarían para proteger al propietario originario en tales supuestos de falsificación de documentos y suplantación de identidad.

27. Lo anterior se encuentra relacionado directamente con la seguridad jurídica que, en principio, brinda la inscripción de la propiedad en los registros públicos. Al respecto, en la Sentencia 0001-2003-AI/TC y 0003-2003-AI/TC (acumulados), este Tribunal ha tenido oportunidad de indicar que la seguridad jurídica es un principio consustancial al Estado constitucional de derecho, implícitamente reconocido en la Constitución. Se trata de un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta Fundamental, que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad (fundamento 3).

28. Así, en dicha sentencia, este Colegiado reconoció que la inscripción registral del derecho de propiedad dota de seguridad jurídica al ejercicio de ese derecho (fundamento 4). Es así que lo que aparece en los registros públicos se presume como cierto.

29. De esta forma, se busca brindar garantías a ambas partes: al propietario original, quien debería mantener la titularidad ante el registro, salvo posteriores transferencias que realice sobre su propiedad; y al tercero que de buena fe confía en el registro para adquirir bienes.

30. De modo que, para el pleno desarrollo del derecho de propiedad en los términos que nuestra Constitución reconoce, se requiere poder oponer la titularidad de dicho derecho frente a terceros y con ello tener la oportunidad de generar, a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que le son consustanciales (Sentencia 0016-2002-AI/TC, fundamento 5).

31. En suma, si bien en el pasado, este Tribunal ha sostenido que era la inscripción del derecho de propiedad en un registro público el medio a través del cual el derecho trascendía su condición de tal y se convertía en una garantía para la creación de riqueza (Sentencia 0016-2002-AI/TC, fundamento 5), también fue cuidadoso en señalar que la garantía que reviste el título inscrito será meramente aparente si no se crean las condiciones razonables y suficientes para que el procedimiento previo a la inscripción esté provisto también de la suficiente seguridad jurídica, pues de lo que se trata es de que el registro sea fiel reflejo de la realidad jurídica extra registral (Sentencia 0001-2003-AI/TC y 0003-2003-AI/TC y acumulados, fundamento 4).

32. Por ello, es necesario que el Estado cree las garantías que permitan institucionalizar el derecho a la propiedad, de forma tal que se cuente con los mecanismos indispensables para combatir los actos ilícitos que atenten contra los derechos de los propietarios.

33. Precisamente, en atención a esto último, este Tribunal advierte que la realidad actual plantea que en determinados supuestos ello, por sí mismo, no basta para garantizar los derechos del propietario como tampoco es suficiente para coadyuvar al desarrollo económico de la sociedad, tanto a nivel individual como a nivel colectivo.

34. Así, al grave problema social en relación a la propiedad, reconocido en el pasado por este Tribunal y caracterizado por el considerable número de propietarios en nuestro país que no poseen un título de propiedad inscrito en registros públicos, situación que impide ejercer a plenitud el derecho a la propiedad constitucionalmente reconocido, se suman otros problemas igualmente alarmantes y que socavan las bases del Estado Constitucional de Derecho, como es el caso de la corrupción, expresada, en relación al caso que nos ocupa, en las actuaciones ilícitas que se materializan con la falsificación de documentos y con la suplantación de identidades de los propietarios originarios.

35. De esta forma, en tales escenarios, la inscripción en los registros públicos de un título de propiedad, que como se ha indicado previamente, dota en principio de seguridad jurídica, resulta insuficiente si es que el propietario no mantiene una conducta diligente en relación al registro. Al respecto, es de conocimiento de este Tribunal que la Sunarp ofrece mecanismos gratuitos para proteger la propiedad, tales como el servicio de alerta registral, el cual comprende a su vez: i) la alerta de inscripción y ii) la alerta de publicidad.

36. Por lo expuesto, si se considera que el ejercicio de derechos, como la propiedad, implica también el cumplimiento de deberes, entonces, le corresponde al propietario el cumplimiento de un deber de diligencia con relación al registro, haciendo uso de los mecanismos gratuitos que el Estado, a través de la Sunarp, ha puesto a su disposición para el resguardo de su propiedad.

37. De manera complementaria a lo anterior, resulta meridianamente claro que, en principio, si bien la inscripción en los registros públicos brinda seguridad jurídica al bien inscrito, también es cierto que el correcto funcionamiento del sistema registral exige de parte de los notarios, árbitros, jueces y registradores un adecuado ejercicio de sus funciones y deberes de especial diligencia, siendo, en todo caso, el propietario el principal interesado en la protección jurídica de su propiedad.

38. Sin embargo, si bien ello debe ser así como regla general, este Tribunal no puede ignorar el hecho de que no necesariamente todos los propietarios se encuentran en igualdad de condiciones para poder cumplir con los deberes de diligencia antes mencionados, lo que evidentemente guarda relación con la situación socioeconómica, cultural y educativa de quien es propietario.

39. A ello debe añadirse que este Tribunal no puede dejar de reconocer que los actos de corrupción al interior de las instituciones públicas, especialmente en los últimos años, han obstaculizado el cumplimiento de los fines que son ínsitos al Sistema Nacional de Registros Públicos, como "mantener y preservar la unidad y coherencia del ejercicio de la función registral en todo el país, orientado a la especialización, simplificación, integración y modernización de la función, procedimientos y gestión de todos los registros que lo integran", según lo establecido en el artículo 1 de la Ley 26366, "Ley de creación del Sistema Nacional de Registros Públicos y de la Superintendencia de los Registros Públicos".

40. Así, en no pocos casos, incluso la diligencia de los propietarios, en tanto deber correlato del ejercicio del derecho de propiedad, no resulta ser suficiente para contrarrestar de manera efectiva los peligros reales que dimanan de la existencia de organizaciones criminales en la sociedad, las que, incluso, pueden llegar a infiltrarse en las instituciones públicas afectando el interés general.

41. En consecuencia, este Tribunal considera que el deber de diligencia exigible a los propietarios, como regla general de actuación, debe ser reforzado con medidas implementadas desde el Estado, no solamente en aras de proteger a los titulares del derecho y a la propiedad como instituto y valor del ordenamiento jurídico, sino también, en cumplimiento del mandato constitucional de lucha contra la corrupción, sea ésta pública o privada.

42. Al respecto, si bien este Tribunal ha enmarcado este mandato constitucional como principalmente exigible en el ámbito de las instituciones públicas en variada jurisprudencia (Sentencias 0009-2007-AI/TC y 0010-2007-AI/TC, acumulados, fundamentos 57 y 58; Sentencia 0017-2011-PI/TC, fundamento 15-16), también es cierto que dicho mandato surte plenos efectos frente a los poderes privados, en aplicación del principio de fuerza normativa de la Constitución, que caracteriza a un Estado Constitucional de Derecho.

43. Ahora bien, una de las medidas implementadas desde el Estado para hacer frente a la problemática de la falsificación de documentos y suplantación de identidad ante los registros públicos, a criterio del demandado, sería precisamente la Ley 30313, cuyo artículo 5 y Primera Disposición Complementaria y Modificatoria son objeto de control de constitucionalidad en el presente caso, en los extremos detallados *supra*.

44. Lo que objetan los demandantes, sin embargo, es que dichas disposiciones, en los supuestos de falsificación de documentos y suplantación de identidad ante los registros públicos, a través de la aplicación del principio de la fe pública registral, menoscaban el goce y ejercicio del derecho de propiedad de las víctimas de tales actos delictivos, en beneficio de un tercero que, presuntamente, desconocía de la ilicitud de tales actos al momento de adquirir el bien inmueble.

45. En relación a esto último, como dispone el propio artículo 2014 del Código Civil, "la buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro". De esta manera, la figura de la buena fe del tercero, en tanto presunción *iuris tantum*, constituye una opción del legislador que se encuentra dentro del marco de lo constitucionalmente posible y que responde al fin constitucional de favorecer la seguridad jurídica, en tanto principio implícito del ordenamiento estatuido por la Norma Fundamental, en el ámbito de la transferencia de bienes, todo ello a fin de fomentar las transacciones comerciales, por cuanto es deber del Estado estimular la creación de riqueza y garantizar la libertad de comercio e industria, según lo establecido en el artículo 59 de la Constitución.

46. Pero más allá de ello, también se advierte la presunción *iuris tantum* de exactitud y certeza de lo inscrito en los registros públicos. Presunción esta última que, como tal,

es derrotable de acuerdo al legislador, en virtud del principio de legitimación. Dicho principio ha sido establecido en la Primera Disposición Complementaria y Modificatoria de la Ley 30313, según la cual:

> Artículo 2013. Principio de legitimación
>
> El contenido del asiento registral se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique por las instancias registrales o se declare su invalidez por el órgano judicial o arbitral mediante resolución o laudo firme.
>
> El asiento registral debe ser cancelado en sede administrativa cuando se acredite la suplantación de identidad o falsedad documentaria y los supuestos así establecidos con arreglo a las disposiciones vigentes.
>
> La inscripción no convalida los actos que sean nulos o anulables con arreglo a las disposiciones vigentes.

47. En suma, si un propietario cumple con su deber de mantener actualizado el registro del bien inmueble que le pertenece y emplea los mecanismos que actualmente provee la SUNARP para acceder de manera gratuita al estado de las partidas registrales y a la información correspondiente; y si a ello se añade que la adquisición de la propiedad del tercero requiere, para configurarse, del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 2014 del Código Civil, entonces, puede concluirse válidamente que la opción del legislador de haber establecido en el ordenamiento jurídico el principio de fe pública registral no vulnera la Constitución.

48. Sin embargo, también es cierto que los supuestos especiales de falsificación de documentos y suplantación de identidad, en la medida que son ilícitos penales, colocan al propietario que es víctima de tales actos en una posición de desventaja real difícilmente superable dada la eventual complejidad de la organización delictiva que comete este tipo de delitos.

49. De esta manera, no bastaría, en principio, la diligencia y el eventual escrupuloso cumplimiento de la ley para hacer frente de manera eficaz a la criminalidad en un caso concreto de esta naturaleza.

50. Esta conclusión se ve reforzada si se tiene en cuenta que, en caso se produzca la falsificación de documentos y/o la suplantación de la identidad del propietario materializadas a través de actos viciados en trámite de inscripción o ya inscritos, en aplicación de la propia Ley 30313, aquél no podría actuar directamente, sea para formular oposición en el procedimiento de inscripción registral en trámite, o sea para solicitar la cancelación del asiento registral, toda vez que ello corresponderá a las autoridades o funcionarios involucrados en dichos actos viciados.

51. Al respecto, debe tomarse en cuenta el contenido de los artículos 2, 3.1 y 4.2. de la Ley 30313:

> Artículo 2. Naturaleza del procedimiento de inscripción registral:
>
> (…) Únicamente cabe admitir el apersonamiento de autoridades o funcionarios al procedimiento de inscripción en trámite para plantear su oposición por suplantación de identidad o falsificación de documentos, conforme a lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley.
>
> Artículo 3. Formulación de oposición en el procedimiento de inscripción registral en trámite.
>
> 3.1. Solo se admite el apersonamiento del notario, cónsul, juez, funcionario público o árbitro al procedimiento de inscripción registral en trámite en los casos de suplantación de identidad o falsificación de documentos, mediante la oposición a éste sustentada exclusivamente en la presentación de los siguientes documentos, según corresponda (…).
>
> Artículo 4. Supuestos especiales de cancelación de los asientos registrales
>
> 4.2. La solicitud de cancelación de asiento registral solo es presentada ante los Registros Públicos por notario, cónsul, juez, funcionario público o árbitro, según corresponda, que emitió alguno de los documentos referidos en los literales a, b, c, d y e del párrafo 3.1 del artículo 3.

52. Siendo ello así, en atención a todo lo previamente expuesto, este Tribunal considera que una interpretación armónica del derecho de propiedad y del principio de seguridad jurídica conlleva a sostener que en los casos en los que fehacientemente el propietario haya sido víctima de falsificación de documentos y/o suplantación de identidad, para la configuración de la buena fe del tercero, será indispensable haber desplegado una conducta diligente y prudente desde la celebración del acto jurídico hasta la inscripción del mismo, además de la observancia, claro está, de los propios requisitos exigidos por el artículo 2014 del Código Civil, en los términos en los que ha sido modificado por la Ley 30313, como por ejemplo, la escrupulosa revisión de los asientos registrales y de los títulos archivados.

53. Esto último constituye un elemento justificado por la naturaleza de las cosas, en los términos antes explicados, para que se configure la buena fe del tercero de acuerdo con el artículo 2014 del Código Civil, modificado según la ley antes citada.

54. De esta forma, únicamente podrá considerarse configurada la buena fe del tercero, en estos supuestos, cuando la apariencia de titularidad sea tal que, razonablemente, no sea posible para el común de las personas identificar la inexactitud del registro por causa de falsificación de documentos y suplantación de identidad.

55. A mayor abundamiento, cabe mencionar que en el ordenamiento jurídico peruano se han expedido normas con la finalidad de dotar de contenido a la diligencia y prudencia exigidas al tercero para la adquisición de bienes cuyo origen está relacionado con ciertas actividades ilícitas, como las que atentan contra la administración pública, las actividades vinculadas a la criminalidad organizada, entre varias otras.

56. Tal es el caso del reglamento del Decreto Legislativo 1373, "Decreto Legislativo sobre extinción de dominio", aprobado por "Decreto Supremo 007-2019-JUS", publicado cuyo artículo 66 indica lo siguiente:

> **Artículo 66.- Tercero de buena fe**
>
> Tercero de buena fe es aquella persona, natural o jurídica, que no sólo acredita haber obrado con lealtad y probidad, sino que también ha desarrollado un comportamiento diligente y prudente, debiendo reunir los siguientes requisitos:
>
> 66.1. La apariencia del derecho debe ser tal que todas las personas al inspeccionarlo incurrieran en el mismo error.
>
> 66.2. Al adquirir el derecho sobre el bien patrimonial se verificaron todas las condiciones exigidas por leyes, reglamentos u otras normas.
>
> 66.3. Tener la creencia y convicción de que adquirió el bien patrimonial de su legítimo titular y siempre que no concurran las siguientes circunstancias:
>
> a) Pretender dar al negocio una apariencia de legalidad que no tenga o para encubrir su verdadera naturaleza.
>
> b) Pretender ocultar o encubrir al verdadero titular del derecho.
>
> c) Concurran declaraciones falsas respecto al acto o contrato para encubrir el origen, la procedencia, el destino de los bienes patrimoniales o la naturaleza ilícita de estos.

57. Pero más allá de las exigencias normativas previamente detalladas que son necesarias para la configuración de la buena fe en los términos del artículo 2014 del Código Civil, según se trate de bienes relacionados con los ilícitos a los que se refiere el Decreto Legislativo 1373, corresponde señalar que la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado también, en diversas resoluciones que ha expedido, algunos criterios para determinar si se ha configurado la buena fe del tercero en cada caso.

58. Así, en la Casación 3098-2011-Lima, de fecha 30 de julio de 2012, la Corte Suprema refirió en el fundamento décimo cuarto lo siguiente:

> Que, los hechos referidos en el considerando que antecede analizados en su conjunto evidencian que los adquirentes (...) conocían la inexactitud del registro o cuando menos estaban en condición razonable de no desconocerla pues *con un mínimo de diligencia tales compradores hubieran podido constatar que el bien que pretendían adquirir estaba siendo poseído por terceros con título de propietarios*, por tanto queda claro que en el presente caso se ha desvirtuado la buena fe de los adquirentes; máxime, si se tiene en cuenta que debido a la importancia económica de los bienes inmuebles y los usos generalmente aceptados en este tipo de negocios *la diligencia ordinaria mínima impone al comprador el deber de verificar el estado actual del bien que adquiere y principalmente quién o quiénes detentan la posesión del mism*o

> pues en aplicación de lo que dispone el artículo 912 del Código Civil al poseedor de un bien se le reputa propietario mientras no se demuestre lo contrario (cursivas agregadas).

59. Este criterio ha sido reiterado en la Casación 3187-2013-Cajamarca, de fecha 22 de octubre de 2014 (fundamento décimo) y en la Casación 1589-2016-Lima Norte, de fecha 9 de mayo de 2017, en cuyo fundamento sexto se indicó además "que el recurrente conocía de la posesión de la demandante, siendo que un comprador diligente no solo intenta conocer quién ocupa el inmueble que pretende adquirir, sino a título de qué lo ocupan".

60. En esa misma línea, se encuentra la Casación 105-2016-Santa de fecha 4 de octubre de 2017 (fundamento cuarto) y, especialmente, la Casación 1430-2016-Lima, de fecha 21 de marzo de 2018 (fundamento vigésimo), resolución en la que los jueces supremos respaldaron la conclusión según la cual en el caso concreto no se había configurado la buena fe de los demandados por cuanto estos se encontraron en la posibilidad razonable de conocer quiénes eran los poseedores del inmueble *sub litis* así como el título que ostentaban.

61. Así también, además de reiterar el criterio esbozado en las resoluciones previamente citadas, en la Casación 11620-2016-Junín, de fecha 27 de marzo de 2018, se indicó en su fundamento 6.9 que:

> Si bien el artículo 2014 del Código Civil precisa que el adquirente es protegido en la medida en que ha incorporado a su patrimonio derechos sustentado en la fe del registro (confianza en la apariencia registral); sin embargo, en la misma línea interpretativa de la Sala de mérito debe considerarse que la buena fe no solo se acredita con revisar los antecedentes registrales o con obtener anticipadamente al negocio jurídico de compraventa el certificado de gravamen, *sino que exige se tenga que indagar sobre la situación real del inmueble, por sobre todo si los que lo transfirieron tienen la capacidad para disponer el derecho, lo cual no ha sucedido en el caso concreto*.

62. En atención a todo lo previamente indicado, este Tribunal reafirma que la exigencia de diligencia y prudencia antes requeridas, en escenarios de falsificación de documentos y la suplantación de identidad en perjuicio del propietario original, no solo es coherente con los requisitos de las disposiciones normativas relativas a la configuración de la buena fe del tercero cuando el bien está relacionado con ciertas actividades ilícitas, como se ha indicado previamente, sino que también resulta conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema desarrollada en torno al contenido y alcances del artículo 2014 del Código Civil.

63. En todo caso, no puede perderse de vista que la exigencia de determinados requisitos para la configuración de la buena fe del tercero, especialmente en escenarios donde el propietario ha sido víctima de falsificación de documentos y suplantación de identidad, debe tener en cuenta, necesariamente, las particularidades y características de cada caso concreto.

64. Por otro lado, en escenarios en los que la víctima de los actos delictivos deja de ser propietario en aplicación del aludido artículo 2014 del Código Civil, modificado por la Ley 30313, y se encuentre en situaciones de especial vulnerabilidad que hayan dificultado el cumplimiento de su deber de diligencia, como puede ser la precariedad de su situación socioeconómica, educativa, cultural o cualquier otra desventaja objetiva de similar índole, corresponderá al juez, en caso de controversia, sustentar su decisión a través del desarrollo de una motivación cualificada.

65. Ello se debe a que, con dicha decisión, se estaría incidiendo negativamente en un derecho fundamental, como la propiedad, de personas que no se encuentran en igualdad de condiciones respecto de los demás miembros de la sociedad.

66. Así, este deber de motivación cualificada en tales casos, responde a dos exigencias: al derecho a la debida motivación de los justiciables, pero también, a la fuerza normativa del derecho que es objeto de restricción por el órgano jurisdiccional.

67. Por lo tanto, los extremos cuestionados del artículo 5 y de la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 30313 son constitucionales en tanto se considere que para la configuración de la buena fe del tercero resulta indispensable que éste haya desplegado una conducta diligente y prudente, en todas las etapas, además del pleno cumplimiento de todos los requisitos establecidos en el artículo 2014 del Código Civil, modificado por la Ley 30313.

68. En atención a lo anterior, corresponde desestimar dicho extremo de la demanda.

2.1.1. Sobre la responsabilidad de los notarios, árbitros, jueces y registradores

69. Lo indicado previamente en relación a cómo deben interpretarse las disposiciones cuestionadas a partir de la publicación de la presente sentencia no obsta que este Tribunal desarrolle algunas consideraciones en torno a la responsabilidad de los notarios, árbitros, jueces y registradores.

70. En primer lugar, con respecto a los notarios, el Decreto Legislativo 1049, "Decreto Legislativo del Notariado" y sus modificatorias han establecido los supuestos en los cuales éstos son responsables en sede administrativa (artículo 144), en sede civil y en sede penal (artículo 145). Asimismo, los tres tipos de responsabilidad pueden concurrir de forma simultánea; toda vez que, en virtud del artículo 146 del citado Decreto Legislativo, cada uno de ellos es independiente.

71. De esta manera, se observa sobre el particular que en el ordenamiento jurídico peruano se cuenta con disposiciones sobre la responsabilidad de los notarios. Sin embargo, no puede perderse de vista que toda regulación sin una adecuada aplicación no puede cumplir los fines que le son ínsitos.

72. En ese sentido, el Tribunal de Honor y el Consejo del Notariado deberán sancionar ejemplarmente la conducta de los notarios que dolosamente o por negligencia afecten el derecho de propiedad.

73. En segundo lugar, con respecto a los árbitros, si bien el artículo 32 del Decreto Legislativo 1071, "Decreto Legislativo que norma el arbitraje", se refiere a la causal de responsabilidad por daños y perjuicios ocasionados por dolo o culpa inexcusable en el ejercicio de sus atribuciones, este Tribunal advierte que resulta razonable considerar que en determinados casos los árbitros pueden incurrir en supuestos de responsabilidad civil y penal, lo que corresponderá ser determinado por el legislador democrático.

74. Efectivamente, cuando los árbitros dirimen conflictos pueden cometer ilícitos que ameriten que el legislador regule en determinado sentido la responsabilidad de éstos, en materia civil y penal, con la finalidad de prevenirlos y evitar, que en situaciones como las reguladas por las disposiciones cuestionadas en el presente proceso, de falsificación de documentos y suplantación de identidad, se amenace o vulnere el derecho de propiedad.

75. En tercer lugar, en el caso de los jueces, debe recordarse que de acuerdo al artículo 200 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo 017-93-JUS, se tiene que:

> Artículo 200: Los miembros del Poder Judicial son responsables civilmente por los daños y perjuicios que causan, con arreglo a las leyes de la materia. Son igualmente responsables por los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones. Las acciones derivadas de estas responsabilidades se rigen por las normas respectivas.

76. Además, en el artículo 43 de la Ley 29277, "Ley de la Carrera Judicial", se han establecido los supuestos de responsabilidad civil, penal y administrativa de los miembros del Poder Judicial:

> Artículo 43: Los miembros del Poder Judicial son responsables civil, penal y administrativamente con arreglo a la ley de la materia.

77. Asimismo, de acuerdo a los artículos 509 y 516 del Código Procesal Civil:

> Artículo 509.- Procedencia.- El Juez es civilmente responsable cuando en ejercicio de su función jurisdiccional causa daño a las partes o a terceros, al actuar con dolo o culpa inexcusable, sin perjuicio de la sanción administrativa o penal que merezca. La conducta es dolosa si el Juez incurre en falsedad o fraude, o si deniega justicia al rehusar u omitir un acto o realizar otro por influencia. Incurre en culpa inexcusable cuando comete un grave error de derecho, hace interpretación insustentable de la ley o causa indefensión al no analizar los hechos probados por el afectado. Este proceso sólo se impulsará a pedido de parte.
>
> Artículo 516.- Obligados al resarcimiento.- La obligación de pago de los daños y perjuicios es solidaria entre el Estado y el Juez o Jueces colegiados que expidieron las resoluciones causantes del agravio.

78. Así también, de acuerdo al artículo 418 del Código Penal lo jueces son responsables penalmente por el delito de prevaricato siempre que incurran en los siguientes supuestos que se mencionan a continuación:

> Prevaricato. Artículo 418°.- El Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

79. En cuarto lugar, en lo que respecta a los registradores, debido a las consecuencias que genera el sistema registral en el derecho de propiedad de las personas, éstos resultan responsables en caso de errores. Así, el literal d) del artículo 3 de la Ley 26366, "Ley de creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos y de la Superintendencia de los Registros Públicos", señala que son garantías del Sistema Nacional de los Registros Públicos "la indemnización por los errores registrales, sin perjuicio de las demás responsabilidades que correspondan conforme a ley". Asimismo, de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente, los registradores también pueden ser sancionados administrativa y penalmente.

80. Mención especial merece la comisión del delito de falsificación de documentos, establecido en el artículo 427 del Capítulo I del Título XIX "Delitos contra la fe pública" del Código Penal, en los que pueden incurrir los notarios, árbitros, jueces y registradores en calidad de autores o coautores.

81. Explicado lo anterior, si bien el ordenamiento jurídico peruano en la actualidad ha previsto mecanismos legales para prevenir y, eventualmente, para sancionar a los notarios, a los jueces y registradores, no se advierte una regulación suficiente que pueda prevenir la comisión de ilícitos por parte de árbitros y registradores, lo que constituye, en atención a los derechos y bienes constitucionales en juego, una tarea pendiente del legislador.

82. En todo caso, además de ello, este Tribunal estima pertinente reiterar que los notarios, árbitros, jueces y registradores deben ejercer sus atribuciones de conformidad no solo con la ley, sino especialmente con la Constitución y los derechos y principios que ella consagra como la propiedad y la seguridad jurídica.

2.2. Sobre la supuesta afectación de los principios-derechos de dignidad, libertad individual y libertad contractual

83. Los demandantes alegan que los extremos cuestionados de las disposiciones analizadas previamente afectan los principios-derechos de dignidad, libertad y libertad contractual en tanto arbitrariamente invaden la esfera de libertad del ser humano.

84. Sobre lo primero, el artículo 1 de la Constitución establece que "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". Así, el principio-derecho de dignidad constituye la piedra fundante de nuestro edificio constitucional.

85. En relación con lo anterior, este Tribunal ha sostenido en la Sentencia 10087-2005-PA/TC que:

> (…) la dignidad de la persona humana constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquélla sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental. Pero la dignidad también es un *dínamo* de los derechos fundamentales; por ello es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, así como la *fuente* de los derechos fundamentales. De esta forma la dignidad se proyecta no sólo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y de sus derechos" (fundamento 5).

86. Siendo ello así, en la medida que los extremos de las disposiciones cuestionadas, en tanto se interpreten en el sentido establecido *supra*, garantizan no solo la seguridad jurídica que requiere una persona en calidad de tercero de buena fe en la realización de sus transacciones, sino también la protección del derecho de propiedad de quien es propietario inicialmente y luego resulta víctima de la falsificación de documentos y suplantación de identidad, puede sostenerse válidamente, entonces, que independientemente de la posición de la persona en relación a tales supuestos, sea propietario original o tercero de buena fe, dicha regulación no tiene como presupuesto la consideración de aquéllos como simples instrumentos del tráfico comercial.

87. Antes bien, la interpretación de las disposiciones cuestionadas determinada por este Tribunal responde a la finalidad de no vaciar de contenido los derechos fundamentales y principios constitucionales involucrados, como es el caso de la propiedad y la seguridad jurídica.

88. Por consiguiente, corresponde desestimar dicho extremo de la demanda.

89. Los demandantes también sostienen que los extremos de las disposiciones cuestionadas vulneran el derecho a la libertad individual por las razones antes expuestas.

90. Al respecto, el derecho a la libertad individual como derecho fundamental, reconocido en el inciso 24 del artículo 2 de la Constitución es un presupuesto esencial del Estado Social y Democrático de Derecho, que encuentra fundamento a su vez en el reconocimiento del principio-derecho de dignidad humana.

91. El Tribunal Constitucional ha establecido en su jurisprudencia que el fundamento material del constitucionalismo moderno, presidido por los derechos fundamentales de la persona, y que, desde luego, es el mismo que sirve de base dogmática a la Constitución de 1993 "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. Sentencia 0032-2010- PI/TC, fundamento 17).

92. En efecto, si el fin supremo de nuestra sociedad y nuestro Estado es la defensa de la dignidad humana (artículo 1 de la Constitución Política), y solo se es plenamente digno

en la medida de que se tenga oportunidad de construir autónomamente un proyecto de vida, respetando los derechos de los demás, entonces la libertad ocupa un lugar primordial en nuestro sistema de valores.

93. Como todo derecho fundamental, la libertad individual no es ilimitada, pues se encuentra sujeta a la posibilidad de restricciones o intervenciones constitucionalmente admitidas en función a la necesidad de tutelar otros bienes jurídicos constitucionalmente relevantes en el Estado Constitucional, como lo son otros derechos, principios y valores constitucionales.

94. En el presente caso, se advierte que las disposiciones cuestionadas no inciden directamente en la autonomía moral de los sujetos en el desarrollo de sus opciones de vida; antes bien, se trata de disposiciones cuyo objeto de regulación se enmarca dentro de la esfera patrimonial de las personas, proveyendo reglas que faciliten el tráfico comercial sin afectar irrazonablemente la propiedad, tal y como se ha interpretado previamente.

95. De esta manera, el Tribunal Constitucional no aprecia que las disposiciones cuestionadas incidan de forma negativa, directa y concreta en el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad individual. Por lo tanto, en atención a lo anterior, corresponde desestimar la demanda en el citado extremo.

96. Los ciudadanos indican que los extremos de las disposiciones cuestionadas han vulnerado también el derecho a la libertad de contratación.

97. Al respecto, el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución establece que toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, "siempre que no contravengan leyes de orden público". Sobre ello, este Tribunal, tomando en consideración lo establecido en el Código Civil, ha establecido que el derecho a la libre contratación alude al acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas con la finalidad de crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica, la misma que es de carácter patrimonial (Sentencia 2736-2004-AA/TC, fundamento 9).

98. Dicho vínculo -fruto de la concertación de voluntades- debe tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público. Tal derecho garantiza, *prima facie*:

    i. Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al cocelebrante.

    ii. Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual (fundamento 9).

99. En relación a los límites de este derecho, este Tribunal tiene establecido que:

> (…) es necesaria una lectura sistemática de la Constitución que, acorde con lo citado, permita considerar que el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances, incluso, no sólo por límites explícitos, sino también implícitos; 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 (Sentencia 2670-2002-AA, fundamento 3).

100. Así las cosas, el orden público al que se refiere el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución conlleva a considerar que la libertad de contratación no puede ser apreciada como una isla oponible a costa de la desprotección de otros derechos fundamentales.

101. En el marco de lo previamente indicado, este Tribunal advierte que los extremos de las disposiciones cuestionadas no inciden de manera negativa y directa en el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libre contratación en la medida que las mismas no tienen como objeto obstaculizar o impedir la celebración de un contrato o la potestad de elegir al cocelebrante, ni tampoco alterar, entorpecer, menoscabar o imposibilitar el común acuerdo sobre la materia que es objeto de regulación contractual.

102. Antes bien, este Tribunal advierte que las aludidas disposiciones no regulan materias relacionadas con la celebración de contratos, sino que se encuentran referidas a establecer, cuándo, válidamente, en nuestro ordenamiento jurídico, un tercero adquiere la propiedad de un bien, aun en supuestos en los que el propietario original ha sido víctima de falsificación de documentos y suplantación de identidad, todo ello sobre la base del principio de fe pública registral, cuyos alcances han sido objeto de interpretación por este Tribunal, de acuerdo a lo establecido *supra*.

103. En todo caso, si bien puede sostenerse que estas disposiciones tienen efectos respecto de las transacciones comerciales que se celebran en el mercado, lo cierto es que, más allá del impacto económico que pudieran tener al respecto y que en principio tiene toda regulación sobre asuntos patrimoniales, ello no genera una afectación inmediata y concreta en la libertad de contratar.

104. Por tales razones, debe declararse infundado este extremo de la demanda.

2.3. Sobre la supuesta afectación de los principios de libre iniciativa privada y economía social de mercado

105. Los demandantes alegan que los extremos cuestionados de las disposiciones analizadas previamente también afectan los principios de libre iniciativa privada y economía social de mercado.

106. Al respecto, el régimen económico se encuentra desarrollado en el Título III de la Constitución. Efectivamente, el constituyente estableció en los artículos 58 y siguientes de la Constitución, principios y directrices con alto grado de indeterminación pero que, en conjunto, configuran el hilo conductor constitucional que sirve de guía a la actuación estatal en materia económica (Sentencia 0034-2004-PI/TC, fundamento 26).

107. Entre ellos se encuentra el artículo 58 de la Constitución, que ha reconocido el principio-derecho a la libre iniciativa privada en el marco de una economía social de mercado, en los términos siguientes: "La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos, e infraestructura […]".

108. El Tribunal ha sostenido en reiterada jurisprudencia que la libre iniciativa privada, en tanto derecho, comprende, entre otras posiciones iusfundamentales, la facultad de toda persona natural o jurídica, de emprender y desarrollar, con plena autonomía, cualquier actividad económica de su preferencia, a través de la disposición e intercambio de bienes, con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material (Sentencia 02111-2011-AA/TC, fundamento 11).

109. Asimismo, el Tribunal ha reconocido que esta faceta de la libertad debe ser coherente con la garantía de posibilidades adecuadas de autorrealización para el ser humano en todos los ámbitos de su personalidad (Sentencia 0011-2013-PI/TC, fundamento 17).

110. Por ello, el Tribunal ha enfatizado que esta libertad económica no puede entenderse desvinculada del marco de la Constitución, sino como parte integrante de ella y, en particular, de la directriz que contiene el artículo 58 de la Constitución (Sentencia 0011-2013-PI/TC, fundamento 18).

111. Además, en lo correspondiente a la economía social de mercado, conviene señalar que este Tribunal, en la Sentencia 0008-2003-AI/TC, ha desarrollado su contenido determinando que en dicho sistema económico *"imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado"* (fundamento 16).

112. Bajo este sistema, que se instaura sobre la base de un Estado Social y Democrático de Derecho (artículos 3 y 43 de la Constitución), éste tiene el deber de orientar el desarrollo y promover las distintas áreas relativas a lo económico, político, social y cultural, atendiendo siempre al respeto del goce y disfrute de los derechos fundamentales. En cuanto al elemento social de esta forma de Estado, éste ha constituido "un logro de luchas sociales (…) que integraba políticamente (incluso constitucionalmente) las aspiraciones de derechos sociales reivindicadas largamente por partidos, sindicatos y colectivos defensores de los derechos sociales básicos: seguro médico, educación, pensiones de jubilación (…)"[1]. En lo que respecta al elemento democrático, éste

1 LARA AMAT Y LEÓN, Joan (2013). "El conflicto social en la globalización neoliberal y el neoconservadurismo: entre las nuevas guerras y el populismo punitivo". En *Revista Crítica Penal y Poder* N° 4, Observatorio del Sistema Penal y de Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, pp. 134-135. Con relación a los derechos sociales antes mencionados: Cfr. PISARELLO, Gerardo (2007). *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una construcción".* Madrid: Trotta.

refuerza la importancia de las instituciones jurídico-políticas y de la sociedad civil, en atención a los verdaderos intereses generales, que comprenden legítimos intereses individuales[2], canalizados a través de la participación de la ciudadanía en los asuntos públicos.

113. Así, en el Estado Social y Democrático de Derecho, la Economía Social de Mercado constituye una de las opciones posibles frente a los modelos económicos del mero imperio del mercado o del puro direccionismo estatal, y pone el acento en el estímulo de la iniciativa privada y en el libre desenvolvimiento de los agentes económicos, con el objeto de producir riqueza y lograr el desarrollo del país, accionar que se complementa con los objetivos sociales de promoción del bienestar general y de igualdad material en las condiciones de vida (STC 0228-2009-AA, fundamento 28), además de fundamentarse en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44 de la Constitución).

114. A tal efecto, la economía social de mercado está caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes:

    i. Bienestar social: lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso;

    ii. Mercado libre: lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, *prima facie*, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios; y,

    iii. Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales. En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social (Sentencia 0008-2003-AI/TC, fundamento 13).

115. Explicado lo anterior, este Tribunal considera que las disposiciones cuestionadas no inciden negativamente en la facultad de toda persona de emprender y desarrollar autónomamente cualquier actividad económica de su preferencia, mediante la disposición e intercambio de bienes, con fines de lucro.

116. En efecto, como ya se ha explicado anteriormente, la regulación establecida en dichas disposiciones únicamente tiene por finalidad determinar bajo qué requisitos un tercero adquiere la propiedad de un bien en nuestro país, aun en supuestos en los que el propietario original ha sido víctima de falsificación de documentos y suplantación de identidad. Ello propiamente no menoscaba o impide que los destinatarios de la norma desarrollen la actividad económica de su elección.

2 DÍAZ, Elías (2001-2002). "Estado de Derecho y Democracia". En *Anuario de la Facultad de Derecho* N° 19-20, Universidad Autónoma de Madrid, pp. 214-215.

117. Asimismo, tales disposiciones tampoco contravienen los supuestos de la Economía Social de Mercado, en los términos desarrollados por la jurisprudencia de este Tribunal por no tener como objeto el menoscabo o vaciar de contenido alguno de sus elementos. Y es que, no podría sostenerse válidamente que las disposiciones objeto de control, interpretadas según lo establecido en esta sentencia, al regular situaciones jurídicas que se configuran en el contexto del tráfico comercial, atentan contra el bienestar social, el mercado libre y/o los principios de subsidiariedad o solidaridad. Así, el establecimiento de principios legales, en aras de garantizar la seguridad jurídica y la propiedad, de forma armónica, no vulnera el núcleo duro de la Economía Social de Mercado, como sistema establecido en la Constitución Política de 1993.

118. Por tales consideraciones, corresponde declarar infundada la demanda en tales extremos.

2.4. Sobre la supuesta vulneración del derecho a la vivienda adecuada

119. Los demandantes alegan también que los extremos cuestionados de las disposiciones analizadas previamente vulneran el derecho a la vivienda adecuada.

120. Al respecto, este Tribunal no ha tenido ocasión de pronunciarse con anterioridad en torno a la *ratio fundamentalis* del derecho a la vivienda adecuada. Sin embargo, ello no obsta que en esta oportunidad se desarrollen argumentos a favor de su plena exigibilidad en el ordenamiento jurídico peruano.

121. Este Tribunal considera que el derecho a la vivienda adecuada es un derecho fundamental de toda persona que se encuentra íntimamente ligado al principio-derecho de dignidad humana, a la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho (artículos 3 y 43 de la Constitución), al principio de igualdad material y al derecho al libre desarrollo y bienestar (inciso 1 del artículo 2 de la Constitución).

122. Asimismo, corresponde destacar que el Estado peruano ha asumido obligaciones internacionales en relación al respeto, protección, aseguramiento y promoción de este derecho. Para comenzar, y sin ánimo de exhaustividad, el "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", ratificado por el Estado peruano, ha establecido en el inciso 1 de su artículo 11 que:

> 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y *vivienda* adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia (cursiva agregada).

123. También, según el inciso 3 del artículo 27 de la "Convención de Derechos del Niño", ratificada por el Estado peruano:

> 3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario,

proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la *vivienda* (cursiva agregada).

124. A su vez, la "Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", ratificada por el Estado peruano, ha establecido en el inciso 1 y en el literal d) del inciso 2 del artículo 28 que:

> 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y *vivienda* adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad (cursiva agregada).
>
> 2. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas:
>
> d) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas de *vivienda pública* (cursiva agregada).

125. Además, de acuerdo al literal h) del inciso 2 del artículo 14 de la "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer", ratificada por el Estado peruano:

> 2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a:
>
> h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la *vivienda*, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones (cursiva agregada).

126. Más allá delo anterior, debe tenerse presente que, según la Observación General N° 4, sobre el derecho a una vivienda adecuada, del CDESC:

> En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte (…)[3].

3 COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES (1991). *Observación General N° 4 sobre el derecho a una vivienda adecuada*, párr. 7.

(…) el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda (…) constituyen una "vivienda adecuada" a los efectos del Pacto[4].

127. Entre tales factores se encuentran según dicho Comité:

a) Seguridad jurídica de la tenencia. La tenencia adopta una variedad de formas, como el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad. *Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas*. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados (cursiva agregada);

b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición (…);

c) Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas (…);

d) Habitabilidad. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad (…);

e) Asequibilidad. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda (…);

f) Lugar. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales (…); y,

g) Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda (…)[5].

4 Ibíd., párr. 8.
5 Íd.

128. Con base a lo anterior, este Tribunal identifica, cuando menos, los siguientes aspectos básicos que integran el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la vivienda adecuada:

    i. El derecho de acceder sin discriminación y en igualdad de condiciones a una vivienda adecuada;

    ii. El derecho a no ser privado arbitraria e ilegalmente de la vivienda

129. En el primer caso, el derecho de acceder sin discriminación y en igualdad de condiciones a una vivienda adecuada exige la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a una vivienda adecuada en los términos indicados *supra*, esto es, que cuente con disponibilidad de servicios indispensables para vivir, una infraestructura apropiada para ser habitada, que ello implique gastos soportables y se permita la expresión de la identidad cultural de los habitantes, entre otros. Al respecto, corresponde precisar que la satisfacción de este aspecto del derecho a la vivienda adecuada se desarrolla progresivamente y según las posibilidades reales del Estado, manifestándose a través de medidas concretas y evaluables.

130. El segundo aspecto de este derecho se manifiesta como la proscripción de ser privado(a) de la vivienda de forma arbitraria y, en todo caso, sin sustento en la ley. Precisamente, en virtud de este derecho emana la obligación del Estado de garantizar cierto grado de seguridad jurídica de la tenencia de las viviendas a través de medidas legales.

131. En lo que respecta a sus límites, debe tenerse presente que, como todo derecho fundamental, el derecho a la vivienda adecuada no es un derecho ilimitado. Así, los límites de este derecho se desprenden de la prohibición de vaciar de contenido otros derechos, principios y reglas constitucionales. Sin perjuicio de lo anterior, el alcance de los límites que específicamente operen sobre este derecho deberá ser evaluado a la luz de cada caso concreto.

132. Por lo expuesto, cabe sostener que tras la eventual vulneración o amenaza de vulneración del derecho fundamental a la vivienda adecuada, le asiste la protección constitucional institucional y procesal (de conformidad con el artículo 37 del Código Procesal Constitucional) que la Norma Fundamental otorga al resto de atributos y libertades expresamente reconocidos por ella.

133. Ahora bien, en relación a los cuestionamientos de los demandantes, éstos sostienen sobre el particular que los extremos de las disposiciones objeto de control constitucional vulneran el derecho a la vivienda adecuada por cuanto atentan contra la seguridad jurídica de la tenencia de las viviendas, como consecuencia de la vulneración del derecho de propiedad de los propietarios originarios.

134. Sin embargo, debe considerarse, en primer lugar, que no necesariamente los bienes inmuebles sobre los que el tercero de buena fe adquiere la propiedad, según la interpretación realizada anteriormente, constituyen en todos los casos la vivienda del

anterior propietario víctima de los actos delictivos de falsificación de documentos y/o suplantación de identidad.

135. Asimismo, este Tribunal ya ha explicitado en esta sentencia que la regulación establecida en las disposiciones cuestionadas únicamente busca establecer bajo qué condiciones un tercero de buena fe adquiere la propiedad de un bien en el Perú, en supuestos en los que el propietario original ha sido víctima de falsificación de documentos y suplantación de identidad, lo cual *per se* no significa privar absolutamente de seguridad jurídica a la tenencia de las viviendas en detrimento de este derecho fundamental.

136. Pero, más allá de ello, en el caso de que el bien que adquiere el tercero, en aplicación del artículo 2014 del Código Civil, haya sido la vivienda del propietario original víctima de falsificación de documentos o de suplantación de identidad, este Tribunal, a través de la interpretación aludida *supra* de las disposiciones legales, ha procurado alcanzar la concordancia práctica entre el derecho a la propiedad y la seguridad jurídica, precisando el alcance de los requisitos necesarios para la aplicación del principio de fe pública registral y exigiendo una motivación cualificada al órgano jurisdiccional competente para dirimir la controversia en aquellos casos que realmente lo ameriten, lo cual, en principio, descarta la vulneración de del derecho de propiedad y también de la seguridad jurídica de la tenencia de la vivienda, integrante del derecho a la vivienda adecuada invocado previamente.

137. De esta forma, debe concluirse que la interpretación establecida *supra* de las disposiciones antes cuestionadas conlleva a sostener que su aplicación en tales términos no vulnera el derecho de propiedad de quien originalmente es propietario; y, por lo tanto, tampoco podría sostenerse válidamente que se haya afectado la seguridad jurídica de la tenencia de las viviendas, integrante del derecho a la vivienda adecuada, como ha indicado el demandante, puesto que el derecho de propiedad no ha sido vulnerado.

138. Por tales consideraciones, corresponde desestimar la demanda en el presente extremo.

2.5. Sobre la supuesta afectación del carácter inalienable de los bienes estatales de dominio público, establecida en el artículo 73 de la Constitución

139. Por último, los demandantes sostienen que los extremos cuestionados de las disposiciones analizadas previamente afectan el carácter inalienable de los bienes de dominio público, según lo establecido en el artículo 73 de la Constitución.

140. Al respecto, dicha disposición de la Constitución establece que: "Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico".

141. Ahora bien, corresponde distinguir entre bienes estatales de dominio público y bienes estatales de dominio privado. En la primera categoría se hace referencia a aquellos bienes de propiedad del Estado que están destinados a un uso o servicio público y que tienen la condición de inalienables, inembargables e imprescriptibles.

142. Por otra parte, los bienes estatales de dominio privado son propiedad del Estado y, a diferencia de los anteriores, no están destinados al uso o servicio público como característica primordial.

143. Dicha distinción también ha sido precisada por el Tribunal Constitucional en la STC 0006-1996-PI/TC (primer considerando), según la cual: "Los bienes del Estado se dividen en bienes de dominio privado y bienes de dominio público; sobre los primeros el Estado ejerce su propiedad como cualquier persona de derecho privado; sobre los segundos ejerce administración de carácter tuitivo y público".

144. No obstante lo anterior, este Tribunal considera que los bienes estatales de dominio privado, bajo administración de las instituciones públicas, también deben contribuir a conseguir el bienestar general al igual que los bienes estatales de dominio público, puesto que, al pertenecer al Estado, deben servir para dicha finalidad conforme al artículo 44 de la Constitución.

145. En el presente caso, los demandantes alegan que los extremos de las disposiciones cuestionadas contravienen el carácter inalienable de los bienes estatales de dominio público.

146. Sobre ello, cabe recordar que este Tribunal ha considerado que la inalienabilidad de los bienes de dominio público alude a la proscripción de su enajenación (Sentencia 0018-2001-PI/TC, fundamento 4). Así, como se ha explicado previamente, los bienes estatales del dominio público no pueden ser enajenados, según el artículo 73 de la Constitución.

147. Por consiguiente, resulta manifiesto que las disposiciones cuestionadas no son de aplicación, en ningún caso, respecto de los bienes estatales de dominio público.

148. En cambio, el caso de los bienes estatales de dominio privado es distinto. Y es que, más allá de contribuir con el bienestar general de acuerdo al artículo 44 de la Constitución, los bienes estatales de dominio privado pueden ser adquiridos por una persona natural o jurídica a título oneroso, de conformidad con la normativa sobre la materia. En este último supuesto, el Estado recibirá una contraprestación por la transferencia de la propiedad, ingresando de esta manera al tráfico comercial, si bien con las limitaciones propias de los fines que le son ínsitos.

149. Así, en atención a esto último, no puede descartarse, eventualmente, la aplicación del principio de fe pública registral cuando ello corresponda, en los términos de la interpretación realizada por este Tribunal en los supuestos de falsificación de documentos o suplantación de identidad. Sin embargo, tampoco en este supuesto puede considerarse que las disposiciones cuestionadas afecten el artículo 73 de la Constitución siempre que se interpreten de acuerdo a lo indicado en la presente sentencia.

150. Por tales consideraciones, corresponde desestimar dicho extremo de la demanda.

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.
2. **INTERPRETAR** que los extremos cuestionados del artículo 5 y de la Primera Disposición Complementaria y Modificatoria de la Ley 30313 son constitucionales en tanto se considere que para la configuración de la buena fe del tercero se debe haber desplegado una conducta diligente y prudente, según los fundamentos de esta sentencia, desde la celebración del acto jurídico hasta la inscripción del mismo, además de haber dado pleno cumplimiento a todos los requisitos establecidos en el artículo 2014 del Código Civil, modificado por la Ley 30313.
3. **INTERPRETAR** que la aplicación en una decisión judicial del artículo 2014 del Código Civil, modificado por la Ley 30313, en caso el propietario original haya sido víctima de falsificación de documentos y suplantación de identidad y se encuentre en situaciones de especial vulnerabilidad que hayan dificultado el cumplimiento de su deber de diligencia, como puede ser la precariedad de su situación socioeconómica, educativa, cultural o cualquier otra desventaja objetiva de similar índole, requiere de una motivación cualificada.

Publíquese y notifíquese.

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE LEDESMA NARVAEZ

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[3].

    - 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.

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.

10. De conformidad a lo anterior, es necesario que el Tribunal Constitucional establezca parámetros para que todos los jueces constitucionales puedan realizar un control

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.

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]. En consecuencia, considero que los alcances del derecho a la igualdad deberían ser ampliados por la justicia constitucional.

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.

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 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].

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

El Derecho a la Vivienda

20. En el caso en concreto también se ha alegado la vulneración del derecho a la vivienda. Sin embargo, dicho derecho no se encuentra regulado en la Constitución de 1993, por lo que es necesario desprenderlo de otros derechos fundamentales, tal como se ha hecho en la ponencia, así como en la sentencia 00007-2012-PI, específicamente en el fundamento jurídico 64.

21. Como bien se ha apuntalado en la presente sentencia, ciertos documentos normativos internacionales regulan el derecho a la vivienda como una necesidad básica. Ello se agudiza, cuando la protección de dicho derecho recae en algún grupo étnico[10].

22. Aquí conviene recordar la Observación General N.º 4, sobre el derecho a una vivienda adecuada del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la cual señala que es posible identificar algunos aspectos del mencionado derecho:

    a) Seguridad jurídica de la tenencia. La tenencia adopta una variedad de formas, como el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad. Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados.

    b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia.

    c) Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, conmensurados

10 Un estudio sobre los romaníes y transhumantes sobre el derecho a la vivienda, puede encontrarse en: DOBRUSHI, Andi, ALEXANDRIDIS, Theodoros. "International housing rights and domestic prejudice: the case of Roma and Travellers". In: LANGFORD, Malcolm, RODRÍGUEZ-GARAVITO, César, ROSSI, Julieta (editors). *Social rights judgments and the politics of compliance*. Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 436-471.

con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda. De conformidad con el principio de la posibilidad de costear la vivienda, se debería proteger por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres. En las sociedades en que los materiales naturales constituyen las principales fuentes de material de construcción de vivienda, los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar la disponibilidad de esos materiales.

d) Habitabilidad. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas.

e) Asequibilidad. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos. En muchos Estados Partes, el mayor acceso a la tierra por sectores desprovistos de tierra o empobrecidos de la sociedad, debería ser el centro del objetivo de la política. Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho.

f) Lugar. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. Esto es particularmente cierto en ciudades grandes y zonas rurales donde los costos temporales y financieros para llegar a los lugares de trabajo y volver da ellos puede imponer exigencias excesivas en los presupuestos de las familias pobres. De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazas el derecho a la salud de los habitantes.

g) Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por que se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos.

23. Ahora bien, dicho instrumento normativo, nos sirve para determinar el contenido constitucionalmente protegido derecho social fundamental a la vivienda. Al respecto, la estructura de los derechos fundamentales en general, y de los derechos sociales en particular requiere de ciertas posiciones jurídicas triádicas; es decir existe un titular del derecho social fundamental, quien le puede exigir determinado objeto a cierto destinatario. Como apuntamos al inicio de este fundamento de voto, los derechos sociales pueden tener como rasgo definidor una obligación positiva o negativa del Estado, las mismas que deben estar en condiciones de igualdad para todos. En ese sentido, el contenido constitucionalmente protegido del derecho tiene que responder a estas tres pretensiones inherentes a la estructura del derecho fundamental social a la vivienda, el cual estaría delimitado en los siguientes términos:

i. Toda persona tiene derecho a acceder a una vivienda adecuada. Ello se traduce en un deber por parte del Estado de garantizar dicho acceso.

ii. Ninguna persona podrá ser privada de su vivienda sin que medie razones suficientes y necesarias para ello. Ello se configura con un deber de respeto por parte del Estado y de los privados en relación al derecho a la vivienda.

iii. El Estado debe garantizar, por medio de medidas legislativas, el acceso y disfrute del derecho a la vivienda para todas las personas y sobretodo para aquellas que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad.

24. La anterior delimitación permite que el derecho a la vivienda, al momento que sea judicializo, encuentre medidas más sencillas para que pueda ser protegido, aunque dicha situación dependerá mucho del enfoque que se utilice para interpretar los derechos sociales fundamentales, es decir ya sea por un análisis de razonabilidad, del mínimo esencial[11] o el test de proporcionalidad[12].

S.
MIRANDA CANALES

11 Sobre el criterio de razonabilidad y el mínimo esencial: LIEBENBERG, Sandra. *Socio-Economic rights. Adjudication under a transformative constitution*. Claremont, Juta, 2010, pp. 131-227.

12 CONTIADES, Xenophon, ALKMENE, Fotiadou. "Social rights in the age of proportionality: global economic crisis and constitutional litigation". In: *International Journal of Constitutional Law*, 2012, pp. 660-686.

VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Con fecha posterior, emito el presente voto con el propósito de manifestar que, tal y como se propone en la ponencia, considero que la demanda debe ser declarada como **INFUNDADA**, y que deben hacerse las interpretaciones que se consignan en los puntos resolutivos dos y tres de la propuesta suscrita por la mayoría de mis colegas.

S.
RAMOS NÚÑEZ

Lima, 30 de junio de 2020

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Si bien me encuentro de acuerdo con el sentido del fallo, en la medida que se declara infundada la demanda deseo expresar mis dudas respecto a la "motivación cualificada" que, a decir, de la presente resolución, debe exigirse de ciertas resoluciones judiciales, en los términos que pasaré a explicar.

1. Efecto, en el presente caso se considera que la regulación impugnada, que protege preferentemente al adquiriente de buena fe, es constitucional pues *prima facie* se encuentra dentro de lo que nuestro Congreso de la República tiene como "constitucionalmente posible" al momento de legislar (es decir, forma parte de aquello que la Constitución no ordena ni prohíbe). En este sentido, la regulación impugnada se mueve dentro del "margen de discrecionalidad" con el que cuentra el legislador, dentro del "margen de discrecionalidad" con el que cuenta el legislador, dentro del "orden marco" constitucional. En términos de la propia sentencia, "la opción del legislador de haber establecido en el ordenamiento jurídico el principio de fe pública registral no vulnera la Constitución" (f.j.47).

2. De manera complementaria, en la sentencia se prevé, razonablemente, una precisión sobre el nivel de diligenci que debería observar el tercero adquiriente de buena fe, con el propósito de procurar un mejor equilibrio entre los bienes en juego. Se señala así (f.j. 52) que:

   > "[U]na interpretación armónica del derecho de propiedad y del principio de seguridad jurídica conllevva a sostener que en los casos en los que fehacientemente el propietario haya sido víctima de falsificación de documentos y/o suplantación de identidad, para la configuración de la buena fe del tercero, **será indispensable haber desplegado una conducta diligente y prudente** desde la celebración del acto jurídico hasta la inscripción del mismo, además de la observancia, claro está, de los propios requisitos exigidos por el artículo 2014 del Código Civil (…), como por ejemplo, la **escrupulosa revisión** de los asientos registrales y de los título archivados".

3. De esta manera, en aras de no sacrificar sin más el derecho de propiedad del primer propietario, la sentencia considera que al tercero de buena fe se le protegerá, no solo por haber obrado de buena fe, a secas, sino en la medida en que este ha tenido una diligencia y prudencias suficientes (la sentencia hace, asimismo, mención a los términos "razonable" y "escrupulosa").

4. Además de lo anterior, la resolución se señala adicionalmente, que cuando los propietarios originarios sean personas en situación de vulnerabilidad (según la resolución,

debido a "la precariedad de su situación socioeconómica, educativa, cultural o cualquier otra desventaja objetiva de similar índole", f.j. 64), se requiere que los órganos jurisdiccionales ofrezcan una "motivación cualificada" en sus decisiones, tomando en consideración que se encuentra involucrado el derecho a la propiedad de los primeros.

5. Al respecto, no queda claro en qué consiste dicho deber de motivación calificada, más aún si partimos de que, conforme a la propia sentencia, ya se le exige al tercero de buena fe actuar de manera diligente y prudente. En este orden de ideas, no queda claro si, cuando hay un propietario en situación vulnerable, el juez debe evaluar de una manera diferente la diligencia del tercero de buena fe; o si tal vez existe una carga argumentativa orientada a que los jueces prefieran que la propiedad quede en manos del primer propietario si este es persona en situación vulnerable; ni qué pasaría en aquellos casos en los que los adquirientes de buen fe tambiéb sean personas en situación de vulnerabilidad. En suma, considero que, no obstante la indudable buena intención detrás de ello, no queda claro cuál es el ámbito específico de las decisiones judiciales que requerirían de una especial justificación.

6. Lo anterior, desde luego, no impide el reconocer que el Estado tiene deberes específicos con respecto de las personas en situación de vulnerabilidad y, en especial, en relación con el derecho a acceder a una vivienda digna. En este sentido, comparto lo expresado por el magistrado Miranda Canales en su fundamento de voto, respecto de los alcances y contenidos del derecho fundamental a una vivienda adecuada. Y precisamente por ello, no estoy convencido de que la forma de cumplir con dichos deberes se encuentre relacionada con la "motivación cualificada" a cargo de los jueces, conforme se exige en esta sentencia en los términos ya indicados.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lima, 27 de julio de 2020

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI OPINANDO POR DECLARAR FUNDADA LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALES LOS ARTÍCULOS IMPUGNADOS DE LA LEY 30313

Con el debido respeto por mis colegas Magistrados, discrepo de la sentencia de mayoría, por la que se ha decidido declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad de autos, toda vez que, desde mi punto de vista, la demanda debe ser declarada FUNDADA y, en consecuencia, inconstitucionales los artículos impugnados de la Ley 30313.

Las razones que sustentan mi posición son las mismas que aparecen expuestas en el voto singular del Magistrado Sardón de Taboada, al cual me adhiero en todas sus partes, transcribiéndolas con carácter ilustrativo a continuación:

> La norma impugnada establece que el derecho del tercero adquirente de buena fe prevalece incluso en los casos de *cancelación* de asientos registrales por suplantación de identidad o falsificación de documentos.
>
> Anteriormente, solo prevalecía en los casos en los que se *anulaba, rescindía o resolvía* dicha inscripción. Parece una diferencia pequeña, pero no lo es, ya que la cancelación es un trámite solo administrativo, mientras que la anulación, recisión o resolución son uno judicial.
>
> Al expandir la prevalencia del adquirente de buena fe de esta manera, la norma impugnada debilita el derecho del propietario legítimo; y facilita, así, que se repitan casos de mafias que se apropian de inmuebles de personas. Estamos aquí ante un juego de suma cero.

Enfatizo que las disposiciones impugnadas colisionan con el artículo 70 de la Constitución, que establece que el derecho de propiedad es inviolable y solo puede ser afectado 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.

Sentido de mi voto

Mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda y, en consecuencia, inconstitucionales el artículo 5 y la Primera Disposición Complementaria y Modificatoria de la Ley 30313.

S.
BLUME FORTINI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Discrepo de la sentencia en mayoría por lo siguiente:

La norma impugnada establece que el derecho del tercero adquirente de buena fe prevalece incluso en los casos de *cancelación* de asientos registrales por suplantación de identidad o falsificación de documentos.

Anteriormente, solo prevalecía en los casos en los que se *anulaba, rescindía o resolvía* dicha inscripción. Parece una diferencia pequeña, pero no lo es, ya que la cancelación es un trámite solo administrativo, mientras que la anulación, rescisión o resolución son uno judicial.

Al expandir la prevalencia del adquirente de buena fe de esta manera, la norma impugnada debilita el derecho del propietario legítimo; y facilita, así, que se repitan casos de mafias que se apropian de inmuebles de personas. Estamos aquí ante un juego de suma cero.

Por tanto, mi voto es por declarar la demanda **FUNDADA**, ya que la Constitución protege el derecho de propiedad como piedra angular de su régimen económico.

S.
SARDÓN DE TABOADA

Pleno. Sentencia 266/2020

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 00013-2017-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

9 de junio de 2020

Caso del Parque Mariscal Ramón Castilla de Lince

CIUDADANOS
C.
MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LINCE

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza 376-2016-MDL "Ordenanza para la conservación y gestión distrital del área de reserva ambiental Parque Mariscal Ramón Castilla del distrito de Lince".

Magistrados firmantes:

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA

TABLA DE CONTENIDOS

Norma impugnada	Parámetro de control
Ordenanza 376-2016-MDL: - artículo 9 - artículo 14 - artículo 15, incisos "h", "n" y "s"	Constitución: - artículo 2, inciso 2, 12 - artículo 192 - artículo 195 Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades Ordenanza 1852-MML Ordenanza 1862-MML Ordenanza 1965-MML

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

B. Debate constitucional

B.1. Demanda

B.2. Contestación de la demanda

C. Argumentos del *amicus curiae*

II. FUNDAMENTOS

§1. Cuestión previa

§2. El Modelo Constitucional de Estado unitario y Descentralizado

§3. Parámetro de control

§4. Análisis de constitucionalidad por la forma

§5. Análisis de constitucionalidad por el fondo

§6. Derecho a la ciudad

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 9 días del mes de junio de 2020, reunido el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento de la magistrada Ledesma Narváez (presidenta) y del magistrado Ferrero Costa (vicepresidente), aprobado en la sesión de Pleno administrativo del 27 de febrero de 2018. Se deja constancia que magistrado Espinosa-Saldaña votará en fecha posterior

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

Con fecha 3 de octubre de 2017, más del 1 % de los ciudadanos del distrito de Lince interponen una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 9 y 14, así como de los incisos "e", "h", "n", y "s" del artículo 15 de la Ordenanza 376-2016-MDL, "Ordenanza para la conservación y gestión distrital del área de reserva ambiental Parque Mariscal Ramón Castilla del distrito de Lince". Dicha demanda fue admitida a trámite el día 26 de enero de 2018.

Por su parte, con fecha 26 de marzo de 2018, el procurador público municipal a cargo de los asuntos judiciales de la Municipalidad Distrital de Lince contesta la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, y solicita que sea declarada infundada.

B. Argumentos de las partes

Las partes postulan una serie de argumentos sobre la constitucionalidad de las normas impugnadas que, a manera de resumen, se presentan a continuación:

B-1. Demanda

Los argumentos expuestos en la demanda son los siguientes:

- Los ciudadanos demandantes sostienen que los artículos 9 y 14, así como los incisos "e", "h", "n", y "s" del artículo 15 de la Ordenanza 376-2016-MDL son inconstitucionales por la forma, por cuanto vulneran los artículos 192 y 195 de la Constitución, así como lo dispuesto en la Ordenanza 1852-MML. La ordenanza impugnada regula la conservación y gestión del área de reserva ambiental (ARA) Parque Mariscal Ramón Castilla (el Parque).
- Señalan que la Municipalidad Metropolitana de Lima (MML), al ser tanto municipalidad provincial como Gobierno regional, de acuerdo con el régimen especial que le concede el artículo 33 de la Ley 27783, Ley de Bases de la Regionalización, resulta

competente para "regular actividades y/o servicios en materia de […] medio ambiente, conforme a ley" de acuerdo con lo establecido por el artículo 192, inciso 7, de la Constitución, aplicable a los Gobiernos regionales.

- Por otro lado, alegan que el artículo 195, inciso 8, de la Constitución también reconoce a los Gobiernos locales competencias para regular lo relacionado con el medio ambiente conforme a ley, por lo que se trata de una competencia compartida entre las municipalidades distritales y las provinciales, en el presente caso la Municipalidad Distrital de Lince (MDL) y la MML.
- Del mismo modo, señalan que el artículo 43, inciso "d", de la Ley 27783, Ley de Bases de la Regionalización, y el artículo 73, inciso "d", de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, también reconocen la competencia compartida sobre el medio ambiente.
- Por consiguiente, los recurrentes manifiestan que la MDL ha excedido sus competencias al regular de manera unilateral y excluyente aspectos relativos al medio ambiente en las normas impugnadas, toda vez que, para hacerlo, debió coordinar previamente con la MML.
- Asimismo, precisan que la MDL también ha excedido sus competencias al haber zonificado el Parque en zona norte y zona sur, dado que la zonificación constituye una competencia exclusiva de la MML conforme al artículo 79, numeral 1.2, de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades. Además, esta zonificación no se encuentra prevista en la Ordenanza 1017-MML.
- Agregan que la MDL ha inobservado las pautas generales sobre recreación activa contenidas en la Ordenanza1852-MML, que establece en su artículo 10 que "es derecho de los ciudadanos el acceso, uso y disfrute de las áreas verdes de uso público, sin más limitación que el orden público, la moral y las buenas costumbres".
- Adicionalmente, alegan que la MDL prohíbe de manera absoluta la recreación activa, lo que trasgrede lo dispuesto en el artículo 40 de la Ordenanza 1852-MML, según el cual la "zona de recreación activa podrá alcanzar hasta el límite del 30% de la superficie total del área verde", lineamientos que no fueron cumplidos por la MDL.
- Por otro lado, los ciudadanos demandantes sostienen que el artículo 14, así como los incisos "e", "h", "n", y "s" del artículo 15 de la Ordenanza 376-2016-MDL también son inconstitucionales por el fondo.
- Señalan que la división del Parque en zona norte y zona sur ha ocurrido sin ninguna razón objetiva, además de imponer prohibiciones diferenciadas entre ambas zonas a través del artículo 14 de la cuestionada ordenanza. La zona norte tiene niveles de ruido correspondientes a zonificación residencial, mientras que la zona sur tiene niveles de zona de protección especial. Manifiestan que tal diferenciación sin justificación vulnera el principio de igualdad, dado que aquellas medidas repercuten en los vecinos que viven alrededor del Parque.

- Asimismo, sostienen que los incisos "e", "n", y "s" del artículo 15 de la ordenanza cuestionada establecen prohibiciones de recreación activa en las áreas verdes del Parque, por cuanto han sido consideradas dentro de las actividades que implican riesgos para su conservación o que afectan directamente la vegetación existente. Esto vulnera el derecho a la recreación de las personas, el cual, según alegan, es un derecho no reconocido específicamente en la Constitución, pero que se encuentra implícito en esta, y que se deriva de los derechos a la integridad psíquica y física, al libre desarrollo y bienestar, a la salud y a la educación.

- Los ciudadanos recurrentes enfatizan la distinción entre recreación pasiva y activa, señalando que la primera es aquella en donde la persona recibe la recreación sin cooperar ni participar en esa actividad, mientras que la segunda implica una acción de la persona que participa en la actividad de recreación; es decir, la persona participa de las actividades al mismo tiempo que disfruta de aquellas. Tomando en cuenta ello, equiparar la recreación activa con fogatas o aplicación de productos nocivos, como hace la ordenanza impugnada, no sería proporcional.

- Con relación al literal "n" del artículo 15, que prohíbe actividades que puedan "obstaculizar la labor del personal encargado del mantenimiento y riego de las áreas verdes", los demandantes alegan que se deja en manos del personal de mantenimiento del Parque el ejercicio del derecho de recreación activa de las personas. Así, todos tendrían que abandonar el Parque al momento del riego, lo que puede prestarse para actos arbitrarios y caprichosos, dado que no existe un horario establecido.

- En cuanto al literal "s" del artículo 15, que prohíbe realizar "actividades de cualquier índole que obstaculicen las vías de circulación interna" del Parque, alegan que la vaguedad de la disposición puede obstruir la libre recreación de las personas, puesto que no se sabe cuáles son las vías de circulación interna o qué actividades estarían prohibidas, ya que es muy genérico y abstracto.

- Los demandantes añaden que el literal "h" del artículo 15, mediante el cual se prohíbe "la aglomeración de personas y/o manifestaciones" en el Parque, no toma en cuenta las razones por las que las personas deciden reunirse allí ni la finalidad que persigue tal acto. Alegan que se atenta de esta forma contra el derecho de reunión, por lo que tal dispositivo debe ser declarado inconstitucional.

- Por último, los demandantes argumentan que la ordenanza impugnada vulnera el "derecho a la ciudad", el que solicitan sea reconocido como un derecho fundamental innominado, definido como el derecho de los residentes y vecinos a gozar de todos los beneficios de la ciudad en forma igualitaria, así como participar en la gestión y planificación de los espacios públicos de todos los servicios de la ciudad.

- Vinculado con lo anterior, proponen reconocer también un "derecho a un urbanismo armonioso y sostenible" en el que los ciudadanos tienen derecho a un desarrollo urbanístico ordenado que asegure una relación armoniosa entre el hábitat, los servicios públicos, los equipamientos, los espacios verdes y las estructuras destinadas a los usos colectivos.

B-2. Contestación de demanda

Los argumentos expuestos en la contestación de la demanda son los siguientes:

- La MDL contesta la demanda advirtiendo que, en el artículo 195, inciso 8, de la Constitución, y en los artículos I, II, X, 73 y 79 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, se verifican las competencias de los Gobiernos locales sobre el cuidado del medio ambiente y promoción del desarrollo integral, viabilizando la sostenibilidad ambiental de tal forma que se otorguen mejores condiciones de vida a la población. En tal sentido, señala que no se aprecia prohibición alguna o delegación exclusiva hacia los Gobiernos provinciales o regionales de dichas funciones.
- Señala que la Ordenanza 1852-MML establece en su artículo 12 que las áreas verdes de uso público se encuentran bajo la administración de las municipalidades distritales, lo que se reafirma también en el artículo 40. Asimismo, el artículo 43 establece que las municipalidades distritales regulan la realización de actividades públicas en áreas verdes de su jurisdicción asegurando su buen mantenimiento.
- Por otra parte, la entidad demandada advierte que se ha respetado lo establecido en la Ordenanza 1852-MML, particularmente en lo concerniente a los artículos 10 y 40 referidos al uso y disfrute recreativo de los parques. Sostiene que simplemente ha reglamentado la conservación y gestión del Parque de acuerdo con sus competencias, estableciendo limitaciones de orden público para el uso de áreas verdes.
- Sostiene la MDL que los ciudadanos no tienen una libertad absoluta para acceder y desarrollar sus actividades en áreas verdes, sino que existen "limitaciones derivadas del orden público, la moral y las buenas costumbres, así como el deber de conservar las plantas, árboles e instalaciones complementarias y mantenerlas en buen estado", conforme lo establece el artículo 10 de la Ordenanza 1852-MML.
- Asimismo, la MDL expresa que la recreación activa está compuesta por el "conjunto de actividades dirigidas al esparcimiento y al ejercicio de disciplinas lúdicas, artísticas o deportivas que tienen como fin la salud física y mental, para las cuales se requiere infraestructura". En contraste con la anterior, la recreación pasiva está constituida por las actividades dirigidas al "disfrute escénico y la salud física y mental, para las cuales sólo se requieren de equipamiento en proporciones mínimas al escenario natural, de mínimo impacto ambiental y paisajístico".
- La entidad demandada pone de relieve que, de acuerdo con el artículo 40 de la Ordenanza 1852-MML, la construcción de la infraestructura adecuada para que los ciudadanos puedan desarrollar la recreación activa podrá alcanzar hasta un 30 % de la superficie total del área verde como máximo. En tal sentido, señala que no se observa que la norma cuestionada en autos contravenga la Ordenanza 1852-MML, puesto que el área para la recreación activa no sobrepasa tal porcentaje, sino que está dentro de dicho margen.
- El objetivo de la MDL ha sido lograr una mejor gestión del Parque, constituido en área de reserva ambiental mediante Ordenanza 1391-MML. Por ello, se han

establecido micro zonas para su mejor cuidado y preservación, haciéndolo dentro de sus competencias.

- Desde la perspectiva sustantiva, la MDL manifiesta que la demanda debe ser desestimada por cuanto el artículo 14 y los incisos "e", "h", "n" y "s" del artículo 15 de la de la ordenanza cuestionada resultan conformes con la Constitución y no vulneran los derechos invocados. Sostiene que, si bien los demandantes han solicitado la inconstitucionalidad de todo el artículo 14, solamente han presentado argumentos respecto de la presunta inconstitucionalidad del segundo párrafo.
- Indica que en dicho párrafo se establece una diferenciación en los límites de contaminación sonora entre la zona sur y la zona norte. La primera, por su naturaleza, ha sido destinada a la recreación pasiva y tiene como objetivo el desarrollo de actividades contemplativas dirigidas al disfrute escénico, para lo que se requiere equipamiento mínimo. En dicha zona solo hay infraestructura mínima como una pileta y una zona asfaltada que permite realizar caminatas.
- La segunda, en cambio, ha sido destinada para la recreación activa y por ello se ha colocado mobiliario urbano e infraestructura complementaria como juegos infantiles, gimnasio, laguna artificial, cancha de vóley, polideportivo, biblioteca, vivero municipal, piletas ornamentales, anfiteatros, entre otros.
- Señala que el segundo párrafo del artículo 14 regula los niveles máximos permisibles de contaminación sonora atendiendo a las características principales de cada espacio. En la zona sur, los límites corresponden a la zona de protección especial (50 decibeles de 07:01 a 22:00 horas y 40 decibeles de 22:01 a 07:00 horas), y en la zona norte los límites corresponden a la zona residencial (60 decibeles de 07:01 a 22:00 horas y 50 decibeles de 22:01 a 07:00 horas), conforme con lo dispuesto en el artículo quinto de la Ordenanza 194-2007-MDL.
- Alega, además, que no existe un trato desigual entre los vecinos que residen en torno al Parque, pues a ellos no se les aplica el dispositivo, sino que este solo resulta aplicable dentro del Parque y dependiendo del tipo de recreación de cada zona.
- Asimismo, sostiene que no se vulnera el derecho a la recreación por cuanto las limitaciones a las actividades en las áreas verdes del Parque no son arbitrarias o irrazonables, sino que persiguen una finalidad legítima, como la de proteger y preservar el medio ambiente. Adicionalmente, debe tomarse en consideración que la zona norte del Parque está destinada para la recreación activa, conforme a los límites establecidos en la Ordenanza 1852-MML.
- Finalmente, la MDL sostiene que, mediante el literal "h" del artículo 15, se pretende evitar que las áreas verdes sean destruidas o inutilizadas con el desarrollo de reuniones de grandes grupos de personas. La protección del ambiente justifica también las prohibiciones establecidas en los incisos "n" y "s" del artículo 15 de la ordenanza impugnada.

C. Argumentos del *amicus curiae*

Con fecha 30 de julio de 2018, este Tribunal admitió como *amicus curiae* a la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA), con el objeto de recibir el aporte de elementos jurídicos que coadyuven a resolver la presente controversia.

En el informe presentado con fecha 11 de julio de 2018, se sostiene lo siguiente:

- La denominación de ARA implica que los parques o aéreas verdes de uso público que compartan tal calificación merecen una protección ambiental especial, tanto de la Administración Pública como de la sociedad, pues en ellas predomina el elemento natural, y significan para la zona distrital o la provincia de Lima una fuente rica en biodiversidad y servicios ecosistémicos o ambientales.
- Por ello, señalan que la protección de las aéreas de verdes de dominio y uso público terminan beneficiando la sostenibilidad de las ciudades y la mejora en la calidad de vida de sus habitantes. En tal sentido, las áreas verdes de dominio público deben ser reconocidas con las características de intangibilidad e inalienabilidad. De igual forma, debe existir una regulación de garantías que consoliden la naturaleza de estos bienes de acuerdo con lo señalado en el artículo 73 de la Constitución.
- Añaden que la Administración Pública tiene únicamente competencias predeterminadas para regular y ordenar la utilización y el aprovechamiento de los bienes de dominio público. Por ello, refieren que quedan excluidos del dominio privado de la Administración Pública.
- Por otro lado, señalan que los fines que persiguen los dispositivos legales son idóneos, puesto que coadyuvan a la protección, conservación y uso sostenible de los parques que conforman parte del patrimonio natural de la ciudad. Sin embargo, señalan que la búsqueda de estos fines no basta para atribuirse la potestad de administrar dichas aéreas de uso público, puesto que, para realizar dicha actividad de regulación, esta debe encontrarse estipulada expresamente en alguna ley o norma con rango de ley.
- En ese sentido, manifiestan que la MDL excedió sus atribuciones con la Ordenanza Municipal 376-2016-MDL, puesto que buscó no solo la protección, conservación y mantenimiento del Parque, sino que restringió de manera injustificada una serie de actividades, generando la desnaturalización de la figura del ARA.
- De igual forma, argumentan que la actuación de la municipalidad emplazada contravino las funciones designadas por la MML a través de la Ordenanza Municipal 1852-2014-MML, que asigna competencias a las municipalidades distritales para la administración de las aéreas verdes de uso público.
- Recalcan que la división del Parque en dos aéreas de regulación distinta implica un acto de zonificación por parte de la MDL, lo que contraviene las competencias establecidas en el inciso 1.1 del artículo 79 de la Ley Orgánica de Municipalidades.
- Asimismo, refieren que esta división del Parque en zona norte y zona sur determina una regulación especial en cuanto a las actividades (recreación activa y pasiva) que se

pueden realizar en el perímetro, así como los niveles permisibles de contaminación sonora.

- Por otro lado, señalan que la medida adoptada para evitar la contaminación sonora no es idónea, puesto que no ha tenido en cuenta que, por la ubicación del Parque, se estarían restringiendo otras actividades como la circulación vehicular.
- Además, alegan que la restricción en atención a la zona representa un trato desigual respecto de las personas que viven en los alrededores y las que hacen uso del Parque.
- Señalan que el inciso "e" del artículo 15 de la Ordenanza 376-2016-MDL resulta inconstitucional, puesto que, al establecer una prohibición de realizar recreación activa en todo el Parque, no se tiene en cuenta la distinción que realizó en la misma norma, sobre las zonas norte (zona de recreación activa) y sur (zona de recreación pasiva).
- Además, refieren que realizar actividades de recreación dentro de las aéreas verdes no afecta *per se* la conservación del Parque, por ello se estaría vulnerando también el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, previsto en el inciso 22 del artículo 2 de la Constitución.
- Con relación a ello, señalan que, con base en los compromisos internacionales suscritos por el Estado, existe un deber de garantizar el derecho a la ciudad, lo que implica que sus habitantes y autoridades deben de respetar el patrimonio natural, histórico, arquitectónico, cultural y artístico.
- Refieren que la restricción absoluta de cualquier tipo de reunión en el Parque establecida en la norma impugnada afecta el derecho de reunión y de libertad de expresión.
- Por otro lado, manifiestan que prohibiciones respecto del uso público del Parque, establecidas en los incisos "n" y "s" del artículo 15 de la ordenanza impugnada, resultan inconstitucionales, por cuanto no delimitan el ámbito de competencia de la municipalidad emplazada.
- En ese sentido, señalan que en el inciso "n" no se ha establecido los supuestos en los que se obstaculizaría la labor del personal de mantenimiento del Parque.
- Finalmente, señalan que las prohibiciones del inciso "s" no delimitan las actividades que se encuentran sancionadas y por ello resulta inconstitucional, ya que afecta el principio de legalidad estipulado en el inciso 24 del artículo 2 de la Constitución.

II. FUNDAMENTOS

§1. CUESTIÓN PREVIA

1. Este Tribunal hace notar que el inciso "e" del artículo 15 de la ordenanza impugnada ha sido modificado por la Única Disposición Complementaria Modificatoria de la Ordenanza 404-2018-MDL, publicada el 22 julio 2018, y cuyo texto ahora es el siguiente:

e) Realizar actividades que impliquen riesgos para su conservación o que afecten directamente la vegetación existente, o que puedan inutilizar parte de una especie forestal o afectar su crecimiento (quemas, fogatas, estacionamiento de vehículos, aplicación de productos tóxicos o nocivos, otros similares).

2. En tal sentido, respecto de dicha disposición se ha producido la sustracción de la materia, por cuanto esta ya no contiene el término "recreación activa", que era el motivo de la controversia. No obstante, la misma expresión se mantiene en el artículo 9 de la ordenanza impugnada, que sí será analizado más adelante.

3. Por la razón expuesta, corresponde declarar improcedente la demanda en el extremo referido a la inconstitucionalidad del inciso "e" del artículo 15 de la Ordenanza 376-2016-MDL.

§2. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE ESTADO UNITARIO Y DESCENTRALIZADO

4. El actual modelo de Estado unitario se fortalece y garantiza su supervivencia a través de la descentralización, que es el fundamento de la modernización y democratización del Estado.

5. El proceso de descentralización supone transferir potestades y competencias a favor de órganos intermedios de Gobierno y esto no debilita al Estado; por el contrario, lo fortalece, porque puede desempeñar más eficientemente sus funciones propias delegando atribuciones en instancias que tienen un mayor nivel de proximidad con el ciudadano.

6. Nuestro Texto Constitucional, en su artículo 43, ha establecido lo siguiente:

> La República del Perú es democrática, social, independiente soberana.
>
> El Estado es uno e indivisible.
>
> Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

7. Siguiendo dicho diseño constitucional, nuestra Carta Política, en sus artículos 188 a 199, regula el proceso de descentralización como aquel proceso progresivo y ordenado tendiente al desarrollo integral de nuestro país.

8. Vale decir, la descentralización es un proceso que permite que en todo el territorio nacional se den los elementos que posibiliten a los peruanos un nivel de vida acorde con su condición de seres humanos, dentro de la inspiración humanística ratificada por la Constitución vigente, que entiende que la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado.

9. La finalidad de este diseño es que en cada lugar de la República exista acceso a todos los elementos que trae consigo la modernidad en procura del bienestar y de la realización del hombre.

10. En tal sentido, dicho proceso implica el ejercicio del Gobierno de manera descentralizada y desconcentrada en procura del desarrollo integral del país, que, sin romper el

concepto unitario de Estado, debe reconocer órganos de Gobierno distintos a los que integran la estructura del Gobierno central, con poder suficiente para enfrentar en forma autónoma la problemática de cada localidad.

11. La Constitución ha establecido que el proceso de descentralización se da, básicamente, a través y a partir de las municipalidades, a las cuales considera como instrumentos vitales. Por ello, es importante resaltar el papel que se asigna a las municipalidades como órganos del Gobierno local a las que no solamente se debe concebir como entidades encargadas de enfrentar y atender los requerimientos que se presentan en sus respectivas jurisdicciones, en lo que atañe a las necesidades locales, sino también y, principalmente, como medios de materializar la descentralización del Gobierno, en tanto entidades que representan a los vecinos de su respectiva circunscripción territorial, quienes, a través del sufragio directo, eligen a sus autoridades y, por medio de los mecanismos de democracia directa, participan en las tareas de su respectivo Gobierno local.

12. Justamente, para que puedan cumplir con su papel como instrumentos y expresión de la descentralización, se les ha otorgado plena autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia.

13. Esta autonomía otorgada a los municipios es tal que incluso el propio Texto Constitucional, en su artículo 194, reconoce la existencia de los Concejos Municipales como órganos normativos y fiscalizadores (equivalentes al Poder Legislativo en el nivel local y en los asuntos de su competencia), y a la Alcaldía como un órgano ejecutivo (equivalente al Poder Ejecutivo).

14. Por ello, si como país aspiramos a un auténtico Estado constitucional unitario y descentralizado, moderno y eficiente, en el cual se hayan radicado entes territoriales cuyas autoridades emerjan del mandato popular y gocen de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia, es necesario fortalecer, desde todos los ámbitos, el proceso de descentralización dentro de la estructura estatal, con la finalidad de procurar el desarrollo integral del país a través de los Gobiernos regionales y locales.

15. Adicionalmente a ello, es importante señalar que nuestro diseño de Estado unitario y descentralista resulta *sui generis,* pues dentro de un modelo de Estado unitario es conocido que el Gobierno nacional es el único que ostenta autonomía política. Sin embargo, a partir de la Carta de 1993, el Constituyente peruano ha otorgado a las regiones y municipalidades –en tanto que entes territoriales básicos–, a través de sus órganos de Gobierno local, autonomía política, inaugurando dentro del Estado peruano una modalidad especial, que conjuga una autonomía política general, inherente y exclusiva de Gobierno nacional en el clásico Estado unitario, con una autonomía política constreñida a los asuntos competenciales propios, que entendemos como comprensiva de la gestión de sus respectivos intereses.

16. En este orden de ideas, la consagración de la autonomía política, administrativa y económica de los Gobiernos locales abarca las potestades, en su ámbito competencial, como poderes autónomos de autogobernarse por autoridades representativas electas;

autonormarse, vía reglas dictadas por su órgano normativo integrado por representantes electos; autofiscalizarse, a través del mismo órgano normativo; autoadministrarse, en su organización interna, en su presupuesto y en los servicios públicos que debe atender; y autogenerar sus recursos, con potestad tributaria; todo ello en el marco de la Constitución y de su ley orgánica.

17. Dicho esto, entonces, las competencias regionales y municipales ya no pueden entenderse como simples facultades regladas y constreñidas a mandatos de competencias literales, sino que, en el ejercicio de ellas, será necesario apuntar al desarrollo armónico de cada circunscripción, atendiendo a las propias características del territorio y las necesidades de la población que administra (de infraestructura, de seguridad, de comercio, de transporte, entre otros).

18. Entonces, el Tribunal Constitucional, como supremo órgano de control de la constitucionalidad, debe pronunciarse sobre la conformidad de las ordenanzas impugnadas con la Carta Fundamental, garantizando que los órganos descentralizados puedan ejercer sus competencias a favor del bienestar social y de la realización de la persona.

§3. PARÁMETRO DE CONTROL

19. El artículo 75 del Código Procesal Constitucional establece que la infracción contra la jerarquía normativa de la Constitución puede ser como sigue:

    (i) directa o indirecta;

    (ii) de carácter total o parcial; y,

    (iii) tanto por la forma como por el fondo.

20. En ese sentido, este Tribunal ha señalado en reiterada jurisprudencia que una disposición incurre en una infracción constitucional por la forma, entre otros supuestos, cuando se infringe el procedimiento legislativo previsto en la norma fundamental para su aprobación.

21. El ente encargado de la aprobación de una ordenanza cuenta con un considerable margen de maniobra político, pero esta no puede ser contraria a las obligaciones que emanan de la Constitución o de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad.

22. Al respecto, cabe recordar que el proceso de inconstitucionalidad supone un control abstracto de las normas con rango de ley tomando a la Constitución, en su carácter de norma suprema del ordenamiento, como parámetro de evaluación.

23. Sin embargo, en determinadas ocasiones, el parámetro de constitucionalidad puede comprender otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (Sentencia 0007-2002-AI/TC, fundamento 5).

24. En tales casos, estas fuentes asumen la condición de "normas sobre la producción jurídica" en un doble sentido; por un lado, como "normas sobre la forma de la producción

jurídica", esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como "normas sobre el contenido de la normación", es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido.

25. A este parámetro de control, formado por la Constitución (en sus partes pertinentes) y aquellas normas con rango de ley que derivan directamente de esta y tienen una relación causal con la materia jurídica subyacente al control de constitucionalidad a realizarse, se le denomina bloque de constitucionalidad.

26. En ese orden de ideas, este Tribunal señaló lo siguiente:

> […] en una hipótesis de infracción indirecta, el parámetro de control, esto es, la norma de referencia a partir de la cual el Tribunal evaluará la validez de la ley cuestionada, está integrado por la Constitución, pero también por todas las leyes a las que esta confirió la capacidad de limitar a otras normas de su mismo rango [Sentencia 0047-2004-AI/TC, fundamento 128].

27. Este órgano de control de la Constitución precisó, además, que se produce una afectación indirecta cuando exista una incompatibilidad entre la norma sometida a juicio y otra norma legal a la que el propio Constituyente delegó algunos de los siguientes aspectos:

    (i) la regulación de un requisito esencial del procedimiento de producción normativa;

    (ii) la regulación de un contenido materialmente constitucional;

    (iii) la determinación de competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales.

28. Lógicamente, estas normas deben, a su vez, ser compatibles con la Constitución para formar el bloque de constitucionalidad. En tales casos, las normas integradas al parámetro actúan como normas interpuestas y toda norma con rango de ley que sea incompatible con ellas será declarada inconstitucional en un proceso de control concentrado por infracción indirecta de la Constitución.

29. En consecuencia, corresponde al Tribunal establecer qué normas forman parte del bloque de constitucionalidad aplicable al presente caso para realizar el análisis formal de la ley cuestionada.

30. Dicho parámetro está compuesto por los artículos 192 y 195 de la Constitución y por las siguientes normas con rango de ley:

    i. Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización;

    ii. Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades;

    iii. Ordenanza 1852-MML, para la conservación y gestión de áreas verdes en la Provincia de Lima;

iv. Ordenanza 1862-MML, que regula el proceso de planificación del desarrollo territorial-urbano del área metropolitana de Lima;

v. Ordenanza 1965-MML, metropolitana para la prevención y control de la contaminación sonora.

§3. Análisis de constitucionalidad por la forma

31. Este Tribunal ha señalado en reiterada jurisprudencia que existe una infracción constitucional por la forma cuando un ente estatal regula una materia sin tener competencia para ello. Conforme a lo señalado *supra*, esta competencia puede encontrarse directamente en la Constitución o puede encontrarse desarrollada en una norma con rango de ley por mandato de esta.

32. En el presente caso, los ciudadanos demandantes señalan que la norma cuestionada es inconstitucional por la forma por contravenir los artículos 192 y 195 de la Constitución, la Ley de Bases de la Descentralización, la Ley Orgánica de Municipalidades y la Ordenanza 1852-MML.

33. Alegan que la MDL ha emitido la ordenanza impugnada vulnerando las competencias de la MML en materia ambiental y de zonificación respecto del Parque, que fue declarado como un ARA mediante la Ordenanza 1391-MML.

34. Cabe destacar que, de acuerdo con el artículo 198 de la Constitución, la MML ejerce sus competencias dentro del ámbito de la provincia de Lima. Conforme al artículo 33 de la Ley de Bases de la Descentralización, las competencias y funciones reconocidas al Gobierno regional son transferidas a la MML, por lo que "toda mención contenida en la legislación nacional que haga referencia a los gobiernos regionales, se entiende también hecha a dicha municipalidad, en lo que resulte aplicable".

35. Asimismo, el artículo 40 de dicha ley orgánica señala que en la capital de la República el Gobierno local lo ejerce la MML. Por otro lado, el artículo 152 de la Ley Orgánica de Municipalidades señala que esta ejerce jurisdicción exclusiva sobre la provincia de Lima en materias municipales y regionales, mientras que el artículo 154 de esta señala que la MML ejerce jurisdicción, en las materias de su competencia, sobre las municipalidades distritales ubicadas en el territorio de la provincia de Lima.

36. En materia de zonificación, el artículo 195, inciso 6, de la Constitución es claro en señalar que los Gobiernos locales resultan competentes para planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, el urbanismo y el acondicionamiento territorial.

37. Pero el artículo 189 de la Constitución señala que el ámbito del nivel local de Gobierno son las provincias, distritos y centros poblados, mientras que 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. El artículo 73 de la Ley Orgánica de Municipalidades señala lo siguiente:

> La Ley de Bases de la Descentralización establece la condición de exclusiva o compartida de una competencia.
>
> Las funciones específicas municipales que se derivan de las competencias se ejercen con carácter exclusivo o compartido entre las municipalidades provinciales y distritales, con arreglo a lo dispuesto en la presente ley orgánica.

39. Así, tenemos que la Ley de Bases de la Descentralización es la que señala la naturaleza exclusiva o compartida de una competencia, mientras que la Ley Orgánica de Municipalidades asigna una y otra a los diferentes Gobiernos provinciales y distritales. Efectivamente, el artículo 44, numeral 1, de la Ley de Bases de la Descentralización señala lo siguiente:

> Las competencias municipales señaladas en los artículos precedentes, se distribuyen en la Ley Orgánica de Municipalidades, según la jurisdicción provincial o distrital, precisando los niveles y funciones en cuanto a normatividad, regulación, administración, ejecución, promoción, supervisión y control.

40. En concordancia con ello, el artículo 42, inciso "d", de la Ley de Bases de la Descentralización señala que normar la zonificación es una competencia exclusiva, mientras que el artículo 79, numeral 1.2, de la Ley Orgánica de Municipalidades señala entre las funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales la de aprobar el esquema de zonificación de áreas urbanas.

41. El numeral 3.1. del mismo artículo 79 señala como función específica exclusiva de las municipales distritales "aprobar el plan urbano […] con sujeción al plan y a las normas municipales provinciales sobre la materia". En tal sentido, no cabe duda de que la zonificación es una competencia provincial.

42. La Ordenanza 1862-MML es la norma que regula el proceso de planificación del desarrollo territorial-urbano del área metropolitana de Lima, lo que incluye la zonificación de los usos del suelo en dicha ciudad, conforme lo establece su artículo 12. Los Gobiernos locales distritales en la jurisdicción de la MML deben ajustarse a lo dispuesto en dicha ordenanza.

43. Conforme al artículo 16 de la Ordenanza 1862-MML, la zonificación de los usos del suelo de acuerdo con el funcionamiento de las actividades económicas y sociales en la ciudad se expresa según tipos de zonas, como son, entre otras, las zonas residenciales, zonas comerciales, zonas industriales, zonas de equipamiento urbano de educación, salud y recreación y zonas de protección y tratamiento paisajista.

44. En términos de zonificación para niveles de ruido, la norma aplicable es la Ordenanza 1965-MML, ordenanza metropolitana para la prevención y control de la contaminación sonora, que señala en su artículo 10 que las zonas de aplicación son aquellas que han sido establecidas en la zonificación de los usos de suelos por la MML y son las zonas residenciales, zonas industriales, zonas comerciales, zonas de protección especial y zonas mixtas.

45. Dicha ordenanza se encuentra concordada con lo dispuesto en el Decreto Supremo 085-2003-PCM, que aprueba el Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental para Ruido, el cual fue emitido en virtud de lo establecido en la Ley General de Salud y el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales vigente en ese entonces.

46. Por otro lado, respecto al medio ambiente, el artículo 192 de la Constitución, referido a los Gobiernos regionales, señala que estos son competentes para promover y regular actividades o servicios en dicha materia, mientras que el artículo 195, referido a los Gobiernos locales, señala que estos son competentes para desarrollar y regular actividades o servicios en el ámbito medio ambiental; en ambos casos, conforme a ley.

47. Esto significa que la competencia en materia de medio ambiente es compartida, y así lo ratifica el artículo 43, inciso "d", de la Ley de Bases de la Descentralización, que incluye la preservación y administración de las reservas y áreas naturales protegidas locales, la defensa y protección del ambiente como competencias compartidas.

48. Al respecto, la Ley Orgánica de Municipalidades contiene varias disposiciones alusivas a las competencias aplicables a la MML en materia de medio ambiente y parques, a saber:

> Artículo 73.- Materias de competencia municipal
>
> […]
>
> Dentro del marco de las competencias y funciones específicas establecidas en la presente ley, el rol de las municipalidades provinciales comprende:
>
> (d) Emitir las normas técnicas generales, en materia de organización del espacio físico y uso del suelo así como sobre protección y conservación del ambiente.
>
> Artículo 159.- Competencias
>
> Son competencias y funciones de la alcaldía metropolitana:
>
> 4. En materia de saneamiento ambiental:
>
> 4.1. Formular los planes ambientales en su jurisdicción, así como controlar la preservación del medio ambiente;
>
> 4.2. Conservar y acrecentar las áreas verdes de la metrópoli;

49. Es en virtud de tales competencias que la MML emitió la Ordenanza 1852-MML, ordenanza para la conservación y gestión de áreas verdes en la provincia de Lima, cuyo artículo 4, inciso "c", señala como uno de los objetivos específicos de la gestión de áreas verdes:

> c) Planificar, orientar y estandarizar el ejercicio de la gestión de las áreas verdes por parte de la Municipalidad Metropolitana de Lima y las municipalidades distritales, promoviendo un trabajo coordinado, articulado y responsable.

50. El artículo 11 de la referida ordenanza señala que la MML tiene la competencia para constituir, organizar y administrar el sistema metropolitano de parques, de conformidad con la Ley Orgánica de Municipalidades. No obstante, el artículo 12 señala lo siguiente:

> Se encuentran bajo el ámbito de administración de las municipalidades distritales las áreas verdes de uso público dentro de la jurisdicción, tales como los parques distritales, las áreas verdes en vías locales y en áreas complementarias en la circunscripción de cada distrito bajo administración municipal, tanto en lo concerniente a su manejo y gestión como a su mantenimiento.

51. Esto se encuentra en concordancia con lo establecido en la Ley 26664, que dispuso que los parques que se encuentran bajo administración de las municipalidades provinciales o en cuya circunscripción territorial están ubicados.

52. Habiendo definido el marco jurídico aplicable, se tiene que los cuestionamientos de forma de los ciudadanos demandantes son dos:

(i) Los artículos 9 y 14 de la Ordenanza 376-2016-MDL trasgreden la competencia exclusiva de la MML sobre zonificación, pues la MDL ha zonificado el Parque en zona sur y zona norte, atribuyendo a cada una diferentes niveles máximos de ruidos permitidos.

(ii) Los artículos 9 y 15 de la Ordenanza 376-2016-MDL trasgreden las competencias de la MML y lo dispuesto en la Ordenanza 1852-MML, al establecer restricciones respecto a la recreación activa en el Parque.

53. En torno a lo señalado en el primer punto, se tiene que las partes pertinentes de las normas impugnadas señalan lo siguiente:

> Artículo 9.- Zonificación del ARA
>
> El ARA – Parque Mariscal Ramón Castilla, se encuentra zonificada por la Ordenanza N° 1017, de la Municipalidad Metropolitana de Lima, como Zona de Recreación Pública. Para efectos de la gestión de sus zonas físicas se divide en: Zona SUR (zona de recreación pasiva) y Zona NORTE (zona de recreación activa).
>
> Artículo 14.- Contaminación
>
> […]
>
> No se permitirán actividades que impliquen contaminación sonora, para lo cual se aplicarán los Niveles Máximos Permisibles establecidos en el Artículo Quinto de la Ordenanza N° 194-MDL. Ordenanza que Regula la Emisión y Persistencia de Ruidos Nocivos o Molestos en el distrito de Lince, de la forma siguiente:
>
> Zona SUR: Niveles de Zona de Protección Especial.
>
> Zona NORTE: Niveles de Zonificación Residencial.

54. Conforme a lo señalado *supra*, la zonificación es efectivamente una competencia de la MML, pero este Tribunal aprecia que el establecimiento de zonas sur y norte conforme al tipo de actividades recreativas realizadas en cada una es inocuo en lo que a zonificación se refiere. Tal calificación no contradice lo establecido en la Ordenanza 1862-MML, sino que únicamente se trata de una división para la mejor gestión del Parque, como se verá más adelante.

55. No puede decirse lo mismo de la zonificación referente a la contaminación sonora, realizada en el segundo párrafo del artículo 14 de la Ordenanza 376-2016-MDL. En dicho artículo, la MDL realiza la zonificación del Parque y aplica a un sector los niveles de zona de protección especial.

56. No obstante, conforme a lo dispuesto en el artículo 10, inciso "d", de la Ordenanza 1965-MML, la zona de protección especial es una zona de alta sensibilidad acústica en donde se ubican establecimientos de salud, instituciones educativas, asilos y orfanatos, los cuales requieren una protección especial contra el ruido.

57. Como puede apreciarse, el Parque no se encuentra incluido en dicha categoría, por lo que no puede ser zonificado como tal por la MDL. Asimismo, se advierte del Plano de Zonificación de Lince (ver: <http://www.munilince.gob.pe/sites/default/files/documents/licencia-de-funcionamiento/03-07-plano-de-zonificacion.pdf>), emitido conforme a lo dispuesto por la MML, que las zonas alrededor del Parque son básicamente zonas residenciales.

58. Por tales razones, corresponde declarar fundado el extremo de la demanda referido a la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 14 de la Ordenanza 376-2016-MDL, en cuanto establece niveles de zona de protección especial en la zona sur del Parque.

59. Respecto al segundo punto, tenemos que las partes pertinentes de las normas impugnadas señalan lo siguiente:

> Artículo 9.- Zonificación del ARA
>
> El ARA – Parque Mariscal Ramón Castilla, se encuentra zonificada por la Ordenanza N° 1017, de la Municipalidad Metropolitana de Lima, como Zona de Recreación Pública. Para efectos de la gestión de sus zonas físicas se divide en: Zona SUR (zona de recreación pasiva) y Zona NORTE (zona de recreación activa).
>
> Artículo 15.- Prohibiciones
>
> Queda prohibido en las áreas verdes de uso público del ARA – Parque Mariscal Ramón Castilla:
>
> n) Por obstaculizar la labor del personal encargado del mantenimiento y riego de las áreas verdes.
>
> s) Realizar actividades de cualquier índole que obstaculicen las vías de circulación interna del ARA.

60. Los ciudadanos demandantes señalan que estos artículos prohíben o restringen la recreación activa en el Parque, en contravención de lo dispuesto en la Ordenanza 1852-MML. No obstante, esta señala en su artículo 40 lo siguiente:

> Artículo 40.- Infraestructura en Áreas Verdes públicas distritales con fines recreativos
>
> Las áreas verdes públicas destinadas a la recreación pasiva o activa pueden ser espacios naturales o construidos. La gestión y manejo de los espacios de recreación en áreas verdes corresponderá a la entidad encargada de las mismas, conforme a las competencias señaladas en los artículos 11 y 12 de la presente Ordenanza y acorde con las especificaciones contenidas en el Reglamento.
>
> La zona de recreación activa podrá alcanzar hasta el 30% de la superficie total del área verde, y la cobertura verde no debe ser menor al 70% de su superficie total. Cualquier intervención o habilitación de infraestructura con fines recreativos en áreas verdes deberá contar con la aprobación de la Gerencia del Ambiente de la Municipalidad Metropolitana de Lima. La contravención a esta disposición, dará lugar a la interposición de denuncia penal por alteración del ambiente o paisaje urbano o rural, contra quienes resulten responsables.

61. Como puede apreciarse, la referida ordenanza señala que la zona de recreación activa podrá alcanzar (como máximo) el 30 % de la superficie total del área verde. Cabe destacar que su artículo 5 define los tipos de recreación posibles en los parques públicos de la siguiente manera:

    k) Recreación Activa: Conjunto de actividades dirigidas al esparcimiento y al ejercicio de disciplinas lúdicas, artísticas o deportivas que tienen como fin la salud física y mental, para las cuales se requiere infraestructura.

    l) Recreación Pasiva: Conjunto de actividades contemplativas dirigidas al disfrute escénico y la salud física y mental, para las cuales sólo se requieren equipamientos en proporciones mínimas al escenario natural, de mínimo impacto ambiental y paisajístico.

62. Así, se tiene que la recreación activa requiere de infraestructura específica, como podrían ser canchas deportivas o juegos para niños. Efectivamente, en la zona norte del Parque se encuentran instalaciones como el Complejo Polideportivo Mariscal Ramón Castilla, y existe infraestructura y equipamiento para realizar diversas actividades.

63. Si bien este tipo de instalaciones no se encuentran en la zona sur, ello es una decisión que se enmarca dentro de las facultades de la MDL para realizar la administración de las áreas verdes de uso público dentro de su jurisdicción, como señala el artículo 12 de la Ordenanza 1852-MML citado *supra*, observando los límites previstos.

64. Las diferencias establecidas por la MDL se sustentan en las características particulares de cada zona del Parque. A diferencia de la infraestructura que existe en la zona norte,

la zona sur incluye bosques naturales y amplias áreas verdes, con vías que permiten realizar caminatas a los transeúntes. Estas actividades están dirigidas al disfrute escénico y a la salud física y mental, ante las cuales solo se requieren equipamientos en proporciones mínimas. En tal sentido, solo se permite la recreación pasiva.

65. Cabe destacar que la recreación pasiva no implica solamente realizar actividades contemplativas, o que las áreas verdes deban apreciarse desde fuera y sin involucrarse con ellas, sino que es posible realizar actividades dentro de las áreas verdes tales como picnics, paseos, juegos simples con niños o adultos que no requieran de infraestructura especial, y juegos con mascotas respetando las normas de higiene animal.

66. Todo esto debe llevarse a cabo sin afectar el derecho de otras personas respecto del uso y disfrute de las áreas verdes, y cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ordenanza 1852-MML.

67. Pero el Parque es una unidad aunque se encuentre divido en zonas para efectos administrativos atendiendo a las características propias de cada una. La decisión de implementar infraestructura en una u otra zona es una facultad discrecional que corresponde a la MDL, siempre que respete el límite del 30 % de la superficie total del área verde que puede ser destinado a la recreación activa.

68. Como la recreación activa debe realizarse en la infraestructura especial construida para ello, se entiende que esta no puede realizarse en el restante 70 % del área verde, por lo que la ordenanza impugnada no impone una prohibición total de realizar recreación activa en el Parque, sino que esta se encuentra limitada por la misma Ordenanza 1852-MML al 30 % del área verde, y que está ubicada en la zona norte por decisión de la MDL en ejercicio de sus facultades.

69. En consecuencia, los artículos 9 y 15 de la Ordenanza 376-2016-MDL no trasgreden las competencias de la MML y lo dispuesto en la Ordenanza 1852-MML respecto a la recreación activa en el Parque, por lo que corresponde desestimar la demanda en este extremo.

§4. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD POR EL FONDO

70. Los cuestionamientos sustantivos respecto de la ordenanza impugnada son los siguientes:

    (i) Los niveles máximos de ruido que se establecen en el artículo 14 de la Ordenanza 376-2016-MDL vulneran el principio de igualdad, por cuanto suponen un tratamiento diferenciado y arbitrario entre los vecinos del Parque.

    (ii) Los incisos "n" y "s" del artículo 15 de Ordenanza 376-2016-MDL establecen prohibiciones que vulneran el derecho a la recreación activa en las áreas verdes del Parque.

    (iii) El inciso "h" del artículo 15 de la Ordenanza 376-2016-MDL, que establece la prohibición de aglomeración de personas o manifestaciones, vulnera el derecho a la reunión pacífica.

71. Respecto al primer punto, este Tribunal ya señaló *supra* que la referida disposición es inconstitucional por cuanto la MDL carece de competencia para realizar la zonificación del Parque. La zonificación ciertamente debe realizarse en función de criterios objetivos que permitan diferenciar los usos del suelo y niveles de ruido correspondientes en atención a las características reales de la zona a evaluar, pero, en el presente caso, resultaría inconducente analizar el fondo del asunto, en tanto la MDL no tiene competencia para zonificar.

72. Respecto al segundo punto, los ciudadanos demandantes alegan que se ha vulnerado el derecho a la recreación de las personas, el cual, según alegan, es un derecho no reconocido específicamente en la Constitución, pero se encuentra implícito en ella, y se deriva del derecho a la integridad psíquica y física, al libre desarrollo y bienestar, a la salud y a la educación.

73. Este Tribunal debe precisar que la Constitución reconoce el derecho al disfrute del tiempo libre, establecido en su artículo 2, inciso 22. En un país libre como este, donde nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, las personas pueden libremente hacer uso de su tiempo como les parezca más conveniente, lo que incluye la posibilidad de realizar actividades de recreación.

74. Como fuera señalado *supra*, la recreación activa de los parques a nivel de Lima Metropolitana se encuentra limitada al 30 % del área verde, y debe realizarse únicamente en donde existe infraestructura para ella, conforme a lo dispuesto en la Ordenanza 1852-MML, por lo que no existe una prohibición de realizar recreación activa en el Parque Ramón Castilla.

75. Por otro lado, respecto a los incisos "n" y "s" del artículo 15 de la ordenanza impugnada, que prohíben obstaculizar labores del personal encargado del mantenimiento y riego de las áreas verdes, y realizar actividades de cualquier índole que obstaculicen las vías de circulación interna del Parque respectivamente, este Tribunal considera que ambas pueden ser interpretadas conforme a la Constitución.

76. Si bien se trata de normas que poseen un cierto nivel de indeterminación, su aplicación debe realizarse de forma razonable y proporcional por parte de las autoridades, en tanto no puede dejarse de lado que son normas necesarias que tienen detrás un interés legítimo, que es cuidar el Parque y permitir su disfrute por parte de los ciudadanos.

77. Las vías de circulación ciertamente no deben ser bloqueadas, y es labor de la MDL verificar que ello no ocurra por motivos injustificados. Asimismo, los horarios de riego y mantenimiento no necesitan estar establecidos en normas con rango de ley, pues establecerlos es un asunto propio de la gestión y administración de los parques y requiere cierta flexibilidad, la cual se perdería si estos se establecen en una ordenanza. Ciertamente, las municipalidades están obligadas a establecer horarios razonables para realizar estas labores y poner los horarios en conocimiento del público de manera oportuna y en lugares visibles, pero estas obligaciones no se contradicen con el texto impugnado, siempre y cuando se realicen de manera razonable y proporcional.

78. Una lectura adicional que debe darse del inciso "s", es aquella vinculada con el derecho fundamental al disfrute del tiempo libre contenido en el inciso 22 del artículo 2 de la Constitución. En efecto, la indeterminación de la prohibición parece otorgar un amplio margen de discrecionalidad a la Municipalidad Distrital de Lince con relación a si "Realizar actividades de cualquier otra índole que obstaculicen las vías internas de circulación del ARA", pueden también incluir situaciones como el desarrollo de actividades de esparcimiento.

79. Al respecto, se aprecia que la Municipalidad emplazada hasta el año 2016, ha venido incentivando el uso del parque Ramón Castilla para actividades familiares y grupales en favor de la ciudadanía como la observación de flora y fauna, deportes, talleres, entre otras (cfr. https://reservaambientalparquecastilla.wordpress.com/). Dichas actividades municipales resultan congruentes con el respeto del derecho al disfrute al tiempo libre.

80. A fin de que no se efectúe un ejercicio arbitrario de la restricción contenida en el inciso "s" del artículo 15 materia de análisis, este Tribunal Constitucional considera que dicha disposición y su referencia a "actividades de cualquier otra índole" resulta constitucional en tanto se permita el ejercicio del derecho al disfrute del tiempo libre, ya sea de manera individual o colectiva, de manera razonable dentro de los límites del parque Ramón Castilla, ello siempre de la mano con la obligación del respeto que los terceros deben procurar al medio ambiente (flora y fauna) y a la propiedad pública, para evitar su alteración, deterioro o destrucción, tanto en áreas verdes, áreas de circulación interna u otras construcciones internas necesarias para mantener el ornato público. En tal sentido, teniendo en cuenta que no resulta necesario que la ordenanza regule de manera taxativa cada una de las actividades permitidas, pues incluso ello podría entenderse como limitante al ejercicio del derecho en cuestión con relación a las actividades que podrían desarrollarse de manera individual o colectiva (sean por cambios de estaciones climatológicas, fenómenos naturales y nuevas formas de actividades al aire libre), corresponde desestimar este extremo de la demanda.

81. Respecto al tercer punto, la vulneración del derecho de reunión, reconocido en el artículo 2, inciso 12, de la Constitución, el demandando ha señalado que la prohibición de aglomeración de personas o manifestaciones ocurre por una razón legítima, como es proteger el Parque, el cual es un ARA, conforme a lo dispuesto en la Ordenanza 1391-MML.

82. El numeral 3 del artículo 8 de dicha ordenanza define a las ARA como "las áreas verdes donde predomina el elemento natural, que deben ser reguladas y protegidas de todo uso o aprovechamiento que implique la modificación de sus condiciones, siendo mínimo el desarrollo de infraestructura tanto en el suelo como en el subsuelo".

83. Teniendo en cuenta ello, se aprecia que la medida cuestionada tiene un fin legítimo, como es proteger el ARA, lo que se fundamenta a su vez en el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado, reconocido en el artículo 2, inciso 22, de la Constitución.

84. Sin embargo, pese a que dicha medida es idónea para proteger el ARA, pues impide que dichas zonas sean afectadas por su uso masivo y facilita las labores de cuidado y mantenimiento; existen medidas que siendo menos invasivas en el derecho a la reunión, permiten cumplir con la misma finalidad, como por ejemplo, la imposición de multas para quienes, con su conducta, dañen o contaminen el Parque.

85. Cabe destacar que el Parque tiene zonas de recreación activa y pasiva, y que esta última, conforme fue señalado *supra*, también permite que grupos de personas hagan uso de este para realizar actividades de juego, distracción y reunión, razón por la cual, a fin de incentivar un uso adecuado del parque a los visitantes, resulta mucho más coherente la regulación de sanciones destinadas a desincentivar aquellas conductas que perjudiquen las áreas verdes que requieren protección.

86. Por tanto, la restricción examinada deviene en inconstitucional, por lo que debe declararse fundada la demanda en ese extremo.

§5. SOBRE EL DERECHO A LA CIUDAD

87. Los ciudadanos demandantes solicitan que se reconozca el derecho a la ciudad como un derecho fundamental innominado, definido como el derecho de los residentes y vecinos a gozar de todos los beneficios de la ciudad en forma igualitaria, así como participar en la gestión y planificación de los espacios públicos de todos los servicios de la ciudad.

88. Este Tribunal considera que, si bien nuestro catálogo de derechos no es taxativo (es decir, permite advertir la existencia de otros derechos no reconocidos expresamente en la Constitución), el recurso de explicitar un derecho debe ser ejercido por este Tribunal con prudencia. En esa línea de ideas, resulta innecesario, por ejemplo, reconocer derechos que ya se encuentren implícitos en otros ya existentes.

89. En un país donde la regla es la libertad de la persona y donde, como ya se hizo notar, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, no es necesario establecer derechos que tutelen cada actividad o beneficio humano que pueda derivarse de manera simple y evidente de otros derechos o de la mera libertad humana.

90. Efectivamente, la libertad de las personas es el punto de partida y una de las premisas básicas de nuestro ordenamiento, por lo que no es necesario hacer un catálogo exhaustivo de libertades, sino que, más bien, lo que resulta indispensable es establecer cuáles son las conductas expresamente prohibidas, precisamente porque todo lo demás estará implícitamente permitido.

91. En el presente caso, este Tribunal entiende que el alegado derecho a la ciudad es definido por el demandante como un derecho con un contenido muy amplio, y que abarca aspectos esenciales de otros derechos que ya se encuentran reconocidos y protegidos por nuestro ordenamiento. Los elementos principales del derecho propuesto serían tutelar el goce de los espacios públicos de la ciudad, y participar en la gestión y planificación de esta.

92. Respecto al primer punto, el contenido esencial del supuesto derecho a la ciudad se encuentra tutelado por el derecho a la libertad de tránsito, y por el derecho al disfrute del tiempo libre, que se encuentran en el artículo 2, incisos 11 y 22, respectivamente, de la Constitución.

93. El primero de estos derechos permite a las personas circular libremente por el territorio nacional, mientras que el segundo les reconoce la potestad de disfrutar de su tiempo libre de acuerdo a sus deseos.

94. Estos derechos naturalmente no son absolutos, y no facultan a una persona a realizar acciones ilegales o trasgredir los derechos de otras personas. A modo de ejemplo, no habilitan a una persona a entrar en propiedad privada, lo cual está prohibido y penado.

95. Pero sí habilitan a la persona para circular libremente por cualquier espacio público cuyo acceso no se encuentre restringido por razones debidamente fundamentadas, como por razones de seguridad, sanidad o mantenimiento. Esto resulta aplicable a todo espacio público, como pueden ser los parques, las plazas o las playas. Estas últimas, por ejemplo, son espacios de uso público conforme a la Ley 26856.

96. En cuanto a las áreas verdes de uso público en Lima Metropolitana, tenemos lo dispuesto en el artículo 10 de la Ordenanza 1852-MML, el cual señala que:

> Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso, uso y disfrute de las áreas verdes de uso público, sin más limitaciones que las derivadas del orden público, la moral y las buenas costumbres, así como el deber de conservar las plantas, árboles e instalaciones complementarias y mantenerlas en buen estado.
>
> Cuando resulte necesario y previo análisis de razonabilidad, la autoridad competente de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 11 de la presente ordenanza, podrá disponer el pago previo para el acceso a determinadas áreas verdes.

97. Las limitaciones existentes se refieren a la conservación del orden público, de la moral y las buenas costumbres o de la naturaleza, y el cobro para el acceso a determinadas áreas verdes debe entenderse limitado a aquellos casos en los que se brinda acceso a determinados servicios mediante infraestructura especial que requiere de mantenimiento.

98. Pero más allá de ello, el acceso, uso y disfrute de las áreas verdes de uso público. es libre para todas las personas en condiciones de igualdad, pues nuestro ordenamiento constitucional exige que ello sea así, y no hay ninguna disposición en la legislación vigente que establezca lo contrario. En tal sentido, resulta innecesario reconocer un derecho a la ciudad que garantice la posibilidad de acceder o gozar de los espacios públicos.

99. Por otro lado, respecto de la participación en la gestión y planificación de la ciudad, tenemos que el artículo 2, inciso 17, de la Constitución reconoce el derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Este derecho se aplica a todos los niveles de Gobierno, incluyendo el ámbito local y no existe razón lógica para interpretar lo contrario.

100. Las ciudades, como espacios físicos ubicados dentro del territorio nacional, no pueden encontrarse exentas del ordenamiento jurídico peruano, sino que su regulación forma parte de él. Por tanto, todas las disposiciones constitucionales, incluyendo las referidas a la participación política, se aplican en las ciudades, donde la toma de decisiones se realiza a nivel de los Gobiernos locales como entidad descentralizada.

101. En ese orden de ideas, tenemos que la Ley Orgánica de Municipalidades regula la participación de los vecinos en la planeación local y la administración del presupuesto municipal:

> Artículo IX.- Planeación local
>
> El proceso de planeación local es integral, permanente y participativo, articulando a las municipalidades con sus vecinos. En dicho proceso se establecen las políticas públicas de nivel local, teniendo en cuenta las competencias y funciones específicas exclusivas y compartidas establecidas para las municipalidades provinciales y distritales.
>
> El sistema de planificación tiene como principios la participación ciudadana a través de sus vecinos y organizaciones vecinales, transparencia, gestión moderna y rendición de cuentas, inclusión, eficiencia, eficacia, equidad, imparcialidad y neutralidad, subsidiariedad, consistencia con las políticas nacionales, especialización de las funciones, competitividad e integración.
>
> Artículo 53.- Presupuesto de los gobiernos locales
>
> Las municipalidades se rigen por presupuestos participativos anuales como instrumentos de administración y gestión, los cuales se formulan, aprueban y ejecutan conforme a la ley de la materia, y en concordancia con los planes de desarrollo concertados de su jurisdicción. El presupuesto participativo forma parte del sistema de planificación.
>
> Las municipalidades, conforme a las atribuciones que les confiere el artículo 197 de la Constitución, regulan la participación vecinal en la formulación de los presupuestos participativos. […].

102. Como puede apreciarse, la referida ley establece de forma explícita y vinculante que la participación vecinal activa es un elemento que forma parte de la organización de los Gobiernos locales en nuestro país.

103. En conclusión, el derecho a la libertad, el derecho a la igualdad, el derecho al libre tránsito y el derecho al disfrute del tiempo libre, todos reconocidos en el artículo 2 de la Constitución, aseguran que cualquier persona pueda gozar de los beneficios de la ciudad o de cualquier espacio público de libre acceso en forma igualitaria, sin que sea necesario establecer un nuevo derecho que lo especifique.

104. Finalmente, los demandantes también solicitan que se reconozca el "derecho a un urbanismo armonioso y sostenible", según el cual los ciudadanos deben participar

de un desarrollo urbanístico ordenado que asegure una relación armoniosa entre el hábitat, los servicios públicos, los equipamientos, los espacios verdes y las estructuras destinadas a los usos colectivos.

105. Este Tribunal considera que en realidad no existe tal derecho y que las medidas que se adopten con miras a alcanzar un desarrollo urbanístico armonioso y sostenible, que podría ser considerado como un fin deseable, deben ser decididas por los órganos competentes respetando siempre el ordenamiento jurídico nacional.

106. Por cierto, los ciudadanos también tienen participación activa en el desarrollo local como ya se pusiera de relieve *supra*, sin mencionar que, al elegir a sus autoridades, toman especialmente en cuenta las propuestas respecto del desarrollo de la ciudad.

107. Una pretensión como la expresada en la demanda presupone que este Tribunal tendría competencia para orientar las políticas gubernamentales en determinado sentido, algo que no sería coherente con el principio de corrección funcional que orienta el desarrollo de su labor.

108. Efectivamente, la armonía del urbanismo o los mecanismos para alcanzar su sostenibilidad admiten diferentes vías de concreción que no pueden ser decididas por este Tribunal Constitucional.

109. Por último, corresponde poner de relieve que la Constitución ya contiene garantías para la protección del medio ambiente, y eso involucra la sostenibilidad de las diversas actividades, lo que haría innecesario reconocer un derecho que apunte a garantizarla únicamente en el ámbito urbano.

110. Estando a las razones expuestas, corresponde declarar infundada la demanda en este extremo.

III. FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por los ciudadanos del distrito de Lince; y, en consecuencia:

   a. Inconstitucional el segundo párrafo del artículo 14 de la Ordenanza 376-2016-MDL, en cuanto establece niveles de zona de protección especial en la zona sur del Parque Ramón Castilla.

   b. Inconstitucional el inciso "h" del artículo 15 de la Ordenanza 376-2016-MDL que prohíbe la aglomeración de personas o manifestaciones en el Parque Ramón Castilla.

2. **INTERPRETAR** el inciso "s" del artículo 15 de la Ordenanza 376-2016-MDL como constitucional siempre que dicha disposición y su referencia a "actividades de cualquier otra índole" permitan el ejercicio del derecho al disfrute del tiempo libre, ya sea de manera individual o colectiva, de manera razonable dentro de los límites del parque Ramón Castilla, ello siempre de la mano con la obligación del respeto que los terceros deben procurar al medio ambiente (flora y fauna) y a la propiedad pública, para evitar su alteración, deterioro o destrucción, tanto en áreas verdes, áreas de circulación interna u otras construcciones internas necesarias para mantener el ornato público.
3. **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.
4. **IMPROCEDENTE** la demanda respecto del inciso "e" del artículo 15 de la Ordenanza 376-2016-MDL, por haberse producido la sustracción de la materia.

Publíquese y notifíquese.

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA

PONENTE BLUME FORTINI

Lima 16 de junio de 2020

VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por la ponencia, tanto por cuanto declara **FUNDADA EN PARTE** la demanda, como por la interpretación conforme allí planteada. Sin embargo, considero pertinente realizar algunas precisiones que a continuación expongo:

1. Nuestra responsabilidad como jueces constitucionales del Tribunal Constitucional peruano incluye pronunciarse con resoluciones comprensibles, y a la vez, rigurosas técnicamente. Si no se toma en cuenta ello, el Tribunal Constitucional falta a su responsabilidad institucional de concretización de la Constitución, pues debe hacerse entender a cabalidad en la compresión del ordenamiento jurídico conforme a los principios, valores y demás preceptos de esta misma Constitución.

2. En ese sentido, en la sentencia se utiliza la noción de "contenido esencial" para hacer referencia a una porción de cada derecho fundamental que "merece reconocimiento y protección a través del proceso de inconstitucionalidad", 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 de otros procesos constitucionales, por tratarse de contenidos tienen origen más bien en la ley (los llamados contenido "no esencial" o "adicional").

3. 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.

4. 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 se encuentra en el escenario de determinar el contenido de derechos no expresamente reconocidos en la Constitución peruana vigente.

5. 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.

6. Por otro lado, el reconocimiento de un derecho como fundamental (ya sea en mérito a que así lo señala directamente un precepto constitucional o en función a que puede inferirse esa consideración de la denominada cláusula de derechos implícitos) no necesariamente nos precisa el ámbito de acción en el cual el ordenamiento jurídico peruano admitirá la exigibilidad de estos. Estamos pues ante dos puntos donde, como veremos a continuación, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional nos trae algunas luces, pero se encuentra lejos de despejar ciertas sombras.

7. El Tribunal Constitucional peruano, siguiendo el derrotero que le marcaba el texto de 1993, ha establecido en muchos casos encontrarse ante derechos fundamentales no explícitamente reconocidos en la Constitución vigente pero que de todas maneras demandan los mismos niveles de tutela exigibles a todo otro derecho fundamental. Ahora bien, y ya sin entrar a distinguir si asume como sinónimos las denominaciones "derechos innominados" y "derechos implícitos", el alto Tribunal desafortunadamente no siempre ha sido claro para explicar qué le permite establecer que estamos ante un "nuevo" derecho fundamental, o frente a otras expresiones de derechos ya reconocidos como tales.

8. Como sueles ocurrir en estos temas, habitualmente lo señalado se entiende mejor si nos valemos de algún ejemplo para hacer notar sus alcances y repercusiones con mayor detalle: se ha entonces señalado la existencia de un derecho a la verdad, el cual no solamente derivaría "[...] de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado peruano, sino también de la propia Constitución Política, la cual, en su artículo 44 establece la obligación estatal de cautelar todos los derechos y, especialmente, aquellos que vulneran o amenazan con vulnerar la dignidad del hombre. A ello añadiría que si bien hay derechos como el derecho a la verdad que no cuenta con un reconocimiento expreso en el texto de 1993, estamos ante un derecho plenamente pasible de tutela, y que

   > "[...] en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los hechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente". Añadiéndose finalmente sobre el derecho a la verdad que "[...] este tiene una configuración autónoma, una textura propia, que lo distingue de otros derechos fundamentales a los cuales se encuentra vinculado, debido tanto al objeto protegido, como al telos que con su reconocimiento se persigue alcanzar".

9. Como bien se puede apreciar, en este caso, el cual desafortunadamente no es el único sobre el particular, no es fácil determinar en qué se sustenta una decisión tan importante como la de considerar que estamos ante un nuevo derecho fundamental, y no ante la nueva expresión de, si cabe la expresión, "un viejo derecho"

10. A nuestra anterior aseveración hay que añadir como en otros supuestos el Tribunal Constitucional peruano ha puesto más bien énfasis en resaltar que estamos ante un contenido implícito de un derecho al cual la Carta de 1993 expresamente le reconoce la condición de Derecho Fundamental. Esto es lo predicable, por ejemplo, de los

derechos de acceso a la justicia y a la ejecución de sentencias, a los cuales se asume como expresiones del derecho a la tutela jurisdiccional; o frente a los derechos a la prueba en el procedimiento y de la libertad de ejercicio de la profesión, considerados como contenido implícito de los derechos a un debido proceso y a la libertad de trabajo, respectivamente. Sin embargo, revisando esos casos veremos cómo se llega a conclusiones cuyos fundamentos desafortunadamente no están explícitamente consignados.

11. Finalmente, debo hacer énfasis sobre la obligación de un juez(a) constitucional de preservar una interpretación conforme a la Constitución. La cual tiene como elemento indispensable a la presunción de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Esta presunción de constitucionalidad no se sustenta en una mera diferencia al legislador, sino que encuentra su red fundamento en la legitimidad con que cuentan las actuaciones de, por ejemplo, el órgano legislativo y representativo; la eficacia de las normas generadas por el legislador; y la garantía del principio de separación de poderes. Es así que, entre varios sentidos normativos un juez, en un caso concreto, el juez(a) constitucional tendrá que optar por aquel sentido que mantenga la norma en el cauce constitucional (que, excepcionalmente, que permita acotar la inconstitucionalidad al menor ámbito de acción posible).

12. Ahora bien, para ello será necesario realizar una adecuada distinción entre disposición y norma. En términos muy difundidos, entre otros, por Guastini, se llamará "disposición" a cada enunciado que forme parte de un documento normativo, es decir, a cada enunciado del discurso de las fuentes. "Norma" será cada enunciado que constituya el sentido o significado atribuido a una disposición[1]. Esta distinción disposición-norma es aquello que permite que un juez pueda optar por aquella interpretación constitucional que será precisamente más atenta a observar la legitimidad constitucional y democrática de las normas emitidas por el Congreso.

13. Partiendo de lo aquí afirmado, la obligación del juez constitucional se va delineando no solo hacia optar por la norma que permita salvar la constitucionalidad de cualquier disposición impugnada, sino también va a dirigir a todos sus esfuerzos por llegar a ese resultado. Ahora bien, si ello puede predicarse como algo obligatorio para todos los jueces en las interpretaciones que realizan, conviene aquí anotar que en el caso del Tribunal Constitucional esto implica algunos matices a tomar en cuenta.

14. Y es que corresponde al Tribunal Constitucional, conforme al artículo 202, inciso 1, conocer el proceso de inconstitucionalidad en instancia única, en lo que constituye un control abstracto de las normas. Dicha competencia, que puede tener como consecuencia la expulsión de una norma del ordenamiento, no debe ser ejercida, como ya la experiencia y años de jurisprudencia lo demuestran, de forma mecánica.

1 GUASTINI, Riccardo. Disposición vs. Norma. Traducido por Mar Fernández Pérez. En: Disposición vs.Norma (2011). Lima, Palestra Editores. p. 136.

15. Justamente este Tribunal encontró que para tratar temas tan sensibles como el de la denominada "Legislación Antiterrorista", y otorgar una salida constitucional a la normativa prevista sin dejar de lado los fines que buscaba las diferentes disposiciones previstas en su texto original. Podemos afirmar, pues, que aquella perspectiva que entiende el control de constitucionalidad como un ejercicio que se debate solo entre dos opciones (constitucional - inconstitucional sin mayor análisis) ha quedado obsoleta. La complejidad de los casos puestos en conocimiento de un Tribunal Constitucional, y el alto interés público que supone la resolución de dichos casos, obliga a observar opciones que vayan más allá del falso dilema de contar solo con dos posibilidades.

16. Es así que se apuntala la interpretación conforme como una posibilidad para salvar, en función de la distinción entre la disposición y la norma, sentidos constitucionales para una disposición que, leída equivocadamente, podría dar lugar a normas inconstitucionales. El origen de este ejercicio proviene de la jurisprudencia norteamericana, como lo explican Fix-Zamudio y Ferrer MacGregor:

> "la interpretación conforme tiene su origen en dos principios establecidos previamente en la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal norteamericana. En primer lugar, de acuerdo con dicha jurisprudencia, todas las normas generales deben interpretarse in harmony with the Constitution, principio al que debe agregarse la regla sobre la presunción de constitucionalidad de las leyes, ya que también se supone que los organismos legislativos no expiden normas que intencionalmente contradigan a la Carta Suprema. De acuerdo con estos principios una norma general no debe declararse inválida así sea con efectos particulares, como ocurre en el sistema americano, cuando puede ser interpretada en consonancia con la Constitución, con mayor razón si la sentencia estimatoria posee efectos generales como en el sistema europeo."[2]

17. Ahora bien, y yendo ya a lo que corresponde al caso que nos ocupa, si bien la sentencia ha realizado una interpretación conforme a la Constitución del artículo 15 de la Ordenanza 376-2016-MDL, impidiendo que se formule una norma que sea incompatible con la Constitución. Este Tribunal, a su vez, debe ser preciso con las disposiciones de los fallos de sus sentencias para garantizar su cumplimiento. Por ello, soy de la opinión que la sentencia debió especificar, respecto al primer extremo de su fallo, que la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 14 de la Ordenanza 376-2016-MDL se produjo por la zonificación referente a la contaminación sonora. Es decir, la "zona de protección especial contra el ruido".

S. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

2 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Héctor FIX ZAMUDIO. Las sentencias de los Tribunales Constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Lima, 2009, p. 31-32

Pleno. Sentencia 432/2020

EXP. N° 00029-2018-PI/TC

Caso Ley de la Carrera del Trabajador Judicial

Con fecha 20 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 ha emitido la siguiente sentencia, que declara **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad.

Asimismo, el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera formuló fundamento voto.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que el voto mencionado se adjunta 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

PLENO JURISDICCIONAL

SENTENCIA 00029-2018-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

20 de agosto de 2020

Caso Ley de la Carrera del Trabajador Judicial

PODER EJECUTIVO
c.
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Poder Ejecutivo contra la Ley de la Carrera del Trabajador Judicial

Magistrados firmantes:

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

TABLA DE CONTENIDOS

NORMA IMPUGNADA	PARÁMETRO DE CONTROL
Ley 30745	Constitución Política del Perú - artículo 2.2 - artículo 40 - artículo 43 - artículo 118.8 Ley Orgánica del Poder Ejecutivo - artículo 46

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

B. Argumentos de las partes

B-1. Demanda

B-2. Contestación de la demanda

C. Otras intervenciones procesales

II. FUNDAMENTOS

§1. Determinación del alcance de la disposición sometida a control de constitucionalidad

§2. Sobre los alcances de la carrera administrativa según la Constitución Política de 1993

2.1. La configuración legal de la carrera administrativa a través de la ley servir

2.2. Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de la ley servir y su incidencia en la carrera administrativa

2.3. Análisis de constitucionalidad de la ley impugnada

§3. Sobre la presunta vulneración del principio-derecho de igualdad

§4. Sobre la presunta vulneración de la atribución constitucional del presidente de la República de reglamentar las leyes

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 20 días del mes de agosto de 2020, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Ledesma Narváez (presidenta), Ferrero Costa (vicepresidente), Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, que se agrega.

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 7 de diciembre de 2018, el procurador público especializado en materia constitucional, en representación del Poder Ejecutivo, interpuso demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 30745, Ley de la Carrera del Trabajador Judicial.

Por su parte, con fecha 26 de marzo de 2019, el jefe de la Oficina de Defensa de las Leyes del Congreso de la República contestó la demanda negándola en todos sus extremos, por lo cual solicitó que se declare infundada.

B. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Las partes postulan una serie de argumentos sobre la constitucionalidad de la ley impugnada que, a manera de resumen, se presenta a continuación:

B-1. DEMANDA

Los argumentos expuestos en la demanda son los siguientes:

- El procurador público especializado en materia constitucional a cargo de los asuntos del Poder Ejecutivo sostiene que la Ley 30745, Ley de la Carrera del Trabajador Judicial, se debe declarar inconstitucional; toda vez que la norma impugnada transgrede diversos principios, reglas y valores constitucionales.
- Así, para el demandante, la ley cuestionada vulnera el artículo 40 de la Constitución (carrera administrativa), el principio de igualdad (artículo 2.2 de la Constitución) y la atribución del presidente de la República de reglamentar las leyes (artículos 43 y 118.8 de la Constitución), especialmente, en el ámbito de las materias que le han sido reservadas por el ordenamiento jurídico (artículo 46 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, en adelante LOPE), entre otros límites derivados de la Constitución y de la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional.
- Afirma que, si bien el legislador goza de un amplio margen en la configuración del contenido y en el alcance específico de la carrera administrativa, no cuenta con una

discrecionalidad absoluta o ilimitada. En tal sentido, sostiene que el desarrollo de tal actividad debe considerar la finalidad esencial de la carrera administrativa, la cual consiste en establecer un estatuto jurídico de los derechos y deberes de los servidores públicos sobre la base de la igualdad y el mérito, así como garantizar el normal desarrollo de la función pública con sujeción a la Constitución.

- Refiere que este Tribunal, en la Sentencia 0025-2013-PI/TC y acumulados (caso Ley Servir 1), ha resuelto que solo estaría justificada la exclusión de determinados grupos de servidores públicos del régimen Servir sobre la base de razones objetivas relacionadas con la especial naturaleza o la particularidad de la prestación del servicio.
- En tal sentido, manifiesta que todas las exclusiones que realice el legislador se deben fundamentar en la naturaleza de la función y constituir propiamente una carrera desde la perspectiva de la progresión. La exclusión de determinados servidores públicos del régimen Servir no se puede basar solo en la particularidad de la actividad que realizan, puesto que las funciones de cada órgano del Estado son, de alguna manera, especializadas y diferentes.
- Con base en lo anterior, argumenta que las labores realizadas por los trabajadores del Poder Judicial no justifican la creación de un régimen especial distinto al régimen general de carrera pública administrativa. En ese sentido, advierte que no se debe confundir la labor de un trabajador del Poder Judicial con la que realizan los jueces, pues esta última implica ejercer la función jurisdiccional y esto configura una situación que, efectivamente, justifica un régimen especial como el regulado por la Ley 29277, Ley de la Carrera Judicial.
- Además, añade que este Tribunal sostuvo, en el fundamento 79 de la Sentencia 0025-2013-PI/TC y acumulados ya citada, que la labor que realizan los auxiliares jurisdiccionales no tiene una naturaleza especial o particular.
- Por otra parte, alega que, según el artículo 3 de la ley impugnada, este régimen especial se aplica a quienes ejercen las labores de asistentes administrativos, cajeros, psicólogos, secretarias, digitadores, choferes e, incluso, anfitrionas, entre otros, lo cual evidencia que no ostenta una naturaleza especial o particular que justifique su exclusión del régimen Servir.
- Por otro lado, afirma que la Ley 30745 resulta inconstitucional, puesto que transgrede el principio de igualdad establecido en el artículo 2.2 de la Constitución. En tal sentido, sostiene que para analizar la invocada vulneración de dicho principio se deberá aplicar el test de igualdad, el cual exige, como paso previo, la identificación de un término de comparación válido.
- Por ello, señala que, en el presente caso, el término de comparación está constituido por los trabajadores que se encuentran en los alcances de la Ley 30057, Ley del Servicio Civil; puesto que desempeñan labores similares a las de los trabajadores jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial.

- En cuanto a la determinación de un tratamiento legislativo diferente, sostiene que el régimen laboral y disciplinario exclusivo para los trabajadores jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial tiene diferencias sustanciales respecto a la Ley 30057, Ley del Servicio Civil. Estas inciden, principalmente, en las condiciones de acceso a la carrera, en las condiciones laborales y en el ejercicio de derechos colectivos, tales como el acceso a la función pública y su desempeño en condiciones de igualdad de oportunidades en cuanto al trabajo, la adecuada protección contra el despido arbitrario y el derecho a la huelga.
- Respecto a la determinación de la intensidad de la intervención, sostiene que, en tanto la distinción establecida en la ley afecta diversos derechos fundamentales mencionados en el párrafo anterior, se ha incurrido en una intervención de grave intensidad.
- En cuanto a la determinación de la finalidad del tratamiento diferente, sostiene que el trato distinto otorgado por la Ley de la Carrera del Trabajador Judicial no obedece a un fin constitucionalmente legítimo, pues crea un régimen especial de la carrera administrativa sin que ello se encuentre justificado en la especial naturaleza de las funciones que desempeña este grupo de servidores públicos.
- En lo que respecta al personal jurisdiccional del Poder Judicial, la parte demandante reitera la cita del fundamento 79 de la Sentencia 0025-2013-PI/TC y acumulados, en cuanto sostuvo que sus actividades no tienen una especial naturaleza que justifique la creación de un régimen particular.
- Asimismo, en lo que concierne al personal administrativo del Poder Judicial, la parte demandante añade que las funciones que cumplen dichos trabajadores en los órganos de apoyo y administración interna encargados de la planificación, de la asesoría y del apoyo a las funciones sustantivas de este Poder del Estado no son exclusivas de esta institución, sino transversales a cualquier entidad pública.
- Por ello, esta parte sostiene que tales actividades no tienen una naturaleza especial, lo cual provoca que la exclusión de dicho personal de los alcances de la Ley 30057 carezca de sustento constitucional.
- Por lo anteriormente mencionado, concluye que la medida otorga un trato diferenciado injustificado, puesto que las labores realizadas por los trabajadores del Poder Judicial no son especialmente diferentes de las que efectúan otros trabajadores que se encuentran bajo los alcances de la Ley Servir.
- Por último, sostiene que el Congreso de la República no ha respetado la atribución del Poder Ejecutivo en la reglamentación de las leyes, establecida en el artículo 118.8 de la Constitución, por cuanto la Tercera Disposición Complementaria Final de la ley cuestionada establece que el Poder Judicial debe emitir las disposiciones reglamentarias necesarias para su aplicación.
- Con relación a esto último, alega que la atribución de reglamentar las leyes aprobadas por el Congreso corresponde al Poder Ejecutivo, según el mandato constitucional

previamente referido, sin que pueda ser ejercida legítimamente por otra entidad estatal. Por lo tanto, el Congreso no puede, en virtud de una ley, invadir dicha materia reservada al Poder Ejecutivo y conferirla a otro Poder u órgano constitucional.

- Atendiendo a esa circunstancia, el procurador de la parte demandante solicita que la ley cuestionada se declare inconstitucional por vulnerar también el principio de separación de poderes establecido en el artículo 43 de la Constitución.
- De manera complementaria, la parte demandante refiere que se ha invadido una materia reservada al Poder Ejecutivo, según lo dispuesto en el artículo 46 de la LOPE. En efecto, según dicha norma, el Poder Ejecutivo es el ente rector de los sistemas administrativos del Estado. Por ello, los reglamenta y establece sus condiciones de operatividad en todas las entidades públicas, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente.
- En ese sentido, el Poder Ejecutivo es el ente rector del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos (SAGRH), encargado de la organización y gestión del empleo público. Por lo tanto, a este Poder del Estado le corresponde emitir las normas infralegales relacionadas con la política pública sobre dicha materia.
- Sobre esto último, el demandante indica que, aun cuando el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia haya indicado que los órganos constitucionales pueden expedir reglamentos al amparo de leyes orgánicas o de creación, en este caso, dicho supuesto no se configura; puesto que la ley que habilita al Poder Judicial a dictar las "disposiciones reglamentarias necesarias" para su aplicación no es orgánica, sino ordinaria que establece un régimen laboral exclusivo para sus trabajadores jurisdiccionales y administrativos.
- Por las razones expuestas, el procurador de la parte demandante señala que la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley 30745, al establecer que el Poder Judicial debe emitir las disposiciones reglamentarias necesarias para su aplicación, invade las competencias reservadas al Poder Ejecutivo para reglamentar las políticas públicas sobre la organización y gestión del empleo público, lo que resulta contrario a la Constitución.
- Por todos estos argumentos, el demandante concluye que la Ley 30745 se debe declarar inconstitucional en su totalidad, lo cual debe alcanzar por conexidad al reglamento de dicha ley, aprobado por el Poder Judicial mediante la Resolución Administrativa 216-2018-CE-PJ.

B-2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Los argumentos expuestos en la contestación de la demanda son los siguientes:

- La parte demandada sostiene que la Ley 30745 no presenta vicios de inconstitucionalidad y que, por lo tanto, la demanda se debe declarar infundada en todos sus extremos.
- Afirma que la Ley 30745 no vulnera el artículo 40 de la Constitución, toda vez que el ingreso a la carrera administrativa de los servidores públicos, sus derechos, deberes

y responsabilidades deben ser regulados por ley, siendo esta una atribución propia del Congreso de la República.

- Asimismo, sostiene que es legítimo establecer diferencias en el régimen de la carrera de los trabajadores judiciales frente al régimen de la Ley Servir, en atención a la naturaleza y particularidad de las funciones que desempeña dicho personal.
- De esa manera, afirma que las funciones que ejercen los trabajadores del Poder Judicial se conectan íntimamente con la labor sustantiva de impartir justicia y que su ingreso a la función pública reviste mayores exigencias que las previstas para un servidor público del régimen general. Por consiguiente, el ejercicio de dicha función pública demanda especiales deberes y responsabilidades más rigurosas, así como especiales prohibiciones e incompatibilidades.
- Además, señala que el artículo 48 del Código Procesal Civil establece que las funciones del juez y de sus auxiliares son de derecho público, y que realizan una labor en conjunto. En ese sentido, existen similitudes en los deberes de los jueces y los trabajadores judiciales que la norma cuestionada prevé. Por lo tanto, concluye que se justifica la creación de un régimen especial que difiera del regulado por la Ley Servir.
- Por otro lado, el apoderado del Congreso de la República sostiene que en la controversia no se advierte una diferenciación jurídicamente relevante, dado que no se han previsto consecuencias jurídicas distintas a supuestos iguales. Aduce, por el contrario, que las funciones desempeñadas por los trabajadores del Poder Judicial tienen una naturaleza especial, diferente de las actividades que realizan los servidores del régimen de la Ley Servir.
- De este modo, refiere que el término de comparación ofrecido por la parte demandante no es idóneo, por lo cual no correspondería realizar el test de igualdad. Así, concluye que la ley no ha vulnerado el principio-derecho de igualdad incorporado en el artículo 2.2 de la Constitución.
- El demandando también sostiene que la ley cuestionada no contraviene las atribuciones del Poder Ejecutivo, conferidas por el orden jurídico-constitucional; toda vez que la Tercera Disposición Final de la Ley 30745 únicamente estipula que la facultad de reglamentación sea ejercida por el Poder Judicial mediante una norma de rango inferior a las normas reglamentarias que corresponde emitir al Poder Ejecutivo mediante Decreto Supremo.
- Asimismo, señala que el Tribunal Constitucional ha reconocido, mediante la Sentencia 0047-2004-PI/TC, la potestad de los demás órganos constitucionales autónomos de emitir reglamentos, que no serán los mismos que las normas emitidas por el Poder Ejecutivo, a tenor de la competencia prevista en el artículo 118.8 de la Constitución.
- Además, sostiene que, mediante el Decreto Supremo 017-93-JUS, el Poder Ejecutivo reconoció la autonomía política, administrativa, económica, disciplinaria y normativa del Poder Judicial a través de su Consejo Ejecutivo.

- Por todos estos argumentos, la parte emplazada solicita que la demanda se declare infundada en todos sus extremos y, en consecuencia, que se confirme la constitucionalidad de la Ley 30745.

C. OTRAS INTERVENCIONES PROCESALES

- El Tribunal ha recibido varias solicitudes de diferentes organizaciones y personas para ser incorporados al presente proceso.
- Así, mediante el escrito del 6 de febrero de 2019, la Federación de Trabajadores del Poder Judicial (Fetrapoj) se apersonó y solicitó su intervención en el presente proceso en calidad de tercero, lo cual fue admitido por este Tribunal mediante el auto de fecha 12 de marzo de 2019.
- Asimismo, el 18 de marzo de 2019, la Federación Nacional de Sindicatos de Trabajadores del Poder Judicial (Fenasipoj-Perú) solicitó su intervención en el presente proceso en calidad de tercero, lo cual fue admitido mediante el auto de fecha 21 de marzo de 2019.
- Con fecha 27 de marzo de 2019, el Sindicato Único de Trabajadores del Poder Judicial (Sutrapoj-Lima) solicitó su intervención en el presente proceso en calidad de tercero, lo cual fue admitido por este Tribunal mediante el auto de fecha 4 de abril de 2019.
- Mediante el escrito de fecha 11 de marzo de 2019, la Federación Nacional de Trabajadores del Poder Judicial del Perú (FNTPJ) solicitó su intervención en el presente proceso en calidad de litisconsorte necesario pasivo. Este Tribunal admitió su participación, pero en calidad de tercero, mediante el auto de fecha 12 de marzo de 2019.
- Asimismo, con fecha 11 de marzo de 2019, el Sindicato de Empleados Judiciales de Lima Metropolitana (SIDEJULM) solicitó su intervención en el presente proceso en calidad de litisconsorte necesario pasivo. El Tribunal admitió su participación, pero en calidad de tercero, mediante el auto de fecha 12 de marzo de 2019.
- Mediante el escrito de fecha 27 de marzo de 2019, el Sindicato de Trabajadores del Poder Judicial de Apurímac solicitó su intervención en el presente proceso en calidad de litisconsorte necesario pasivo. No obstante, este Tribunal admitió su participación en calidad de tercero, mediante el auto de fecha 4 de abril de 2019.
- Con fecha 29 de marzo de 2019, el Sindicato de Trabajadores del Poder Judicial de Amazonas solicitó su inclusión en el presente proceso en calidad de litisconsorte necesario pasivo. El Tribunal admitió su participación, pero en calidad de tercero, mediante el auto de fecha 4 de abril de 2019.
- De la misma manera, mediante el escrito del 15 de abril de 2019, la Procuraduría Pública del Poder Judicial solicitó su intervención en el presente proceso en calidad de litisconsorte necesario pasivo. No obstante, este Tribunal admitió su participación en calidad de tercero, mediante el auto de fecha 15 de agosto de 2019.

- Además, el 26 de abril de 2019, el Sindicato de Trabajadores del Poder Judicial de Lambayeque solicitó su intervención en el presente proceso en calidad de litisconsorte necesario pasivo. El Tribunal admitió su participación, pero en calidad de tercero, mediante el auto de fecha 30 de abril de 2019.
- Los terceros sostienen, uniformemente, que el legislador posee amplia discrecionalidad para regular el régimen laboral de los servidores públicos. En ese sentido, afirman que, en el caso de la expedición de la Ley 30745, la naturaleza especial de las labores de los trabajadores del Poder Judicial justifica el trato diferenciado respecto de los demás servidores públicos pertenecientes al régimen establecido por la Ley Servir.
- Indican que las funciones que ejercen los trabajadores del Poder Judicial se conectan íntimamente con la labor sustantiva de impartir justicia y que su ingreso a la función pública reviste mayores exigencias que las previstas para un servidor público del régimen general. Esto también se observa en los deberes, en las responsabilidades, en las especiales prohibiciones y en las incompatibilidades previstos en el ordenamiento jurídico para el ejercicio de tales funciones.
- Por todas estas consideraciones, concluyen que es legítimo establecer diferencias entre el régimen de la carrera del trabajador judicial y el régimen de la Ley Servir, en atención a la naturaleza y particularidad de las funciones que desempeñan los trabajadores del Poder Judicial.
- Además, el Sindicato de Trabajadores del Poder Judicial de Lambayeque sostiene que la Ley 30745 no contraviene el artículo 40 de la Constitución, dado que el ingreso a la carrera administrativa de los servidores públicos, sus derechos, deberes y responsabilidades se deben regular a través de una ley del Congreso de la República. Señala que la Constitución otorga la facultad al legislador no solo de regular la carrera administrativa según parámetros generales, sino también de prever regímenes especiales de acuerdo con la naturaleza particular de la labor realizada por el trabajador.
- Asimismo, afirma que la regulación del régimen de los trabajadores judiciales mediante la norma señalada se debe a la naturaleza especial de los servicios que realizan. Sostiene que el trabajo de dicho personal está vinculado directa y únicamente a la administración de justicia y que, para el ejercicio de sus funciones, se deben especializar en diversas áreas del derecho, como penal, procesal penal, laboral, civil, etcétera.
- Alega que los trabajadores del área jurisdiccional se deben preparar de forma permanente, respecto a los alcances de la normatividad legal vigente, para ejercer debidamente sus funciones como auxiliares de los órganos del Poder Judicial.
- Dicho sindicato señala que la naturaleza de la participación de los auxiliares jurisdiccionales no se limita a brindar un simple apoyo a los jueces, lo cual se evidencia en el hecho de que el aludido personal comparte con estos últimos las responsabilidades disciplinarias al ejercer sus funciones. Sostiene que los trabajadores jurisdiccionales se dedican a tiempo completo, sin poder ejercer su profesión fuera de la institución,

mientras que los servidores públicos de otros sectores no brindan servicios con exclusividad y, por el contrario, sí pueden ejercer patrocinio o cualquier otra actividad que genere ingresos adicionales.

- Por todos estos argumentos, solicitan que se declare infundada la demanda de inconstitucionalidad en todos sus extremos.

II. FUNDAMENTOS

§1. DETERMINACIÓN DEL ALCANCE DE LA DISPOSICIÓN SOMETIDA A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

1. En el presente caso, los demandantes cuestionan la totalidad de la Ley 30745 por considerar que ha incurrido en diversos vicios de inconstitucionalidad por el fondo. En concreto, para los demandantes, la ley en mención vulnera diversos principios, reglas y valores constitucionales expresados en los artículos 2.2., 40 y 118.8 de la Constitución, además de contravenir normas de desarrollo constitucional (artículo 46 de la LOPE).

§2. SOBRE LOS ALCANCES DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA SEGÚN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

2. Según el artículo 39 de la Constitución: "Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación". A su vez, el artículo 40 dispone que "la ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos públicos o de confianza […]".

3. Con respecto a lo primero, en la Sentencia 0008-2005-PI/TC, este Tribunal sostuvo lo siguiente:

> [...] la finalidad esencial del servicio a la Nación radica en prestar los servicios públicos a los destinatarios de tales deberes, es decir a los ciudadanos, con sujeción a la primacía de la Constitución, los derechos fundamentales, el principio democrático, los valores derivados de la Constitución y al poder democrático y civil en el ejercicio de la función pública (fundamento 14).

4. La relevancia de dicha finalidad esencial del "servicio a la Nación" que realizan quienes prestan servicios al Estado peruano en clave de ciudadanía, derechos fundamentales, democracia y constitucionalismo se encuentra recogida en el desarrollo que este Tribunal ha realizado sobre la concepción de función pública bajo el orden constitucional instaurado por la carta fundamental de 1993.

5. Al respecto, en el capítulo IV, titulado "De la función pública", de la Constitución Política del Perú de 1993 (artículos 39 a 42), se ha desarrollado el marco constitucional correspondiente a la función pública.

6. Cabe mencionar que el propio constituyente, en el artículo 40 de la Constitución antes mencionado, ha excluido del carácter de función pública a las actividades o funciones que realizan "los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta". Sin embargo, ello no los exime del cumplimiento de los deberes y de las responsabilidades que correspondan de acuerdo con el marco constitucional y legal vigente.

7. Los alcances de la concepción de función pública, antes mencionada, han sido precisados por este órgano de control de la Constitución en variada jurisprudencia. En efecto, en las Sentencias 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, este Tribunal se refirió a la función pública en los siguientes términos:

   > Una interpretación constitucionalmente adecuada del concepto "función pública" exige entenderlo de manera amplia, esto es, desde el punto de vista material como el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado. La determinación de este aspecto ha de efectuarse casuísticamente. No obstante, en vía de principio, pueden ser considerados como tales cargos el de los servidores públicos, en general, de conformidad con la Ley de la materia, de los profesores universitarios, los profesores de los distintos niveles de formación escolar preuniversitaria, servidores de la salud, servidores del cuerpo diplomático y, ciertamente, jueces y fiscales (fundamento 52).

8. Asimismo, en dicha sentencia, se clasificó a la función pública en:

   i) función pública representativa, que se refiere a los cargos o funciones de representación política y que se encuentran directamente relacionados con el ejercicio del derecho a ser elegido, contemplado en el artículo 31 de la Constitución; y

   ii) función pública no representativa o profesionalizada, que ejercen todos los servidores públicos de los diversos niveles de la administración del Estado (central, regional y local), de los poderes del Estado y de toda institución pública en general (fundamento 51).

9. Posteriormente, en la Sentencia 5057-2013-PA/TC, este Tribunal indicó que "la función pública debe ser entendida como desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado" (fundamento 8). Asimismo, añadió que "la condición de funcionario o servidor público no se identifica, por ejemplo, por un tipo de contrato o vínculo de un trabajador con la Administración Pública, sino por el desempeño de funciones públicas en las entidades del Estado".

10. Adicionalmente, se debe tener presente que en el artículo 2 de la Ley 27815, que aprueba el Código de Ética de la Función Pública, se ha definido a dicha función como "toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos".

11. Ahora bien, no toda persona que realiza o se vincula a la función pública se encuentra en la carrera administrativa. A dicha conclusión ha llegado este Tribunal luego

de advertir que el artículo 39 de la Constitución no ha expresado que, efectivamente, todos los funcionarios y trabajadores públicos realicen carrera administrativa. Por el contrario, se aprecia, más bien, que dicha carrera ha sido establecida en un artículo distinto al artículo 40 de la norma fundamental (Sentencia 0025-2013-PI/TC, fundamentos 75-76).

12. Por otro lado, cabe precisar que este Tribunal ha indicado que todo ciudadano tiene derecho de acceder a la función pública en condiciones de igualdad, que es un principio de raigambre iusfundamental, aun cuando no haya sido contemplado expresamente en el texto constitucional y ello es así por cuanto ha sido reconocido en diversos tratados internacionales en materia de derechos ratificados por el Estado peruano; por ejemplo:

    Artículo 25, literal "c" del PIDCP: "Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

    […]

    c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país".

    Artículo 23.1, literal "c" de la CADH: "1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

    a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

    b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

    c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país".

13. Corresponde advertir que dichas disposiciones se han incorporado al ordenamiento jurídico, de acuerdo con lo establecido en el artículo 55 de la Constitución. Además, constituyen una pauta interpretativa obligatoria para los operadores jurídicos de las libertades y de los derechos reconocidos constitucionalmente, según lo establecido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

14. Este Tribunal tiene resuelto que se trata de un derecho fundamental cuyo contenido está comprendido por las siguientes facultades:

    a. Acceder o ingresar a la función pública;

    b. Ejercerla plenamente;

    c. Ascender en la función pública; y d. Condiciones iguales de acceso.

15. Adicionalmente, señaló que existe un principio consustancial, que es el vinculado al mérito tanto en el ingreso como en el ascenso en el ámbito de la carrera administrativa.

16. En segundo lugar, en relación con la carrera administrativa, este Tribunal ha interpretado que la Constitución ha previsto su configuración como un bien constitucional y que es el legislador democrático a quien corresponde regular el ingreso, los derechos, los deberes y las responsabilidades de los servidores públicos. Ahora bien, como toda actuación de los poderes públicos, el ejercicio de dicha competencia por parte del Poder Legislativo debe respetar los principios, las reglas y los valores constitucionales.

17. Efectivamente, este Tribunal Constitucional no tiene competencia para determinar quién debe formar parte o no de la carrera administrativa. Se limita a evaluar la legitimidad constitucional de las normas legales que regulan dicha materia si se presentan demandas al respecto.

18. En ese sentido, este Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones respecto de la constitucionalidad de las normas vinculadas a la carrera administrativa. Así, en la Sentencia 0008-2005-PI/TC, se sostuvo que el texto constitucional reconoce la existencia de una carrera administrativa para los servidores públicos, pero también que el ingreso a ella y los derechos, deberes y responsabilidades serán regulados por ley. Por tanto, en rigor, estamos frente a *un bien jurídico garantizado por la Constitución cuyo desarrollo se delega al legislador* (fundamento 44).

19. Cabe recordar que, en la Sentencia 3446-2004-PA/TC, este Tribunal sostuvo que con esta disposición constitucional se delega en el legislador ordinario la facultad para organizar la carrera administrativa, precisando que mediante ley se establecerán las reglas para el ingreso a la misma y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. De esta forma se dota a los servidores públicos de las garantías mínimas para ejercer su función social. Bajo tal premisa, la norma constitucional complementa lo estipulado con relación al ingreso a la carrera administrativa, exceptuando de esta a los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, *dada la característica de permanencia que rodea al servidor público luego de su ingreso a la carrera administrativa* (fundamento 3) [cursiva agregada].

20. En suma, al tratarse de un bien constitucional, este Tribunal considera que la Constitución ha reservado al legislador democrático la competencia de la regulación de dicha carrera administrativa, de conformidad con el artículo 40 de la Constitución.

21. En lo referente a la reserva de ley antes mencionada, este Tribunal ha indicado lo siguiente:

> [...] debía entenderse como una de "acto legislativo", y que la misma no era omnicomprensiva para cualquier tipo de normas a las que el ordenamiento pueda haber conferido el rango de ley –como puede ser el caso de una ordenanza

> municipal por ejemplo–, pues se trata de un acto legislativo que garantiza que las restricciones y límites de los derechos constitucionales cuenten necesariamente con la intervención del Poder Legislativo, preservando, además, su carácter general y su conformidad con el principio de igualdad […] (Sentencia 05057-2013-PA/TC, fundamento 8).

22. En atención a lo anterior, este Tribunal estima pertinente reiterar que el ejercicio de dicha competencia corresponde al legislador en el ámbito de lo constitucionalmente posible, siempre que se respeten los límites explícitos e implícitos de la Constitución. Entre ellos, se encuentran los derechos fundamentales, cuyos contenidos inderogables o elementos indecidibles emanan del bloque de constitucionalidad, tales como los derechos dimanantes del régimen constitucional del trabajo y, específicamente, de la relación laboral de los trabajadores públicos en el marco de la norma fundamental, así como los deberes y las responsabilidades propias de su elevada misión.

23. Dicho régimen jurídico de base constitucional ha sido configurado por el legislador en la actualidad mediante la Ley 30057 (en adelante, Ley Servir), publicada el 4 de julio de 2013; objeto de posteriores modificatorias y cuya constitucionalidad ha sido confirmada parcialmente por este Tribunal en diversos pronunciamientos que se analizarán a continuación.

2.1. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA A TRAVÉS DE LA LEY SERVIR

24. La Ley Servir tiene como objeto y finalidad, según los artículos I y II de su título preliminar, lo que se detalla a continuación:

> **Art**ículo **I. Objeto de la Ley [*sic*]**
>
> El objeto de la presente Ley [*sic*] es establecer *un régimen* ún*ico y exclusivo para las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado*, así como para aquellas personas que están encargadas de su gestión, del ejercicio de sus potestades y de la prestación de servicios a cargo de estas [cursiva agregada].
>
> **Art**ículo **II. Finalidad de la Ley [*sic*]**
>
> La finalidad de la presente Ley [*sic*] es que las entidades públicas del Estado alcancen mayores niveles de eficacia y eficiencia, y presten efectivamente servicios de calidad a través de un mejor Servicio Civil, así como promover el desarrollo de las personas que lo integran.

25. A su vez, en el artículo 1, dicha ley precisa que su ámbito de aplicación se extiende a las siguientes entidades públicas:

    a) El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos.

b) El Poder Legislativo.

c) El Poder Judicial.

d) Los Gobiernos Regionales. e) Los Gobiernos Locales.

f) Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía.

g) Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto, se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público.

26. Cabe precisar que la propia ley ha regulado, en los términos de su Primera Disposición Complementaria Final, que determinados servidores se encuentran excluidos de sus alcances, dada la naturaleza especial o particular de los servicios prestados al Estado y la existencia de las carreras especiales, cuya conformidad constitucional ha sido establecida de acuerdo con lo expresado en la Sentencia 0025-2013-PI/TC y acumulados.

27. Asimismo, en el artículo 2 de la ley, se ha dispuesto la siguiente clasificación de los servidores civiles de las entidades públicas:

a) Funcionario público.

b) Directivo público.

c) Servidor Civil de Carrera.

d) Servidor de actividades complementarias.

En cualquiera de estos grupos pueden existir servidores de confianza.

28. Además, en el artículo 3 de la Ley Servir, se desarrollaron, entre otros, los siguientes conceptos:

a) Funcionario público. Es un representante político o cargo público representativo, que ejerce funciones de gobierno en la organización del Estado. Dirige o interviene en la conducción de la entidad, así como aprueba políticas y normas.

b) Directivo público. Es el servidor civil que desarrolla funciones relativas a la organización, dirección o toma de decisiones de un órgano, unidad orgánica, programa o proyecto especial.

c) Servidor civil de carrera. Es el servidor civil que realiza funciones directamente vinculadas al cumplimiento de las funciones sustantivas y de administración interna de una entidad.

d) Servidor de actividades complementarias. Es el servidor civil que realiza funciones indirectamente vinculadas al cumplimiento de las funciones sustantivas y de administración interna de una entidad.

e) Servidor de confianza. Es un servidor civil que forma parte del entorno directo e inmediato de los funcionarios o directivos públicos y cuya permanencia en el Servicio Civil está determinada y supeditada a la confianza por parte de la persona que lo designó. Puede formar parte del grupo de directivos públicos, servidor civil de carrera, o servidor de actividades complementarias. Ingresa sin concurso público de méritos, sobre la base del poder discrecional con que cuenta el funcionario que lo designa. No conforma un grupo y se sujeta a las reglas que correspondan al puesto que ocupa.

a) **Puesto**. Es el conjunto de funciones y responsabilidades que corresponden a una posición dentro de una entidad, así como los requisitos para su adecuado ejercicio. Se encuentra descrito en los instrumentos de gestión de la entidad […].

29. Asimismo, dicha ley comprende cinco títulos relativos a las siguientes temáticas:

i. Título I: Disposiciones Generales

ii. Título II: Organización del Servicio Civil

iii. Título III: Del Régimen del Servicio Civil

iv. Título IV: De los grupos de servidores civiles del Servicio Civil

v. Título V: Régimen disciplinario y procedimiento sancionador

30. Con relación al título IV, "De los grupos de servidores civiles del Servicio Civil", en el capítulo III (artículos 65 a 73), se ha establecido la regulación correspondiente de manera específica a los servidores de carrera identificando sus funciones, las características de su contratación, la incorporación al grupo de servidores civiles de carrera, el reingreso, la progresión de los servidores civiles de carrera, la consecuencia de la progresión, el requisito para participar en un concurso de méritos transversal, el periodo de prueba y la suplencia en el período de prueba.

31. Asimismo, en el artículo 65 de la Ley Servir, se detallaron las funciones del servidor civil de carrera en los siguientes términos:

> **Art**ículo **65. Funciones del servidor civil de carrera**
>
> El servidor civil de carrera realiza actividades directamente vinculadas al cumplimiento de las funciones sustantivas y de administración interna de una entidad pública en el ejercicio de una función administrativa, la prestación de servicios públicos, o la gestión institucional. El Servicio Civil de Carrera es un sistema único e integrado.
>
> No comprende a los funcionarios, los directivos públicos, los servidores de confianza, los servidores de servicios complementarios ni los contratados temporalmente.

32. Más allá de ello, se debe precisar que el artículo 4 de esta ley da cuenta de la existencia de un sistema administrativo de gestión de recursos humanos encargado del establecimiento, del desarrollo y de la ejecución de la política del Estado en lo relativo al

Servicio Civil, lo cual incluye diversas normas, principios, recursos, métodos, procedimientos y técnicas que emplean las entidades públicas cuando realizan la gestión del personal a su cargo.

33. Con respecto a lo anterior, el artículo 5 de la ley establece que dicho sistema está encabezado por la Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir), encargada de formular la política nacional del Servicio Civil, ejercer la rectoría del sistema y resolver las controversias, de conformidad con la normativa correspondiente. Este es el caso del Decreto Legislativo 1023, "Decreto Legislativo que crea la autoridad nacional del servicio civil, rectora del sistema administrativo de gestión de recursos humanos", y sus modificatorias, "garantizando desde su elección como órgano técnico su autonomía, profesionalismo e imparcialidad".

2.2. LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY SERVIR Y SU INCIDENCIA EN LA CARRERA ADMINISTRATIVA

34. Este Tribunal se ha pronunciado, en reiteradas ocasiones, respecto de la constitucionalidad por la forma y por el fondo de la Ley Servir.

35. Así, en la Sentencia 0018-2013-PI/TC, a través de una razón de relatoría, se refirió que se había alcanzado los votos de ley para declarar inconstitucional la expresión "o judicial" del segundo párrafo de la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria de la Ley 30057, sobre el traslado de servidores bajo los regímenes de los Decretos Legislativos 276, 728 y 1057 al régimen del Servicio Civil.

36. Posteriormente, en la Sentencia 0025-2013-PI/TC y acumulados, este Tribunal declaró inconstitucionales diversas disposiciones de la Ley Servir e interpretó determinadas disposiciones a fin de salvar su constitucionalidad. De esta manera, confirmó la constitucionalidad de los demás artículos cuestionados.

37. En lo que aquí interesa, en dicha sentencia, este Tribunal indicó lo siguiente:

> […] es la Ley 30057, del Servicio Civil, la que, a través de un régimen único y exclusivo y con carácter general, regula el ingreso, permanencia, promoción y conclusión de vínculo laboral de las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado, así como los derechos, deberes y responsabilidades. Así pues, la Constitución encarga al legislador, para que, dentro del ámbito de lo constitucionalmente posible, regule el servicio civil en función de los objetivos de la administración pública y los intereses de la sociedad (fundamento 59).

38. Con respecto a la naturaleza constitucional de la carrera administrativa, este Tribunal sostuvo en dicha sentencia lo siguiente:

> El reconocimiento a nivel constitucional de la carrera administrativa busca, de un lado, establecer el *estatuto jurídico en el que se desarrollen los aspectos medulares*

> *del servicio civil relacionados con los derechos y deberes de los servidores públicos sobre la base de la igualdad y el mérito*, a fin de que las entidades alcancen mayores niveles de eficacia y eficiencia, y presten efectivamente servicios de calidad; y por otro, *preservar a los servidores públicos al margen de la injerencia política o de otra análoga*, a fin de garantizar el normal desarrollo de la función pública con sujeción a la Constitución y los valores derivados de ella (fundamento 80) [cursivas agregadas].

39. En lo que concierne a los derechos fundamentales que se deben respetar en la configuración legal de la carrera administrativa, el Tribunal mencionó, en dicha sentencia, sin ánimo de exhaustividad, el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad (artículos 2.2 y 3 de la Constitución), el principio del ejercicio de la función pública al servicio de la nación (artículo 39 de la Constitución), el derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario en la administración pública (artículo 27 de la Constitución) y el principio de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral (fundamentos 88-90).

40. En cuanto a los alcances generales del Servicio Civil, este Tribunal también señaló en esta sentencia que, si bien la Ley Servir ha establecido una regulación que favorece la uniformidad en el régimen laboral para las personas que prestan servicios en las instituciones del Estado, el legislador, en el ámbito de lo constitucionalmente posible y de sus correspondientes competencias (artículo 102.1 de la Constitución), dispone de varias opciones de configuración del contenido de las leyes. En ese sentido, puede establecer distinciones, siempre que estén justificadas en la especial naturaleza o particularidad de la función desempeñada o de la prestación del servicio.

41. En lo que respecta a la carrera administrativa y a su desarrollo por el legislador, este Tribunal especificó, en la línea de pronunciamientos mencionados supra, lo siguiente:

> […] el hecho de que el legislador tenga libertad de acción dentro del margen de su discrecionalidad está condicionado a que no incumpla un mandato o transgreda una prohibición constitucional en general y, en particular, a que respete el principio de razonabilidad (artículos 3 y 200 de la Constitución). Este principio, según la doctrina consolidada de este Tribunal Constitucional, implica encontrar una justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan la actuación de los poderes públicos, constituyéndose en un mecanismo de control o de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el uso de las facultades discrecionales, a efectos de que las decisiones que se tornen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y no sean arbitrarias (fundamento 9, STC 0006-2003-AI//TC, fundamento 12 de la STC 1803-2004-AA/TC, entre otros) (fundamento 62).
>
> […]
>
> En efecto, el artículo 40 de la Constitución expresa un mandato al legislador para desarrollar un régimen jurídico en el que se recojan básicamente los derechos y los

deberes de los servidores que están al servicio de la Nación. De este modo, corresponde al legislador el desarrollo de los requisitos y condiciones para el acceso a la función pública, las pautas de la evaluación de desempeño, el régimen de promociones, los modos de término de la misma, entre otros aspectos.

Si bien el legislador goza de discrecionalidad en la configuración del contenido y alcance específico de la carrera administrativa; también es cierto que no goza de una discrecionalidad absoluta o ilimitada, en la medida que la misma desemboca en una actuación arbitraria, sino que, en el desarrollo de tal actividad, debe tener en cuenta la finalidad esencial de la carrera administrativa que consiste en establecer un estatuto jurídico de los derechos y deberes de los servidores públicos sobre la base de la igualdad y el mérito, así como en garantizar el normal desarrollo de la función pública con sujeción a la Constitución (fundamentos 81-82).

42. En cuanto a las excepciones en función de la especial naturaleza o particularidad de la prestación del servicio del que se trate y a la constitución de una carrera desde la perspectiva de la progresión, el Tribunal precisó lo siguiente:

> […] Si la ley del servicio civil debe ser, en principio, aplicable a todos los servidores públicos, toda exclusión debe estar razonablemente fundada en la especial naturaleza o la particularidad de la prestación del servicio. Sólo [*sic*] de esta manera estaría justificada la exclusión de un determinado grupo de servidores públicos de los alcances de la ley (fundamento 66).
>
> […]
>
> Si el objeto que ha perseguido el legislador es tender a uniformar el régimen de los servidores públicos, *las exclusiones que realice deben tener un fundamento en la naturaleza de la función y constituir propiamente una carrera desde la perspectiva de la progresión.* La diferencia no puede basarse solamente en la particularidad de la actividad que realizan, por cuanto las funciones de cada órgano del Estado son, de alguna manera, especializadas y diferentes (fundamento 69).

43. En ese sentido, el Tribunal concluyó que cuando no se evidencia una justificación válida con base objetiva que sustente la exclusión de un grupo de servidores civiles de la Ley Servir; entonces, dicha exclusión realizada por el legislador será arbitraria e irrazonable, y, por lo tanto, la ley resultará inconstitucional.

44. Cuando se analizó el caso concreto de los obreros de los Gobiernos regionales y locales, este Tribunal precisó lo siguiente:

> Es así que no toda persona que realiza función pública (lo que se pretendía englobar mediante el concepto de empleo público, ahora servicio civil), se encuentra en la carrera administrativa. Tanto las normas citadas como la Ley de Servicio Civil tiene [*sic*] un carácter general que pretenden incluir a toda persona que realiza función pública, sin embargo no todas sus disposiciones son relativas a la carrera

> administrativa. Estas últimas constituirían en rigor las del Capítulo [*sic*] III del Título [*sic*] IV, normas específicas para los servidores en carrera, distintos a los funcionarios, los directivos públicos, los servidores de confianza, los servidores de servicios complementarios o los contratados temporalmente que se encuentran excluidos de la misma por expreso mandato del párrafo *in fine* del artículo 65 de la ley (Sentencia 0025-20 13-PI/TC y acumulados, fundamento 74).

45. En relación con los auxiliares jurisdiccionales, materia específicamente relacionada con el análisis de inconstitucionalidad de la Ley 30745, el Tribunal indicó que tal categoría comprende, de acuerdo con los artículos 249 a 272 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), a los secretarios y relatores de salas de la Corte Suprema, de las Cortes Superiores, de los Juzgados Especializados o Mixtos y de Paz Letrados, así como a los oficiales auxiliares de justicia (fundamento 78). Es decir, con ello, se hace referencia al personal jurisdiccional distinto a los jueces, según lo previsto en la normativa previamente mencionada. Al respecto, en relación con su no exclusión de los alcances de los servidores civiles de la Ley Servir, el Tribunal indicó que

> […] el hecho de que un servidor público pertenezca o labore en un determinado poder del Estado, órgano constitucional u órgano descentralizado ello no implica que este necesariamente tenga que estar comprendido dentro de un régimen laboral especial, sino que, bien entendidas las cosas, dicho régimen solo comprende a aquellos servidores que realizan labores de naturaleza especial o debido a la particularidad de la prestación del servicio. En ese sentido, si bien se afirma que la actividad de los auxiliares jurisdiccionales es especial, lo regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial sobre la carrera auxiliar jurisdiccional no refleja de manera integral y suficiente la aludida naturaleza especial o particular de la prestación de servicios de los auxiliares jurisdiccionales. Por lo demás, es sabido que la atribución para impartir justicia corresponde al Poder Judicial, a través de los órganos jurisdiccionales y, concretamente, de los jueces, mientras que la función de los auxiliares jurisdiccionales consiste en coadyuvar a la función sustantiva de aquellos que les ha sido encomendada por la Constitución, por lo que, la demanda debe ser desestimada en este extremo (Sentencia 0025-2013-PI/TC y acumulados, fundamento 79).

46. Asimismo, entre los puntos resolutivos de la sentencia, el Tribunal declaró inconstitucionales determinados extremos de los párrafos primero y tercero de la Primera Disposición Complementaria Final por excluir indebidamente a algunos servidores de dicho régimen general. En ese sentido, de acuerdo con la Sentencia 0025-2013-PI/TC y acumulados, parte de dicha disposición quedó redactada con el siguiente contenido:

> PRIMERA. Trabajadores, servidores, obreros, entidades y carreras no comprendidos en la presente Ley [*sic*]. No están comprendidos en la presente Ley [*sic*] los trabajadores de las empresas del Estado, sin perjuicio de lo dispuesto en la tercera disposición complementaria final del Decreto Legislativo 1023, ni los servidores sujetos a carreras especiales.

Para los efectos del régimen del Servicio Civil se reconocen como carreras especiales las normadas por:

a) Ley 28091, Ley del Servicio Diplomático de la República.

b) Ley 23733, Ley universitaria [*sic*]

c) Ley 23536, Ley que establece las normas generales que regulan el trabajo y la carrera de los Profesionales de la Salud.

d) Ley 29944, Ley de Reforma Magisterial.

e) Ley 28359, Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas.

f) Decreto Legislativo 1149, Ley de la Carrera y Situación del personal [*sic*] de la Policía Nacional del Perú.

g) Ley 29709, Ley de la Carrera Especial Pública Penitenciaria.

h) Decreto Legislativo 052, Ley Orgánica del Ministerio Público. i) Ley 29277, Ley de la Carrera Judicial

[…].

47. En suma, en dicha sentencia, en relación con el análisis de constitucionalidad que se efectúa en esta oportunidad, se estableció que únicamente se pueden establecer exclusiones del régimen general de los servidores civiles en razón a la naturaleza especial o particularidad del servicio prestado y siempre que se haya previsto la realización de una carrera desde la perspectiva de la progresión, en los términos establecidos en la Constitución.

48. De esta manera, cualquier exclusión del régimen general del Servicio Civil debe partir de las siguientes consideraciones, según lo establecido en la sentencia antes mencionada (fundamentos 65 y 69):

i. El legislador goza en el ámbito de lo constitucionalmente posible de discrecionalidad para establecer qué servidores forman parte de un determinado régimen laboral y qué servidores no forman parte de él;

ii. No obstante, sus decisiones deben ser razonables, de modo que se justifique por qué determinados servidores sí se encuentran bajo el alcance del sistema del Servicio Civil y otros no;

iii. Dicha justificación razonable será satisfecha si existe objetivamente un *carácter especial en la naturaleza o particularidad de la prestación que justifique el tratamiento diferenciado* respecto del resto de servidores civiles, así como una carrera *con progresión específica.*

49. Luego, el Tribunal expidió otros pronunciamientos que resolvieron cuestionamientos adicionales a la constitucionalidad de la Ley Servir sobre materias distintas a las

que resultan objeto de análisis en el presente proceso. Tal es el caso de las Sentencias 0010-2015-PI/TC y 0008-2013-PI/TC, las cuales se desestimaron en todos sus extremos.

2.3. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY IMPUGNADA

50. La parte demandante objeta que, a través de la ley cuestionada, el legislador no haya presuntamente respetado los límites que se desprenden de la Constitución y jurisprudencia vinculante de este Tribunal. En ese sentido, sostiene que se ha vulnerado el artículo 40 de la Constitución, en relación con el contenido y los alcances de la carrera administrativa, al excluir a los servidores del Poder Judicial del régimen jurídico regulado por la Ley Servir.

51. A partir de lo desarrollado supra respecto del alcance del artículo 40 de la Constitución (parámetro de control), este Tribunal realizará el control de la Ley 30745 a fin de evaluar su compatibilidad con la norma fundamental.

52. En primer lugar, la Ley 30745 presenta la siguiente estructura:

I. Título Preliminar [*sic*]

- Principios rectores de la carrera del trabajador judicial

II. Título I

- Disposiciones generales

III. Título II

- Ingreso a la carrera del trabajador judicial
- Capítulo I: Disposiciones generales
- Capítulo II: Nombramiento y designación

IV. Título III Capacitación

- Capítulo I: Capacitación

V. Título IV

Deberes, derechos, prohibiciones e incompatibilidades

- Capítulo I: Deberes
- Capítulo II: Derechos
- Capítulo III: Régimen remunerativo y otros beneficios
- Capítulo IV: Negociación colectiva
- Capítulo V: Prohibiciones e incompatibilidades

VI. Título V

Régimen disciplinario del trabajador judicial

- Capítulo I: Fines y principios del procedimiento disciplinario
- Capítulo II: Ámbito de aplicación
- Capítulo III: Sujetos disciplinables
- Capítulo IV: Faltas y sanciones
- Capítulo V: Procedimiento disciplinario
- Capítulo VI: Terminación de la carrera del trabajador judicial

Disposiciones Complementarias Finales

53. Como se puede advertir, y en la línea de lo establecido en el artículo 1 de dicha ley, se trata de "un régimen exclusivo para los trabajadores jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial" en el ámbito laboral y disciplinario.

54. Dicha ley ha contemplado un conjunto de principios rectores de la carrera del trabajador judicial en el título preliminar, tales como los siguientes:

i. Principio de eficacia y eficiencia
ii. Igualdad de oportunidades
iii. Principio de mérito
iv. Legalidad y especialidad normativa
v. Transparencia
vi. Protección contra el despido arbitrario
vii. Dedicación exclusiva de la función
viii. Debido procedimiento sancionador
ix. Principio de responsabilidad
x. Principio de derecho laboral
xi. Principio de capacitación permanente
xii. Principio de ética, probidad y honestidad
xiii. Principio de ingreso y progresión en la carrera judicial

55. Asimismo, el artículo 2 de la ley impugnada ha establecido que son objetivos de la carrera del trabajador judicial regular "el ingreso, permanencia, ascenso y terminación en el cargo; asimismo, la responsabilidad en que incurran en el ejercicio de sus funciones, los derechos y obligaciones esenciales al cargo que ostenta".

56. El artículo 3 precisa las escalas y los niveles ocupacionales de los trabajadores que cumplen funciones jurisdiccionales y/o administrativas a ser establecidas por el Consejo Ejecutivo Nacional del Poder Judicial.

Nivel	Cargo
Sétimo nivel	Relator de la Sala Suprema
	Secretario de la Sala Suprema
	Secretario coordinador
	Director de CJ
	Procurador adjunto
	Asesor I
	Coordinador I
	Administrador II CJ
	Administrador NCPP
Sexto nivel	Secretario de confianza
	Asesor legal de consejeros
	Analista III
	Administrador I de CJ
	Administrador I MBJ
	Analista II
	Asesor de corte
	Especialista judicial de sala
	Relator
	Secretario de sala
Quinto nivel	Analista I
	Asistente administrativo II
	Asistente de juez
	Asistente social
	Cajero I
	Especialista judicial de audiencias de juzgado
	Especialista judicial de audiencias de sala
	Especialista judicial de juzgado
	Especialista legal
	Perito judicial
	Psicólogo
	Secretario judicial
	Subadministrador

Cuarto nivel	Asistente administrativo I
	Asistente de informática
	Asistente judicial
	Asistente jurisdiccional de CGE
	Asistente jurisdiccional de juzgado
	Asistente jurisdiccional de sala
	Secretaria de consejeros
	Secretaria III
	Chofer II
	Técnico judicial
Tercer nivel	Asistente de atención al público
	Secretaria II
	Técnico administrativo
Segundo nivel	Revisor
	Técnico administrativo I
	Auxiliar administrativo III
	Anfitriona
	Secretaria I
	Chofer I
	Digitador
	Inventariador
Primer nivel	Asistente de comunicaciones
	Auxiliar administrativo II
	Auxiliar judicial
	Auxiliar administrativo I

57. Un aspecto central a efectos del análisis de constitucionalidad por el fondo de la ley impugnada se encuentra en la Segunda Disposición Complementaria Final, según la cual "los trabajadores de la carrera judicial, regulados por la presente ley, están excluidos de los alcances de la Ley 30057, Ley del Servicio Civil". En ese sentido, el artículo 30, literal "m", ha establecido como un derecho de los trabajadores del Poder Judicial "integrar la carrera del trabajador judicial, diferenciada del régimen general del empleo público".

58. De lo expuesto, se advierte que, efectivamente, la ley impugnada excluye a los trabajadores jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial de los alcances de la Ley

Servir. Sin embargo, la ley cuestionada omite pronunciarse respecto a la situación jurídica de los trabajadores del Poder Judicial al momento de su entrada en vigencia.

59. Una interpretación literal de la aludida Segunda Disposición Complementaria Final antes mencionada conllevaría a concluir válidamente que los efectos de la ley impugnada solo alcanzan a quienes se incorporen a la carrera por ella establecida. De este modo, solo tales trabajadores estarían excluidos de los alcances de la Ley Servir, en los términos previstos por dicha disposición.

60. No obstante, este Tribunal no desconoce que en la Resolución Administrativa 216-2018-CE-PJ, denominada "Reglamento de la Ley de la Carrera del Trabajador Judicial", se han establecido disposiciones que regulan el tránsito del personal del Poder Judicial, bajo los diversos regímenes laborales existentes, hacia el marco establecido por la ley impugnada, con la mención expresa en algunos supuestos del carácter automático de dicha incorporación a la aludida nueva ley.

61. Asimismo, existen diferencias entre algunos aspectos de los regímenes regulados tanto por la Ley 30745 como por la Ley Servir, en relación con los siguientes aspectos:

    i) Periodo de prueba

    ii) Jornada Máxima Semanal [*sic*]

    iii) Pagos por horas extras [*sic*]

    iv) Gestión del rendimiento y evaluación del desempeño

    v) Plazo para realizar la negociación colectiva

    vi) Vigencia del convenio colectivo

    vii) Órgano que resuelve en última instancia los recursos en los procedimientos administrativos

    viii) Plazo para la defensa en los procedimientos administrativos disciplinarios

    ix) Plazo de prescripción para el inicio de procedimientos administrativos disciplinarios

    x) Efectos suspensivos de los recursos en los procedimientos administrativos disciplinarios

    xi) Posibilidad de interponer medidas cautelares antes del inicio de los procedimientos administrativos disciplinarios

    xii) Cancelación de la anotación de la sanción de suspensión

62. Al respecto, este Tribunal advierte que la sola existencia de diferencias entre este régimen especial y el establecido por la Ley Servir no significa per se que el primero sea manifiestamente inconstitucional. Más allá de ello, y en atención a lo previamente expuesto, este Tribunal advierte que la exclusión de los servidores del Poder Judicial del

ámbito de la Ley Servir solo será legítima si se respeta lo establecido supra, respecto a la existencia de particularidades en la función y progresión en el ascenso.

63. Atendiendo a lo expuesto, en el presente caso, es necesario determinar si los servicios prestados por el conjunto de los trabajadores del Poder Judicial, destinatarios de la Ley 30745, tienen una naturaleza especial o una particularidad; y si, además, en la ley impugnada, se ha regulado una carrera administrativa desde la perspectiva de la progresión.

64. Al respecto, resulta indispensable distinguir entre aquellos trabajadores que realizan labores de naturaleza administrativa y los que prestan servicios en el área jurisdiccional, de conformidad con lo establecido en la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo TUO fue aprobado por el Decreto Supremo 017-93-JUS.

65. En el primer caso, este Tribunal advierte que, en principio, las actividades administrativas son comunes a los distintos niveles y entidades del Estado, más allá de la lógica diferencia que corresponde a las funciones asignadas de acuerdo con los fines y objetivos de cada institución pública. Por ello, no puede considerarse, desde dicha perspectiva, que en puridad ejerzan funciones que sean de naturaleza especial o particular.

66. En el segundo caso, cabe precisar que este Tribunal, en el fundamento 79 de la Sentencia 0025-2013-PI/TC y acumulados, ha indicado que "[…] lo regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial sobre la carrera auxiliar jurisdiccional no refleja de manera integral y suficiente la aludida naturaleza especial o particular de la prestación de servicios de los auxiliares jurisdiccionales", aunque se debe advertir que en la ley impugnada se incluyen otras actividades vinculadas al quehacer jurisdiccional que no fueron analizadas en el pasado.

67. Efectivamente, el legislador incluyó en la ley impugnada a un conjunto distinto de servidores de los órganos jurisdiccionales como secretarios, especialistas y asesores de Corte. Sin embargo, los incorporó junto a los trabajadores administrativos, los cuales, como ya se ha dicho, no desarrollan una actividad de naturaleza especial. Queda claro, entonces, que la ley impugnada no regula una carrera en los términos expuestos supra, sin perjuicio de que pueda establecerse en el futuro.

68. Ahora bien, en lo que respecta a la verificación del segundo elemento —esto es, la existencia de una carrera desde la perspectiva de la progresión—, se advierte que, aun cuando en el artículo 3 de la ley impugnada se hayan establecido niveles y escalas ocupacionales, dicha clasificación está referida a las condiciones de ingreso a la carrera judicial, pero no a una progresión propiamente dicha una vez que se haya entrado a esta. De hecho, en la ley, no se han establecido los requisitos que los trabajadores deben cumplir para ser promovidos o ascendidos en dicha carrera especial.

69. Precisamente, en relación con el ascenso como contenido del derecho de acceder a la función pública en condiciones de igualdad, este Tribunal ha establecido en la Sentencia 0025-2005-PI/TC lo siguiente:

> La razón por la que este derecho comprende también el ejercicio pleno y sin perturbación de la función pública y el ascenso en ella es que, siendo la participación en la función pública el bien protegido de este derecho, el menoscabo, restricción o limitación ilegítima del pleno desenvolvimiento de la función pública o del ascenso en la misma, pueden conducir a una afectación del bien protegido por este derecho. La participación en la función pública tiene que ser entendida como un bien cuya concretización debe desarrollarse en toda su magnitud, es decir, con todas las implicancias que su pleno desarrollo lo exija. Ello se debe a que los derechos fundamentales deben ser comprendidos como mandatos de optimización, lo cual significa, precisamente, que su contenido protegido alcanza a todos los aspectos que contribuyen a un mayor grado de realización del bien jurídico que protege (fundamento 44).

70. Por lo tanto, dada la relevancia de la regulación de las condiciones de ascenso en una carrera administrativa, desde la perspectiva de la progresión, según lo interpretado por este Tribunal como uno de los alcances de este bien constitucional, así como desde el derecho fundamental de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, se concluye válidamente que lo establecido en la ley impugnada no constituye una carrera administrativa, de acuerdo con las exigencias de la Constitución y con la interpretación vinculante de este Colegiado.

71. Todo lo previamente indicado permite concluir que la actuación del legislador en el sentido de excluir a todos los trabajadores del Poder Judicial de los alcances de la Ley Servir de la manera realizada en el presente caso ha carecido de razonabilidad. Así, no se encuentra justificada tal exclusión de acuerdo con los criterios de especialidad o particularidad del servicio prestado (por incluir servidores del área jurisdiccional y administrativos conjuntamente), y tampoco se advierte la existencia de progresión en la carrera.

72. Por lo tanto, corresponde declarar fundada la demanda en el presente extremo.

§3. SOBRE LA PRESUNTA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO-DERECHO DE IGUALDAD

73. Los demandantes también han cuestionado la Ley 30745 por considerar que su expedición ha vulnerado el principio-derecho de igualdad al establecer un tratamiento diferenciado sin ninguna justificación entre los trabajadores del Poder Judicial y los demás servidores civiles pertenecientes al régimen de la Ley Servir.

74. Al respecto, el artículo 2.2. de la Constitución ha establecido que "toda persona tiene derecho: [...] 2. 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". Dicho principio-derecho también ha sido reconocido en diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado peruano como en los artículos 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

(PIDCP), y en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), entre otros.

75. Tal como ha sido expresado, en reiteradas ocasiones, por este Tribunal, el derecho-principio de igualdad encuentra su fundamento en la dignidad humana (ver, entre otras, la Sentencia 0023-2005-PI/TC, fundamento 42) y no se puede abordar "unidimensionalmente, como una mera exigencia de trato paritario" (Sentencia 0033-2010-PI/TC, fundamento 12).

76. Contrariamente a lo que se pudiera desprender de una interpretación literal de la norma establecida en el artículo 2.2 de la Constitución, se trata de un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino de que se trate de igual modo a quienes se encuentran en una misma condición (Sentencia 0048-2004-PI/TC, fundamento 59). No supone, en consecuencia, el tratamiento idéntico de todos los casos.

77. De ahí que la jurisprudencia de este Tribunal haya desarrollado el discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales como la diferenciación y la discriminación.

78. Este órgano de control de la Constitución tiene resuelto que la discriminación es aquel trato diferente y arbitrario que le impide a la persona alcanzar oportunidades esenciales a las que otros, en su misma condición, sí acceden (Sentencia 0090-2004-AA/TC, fundamento 43).

79. La diferenciación, en cambio, está constitucionalmente permitida siempre y cuando el trato desigual se funde en causas razonables y objetivas. Por el contrario, si tal desigualdad de trato no resulta razonable ni proporcional, se estará ante una discriminación, esto es, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (Sentencia 0048-2004-PI/TC, fundamento 62).

80. En la Sentencia 0045-2004-PI/TC, el Tribunal concluyó que el trato diferenciado dejaba de constituir una distinción constitucionalmente permitida cuando carecía de justificación en los términos que demanda el principio de proporcionalidad (fundamento 31, in fine).

81. Por otra parte, se debe resaltar que el derecho a la igualdad tiene dos dimensiones: la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley. La primera manifestación constituye un límite para el legislador, encontrándose este vedado de establecer distinciones basadas en criterios irrazonables y desproporcionados. Es decir, el principio de igualdad exige al legislador que las situaciones jurídicas que determine garanticen un trato igual y sin discriminaciones.

82. Por su parte, la segunda se configura como límite del actuar de los órganos jurisdiccionales o administrativos, exigiendo que estos, al momento de aplicar las normas jurídicas, no atribuyan distintas consecuencias jurídicas a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales (ver Sentencia 0004-2006-PI/TC, fundamentos 123 y 124).

83. Si, como se ha indicado, el principio de igualdad constitucionalmente garantizado no impone el trato idéntico de todos los sujetos, sino uno igualitario de los que se

encuentran en la misma condición. Esto implica que quien invoca la afectación del principio debe demostrar dos hechos: [i] el trato diferente y [ii] que se encuentra en la misma condición que quien recibió dicho trato.

84. En tal sentido, este Tribunal afirmó que, para determinar la existencia de una diferenciación jurídicamente relevante, se debe constatar que se aplica diferente trato a quienes se encuentran en condiciones iguales o un trato homogéneo a quienes se encuentran en diferente situación. Esto constituiría una violación del principio de igualdad por indiferenciación (Sentencia 02437-2013-PA/TC, fundamentos 25 y siguientes).

85. En otras palabras, la identificación del tratamiento diferenciado se debe realizar mediante la comparación entre el objeto, el sujeto, la situación o la relación que se cuestiona y otro identificable desde el punto de vista fáctico o jurídico, pero al que se le asigna diferente consecuencia, que constituiría lo que se denomina "término de comparación" (tertium comparationis).

86. Este término de comparación debe presentar una situación jurídica o fáctica que comparta una esencial identidad, en sus propiedades relevantes, con el trato que se denuncia. Así, tiene las siguientes características:

    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 [*sic*], 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. Desde luego, ello no implica exigir que se traten de situaciones idénticas, sino tan solo de casos entre los que quepa, una vez analizadas sus propiedades, entablar una relación analógica *prima facie* relevante. A 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 (Sentencia 0015-2010-PI/TC, fundamento 9).

87. En esta línea, el Tribunal Constitucional ha planteado lo siguiente:

> desde la perspectiva de quien se considera afectado en su derecho a la igualdad "en la ley", no basta alegar la existencia de una determinada circunstancia que lo asemeja a quien pretende utilizar como término de comparación, sino que es necesario incidir en la ausencia de un criterio razonable que permita diferenciarlos en atención a la materia que es regulada por la norma; y, desde la perspectiva de quien considera legítima una determinada diferenciación legal, no bastará incidir en un criterio accesorio o inocuo de distinción, sino en la existencia de una diferencia

> objetiva y esencial a la luz de la materia regulada por la norma (Sentencia 00015-2010- PI/TC, fundamento 10).

88. En similar sentido, se ha sostenido lo siguiente:

> [e]ntre lo que se compara y aquello con lo cual éste [*sic*] es comparado han de existir cualidades, caracteres, rasgos o atributos comunes. La inexistencia de una tal equiparación o similitud entre lo que es objeto del juicio de igualdad y la situación normativa que se ha propuesto como término de comparación, invalida el *tertium comparationis* y, en ese sentido, se presenta como inidónea para fundar con base en él una denuncia de intervención sobre el principio-derecho de igualdad (Sentencia 0019-2010-PI, fundamento 15).

89. Si el término de comparación propuesto no cumple las referidas condiciones, no existirá mérito siquiera para ingresar en el análisis del test de igualdad, cuyos subprincipios se desarrollaron en la Sentencia 0045-2004-PI/TC (fundamentos 33 y siguientes).

90. En el presente caso, el demandante ha ofrecido como tertium comparationis la situación de los demás servidores civiles pertenecientes al régimen de la Ley Servir.

91. Sin embargo, como se puede advertir de lo desarrollado supra, dicho tertium comparationis no es idóneo por cuanto no resulta posible establecer una relación analógica entre propiedades jurídicas de singular relevancia que constituyan elementos comparables entre ambos grupos de servidores. Más aún, si el grupo de servidores ofrecido por la parte demandante incluye a todos los pertenecientes al régimen común.

92. De esta manera, se pretende realizar una comparación entre un grupo específico de servidores de un poder del Estado, como el Poder Judicial, y la generalidad de los servidores del Estado, lo cual no cumple las exigencias del tertium comparationis, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal.

93. Por lo tanto, corresponde desestimar la demanda en el presente extremo.

§4. SOBRE LA PRESUNTA VULNERACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE REGLAMENTAR LAS LEYES

94. La parte demandante también ha cuestionado que la Tercera Disposición Complementaria Final haya dispuesto que el Poder Judicial desarrolle las disposiciones reglamentarias necesarias. Al respecto, ha referido que el Congreso de la República ha invadido una materia reservada al Poder Ejecutivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 118.8 de la Constitución y según lo dispuesto en el artículo 46 de la LOPE, donde se establece que el Poder Ejecutivo es el ente rector de los sistemas administrativos del Estado, entre los que se encuentra el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos (SAGRH), encargado de la organización y gestión del empleo público.

95. En relación con lo anterior, el artículo 118. 8 de la Constitución ha establecido que: "corresponde al Presidente [sic] de la República: [...] Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones".

96. Asimismo, según el artículo 46 de la LOPE, el Poder Ejecutivo es responsable de reglamentar y operar los "Sistemas Administrativos [sic], aplicables a todas las entidades de la Administración Pública, independientemente de su nivel de gobierno y con arreglo a la Ley de Procedimiento Administrativo General".

97. Este Tribunal considera que, efectivamente, al presidente de la República le corresponde ejercer la atribución constitucional de reglamentar las leyes sobre la base de lo establecido en el ordenamiento jurídico-constitucional, como es el caso de la observancia de lo dispuesto en el artículo 120 de la Constitución. Según este, son nulos los actos del presidente de la República sin refrendación ministerial, entre otros.

98. Asimismo, en la medida en que el Poder Ejecutivo es el ente rector de los sistemas administrativos del Estado, de conformidad con el ordenamiento jurídico en general y la Ley del Procedimiento Administrativo General en particular, a él le corresponde la reglamentación y el establecimiento de la regulación correspondiente a la administración del personal al servicio del Estado peruano.

99. Actuar en sentido contrario no solamente contravendría dichas disposiciones del bloque de constitucionalidad, sino también incidiría negativamente en el contenido y en los alcances del principio de separación de poderes, establecido en el artículo 43 de la norma fundamental de 1993.

100. Dicho principio ha sido desarrollado en variada jurisprudencia de este Tribunal, donde se ha dado cuenta de su núcleo duro y alcances respecto al ordenamiento jurídico en su conjunto. Al respecto, en la Sentencia 0006-2018-PI/TC, este Tribunal ha establecido que el núcleo duro de dicho principio presenta las siguientes manifestaciones:

> *Principio de separación de poderes propiamente dicho:* Hace referencia a la autonomía funcional y a las diferentes competencias que cada poder estatal (y también cada órgano constitucional autónomo) tiene, pero también a las distintas funciones (sociales y políticas) que cada uno cumple tendencialmente (tales como representar, legislar y fiscalizar en el caso del Legislativo, o de gobernar y hacer cumplir las leyes en el caso del Ejecutivo). […].
>
> *Principio de balance entre poderes:* Se refiere a la existencia de mecanismos de coordinación (tales como la delegación de facultades, el respaldo a políticas de gobierno a través de la cuestión [de] confianza, las coordinaciones o negociaciones políticas para la aprobación del presupuesto público, la reglamentación de las leyes, la iniciativa legislativa por parte del Poder Ejecutivo o los órganos constitucionales autónomos, etc.); mecanismos de control recíproco (control jurídico y jurídico-político entre los poderes y órganos constitucionales autónomos); y mecanismos

de equilibrio entre poderes (respeto a la autonomía de los otros poderes y órganos constitucionales autónomos, regulación de las competencias y funciones ajenas sin desnaturalizarlas, debida asignación presupuestaria para los poderes estatales u órganos constitucionales autónomos, etc.) […].

*Principio de cooperació*n*:* Conforme a este principio, las competencias y funciones de los poderes y órganos constitucionales autónomos deben estar orientadas al cumplimiento de los fines del Estado (artículo 44 de la Constitución), a la concreción del conjunto de bienes y valores constitucionales (pudiéndose mencionar, a modo de ejemplo, lo señalado en los artículos 1, 3, 38, 43 o 45 de la Constitución), y siempre teniendo como horizonte la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad (artículo 1 de la Constitución). De esta manera, entre los poderes públicos resulta de aplicación el principio de "lealtad constitucional", el cual, además del respeto a las competencias y funciones ajenas, orienta el comportamiento de los actores estatales hacia la consecución del bien común, que debe ser el fin último de la política.

Principio de solución democrática: Este principio pone de relieve que frente a un entrampamiento o crisis política o institucional que no puede superarse a través de los medios institucionales habituales debe preferirse, en primer lugar, las salidas deliberadas, es decir, mediante el diálogo institucional o a través de los espacios de deliberación pertinentes y adecuados para enfrentar los conflictos políticos (fundamento 56).

101. Como se puede advertir, uno de los pilares que conforma el principio de separación de poderes es la manifestación de dicho principio como separación propiamente dicha. Esta exige el respeto de la autonomía funcional y de las diferentes competencias que cada poder estatal tiene, pero también de las distintas funciones (sociales y políticas) que cada uno cumple, según lo expresado previamente. En el caso del Poder Ejecutivo, y específicamente del presidente de la República, ello se manifiesta en el respeto al carácter exclusivo de la atribución constitucional de reglamentación de las leyes sin desnaturalizarlas ni transgredirlas.

102. Lo anterior no niega la posibilidad de que algunos órganos constitucionales expidan "reglamentos" que, bajo ninguna circunstancia, se pueden equiparar con los de las leyes aprobadas por el Congreso (a los que se refiere el artículo 118.8 de la Constitución), como ha sostenido este Tribunal en su jurisprudencia.

103. En efecto, estos "reglamentos" de los órganos constitucionales distintos de los que expide el Poder Ejecutivo no pueden válidamente reglamentar leyes como sí lo puede efectuar un Decreto Supremo, de conformidad con la Constitución.

104. En realidad, dichos "reglamentos" pueden desarrollar "ámbitos" de sus respectivas "leyes orgánicas o leyes de creación". Así, este Tribunal ha sostenido lo siguiente:

> […] es necesario considerar que en nuestro modelo constitucional algunos órganos constitucionales también expiden reglamentos, y si bien, en rigor no son aquellos a los que alude el inciso 8 del artículo 118 de la Constitución, es evidente que tales

reglamentos también constituyen fuente normativa porque desarrollan diversos ámbitos de sus leyes orgánicas o leyes de creación. (Sentencia 00047-2004-AI/TC, fundamento 32).

105. Por consiguiente, únicamente el Poder Ejecutivo, en su calidad de ente rector de los sistemas administrativos del Estado, tiene competencia para dictar las normas infralegales de la política estatal relacionada con la organización y gestión del empleo público. A manera de ejemplo, conforme a la Décima Disposición Complementaria Final de la Ley Servir, corresponde al Poder Ejecutivo la emisión de los reglamentos respectivos para su aplicación.

106. En tal sentido, el Congreso no puede, a través de una ley como la impugnada, otorgar dicha potestad a un órgano o entidad diferente del Poder Ejecutivo. Del mismo modo, ninguna autoridad puede asumir dicha competencia, sea por decisión propia o al amparo de lo señalado en una ley, por cuanto se invadiría una materia reservada exclusivamente al presidente de la República, en los términos establecidos en el ordenamiento jurídico-constitucional vigente.

107. Por lo tanto, basta que dicha competencia sea invadida por otro Poder del Estado para que la regulación adolezca de nulidad, sin importar si contradice o no en su contenido a la norma con rango de ley objeto de reglamentación.

108. Así, este Tribunal advierte que la disposición objeto de análisis ha invadido una materia reservada a otro Poder del Estado y, por las razones previamente indicadas, resulta inconstitucional.

109. Ahora bien, este Tribunal ha advertido que, en aplicación de dicha disposición, se ha expedido la Resolución Administrativa 216-2018-C-PJ, la cual aprueba el "Reglamento de la Ley de la Carrera del Trabajador Judicial", publicada, en el diario oficial El Peruano, el 25 de julio de 2018.

110. Al respecto, este Tribunal Constitucional ha sostenido en variada jurisprudencia que es competente para realizar el control abstracto de constitucionalidad de una norma de jerarquía infralegal y, así, pronunciarse sobre su validez constitucional cuando ella también es inconstitucional "por conexión o consecuencia" con la norma de jerarquía legal que el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional, de conformidad con lo establecido en el artículo 78 del Código Procesal Constitucional (Sentencia 0045-2004-PI/TC, fundamento 74).

111. Por lo expuesto, las normas a las que se puede extender la inconstitucionalidad son las que pertenecen al ordenamiento jurídico en su integridad, con total prescindencia de si ellas forman parte o no del mismo cuerpo normativo de la norma impugnada. De esta manera, si una norma inconstitucional por extensión se encuentra fuera del cuerpo normativo al que pertenece la norma impugnada, corresponderá también su declaratoria de inconstitucionalidad (Sentencia 0045-2004-PI/TC, fundamento 75).

112. Asimismo, el órgano competente para usar la denominada "inconstitucionalidad por conexidad o consecuencia" es el propio Tribunal Constitucional y la etapa procesal para realizar dicho examen es al sentenciar, siempre que la misma complemente, precise o concretice el supuesto o la consecuencia de la norma declarada inconstitucional (fundamento 77 de la Sentencia 0045-2004-PI/TC, fundamento 8 de la Sentencia 0017-2013-P1/TC, fundamento 11 del ATC 0023-2013-PI/TC y fundamento 10 del Auto 0008-2017-PI/TC).

113. Por consiguiente, corresponde declarar fundada la demanda en este extremo y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de la Resolución Administrativa 216-2018-C-PJ.

III. FALLO

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

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Poder Ejecutivo; y, en consecuencia, declarar inconstitucionales la Ley 30745 y la Resolución Administrativa 216-2018-C-PJ.

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 ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Si bien me encuentro de acuerdo con que se declare fundada la demanda y, por ende, con que se declare inconstitucional la Ley N° 30745 y, por conexidad, la Resolución Administrativa 216-2018-C-PJ, deseo plantear algunas precisiones con respecto de lo expresado en la sentencia suscrita por la mayoría:

1. En primer lugar, si bien estoy de acuerdo con lo expresado en torno a que los trabajadores del Poder Judicial no realizan una actividad de naturaleza especial y, por ende, que se les debe aplicar el régimen Servir (es decir, el establecido por la Ley 30057, Ley del Servicio Civil), no veo o anterior puede ser compatible con la afirmación de que no existe un *tertium comparationis* válido a la hora de comparar, como parte del test de igualdad, a estos trabajadores con el resto de servidores incluidos en régimen Servir (en efecto, en el proyecto que tuve a mi vista se afirma que esto es así "por cuanto no resulta posible establecer una relación analógica entre propiedades jurídicas de singular relevancia que constituyan elementos comparables entre ambos grupos de servidores"). Más aun, entiendo que el régimen Servir implica la existencia de funciones equivalentes en cierta medida, o cuando menos homologables, que precisamente hagan posible la regulación a través de un solo régimen.

2. Siendo cierto lo anterior, considero, pues, que debía realizarse el examen de igualdad. En dicho orden de ideas, encuentro que, en la medida que, como queda explicado en la sentencia, los trabajadores del Poder Judicial no realizan actividades de naturaleza especial, la medida analizada (Ley n.° 30745) no cuenta con una finalidad constitucional que justifique el trato diferenciado, por lo cual resulta inconstitucional.

3. Asimismo, y sin perjuicio de lo anterior, quiero expresar que merece una mayor discusión la cuestión en torno a si la reglamentación de la organización y gestión del empleo público solo se encuentra en manos del Ejecutivo. Al respecto, si bien es cierto que inicialmente al Gobierno le corresponde reglamentar las leyes; sin embargo, también es verdad que, respecto de determinados contenidos, en el ámbito específico de la reglamentación de la "organización y gestión del empleo público", no encuentro absolutamente claro este asunto, pues puede ocurrir que en determinado casos ello pueda entenderse como una injerencia indebida en fueros ajenos, considerando además que la independencia y autonomía debe quedar garantizada para los demás poderes del Estado y los órganos constitucionales autónomos. En este orden de ideas, propongo abordar de mejor modo esta cuestión para emitir una decisión que aborde de manera integral el asunto planteado.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Pleno. Sentencia 556/2020

EXP. 00004-2019-PI/TC

CASO DE LA FORMA DE CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE OBLIGACIONES TRIBUTARIAS

RAZÓN DE RELATORÍA

Con fecha 22 de setiembre de 2020, se reunió el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, a efectos de pronunciarse sobre la demanda que da origen al Expediente 00004-2019-PI/TC, promovido por el Colegio de Abogados de La Libertad contra el Poder Ejecutivo respecto de la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421, que modifica el Código Tributario.

Producida la votación, al no haberse alcanzado cinco votos conformes por la inconstitucionalidad de la disposición legal impugnada, corresponde declarar **INFUNDADA** la demanda, conforme a lo previsto en el artículo 5, primer y segundo párrafos, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

La referida votación arrojó el siguiente resultado:

- El magistrado ponente Blume Fortini, en minoría, votó por declarar **FUNDADA** la demanda y, en consecuencia, inconstitucional la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421; e **INTERPRETAR** que las reglas para el cómputo del inicio del plazo de prescripción tributaria se encuentran circunscritas al cumplimiento de los plazos de prescripción regulados en el artículo 43 del Código Tributario.
- El magistrado Ferrero Costa emitió un voto singular declarando **FUNDADA** la demanda, únicamente por la inconstitucionalidad de forma de la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421.
- Los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera emitieron unos votos singulares, coincidiendo por declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad.
- El magistrado Ramos Núñez emitió un voto singular declarando **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad con exhortación.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la ponencia y los votos singulares 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
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Expediente 0004-2019-PI

VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

22 de septiembre de 2020

Colegio de Abogados de La Libertad c. Poder Ejecutivo

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad planteada contra la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421 que modifica el Código Tributario.

Magistrado firmante:

S.
BLUME FORTINI

TABLA DE CONTENIDOS

NORMA IMPUGNADA	PARÁMETRO DE CONTROL
Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421	Constitución Política del Perú - artículo 74 - artículo 103 - artículo 104 - artículo 109

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

B. Debate constitucional

B-1. Demanda

B-2. Contestación de demanda

C. Informes jurídicos aportados por las partes

C-1. Informes jurídicos presentados por la parte demandante

C-1.1. Informe de César Landa Arroyo

C-1.2. Informe de José Palomino Manchego

C-1.3. Informe de Víctor García Toma

C-2. Informes jurídicos presentados por la parte demandada

C-2.1. Informe de Francisco Eguiguren Praeli

C-2.2. Informe de Marcial Rubio Correa

II. FUNDAMENTOS

§1. Análisis de constitucionalidad por la forma del Decreto Legislativo 1421

§2. Aplicación de las normas tributarias en el tiempo

§3. Prescripción extintiva y principio de seguridad jurídica

§4. Reglas sobre prescripción contenidas en el Código Tributario

§5. Análisis de constitucionalidad por el fondo del Decreto Legislativo 1421

III. FALLO

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

Con fecha 1 de febrero de 2019, Manuel Alejandro Montoya Cárdenas, decano del Ilustre Colegio de Abogados de La Libertad, interpone demanda de inconstitucionalidad a nombre de su representado contra la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421, que modifica el Código Tributario, por razones de forma y fondo. Alega que la referida norma es inconstitucional por cuanto vulnera la regulación constitucional de la delegación de facultades legislativas, el principio de irretroactividad de las normas y la seguridad jurídica.

La Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421, que modifica el Código Tributario, establece lo siguiente:

> "(…) Tratándose de procedimientos en trámite y/o pendientes de resolución el inicio del plazo prescriptorio para exigir el cobro de la deuda tributaria contenida en resoluciones de determinación o de multa cuyo plazo de prescripción de la acción para determinar la obligación tributaria o para aplicar sanciones se inició hasta el 1 de enero de 2012, notificadas a partir del 28 de setiembre de 2012 dentro del plazo de prescripción, se computa a partir del día siguiente de la notificación de tales resoluciones conforme con el numeral 7 del artículo 44 del Código Tributario. (…)"

Por su parte, con fecha 18 de setiembre de 2019, Luis Alberto Huerta Guerrero, procurador público especializado en Materia Constitucional contesta la demanda en representación del Poder Ejecutivo, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.

B. Debate constitucional

B-1. Demanda

Los argumentos expuestos en la demanda son los siguientes:

- Señala el Colegio de Abogados de La Libertad que el artículo 43 del Código Tributario distingue tres supuestos distintos en los que opera la prescripción de la acción de la Administración Tributaria frente al deudor tributario: (i) para determinar la obligación tributaria; (ii) para aplicar sanciones; (iii) para exigir el pago.
- Agrega que hasta el 27 de setiembre de 2012 no existían reglas particulares en el artículo 44 del Código Tributario para definir el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la facultad de la Administración Tributaria para exigir el pago (supuesto (iii) *supra*), sino que se aplicaban reglas generales.
- El demandante afirma que recién con la entrada en vigor del Decreto Legislativo 1113 (que incorporó el numeral 7 al artículo 44 del Código Tributario) se estableció una

regla nueva y específica para tales casos. Esta regla señalaba que el término prescriptorio se computará "desde el día siguiente de la notificación de las Resoluciones de Determinación o de Multa, tratándose de la acción de la Administración Tributaria para exigir el pago de la deuda contenida en ellas".

- En consecuencia, señala que, al existir una nueva regla, esta solo podía regular los inicios del cómputo de prescripción que ocurrieran a partir de su entrada en vigor, es decir, desde el 28 de setiembre de 2012. Agrega que esto se confirma en la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1113.
- El colegio de abogados recurrente sostiene que la Resolución del Tribunal Fiscal 09789-4-2017, que constituye precedente de observancia obligatoria, confirma la imposibilidad legal de aplicar el nuevo supuesto de inicio de cómputo del plazo de prescripción previsto en el Decreto Legislativo 1113 a situaciones iniciadas con anterioridad a su vigencia.
- No obstante, lo anterior, el demandante señala que mediante la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421, ahora cuestionada, el Poder Ejecutivo pretende modificar el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción de la Administración Tributaria para exigir el cobro de las deudas tributarias iniciadas hasta el 1 de enero de 2012.
- Argumenta que, con esta modificación, a pesar de que el plazo de prescripción ya había empezado a computarse, se pretende desconocer el transcurso de dicho plazo, y empezar a computarlo a partir del momento en el que se notifiquen las resoluciones de determinación o de multa.
- En tal sentido, el demandante señala que la norma impugnada ha excedido la regulación constitucional del régimen de delegación de facultades legislativas contemplado en el artículo 104 de la Constitución, y lo dispuesto en la Ley 30823, pues no existe relación entre las materias autorizadas por ella y las desarrolladas en el Decreto Legislativo 1421. Alega que la Ley 30823 no hace ninguna referencia a la prescripción tributaria.
- Señala que en la Sentencia 0002-2006-PI/TC, este Tribunal ya ha analizado casos en los cuales se pretende dotar a las normas de un supuesto carácter "interpretativo" o "aclaratorio" cuando en realidad se pretende encubrir una alteración de situaciones jurídicas concluidas.
- Asimismo, señala que la disposición cuestionada vulnera el principio de irretroactividad de las normas contenido en el artículo 103 de la Constitución, pues en nuestro país rige la teoría de los hechos cumplidos, y el inicio del cómputo del plazo de prescripción es un hecho cumplido, pues si ello ocurrió antes de la entrada en vigor del Decreto Legislativo 1113 no puede aplicársele lo dispuesto en esa norma o en normas posteriores, como el Decreto Legislativo 1421.

- Como consecuencia de lo anterior, se vulnera el principio de seguridad jurídica, pues los administrados no sabrán a qué reglas atenerse si el Gobierno puede cambiar la fecha de inicio de los plazos de prescripción de forma posterior, desconociendo las prescripciones ya iniciadas o ganadas.

B-2. Contestación de demanda

Los argumentos expuestos en la contestación de la demanda son los siguientes:

- En relación con el alegato de inconstitucionalidad por cuestiones de forma, el procurador de la parte demandada sostiene que el Proyecto de Ley 2791/2017-PE proponía optimizar procedimientos administrativos tributarios para hacerlos más eficaces, lograr el fortalecimiento de las funciones de la Administración Tributaria y la remoción de distorsiones que afecten u obstaculicen la efectiva recaudación, y señalaba que se requería adoptar medidas que permitan la remoción de obstáculos para lograr la cobranza de deudas tributarias.
- Sostiene que, para tal fin, la legislación en materia tributaria y financiera requiere la emisión de normas que modifiquen y optimicen el Sistema Tributario Nacional por medio del perfeccionamiento de los principales impuestos, regímenes tributarios y mecanismos de recaudación tributaria. Uno de los mecanismos para lograr ello es establecer normas que coadyuven a fortalecer las procuradurías a cargo de la defensa de los procesos judiciales en materia tributaria y aduanera, así como las salas y fiscalías en materia de delitos tributarios y aduaneros.
- Sostiene que por medio del artículo 2, numeral 1, literal g) de la Ley 30823, se delegan facultades para legislar en materia económica y financiera y para modificar el Código Tributario en lo referente a la aplicación de la Norma XVI de su Título Preliminar. Se le ha facultado, en consecuencia, para establecer la configuración de infracciones y sanciones vinculadas con dicha disposición; establecer parámetros para su no aplicación a las micro y pequeñas empresas (MYPE); ampliar los supuestos de responsabilidad solidaria de representantes legales por aplicación de la cláusula antielusiva general; y establecer modificaciones a fin de contar con procedimientos tributarios más eficientes.
- De igual manera, sostiene que mediante el literal h) de la misma norma se faculta al Poder Ejecutivo para establecer los mecanismos que permitan fortalecer y optimizar la gestión del Tribunal Fiscal y de la Administración Tributaria.
- En atención a ello, el Decreto Legislativo 1421 deja sin efecto la jurisprudencia de observancia obligatoria expedida por el Tribunal Fiscal, contenida en la Resolución 09789-4-2017 del Tribunal Fiscal, en lo concerniente a la prescripción en materia tributaria vinculadas a acciones de fiscalización, sanción y cobro en el marco de los procedimientos administrativos tributarios.

- En referencia a la inconstitucionalidad de la norma impugnada por razones de fondo, la parte demandada señala la necesidad de diferenciar el inicio del plazo de prescripción de la acción para determinar una deuda o multa y el plazo para exigir su cobro. Agrega que la Resolución 09789-4-2017 emitida por el Tribunal Fiscal interpreta de forma equivocada el inicio de los plazos de prescripción respecto a las acciones que corresponde desplegar a la Administración Tributaria.
- Señala que, de acuerdo con el Informe 280-2018-EF/61.01 emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), "es claro que la Administración Tributaria recién puede ejercer la acción de cobro de una deuda previamente determinada como resultado de la fiscalización cuando esta conste en una resolución de determinación o de multa emitida y notificada al deudor tributario, sostener lo contrario implicaría un imposible jurídico pues no se puede exigir el pago de una deuda tributaria que no ha sido determinada".
- Así, sostiene el demandado que el ejercicio de la acción de cobro de una deuda previamente determinada deviene del resultado de fiscalización sea por medio de una resolución de determinación o de la multa emitida y notificada al deudor tributario. Por lo que las resoluciones de determinación, sanción y cobro de deuda o multa previstas en los artículos 43, 44, 45, respectivamente, del Código Tributario son independientes en el inicio de cómputo de plazo de prescripción.
- Sostiene que, incluso si se considera que el numeral 7 del artículo 44 del Código Tributario introdujo una nueva regla, esta debe aplicarse de manera inmediata a todas las situaciones jurídicas existentes, incluyendo todos aquellos casos en los que estaba pendiente la notificación de la resolución de deuda o multa. Por esta razón, la norma cuestionada no tiene por objeto establecer efectos retroactivos del Decreto Legislativo 1113 sino dejar sin efecto un pronunciamiento del Tribunal Fiscal que pretendió inaplicar dicho decreto.
- Asimismo, señala que el Decreto Legislativo 1113 y el Decreto Legislativo 1421 están sujetos a la teoría de los hechos cumplidos conforme al artículo 103 de la Constitución. De esta forma, el numeral 7 del artículo 44 del Código Tributario no colisiona con la presunción de no retroactividad, más si busca dejar sin efecto el pronunciamiento del Tribunal Fiscal que afecta la potestad tributaria del Estado. En consecuencia, sostiene que se mantiene la predictibilidad en la aplicación del Derecho ante los administrados contribuyentes y no se afecta la seguridad jurídica.
- Finalmente, el demandado refiere que la norma cuestionada no trasgrede el principio de seguridad jurídica, pues no pretende aplicar de forma retroactiva el Decreto Legislativo 1113, ampliar el plazo de prescripción o reactivar plazos ya vencidos, por lo que no se afecta la predictibilidad de la aplicación del derecho a las conductas o acciones de los administrados contribuyentes.

C. INFORMES JURÍDICOS APORTADOS POR LAS PARTES

C-1. INFORMES JURÍDICOS PRESENTADOS POR LA PARTE DEMANDANTE

C-1.1. Informe de César Landa Arroyo

Mediante su escrito de fecha 3 de diciembre de 2019 la parte demandante adjunta el informe jurídico elaborado por César Landa Arroyo cuyos principales argumentos se resumen a continuación:

- En el citado informe se sostiene que la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421, que entró en vigor en el año 2018, regula la aplicación en el tiempo de la prescripción respecto de casos en los que el cómputo ya se había iniciado conforme a la legislación vigente en el año 2012, de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 7 del artículo 44 del Código Tributario, incorporado mediante el Decreto Legislativo 1113.
- En ese sentido, resulta evidente que la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421 estaría disponiendo la aplicación retroactiva del Decreto Legislativo 1113, con lo cual se estaría lesionando el contenido esencial de la prohibición de aplicación retroactiva de las normas, según lo establecido en el artículo 103 de la Constitución.
- Refiere que a partir de lo señalado es posible seguir dos líneas de argumentación: una formal y otro material.
- Desde una perspectiva formal, el Decreto Legislativo 1421 no podría calificarse como una ley interpretativa del numeral 7 del artículo 44 del Código Tributario incorporado por el Decreto Legislativo 1113, pues no reúne las condiciones para ser constitucionalmente válida según lo establecido en el fundamento 23 de la sentencia recaída en el Expediente 0002-2006-PI/TC.
- Desde una perspectiva material, la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421 estaría modificando una situación surgida antes de la entrada en vigor del Decreto Legislativo 1113, que podría haber agotado sus efectos, por lo que tendría efectos retroactivos que se encuentran constitucionalmente prohibidos.
- En el caso del Decreto Legislativo 1421 se debe tener el mismo criterio utilizado por el Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre la Disposición Transitoria Única de la Ley 28647 en el Expediente 0002-2006-PI/TC, en donde se concluyó que dicha disposición constituía una norma inconstitucional.
- Sostiene que a pesar de la amplitud del concepto "marco normativo", no son admisibles las delegaciones generales, indefinidas o imprecisas; por lo que, dado que expresamente se ha concedido delegación para modificar el Código Tributario, no considera válida una interpretación amplia del literal h del numeral 1 del artículo 2 de la Ley

30823, puesto que el referido concepto resulta contrario a la especificidad que debe caracterizar a la materia delegada.

C-1.2. Informe de José Palomino Manchego

Mediante su escrito de fecha 3 de diciembre de 2019 la parte demandante adjunta el informe jurídico elaborado por José Palomino Manchego cuyos principales argumentos se resumen a continuación:

- En el informe de referencia se afirma que el Decreto Legislativo 1421 es totalmente inconstitucional por cuanto ha excedido el ámbito de las facultades para legislar en materia tributaria y financiera otorgadas mediante ley autoritativa, Ley 30823.
- Señala que si bien el artículo 104 de la Constitución regula la posibilidad de que el Congreso delegue la facultad de legislar al Poder Ejecutivo, se deberá respetar el límite material.
- Se deriva de ello que los decretos legislativos que se emitan deberán desarrollar únicamente las materias identificadas en la ley autoritativa correspondiente, las cuales, además, deben ser interpretadas de manera restrictiva.
- Afirma que la delegación de la facultad para legislar es una excepción a la labor legislativa del Congreso de la República, por lo que deberá ser interpretada restrictivamente, debiendo referirse únicamente a las materias específicamente referidas por la ley autoritativa.

C-1.3. Informe de Víctor García Toma

Mediante su escrito de fecha 3 de diciembre de 2019 la parte demandante adjunta el informe jurídico elaborado por Víctor García Toma cuyos principales argumentos se resumen a continuación:

- En el informe de referencia se afirma que en aplicación del principio de irretroactividad de las normas jurídicas, toda norma deberá aplicarse a eventos o sucesos que acontezcan de manera posterior a su entrada en vigor, y no a sucesos acontecidos *ex ante*. En ese sentido, la aplicación de determinada ley se realizará a todas aquellas situaciones existentes al momento de su entrada en vigor.
- Precisa que esta proscripción de la retroactividad tiene su excepción en la aplicación retroactiva de la ley penal cuando esta resulta favorable al procesado, contemplada en el artículo 103 de la Constitución.
- Sobre la base de lo expuesto, considera que la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421 conlleva una aplicación de normas jurídicas a situaciones producidas con anterioridad a su entrada en vigor y, por ende, resulta manifiestamente inconstitucional por contravenir lo establecido en el artículo 103 de la Constitución.

- El Título Preliminar del Código Tributario adopta la regla de vigencia inmediata y por lo tanto prescribe que la ley se aplicará a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas que se estén produciendo al tiempo en que la nueva ley entra en vigor. En consecuencia, no resulta conforme con la Constitución la aplicación retroactiva de la disposición cuestionada.
- De otra parte, sostiene que la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421 contraviene el principio constitucional de jerarquía normativa, toda vez que excede el objeto de la delegación de facultades.
- La disposición normativa regula el inicio del cómputo de los plazos de prescripción para exigir el pago de una deuda tributaria; no obstante, dicha materia no se encuentra incluida en la Ley Autoritativa. Por consiguiente, la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421 también resulta inconstitucional por la forma.

C-2. INFORMES JURÍDICOS PRESENTADOS POR LA PARTE DEMANDADA

C-2.1. Informe de Francisco Eguiguren Praeli

Mediante su escrito de fecha 28 de noviembre de 2019 el procurador público especializado en Materia Constitucional del Poder Ejecutivo adjunta el informe jurídico elaborado por Francisco Eguiguren Praeli cuyos principales argumentos se resumen a continuación:

- En el informe de referencia se afirma que la Constitución vigente recoge, en su artículo 103, la doctrina de "los hechos cumplidos" como principio general que rige en nuestro ordenamiento jurídico respecto a la vigencia de las leyes y la aplicación de las normas en el tiempo.
- Respecto al momento de entrada en vigor de la norma, la Constitución, en su artículo 109, consagra como regla la aplicación obligatoria de la ley desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo que la propia ley disponga una fecha posterior para su entrada en vigor. De ello resulta que el principio de publicidad sea uno de los requisitos fundamentales para la vigencia de la norma, toda vez que busca garantizar la seguridad jurídica y excluir la arbitrariedad.
- En materia tributaria, también rige este principio de publicidad en tanto que la Norma X del Título Preliminar del TUO del Código Tributario establece que las leyes tributarias rigen desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria de la ley que posterga su vigencia en todo o en parte.
- Añade que la prescripción es una institución jurídica que modula los efectos de la inactividad de quien, siendo titular de un derecho o de una facultad, no ejerce la acción para exigirlos durante el lapso predeterminado por la ley, lo que conlleva la pérdida de la posibilidad de accionar su ejercicio.

- En el informe se sostiene que el inicio del plazo para que opere la prescripción se comienza a computar desde que se puede ejercitar la acción, es decir, desde que ambas partes tienen conocimiento de un obligación concreta y determinada, susceptible de ser exigida por el acreedor, pero que, ante la inacción de este, el sistema jurídico lo sanciona extinguiéndole la posibilidad de que pueda ver satisfecha dicha obligación.
- Respecto de la presunta inconstitucionalidad por la forma, sostiene que la ley delega facultades para contar con procedimientos tributarios más eficientes, y el Decreto Legislativo permite contar con reglas más claras respecto de los procedimientos en los cuales se solicita la declaratoria de la prescripción de una deuda tributaria, acelerando los tiempos de duración de tales procedimientos y tornándolos en eficientes. De esta forma, también se optimiza y fortalece la gestión del Tribunal Fiscal y de la Sunat tal como lo dispuso la Ley 30823.
- En relación con el fondo del asunto, se sostiene que la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421 buscó corregir la errada interpretación adoptada por la Resolución del Tribunal Fiscal 09789-4-2017, como precedente de observancia obligatoria, procediendo a precisar la adecuada interpretación y aplicación que correspondía dar a la norma contenida en el Decreto Legislativo 1113, en cumplimiento del principio de la aplicación inmediata de las leyes, previsto en los artículos 103 y 109 de la Constitución.
- Concretamente, lo que dicha disposición hace es aplicar el numeral 7, incorporado al artículo 44 del Código Tributario por el Decreto Legislativo 1113, al cómputo del plazo de prescripción para el cobro de deudas tributarias sobre obligaciones aún no prescritas, cuando el cómputo del plazo prescriptorio para la determinación se había iniciado hasta el 1 de enero de 2012, pero donde la resolución de determinación es notificada al contribuyente recién a partir del 28 de septiembre de 2012, fecha de entrada en vigor del referido Decreto Legislativo 1113.
- En el informe se sostiene que en caso de que se declarara fundada la demanda este Tribunal deberá determinar los efectos que dicha sentencia tendrá en el tiempo. Es decir, tendrá que precisar necesariamente si le otorga efectos retroactivos a su decisión, o si esta será aplicable a partir de su publicación lo que supone que se aplique solo a situaciones jurídicas que se produzcan desde ese momento.
- Concluye que la disposición impugnada resulta conforme con la Constitución, toda vez que da cumplimiento al mandato contenido en los artículos 103 y 109 de la Constitución, sobre la aplicación inmediata de la nueva ley a hechos y relaciones jurídicas que se producirán luego de su entrada en vigor.
- El informe concluye que resulta poco probable que el Tribunal Constitucional pudiera declarar inconstitucional la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421. No obstante, tal eventualidad podría presentarse al considerar

que la ley autoritativa no confirió delegación expresa para legislar en materia de prescripción y del cómputo del plazo para que la administración pueda exigir el pago de las deudas tributarias, pero, en todo caso, la sentencia debería adoptar la regla general de no otorgarle a dicha decisión efectos retroactivos.

C-2.2. Informe de Marcial Rubio Correa

Mediante su escrito de fecha 9 de enero de 2020 el procurador público especializado en Materia Constitucional del Poder Ejecutivo adjunta el informe jurídico elaborado por Marcial Rubio Correa cuyos principales argumentos se resumen a continuación:

- En el informe de referencia se afirma que el Decreto Legislativo 1113, entre sus diversas modificaciones al Código Tributario, introdujo el inciso 7 en el artículo 44 y esta resultó la modificación más importante por cuanto refleja la manera en que tanto la Sunat como el Tribunal Fiscal vinieron interpretando la estructura del derecho tributario en esta materia.
- Se sostiene que la Administración Tributaria solo puede fiscalizar y determinar la deuda tributaria luego que el contribuyente presentó su declaración o, cuando debiendo haberla presentado, no lo hizo.
- Adicionalmente, cita el artículo 115 mediante el cual se dispone que una vez notificadas las resoluciones de determinación o de multa, la deuda exigible dará lugar a las acciones de coerción para su cobranza. Afirma que, de conformidad con la teoría universal de la prescripción, el término inicial de la acción de cobranza solo puede comenzar con la acción de cobro disponible, es decir, en el momento en que se notifica la respectiva resolución de determinación o de multa y no antes.
- Ello debido a que hasta antes de ese momento no se conoce la existencia de una deuda ni su monto. Añade que si no es posible ejercitar la acción no puede haberse iniciado la prescripción porque este instituto jurídico es consecuencia de la inacción del acreedor para cobrar su crédito.
- Por otro lado, se manifiesta que la afirmación que realiza la parte demandante es errada al sostener que la prescripción de la acción de fiscalización y determinación, la de la acción de imposición de multa y la de la acción para cobrar ambas, empiezan simultáneamente por mandato del artículo 44 del Código Tributario, toda vez que de ser cierta, la Administración al dictar la resolución de determinación a los tres años y once meses desde que puede hacerlo, la acción de cobro solo podría efectuarse en 30 días.
- Sostiene que si esto fuese así el Código Tributario resultaría completamente inoficioso, dado que en la práctica no se podría cobrar la deuda determinada por la Sunat. En ese sentido, la interpretación que trae el Decreto Legislativo 1113 sobre la estructura sistemática del código tributario es la más racional, además de haber sido la que imperó durante los primeros 16 años de este siglo.

- Sostiene que en la demanda de inconstitucionalidad se citan diversos fundamentos de la Sentencia 0002-2006-PI/TC, pero ignora el fundamento 16 que es la *ratio decidendi* y mediante el cual el Tribunal sostuvo que una nueva norma no solo se aplica a las consecuencias de las relaciones o situaciones jurídicas futuras, sino también a las consecuencias de las relaciones o situaciones jurídicas nacidas al amparo de la norma anterior, pero que aún se encuentran en proceso de desarrollo al entrar en vigor la nueva norma.
- Finalmente, alega que la demanda no solo contradice lo establecido en el fundamento 16 de la Sentencia 0002-2006-AI/TC, sino que además pretende resucitar la teoría de los derechos adquiridos al sostener que el Decreto Legislativo 1113 solo puede regular los inicios del cómputo de prescripción que ocurrieran a partir de su entrada en vigor, esto es, desde el 28 de septiembre de 2012.
- Sostiene que lo que concretamente indica el demandante es que el término inicial del plazo de prescripción es un derecho adquirido que ya no puede modificarse, y esta afirmación resulta completamente falsa; primero porque en la prescripción hay interrupción como suspensión y, segundo, porque la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, tal como el Tribunal Constitucional ha desarrollado en el fundamento 16 de la citada sentencia.
- Por último, advierte que la aplicación del principio de los derechos adquiridos es contraria a la Constitución de manera literal y a la jurisprudencia constitucional peruana.

II. FUNDAMENTOS

§1. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD POR LA FORMA DEL DECRETO LEGISLATIVO 1421

1. El artículo 104 de la Constitución contempla la legislación ejecutiva mediante decretos legislativos, los cuales son fuentes de derecho que el Ejecutivo expide en ejercicio de una competencia que le es propia, dentro de las materias y en el plazo que establezca la ley autoritativa o de habilitación.
2. Así, la expedición de un decreto legislativo es consecuencia del ejercicio de dos tipos de competencias que corresponden, a su vez, a dos poderes del Estado. Por un lado, el Congreso, quien siendo titular de la política legislativa del Estado se le ha investido de la competencia constitucional, de ejercicio discrecional, para delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de regular, mediante decretos legislativos, algunos temas que se encuentran dentro de su ámbito de competencia. Y, por otro lado, el Poder Ejecutivo, al cual se le ha investido de la competencia normativa de dictar decretos legislativos, con rango de ley, siempre que medie la correspondiente autorización del Parlamento para expedirlos.
3. Tal como ocurre en la mayoría de los actuales sistemas constitucionales, en nuestro ordenamiento jurídico, si bien el titular originario de la función legislativa es el Congreso (artículo 102, inciso 1), tal facultad también puede ser desarrollada excepcionalmente por el Poder Ejecutivo, vía una delegación explícita y específica de facultades,

sin que el Legislativo abdique de su función, expresamente encomendada por la propia Constitución.

4. Empero, debe precisarse que los decretos legislativos solo deben desarrollar las materias especificadas en la ley autoritativa correspondiente, las cuales, además, deben ser *interpretadas de manera restrictiva*, más aún cuando se trata de instituciones importantes como, por ejemplo, la referida a la prescripción vinculada al sistema constitucional tributario.

5. Las delegaciones genéricas o imprecisas volverían virtualmente inútil el propio sentido o utilidad de la ley autoritativa que, precisamente, existe para definir qué es lo que se delega y qué es lo que se deja fuera del ámbito de la delegación. De lo contrario, bastaría apelar a los membretes o materias genéricas para que todo tipo de regulación por parte del Poder Ejecutivo sea posible.

6. En el presente caso, no se observa que la Ley Autoritativa N° 30823 haya establecido una específica delegación de facultades al Poder Ejecutivo para modificar las normas relativas a la aplicación temporal en el cobro de los tributos, por lo que este Tribunal considera que el Decreto Legislativo 1421 resulta ser inconstitucional por la forma, pues ha excedido el ámbito de las facultades para legislar en materia tributaria y financiera otorgadas mediante la precitada Ley N° 30823.

7. Para mayor ilustración, corresponde señalar que tal ley autoritativa, en materia tributaria y financiera, delegó expresamente las siguientes facultades:

> **"Artículo 2. Materias de la delegación de facultades legislativas**
>
> En el marco de la delegación de facultades a la que se refiere el artículo 1 de la presente ley, el Poder Ejecutivo está facultado para legislar sobre las siguientes materias:
>
> 1) En materia tributaria y financiera, a fin de:
>
> a) Modificar la Ley del Impuesto a la Renta respecto a los criterios de domicilio de las personas jurídicas; las rentas presuntas y las tasas para los servicios que hayan sido prestados parte en el país y parte en el extranjero; normas sobre precios de transferencia; venta indirecta de acciones; tratamiento de establecimientos permanentes; criterios para determinar cuándo una entidad constituida en el exterior va a ser contribuyente del impuesto a la renta; deducción de gastos empresariales a fin de que estos no se utilicen indebidamente para generar escudos fiscales o financiar gastos personales, pudiendo efectuar modificaciones sobre normas sectoriales; incorporar cláusulas antielusivas específicas; establecer una tasa especial para dividendos en el marco de contratos de estabilidad jurídica para mantener la carga combinada del 33%; las retenciones y pagos a cuenta del impuesto por rentas de segunda y cuarta categoría; regular el tipo de cambio aplicable a operaciones realizadas por personas naturales y sujetos no domiciliados; obligación de pagar el monto

equivalente a la retención en operaciones con sujetos no domiciliados; incorporar una definición de "devengo"; y la determinación del impuesto a la renta de personas naturales, incluyendo renta bruta, renta neta y deducciones, las cuales deberán ser sustentadas con comprobantes de pago, con la finalidad de otorgar seguridad jurídica, reducir la evasión y elusión tributaria, ampliar la base tributaria, simplificar el sistema tributario, mejorar la progresividad del sistema tributario, eliminar posibilidades de arbitraje y fomentar el uso de comprobantes de pago.

Las presentes medidas no implican el incremento de la tasa del impuesto a la renta empresarial de los contribuyentes domiciliados en el Perú; tampoco implica la modificación de la tasa máxima y el tramo inafecto del impuesto a la renta que grava las rentas de trabajo de los contribuyentes domiciliados, ni la modificación sobre el tratamiento tributario de las micro y pequeñas empresas (MYPE).

b) Modificar la legislación en materia tributaria y financiera a fin de promover la inversión, establecer mejoras sobre el tratamiento tributario aplicable al Fideicomiso de Titulización para Inversión en Renta de Bienes Raíces (FIBRA) y al Fondo de Inversión en Renta de Bienes Inmuebles (FIRBI), y establecer mejoras sobre la transferencia de facturas negociables.

c) Crear un producto previsional no obligatorio, inafecto del impuesto a la renta de las personas naturales y de la contribución al Seguro Social de Salud (EsSalud) para los afiliados que retiraron los fondos de sus cuentas individuales de capitalización en el marco de la Ley 30425, sin que ello implique modificar las normas que permiten el retiro de hasta el 95,5% de los fondos de las cuentas individuales de capitalización de los afiliados al Sistema Privado de Pensiones; ni la Ley 30478, Ley que modifica el artículo 40 y la vigésimo cuarta disposición final y transitoria del TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

d) Modificar el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, aprobado mediante el Decreto Supremo 055-99-EF, a fin de actualizar la normatividad vigente y cubrir vacíos o falta de claridad en la norma que impiden su correcta aplicación en lo que respecta a la determinación y ámbito de aplicación del impuesto; e incorporar sus alcances para los juegos de casino, máquinas de tragamonedas y apuestas on-line en el ámbito de aplicación del impuesto selectivo al consumo (ISC), tomando en cuenta los parámetros de constitucionalidad establecidos por el Tribunal Constitucional; sin que ello implique la modificación de la tasa del impuesto general a las ventas o del impuesto de promoción municipal.

e) Modificar el Sistema de Pago de Obligaciones Tributarias con el Gobierno Central (SPOT) como mecanismo de control tributario a fin de evitar el uso

indebido del fondo de detracciones y optimizar la operatividad del Sistema. No podrá legislarse sobre el régimen de infracciones y sanciones.

f) Modificar y uniformizar la legislación nacional a fin de promover y regular el uso generalizado de comprobantes de pago electrónicos y simplificar las obligaciones de los contribuyentes, incluyendo aquella relacionada con certificados digitales; adecuar la normativa a los sistemas electrónicos empleados por los contribuyentes para la emisión de comprobantes de pago y llevado de libros o registros; y establecer la aplicación del Código Tributario a infracciones, sanciones y procedimientos de cobranza a los operadores de servicios electrónicos.

   Se podrá modificar el régimen de infracciones y sanciones vinculado a comprobantes de pago, libros y registros físicos y electrónicos.

g) Modificar el Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado mediante el Decreto Supremo 133-2013-EF, a fin de brindar mayores garantías a los contribuyentes en la aplicación de la Norma XVI del Título Preliminar, estableciendo la configuración de infracciones y sanciones vinculadas con dicha disposición; establecer parámetros para su no aplicación a las micro y pequeñas empresas (MYPE); y ampliar los supuestos de responsabilidad solidaria de los representantes legales por aplicación de la cláusula antielusiva general, garantizando el derecho al debido proceso de los contribuyentes. Además, establecer modificaciones a fin de contar con procedimientos tributarios más eficientes, así como medidas para asegurar el cobro de la deuda tributaria relativas a las reglas sobre medidas cautelares.

h) Establecer los mecanismos que permitan al Tribunal Fiscal y a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT) fortalecer y optimizar su gestión, así como el marco normativo que coadyuven a garantizar el adecuado cumplimiento de sus funciones y brindar un mejor servicio. Queda prohibido derogar, sustituir o modificar la Ley de Presupuesto y la Ley de la Cuenta General de la República; así como regular materias reservadas a la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, al Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado mediante el Decreto Supremo 017-93-JUS, o que afecten su autonomía.

i) Simplificar la regulación y demás aspectos referentes a la cobertura y acceso a los regímenes especiales de devolución del impuesto general a las ventas (IGV) orientados a promover y agilizar la inversión en el país, a fin de brindar mayor celeridad y eficiencia para su acogimiento; sin que ello implique la creación de nuevos regímenes especiales de devolución.

j) Modificar el Decreto Legislativo 813, Decreto Legislativo que aprueba la Ley Penal Tributaria, y la Ley 28008, Ley de los Delitos Aduaneros, a fin de optimizar los procesos judiciales, adecuándolas a la nueva normativa procesal e incorporando figuras punitivas que eviten o reduzcan el pago de tributos.

k) Adecuar la legislación nacional a los estándares y recomendaciones internacionales emitidas por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y las mejores prácticas internacionales para la lucha contra la elusión y evasión fiscal, el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo; garantizar la asistencia administrativa mutua con fines fiscales, como la adopción de estándares de acceso, disponibilidad e intercambio de información del beneficiario final de las personas jurídicas y entes jurídicos, previendo que los profesionales del derecho y de las ciencias contables y financieras deban proporcionar dicha información a la autoridad competente cuando accedan a ella en una condición o situación distinta al ejercicio profesional, respetándose los derechos y principios previstos en la Constitución Política del Perú; evitar la doble imposición internacional; y modificar el tratamiento del secreto bancario para fines internos sobre la información financiera contenida en el artículo 143-A de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, sin contravenir lo previsto en el último párrafo de dicho artículo, estableciendo montos mínimos, garantizando estándares internacionales de seguridad informática, y respetando los derechos y principios previstos en la Constitución Política del Perú. Asimismo, implementar mecanismos de transparencia sobre los beneficiarios finales y regular la extinción de sociedades inactivas, para prevenir y combatir el fraude tributario y los delitos económicos. (…)"

8. Lo que esta última norma únicamente ha señalado y de manera genérica, es que se pueden modificar las normas tributarias con el objetivo de hacer más eficientes los procedimientos tributarios (artículo 2, inciso 1, parágrafo g). Sin embargo, esto, como se ha explicado, no puede ser interpretado extensivamente. Vale decir, como una habilitación para regular todo tipo de contenidos y mucho menos aquellos que incidan sobre derechos y garantías reconocidos en el contribuyente.

9. En el ejercicio de esta competencia para delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de normar en determinadas materias, que se supone debe ser excepcional, no son admisibles las delegaciones generales, indefinidas o imprecisas. Tampoco es admisible que en base a ellas se desprendan materias que originariamente no se contemplaron, bajo riesgo de sobrepasar los límites materiales otorgados. Y esto es lo que ha ocurrido en el presente caso con el decreto legislativo materia del mismo, pues en ninguna parte la ley autoritativa se dota de facultades al Ejecutivo para legislar sobre la prescripción tributaria. En consecuencia, debe ampararse la demanda en cuanto se invoca la infracción formal de la Constitución.

10. Cabe señalar que la especificación estricta de la delegación de facultades respecto a asuntos de importancia constitucional como lo es la prescripción tributaria, no es ajeno a tal cumplimiento. Basta observar la Ley 29884, que en su oportunidad

delegó facultades al Poder Ejecutivo y expresamente en el literal c[1], de su artículo segundo, estableció como materia delegada a la prescripción regulada por el Código Tributario. En dicha ocasión, el Poder Ejecutivo emitió el Decreto Legislativo 1113, que incorporó en el inciso 7, al artículo 44, del Decreto Supremo 135-99-EF (TUO del Código Tributario) un supuesto adicional sobre el cómputo de la prescripción tributaria.

11. Por lo demás, es importante resaltar que en nuestro país existe en los últimos años una acentuada tendencia a conferirle al Poder Ejecutivo todo tipo de facultades en materia tributaria, lo que podría llevarnos a un peligroso camino de renuncia o abdicación a potestades esenciales que el Congreso debería asumir de acuerdo con la Constitución y también de afectación de los derechos fundamentales del administrado, sobre todo si tenemos en cuenta que es el Ejecutivo, a través de los órganos competentes, el que se encarga del cobro de los tributos.

12. Sobre el particular, la reserva de ley en materia tributaria debe ser entendida en el sentido que, en la aprobación de cuestiones relativas a tributos, participe el pueblo a través de sus representantes en el Congreso, los que deberán debatir y formarse una convicción respecto del proyecto, como corresponde. Ello no ocurre si se delegan facultades para regular la materia tributaria al Poder del Estado que finalmente cobrará el tributo.

13. Una cosa es que por excepción el Congreso pueda delegar facultades en materia tributaria, y otra diferente, que lo excepcional se termine convirtiendo en una regla como parece suceder en nuestro medio. Por ello, este Tribunal Constitucional invoca a los poderes del Estado para que facultades en materia tributaria se soliciten y se otorguen de modo excepcional, cumpliendo estrictamente el diseño constitucional tributario establecido por voluntad del legislador constituyente que confiere al Congreso la competencia tributaria bajo el principio de reserva de ley, como garantía de participación del pueblo, a través de sus representantes, en la creación, aprobación, modificación, exoneración o derogación de tributos.

§2. APLICACIÓN DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS EN EL TIEMPO

14. El tema de la aplicación de las normas jurídicas en el tiempo es un asunto que ha sido abordado expresamente por el legislador constituyente. Al respecto, el artículo 109 de la Constitución establece que:

---

1 Artículo 2 de la Ley 29884, Delegación de facultades. En el marco de la delegación, el Poder Ejecutivo está facultado para:

(...)

a) Facultades referidas a los procedimientos de fiscalización y cobranza de la deuda tributaria, con la observancia de los derechos del contribuyente; así como, **el perfeccionamiento de las reglas del domicilio, prescripción**, presentación de declaraciones y de la revocación, modificación o sustitución de los actos administrativos. (las negritas son nuestras).

> La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

15. Esta regla se complementa con la incorporada en el artículo 103 de la Constitución. Dicha disposición establecía originalmente que:

> Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo.

16. De lo expuesto, surge que, en principio, las normas rigen a partir del momento de su entrada en vigor y carecen de efectos retroactivos. Si bien esta regla resultaba bastante clara, es innegable que al momento de su aplicación se generaban ciertos conflictos; por ejemplo, cuando una nueva norma entra a regular una relación o situación jurídica que no se ha agotado pero que comenzó a desarrollarse conforme a pautas distintas antes de que entre en vigencia.

17. Es decir, se presentaba una situación en la que se debía determinar si la relación o situación jurídica se regía por la norma vigente cuando comenzó a desarrollarse o si, por el contrario, debe aplicarse aquella norma que acaba de entrar en vigencia y modifica el *statu quo*. A fin de resolver este problema se habían desarrollado dos posibles soluciones radicalmente diferentes a partir de lo que se denominara como teoría de los hechos cumplidos o, en sentido contrario, teoría de los derechos adquiridos.

18. A fin de resolver esta controversia latente se aprobó la Ley de Reforma de la Constitución 28389 y, a partir de ese momento, el artículo 103 de la norma fundamental pasó a establecer que:

> (...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos: salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo.

19. El constituyente al introducir esta regla opta por la teoría de los hechos cumplidos fijando el deber de aplicar las normas a todos los supuestos que no se hubiesen concluido con la norma anterior salvo en materia penal cuando favorece al reo.

20. Como se puede apreciar, la norma que se incorpora al sistema no incide sobre las relaciones o situaciones jurídicas propiamente dichas sino respecto de las consecuencias que al momento de su entrada en vigencia se están produciendo y excluye expresamente aquellas que se agotaron en el pasado.

21. La prohibición de la aplicación retroactiva explicitada en el artículo 103 glosado supone un límite claro que impide extender los efectos del nuevo régimen a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas que se hubiesen agotado antes de la entrada en vigor de la nueva norma.

22. En relación con lo anterior, este Tribunal ha dicho que "(...) nuestro ordenamiento adopta la teoría de los hechos cumplidos (excepto en materia penal cuando favorece al

reo), de modo que la norma se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes" (Sentencia 0606-2004-AAlTC, fundamento 2).

23. En conclusión, existen dos ámbitos en los que no se aplica la norma que se incorpora al ordenamiento:

    1. El de las consecuencias de las relaciones o situaciones jurídicas extinguidas al amparo de la norma anterior; y,

    2. El de los casos en que la norma penal anterior resulte más favorable para el reo.

24. Lo expuesto *supra* aplica al ámbito de la vigencia de las normas tributarias, incluyendo la retroactividad benigna en los procesos sancionadores, pero a estas se ha añadido una previsión especial por cuanto el artículo 74 establece que "no surten efecto" cuando hayan sido aprobadas en infracción de los principios que dicha disposición desarrolla. Esta particularidad ha permitido que este Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de determinadas normas tributarias con efecto retroactivo (vgr. Sentencia 0033-2004-AI/TC).

25. Concordante con el marco constitucional indicado, el artículo X del Título Preliminar del Código Tributario establece que:

    > Las leyes tributarias rigen desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

26. Visto lo expuesto y considerando lo decidido por este Tribunal Constitucional en casos anteriores, para aplicar una norma tributaria en el tiempo debe considerarse la teoría de los hechos cumplidos y, consecuentemente, el principio de aplicación inmediata de las normas a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas que no se hayan agotado (0002-2006-AI/TC, fundamento jurídico 12).

§3. SOBRE LA PRESCRIPCIÓN TRIBUTARIA Y EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

27. El primer párrafo del artículo 74 de nuestro Texto Constitucional establece el principio de legalidad tributaria con relación a la creación de los tributos. Así, dispone lo siguiente:

    > Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo.

28. El instituto de la prescripción en materia tributaria permite liberar al deudor de la obligación tributaria (deuda tributaria y no tributaria), como consecuencia del cumplimiento del plazo establecido por mandato legal para que la Administración requiera su cobro. En dicho sentido, se aprecia que la prescripción es una forma de extinción de la potestad tributaria acorde con el principio de legalidad antes mencionado.

29. Es importante enfatizar que, en nuestro modelo constitucional, el régimen tributario se encuentra a cargo de la Administración Tributaria, que, a su vez, es la responsable de requerir oportunamente el cumplimiento de la deuda (recaudación tributaria), dentro del periodo legalmente establecido para su ejecución, observando cada uno de los principios y derechos que la Constitución establece.

30. Nuestro ordenamiento legal define a la prescripción tributaria en el párrafo final del artículo 27 del Código Tributario, Decreto Legislativo 816, en los siguientes términos: "La prescripción extingue la acción de la Administración para determinar la deuda tributaria, así como la acción para exigir su pago y aplicar sanciones".

    Siendo ello así, es claro que la prescripción extingue la potestad tributaria del Estado tanto para la determinación de la deuda como para su cobro.

31. Ahora bien, es importante señalar que el artículo 43 del mencionado Código Tributario establece cuales son los plazos de prescripción de la deuda tributaria –4, 6 o 10 años dependiendo del supuesto aplicable–, mientras que el artículo 44 establece los términos para el inicio de su contabilización y el artículo 45 las formas de interrupción de la prescripción.

32. Si bien es cierto que las mencionadas características son reglas generales, estas permiten conocer con precisión el inicio de la contabilización del plazo que tiene la administración pública para que, en ejercicio de su potestad tributaria, reclame al contribuyente la deuda generada por la obligación del pago de impuestos.

33. En este sentido, las características legales atribuidas por el legislador a la prescripción tributaria, permiten identificar en ella una herramienta jurídica razonable para el cobro de la deuda (tributaria y no tributaria) a favor de la recaudación fiscal, quedando incluso garantizado este si se presentan los supuestos legales de interrupción de su plazo. Sin embargo, tal regulación también se identifica como una garantía a favor del contribuyente, pues le permite, por mandato legal –cumpliendo los requisitos que la ley establece–, liberarse de dicha deuda al cumplirse el plazo establecido, castigando así la inactividad de la administración pública con la extinción de su potestad tributaria (capacidad estatal de determinación y cobro de la obligación tributaria).

34. Es importante precisar que la prescripción tributaria es una institución jurídica que modula los efectos de la inactividad de quien, siendo titular de un derecho o de una facultad, no ejerce la acción para exigirlos durante el lapso predeterminado por la ley, lo que conlleva la pérdida de la posibilidad de accionar su ejercicio. Es importante enfatizar que la inactividad de la administración tributaria no puede ser *"ad infinitum"*, tal es así que el Código Tributario regula la prescripción como una forma de extinción de la potestad tributaria.

35. En particular, la prescripción extintiva es una institución jurídica en virtud de la cual quien tenía derecho a exigir determinada prestación pierde esa posibilidad por el mero paso del tiempo. El obligado se libera del deber de cumplimiento cuando quien tiene la posibilidad de exigírsela no actúa diligentemente.

36. Una institución de esta naturaleza persigue una finalidad clara que consiste en evitar que el ejercicio de la potestad de demandar el cumplimiento de un deber quede abierto indefinidamente.

37. Este Tribunal sostuvo que la prescripción extintiva se encuentra relacionada de modo inescindible con el principio de seguridad jurídica. Al respecto sostuvo que:

> "(…) la figura jurídica de la prescripción no supone la denegatoria del derecho en cuestión, sino, en todo caso, la restricción del remedio procesal para exigirlo, lo cual no debe olvidarse, constituye también la defensa de otro bien constitucional en la medida que se protege por esta vía la seguridad jurídica" (Sentencia 4272-2006-AA/TC, fundamento jurídico 5).

38. En el ámbito tributario, el transcurso del plazo legal específicamente establecido en el Código Tributario extingue la acción por parte de la administración tributaria para exigir legítimamente un derecho al deudor del tributo o la multa.

39. Dicho, en otros términos, la prescripción limita temporalmente el alcance de la potestad tributaria de la administración frente a los contribuyentes de modo que el transcurso del plazo legal impide que se requiera coercitivamente el cumplimiento de las obligaciones presuntamente omitidas.

§4. REGLAS SOBRE PRESCRIPCIÓN CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 43 Y 44 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO

40. El artículo 43 del Código Tributario aprobado por el Decreto Legislativo 816, dispone que la acción de la Administración Tributaria para determinar la obligación tributaria, así como la acción para exigir su pago y aplicar sanciones prescribe:

    1. Como regla a los 4 años;
    2. A los 6 años para quienes no hubieren presentado la declaración;
    3. A los 10 años cuando el agente de retención o percepción no ha pagado el tributo retenido o percibido.

41. La disposición mencionada regula el plazo aplicable a tres aspectos distintos:

    1. La determinación;
    2. El cobro de obligaciones; y
    3. La aplicación de sanciones.

42. De otra parte, corresponde advertir que la prescripción de las obligaciones está compuesta por un aspecto objetivo que comprende, a su vez, dos elementos: el lapso o *iter* y el punto de inicio del cómputo. De otra parte, existe también un aspecto subjetivo que está referido a la inacción de quien tiene legitimación para exigir el cumplimiento de la obligación.

43. La disposición contenida en el artículo 43 se refiere única y exclusivamente al lapso que debe transcurrir para que opere la prescripción y, como ya se pusiera de relieve, se refiere tanto a la determinación de la obligación tributaria, como a la acción para exigir el pago y para aplicar sanciones.

44. En el presente caso, interesa el aspecto objetivo del plazo para el cobro de obligaciones tributarias o multas (especialmente en lo relacionado con el inicio del cómputo) que es aquello con lo que se relaciona la disposición impugnada del Decreto Legislativo 1421.

45. El Código Tributario aprobado por el Decreto Legislativo 816, establece en su artículo 44 las reglas para el cómputo del plazo de prescripción:

> "Artículo 44.- El término prescriptorio se computará:
>
> 1. Desde el uno (1) de enero del año siguiente a la fecha en que vence el plazo para la presentación de la declaración anual respectiva.
> 2. Desde el uno (1) de enero siguiente a la fecha en que la obligación sea exigible, respecto de tributos que deban ser determinados por el deudor tributario no comprendidos en el inciso anterior.
> 3. Desde el uno (1) de enero siguiente a la fecha de nacimiento de la obligación tributaria, en los casos de tributos no comprendidos en los incisos anteriores.
> 4. Desde el uno (1) de enero siguiente a la fecha en que se cometió la infracción o, cuando no sea posible establecerla, a la fecha en que la Administración Tributaria detectó la infracción.
> 5. Desde el uno (1) de enero siguiente a la fecha en que se efectuó el pago indebido o en exceso o en que devino en tal, tratándose de la acción a que se refiere el último párrafo del artículo anterior.".

46. El Decreto Legislativo 953, incorporó una regla adicional a las antes señaladas, pero a través de la modificación del Decreto Supremo 135-99-EF, que aprobó el Texto Único Ordenado del Código Tributario. Así, el inciso 6, del artículo 44, del mencionado TUO, dispone lo siguiente:

> "Desde el uno (1) de enero siguiente a la fecha en que nace el crédito por tributos cuya devolución se tiene derecho a solicitar, tratándose de las originadas por conceptos distintos a los pagos en exceso o indebidos".

47. Como se podrá apreciar, estas disposiciones no fijan un plazo diferenciado para la determinación, el cobro o la imposición de sanciones. Naturalmente que solo puede ponerse al cobro lo que se encuentre previamente determinado, pero las normas legales vigentes hasta entonces no fijaban ninguna regla especial sobre el particular.

48. Es a partir de la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo 1113 al Decreto Supremo 135-99-EF (Texto Único Ordenado del Código Tributario) que se diferencia el inicio del cómputo del plazo de prescripción de las acciones orientadas a determinar

la obligación tributaria o imponer sanciones del aplicable al inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción para exigir el pago.

49. El artículo 4 de dicho decreto legislativo introduce el inciso 7 en el artículo 44 del Texto Único Ordenado del Código Tributario disponiendo que el término prescriptorio se computará:

> "Desde el día siguiente de realizada la notificación de las Resoluciones de Determinación o de Multa, tratándose de la acción de la Administración Tributaria para exigir el pago de la deuda contenida en ellas".

50. Dicha disposición no modifica el plazo de prescripción, que se encuentra determinado en el ya citado artículo 43, sino el momento en el que se inicia el cómputo de este.

§5. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD POR EL FONDO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1421

51. La disposición cuestionada mantiene la diferenciación entre el plazo de prescripción para la determinación de la obligación y el aplicable al cobro de la obligación determinada o de la multa, pero modifica el punto de inicio del cómputo de este último en los casos en que esto sucedió antes de la vigencia del Decreto Legislativo 1113.

52. Corresponde comenzar resaltando que el punto de inicio, a diferencia del lapso, ocurre en un momento preciso y no transcurre. Se produce instantáneamente y agota su efecto al poner en marcha el transcurso del plazo.

53. Evidentemente, lo que transcurre en el tiempo es el plazo previsto en el artículo 43, pues el punto de inicio de dicho plazo es uno fijo y determinado que ocurre en un específico momento.

54. El Tribunal Fiscal en la Resolución 09789-4-2017 sostuvo que:

> "(…) una vez que ha ocurrido el inicio y el cuerpo del plazo viene transcurriendo, no es posible que se produzca un "nuevo inicio" referido a este mismo plazo, sino que solamente podría ocurrir que el que ya venía corriendo sea interrumpido".

55. Este criterio condujo a decidir que la modificación en el punto de inicio del cómputo del plazo de prescripción incorporado en el inciso 7 del artículo 44 del Código Tributario por el Decreto Legislativo 1113 solo podía tener efecto desde que este entrara en vigencia sin que resulte aplicable a los casos en los que el plazo se había comenzado a computar.

56. Efectivamente, en dicha resolución se dejó establecido con carácter de precedente de observancia obligatoria que:

> "El inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción de la Administración para exigir el pago de la deuda tributaria contenida en resoluciones de determinación y de multa emitidas por conceptos originados antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1113, notificadas a partir del 28 de setiembre de 2012, se

> rigió por los numerales 1) a 4) del artículo 44 del Código Tributario, según correspondía, por lo que no resulta aplicable el numeral 7) del anotado artículo".

57. Este criterio interpretativo no vincula más que a los órganos de la administración tributaria por cuanto de acuerdo con el artículo 154 del Código Tributario puede ser modificado por vía reglamentaria o por ley.

58. Naturalmente que tampoco puede ser considerado como criterio vinculante para este Tribunal Constitucional que ha sido diseñado por la norma fundamental como "Órgano de control de la Constitución".

59. Corresponde advertir que como señala el Poder Ejecutivo en su contestación de demanda, el Tribunal Fiscal en resoluciones posteriores a la publicación de la norma impugnada en autos no siguió el mismo criterio respecto del cambio del punto de inicio de la prescripción.

60. Efectivamente, en el Expediente 00753-4-2019 dejó sentado que:

> "(…) en aplicación de lo previsto en la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421, al tratarse el presente caso de un procedimiento en trámite y/o pendiente de resolución, para establecer el inicio del cómputo de los plazos de prescripción de la acción para exigir el pago de las mencionadas deudas materia de análisis, cuyos plazos de prescripción de la acción para determinar la obligación tributaria y aplicar sanciones se inició hasta el 1 de enero de 2012, notificadas con posterioridad al 28 de setiembre de 2012 dentro de los plazos de prescripción para determinar la obligación tributaria y aplicar sanciones, resulta de aplicación lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 44 del Código Tributario, por lo que, el cómputo de los plazos de prescripción de la acción para exigir el pago de la deuda contenida en los mencionados valores, se inició el día siguiente de su notificación, esto es, el 7 de noviembre de 2017" (página 6).

61. Esta resolución no tiene carácter de precedente de observancia obligatoria, pero en todo caso revela un criterio interpretativo objetivamente diferente al que usara cuando emitió la Resolución 09789-4-2017. Naturalmente que ni aquella ni esta constituyen un criterio- que resulte vinculante para este órgano de control de la Constitución como ya se advirtiera *supra*.

62. Francisco Eguiguren, en el informe aportado por el Poder Ejecutivo, sostiene que la norma impugnada buscó corregir la errada interpretación adoptada por la resolución del Tribunal Fiscal 09789-4-2017 "procediendo a precisar la adecuada interpretación y aplicación que correspondía dar a la norma contenida en el Decreto Legislativo 1113" (fojas 291 vuelta del expediente).

63. Al respecto, debe comenzarse señalando que solo puede ser considerada como una norma interpretativa aquella que declara o fija el sentido de otra que fue dictada con anterioridad, pero sin modificar su alcance o contenido.

64. Este Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de advertir sobre el riesgo que pueden entrañar las normas presuntamente interpretativas que en realidad fijan nuevas reglas:

> "El problema que se plantea con este tipo de normas es que a veces el Legislador pretende atribuir un efecto interpretativo a normas que, en el fondo, no lo son. Estas aparentes normas interpretativas deberían entrar en vigencia a partir del día siguiente de su publicación, y no desde la entrada en vigencia de la supuesta norma interpretada, ya que en estos casos no existe una unidad normativa esencial entre ambas normas" (Sentencia 0002-2006-PI, fundamento jurídico 22).

65. La Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421 se limita a disponer que el plazo de prescripción "(…) para exigir el cobro de la deuda tributaria contenida en resoluciones de determinación o de multa cuyo plazo de prescripción de la acción para determinar la obligación tributaria o para aplicar sanciones se inició hasta el 1 de enero de 2012, notificadas a partir del 28 de setiembre de 2012 dentro del plazo de prescripción, se computa a partir del día siguiente de la notificación de tales resoluciones conforme con el numeral 7 del artículo 44 del Código Tributario".

66. La disposición cuestionada incide sobre aquellos casos en los que el término prescriptorio para exigir el pago comenzó a contarse conjuntamente con el aplicable a la determinación o imposición de sanciones, es decir, los anteriores a la separación de ambos plazos que, como ya se señalara, ocurrió con la vigencia del Decreto Legislativo 1113.

67. Queda claro que no introduce una regla interpretativa desde el momento que no discrimina entre las normas que podrían desprenderse de la disposición optando por alguna de ellas, sino que se limita a fijar autónomamente un nuevo momento para iniciar el cómputo de la prescripción.

68. Por lo tanto, corresponde descartar la posibilidad de que la regla sometida a control pueda ser considerada como interpretativa en los términos planteados en el informe citado que aportara el Poder Ejecutivo.

69. Este Tribunal Constitucional advierte que la disposición impugnada no modifica el lapso por el que se extiende la prescripción, que efectivamente es el elemento que transcurre, sino que varía el otro elemento objetivo que es el punto de inicio del cómputo que resulta fijo y, por lo tanto, incide en todos aquellos casos en que la prescripción hubiese comenzado a desarrollarse.

70. De esta forma, queda claro que la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421 supone una aplicación retroactiva de un nuevo punto de inicio del cómputo de la prescripción a casos en los que dicho evento ya se había producido y, por lo tanto, se infringe el artículo 103 de la Constitución.

71. No se trata de una forma de reconocer derechos adquiridos, este Tribunal mantiene su uniforme jurisprudencia en torno a la efectividad y vigencia de la teoría de los hechos cumplidos como criterio recogido en el artículo 103 de la Constitución.

72. El *quid* de la cuestión en este caso es que la norma sometida a control resulta aplicable a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas *existentes,* pero afecta a unas que ya agotaron su efecto en el pasado, cuando se puso en marcha el plazo de prescripción.

73. Queda claro entonces que la disposición objeto de control se encuentra reñida con el principio constitucional de irretroactividad de las normas jurídicas al aplicarse a situaciones previamente agotadas.

74. Una interpretación distinta conduciría a la posibilidad de que el Congreso de la República por medio de la ley o el Poder Ejecutivo a través de la legislación delegada vayan modificando en forma periódica y retroactiva el punto de inicio del cómputo del plazo de prescripción y, en consecuencia, las obligaciones tributarias nunca prescribirían, dejando al contribuyente en una relación jurídica que nació asimétrica, en una totalmente arbitraria.

75. Esto no quiere decir que el legislador no pueda introducir en el ordenamiento disposiciones que modifiquen el inicio del cómputo del plazo de prescripción de cualquier tipo de obligación incluidas las tributarias. Por supuesto que puede, siempre que lo haga de conformidad con los parámetros constitucionales, pero dicha norma no podrá surtir efectos retroactivos que supongan un nuevo inicio del cómputo del plazo de prescripción.

76. Efectivamente, el momento de inicio del plazo de prescripción es un hecho que no transcurre, sucede inmediatamente cuando se produce el supuesto previsto por la ley y, por lo tanto, cualquier modificación de este aspecto se aplicará a partir de la entrada en vigor de la nueva norma.

77. Una previsión legal que modifique el momento a partir del cual se computa el plazo de prescripción aplicable a situaciones previamente agotadas supondría una infracción del principio de irretroactividad reconocido por el artículo 103 de la Constitución que se mencionara *supra*.

78. Atendiendo a lo expuesto, corresponde declarar fundada la demanda y, en consecuencia, inconstitucional la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421.

79. Respecto a la aplicación de la presente sentencia en el tiempo, esta surtirá efectos a partir de su publicación, lo que supone que se aplique solo a situaciones jurídicas que se produzcan desde ese momento.

80. Finalmente, y a fin de evitar que en lo sucesivo el legislador derivado se exceda en la emisión de normatividad que tienda a habilitar la potestad tributaria sine die, este Tribunal considera que las reglas para el cómputo del inicio del plazo de prescripción

establecidas en el artículo 44 del Código Tributario (Decreto Legislativo 816) y el inciso 7 del artículo 44 del Decreto Supremo 135-99-EF, incorporado por el Decreto Legislativo 1113, se encuentran circunscritas en cuanto a su interpretación al cumplimiento estricto de los plazos de prescripción establecidos por el artículo 43 del Código Tributario, no debiendo excederse los procesos de fiscalización tributaria y el cobro de la deuda determinada, de dichos plazos.

III. FALLO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda interpuesta por el Colegio de Abogados de La Libertad y, en consecuencia, inconstitucional la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421.

2. **INTERPRETAR** que las reglas para el cómputo del inicio del plazo de prescripción establecidas en el artículo 44 del Código Tributario (Decreto Legislativo 816) y el inciso 7 del artículo 44 del Decreto Supremo 135-99-EF, incorporado por el Decreto Legislativo 1113, se encuentran circunscritas al cumplimiento estricto de los plazos de prescripción regulados por el artículo 43 del Código Tributario, no debiendo excederse de dichos plazos los procesos de fiscalización tributaria y de cobro de la deuda determinada.

S.
BLUME FORTINI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la posición de nuestros colegas magistrados emitimos el presente voto singular, por las consideraciones que exponemos a continuación.

El artículo 104 de la Constitución Política del Perú, en su primer párrafo, señala lo siguiente:

> El 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.

Este Colegiado ha dicho, en la sentencia recaída en el expediente 008-2016-PI/TC (fundamento 6), que en nuestro sistema constitucional el ejercicio de la delegación de facultades legislativas se encuentra sujeto a determinados límites, como son "que la delegación legislativa debe ser concedida mediante ley autoritativa (límites formales), debe contener la indicación específica de la materia que se delega (límites materiales), así como el establecimiento de un plazo determinado (límites temporales)".

Nos queremos centrar aquí en los "límites materiales" de la delegación legislativa, esto es la necesidad de que la ley autoritativa señale la materia específica a legislar por Poder Ejecutivo.

Sobre esos "límites materiales", en este Colegiado hemos dicho, en la sentencia recaída en el expediente 0006-2014-PI/TC (fundamento 13), que la Constitución no impone la obligación de desarrollar o exponer de manera detallada o minuciosa el contenido que se debe incluir en el decreto legislativo, pero sí prohíbe "el uso o empleo de fórmulas manifiestamente generales, indefinidas o imprecisas" (cfr., también, sentencia del expediente 012-2011-PI/TC, fundamento 10.c).

Debemos recordar, además, que este Tribunal ha señalado, en la sentencia 015-2011-PI/TC, que la ley autoritativa es "una norma sobre la producción jurídica del decreto legislativo, es decir, una norma competente para condicionar su validez jurídica […]. Y, en ese sentido, integra el parámetro o canon de control cada vez que se cuestione la constitucionalidad de un decreto legislativo" (fundamento 17).

En el caso de autos, el Decreto Legislativo 1421, cuya Primera Disposición Complementaria Transitoria es materia de la presente demanda de inconstitucionalidad, fue expedido en virtud de la Ley autoritativa 30823, "Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de gestión económica y competitividad, de integridad y lucha contra la corrupción, de prevención y protección de personas en situación de violencia y vulnerabilidad y de modernización de la gestión del Estado".

El inciso 1 del artículo 2 de la mencionada Ley autoritativa 30823, está dedicado a detallar la delegación legislativa en materia tributaria y financiera. En él no encontramos que se haya delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre el cómputo del plazo de prescripción para exigir el cobro de la deuda tributaria, como hace la norma objeto de la demanda de inconstitucionalidad.

El Decreto Legislativo 1421, en su parte considerativa, invoca que está facultado por la citada ley autoritativa a modificar el Código Tributario "a fin de contar con procedimientos tributarios más eficientes" y a "legislar en materia tributaria y financiera a fin de establecer los mecanismos que permitan al Tribunal Fiscal fortalecer y optimizar su gestión, así como el marco normativo que coadyuven a garantizar el adecuado cumplimiento de sus funciones y brindar un mejor servicio".

Similar sustento da el Poder Ejecutivo en la página 14 de la contestación de la demanda de autos.

Sin embargo, tales referencias a la ley autoritativa nos parecen muy amplias y generales para el contenido específico de la Disposición impugnada, que legisla sobre el inicio del plazo de prescripción para exigir el cobro de la deuda tributaria.

En efecto, la prescripción que aquí nos ocupa es la llamada "prescripción extintiva", que es el instituto jurídico con el cual, por el transcurso del tiempo, se extingue la acción. No es pues un procedimiento tributario, como lo demuestra también su ubicación en el Código Tributario, por si no fuera suficiente el argumento conceptual apuntado.

Obviamente, la regulación de la prescripción tampoco tiene que ver con asuntos de gestión para un mejor servicio del Tribunal Fiscal o de la SUNAT.

Por lo expuesto, consideramos que la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421 intenta respaldarse en términos generales, indefinidos o imprecisos, que no cumplen con la especificidad en la materia delegada que exigen la Constitución y la jurisprudencia de este Tribunal.

Esto nos lleva a concluir que dicha Disposición no versa sobre materia específica delegada por la Ley 30823, por lo que es inconstitucional.

Cierto es que el Poder Ejecutivo, al contestar la demanda, ha presentado el Informe del grupo de trabajo del Congreso de la República sobre el Decreto Legislativo 1421, que concluye que éste se enmarca dentro de las materias delegadas por la ley autoritativa.

Sin embargo, dicho informe parlamentario, para llegar a tal conclusión, reconoce que ha recurrido a una "interpretación flexible a favor de la constitucionalidad de la norma" (p. 13), lo cual contradice la especificidad en la materia delegada, que, como hemos visto, manda la Constitución y la jurisprudencia de este Colegiado.

Por lo demás, y como es de sobra conocido, el control que haga el Congreso de la República, conforme al artículo 90 de su Reglamento, sobre los decretos legislativos, en modo

alguno enerva o condiciona el control de constitucionalidad que este Tribunal ejerce por mandato del artículo 200, inciso 4, de la Constitución. Así lo reconoce el propio informe parlamentario aquí referido, cuando dice:

> […] el Grupo de Trabajo debe recordar que el control constitucional de los decretos legislativos que efectúa el Congreso de la República no impide que los particulares puedan recurrir a la jurisdicción constitucional para cuestionar, sea a través de un proceso de tutela de derechos como el amparo, o un proceso abstracto como el de inconstitucionalidad, total o parcialmente, un decreto legislativo en particular (p. 22).

Conforme al artículo 200, inciso 4, de la Constitución y al artículo 75 del Código Procesal Constitucional, una ley puede contravenir la Constitución por la forma. Tal es lo que ocurre con la norma *sub judice*, que, en nuestra opinión, vulnera el artículo 104 de la Constitución sobre legislación delegada.

Por tal motivo, debemos apartarnos de la ponencia del señor magistrado Ernesto Blume Fortini, pues no suscribimos sus objeciones sobre el fondo a la ley impugnada, ya que consideramos que el solo vicio de forma de ésta determina la necesidad de su expulsión del ordenamiento jurídico.

Asimismo, ya que entendemos que la disposición constitucional infringida es el artículo 104 de nuestra ley fundamental, la decisión de este Tribunal en sentido estimatorio no tiene efecto retroactivo, conforme al artículo 204 de la Constitución.

Nada hubiera sido más grato para nosotros que pronunciarnos en favor del fisco, si se tiene en cuenta que, en el año 2005, obtuvimos la confianza de la SUNAT para defenderla en el proceso de amparo que interpuso en su contra la empresa extranjera Engelhart Perú SAC, donde obtuvimos un triunfo en el Poder Judicial y éxito ante este ilustre Tribunal, bajo la presidencia del doctor Javier Alva Orlandini. Gracias a esta sentencia constitucional, recaída en el expediente 8605-2005-AA/TC, el fisco pudo cobrar más de 500 millones de dólares.

No obstante, fieles a nuestra tradición proveniente de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, donde nos formamos, hoy emitimos este voto inspirados en nuestra tesis doctoral en Derecho titulada, precisamente, *La prescripción extintiva*, con la que nos graduamos con los máximos honores, con un jurado integrado por los distinguidos maestros sanmarquinos José León Barandiaran, Mario Alzamora Valdez, Ulises Montoya Manfredi y Max Arias Schreiber Pezet, por lo que conocemos a cabalidad el tema que aquí nos ocupa.

A pesar de lo mediático de este caso, debemos ser conscientes y fieles a nuestra formación y a la verdad jurídicas.

No puedo dejar de expresar mi indignación por la abstención decretada del magistrado Sardón de Taboada, la misma que además fue resuelta por voto decisorio.

Como es obvio, el sentido de nuestro voto en modo alguno va dirigido a que el fisco deje de cobrar sus justas acreencias. Pero la recaudación tributaria debe desenvolverse dentro de

los cauces del ordenamiento constitucional y a esta exigencia se concreta nuestro pronunciamiento, aunque resulte minoritaria la defensa de esta verdad.

Por estas consideraciones, nuestro voto es por declarar **FUNDADA** la demanda, únicamente por la inconstitucionalidad de forma de la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421.

S.
FERRERO COSTA

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

La prescripción sólo se gana cuando ha culminado el respectivo plazo

Conforme al principio de igualdad en la aplicación de la ley, las empresas grandes deben pagar sus impuestos, al igual que lo hacen todos los contribuyentes de nuestro país, sin ninguna distinción

Habiendo revisado los actuados del presente caso, mi voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421. Mis argumentos principales son los siguientes:

- No existen vicios de forma en dicha disposición del Decreto Legislativo 1421, pues: i) respeta la "materia específica" delegada; ii) así ya se pronunció este mismo Pleno del Tribunal Constitucional, en casos similares; y, iii) el Congreso de la República, al revisar la materia delegada, ratificó que tal decreto respetaba la materia especifica delegada por la respectiva ley autoritativa.

  Adicionalmente a lo expuesto es importante mencionar que si revisamos las sentencias de los Expedientes 00006-2014-PI/TC (caso de comunicaciones de operaciones sospechosas), 00001-2014-PI (caso DICAPI) y 00005-2019-PI/TC (caso de la verificación de comprobantes de pago electrónicos a cargo de terceros), resueltos por este Pleno del Tribunal Constitucional, se puede apreciar que también se alegaba la inconstitucionalidad por la forma por parte de determinados Decretos Legislativos. En tales sentencias, este Pleno, utilizando una concepción amplia de la materia delegada, decidió que no existían vicios de forma sobre el particular.

- No existen vicios de fondo en dicha disposición del Decreto Legislativo 1421, pues: i) mientras no culmine el plazo de prescripción para determinar la deuda por parte de la administración tributaria, en virtud a la *teoría de los hechos cumplidos*, una norma, cuya entrada en vigencia se produjo antes de que culmine el plazo de prescripción antes referido, puede introducir una nueva causal de interrupción del plazo de prescripción para determinar la deuda: *la prescripción sólo se gana cuando culmina el respectivo plazo***;** y, ii) antes de la expedición de la disposición cuestionada (Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421, año 2018), en el ordenamiento jurídico ya se había distinguido el inicio del «*plazo de prescripción para la determinación de la obligación tributaria y para la imposición de sanciones*» del inicio del «*plazo de prescripción para exigir el cobro de la aludida deuda tributaria*». Ello se precisó especialmente

en el artículo 4 del Decreto Legislativo 1113 que incorporó el inciso 7 al artículo 44 del Código Tributario y que se encuentra vigente desde el 28 de setiembre de 2012. Y antes de dicho Decreto Legislativo 1113, existía un marco jurídico que permitía razonablemente advertir la necesidad de dicha distinción al momento de aplicar la normativa tributaria correspondiente, dada la diversidad de las fuentes del Derecho Tributario, de conformidad con la Norma III, sus métodos de interpretación, según la Norma VIII, y la aplicación supletoria de los principios jurídicos contemplados en la Norma IX, recogidas todas ellas en el Título Preliminar del T.U.O. del Código Tributario.

Seguidamente, ampliaré mis fundamentos:

§1. SOBRE LA LEGITIMIDAD PROCESAL ACTIVA DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS

1. Antes de iniciar con la exposición de los argumentos jurídico-constitucionales que sustentan mi posición en el presente caso, según la cual, la demanda de autos debe ser desestimada en todos sus extremos, considero relevante y, especialmente, oportuno, plantear en el debate los alcances y límites que este Tribunal debe considerar al momento de calificar una demanda interpuesta por un colegio profesional y, concretamente, por los distintos Colegios de Abogados que existen en el país.

2. En primer lugar, el artículo 20 de la Constitución ha reconocido constitucionalmente a los colegios profesionales, dotándolos de autonomía con personalidad de derecho público, encomendando a la ley la precisión de los casos en los que la colegiatura es obligatoria. En segundo lugar, el artículo 107 de la Norma Fundamental les ha reconocido la facultad de iniciativa legislativa en las materias que les son propias. En tercer lugar, y en relación al tema que nos ocupa, el inciso 7 del artículo 203 de la Constitución ha previsto que los colegios profesionales están facultados para interponer demandas de inconstitucionalidad en el ámbito de su especialidad; es decir, tienen legitimidad procesal activa en tales procesos bajo dichos límites.

3. Complementariamente, el artículo 99 del Código Procesal Constitucional ha establecido que: "para interponer la demanda, previo acuerdo de su Junta Directiva, los Colegios Profesionales deben actuar con el patrocinio de abogado y conferir representación a su Decano".

4. Con relación a la referida facultad de los colegios profesionales de interponer demandas de inconstitucionalidad, este Tribunal en la Resolución 0005-2005-PI/TC sostuvo que:

> La razón que justifica que la Constitución haya otorgado estas facultades a los colegios profesionales radica en que, debido a la particularidad, singularidad y especialidad de los conocimientos científicos y técnicos que caracterizan a las diferentes profesiones (…), estas instituciones se sitúan en una posición idónea para poder apreciar, por una parte, si una determinada ley o disposición con rango de ley - que regula una materia que se encuentra directamente relacionada con los conocimientos de una determinada profesión- vulnera disposiciones de la Norma

> Fundamental; y, por otra, si resulta necesaria la expedición de una determinada ley que regule las materias que se encuentren relacionadas con los referidos conocimientos (fundamento 3).

5. En ese sentido, los colegios profesionales pueden incoar procesos de inconstitucionalidad siempre que las normas legales cuestionadas correspondan a sus ámbitos de especialidad. Pero, concretamente, ¿cómo se materializa dicho mandato constitucional en cada caso sometido a conocimiento de este Tribunal?

6. Este Tribunal en diversas oportunidades ha interpretado el inciso 7 del artículo 203 de la Constitución en casos en los que las demandas eran interpuestas por Colegios de Abogados, con la finalidad de cuestionar la constitucionalidad de normas con rango de ley sobre las más variadas materias.

7. En la ya citada Resolución 0005-2005-PI/TC, el Tribunal declaró improcedente la demanda interpuesta por el Colegio de Abogados de Ica contra la Ley 28427, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2005. Dicha declaración fue realizada a partir de un conjunto de razones jurídico-constitucionales, construidas a partir del análisis del caso especial de los colegios profesionales de abogados.

8. Al respecto, con relación a los alcances de la facultad de dichos colegios profesionales para interponer demandas de inconstitucionalidad, el Tribunal descartó en aquella oportunidad algunos posibles sentidos interpretativos del aludido inciso 7 del artículo 203, por no resultar conformes con la Constitución. Así, el Tribunal precisó que:

> El caso de los Colegios de Abogados constituye un supuesto especial. En primer lugar, debe descartarse el sentido interpretativo según el cual estos colegios podrían interponer acciones de inconstitucionalidad contra toda ley o disposición con rango de ley. En efecto, si bien los Colegios de Abogados agremian a profesionales en Derecho, *estos no tienen legitimidad para cuestionar todas las leyes o disposiciones con rango de ley que se encuentren vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, sino sólo aquellas que regulen una materia propia de esta profesión* (…).
>
> En todo caso, será el Tribunal Constitucional el órgano que al momento de calificar las demandas de inconstitucionalidad planteadas por los colegios profesionales, deba evaluar en qué medida existe una relación directa entre la materia que regula la ley cuestionada y la especialidad del colegio profesional demandante (cursivas agregadas) (fundamento 3).

9. A mayor abundamiento, el Tribunal explicitó las siguientes reglas que adicionalmente a lo establecido en la Constitución y en el Código Procesal Constitucional deben observar los colegios profesionales: i) la materia que regulan las leyes o disposiciones con rango de ley que se pretenda cuestionar deberá *encontrarse directa y claramente relacionada con la materia o especialidad en la que*, dada la profesión que agrupa a los miembros del respectivo colegio, *se tenga singulares conocimientos que no poseen otras profesiones;* y, ii) en el ejercicio de la facultad de interponer demandas de inconstitucionalidad no

deberán imponerse los intereses particulares de cada uno de los miembros del respectivo colegio profesional, sino la voluntad institucional de éste por la defensa del interés general y de los derechos ciudadanos.

10. Por ello, este Tribunal deberá evaluar en cada caso, especialmente en lo que respecta a los colegios profesionales de abogados, si al momento de interponer la demanda de inconstitucionalidad, además de cumplir con el requisito de que la norma con rango de ley impugnada se enmarque dentro del ámbito de su especialidad o lesione la esfera corporativa del colegio profesional, según lo explicado *supra*, la parte demandante ha logrado acreditar también que en dicho acto subyace la *voluntad institucional del colegio profesional* en la defensa del interés general y de los derechos ciudadanos, descartándose así los intereses particulares de cada uno de los miembros de un colegio profesional.

11. Solo así se evitarán, en la medida de lo posible, situaciones en las que, tras el cambio de autoridades en los colegios profesionales, las autoridades con mandato vigente desconozcan las actuaciones procesales realizadas por las anteriores en nombre del colegio profesional, poniendo así en entredicho el interés público ínsito a este tipo de controversias que es lo que en último término subyace en el principio de impulso de oficio, establecido en el artículo 106 del Código Procesal Constitucional.

§2. DETERMINACIÓN DE LA DISPOSICIÓN SOMETIDA A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

12. La parte demandante cuestiona la constitucionalidad de la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421, publicado el 13 de setiembre de 2018 en el diario oficial *"El Peruano"*, por considerar que vulnera la Constitución tanto por la forma como por el fondo.

13. En cuanto a los vicios de forma, la parte demandante sostiene que dicha disposición ha contravenido lo dispuesto en los artículos 101.4 y 104 de la Constitución así como en la ley autoritativa, Ley 30823, "Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de gestión económica y competitividad, de integridad y lucha contra la corrupción, de prevención y protección de personas en situación de violencia y vulnerabilidad y de modernización de la gestión del Estado", que fue publicada el 19 de julio de 2018 en el diario oficial *"El Peruano"*.

14. En lo que respecta a los presuntos vicios de fondo, la parte demandante considera que la disposición cuestionada ha vulnerado los principios constitucionales de irretroactividad de las leyes y de seguridad jurídica.

15. La disposición cuestionada establece lo siguiente:

> **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS**
>
> **Primera. Cómputo del plazo de prescripción**
>
> Tratándose de procedimientos en trámite y/o pendientes de resolución el inicio del plazo prescriptorio para exigir el cobro de la deuda tributaria contenida en

resoluciones de determinación o de multa cuyo plazo de prescripción de la acción para determinar la obligación tributaria o para aplicar sanciones se inició hasta el 1 de enero de 2012, notificadas a partir del 28 de setiembre de 2012 dentro del plazo de prescripción, se computa a partir del día siguiente de la notificación de tales resoluciones conforme con el numeral 7 del artículo 44 del Código Tributario.

16. Indicado lo anterior, se realizará, a continuación, el control de constitucionalidad de la citada Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421, teniendo como parámetro de control la Constitución y las demás normas que integran el bloque de constitucionalidad.

§3. Sobre la alegada inconstitucionalidad por la forma de la primera disposición complementaria transitoria del decreto legislativo 1421

17. La parte demandante alega que la disposición cuestionada es inconstitucional por la forma en la medida que ha excedido el marco de la delegación facultades legislativas establecido en el artículo 104 de la Constitución y en la Ley 30823 (ley autoritativa). Alega que no existe una relación entre las materias que fueron autorizadas por dicha ley autoritativa y lo regulado en el Decreto Legislativo 1421 en materia de prescripción tributaria.

18. Dicha posición es contraria a lo concluido por el Grupo de Trabajo encargado del Control Constitucional sobre los Actos Normativos del Poder Ejecutivo, de la Comisión de Constitución y Reglamento, en el Informe 90/2018-2019, de fecha 21 de marzo de 2019, según el cual la disposición impugnada se enmarca en las materias delegadas por la ley autoritativa[2].

19. Al respecto, en lo que respecta al control de constitucionalidad por la forma de la disposición impugnada, debe recordarse en primer lugar, que de la interpretación conjunta del artículo 104 y 101.4 de la Constitución, se desprende que el Poder Ejecutivo puede ejercer funciones legislativas a través de los decretos legislativos, de acuerdo a las materias y plazo que hayan sido previstos en la ley autoritativa expedida por el Congreso de la República.

20. En efecto, dichos artículos establecen lo siguiente:

> Artículo 101.- Atribuciones de la Comisión Permanente.
>
> 4. (…). No pueden delegarse a la Comisión Permanente materias relativas a reforma constitucional, ni a la aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República.

2 COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Grupo de Trabajo encargado del Control Constitucional sobre los Actos Normativos del Poder Ejecutivo. Informe 90/2018-2019, de 21 de marzo de 2019, pág. 14. En este informe, aprobado por unanimidad en la primera sesión extraordinaria de dicho Grupo de Trabajo, según se advierte en su pág. 1, no solo se realizó un control formal del Decreto Legislativo 1421, sino también se analizó la compatibilidad material de su contenido normativo con la Constitución, concluyéndose que dicho decreto es constitucional. (SIC)

> Artículo 104.- Delegación de facultades al Poder Ejecutivo El 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.
>
> Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.
>
> El Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo.

21. El Tribunal Constitucional ha reiterado en varias oportunidades que dicha delegación de facultades legislativas debe ser plenamente respetuosa del orden constitucional vigente. En ese sentido, debe tenerse presente que la propia Constitución ha previsto la expedición de tales decretos por el Poder Ejecutivo, siempre que el Poder Legislativo hubiese habilitado la delegación de facultades legislativas a través de la correspondiente ley autoritativa, lo que debe realizarse sobre la base del respeto de los principios, reglas y valores constitucionales.

22. Al respecto, este Tribunal ha establecido que: "(…) la legislación ejecutiva delegada es el resultado institucional del ejercicio de la competencia de ejercer función legislativa con que la Constitución ha investido al Poder Ejecutivo. En ese sentido, se tratan de normas expedidas en ejercicio de una competencia que le es propia, dentro de las materias y plazos que establezca la ley de habilitación" (STC 0012-2011-PI/TC, fundamento 7).

23. Asimismo, en la STC 0012-2011-PI/TC, el Tribunal Constitucional ha establecido en relación a los límites de la delegación de facultades lo siguiente:

    i. Solo puede tener como destinatario al Poder Ejecutivo, de modo que queda excluida la posibilidad de que tal habilitación pueda realizarse a favor del Poder Judicial o de los órganos constitucionales;

    ii. Tiene que aprobarse por una ley en sentido formal, es decir, a través de una ley ordinaria, aprobada y sancionada por el Parlamento o, en su caso, por la Comisión Permanente;

    iii. Requiere que una ley fije o determine la materia específica que se autoriza a legislar, de manera que no son admisibles las delegaciones generales, indefinidas o imprecisas; y, a su vez, que ella identifique con exactitud el plazo dentro del cual podrá dictarse la legislación delegada; y,

    iv. No comprende materias que atañen a la reforma constitucional la aprobación de tratados que requieran de habilitación legislativa, leyes orgánicas, la Ley del Presupuesto, la Ley de la Cuenta General de la República (fundamento 6).

24. A dichas materias debe añadirse el tratamiento tributario especial para determinadas zonas del país, según lo previsto en el artículo 79 de la Constitución (STC 0016-2007-PI/TC, fundamentos 22-24).

25. Con respecto a los límites a la legislación delegada, es decir, al ejercicio de las facultades legislativas a cargo del Poder Ejecutivo, en la ya citada Sentencia 0012-2011-PI/TC se indicó lo siguiente:

> (…) el artículo 104 de la Constitución precisa los límites que, a su vez, el Poder Ejecutivo está en la necesidad de observar con ocasión de la expedición de la legislación ejecutiva delegada. Estos límites, además de los que vienen impuestos directamente por la Constitución, esencialmente están constituidos por aquellos fijados en la ley habilitante. Se tratan, a saber, de: (a) límites temporales, de modo que la legislación delegada habrá de dictarse dentro del plazo con que se cuenta con habilitación para legislar; (b) límites materiales, por lo que la legislación delegada habrá de desarrollar cumplidamente las materias identificadas en la ley autoritativa (fundamento 11).

26. Por último, debe tenerse presente que los decretos legislativos están sujetos a mecanismos de control, parlamentario y jurisdiccional, según lo previsto en el ordenamiento jurídico-constitucional.

27. Con relación al primero, el Tribunal Constitucional en la STC 0005-2013-PI/TC ha sostenido lo siguiente: "(…) debe tomarse en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico la potestad delegada al Poder Ejecutivo está sujeta a controles eficaces a fin de que no se desvirtúe el carácter fundamental de los derechos y libertades. En efecto, el último párrafo del artículo 104 de la Constitución Política establece que "el Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo", lo que en la práctica constituye un mecanismo de control parlamentario (fundamento 18).

28. Con respecto al segundo, es a través del proceso de inconstitucionalidad, como el que nos ocupa en esta ocasión, que el Tribunal Constitucional, en última y definitiva instancia, controla la constitucionalidad de los decretos legislativos expedidos por el Poder Ejecutivo, tanto por la forma como por el fondo (artículos 200.4 y 202.1 de la Constitución).

29. En el presente caso, se advierte que mediante Ley 30823, el Congreso de la República delegó al Poder Ejecutivo la facultad de legislar por el término de sesenta días calendario en materia de "gestión económica y competitividad, de integridad y lucha contra la corrupción, de prevención y protección de personas en situación de violencia y vulnerabilidad y de modernización de la gestión del Estado".

30. El literal g) correspondiente al inciso 1 del artículo 2 de la ley autoritativa delega facultades para "Modificar el Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado mediante el Decreto Supremo 133-2013-EF […] a fin de contar con procedimientos

tributarios más eficientes, así como medidas para asegurar el cobro de la deuda tributaria relativas a las reglas sobre medidas cautelares".

31. El literal h) del citado artículo precisa que la delegación alcanza también la potestad para: "Establecer los mecanismos que permitan al Tribunal Fiscal y a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat) fortalecer y optimizar su gestión, así como el marco normativo que coadyuven a garantizar el adecuado cumplimiento de sus funciones y brindar un mejor servicio".

32. En la medida que el legislador habilitó al Poder Ejecutivo para emitir normas orientadas a "contar con procedimientos tributarios más eficientes" así como para "fortalecer y optimizar" la gestión de la Sunat garantizando el adecuado cumplimiento de sus funciones, cabe concluir que la disposición impugnada se encuentra relacionada con la materia delegada.

33. En ese sentido, como ya se mencionó *supra*, el Grupo Encargado del Control Constitucional sobre los Actos Normativos del Poder Ejecutivo del Congreso de la República emitió el Informe 90-2018/2019 mediante el cual analizó la constitucionalidad del presente decreto legislativo y sostuvo que debía realizarse:

> una interpretación flexible a favor de la constitucionalidad de la norma […] partiendo de la premisa que la declaratoria de inconstitucionalidad debería erigirse en la última *ratio*, [y ello] permitiría sostener que el establecimiento de reglas claras reduciría en tiempo y número los procedimientos tributarios en los cuales se esté discutiendo, precisamente, la prescripción y cómo se debe aplicar en el tiempo el Decreto Legislativo 1113[3].

34. Al respecto, debe tenerse en cuenta que este Tribunal ha precisado que la delegación de facultades debe tener unos contornos determinados, pero no requiere que se expresen los detalles de aquello que se delega, pues ello importaría que el legislador desarrolle la materia que se pretende delegar y torne con ello innecesaria la delegación misma (STC 0022-2011-PI/TC, fundamento 20).

35. Por ello, no comparto lo sostenido en la ponencia. En ésta no se ha precisado en qué casos resueltos por el Tribunal Constitucional este ha sostenido que las materias delegadas por el Poder Legislativo al Poder Ejecutivo deben ser interpretadas restrictivamente. Más aún, ¿con qué criterios identificamos a instituciones jurídicas como "más importantes" que otras? ¿por qué la prescripción en materia tributaria es una institución "importante" que, a diferencia de otras, solo puede ser delegada excepcionalmente al Poder Ejecutivo? Asimismo, ¿por qué la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo debe ser necesariamente excepcional? ¿por qué se invoca la reserva de ley en

3 COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Grupo de Trabajo encargado del Control Constitucional sobre los Actos Normativos del Poder Ejecutivo. Informe 90/2018-2019, de 21 de marzo de 2019, pág. 13. (SIC)

referencia implícita a la reserva de ley absoluta? ¿acaso la prescripción en materia tributaria está sujeta a reserva de ley absoluta?

36. Pese a tales afirmaciones, cabe recordar que este Tribunal Constitucional en la ya mencionada STC 0022-2011-PI/TC ha explicitado, en un caso en el que la parte demandante también invocaba la excepcionalidad del ejercicio de facultades legislativas al Poder Ejecutivo, que:

> El Tribunal es de la opinión que las objeciones planteadas carecen de relevancia constitucional. *La legislación ejecutiva delegada se encuentra institucionalizada en el artículo 104 de la Constitución. Su dictado es consecuencia del ejercicio de dos tipos de competencias que corresponden, a su vez, a dos poderes del Estado distintos* (fundamento 8) (cursivas agregadas).

37. Con ello, como se manifestó en dicho fundamento, el Tribunal alude a la competencia del Poder Legislativo de ejercer discrecionalmente la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo y se refiere también a la competencia normativa del Poder Ejecutivo de dictar los decretos legislativos en la medida que preexista la autorización del Congreso de la República para tal efecto a través de una ley autoritativa (STC 0022-2011-PI/TC, fundamento 8).

38. Por ello, no puede olvidarse como se sostuvo en aquella oportunidad que:

> (…) los decretos legislativos son fuentes del derecho que el Ejecutivo expide en ejercicio de una competencia que le es propia, dentro de las materias y plazos que establezca la ley de habilitación. Durante el lapso en el que el Parlamento delega al Ejecutivo la potestad de dictar legislación delegada, el primero no pierde la competencia para ejercer la función legislativa (STC 0022-2011-PI/TC, fundamento 9).

39. Asimismo, continuando con su argumentación en dicha sentencia, el Tribunal indicó que lo que permite o impide al Congreso de la República autorizar o delegar las facultades legislativas al Poder Ejecutivo son los *límites constitucionales* a los que dicha delegación se encuentra sujeta por mandato constitucional (fundamento 16). Al respecto, el Tribunal precisó también que:

> Esos límites están básicamente representados por aquellas materias que, de acuerdo con la Ley Fundamental, se encuentran sujetas a una *reserva de ley absoluta*. Es decir, aquellos ámbitos materiales en los que, por una u otra razón la Constitución ha impuesto, por un lado, que estas se discutan, traten y regulen en forma exclusiva y directamente por el Parlamento, en cuanto órgano de representación política de todos los intereses de la sociedad; y, por otro, que tal regulación se apruebe mediante una fuente del derecho de origen parlamentario (fundamento 16).

40. Bajo tales premisas el Tribunal Constitucional concluyó que:

> No es, pues, técnicamente correcto afirmar que el ejercicio de la potestad legislativa delegada sea excepcional porque su empleo esté sujeto a la presencia de ciertos

supuestos y condiciones de índole material. Sí es cierto, en cambio, que la potestad de legislar delegadamente no constituye el ejercicio ordinario de una competencia jurídico-estatal, pues su ejercicio no depende de consideraciones propias, de oportunidad o conveniencia que el Poder Ejecutivo pueda tener, sino de la existencia de una autorización previa del Parlamento y, por tanto, de una circunstancia contingente y, además, cuyo desarrollo ha de circunscribirse a los límites materiales especificados en la ley autoritativa (fundamento 18).

41. Con respecto a los límites materiales, si bien estos deben ser especificados en la ley autoritativa, como ha sostenido el Tribunal Constitucional, según lo desarrollado *supra*, ello no significa que la obligación de especificar las materias delegadas se deba interpretar como la exigencia de ser *detalladas* por legislador (STC 0022-2011-PI/TC, fundamento 20). Como ya se indicó en esta última sentencia, si el legislador va a desarrollar las materias objeto de delegación, ¿qué sentido tendría delegarlas al Poder Ejecutivo para su regulación?

42. Esto último, evidentemente, no niega en ningún sentido las exigencias constitucionales dimanantes del artículo 104 de la Constitución:

    i. Delimitación, con suficiente claridad, de los confines de la materia sobre la que se habilita al Poder Ejecutivo el ejercicio de facultades legislativas;

    ii. Que lo delegado no sea una materia sujeta a reserva absoluta de ley (STC 0022-2011-PI/TC, fundamento 20).

43. Además de ello, y contrariamente a lo sostenido en la ponencia, la disposición cuestionada no *modificó* normas relativas a la aplicación temporal en el cobro de los tributos. La precisión correspondiente sobre el inicio del cómputo del plazo de prescripción para tales acciones de cobro fue incorporada por el artículo 4 del Decreto Legislativo 1113, y no por disposición cuestionada.

44. Asimismo, la ponencia, sin más, da cuenta de una acentuada tendencia a conferirle al Poder Ejecutivo todo tipo de facultades en materia tributaria, afirmación que a mi criterio debe ser debidamente sustentada y no solo enunciada. La sola mención de dicha tendencia no constituye un argumento jurídico-constitucional relevante que pueda coadyuvar a la resolución de la presente controversia o que, incluso, pueda justificar que este Tribunal establezca un sentido interpretativo que limite las relaciones de colaboración legislativa entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, orientadas entre otros principios, por los contenidos dimanantes del principio de separación de poderes en general, y por el principio de balance de poderes en especial (STC 006-2018-PI/TC, fundamento 56).

45. Por ello, tampoco advierto en la ponencia que se sustente debidamente por qué específicamente las facultades en materia tributaria deben ser solicitadas y otorgadas de modo excepcional, si como ya se explicitó previamente, los límites materiales a la legislación delegada al Poder Ejecutivo exigen que la regulación expedida se enmarque

en los confines de las materias delegadas y que tales materias no estén sujetas a reserva absoluta de ley.

46. Con base en lo previamente indicado, advierto que la materia legislada por el Poder Ejecutivo en la disposición cuestionada del Decreto Legislativo 1421 se encuentra en los confines de las materias delegadas establecidas en los literales g) y h) del inciso 1 del artículo 2 de la Ley 30823 (ley autoritativa). Además, dicha materia no se encuentra sujeta a reserva absoluta de ley y, en cuanto a los límites temporales, fue expedida dentro del plazo previsto en la aludida Ley 30823.

47. Siendo ello así, debe considerarse que la norma impugnada guarda relación con la materia delegada en la ley autoritativa antes mencionada, toda vez que el contenido normativo de la disposición cuestionada tiene como objeto precisar cómo debe ser interpretado el inicio del plazo de prescripción de la acción de la Administración Tributaria para el cobro de las deudas tributarias, en los términos de lo establecido en el artículo 4 del Decreto Legislativo 1113, con el fin de optimizar la gestión de la Sunat y garantizar procedimientos tributarios eficientes.

48. En suma, la disposición cuestionada no ha incurrido en un vicio de inconstitucionalidad por la forma. Por consiguiente, en la medida que el contenido normativo de la disposición cuestionada ha sido regulado de conformidad con la Constitución, voto por desestimar la demanda de inconstitucionalidad en el presente extremo.

§4. SOBRE LA ALEGADA INCONSTITUCIONALIDAD POR EL FONDO DE LA PRIMERA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA DEL DECRETO LEGISLATIVO 1421

49. La parte demandante también han cuestionado la constitucionalidad de la Primera Disposición Complementaria Transitoria por presuntos vicios de fondo, esto es, por aparentemente contravenir los principios constitucionales de irretroactividad de las leyes y de seguridad jurídica.

50. Con miras a la realización del control de constitucionalidad que nos ocupa en esta ocasión, es pertinente precisar, de manera previa, algunas consideraciones en relación a la aplicación de las normas tributarias en el tiempo, a la prescripción extintiva y sobre la prescripción en el Código Tributario.

4.1. SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS EN EL TIEMPO

51. La aplicación de las normas jurídicas en el tiempo es una materia que ha sido abordada expresamente en la Constitución. Al respecto, el artículo 103 de la Constitución originalmente establecía que: "(…) Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo (…)".

52. Asimismo, con relación a la entrada en vigencia de las normas, el artículo 109 de la Constitución dispone que: "La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte".

53. Por lo expuesto, en nuestro ordenamiento jurídico, las normas jurídicas, en general, rigen a partir del momento de su entrada en vigor y no surten efectos retroactivos. Sin embargo, hasta la reforma constitucional del año 2004, a través de la Ley 28389, existían aún ciertas interrogantes respecto a si una nueva norma, que entra en vigencia, resulta válidamente aplicable a una relación o situación jurídica, aún no cumplida o agotada, que comenzó a desarrollarse bajo el marco jurídico de una norma anterior o si correspondía aplicar esta última. Dicha disyuntiva sería resuelta con soluciones distintas, según se aplique la teoría de los hechos cumplidos o la teoría de los derechos adquiridos.

54. En todo caso, ya en la STC 0008-1996-PI/TC, el Tribunal Constitucional había establecido en el fundamento 17 que:

> […] el legislador peruano ha optado ante la posibilidad de conflicto de normas en el tiempo por la teoría de los hechos cumplidos, tal y como lo consagra el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, que señala que la ley tiene aplicación inmediata a las relaciones y situaciones jurídicas existentes al momento que entra en vigencia, por lo que la nueva ley empieza a regir las consecuencias de las relaciones jurídicas preexistentes.

55. Años después, con la aprobación de la Ley 28389, se reformaron varios artículos constitucionales, entre ellos, el artículo 103 de la Norma Fundamental, según el cual:

> […] La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos: salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho.

56. De esta manera, en lo que respecta a la aplicación de las normas jurídicas en el tiempo, se consolidó, sin lugar a dudas, la *teoría de los hechos cumplidos*. De ello se desprende el deber de aplicar inmediatamente las normas jurídicas vigentes a los supuestos que ella regula, aun cuando se trate de las consecuencias de relaciones o situaciones jurídicas que aún no se agotaron y que inicialmente se rigieron por una norma anterior, salvo en materia penal cuando se favorece al reo (retroactividad benigna).

57. Así, la norma que se incorpora al ordenamiento jurídico incide directamente sobre las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas que al momento de su entrada en vigencia continúan desarrollándose, lo que lógicamente excluye aquellas relaciones y situaciones cuyos efectos han sido agotados o cumplidos.

58. De esta manera, según el artículo 103 de la Constitución, no resulta constitucionalmente admisible extender los efectos del nuevo régimen jurídico establecido por la norma que entra en vigencia a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas que se hubiesen agotado antes de dicha entrada en vigor. En cambio, sí resulta conforme con el mencionado artículo constitucional que la nueva norma sea aplicable a las relaciones y situaciones jurídicas que aún no se hubiesen cumplido o agotado.

59. Ello ha sido recogido en diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Cabe invocar, por ejemplo, lo expresado por este Tribunal en la STC 0606-2004-AA/TC, fundamento 2, según el cual: "[…] nuestro ordenamiento adopta la teoría de los hechos cumplidos (excepto en materia penal cuando favorece al reo), de modo que la norma se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes".

60. Así también, en la STC 0316-2011-AA/TC se precisó que:

> A partir de la reforma constitucional del artículo 103 de la Constitución, validada por este Colegiado en la STC 0050-2004-AI/TC, y en posteriores pronunciamientos, se ha adoptado la teoría de los hechos cumplidos dejando de lado la teoría de los derechos adquiridos, salvo cuando la misma norma constitucional lo habilite (fundamento 26).

61. En ese sentido, también ha sostenido que "a partir de la lectura de los artículos 103 y 102.1 de la Constitución, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y las situaciones jurídicas existentes y no tienen fuerza ni efectos retroactivos (teoría de los hechos cumplidos) y además es facultad del Congreso expedir leyes, modificar o derogar las existentes". (Sentencia recaída en los expedientes acumulados 00021-2012-PI/TC, 00008-2013-PI/TC, 00009-2013-PI/TC, 00010-2013-PI/TC y 00013-2013-PI/TC, fundamento 29).

62. Por ello, puede concluirse válidamente que la norma que entra en vigencia en el ordenamiento jurídico no se aplica a las consecuencias de las relaciones o situaciones jurídicas extinguidas bajo la norma anterior y a los casos en los que la norma penal anterior o dejada sin efecto sea más favorable al reo (retroactividad benigna).

63. Evidentemente, la teoría de los hechos cumplidos determina la aplicación de las normas tributarias en el tiempo, ello teniendo en consideración además que "no surten efecto" las normas tributarias que hayan sido aprobadas en infracción de lo establecido en el artículo 74 de la Constitución.

64. En ese sentido, la Norma X del Título Preliminar del Código Tributario, sobre la vigencia de las normas tributarias, ha dispuesto que:

> Las leyes tributarias rigen desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.
>
> (…)

> Los reglamentos rigen desde la entrada en vigencia de la ley reglamentada. Cuando se promulguen con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley, rigen desde el día siguiente al de su publicación, salvo disposición contraria del propio reglamento (…).

65. Por consiguiente, la aplicación de una norma tributaria en el tiempo se rige por la *teoría de los hechos cumplidos* y, consecuentemente, por el principio de aplicación inmediata de las normas a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas que no se hayan agotado al momento de su entrada en vigencia (STC 0002-2006-AI/TC, fundamento 12).

4.2. SOBRE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

66. La prescripción extintiva es una institución jurídica de naturaleza legal, en principio, en virtud de la cual quien tenía derecho a exigir determinada prestación por la vía administrativa o judicial, se encuentran impedido de ejercer dicha facultad por el mero paso del tiempo y a causa de su propia inacción.

67. De esta manera, el sujeto obligado se libera del deber de cumplimiento cuando quien tiene la facultad de exigir el cumplimiento de la prestación no actúa diligentemente. En ese sentido, resultan concomitantes para la aplicación de la prescripción extintiva tanto el paso del tiempo como la inactividad del acreedor.

68. Dicha institución persigue una finalidad manifiesta que consiste en evitar que el ejercicio de la facultad de requerir administrativa o judicialmente el cumplimiento de una determinada prestación sea indefinido en el tiempo. Por consiguiente, la prescripción extintiva limita el ejercicio de la acción que pudiera corresponder al sujeto acreedor. Ello a su vez revela una tensión entre el principio de justicia, de un lado, y el principio de seguridad jurídica, del otro[4].

69. Debe tenerse presente que a excepción de lo expresamente establecido en la Constitución respecto a determinadas materias (artículos 41, 73, 89 –segundo párrafo- y 139.13), la regulación de su contenido, alcances y efectos es de fuente legal, cuyo ejercicio siempre debe observar el núcleo duro de los principios constitucionales.

70. Asimismo, el Tribunal ha indicado en su jurisprudencia que la prescripción extintiva se relaciona con el principio constitucional de seguridad jurídica:

> "[…] la figura jurídica de la prescripción no supone la denegatoria del derecho en cuestión, sino, en todo caso, la restricción del remedio procesal para exigirlo, lo cual no debe olvidarse, constituye también la defensa de otro bien constitucional en la medida que se protege por esta vía la seguridad jurídica" (STC 04272-2006-PA/TC, fundamento 5).

4 PÉREZ JORDA, Iván (2019). "Elementos de la prescripción en la infracción tributaria". En *Revista de Derecho* UNED, Nº 24, p. 237. (SIC)

71. En el ámbito tributario, el transcurso del plazo legal previsto en el Código Tributario extingue la *acción* correspondiente tanto desde la perspectiva de la Administración, respecto de la determinación, cobro de la deuda tributaria e imposición de sanciones, como desde la perspectiva del contribuyente, respecto a la solicitud o ejercicio de la compensación y a la solicitud de devolución, de conformidad con el artículo 43 del Código Tributario.

72. En efecto, de la interpretación sistemática de los artículos 27, 43, 47 y 49 del Código Tributario se concluye válidamente que, en el caso peruano, la prescripción en materia tributaria extingue únicamente la acción para la determinación de la obligación tributaria, para cobrarla y para aplicar sanciones.

73. En otros términos, en lo que respecta a la inactividad de la administración tributaria con respecto al ejercicio de sus competencias conforme a ley, la prescripción limita temporalmente el ejercicio de sus facultades de determinación de la obligación tributaria, de cobrar la deuda tributaria y de imponer sanciones, de modo que el transcurso del plazo legal impide que se requiera coercitivamente el cumplimiento de las prestaciones tributarias presuntamente omitidas. Asimismo, debe recordarse que la prescripción no opera de oficio, sino que solamente puede ser declarada a solicitud del deudor tributario.

§4.3. SOBRE LA PRESCRIPCIÓN EN EL CÓDIGO TRIBUTARIO

74. En el ordenamiento jurídico-tributario, el artículo 43 del Texto Único Ordenado del Código Tributario (en adelante T.U.O. del Código Tributario), aprobado por Decreto Supremo 133-2013-EF, ha establecido plazos de prescripción de la acción de la Administración Tributaria para determinar la obligación tributaria, para exigir su pago y para aplicar sanciones: 4 años como regla, 6 años para los que no presentaron la declaración y 10 años cuando el agente de retención o percepción no ha pagado el tributo retenido o percibido, respectivamente. Tales plazos se aplican a facultades diferentes: i) la determinación de la deuda tributaria; ii) su cobro y iii) la aplicación de las sanciones cuando corresponda.

75. Además, la prescripción está compuesta por los siguientes aspectos: i) uno objetivo que comprende, a su vez, tres elementos inescindibles: inicio del cómputo, el íter o transcurso del tiempo previsto en el plazo de ley y el término de este; y otro subjetivo, que consiste en la verificación de la inacción de quien tiene la facultad para exigir el cumplimiento de la prestación.

76. En el presente caso, lo relevante desde una perspectiva jurídico-constitucional se encuentra el aspecto objetivo del plazo para el cobro de las deudas tributarias, especialmente en lo relativo al inicio del cómputo, que es aquello a lo que se refiere la disposición impugnada del Decreto Legislativo 1421, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto Legislativo 1113.

77. En la actualidad, el texto del artículo 44 del T.U.O. del Código Tributario que recoge inclusive la modificación establecida por el Decreto Legislativo 1263, publicado en 2016, establece que:

> **Artículo 44.- COMPUTO DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCION**
>
> El término prescriptorio se computará:
>
> 1. Desde el uno (1) de enero del año siguiente a la fecha en que vence el plazo para la presentación de la declaración anual respectiva.
> 2. Desde el uno (1) de enero siguiente a la fecha en que la obligación sea exigible, respecto de tributos que deban ser determinados por el deudor tributario no comprendidos en el inciso anterior y de los pagos a cuenta del Impuesto a la Renta.**"**
> 3. Desde el uno (1) de enero siguiente a la fecha de nacimiento de la obligación tributaria, en los casos de tributos no comprendidos en los incisos anteriores.
> 4. Desde el uno (1) de enero siguiente a la fecha en que se cometió la infracción o, cuando no sea posible establecerla, a la fecha en que la Administración Tributaria detectó la infracción.
> 5. Desde el uno (1) de enero siguiente a la fecha en que se efectuó el pago indebido o en exceso o en que devino en tal, tratándose de la acción a que se refiere el último párrafo del artículo anterior.
> 6. Desde el uno (1) de enero siguiente a la fecha en que nace el crédito por tributos cuya devolución se tiene derecho a solicitar, tratándose de las originadas por conceptos distintos a los pagos en exceso o indebidos.
> 7. Desde el día siguiente de realizada la notificación de las Resoluciones de Determinación o de Multa, tratándose de la acción de la Administración Tributaria para exigir el pago de la deuda contenida en ellas.

78. Cabe precisar que el artículo 4 del Decreto Legislativo 1113, publicado el 5 de julio de 2012 en el diario oficial *El Peruano*, vigente a los sesenta días siguientes a dicha fecha, incorporó el citado artículo 7, a partir del cual se establece una norma expresa que contiene la regla sobre el inicio del plazo de prescripción de la acción de la Administración Tributaria para cobrar la deuda tributaria.

79. Antes de dicha incorporación, en el citado artículo 44 del T.U.O. del Código Tributario no se había distinguido de forma explícita cuándo debía considerarse iniciado el plazo de prescripción para ejercer la facultad de cobrar o exigir el pago de la deuda tributaria. Ello evidentemente, en mi opinión, no condicionaba su distinción en la práctica como tampoco la resolución de controversias jurídicas relacionadas con dichas materias, porque lógicamente solo puede exigirse o cobrarse lo que se encuentra previamente determinado y, también, por la naturaleza diferenciada de los objetos de tales facultades.

80. En ese sentido, considero que con anterioridad a la expedición del Decreto Legislativo 1113 había un marco jurídico que permitía razonablemente advertir la necesidad de dicha distinción al momento de aplicar la normativa tributaria correspondiente, dada la diversidad de las fuentes del Derecho Tributario, de conformidad con la Norma III, sus métodos de interpretación, según la Norma VIII, y la aplicación supletoria de los principios jurídicos contemplados en la Norma IX, recogidas todas ellas en el Título Preliminar del T.U.O. del Código Tributario.

81. Con relación a esto último, cierto es que cabía la posibilidad de aplicar supletoriamente el artículo 1993 del Código Civil, de conformidad con dicha Norma IX. Al respecto, el aludido artículo 1993 del Código Civil establece que: "la prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción y continúa contra los sucesores del titular del derecho".

82. De hecho, ello se desprende implícitamente de las resoluciones del Tribunal Fiscal que se citan a continuación:

> **RTF 00161-1-2008, de 8 de enero de 2008**
>
> Cabe anotar que según se ha indicado en la Resolución del Tribunal Fiscal Nº 04638-1-2005, que constituye jurisprudencia de observancia obligatoria, la notificación de la resolución de determinación agota la acción de la Administración para determinar la deuda tributaria, dándose inicio al cómputo del plazo prescriptorio para cobrar la deuda determinada […].
>
> **RTF 10495-3-2012, de 28 de junio de 2012**
>
> […] no sería posible establecer un plazo de prescripción de la acción de la Administración para exigir el pago de la obligación tributaria, cuando la deuda aún no ha sido determinada, debiendo precisarse que si la Administración tiene pendiente su facultad para determinar la obligación tributaria y aplicar sanciones ésta se agota con la notificación de la resolución de determinación o multa […].

83. De lo anterior puede advertirse que, luego de producida la notificación de la resolución de determinación, se inicia el cómputo del plazo de prescripción para el cobro de la deuda determinada; en caso contrario, si la deuda no ha sido determinada por la Administración Tributaria, el plazo de prescripción para la exigencia del pago de dicha deuda aún no podría iniciarse. Asimismo, esto último implica un aspecto elemental: que son distintos el plazo de prescripción para la determinación de la obligación tributaria y el plazo de prescripción para exigir el cobro de la deuda tributaria.

84. El artículo 4 del Decreto Legislativo 1113, que incorporó el inciso 7 al artículo 44 del Código Tributario, no modifica el plazo de prescripción, que se encuentra determinado en el ya citado artículo 43, sino precisa la regla especial correspondiente al *dies a quo* o momento en el que se inicia el cómputo de dicho plazo respecto de la exigencia del pago de la deuda contenida en las resoluciones de determinación o de multa. De esta manera, solamente podrá iniciarse este segundo plazo de prescripción cuando

previamente haya sido determinada la deuda tributaria, esto es, vencida, cuantificada y exigible.

85. En todo caso, es pertinente precisar que el inicio del cómputo de la prescripción de las acciones destinadas a exigir el pago de la deuda tributaria contenida en resoluciones de determinación o de multa requiere previamente de la cuantificación del monto de la deuda a pagar y de su correspondiente exigibilidad, según lo previsto en el artículo 115 del Código Tributario.

§4.4. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD POR EL FONDO DE LA PRIMERA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA DEL DECRETO LEGISLATIVO 1421

86. A la luz de los previamente indicado y teniendo como parámetro de control los principios constitucionales de irretroactividad de las leyes y de seguridad jurídica, corresponde realizar el control de constitucionalidad de la disposición impugnada.

87. En primer lugar, corresponde precisar el contenido y alcances de dicha disposición. Al respecto, se advierte lo siguiente:

    i. Se aplica a procedimientos en trámite y/o pendientes de resolución;

    ii. Se aplica a los procedimientos mencionados *supra* en los que el plazo de prescripción de la acción para determinar la obligación tributaria o para aplicar sanciones se inició hasta antes del 1 de enero de 2012, notificadas a partir del 28 de setiembre de 2012, dentro del plazo de prescripción;

    iii. Tiene como objeto el inicio del plazo prescriptorio para exigir el cobro de la deuda tributaria contenida en resoluciones de determinación o multa;

    iv. Establece que dicho plazo para exigir el cobro de la deuda tributaria se computa a partir del día siguiente de la notificación de las resoluciones de determinación o multa conforme con el inciso 7 del artículo 44 del Código Tributario.

88. De lo expuesto se aprecia claramente tres aspectos:

    i. Primero, que antes de la expedición de la disposición cuestionada, en el ordenamiento jurídico ya se había distinguido el inicio del plazo de prescripción para la determinación de la obligación tributaria y para la imposición de sanciones del inicio del plazo de prescripción para exigir el cobro de la aludida deuda tributaria. Ello se precisó especialmente en el artículo 4 del Decreto Legislativo 1113 que incorporó el inciso 7 al artículo 44 del Código Tributario y que se encuentra vigente desde el 28 de setiembre de 2012.

    ii. Dicho inciso 7 del artículo 44 del Código Tributario tomó como elemento de referencia la notificación de la resolución de determinación o multa, de forma tal que inicio de la prescripción para el cobro de la deuda tributaria ahí contenida, por parte de la Administración, se computa desde el día siguiente a dicha notificación; y,

iii. Por ello, la disposición cuestionada no introduce una nueva regla sobre el inicio de la prescripción del cobro de la deuda tributaria por parte de la Administración. Por el contrario, dicha regla preexistía a la expedición del Decreto Legislativo 1421.

89. Ahora bien, un argumento central de la parte demandante es que la disposición cuestionada modifica el punto de inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción para el cobro de la deuda contenida en resoluciones de determinación o de multa en los casos en que, a su criterio, dicho inicio se produjo antes de la vigencia del Decreto Legislativo 1113, es decir, cuando dicho inicio ya se había agotado en el pasado.

90. Además, alegan que, de acuerdo a un precedente de observancia obligatoria del Tribunal Fiscal contenido en la Resolución 09789-4-2017, de fecha 7 de noviembre de 2017, se había establecido que dicho inicio se realiza inmediatamente en el tiempo, razón por la cual, se trataría, a su criterio, de un hecho que se agota con su mera producción.

91. Al respecto, el Tribunal Fiscal en la Resolución 09789-4-2017 sostuvo que:

> […] una vez que ha ocurrido el inicio y el cuerpo del plazo viene transcurriendo, no es posible que se produzca un "nuevo inicio" referido a este mismo plazo, sino que solamente podría ocurrir que el que ya venía corriendo sea interrumpido.

92. En otros términos, en esta resolución propiamente se advierte que se considera indebidamente como hecho cumplido al inicio del cómputo de la prescripción de la acción de la Administración para realizar el cobro de la deuda en aquellos casos en los cuales aparentemente ya hubiese iniciado el transcurso del plazo de prescripción con anterioridad al 28 de setiembre de 2012, cuando entró en vigencia el Decreto Legislativo 1113, que incorporó el numeral 7 al artículo 44 del Código Tributario, de acuerdo a lo mencionado *supra*.

93. Así, en dicha resolución se dejó establecido con carácter de precedente de observancia obligatoria que:

> El inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción de la Administración para exigir el pago de la deuda tributaria contenida en resoluciones de determinación y de multa emitidas por conceptos originados antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1113, notificadas a partir del 28 de setiembre de 2012, se rigió por los numerales 1) a 4) del artículo 44 del Código Tributario, según correspondía, por lo que no resulta aplicable el numeral 7) del anotado artículo".

94. Al respecto, debe tenerse en cuenta que, este criterio interpretativo, en su momento, solo fue vinculante para los órganos de la administración tributaria, de conformidad con el artículo 154 del T.U.O. del Código Tributario. Dicho artículo también establece que la jurisprudencia de observancia obligatoria rige "mientras dicha interpretación no sea modificada por el mismo Tribunal, por vía reglamentaria o por Ley".

95. Con mayor razón, dicho criterio no puede ser considerado como vinculante para un Tribunal Constitucional que controla la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos y/o privados, por mandato de la propia Norma Fundamental (artículo 201 de la Constitución Política del Perú de 1993) y de su Ley Orgánica.

96. Asimismo, debe precisarse, como lo ha indicado el Poder Ejecutivo en la contestación de la demanda de autos que, luego de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1421, el Tribunal Fiscal ha expedido diversas resoluciones en las que se apartó del criterio establecido en la Resolución 09789-4-2017. Tal es el caso, por citar un ejemplo, del Expediente 00753-4-2019, en el que

> […] en aplicación de lo previsto en la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421, al tratarse el presente caso de un procedimientos en trámite y/o pendiente de resolución, para establecer el inicio del cómputo de los plazos de prescripción de la acción para exigir el pago de las mencionadas deudas materia de análisis, cuyos plazos de prescripción de la acción para determinar la obligación tributaria y aplicar sanciones se inició hasta el 1 de enero de 2012, notificadas con posterioridad al 28 de setiembre de 2012 dentro de los plazos de prescripción para determinar la obligación tributaria y aplicar sanciones, resulta de aplicación lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 44 del Código Tributario, por lo que, el cómputo de los plazos de prescripción de la acción para exigir el pago de la deuda contenida en los mencionados valores, se inició el día siguiente de su notificación, esto es, el 7 de noviembre de 2017 (página 6).

97. Por ello, un efecto jurídico de la disposición cuestionada es que en la actualidad ya no rige dicho precedente de observancia, lo cual es conforme con el artículo 154 del citado T.U.O. del Código Tributario.

98. En todo caso, más allá de lo resuelto por el Tribunal Fiscal, lo cierto es que al controlar la constitucionalidad de la disposición impugnada se debe evaluar si esta última resulta conforme con los principios, reglas y valores de la Norma Fundamental.

99. En el presente caso, los argumentos de la parte demandante se reconducen a la presunta vulneración del principio de irretroactividad de la ley y de seguridad jurídica.

100. Con relación a lo primero, y de acuerdo a lo indicado *supra*, el principio de irretroactividad de la ley es un principio constitucional recogido en los artículos 103 y 109 de la Constitución, en virtud del cual las leyes se aplican inmediatamente para regular las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes desde su entrada en vigencia, sin que pueda surtir efectos respecto de hechos agotados o consumados en el pasado, salvo en materia penal cuando favorece al reo.

101. En efecto, el Tribunal en variada jurisprudencia ha indicado que dicho artículo recoge la teoría de los hechos cumplidos, expresada en la aplicación inmediata de las normas vigentes, lo que también se observa en el caso del artículo III del Título Preliminar del Código Civil.

102. En ese sentido, la aplicación retroactiva de una ley, más allá del supuesto de excepción previsto constitucionalmente, resulta inconstitucional. Ahora bien, se debe determinar si lo establecido en la disposición impugnada contraviene este principio, que ha sido contemplado además y de forma expresa en la Norma X del Título Preliminar del Código Tributario.

103. Como se ha indicado previamente, la disposición objeto de control en el presente proceso no ha establecido una regla nueva o modificado el régimen legal existente respecto a cuándo se inicia el cómputo de la prescripción de la acción de cobro de una deuda tributaria a cargo de la Administración.

104. En realidad, a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1113, vigente desde el 28 de setiembre de 2012, cuyo artículo 4 incorporó el inciso 7, al artículo 44 del Código Tributario, se precisó que el cómputo del plazo de prescripción para el referido cobro se iniciaba a partir del día siguiente de la notificación de la Resolución de Determinación o Multa.

105. Ahora bien, una vez que entró en vigencia dicha norma, correspondía su aplicación inmediata, incluso a los hechos no consumados o no agotados, originados con anterioridad a su entrada en vigencia.

106. Por ello, se advierte que dicha norma resultaba aplicable incluso a aquellos casos en los cuales aún no se hubiese consumado el plazo de prescripción para el cobro de la deuda tributaria, a cargo de la Administración. Así, lo que resultaría inconstitucional es la aplicación de la regla establecida en el inciso 7 del artículo 44 del Código Tributario, incorporada por el Decreto Legislativo 1113, a aquellos casos en los cuales, con anterioridad a su entrada en vigencia, esto es, antes del 28 de setiembre de 2012, ya se hubiese cumplido el plazo de prescripción preexistente para la determinación y cobro de la deuda tributaria y la imposición de infracciones.

107. Al respecto, se debe precisar que, contrariamente a lo indicado por la parte demandante, no resulta válido constitucionalmente considerar como retroactiva la disposición impugnada, en el sentido de que, aparentemente, "modifica" el inicio del plazo de prescripción antes aludido, inicio que a su criterio es un hecho consumado o de realización inmediata.

108. Lo que subyace a dicho argumento es la consideración según la cual lo establecido por el artículo 4 del Decreto Legislativo 1113 no podía regir las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes que se hubiesen originado hasta su entrada en vigencia, esto es, el 28 de setiembre de 2012.

109. Concretamente, lo señalado por la parte demandante es que, dado que el inicio de la prescripción de la acción de cobro de la deuda tributaria ya se había producido, de conformidad con las reglas contempladas en el artículo 44 el Código Tributario hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1113, entonces la supuesta nueva regla establecida por la disposición impugnada no podía ser inmediatamente aplicable.

110. Dicha afirmación no tiene en cuenta que, en realidad, la disposición impugnada no crea una nueva regla, sino que insiste en la aplicación inmediata del preexistente artículo 4 del Decreto Legislativo 1113, que incorporó el inciso 7 del artículo 44 del Código Tributario.

111. Además, lo sostenido por la parte demandante a este respecto tiene como presupuesto que los elementos objetivos de la prescripción son separables no solo lógica o abstractamente, sino en lo que respecta a la propia configuración de dicha institución jurídica. Es decir, para la parte demandante, se debe atribuir consecuencias jurídicas distintas, según se trate del inicio del plazo de prescripción o del propio plazo que transcurre, como si en su funcionamiento real fueran escindibles.

112. Sin embargo, aun cuando los artículos 43 y 44 del Código Tributario hayan regulado por separado la duración de los plazos de prescripción (para la determinación, cobro de la deuda tributaria y la imposición de sanciones a cargo de la Administración) y el inicio del mismo (de acuerdo a varios supuestos), respectivamente, ello no constituye un argumento que *per se* justifique la inválida conclusión según la cual corresponde diferenciar el tratamiento de las consecuencias jurídicas atribuibles a la prescripción en materia tributaria, según se trate de uno u otro de sus elementos objetivos.

113. Antes bien, la institución de la prescripción (extintiva) en materia tributaria es una sola, por lo que las consecuencias jurídicas que se le atribuyan respecto a su configuración o la afecten en lo sustancial deben respetar dicha unidad funcional, sin perjuicio de que, válidamente, se pueda distinguir o precisar el diseño de reglas operativas correspondientes a sus elementos objetivos.

114. Así pues, evidentemente, en abstracto, el diseño de la regla que regula la duración de un plazo (*quantum*) no se confunde con el que es propio de la regla que establece el inicio de dicho plazo (*dies a quo*). No obstante, cuando la aprobación de nuevas normas incide en la regla respecto al inicio del cómputo del plazo de prescripción, esto último no resulta ser únicamente instrumental u operativo ni menos aún que amerite un análisis por separado de dicho elemento objetivo.

115. En realidad, dicho cambio es integral porque tendrá efectos no solo respecto al inicio del plazo, sino también respecto a cuándo debe entenderse transcurrido el plazo de la prescripción y, consecuentemente, a su término o fin.

116. Lo anterior se aplica también, como es evidente, cuando se trata de hechos o situaciones jurídicas existentes que se iniciaron bajo una norma anterior y que continúan surtiendo efectos, sin haberse cumplido o agotado y a los que por mandato constitucional les corresponde ser regulados por las nuevas normas vigentes (artículo 103 de la Constitución).

117. Por lo expuesto, el inicio del plazo es, en el ámbito de la aplicación de las normas sobre prescripción tributaria, inseparable de su duración; de forma tal que solo puede considerarse agotado el *plazo* de la prescripción, pero no puede decirse lo mismo de

su inicio, esto es, no cabe aseverar válidamente que el inicio se ha agotado, como indica la parte demandante. Esto último sería resultado de considerarlo indebidamente de manera aislada. De ello, se desprende que solo puede considerarse agotado al plazo transcurrido, pero no a sus elementos objetivos por separado.

118. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la situación jurídica según la cual el aparente "tiempo perdido" que se configurase, por la modificación sobrevenida de la regla del inicio del cómputo del plazo de prescripción, cuando este aún se encuentra transcurriendo, no resulta proscrita por el ordenamiento jurídico tributario. Antes bien, ha sido contemplada dentro de la figura de la interrupción de la prescripción. Cabe precisar que de acuerdo al artículo 45 del Código Tributario, "el nuevo término prescriptorio se computará desde el día siguiente al acaecimiento del acto interruptorio". Así, producido el acto que interrumpe el plazo, de acuerdo a los supuestos previstos en el referido artículo 45, este vuelve a computarse desde un nuevo inicio, esto es, desde el día siguiente de acaecido dicho acto.

119. En suma, solo puede considerarse que lo que se agota es el plazo de prescripción, pero no el inicio del cómputo del mismo. Por el contrario, y en relación a la aplicación del inciso 7 del artículo 44 del Código Tributario, incorporado por el Decreto Legislativo 1113, sostener que dicha norma no resultaba aplicable a aquellos casos en los que el plazo de prescripción de la acción para determinar la obligación tributaria o para aplicar sanciones se había iniciado hasta el 1 de enero de 2012 y que se encontraban en trámite o pendiente de resolución, no es sino, en el fondo, invocar la teoría de los derechos adquiridos. Precisamente, según dicha teoría:

> la eficacia normal de la ley se despliega únicamente pro futuro, es decir, con respecto a las situaciones que nazcan con posterioridad a su entrada en vigor. La ley nueva, por consiguiente, no es de aplicación -salvo que se prevea su propia retroactividad- a las situaciones todavía no extinguidas nacidas al amparo de la ley antigua.

120. Así pues, en la consideración según la cual a los casos mencionados *supra* correspondía la aplicación de las reglas establecidas en el artículo 44 del Código Tributario, antes de la expedición del artículo 4 del Decreto Legislativo 1113, subyace la teoría de los derechos adquiridos, pese a que, salvo supuestos excepcionales previstos en la propia Constitución (STC 0008-2008-PI/TC, fundamentos 73-74), no rige actualmente en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional.

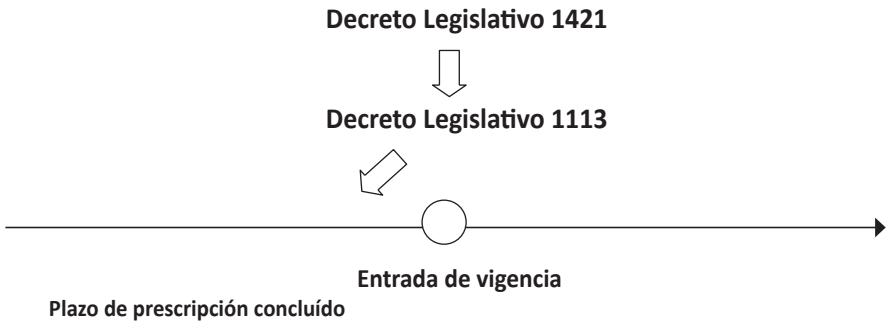
121. Por el contrario, es en aplicación de la teoría de los hechos cumplidos que el inciso 7 del artículo 44 del Código Tributario, incorporado por el artículo 4 del Decreto Legislativo 1113, ha debido regir a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes al tiempo de su entrada en vigencia. Ello, claro está, excluye los plazos de prescripción tributaria plenamente agotados conforme al ordenamiento jurídico-tributario hasta el momento de dicha entrada en vigor.

122. Cabe recordar, según lo mencionado *supra*, que en la STC 0002-2006-PI/TC se precisó que:

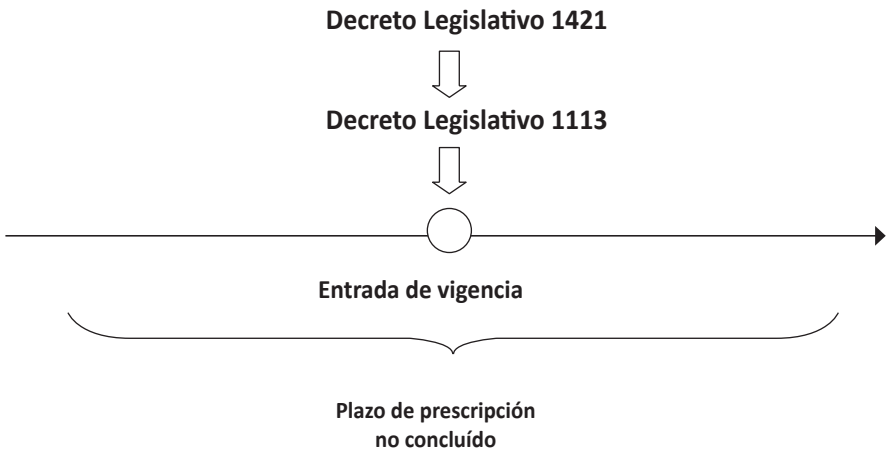
> Diez-Picazo, refiriéndose a la primera teoría [hechos cumplidos], sostiene que "en el momento en que una ley entra en vigor, despliega, por definición, sus efectos normativos y debe ser aplicada a toda situación subsumible en su supuesto de hecho; luego no hay razón alguna por la que deba aplicarse la antigua ley a las situaciones, aún no extinguidas, nacidas con anterioridad. […] la aplicación de una ley a situaciones aún vivas y con efectos ex nunc no implicaría, en puridad de conceptos retroactividad alguna (fundamento 11).

123. Así, pueden distinguirse dos escenarios:

a) Aplicación retroactiva inconstitucional



b) Aplicación inmediata constitucional



124. En ese sentido, la disposición impugnada, al recoger dicha interpretación, que es la que se desprende del ordenamiento jurídico-constitucional, según lo indicado previamente, no hace sino insistir en la aplicación de la teoría de los hechos cumplidos y en plena observancia del principio de no retroactividad, de acuerdo a la Constitución.

125. Por lo tanto, concluyo que la disposición cuestionada no vulnera el principio de irretroactividad de las normas. Por esta razón, voto por desestimar la demanda en dicho extremo.

126. Por otro lado, la parte demandante también han indicado que la disposición cuestionada vulnera el principio de seguridad jurídica, puesto que, a su criterio, los administrados están expuestos a cambios o modificaciones posteriores en las reglas de juego en materia tributaria, en concreto, respecto a la fecha de inicio de los plazos de prescripción, desconociéndose así el tiempo de prescripción ya ganado.

127. En relación a la seguridad jurídica, el Tribunal ha sostenido en la STC 0012-2003-PI/TC y acumulados que:

> En el Expediente 016-2002-AI/TC, el Tribunal consideró que la seguridad jurídica es un principio consustancial al Estado constitucional de derecho, implícitamente reconocido en la Constitución. Se trata de un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta Fundamental, que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad (fundamento 3).

128. Asimismo, en cuanto a su contenido y alcances como principio constitucional implícito, el Tribunal ha referido en la STC 0016-2002-PI/TC que:

> La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho" (STCE 36/1991, FJ 5). El principio *in comento* no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la "predecible" reacción, sea para garantizar la permanencia del *statu quo*, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal.
>
> Así pues, como se ha dicho, la seguridad jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside. Su

reconocimiento es implícito en nuestra Constitución, aunque se concretiza con meridiana claridad a través de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general, como la contenida en el artículo 2°, inciso 24, parágrafo a) ("Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido se hacer lo que ella no prohíbe"), y otras de alcances más específicos, como las contenidas en los artículos 2°, inciso 24, parágrafo d) ("Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley") y l39°, inciso 3, ("Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación") (fundamentos 3-4).

129. Indicado lo anterior, corresponde evaluar si efectivamente, la disposición impugnada ha vulnerado el principio de seguridad jurídica, de acuerdo a lo mencionado previamente.

130. Al respecto, alegar que una norma puede vulnerar la seguridad jurídica, como expectativa razonable de los ciudadanos, respecto a la actuación de los poderes públicos y de la colectividad, con los límites impuestos por el ordenamiento jurídico, implica en primer lugar, y antes de cualquier análisis con dicho cariz en el presente caso, verificar la realización del cambio o modificación de la regla contrarios a Derecho, según se cuestiona y que, a criterio de la parte demandante, supuso una alteración indebida y arbitraria de las reglas preexistentes a este respecto.

131. Sin embargo, como ya se ha establecido previamente, la disposición cuestionada *no realizó ningún cambio o modificación* respecto a las normas que regulan la prescripción la acción de la Administración para el cobro de la deuda tributaria.

132. Por el contrario, la disposición impugnada solo reafirma, para los casos en los que el cómputo del plazo de prescripción del cobro de la deuda tributaria se hubiese iniciado hasta antes del 28 de setiembre de 2012 y aún no hubiese concluido bajo las reglas preexistentes del artículo 44 del Código Tributario ("interpretadas" literalmente), *que resulta de aplicación inmediata el artículo 4 del Decreto Legislativo 1133, que incorporó el numeral 7 al citado artículo 44,* lo que es conforme con el ordenamiento jurídico-constitucional vigente.

133. Por lo tanto, no se debe considerar que se hayan frustrado expectativas razonables de los contribuyentes a partir de modificaciones intempestivas y arbitrarias en las normas jurídicas sobre prescripción de la acción de la Administración para realizar el cobro de la deuda tributaria.

134. Sin perjuicio de lo anterior, y habiendo concluido que la disposición cuestionada no crea una nueva regla en materia de prescripción tributaria, no debe olvidarse que el ordenamiento jurídico es dinámico y no puede permanecer petrificado en el tiempo, como tampoco la propia Constitución.

135. Con relación al ordenamiento jurídico, debe recordarse que es competencia del legislador, según el artículo 102.1 de la Constitución expedir leyes, modificarlas y derogarlas. Los demás sujetos que cuentan con competencias normativas e informan el sistema de fuentes del derecho peruano también tienen reconocidas dichas facultades de expedición de nuevas normas, de modificarlas o dejarlas sin efecto, siempre que se respeten los límites formales y materiales previstos en el orden jurídico vigente para tales fines. Por ello, un eventual cambio normativo, incluso de rango legal, en sí mismo no resulta inconstitucional, a menos que contravenga lo constitucionalmente ordenado o lo constitucionalmente prohibido.

136. Además, debe recordarse que el Tribunal Constitucional, en su jurisprudencia, ha validado la existencia de normas interpretativas en materia tributaria, siempre que se verifiquen determinados presupuestos. Tal es el caso de la STC 00002-2006-PI/TC, donde se precisaron cuál es el contenido y elementos de estas normas.

137. En cuanto a su contenido, la norma interpretativa en materia tributaria tiene como finalidad eliminar una ambigüedad, en principio, producida por una norma previa en el ordenamiento jurídico. En todo caso, más allá de la terminología empleada en general al redactarse tales normas, lo importante es su naturaleza jurídica, ligada a la finalidad que cumple. Evidentemente, para la verificación de la existencia de una norma interpretativa, en este caso, en el ámbito tributario, es necesario que la norma interpretativa y la interpretada se refieran a la misma regulación. Lo que traerá como consecuencia que la norma interpretativa rija desde el mismo momento en que comenzó a regir la norma interpretada (STC 0002-2006-PI/TC, fundamento 20).

138. Asimismo, en dicha sentencia, el Tribunal, precisó, en coincidencia con su par colombiano, qué elementos debe cumplir la norma interpretativa:

> Primero, debe referirse expresamente a una norma legal anterior. Segundo, debe fijar el sentido de dicha norma anterior enunciando uno de los múltiples significados plausibles de la norma interpretada, el cual pasa, por decisión del propio legislador, a ser el significado auténtico que excluye las demás interpretaciones de la norma anterior. Tercero, no debe agregarle a la norma interpretada un contenido que no estuviera comprendido dentro de su ámbito materia (fundamento 23).

139. En el presente caso se verifica que la disposición cuestionada se refiere expresamente el inciso 7 del artículo 44 del Código Tributario; en segundo lugar, la norma cuestionada establece o fija, sin lugar a dudas, la interpretación que, desde su entrada en vigencia, debió atribuirse al aludido inciso 7 del artículo 44 del Código Tributario, lo que se encontraba justificado por la existencia de la Resolución 09789-4-2017, de fecha 7 de noviembre de 2017 que, erróneamente, estableció un precedente de observancia obligatoria contrario a lo establecido en el ordenamiento jurídico. Además, se verifica también que la disposición cuestionada no añade un contenido extraño, ajeno o que no estuviese previamente previsto en el mencionado inciso 7 del artículo 44 del Código Tributario.

140. Conviene precisar que la norma sometida a control en aquella oportunidad, esto es, en la controversia constitucional resuelta a través de la STC 0002-2006-PI/TC, no se cumplieron con los dos últimos requisitos y, antes bien, la norma objeto de control sí vulneraba el principio de irretroactividad de las leyes, además del principio de legalidad.

141. En cambio, en el presente caso, se advierte que la disposición cuestionada no ha vulnerado dicho principio de irretroactividad y que su finalidad no es innovar el ordenamiento jurídico, sino únicamente declarar la interpretación del inciso 7 del artículo 44 que debió aplicarse inmediatamente desde su entrada en vigencia, por las razones previamente desarrolladas.

142. A mayor abundamiento, el análisis anterior se aprecia en el siguiente cuadro:

Requisitos	**Norma impugnada: Disposición Transitoria Única de la Ley 28647 (STC 0002-2006-PI/TC)**	**Primera Disposición Complementaria Transitoria (STC 0004-2019-PI/TC)**
1. Identifica la norma que interpreta	Sí	Sí
2. Interpreta un aspecto ambiguo	No	Sí
3. Existía un pronunciamiento del TF que interpretaba su alcance conforme a la Constitución	Sí (Resolución 09050-5-2004)	No (Resolución 09789-4-2017)
4. Tiene carácter declarativo	No	Sí
5. Convierte en inaplicable al decreto presuntamente interpretado	Sí	No, reitera su plena efectividad
6. Impide la aplicación inmediata del decreto presuntamente interpretado	Sí	No
7. Vulnera el principio de irretroactividad de las normas	Sí	No

143. Por lo expuesto, advierto que la disposición cuestionada tampoco ha vulnerado el principio de seguridad jurídica.

144. Por consiguiente, en cuanto al control de constitucionalidad por el fondo, concluyo que la disposición cuestionada no ha vulnerado los principios de irretroactividad de las leyes ni el de seguridad jurídica, por lo que corresponde desestimar la demanda en este extremo.

145. Finalmente, quisiera pronunciarme respecto al segundo punto resolutivo del fallo, el que estaría relacionado con lo mencionado en el fundamento 80 de la ponencia. En tal fundamento se sostiene que:

> Finalmente, y a fin de evitar que en lo sucesivo el legislador derivado se exceda en la emisión de normatividad que tienda a habilitar la potestad tributaria *sine die*, este

Tribunal considera que las reglas para el cómputo del inicio del plazo de prescripción establecidas en el artículo 44 del Código Tributario (Decreto Legislativo 816) y el inciso 7 del artículo 44 del Decreto Supremo 135-99-EF, incorporado por el Decreto Legislativo 1113, se encuentran circunscritas en cuanto a su interpretación al cumplimiento estricto de los plazos de prescripción establecidos por el artículo 43 del Código Tributario, no debiendo excederse los procesos de fiscalización tributaria y el cobro de la deuda determinada, de dichos plazos.

146. Advierto que, aun cuando el aludido fundamento 80 de la ponencia y el segundo punto de la parte resolutiva del fallo, tengan aparentemente como finalidad que la Administración Tributaria respete los plazos de prescripción en materia tributaria, lo cierto es que la formulación de dicha regla interpretativa no es lo suficientemente clara en sus alcances, porque puede conllevar a considerar que los plazos establecidos en el artículo 43 del Código Tributario deben cumplirse, aún al margen de lo dispuesto en el propio ordenamiento jurídico tributario, en supuestos en los que se ha previsto, por ejemplo, que resultan aplicables la interrupción o suspensión de la prescripción en materia tributaria, según lo establecido en los artículos 45 y 46, de dicho Código, respectivamente.

En consecuencia, por todo lo expuesto, mi voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda interpuesta por el Colegio de Abogados de La Libertad contra la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto por mis colegas magistrados, emito el presente voto singular que se sustenta en los siguientes fundamentos:

1. Me referiré en primer lugar a la inconstitucionalidad por la forma. Al respecto, la parte demandante alega que la disposición cuestionada ha excedido el marco de la delegación facultades legislativas establecido en el artículo 104 de la Constitución y en la Ley 30823 (ley autoritativa). Es decir, no habría una relación entre las materias que fueron autorizadas por dicha ley autoritativa y lo regulado en el Decreto Legislativo 1421 en materia de prescripción tributaria.

2. Al respecto, el literal g) del inciso 1 del artículo 2 de la ley autoritativa delega facultades para "Modificar el Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado mediante el Decreto Supremo 133-2013-EF […] a fin de contar con procedimientos tributarios más eficientes, (...)". De otro lado, el literal h) del mismo artículo señala que la delegación incluye la potestad para: "Establecer los mecanismos que permitan al Tribunal Fiscal y a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat) fortalecer y optimizar su gestión, así como el marco normativo que coadyuven a garantizar el adecuado cumplimiento de sus funciones y brindar un mejor servicio".

3. Como es de verse, el legislador habilitó al Poder Ejecutivo para emitir nomas orientadas a "contar con procedimientos tributarios más eficientes" así como para "fortalecer y optimizar" la gestión de la Sunat garantizando el adecuado cumplimiento de sus funciones. En este sentido, cabe concluir que la disposición impugnada se encuentra relacionada con la materia delegada.

4. En cuanto a la inconstitucionalidad por el fondo, considero que la prescripción extintiva aplicada en materia tributaria no puede ser entendida desde su parte objetiva, con dos elementos (trascurso del tiempo y punto de inicio), pues dicho instituto jurídico se funda únicamente en el paso del tiempo, el cual comprende un punto de inicio y fin para su aplicación, pero ello no significa en modo alguno que sean momentos distintos al hecho, son parte del mismo hecho que resulta ser indivisible.

5. Recordemos que la prescripción extintiva o liberatoria es un hecho con relevancia jurídica, es decir, el transcurso del tiempo origina efectos en el ámbito jurídico, conforme ocurre en el Derecho Tributario, ya que se trata de una limitante de carácter temporal respecto a la exigibilidad de la deuda por parte de la Administración Tributaria, modificándose la relación jurídica originada por los tributos.

6. En línea con lo expuesto, me permito señalar que, si bien la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421 efectúa materialmente una

modificación del plazo de prescripción, pero lo hace en aquellos supuestos en los que aún no han trascurrido los plazos fijados en el artículo 43 del TUO del Código Tributario, por tanto, estaríamos ante consecuencias jurídicas no extinguidas a la fecha de su entrada en vigor, es decir, resulta de aplicación inmediata. Por tanto, no advierto vulneración del principio de irretroactividad reconocido por el artículo 103 y del principio de seguridad jurídica.

En consecuencia, por todo lo expuesto, mi voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda.

S.
MIRANDA CANALES

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

1. Los que inicialmente se constituyen como demandantes (la Junta Directiva del Colegio de Abogados de La Libertad, cuyo posterior desistimiento no paraliza el seguimiento del presente proceso no detiene el mismo procesal impulsado) invocaban que la Primera Disposición Complementaria Transitoria al Derecho Legislativo 1421 se había dictado fuera de los parámetros de los artículos 101.4 y 104 de la Constitución, en tanto y en cuanto la ley autoritativa en que se sustenta el Decreto Legislativo 1421 no tenía previsto el supuesto que le permitiera regular al Gobierno lo referido a la prescripción de deudas tributarias.

2. Cabe alegar que en este caso el Grupo de Trabajo encargado del control constitucional sobre los actos normativos del Poder Ejecutivo de la Comisión de Constitución y Reglamento, en su informe 90/2018-2019,ya se había pronunciado a favor de que la norma impugnada ante nuestro Tribunal estaba complemente de acuerdo con los parámetros de la ley autoritaria, la ley 30823, también denominada "Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de gestión económica y competitividad, de integridad y lucha contra la situación de violencia y vulnerabilidad y de modernización de la gestión del Estado". Sin embargo, alguien con legitimidad procesal para hacerlo cuestionó ese pronunciamiento y pidió conocer cuál era la visión de este Tribunal al respecto, y ello justifica que se digan algunas cosas sobre el particular.

3. El tema del control de la legislación delegada no es una materia nueva para este Tribunal, el cual, en reiteradas ocasiones, siguiendo lo señalado en el artículo 104 de la Constitución vigente, ha reconocido que los Congresos pueden delegar facultades en los Gobiernos, mediante la ley autoritativa correspondiente, la cual, en primer lugar, fijará las materias que puede abarcar la legislación delegada (con excepción de las materias que son indelegables a la Comisión Permanente, que están claramente establecidas en el artículo 101 inciso 4 de nuestro texto constitucional).

4. Además, nuestro Tribunal ha establecido una noción de lo que debe entenderse como legislación delegada (STC 0012-2011.PI/TC). En esa misma sentencia ha hecho importantes precisiones sobre los límites de la legislación delegada, que pueden ser de carácter temporal o material. Es más, y ya entrando a lo estrictamente tributario, este Tribunal ha establecido relevantes pautas en materias como las del tratamiento especial que debe proporcionarse a determinadas zonas del país, de acuerdo con el artículo 79 de nuestra Constitución (STC 0016-2007-PI/TC)

5. Todo ello, claro está, va de la mano de reconocer que los decretos legislativos están sometidos también a un control parlamentario (STC 005-2013-PI/TC). Por ende, este Tribunal Constitucional tiene claro en que, en el presente caso, lo que corresponde es

analizar si dentro de los parámetros de la Ley autoritativa 30823 se encuentra justificación a la configuración del Decreto Legislativo 1421. Y, por cierto, yo si encuentro esa justificación en los literales h y g del primer inciso del artículo 2 de la ley 30823.

6. En ambos literales se habilita a modificar el Texto Único Ordenado del Código Tributario (literal g), y, lo que es más relevante, se da la competencia para "establecer los mecanismos que permitan al Tribunal Fiscal y a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat) fortalecer su gestión, así como el marco normativo que coaduyen a garantizar el adecuado cumplimiento de sus funciones y brindar un mejor servicio" (literal h).

7. No perdamos de vista cual había sido el escenario anterior a la dación del Decreto Legislativo 1421. Como todos podemos entender, así de vital como es una determinación o fijación de deuda tributaria, tarea que no se puede dilatar indefinidamente en el tiempo; también es necesario establecer un plazo de prescripción para el desarrollo de la labor de cobro de esas deudas. La necesidad de recurrir a la prescripción en ambos supuestos (determinación y pago de deuda tributaria) devenía en indispensable, en tanto y en cuanto si bien los particulares tienen deberes ante el Estado, el Estado debe desarrollar un ejercicio diligente de sus competencias, para así no perjudicar injusta e innecesariamente a sus ciudadanos y ciudadanas.

8. Sin embargo, y hasta la dación del Decreto Legislativo 1113, el 28 de septiembre de 2012, el Código Tributario solamente tenía referencias genéricas a la prescripción de las deudas tributarias en su artículo 43, y mejores precisiones acerca de la prescripción de la determinación de la deuda tributaria, más no del pago de la deuda tributaria. Eso es justamente lo que remedia el Decreto Legislativo 1113, cuya vinculación con su ley autoritativa y la constitucionalidad de su contenido no se discutió, incluyendo un inciso 7 en el artículo 44 del Código Tributario, destinado precisamente a establecer un plazo de prescripción de hasta cuatro años para el cobro de una deuda tributaria.

9. Así se daba un tratamiento coherente y consistente al tema. La autoridad tributaria tenía un plazo de prescripción de hasta cuatro años para determinar (fijar) una deuda tributaria, y una vez determinada la deuda, un plazo de prescripción de hasta cuatro años para asegurarse el pago de lo adeudado. Tratándose de normas de este tipo, y de acuerdo con el actual texto del artículo 103 de la Constitución peruana de 1993, se pone en vigencia la teoría de los hechos cumplidos, y se aplica de manera inmediata, tal como lo ha venido impulsada por diversa jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional (entre otras, las SSTC 0316-2911-AA/TC, 0002-2006-PI/TC y 0606-2004-AA/TC; así como la sentencia emitida en los acumulados 00021-2012-PI/TC,00008-2013-PI/TC,00009-2013-PI/TC, 00010-2013-PI/TC y 00013-2013-PI/TC).

10. En ese mismo tenor se pronuncia la norma X del Título Preliminar del Código Tributario. Además, una interpretación de lo dispuesto en sus artículos 27,41, 47 y 49 consagran en el caso peruano una prescripción que extingue la acción para determinar la deuda tributaria, cobrar dicha deuda y aplicar sanciones.

11. En este contexto, resulta sorprendente, con todo respeto, la actuación del Tribunal Fiscal. Luego de resoluciones donde reconocía la necesidad de determinar una deuda como requisito previo para cobrarla (RTT 00161-1-2008; RTT10495-3-2012, entre otras) se emite en el año 2017 un pronunciamiento del Pleno del Tribunal Fiscal, la resolución 9789-4-2017, del 7 de noviembre de 2017, la cual señala que solamente basta con un plazo de prescripción de cuatro años para la determinación y el pago de la deuda tributaria, entendiendo además que ambas situaciones (determinación y pago) podían correr paralelamente.

12. Con el debido respeto que me merece el Tribunal Fiscal, aquí hay varias objeciones a la vista. En primer lugar, la aprobación, modificación y determinación de condiciones de los diferentes tributos son materias que se guían por los principios de reserva de ley y legalidad, y, hasta dónde todos(as) sabemos, el Tribunal Fiscal es un muy respetable Tribunal Administrativo. En segundo término, su pronunciamiento aprobado en pleno con carácter de precedente (en rigor es innecesario hablar de "precedentes de observancia obligatoria", por redundante, ya que todo precedente genera reglas, y éstas, como todos(as) conocemos, son de observancia obligatoria) confunde dos momentos distintos (determinación y deuda), y trata de hacerlos correr en paralelo, cuando uno de ellos (el pago de la deuda) no se puede dar sin la especificación de la deuda).

13. Se alegaba la existencia de controversia acerca de los casos cuyo acto de cobranza, previamente determinada la deuda, fue notificado luego del 28 de setiembre de 2012, fecha en que entró en vigencia el Decreto Legislativo 1113. En realidad, era una falsa controversia. Como es de conocimiento general, un plazo de prescripción es siempre un plazo legal. Y si se aprueba una ley nueva, sobre, por ejemplo, el plazo de prescripción del pago de una deuda tributaria, prima la teoría de los hechos cumplidos y la aplicación inmediata de la norma, conforme al artículo 103 de nuestra Constitución. El Decreto Legislativo 1113 había respondido la inquietud, y, desafortunadamente, decisiones como la del Tribunal Fiscal volvían, seguramente sin mala intención, a resucitarlas.

14. Es pues en ese contexto que surge al Decreto Legislativo 1421. Su objetivo, en rigor, y al amparo del artículo 154 del Código Tributario, era dejar sin efecto el precedente 9789-4-2017, y volver la comprensión del tema al acertado parámetro del decreto Legislativo 1113, sin introducir cambio alguno a lo dicho inicialmente en el Decreto Legislativo 1113, materia de vital relevancia sobre la cual volveré después.

15. Es claro entonces cuál era el alcance del Decreto Legislativo 1421, y cómo lo allí previsto se encuentra perfectamente ubicado dentro de los márgenes de la ley autoritativa 30823. Debe además tenerse presente que ya el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que la autorización a una legislación delegada no puede ser detallada sobre lo que se delega, pues, caso contrario, se hace innecesario recurrir al mismo mecanismo de la legislación delegada (STC 0022-2011-PI/TC).

II. NO ENCUENTRO VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD VINCULADOS AL CONTENIDO O AL OBJETO DE LA NORMA IMPUGNADA (LOS DENOMINADOS VICIOS DE FONDO)

16. La parte demandante alegaba también que la disposición impugnada vulneraba los principios constitucionales de irretroactividad de las leyes. Respetuosamente, nada más lejos de la verdad.

17. Como ya he anotado en el presente texto, en el Perú, luego de la reforma constitucional introducida por la ley 28389 del año 2014, queda claro que el parámetro de aplicación de las leyes en el tiempo es el de los hechos cumplidos, recogido en el artículo 103 de la Carta reformada, pero con algunos importantes antecedentes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, como la STC 0008-1996-PI/TC.

18. Esta aplicación inmediata de la norma en el tiempo que consagra la teoría de los hechos cumplidos en el Perú, solamente tiene una excepción constitucionalmente admitida, la invocada en materia penal a favor del reo (en ese sentido, la STC 0606-2004-AA/TC, entre muchas otras). Las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes no tienen fuerza retroactiva alguna, salvo en el caso al cual acabo de hacer referencia, la materia penal a favor del reo (en ese sentido, la sentencia recaída en los expedientes acumulados 00021-2012-PI/TC, 00008-2013-PI/TC, 00009-2013-PI/TC, 00010-2013-PI/TC y 00013-2013-PI/TC).

19. No hay pues aquí supuesto alguno de una alegada retroactividad en perjuicio de los demandantes. Pero tampoco encuentro válido alegar que el Decreto Legislativo 1421 genere situaciones reñidas con la seguridad jurídica. Entre ellas están las SSTC 016-2002-PI/TC, 0012-2003-PI/TC y acumuladas. Lo común en todos pronunciamientos es que no puede hablarse de perjuicio a la seguridad jurídica, si el cambio producido es contrario a Derecho, y en perjuicio de los ciudadanos(as).

20. Nada de ello existe en el presente caso. Aquí el cambio introducido por el Decreto Legislativo 1421 solamente implica dejar de lado un pleno administrativo confuso y con discutible competencia para afirmar lo que afirmó, y la vuelta a los parámetros tal cual como ya estaban consagrados en el Decreto Legislativo 1113, que, por cierto, no tenía antecedentes claros en la regulación del plazo de prescripción de cobro de deudas tributarias, pues en rigor fue el primer pronunciamiento específico emitido al respecto.

21. No encuentro entonces cuestionamientos que permitan calificar como inconstitucional a la norma impugnada, y por ello **MI VOTO ES POR DECLARAR INFUNDADA LA DEMANDA.** Sin embargo, quisiera añadir algunas consideraciones adicionales al respecto, lo que procedo a efectuar a continuación.

III. ALGUNAS ANOTACIONES FINALES

22. Hay consideraciones de Derecho en general, y de Derecho Constitucional en particular, que creo que siempre debemos tener presente. La primera de ellas es que lo ilógico,

y, sobre todo, lo irrazonable, nunca puede ser constitucional. Llevado esto a este caso en concreto, un acuerdo que obliga a tratar como dos asuntos paralelos a la determinación de una deuda y el pago de una deuda ya determinada es algo ilógico e irrazonable. Plantear una situación distinta, donde se reconoce que hay situaciones que se dan una luego de otra (la determinación de deuda primero y el pago de la deuda determinada), si es, en principio, algo lógico y razonable, y, por ende, reputado como constitucional.

23. De otro lado, es innegable la relevancia que tienen las empresas (independientemente de su tamaño) y los(as) ciudadanos(as) que realizan una vital labor para apuntalar la economía en nuestro país. Sin embargo, ese esfuerzo no excluye a nadie, y menos en las difíciles circunstancias que nos toca vivir, de asumir ciertos deberes y algunos compromisos ineludibles.

24. Aun cuando se pueda señalar que estemos ante documentos que constituyen soft law, no negarse que este Tribunal, en su proceso de convencionalización del Derecho, ha mirado y seguido con especial detalle el aporte de documentos como los denominados Principios Rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos, promovidos por Naciones Unidas. Entre estos principios se encuentra el reconocimiento del papel de las empresas como "órganos especializados de la sociedad que desempeñan funciones especializadas y que deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los Derechos Humanos" (Principio General b)).

25. El punto de partida para exigir el cumplimiento de sus responsabilidades en infraestructura, servicios y demás tareas que le son propias es que todos(as) paguemos nuestros impuestos, claro está que, tomando en cuenta nuestra real capacidad contributiva. Esto no hay que entenderlo como parte de nuestro necesario aporte para construir una sociedad que no se quede, en una dinámica de crecimiento que no va más allá de lo cuantitativo ni asegura condiciones de igualdad material; sino más bien como el canal para alcanzar un desarrollo cuantitativo a favor de todos(as), el cual nos permita atender nuestras necesidades humanas básicas y considerar nuestros distintos y legítimos proyectos de vida.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas, emito el presente voto debido a que no comparto la decisión adoptada en este caso ni los argumentos que la sustentan. En ese sentido, a continuación, haré referencia, en primer lugar, al razonamiento que se ha adoptado en la ponencia para posteriormente, fundamentar por qué considero que la demanda de inconstitucionalidad debe ser declarada **INFUNDADA.**

a) Antecedentes y posición asumida en la ponencia

Con fecha 1 de febrero de 2019, el Colegio de Abogados de La Libertad interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421, alegando la vulneración de la regulación constitucional de la delegación de facultades legislativas, el principio de irretroactividad de las normas y la seguridad jurídica. La ponencia declaró FUNDADA la demanda en todos sus extremos.

En relación con la forma de la norma cuestionada, la ponencia considera que el Decreto legislativo 1421 resulta inconstitucional, al no advertir que la Ley Autoritativa N° 30823 haya establecido una específica delegación de facultades al Poder Ejecutivo para modificar las normas relativas a la aplicación temporal en el cobro de los tributos, por lo que considera que se excedió el ámbito de las facultades para legislar en materia tributaria.

Por otro lado, respecto a la presunta vulneración del principio de irretroactividad, la ponencia estima que la Primera Disposición Complementaria Transitoria no introduce una regla interpretativa desde el momento que no discrimina entre las normas que podrían desprenderse de la disposición optando por alguna de ellas, sino que se limitaría a fijar autónomamente un nuevo momento para iniciar el cómputo de la prescripción.

En ese sentido, se advierte en la ponencia que la disposición impugnada no modifica el lapso por el que se extiende la prescripción, sino que varía el otro elemento objetivo que es el punto de inicio del cómputo que resulta fijo, por lo tanto, incide en todos aquellos casos en que la prescripción hubiese comenzado a desarrollarse. En consecuencia, se considera que la disposición cuestionada supone una aplicación retroactiva de un nuevo punto de inicio del cómputo de la prescripción a casos en los que dicho evento ya se había producido, por lo que se estiman que se infringe el artículo 103 de la Constitución.

De todo lo expuesto es posible advertir que, a criterio del magistrado ponente, la demanda debe ser estimada en su conjunto, por lo que debe declararse FUNDADA.

Al respecto, estimo que, si bien el texto de la disposición impugnada pudo haber sido redactado de mejor manera para evitar equívocos, considero a diferencia de la ponencia, que esta disposición no resultaría contraria a la Constitución. En el siguiente apartado explicaré

las razones por las que estimo que la disposición cuestionada resulta válida desde el punto de vista constitucional.

b) Razones por las que corresponde desestimar la demanda

Antes de exponer las razones por las que considero que la demanda debe desestimarse, creo que es oportuno recordar que la opción de declarar la inconstitucionalidad de una norma es una medida de *ultima ratio,* ello en virtud del principio *indubio pro legislatore*. Al respecto, este Tribunal Constitucional ha precisado lo siguiente:

> No cabe que se declare la inconstitucionalidad de una disposición si, entre sus normas, esto es, los sentidos interpretativos de una disposición legislativa, es posible hallar una que sea compatible con la Constitución. […] la declaración de invalidez constitucional siempre debe ser la *ultima ratio* a la que este Tribunal (y los jueces del Poder Judicial, desde luego) acuda: "Los jueces y tribunales –entre los que se ha incluido este mismo Tribunal, dice la Segunda Disposición General de la LOTC- sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional" [Expediente 0002-2003-PI/TC, fundamento 7].

Ahora bien, respecto a la alegada inconstitucionalidad por la forma del Decreto Legislativo 1421, se debe mencionar que se ha vuelto creciente en la práctica que el Congreso de la República otorgue al Poder Ejecutivo facultades legislativas que la Constitución autoriza. En el ejercicio de la delegación, se evidencia la generalidad de los aspectos en las materias autorizadas, de manera que respecto al ámbito tributario previsto como materia autorizada por la Ley 30823 para la legislación de parte del Poder Ejecutivo resulta siendo amplia.

Sin embargo, del contenido en el inciso h) del artículo 2 de la Ley 30823, se aprecia que se fija un marco de delegación suficiente para contemplar como materia delegable la prescripción de las deudas tributarias, toda vez que ello forma parte del marco normativo que coadyuva a garantizar el cumplimiento de sus funciones. Por lo tanto, la Ley 30823 contempla una habilitación que no trastoca los principios de legalidad y reserva de ley, debiendo ser declarado constitucional el Decreto Legislativo 1421. Sin perjuicio de ello, con la finalidad de evitar procesos que generen gasto público y confusiones, se debe exhortar al Congreso de la República para que en futuras delegaciones de las facultades que concedan, la Ley autoritativa a expedir procure contener un listado más específico de todos los aspectos a ser legislados por el Poder Ejecutivo.

En cuanto a la alegada inconstitucionalidad por el fondo, la parte demandante cuestiona la Primera Disposición Transitoria Complementaria del Decreto Legislativo 1421, por considerarla inconstitucional al vulnerar la prohibición de aplicación irretroactiva de la ley, pues desconoce las prescripciones ya ganadas por parte de los contribuyentes. En atención al precedente recaído en la Resolución N.º 9789-4-2017, emitido en noviembre de 2017, que interpretó que el inicio del cómputo de plazo de la prescripción de la acción administrativa tributaria para exigir el pago de una deuda tributaria antes de la vigencia del

Decreto Legislativo 1113, esto el 28 de setiembre de 2012, se regía por los numeral 1 al 4 del artículo 44 del Código Tributario y no por el numeral 7 introducido por el Decreto legislativo 1113, que instauraba el periodo de prescripción de 4 años desde el día siguiente de la notificación de la Resolución de Determinación o de Multa al contribuyente.

Ahora bien, advierto que, pese a que la norma impugnada contiene fórmulas que, en general, pueden ser consideradas como compatibles con la Constitución, ello no impide que existan supuestos específicos en los que pueda presentarse algún posible escenario de lesión de derechos, lo cual podría obedecer a distintos factores. Por ello, la autoridad judicial deberá examinar, en cada caso, la pertinencia de la aplicación del decreto legislativo impugnado.

Por lo expuesto, mi voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda, en la medida en que la disposición normativa cuestionada no resulta incompatible, en abstracto, con la Constitución, con la referida exhortación.

S.
RAMOS NÚÑEZ

Caso de la ley que suspende el cobro de peajes

Pleno. Sentencia 359/2020

Con fecha 25 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, ha emitido la siguiente sentencia, que declara **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad.

Asimismo, el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera formuló fundamento de voto.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que el voto mencionado se adjunta a la sentencia y que los señores magistrados proceden a firmar digitalmente 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 0006-2020-PI

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

25 de agosto de 2020

Caso de la ley que suspende el cobro de peajes

PODER EJECUTIVO
c.
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad planteada contra el artículo único de la Ley 31018, "Ley que suspende el cobro de peajes en la red vial nacional, departamental y local concesionada, durante el estado de emergencia nacional, declarado a causa del brote del COVID-19".

Magistrados firmantes:

SS.

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

TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

B-1. DEMANDA

B-2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

B-3. AMICUS CURIAE

B-4. TERCEROS

II. FUNDAMENTOS

§1. Proceso de inconstitucionalidad y delimitación de la presente controversia

§2. Aprobación de leyes mediante sesiones virtuales

§3. El modelo económico de la constitución

§4. Las app en el marco constitucional

§5. Infraestructura pública y contratos de concesión

§6. Análisis de constitucionalidad de la Ley 31018

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 25 días del mes de agosto de 2020, reunido el Tribunal Constitucional en la sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Ledesma Narváez (presidenta), Ferrero Costa (vicepresidente), Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, que se agrega.

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 2 de junio de 2020, el procurador público especializado en materia constitucional del Poder Ejecutivo interpone demanda de inconstitucionalidad contra el artículo único de la Ley 31018, "Ley que suspende el cobro de peajes en la red vial nacional, departamental y local concesionada, durante el estado de emergencia nacional, declarado a causa del brote del COVID-19". Alega que la referida norma es inconstitucional por vulnerar los artículos 58, 62 y 137 de la Constitución.

Por su parte, con fecha 24 de julio de 2020, el apoderado especial del Congreso de la

República contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

B-1. DEMANDA

Los argumentos de la demanda son los siguientes:

- El Poder Ejecutivo sostiene que la presente controversia sobre la suspensión del cobro de peajes se debe analizar desde una perspectiva constitucional; dado que lo recaudado por dicho cobro se relaciona con el mantenimiento de las vías nacionales, lo cual permite garantizar el tránsito de las personas en el territorio nacional. Así, la existencia de vías para el tránsito y su debido mantenimiento permiten el ejercicio de la libertad de circulación en condiciones que garanticen la vida e integridad personal de conductores y pasajeros.
- Argumenta que, de conformidad con la normativa vigente, el acondicionamiento de las vías para la prevención de riesgos y la supresión de situaciones que puedan significar un peligro para la vida e integridad de los usuarios se encuentra a cargo de las empresas concesionarias. Estas deben garantizar la existencia de una vía en óptimas condiciones que cumpla los niveles de servicio señalados en el contrato y, de esa forma, permitir el adecuado desplazamiento de usuarios en condiciones de seguridad.

- El Poder Ejecutivo alega que el peaje es el monto que el usuario paga por el derecho de utilizar la infraestructura vial. Su finalidad principal se orienta al mantenimiento de dichas vías, por lo que el cobro de peaje está relacionado con el deber de mantener una infraestructura adecuada para el tránsito de vehículos. De lo anterior, la parte demandante deduce que, cuando la Ley 31018 suspende el cobro de peajes, compromete seriamente el cumplimiento de las obligaciones de los concesionarios de las redes viales.
- La demanda precisa que en el Perú existen dos modalidades de administración de la infraestructura vial: la primera es a través de Provías del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), y la segunda es mediante empresas concesionarias en el marco del Decreto Legislativo 1362 y su reglamento. Esta última modalidad se efectuará conforme a las condiciones establecidas en los contratos de concesión. Concluye que, en la presente controversia, se cuestiona que la Ley 31018 establezca una suspensión en el cobro de peajes al margen de lo estipulado en los contratos de concesión.
- Argumenta que la ley cuestionada suspende el cobro de peajes en todas las unidades de la red de vía nacional, departamental y local que se hayan concesionado; y, por lo tanto, su aplicación no alcanza al ámbito del cobro de peaje en la red vial no concesionada.
- Además, señala que las redes viales concesionadas se pueden cofinanciar o autofinanciar. En el primer caso, el riesgo de la demanda recae en el Estado, de ahí que una afectación en el cobro de la tarifa no repercute en el concesionario, toda vez que los pagos a los que está obligado el concedente se deben seguir realizando. En el segundo caso, el riesgo de la demanda recae en el concesionario. Así, cualquier tipo de afectación en el cobro de la tarifa que incida en la recaudación de cada concesión vial puede generar que se activen los mecanismos de compensación previstos en cada contrato.
- Sostiene que, en el ordenamiento jurídico, existen ciertas exoneraciones para el cobro de peajes. En tal sentido, precisa que los vehículos de las Fuerzas Armadas, de la Policía Nacional del Perú, del Instituto Nacional Penitenciario y de las compañías de bomberos, y las ambulancias están exentos del pago de peaje en las redes viales, en el marco del Decreto Legislativo 1328. Esta medida rige tanto para las carreteras concesionadas como para las no concesionadas.
- Por otro lado, destaca que, el 29 de marzo de 2020, la Dirección Ejecutiva de Provías Nacional del MTC autorizó, mediante la Resolución Directoral 592-2020- MTC/20, la suspensión temporal del cobro de peaje en la red vial nacional no concesionada desde el 30 de marzo de 2020 y mientras dure el estado de emergencia nacional. En los fundamentos de la referida resolución, esta medida no se sustenta en evitar el contagio del COVID-19 o fortalecer el aislamiento social obligatorio, sino en problemas logísticos para el cobro de peaje y la necesidad de garantizar las actividades permitidas durante el estado de emergencia.

- Precisa que, a diferencia del caso de las redes viales no concesionadas, la suspensión del cobro de peajes en las redes viales concesionadas se debe analizar teniendo en cuenta lo estipulado en los contratos de concesión. De esta forma, en el marco de las concesiones viales cofinanciadas, destaca que, en virtud del Oficio Múltiple 0014-2020-MTC/19, treinta y dos unidades de peaje de las diez concesiones viales cofinanciadas suspendieron temporalmente el cobro de la tarifa de peajes. Señala que esta suspensión se ha realizado respetando la naturaleza de la concesión y el procedimiento establecido en cada contrato.
- Alega que, por tratarse de una concesión cofinanciada, la suspensión no afecta las obligaciones relacionadas con la operación y conservación de la infraestructura. Así, el cumplimiento de los niveles de servicio y seguridad de los usuarios de la vía no se vincula directamente al monto recaudado por la tarifa del peaje, dado que el riesgo de la demanda recae en el Estado. De ahí que, en las coordinaciones con las concesionarias autofinanciadas, no se haya concluido con un acuerdo de suspensión temporal del cobro de peaje, debido a que esto generaría contingencias económicas a la concesión como el incumplimiento en sus obligaciones de operación y mantenimiento.
- Por otro lado, en virtud del artículo 137 de la Constitución, refiere que el Poder Ejecutivo tiene competencia para declarar el estado de emergencia, lo cual implica la facultad de dictar medidas para enfrentar la emergencia presentada y que deben ser acatadas por todas las personas e instituciones. Sin embargo, precisa que el Gobierno no ha prohibido el cobro de peajes como una medida para evitar el contagio del COVID-19. Por el contrario, considera necesario el mantenimiento de las redes viales para el tránsito de las personas y de los vehículos a fin de asegurar los bienes y servicios esenciales, lo cual conlleva garantizar sus fuentes de financiamiento.
- En virtud de ello, concluye que la Ley 31018 contraviene las competencias del Poder Ejecutivo establecidas en el artículo 137 de la Constitución, referidas a la potestad de adoptar medidas que sean razonables y proporcionales al objetivo que sustenta la declaración del estado de emergencia.
- Alega, por otro lado, que la Constitución de 1993 reconoce al Estado peruano como un Estado social (artículo 43), cuyo régimen económico es el de la economía social de mercado (artículo 58). Una de las características de esta es la intervención del Estado en determinadas áreas de la actividad económica, entre ellas, las de infraestructura y servicios públicos.
- Sostiene, además, que, para cumplir el artículo 58 de la Constitución, el Estado debe adoptar todas aquellas medidas que se orienten al desarrollo del país como la construcción y el mantenimiento de redes viales, que comprende la celebración de contratos de concesión a través de las Asociaciones Público-Privadas (APP). De ahí que se hayan desarrollado acciones que permitan reconocer al Estado como responsable en el cumplimiento de los contratos que suscribe, otorgando la seguridad jurídica necesaria para

que estos acuerdos no sean afectados por decisiones externas a la voluntad de las partes que los suscriben.

- Por ello, la suspensión del pago de peajes establecida por ley implica una irrupción de carácter unilateral respecto del cobro de peajes por los concesionarios. Esta situación limita la posibilidad de exigir que el concesionario cumpla sus deberes de mantenimiento de las obras viales debido a que, en los contratos autofinanciados, el cobro de peaje constituye el mecanismo de recuperación de la inversión. Por ende, su suspensión arriesga la sostenibilidad de la infraestructura, lo cual, a su vez, compromete la seguridad de los usuarios.
- En consecuencia, el procurador de la parte demandante concluye que la Ley 31018 contraviene el artículo 58 de la Constitución, dado que afecta las políticas diseñadas por el Estado para promover el desarrollo del país en el ámbito de la infraestructura vial.
- Por otro lado, el Poder Ejecutivo argumenta que la Ley 31018 vulnera la prohibición constitucional de modificar los contratos mediante una ley. Asimismo, cita la Sentencia 0006-2012-PI/TC, en la cual el Tribunal Constitucional señaló que, del artículo 62 de la Constitución, se desprende que la libertad de contratar es una garantía frente a la intervención del Estado.
- En tal sentido, subraya que el contrato de concesión vial establece un régimen económico que comprende un mecanismo por el cual el concesionario recuperará la inversión realizada. Señala que los propios contratos de las APP regulan las condiciones, los requisitos y las formalidades, así como el trámite que se debe seguir para la suspensión de obligaciones por motivos de fuerza mayor, los acuerdos de las partes y otros allí establecidos. Esta suspensión genera diversos efectos, entre los que se encuentran la inexigibilidad de las obligaciones y la ampliación del plazo del contrato.
- Por otro lado, el demandante agrega que los mecanismos de compensación constituyen compromisos que el Estado asume, y que comprenden potenciales obligaciones de pago a favor del concesionario por la ocurrencia de uno o más eventos correspondientes a riesgos propios del proyecto de las APP. Refiere que estos pueden ser, de acuerdo con el MTC, el ingreso mínimo anual garantizado, la garantía tarifaria o el restablecimiento del equilibrio económico financiero.
- Finalmente, señala que la Ley 31018 desconoce el contenido contractual pactado por las partes debido a la suspensión de los derechos y las obligaciones del concesionario vinculados al cobro de peajes, y a la prohibición de otorgar la compensación correspondiente al concesionario por la afectación causada. Con ello, se están desconociendo los derechos, las obligaciones y los mecanismos de compensación estipulados en los contratos de concesión suscritos por el Estado peruano y los concesionarios.

B-2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

En la contestación de la demanda, se exponen los siguientes argumentos:

- El apoderado especial del Congreso de la República contesta la demanda solicitando que se declare infundada. Sostiene que, de acuerdo con el artículo 137, inciso 1, de la Constitución, el Poder Ejecutivo puede dictar medidas restrictivas de las libertades de reunión y tránsito, así como de la inviolabilidad de domicilio. Argumenta que la restricción contenida en la Ley 31018 (esto es, la suspensión del cobro de peajes en la red vial nacional, departamental y local concesionada) no es una materia de regulación exclusiva del Poder Ejecutivo.
- Señala también que la Ley 31018 se debe interpretar a la luz de los principios que orientan la separación de poderes, especialmente, el principio de cooperación entre poderes. Dado el actual contexto, los órganos constitucionales y los poderes del Estado deben adoptar decisiones orientadas a la reducción del incremento del número de afectados por el COVID-19 y, así, proteger eficientemente la vida y la salud de la población.
- Por otro lado, sostiene que, si bien la Constitución consagra en su artículo 58 que la iniciativa privada se puede desplegar libremente, esta se debe enmarcar en el modelo económico adoptado por la Constitución, es decir, el de economía social de mercado. Por ello, argumenta que toda persona natural o jurídica tiene la facultad de realizar actividades de aprovechamiento económico, pero en concordancia con el bien común y el desarrollo social.
- Alega que la Ley 31018 pretende garantizar el equilibrio entre el estímulo a la iniciativa privada y el bienestar general. Sostiene que, a través de la ley cuestionada, se protegen los derechos fundamentales como la vida y la dignidad de las personas, así como la salud y seguridad pública, en armonía con el bien común y el bienestar general.
- Argumenta que el límite de las libertades contractuales contenido en artículo 62 de la Constitución, referido a la garantía de inmodificabilidad de los contratos, se debe interpretar en concordancia con los artículos 2 (inciso 14), 44, 73 y 103 de la Constitución.
- Señala que el derecho a la libre contratación contenido en el artículo 2, inciso 14, de la Constitución no es absoluto. Refiere que el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 0011-2013-PI/TC, ha señalado que, bajo el Estado social y democrático de derecho, el bien común determina de manera inmanente el contenido garantizado constitucionalmente por el derecho fundamental a la libre contratación.
- Para el apoderado del Congreso, el artículo 44 de la Constitución consagra el deber de que el Estado actúe permanentemente con el fin de satisfacer el bien común. Así, en función del contexto actual, todos los órganos del Estado deben cumplir su obligación de promover el bienestar general.
- El demandando sostiene que la Ley 31018 tiene como objetivo garantizar el abastecimiento de alimentos, medicamentos y combustible en el territorio nacional durante el estado de emergencia nacional.

- Por ello, alega que, con la exoneración temporal del pago de peaje, el Estado cumple su deber de defender el interés de los consumidores y usuarios de los bienes y servicios esenciales durante el estado de emergencia nacional. Además, esto se relaciona con la garantía de los consumidores y usuarios contenida en el artículo 65 de la Constitución.
- Por otro lado, sostiene que, entre los bienes estatales de dominio público, se encuentran aquellos destinados al uso público como la infraestructura vial. Argumenta que dichos bienes se supeditan a un régimen de propiedad especial, lo cual significa que están dirigidos a la satisfacción de los intereses y finalidades públicas.
- Alega que, en este marco, se pactan concesiones entre el Estado y las empresas para el aprovechamiento económico de la infraestructura vial. Refiere que, en el caso de los contratos de concesión en infraestructura vial, solo se ha contemplado la modificación contractual por acuerdo de las partes. No obstante, para el demandado, la normativa emitida por el Estado referida a la promoción de la inversión privada en infraestructura habilita la modificación unilateral de las concesiones por razones de interés general como la circunstancia actual producto del brote del COVID-19.
- Sostiene que, de acuerdo con el artículo 103 de la Constitución, la ley cuestionada se aplica de conformidad con la teoría de los hechos cumplidos. En virtud de esta, los contratos se rigen por las normas vigentes en cada momento y no, ultractivamente, por las existentes al momento de su suscripción.
- Finalmente, alega que la incidencia en las disposiciones constitucionales 58 y 62 (esto es, la modificación unilateral de los contratos de concesión de infraestructura vial) se justifica en la situación actual producto del brote del COVID-19. Por ello, sostiene que se requiere la suspensión del cobro de peajes para mantener el abastecimiento de alimentos, medicamentos y combustibles en el territorio nacional durante el estado de emergencia nacional.

B-3. *Amicus curiae*

Con fecha 30 de julio de 2020, este Tribunal admitió el informe presentado por los señores Natale Amprimo Plá, César Ochoa Cardich, Carlos Rodríguez Manrique y Eduardo Joo Garfias, mediante el cual aportan elementos jurídicos que coadyuvan a resolver la presente controversia.

Asimismo, el 13 de agosto de 2020, este Tribunal admitió el informe jurídico del señor César Landa Arroyo.

B-4. Terceros

El 13 de agosto de 2020, este Tribunal incorporó como terceros en el presente proceso de inconstitucionalidad a las empresas Concesionaria Vial del Perú SA, Concesionaria Vial del Sol SA, Desarrollo Vial de los Andes SA y Concesionaria Peruana de Vías - Covinca SA.

II. FUNDAMENTOS

§1. PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD Y DELIMITACIÓN DE LA PRESENTE CONTROVERSIA

1. Mediante el proceso de inconstituciona1idad, la Constitución ha confiado al Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad de las leyes y las normas con rango de ley. En este proceso, quien cuenta con legitimación para interponer la demanda, *prima facie*, no persigue la tutela de intereses subjetivos, sino "la defensa de la Constitución" como norma jurídica suprema (cfr. Sentencia 00020-2005-PI y 00021-2005-PI/TC, fundamento 16).

2. Aun cuando se trata de un proceso fundamentalmente objetivo, es decir, un proceso en el que se realiza un juicio de compatibilidad abstracta entre dos fuentes de distinta jerarquía ("Por un lado, la Constitución, que actúa como parámetro (...); y, por otro, la ley o las normas con rango de ley, que constituyen las fuentes sometidas a ese control"), tal como ha afirmado este Colegiado (Sentencia 00032-2004-AI/TC, fundamento 2), también tiene una dimensión subjetiva, en la medida que son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, según establece el Artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

3. La finalidad del proceso de inconstitucionalidad es la defensa de la Constitución en su condición de Ley Superior. Ella ostenta el máximo nivel normativo, por cuanto es obra del Poder Constituyente, reconoce los derechos fundamentales del ser humano, contiene las reglas básicas de convivencia social y política, además de regular el proceso de producción de las demás normas del sistema jurídico nacional.

4. Asimismo, el artículo 75 del Código Procesal Constitucional establece que el proceso de inconstitucionalidad tiene por finalidad la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa. Asimismo, el artículo III del Título Preliminar de dicho código prescribe que "el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales".

5. En el presente caso, el Poder Ejecutivo cuestiona que la Ley 31018 vulnera los artículos 58, 62 y 137 de la Constitución. El artículo único de la ley impugnada dispone lo siguiente:

> Suspéndase con carácter excepcional y provisional del cobro de peaje en todas las unidades de peaje de la red vial nacional, departamental y local concesionada, con el objeto de evitar el contacto con los usuarios y cumplir con el aislamiento obligatorio mientras dure el estado de emergencia nacional dispuesto por el Poder Ejecutivo ante los riesgos de propagación del COVID-19.

La suspensión establecida en el presente artículo no causará ni generará derecho compensatorio.

6. Como se puede advertir, la suspensión del cobro de peaje que se dispone en la ley tiene las siguientes características:

   a. Es aplicable a las redes viales concesionadas.

   b. Tiene por objeto evitar el contacto con los usuarios y cumplir el aislamiento obligatorio.

   c. Se extiende mientras dure el estado de emergencia.

   d. No causará ni generará derecho compensatorio alguno.

7. A efectos de comprender la cuestión de fondo, se requiere esbozar el modelo económico de la Constitución, en el cual se desenvuelve la presente controversia, así como el marco de las APP, en cuyo contexto se celebraron los contratos de concesión en los que incide la ley cuestionada.

§2. APROBACIÓN DE LEYES MEDIANTE SESIONES VIRTUALES

8. Previamente, este Tribunal no puede dejar de considerar que este es el primer caso en el que una ley aprobada mediante sesiones virtuales del Pleno del Congreso de la República es materia de un proceso de inconstitucionalidad. Por ello, es imperativo realizar el control del respectivo procedimiento legislativo y verificar si este respeta los parámetros establecidos en la Constitución.

9. Para analizar estas interrogantes y verificar si el procedimiento legislativo de la Ley 31018 respeta los derechos de cada congresista a la participación libre, a la deliberación y al voto, así como el principio de democracia representativa, cabe destacar que la citada actividad parlamentaria toma como referencia normativa, entre otras, al artículo 51-A del Reglamento del Congreso de la República, adicionado por la Resolución Legislativa del Congreso 002-2020-2021-CR, publicada el 28 de marzo de 2020, que establece lo siguiente:

   En circunstancias de gravedad que impidan el desarrollo de sesiones presenciales, el presidente del Congreso, con acuerdo de la Junta de Portavoces representativo de tres cuartos del número legal de congresistas, puede disponer el desarrollo de sesiones virtuales del Pleno y de los demás órganos de la organización parlamentaria.

   La herramienta digital o tecnológica que se implemente para estos efectos debe garantizar el carácter público de los debates virtuales, salvo que se justificara su carácter reservado o secreto, así como la identificación y el ejercicio pleno de los derechos de los congresistas que integran los órganos parlamentarios, entre los que destacan los derechos de participación, deliberación y voto.

10. Asimismo, el artículo 27-A de este reglamento, también adicionado por la citada Resolución Legislativa del Congreso 002-2020-2021-CR, indica lo siguiente:

> Cuando ocurran circunstancias de gravedad que impidan el normal funcionamiento del Congreso, los órganos mencionados en el artículo precedente podrán sesionar virtualmente, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 51-A.
>
> Asimismo, los despachos congresales y los grupos parlamentarios podrán funcionar de manera virtual o remota, utilizando las herramientas tecnológicas que les facilitará la administración del Congreso.
>
> Para efectos de la verificación del quórum y de la votación, se podrá considerar, salvo previsión contraria, que el portavoz traslade el voto nominal de los miembros que componen su grupo parlamentario.

11. Al respecto, el Tribunal Constitucional estima necesario destacar, en primer término, que la actual emergencia sanitaria que afronta nuestro país no solo ha obligado a cambiar diferentes formas de vivir, sino también a que las instituciones públicas redimensionen sus procedimientos para cumplir los fines constitucionales y legales que se les han asignado. Por ello, un gran reto para el Estado es compatibilizar el efectivo cumplimiento de la función pública y el correcto uso de la tecnología para lograrlo. Cabe destacar que esta siempre debe ser un medio al servicio de la función pública y no al revés.

12. Dado el desarrollo tecnológico de los últimos tiempos, es claro que existen diferentes opciones al alcance de las instituciones públicas para que cumplan sus fines constitucionales y legales. Así, hay diferentes plataformas, sistemas o medios informáticos, entornos virtuales, etcétera, idóneos y eficaces en la labor parlamentaria. De ninguna forma, el uso de estos medios puede desnaturalizar los mandatos constitucionales que rigen la actividad parlamentaria: no debe reducir o eliminar la deliberación pública; impedir la participación libre de cada congresista en el debate de una ley, reforma constitucional, antejuicio político, etcétera; ni impedir la publicidad de la argumentación y del voto de cada congresista.

13. Si bien es conforme con la Constitución que, en ejercicio de su autonomía, el Poder Legislativo realice sesiones virtuales, estas deben garantizar el debate público, así como los derechos de cada congresista a la participación libre, a la deliberación y al voto. Cabe destacar que el congresista al participar, deliberar y votar, no solo está ejerciendo un derecho, sino que también representa a la nación. Es decir, la ciudadanía también tiene el derecho de verificar cómo se está efectuando la representación otorgada y controlar la actuación de sus representantes. Así, el artículo 45 de la Constitución establece que "el poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen".

14. En cuanto a la importancia del debate público en el sistema democrático, el Tribunal Constitucional ha sostenido que la democracia no se puede concebir como un

agregado de preferencias de aquellos que ejercen el poder. Antes bien, la adopción de decisiones (particularmente, las que emanan del Congreso, que es el órgano deliberante por antonomasia) se debe fundamentar en un constante y nutrido intercambio de argumentos, lo cual requiere que todos los que intervengan en ella cuenten con los datos necesarios para emitir una opinión informada que se oriente al bien público (cfr. Sentencia 00001-2018-PI/TC, fundamento 23).

15. Asimismo, este Tribunal ha señalado que "la democracia, bien entendida, implica que los que participan en el proceso deliberativo sean parte de un compromiso según el cual no deben existir preferencias inmutables fijadas de antemano, sino que, en el desarrollo del debate público, ellos puedan ratificar o modificar sus respectivos planteamientos iniciales" (Sentencia 00012-2018-PI/TC, fundamento 21).

16. Por otro lado, conviene precisar que la tecnología actual posibilita una mayor publicidad de la deliberación parlamentaria y de la representación que ejerce cada congresista. Así, aquel que no pueda asistir presencialmente, ya sea para proteger su salud, por razones de representación u otra que impida su presencia física, tiene la posibilidad de participar, deliberar y votar públicamente, desde cualquier parte del país, con la ayuda de los medios tecnológicos que el Parlamento ponga a su disposición. Lo que no puede efectuarse, por contravenir los derechos de cada congresista y el principio de democracia representativa, es que la participación, la deliberación y el voto no sean públicos.

17. Conforme a lo expuesto, el Poder Legislativo ha aprobado el segundo párrafo del artículo 51-A del Reglamento del Congreso, el cual expresa, en gran medida, cómo se compatibiliza el efectivo cumplimiento de la función pública y el correcto uso de la tecnología para lograrlo. Así, este párrafo establece lo siguiente:

> La herramienta digital o tecnológica que se implemente para estos efectos debe garantizar el carácter público de los debates virtuales, salvo que se justificara su carácter reservado o secreto, así como la identificación y el ejercicio pleno de los derechos de los congresistas que integran los órganos parlamentarios, entre los que destacan los derechos de participación libre, deliberación y voto.

18. No sucede lo mismo con el último párrafo del artículo 27-A del Reglamento del Congreso, que le otorga al portavoz de un grupo parlamentario la potestad de trasladar la votación nominal de los congresistas que lo integran a efectos de la verificación del *quorum* y de la votación, sin que se haga pública la participación libre, la deliberación y el voto de cada uno.

19. En dicho contexto, son dos las prácticas que ameritan pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el caso de autos: i) la exoneración de la Junta de Portavoces del envío a comisión de la respectiva autógrafa observada; y ii) si en las sesiones virtuales en las que se aprobó la Ley 31018, se han respetado el carácter indelegable del voto, entre otros derechos de cada congresista.

20. Sobre la primera práctica cabe mencionar previamente que es clara la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre el control de las exoneraciones realizadas por las Juntas de Portavoces. Así, en la Sentencia 00012-2018-PI/TC se sostuvo que "la aprobación de las diferentes exoneraciones contempladas en el Reglamento del Congreso (de dictamen en comisión, de pre-publicación en el portal oficial, de doble votación, etc.) se ha convertido en una práctica frecuente y no en un verdadero procedimiento excepcional, poniendo en entredicho la legitimidad del debate que se desarrolla en el Congreso de la República" y que "un procedimiento legislativo de excepción no puede ser aplicado de forma masiva. De lo contrario, se convierte en los hechos en el procedimiento legislativo regular. Si bien la potestad de establecer exoneraciones por parte de la Junta de Portavoces es discrecional, ello no implica que pueda ser usada de modo arbitrario" (fundamentos 33 y 34).

21. Asimismo, en el fundamento 35 de dicha sentencia, este Tribunal sostuvo que "aunque la potestad para establecer exoneraciones sea discrecional, ello no significa que no existan razones subyacentes a la adopción del acuerdo de exoneración. En efecto, este mecanismo no debería ser empleado, en línea de principio, en los casos en los que se advierta la necesidad de un importante nivel de especialización y/o tecnicidad de los temas a debatir, así como en aquellos que revistan elevada complejidad, ya que ello demanda, por su naturaleza, un mayor grado de deliberación. Evidentemente, este Tribunal también advierte que existen contextos y escenarios políticos en los que la excesiva extensión del debate puede generar ciertos niveles de inconvenientes ante la presencia de una situación que demanda un accionar inmediato por parte del Congreso de la República, lo que podría ameritar el empleo de las exoneraciones reguladas. Todos estos factores deberían ser sopesados en el momento en que se decide la posibilidad de emplearlas".

22. En el presente caso, el acuerdo de exoneración está mencionado en la página 24 del acta del 7 de mayo: "Al respecto, informó que la Junta de Portavoces, en la sesión virtual del 30 de abril de 2020, acordó la exoneración del trámite de envío a comisión (…)". En el acta del 30 de abril de 2020 se menciona lo siguiente: "Acuerdo 35-2020-2021/JUNTA-CR Exoneración de trámite de envío a comisión y ampliación de Agenda de autógrafa observada por el señor Presidente de la República Proyectos de ley 4951 y 4985/2020-CR. Autógrafa observada por el señor Presidente de la República. Se propone suspender el cobro de peajes en la red vial nacional, departamental y local concesionada, durante el Estado de Emergencia Nacional declarado a causa del brote del Covid-19. Se acordó la exoneración del trámite de envío a comisión y la ampliación de Agenda, respecto de la autógrafa observada por el señor Presidente de la República (…)".

23. En el acta que contiene el acuerdo de exoneración del trámite de envío a comisión de los proyectos de Ley 4951 y 4985/2020-CR, no constan las razones subyacentes que justifiquen la adopción del acuerdo de exoneración, más aún si la respectiva autógrafa había sido observada.

24. En consecuencia, no resultando justificada la exoneración del trámite de envío a comisión de los proyectos de Ley 4951 y 4985/2020-CR, el Tribunal Constitucional considera que dicha práctica aplicada indiscriminadamente y sin respetar su excepcionalidad no se ajusta a los parámetros constitucionales.

25. Respecto a la segunda práctica, cabe mencionar la revisión del expediente virtual de la Ley 31018 y de las respectivas actas del Congreso de fechas 6 y 7 de mayo. En el acta de 7 de mayo consta que se realizó la votación y expresamente se menciona que "Consultados los portavoces por la RELATORA para el traslado nominal del voto de los integrantes de sus grupos parlamentarios, el PRESIDENTE indicó que, la insistencia de la autógrafa observada por el Presidente de la República, fue aprobada por 103 votos a favor, dos en contra y 23 abstenciones (…)". Por tanto, no hay constancia de votación de cada congresista. Sólo la hay sobre lo que dicen los portavoces respecto de tales votos.

26. En consecuencia, teniendo en cuenta que en las sesiones virtuales mediante las que se aprobó la Ley 31018, no se ha respetado el carácter personal, directo e indelegable del voto, el Tribunal Constitucional considera que dicha práctica no se ajusta a los parámetros constitucionales. Más aún teniendo en cuenta que la Constitución (artículo 31) prescribe que es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos políticos, entre los cuales se encuentra el derecho político a ser elegido y todos los derechos que dimanan del mismo.

27. Sin embargo, este Tribunal considera que existe un sentido interpretativo que compatibiliza el último párrafo del artículo 27-A mencionado con los derechos de cada congresista a la participación libre, a la deliberación y al voto, así como con las disposiciones constitucionales sobre democracia representativa. Conforme a este sentido interpretativo, el portavoz de un grupo parlamentario podrá trasladar la votación nominal de los congresistas que lo integran solo cuando se garantice el carácter público de los debates virtuales, salvo en los casos en que se justifique su carácter reservado o secreto, así como cuando se identifique y permita el ejercicio pleno de los derechos de cada congresista a la participación libre, a la deliberación y al voto, tal como se desprende del segundo párrafo del artículo 51-A del Reglamento del Congreso.

28. Asimismo, el primer párrafo del artículo 51-A del Reglamento del Congreso se debe interpretar en el sentido de que se podrán desarrollar sesiones virtuales siempre y cuando se garantice el carácter público de los debates virtuales, excepto en los casos en que se justifique su carácter reservado o secreto, así como cuando se permita el ejercicio pleno de los derechos de cada congresista a la participación libre, a la deliberación y al voto, tal como se desprende del segundo párrafo del artículo citado.

29. Por tanto, el Tribunal Constitucional considera que las sesiones virtuales del Congreso de la República se realizarán conforme con la Constitución, siempre y cuando se interpreten los artículos 27-A y 51-A, entre otros, del Reglamento del Congreso en el sentido de que se garantice i) el carácter público de los debates virtuales; ii) la participación

libre, la deliberación y el voto públicos de cada congresista y iii) el carácter indelegable del voto

§3. EL MODELO ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN

30. Se denomina "Constitución económica" al conjunto de disposiciones constitucionales que emanan del régimen económico de la ley fundamental, las cuales suponen el establecimiento de un plexo normativo que tiene como finalidad configurar el ámbito jurídico en el cual se desarrollará la actividad económica del país.

31. Nuestra Constitución adopta un modelo de economía social de mercado, según lo dispuesto por el artículo 58 de la Constitución. Además, este régimen limita la participación del Estado, reservándole una actuación subsidiaria en la actividad empresarial, solo autorizada por ley expresa, y por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional (artículo 60 de la Constitución).

32. En concordancia con los principios orientadores de la economía social de mercado, la Constitución encarga al Estado que actúe, principalmente, en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura (artículo 58 de la Constitución).

33. Además, en dicho artículo, se incluye el principio de libre iniciativa privada que informa el régimen económico de la Constitución y se relaciona con el inciso 17 del artículo 2 de la norma fundamental. En este, se reconoce a toda persona natural o jurídica el derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia.

34. Por otra parte, el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución reconoce el derecho a contratar con fines lícitos, el cual se concibe como el acuerdo entre dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial (artículo 1351 del Código Civil). Dicho pacto no debe contravenir las leyes de orden público. Este derecho garantiza lo siguiente:

    a. Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir a la contraparte.

    b. Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual.

35. En concordancia con los principios orientadores de la economía social de mercado expuestos, la Constitución impone al Estado, como ya se ha mencionado, el deber de actuar en las áreas de promoción de la infraestructura y los servicios públicos (artículo 58 de la Constitución). Sin embargo, esto no implica que su actuación se lleve a cabo necesariamente de manera directa. En nuestro ordenamiento jurídico, existe todo un conglomerado de normas destinadas a regular la participación de los sectores público y privado en estos ámbitos.

§4. LAS APP EN EL MARCO CONSTITUCIONAL

36. La realización de los fines estatales se puede lograr mediante la inversión directa de los recursos públicos o con la cooperación de las empresas privadas. Esta segunda opción ha generado el desarrollo de un marco normativo orientado a regular esas relaciones entre los sectores público y privado.

37. Efectivamente, mediante el Decreto Legislativo 662, se otorgó un régimen de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras.

38. Posteriormente, el Decreto Legislativo 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado, en su artículo 1, dispuso lo siguiente: "Declárese de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las empresas que conforman la Actividad Empresarial del Estado".

39. A lo anterior, se sumó el Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, cuyo artículo 39 establece lo siguiente:

> Los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357 del Código Civil y tienen la calidad de contratos con fuerza de Ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y sólo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes.

40. La finalidad de dicho decreto es la siguiente (artículo 1):

> […] garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas, efectuadas o por efectuarse, en todos los sectores de la actividad económica y en cualesquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la Constitución y las Leyes.
>
> Establece derechos, garantías y obligaciones que se aplican a todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que sean titulares de inversiones en el país. Sus normas son de observancia obligatoria por todos los organismos del Estado, ya sean del Gobierno Central, Gobierno Regionales o Locales, a todo nivel.

41. Así, por ejemplo, en el caso de los servicios públicos, en su artículo 11, este decreto dispone que "el Estado asegura la prestación de servicios públicos básicos promoviendo la participación del sector privado, a fin de mejorar la calidad de los servicios".

42. Mediante el Decreto Legislativo 758, se dictaron normas para la promoción de las inversiones privadas en la infraestructura de servicios públicos.

43. Así, con la entrada en vigor de la Constitución de 1993, y la incorporación del ya descrito modelo de economía social de mercado, se fomenta la participación de los agentes privados en el desarrollo del país. Al Estado le corresponde el establecimiento del marco normativo que regule las condiciones de esta participación.

44. A fin de garantizar la estabilidad de los contratos, se incluyó en la propia Constitución la prohibición de que las leyes modifiquen las condiciones pactadas por los agentes económicos. El artículo 62 expresamente establece que "los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase".

45. Se supera, de esta manera, la práctica frecuente de modificar los contratos por medio de normas que alteran las condiciones que las partes consideraron al contratar.

46. Concordante con el modelo constitucional descrito, el artículo 73 de la Constitución también establece que se pueden conceder los bienes de uso público a particulares, conforme a ley, para su aprovechamiento económico.

47. En este marco, se promulgó el Decreto Legislativo 839, Ley de la Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos. Con posterioridad, se expidió el Decreto Legislativo 1012, que aprobó la "Ley marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada".

48. El Decreto Legislativo 1012 fue derogado por el Decreto Legislativo 1224, que aprobó la "Ley marco de la promoción de la inversión privada mediante las Asociaciones Público-Privadas y los proyectos en activos".

49. El Decreto Legislativo 1224 fue derogado por el Decreto Legislativo 1362, a través del cual se regula la promoción de la inversión privada mediante las APP y los proyectos en activos.

§5. INFRAESTRUCTURA PÚBLICA Y CONTRATOS DE CONCESIÓN

50. La administración de la infraestructura de la red vial en el país se puede efectuar de dos formas: la primera de manera directa, a través de Provías del MTC, y la segunda mediante las concesiones, cofinanciadas o autofinanciadas, que se desenvuelven en el marco del Decreto Legislativo 1362 y su reglamento (Decreto Supremo 240-2018-EF), conforme a las cláusulas establecidas en los respectivos contratos.

51. Como se reseñó *supra,* la Ley 31018 dispuso la suspensión del cobro de peajes en la red vial nacional, departamental y local concesionada. Por tal motivo, no incide en el ámbito de la administración de la infraestructura vial no concesionada.

52. El Decreto Legislativo 1362 dispone que, mediante el contrato de las APP, el inversionista puede explotar los bienes objetos del contrato (artículo 21.2). Asimismo, establece lo siguiente:

> El contrato que se celebra para desarrollar un proyecto bajo la modalidad de Asociación Público-Privada constituye título suficiente para que el inversionista haga valer los derechos que dicho instrumento le otorga frente a terceros; en especial, los mecanismos de recuperación de las inversiones y los beneficios adicionales expresamente convenidos, pudiendo incluir servicios complementarios (artículo 21.1).

53. Por su parte, el artículo 3.1 del referido decreto legislativo declaró de interés nacional la promoción de la inversión privada mediante las APP y los proyectos en activos para contribuir al crecimiento de la economía nacional, y al cierre de brechas en infraestructura o servicios públicos, entre otros.

54. Asimismo, en el artículo 22 de este decreto legislativo, se establece que el régimen económico-financiero de las APP presenta la siguiente clasificación:

    1. Cofinanciadas: son aquellas que requieren cofinanciamiento, u otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras que tienen probabilidad significativa de demandar cofinanciamiento.

    2. Autofinanciadas: son aquellas con capacidad propia de generación de ingresos, que no requieren cofinanciamiento y cumplen con las siguientes condiciones:

        a. Demanda mínima o nula de garantía financiera por parte del Estado, conforme lo establece el Reglamento.

        b. Las garantías no financieras tienen una probabilidad nula o mínima de demandar cofinanciamiento, conforme lo establece el Reglamento .

55. Por su parte, los artículos 111 y 112 del Reglamento del Decreto Legislativo 1362 establecen las causales de suspensión y terminación del contrato de las APP:

    Artículo 111. Suspensión del Contrato

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

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

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

    3. Por cualquier otra causal convenida en el Contrato.

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

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

    Artículo 112. Terminación

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

    112.2 La terminación del Contrato de APP se da por:

1. Cumplimiento de plazo del Contrato.
2. Incumplimiento grave del Inversionista, según lo establecido en el Contrato.
3. Incumplimiento grave del Estado, según lo establecido en el Contrato.
4. Acuerdo de las partes.
5. Resolución por parte del Estado por razones de interés público.
6. Destrucción total de la infraestructura pública.
7. Otras causales que se estipulen en el Contrato.

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

56. La concesión es una modalidad de participación de la inversión privada. El contrato de concesión posee ciertas particularidades: por un lado, se encuentra el interés público, canalizado por la oferta del Estado respecto a un bien o servicio; y, por otro lado, está el interés privado en busca de beneficio económico. En ese sentido, las obligaciones referidas al deber de continuidad del servicio, su mantenimiento y la contraprestación económica (cobro de tarifas) en los contratos de concesión otorgan incentivos para que ambas partes cumplan sus obligaciones. De esta manera, la interacción de ambos intereses beneficia a los usuarios.

57. De ahí que se puede afirmar que el cobro de la tarifa de peaje en los contratos de concesión de infraestructura vial permite a las empresas concesionarias recuperar las inversiones ejecutadas como parte de sus obligaciones contractuales, así como ejecutar las disposiciones relacionadas con la operación de mantenimiento de las vías de acuerdo con los niveles de servicio establecido en el contrato de concesión.

58. En esta relación, las reglas y cláusulas aplicables son determinadas por el Estado, en parte por la naturaleza de los bienes y servicios sobre los que se acuerda. Esta situación guarda sentido con los fundamentos precedentes, en tanto que la propia Constitución (artículo 58) encomendó al Estado su actuación en el área de promoción de la infraestructura.

59. En el marco de esta promoción e incentivo de la inversión privada, además, se reconoce la posibilidad de firmar convenios de estabilidad jurídica, que representan seguridades que otorga la administración pública a la inversión privada. Así, el artículo 25 del Decreto Legislativo 1362 dispone lo siguiente:

25.1 De acuerdo con lo señalado en el artículo 1357 del Código Civil, el Estado queda autorizado para otorgar mediante contrato, a las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, que realicen inversiones al amparo del presente Decreto Legislativo, las seguridades y garantías que, mediante decreto supremo, en

cada caso, se consideren necesarias para proteger sus inversiones, de acuerdo con la legislación vigente.

25.2 Tratándose de contratos de Asociación Público-Privada, resulta aplicable lo previsto en el artículo 19 del Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 059-96-PCM.

60. La firma de estos convenios de estabilidad jurídica tiene sustento en el artículo 62 de la Constitución, el cual dispone que "mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente".

61. Este Tribunal entiende el contrato-ley de la siguiente manera:

> Es un convenio que pueden suscribir los contratantes con el Estado en los casos y sobre las materias que mediante ley se autorice. Por medio de él, el Estado puede crear garantías y otorgar seguridades, concediéndoles a ambas el carácter de intangibles. Es decir, mediante contratos-ley, el Estado, en ejercicio de su *ius imperium*, crea garantías y brinda seguridades; y, al suscribir el contrato-ley, se somete plenamente al régimen jurídico previsto en el contrato y a las disposiciones legales a cuyo amparo se suscribió éste (Sentencia 0005-2003-AI/TC, fundamento 33).

62. Estos convenios se sustentan en la necesidad del Estado de promover las inversiones privadas en determinadas áreas. Al analizar los contratos-ley, este Tribunal sostuvo, en la Sentencia 0005-2003-AI/TC, lo siguiente:

> […] el contenido de los contrato-ley puede y debe sustentarse en razones de interés social, nacional o público […]. Por su propia naturaleza, a través del contrato-ley, el Estado busca atraer inversiones privadas (de capital) a fin de que promuevan aquellas actividades que el Estado considera que vienen siendo insuficientemente desarrolladas, de acuerdo con los planes y objetivos que se pueda haber trazado en el diseño de la política económica del Estado. Tienen como contenido propiciar un marco de seguridad a los inversionistas no sólo en asuntos privados de la administración, sino, también, en la prestación de actividades de derecho público (fundamento 34).
>
> En ese orden de ideas, este Tribunal precisa que no solo gozan de inmodificabilidad las cláusulas que componen el contrato-ley, cuando así se acuerde, sino también el estatuto jurídico particular fijado para su suscripción. Es decir, tanto la legislación a cuyo amparo se suscribe el contrato-ley como las cláusulas de este último.
>
> Ello es producto de una interpretación sistemática de los dos párrafos del artículo 62° de la Constitución. Por un lado, de conformidad con la primera parte de

dicho precepto constitucional, y no sólo respecto a los términos contractuales que contenga el contrato-ley, sino, en general para todo término contractual, "éstos no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase" (fundamento 35).

§6. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 31018

63. El artículo 62 de la Constitución señala lo siguiente:

> La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.
>
> Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

64. Este Tribunal entiende el citado artículo del siguiente modo (Sentencia 003-2004- AI/TC, fundamento 13):

> [D]e una interpretación sistemática de los dos párrafos del artículo 62° de la Constitución se establece una regla de carácter general, y es que no sólo los términos contractuales contenidos en un contrato-ley, sino que, en general, todo término contractual, "no puede ser modificado por leyes u otras disposiciones de cualquier clase" [STC 005-2003- AI/TC*:* Caso Contrato - Ley con Telefónica].

65. Asimismo, realizando una interpretación teleológica de esta norma constitucional, este Tribunal Constitucional ha indicado lo siguiente:

> A entender de este Tribunal Constitucional, esta tiene por finalidad garantizar la eficacia del derecho a la libertad contractual dentro de los límites establecidos por la ley. En efecto, el ordenamiento jurídico reconoce a las personas un amplio margen de libertad para realizar pactos que constituyan *ley entre las partes.* Si el Estado interviniera las relaciones contractuales modificando sus términos a través de disposiciones normativas de carácter general –como efectivamente ocurrió en el Perú en décadas pasadas–, la libertad contractual podría quedar disminuida o, inclusive, vaciada por completo de contenido. La parte pertinente del artículo 62 de la Constitución, sin embargo, se configura como una garantía idónea para remover ese riesgo asegurando que sean las partes del contrato y no terceros ajenos a la relación jurídica en cuestión, quienes tengan la última palabra respecto a su contenido (Sentencia 006-2012-PI/TC, fundamento 27).

66. La Ley 31018, objeto del presente proceso de inconstitucionalidad, establece lo siguiente:

> Suspéndese con carácter excepcional y provisional del cobro de peaje en todas las unidades de peaje de la red vial nacional, departamental y local concesionada, con el objeto de evitar el contacto con los usuarios y cumplir con el aislamiento obligatorio mientras dure el estado de emergencia nacional dispuesto por el Poder Ejecutivo ante los riesgos de propagación del COVID-19.
>
> La suspensión establecida en el presente artículo no causará ni generará derecho compensatorio.

67. Un primer problema que advierte este Tribunal es el referido a la finalidad de la ley, pues una es la señalada en su texto y otra distinta la que indican sus autores y defensores.

68. En efecto, la ley impugnada dice que su finalidad es "evitar el contacto con los usuarios y cumplir con el aislamiento obligatorio mientras dure el estado de emergencia nacional dispuesto por el Poder Ejecutivo ante los riesgos de propagación del COVID-19". Sin embargo, las e posiciones de motivos de los proyectos de ley que la originan señalan objetivos distintos.

69. Así, la exposición de motivos del Proyecto de Ley 4951/2020-CR manifiesta lo siguiente:

> […] es de imperiosa necesidad legislar, con el objetivo de **asegurar el tránsito, sin restricciones**, a nivel nacional, de los profesionales comprometidos con la emergencia sanitaria, así como aquellos que velan por el orden, la seguridad y la higiene de la población [énfasis añadido].

70. Por su parte, la exposición de motivos del Proyecto de Ley 4985/2020-CR indica lo siguiente:

> Ante la emergencia sanitaria la suspensión del cobro de peajes es una medida que permite contribuir y **facilitar el paso de las personas** que prestan algún servicio al Estado, o a las que están obligadas a asistir a sus centros de labores, siempre y cuando estén autorizadas. La iniciativa permitirá el **tránsito de los vehículos** de instituciones y empresas responsables de transportar alimentos, medicinas, combustible, carga y mercancías, sin hacer pago alguno por concepto de peaje [énfasis añadido].

71. A su turno, el apoderado del Congreso de la República, en el punto 127 de la contestación de la demanda de autos, afirmó que la suspensión temporal del pago de peaje en la red nacional concesionada tiene por objeto garantizar el abastecimiento de alimentos, medicamentos y combustible en el territorio nacional. En la audiencia pública del 12 de agosto de 2020, se le consultó al procurador del Congreso si esto significa que, sin la suspensión del cobro del peaje, dicho abastecimiento corría el peligro de interrumpirse. Ante ello, este respondió afirmativamente, pues con esta medida se facilita la "transitabilidad de la vía", promoviendo el transporte de alimentos, medicamentos y otro tipo de productos indispensables durante el estado de emergencia (cfr. del minuto 108 a 109 de la audiencia pública).

72. Este Tribunal no podría, en un exceso de formalismo, limitarse a aceptar lo que la ley impugnada señala como su finalidad; pues, más allá de su texto, esta ley tiene una finalidad real o material, como se evidencia en las citas precisadas anteriormente: "asegurar el tránsito, sin restricciones" (Proyecto de Ley 4951/2020-CR), "facilitar el paso de las personas" y "permitir el tránsito de los vehículos de instituciones y empresas" (Proyecto de ey 4985/2020-CR), y facilitar la "transitabilidad de la vía" (apoderado del Congreso de la República).

73. Esto permite concluir que la ley impugnada busca, en realidad, otorgar un beneficio económico a las actividades de transporte –las cuales no se han detenido durante el estado de emergencia–, consistente en eximirlas del pago del peaje, no obstante, el uso de la red vial concesionada.

74. Este Tribunal aprecia que, en ninguno de los proyectos de ley que origina la ley impugnada, existe algún sustento de cómo la medida de suspensión del cobro de peaje coadyuvará a la mitigación de la pandemia del COVID-19.

75. En cualquier caso, el cobro de peaje durante la pandemia representa un "riesgo mediano de e posición", según el Ministerio de Salud en su Informe 403-2020- OGAJ-MINSA, del 19 de mayo de 2020, donde se indica lo siguiente (anexo 1-I de la demanda):

> […] el nivel de riesgo para los cobradores de peaje es similar al de los cajeros de un supermercado […]. Sin embargo, a diferencia de estos, el chofer y el cobrador de peaje están en dos ambientes separados por un espacio abierto y ventilado, que en buena medida protege a ambos contra el intercambio directo de secreciones. El riesgo por contacto físico directo o través del dinero persiste.
>
> Tomando en cuenta las características de su trabajo y de acuerdo a los Lineamientos para la vigilancia, prevención y control de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a COVID-19 del Ministerio de Salud, los cobradores de peaje son considerados como trabajadores con "Riesgo mediano de exposición". Los mencionados lineamientos también especifican el tipo de medidas de protección que estos trabajadores deben usar, el que consta únicamente de mascarilla quirúrgica. Esto no excluye la posibilidad de que los cobradores de peaje usen medidas adicionales de protección, tales como, protectores de ojos, escudos faciales o láminas transparentes rígidas que sirvan de barrera entre ellos y los choferes. Adicionalmente, la desinfección frecuente de manos y dinero reducirá el riesgo de que estos transmitan el virus entre choferes y al cobrador. Estas medidas ya se vienen utilizando con eficiencia en algunos supermercados.

76. Corresponde, ahora, analizar la parte dispositiva de la ley impugnada, la cual comprende los siguientes puntos:

    a. Suspender el cobro de peaje en todas las unidades de peaje de la red vial concesionada nacional, departamental y local.

    b. Esta suspensión no causará ni generará derecho compensatorio.

77. Respecto a los peajes de las redes viales concesionadas, el demandante indica que "actualmente se encuentran en operación dieciséis (16) concesiones viales, de las cuales seis (6) son autofinanciadas y diez (10) cofinanciadas […]".

78. El demandante ha precisado que, desde 1979 y actualmente por el Decreto Legislativo 1328 (artículo 1)

> los vehículos de las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú, el Instituto Nacional Penitenciario, las compañías de bomberos y las ambulancias están exoneradas del pago de peaje en las redes viales. Esta exoneración rige tanto para las carreteras concesionadas como no concesionadas. Se trata, asimismo, de exoneraciones que no son transitorias sino de carácter permanente y que cuentan con una justificación expresa en la norma que las establece.

79. No obstante, el demandante también señala lo siguiente:

> un supuesto distinto al de la exoneración permanente en el cobro de peajes es la suspensión temporal del mismo. Sobre esta materia no existe un marco legal específico que lo regule de forma general. En el caso de las vías no concesionadas esta materia es abordada a partir de las disposiciones que emite el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, mientras que **en el caso de las vías concesionadas corresponde acudir al contenido de los contratos de concesi**ón p**ara identificar los supuestos en los cuales puede producirse y los procedimientos a seguir para tal efecto** [énfasis añadido].

80. Conforme a ello, en el caso de las concesiones viales autofinanciadas, el demandante señala que, el 31 de marzo de 2020, el MTC remitió sendas comunicaciones a los seis concesionarios autofinanciados, donde les solicitaban

> alguna acción frente al pedido de los transportistas de carga de no cobrar la tarifa del peaje, recibiendo una respuesta negativa. Dichos concesionarios señalaron que ya se estaban viendo afectados con el tráfico disminuido por las medidas del Estado frente a aislamiento social y una suspensión total del peaje durante el Estado de Emergencia Nacional , por más que sea temporal, generaría contingencias económicas a la concesión, como incumplimiento en la cadena de pagos a sus trabajadores, pagos de financiamiento, así como incumplimientos en sus obligaciones de operación y mantenimiento.

Asimismo, el demandante puntualizó lo siguiente: "Como se aprecia, en el diálogo para la suspensión del cobro de peaje en las concesiones autofinanciadas tampoco se consideró que la misma fuera para evitar el contagio del Covid-19 o fortalecer el aislamiento obligatorio decretado por el Poder Ejecutivo".

81. Todo esto permite que el demandante concluya lo siguiente:

> […] la suspensión del pago del peaje establecida por la Ley implica una irrupción de carácter unilateral respecto del cobro de peajes por los concesionarios, es decir,

> un incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del Estado peruano. El mencionado incumplimiento limita al concesionario para cumplir con sus deberes de mantenimiento de las obras viales, en tanto que se trata de un contrato de prestaciones recíprocas. En el caso de los contratos autofinanciados, el cobro de peaje constituye el mecanismo de recuperación de la inversión, por lo que su suspensión pone en peligro la sostenibilidad de la infraestructura; es decir el mantenimiento, la operatividad, conservación y transitabilidad en las vías concesionadas no estaría garantizada, lo cual compromete la seguridad de los usuarios y el cumplimiento de los niveles de servicio aplicables.

82. Respecto al mandato de la ley impugnada de que la suspensión del cobro de peaje "no causará ni generará derecho compensatorio", el demandante sostiene lo siguiente:

> [La] afectación al artículo 62 de la Constitución Política del Perú se materializa por cuanto la Ley 31018 desconoce que cada contrato de concesión regula distintos mecanismos compensatorios que los concesionarios pueden activar, pues se estaría dejando de lado los términos ya estipulados en los contratos de concesión que permiten afrontar los riesgos ocurridos en la ejecución del contrato, tales como las garantías tarifarias o el restablecimiento del equilibrio económico financiero.
>
> Sobre esto último, el Equilibrio Económico Financiero es particularmente relevante en los contratos de APP, en la medida que persigue una doble finalidad: (i) se busca otorgar una protección adecuada al inversionista en caso de daños ocasionados por cambios normativos (es decir tendrá un fin compensatorio) y (ii) se garantiza la continuidad del proyecto de infraestructura o servicios públicos, dado que, al existir una compensación adecuada, se preserva la finalidad económica del contrato y se suprime cualquier incentivo para promover su resolución.

83. En relación con las medidas de equilibrio económico financiero afectadas por la ley impugnada, los señores Natale Amprimo Plá, César Ochoa Cardich, Carlos Rodríguez Manrique y Eduardo Joo Garfias (*amicus curiae*) han señalado lo siguiente:

> Incluso en el supuesto negado [de] que el legislador hubiera pensado en [la] protección sanitaria […], **ello tampoco explicaría el PORQUÉ SE LES IMPIDE A LOS CONCESIONARIOS PODER ACTIVAR LAS MEDIDAS DE EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO que prevén sus contratos**, actuaciones económicas que, como resulta evidente, **NADA TIENEN QUE VER CON LA ACTIVIDAD FÍSICA DE COBRAR UN PEAJE**; actividad que se habría querido restringir en una SUPUESTA salvaguarda de la salud de las personas involucradas en la misma.

84. A ello hay que sumar que el presidente de la República, en el punto 18 de su observación a la autógrafa de la ley impugnada (Oficio 043-2020-PR, del 29 de abril de 2020), se refiere a los contratos de la red vial concesionada como "contratos ley", "por

los cuales –dice– el Estado otorga a un particular garantías o seguridades que no pueden ser modificadas legislativamente"[1].

85. Los terceros del presente proceso de inconstitucionalidad también lo han señalado así. En efecto, las cuatro empresas concesionarias recurrentes señalan tener contratos-ley con el Estado, en virtud del Decreto Ley 25570 (artículo 2) y, respectivamente, los Decreto Supremos 124-2005-EF, 180-2009-EF, 192-2010-EF y 008-2013-EF (cfr. pp. 67-71 de su escrito). Por ello, concluyen lo siguiente:

> […] en el caso de todos y cada uno de los Concesionarios Recurrente, el alcance de las garantías que nos fueron otorgadas por el Estado Peruano mediante los respectivos Contratos de Garantías (Contrato- Ley) es el de todas las declaraciones, seguridades y obligaciones del Concedente establecidas en nuestros respectivos Contratos de Concesión. En consecuencia y en aplicación de la naturaleza de Contrato-Ley que corresponde a cada uno de nuestros Contratos de Garantías, ninguna de las declaraciones, seguridades y obligaciones del Concedente pueden ser modificadas (suspendidas, inaplicadas o, de cualquier forma, alteradas) por lo que disponga una ley posterior.

86. A partir de todo lo revisado, este Tribunal debe concluir que la Ley 31018 vulnera el artículo 62 de la Constitución. Esta ley viola la libertad contractual, al suspender el contenido contractual pactado por las partes relativo al cobro de peajes, pese a que los vehículos usan las carreteras concesionadas y lo han realizado aun en los momentos más estrictos del estado de emergencia por la pandemia del COVID-19.

87. Como ya se ha revisado, la ley impugnada es, en realidad, un beneficio económico otorgado a las actividades de transporte, consistente en eximirlas del pago de peaje. Sin embargo, al conceder tal beneficio, la ley viola el mandato del artículo 62 de la Constitución, conforme al cual los términos contractuales no se pueden modificar por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

88. A ello se debe sumar que la ley impugnada infringe también la Constitución al prohibir la compensación correspondiente al concesionario por la afectación causada, desconociendo los derechos, las obligaciones y los mecanismos de compensación estipulados en los contratos de concesión.

89. Por último, este Tribunal aprecia que la Ley 31018 interviene en contratos de concesión que son contratos-ley. Así, desacata el mandato del segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución, según el cual estos "no pueden ser modificados legislativamente".

90. En consecuencia, para este Tribunal, la ley cuestionada no solo vulnera las garantías contractuales de los concesionarios, actuando de modo expresamente prohibido por el

1 Recuperado de <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Observacion_a_la_Autografa/AUOB04951-20200429.pdf>. Consulta: 19 de agosto de 2020.

artículo 62 de la Constitución, sino que también afectaría la continuidad de los servicios vinculados al mantenimiento y desarrollo de la infraestructura vial, en perjuicio de los usuarios del servicio.

III. FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad; y, en consecuencia, **INCONSTITUCIONAL** la Ley 31018, "Ley que suspende el cobro de peajes en la red vial nacional, departamental y local concesionada, durante el estado de emergencia nacional, declarado a causa del brote del COVID-19".
2. **ESTABLECER**, como interpretación constitucional de obligatoria aplicación, que las sesiones virtuales del Congreso de la República serán conformes con la Constitución siempre y cuando se interprete que los artículos 27-A, 51-A y demás relacionados con las sesiones, deliberaciones y votaciones comprendidas en los procedimientos parlamentarios del Reglamento del Congreso, garantizan los siguientes aspectos:
   a. el carácter público, abierto y transparente de los debates virtuales;
   b. la participación sin restricciones, la libre deliberación, y el voto personal, directo y público de cada congresista; y
   c. el carácter indelegable del voto.

Dado el carácter no retroactivo de la presente sentencia, la interpretación mencionada será obligatoria a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

Publíquese y notifíquese.

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

PONENTE FERRERO COSTA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

I. Consideraciones generales

Coincido con el sentido de la sentencia, pero he decidido además elaborar el presente fundamento de voto. Ello a pesar de que en nuestro país alguien reprobó la elaboración de fundamentos de voto, y hasta despectivamente habló de una suerte de soberbia de quienes los elabora. Con todo respeto, nada más lejano de nuestra realidad, la cual quien hizo esa afirmación parece desconocer. Cierto es que en países como Alemania o Italia son reacios a aceptar votos discrepantes (votos singulares) o fundamentos de voto (votos concurrentes en el sentido de lo resuelto, pero con diferencias en la sustentación de la postura asumida), pero cierto es también cómo en otras altas cortes se aceptan pacíficamente el uso de estos votos.

Y ello tiene una clara justificante. La decisión de quien tiene autoridad debe estar debidamente motivada, para así ser debidamente comprendida en todos esos alcances. Y en un contexto donde las pautas de la interpretación constitucional y el Estado Constitucional no necesariamente son conocidos por la ciudadanía, la motivación del sentido de cada juez(a) o magistrado(a) cuenta, además de otros rasgos, con una función de docencia en materia constitucional, y sobre todo en temas que, en rigor, deberían ser entendidos por todas las personas. Ello sobretodo en un contexto en el cual la configuración de la toma de decisiones judiciales debería ser dialógica (o, dicho con otras palabras, con la participación informada de todas las personas que resultan involucradas).

En ese tenor que, por lo menos en contextos como el norteamericano o el peruano, las altas cortes vinculadas con las labores propias de la jurisdicción constitucional (interpretación-concretización constitucional; formulación de respuestas conforme a los parámetros constitucionales y convencionales.; y control de constitucionalidad y convencionalidad), admiten y hasta promueven la existencia de votos singulares y de fundamentos de voto. Es pues en ese entendimiento que paso a desarrollar el fundamento de voto correspondiente.

II. El uso de competencias de oficio

Cuando una persona lee la presente sentencia, se encuentra con que el demandante centró su interés en un aspecto "de fondo" (en rigor, concepto vinculado al contenido y objeto de la pretensión planteada), y, sin embargo, el Tribunal comienza pronunciándose sobre un problema "de forma" (en puridad, acerca de los diversos elementos y condiciones de la acción planteada). En esto no hay mayor irregularidad, sino un adecuado ejercicio de la función que corresponde a cada juez(a) constitucional.

Me explico: y es que al juez(a) constitucional le corresponde concretizar la Constitución. Puesto en otros términos, garantizar que en una comprensión en abstracto (en el

caso del control abstracto de normas en un proceso de inconstitucionalidad) o a propósito de una situación específica, una acción o una omisión determinada (en el caso del control concreto, como puede darse en un habeas corpus o un amparo) de cualquier precepto normativo o cualquier actuación en omisión, debe responder o entenderse de acuerdo a parámetros constitucionales.

Aquello involucra que, cuando se invoca la actuación de un juez o jueza, la tarea de esos(as) juzgadores(as) sea la de garantizar una interpretación conforme a la Constitución de aquello que se ha puesto en su conocimiento.

El juez(a) constitucional no cumpliría su misión si, habiéndosele pedido que comprenda una norma, acto u omisión conforme a la Constitución, deje de pronunciarse sobre si otros aspectos de norma, acto u omisión cuestionada es inconstitucional, o si solamente podría entenderse como constitucional una disposición si es que se acoge uno de los significados que puede deducirse de la norma, acto u omisión cuestionados, descartando otras opciones.

Es más, no debe olvidarse que el primer ejercicio de la interpretación conforme a la Constitución y el control de constitucionalidad (en este caso dentro de la modalidad conocida como control difuso) es la histórica frase del famoso caso "Marbury versus Madison", en el cual la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de oficio y no a pedido de parte detecta que los preceptos de una ley (Judiciary Act) no admite una interpretación conforma a la Constitución, y por ende, debe ser declarada inconstitucional.

Eso es precisamente lo que ha pasado en este caso. Eso es lo que hacemos cuando como integrantes del Tribunal Constitucional del Perú hemos tenido que revisar la norma impugnada, encontramos un aspecto inconstitucional o sospechoso de inconstitucionalidad inicialmente no demandado (como en este caso, un procedimiento de configuración las decisiones tomadas en el Congreso de la República). Por ende, no podíamos evitar pronunciarnos al respecto Era más bien nuestro deber.

El juez(a) constitucional tiene además límites en el ejercicio de sus competencias. No es, como pomposamente se dijo alguna vez "un comisario del poder constituyente en funciones". Su labor es la de, como poder constituido que es, desempeñarse como un(a) intérprete calificado(a) entre otros intérpretes vinculantes de la Constitución, con la diferencia que le toca efectuar una interpretación de cierre o final dentro de cada ordenamiento estatal. Luego, vendría, si se quisiese, o si no se cuenta en el ordenamiento estatal antes mencionado con una fórmula idónea de tutela, una discusión ante órganos convencionales.

III. El juez(a) constitucional interpreta una Constitución respetando sus preceptos y sus valores, dejando de lado sus muy respetables consideraciones personales

Como ya aquí se ha señalado, el juez(a) constitucional debe interpretar (concretizar) una Constitución. Aun cuando se critica que pueda darse una interpretación absolutamente

objetiva (o, dicho de otra forma, sin alguna carga subjetiva), lo cierto es que la tarea del juez(a) constitucional es interpretar, concretizando, una Constitución, Constitución cuyos alcances implícitos o explícitos no puede desconocer.

Y es que el juez(a) constitucional es intérprete de un texto que refleja el pacto o consenso propio de una Constitución (salvo que esta Constitución tenga una connotación semántica, siguiendo los términos de Loewenstein). El juez(a) constitucional no es un intérprete (y menos aún un defensor) de sus propias, y por cierto, muy respetables convicciones. Puede o no gustarle alguna institución recogida en el texto constitucional, pero en el ejercicio de su labor no podrá desconocer su existencia, sino más bien estará obligado a defenderla y preservar sus alcances.

IV. Los problemas existentes en la denominada "inconstitucionalidad formal"

Aunque no se haya tratado de un aspecto denunciado por el demandante al juez(a) constitucional, rápidamente se detectan problemas de constitucionalidad en la configuración de leyes como la que aquí se impugna. Por ende, debemos ser claros: cuando un Tribunal Constitucional cuestiona un procedimiento o una actuación del Congreso, no está invadiendo las competencias de este importante organismo estatal

Lo que ocurre en estos casos es diametralmente distinto: el Tribunal se limita a hacer su labor de interpretación vinculante y control de constitucionalidad, y en ese sentido, no impone a otros organismos estatales cómo actuar, sino que les señala, pues ese es su deber, cómo deben materializar su quehacer para así no vulnerar el parámetro constitucional que todos (Gobierno, Congreso, otros organismos y la ciudadanía) nos hemos comprometido a defender y cumplir.

Es más, conviene tener presente que el pronunciamiento del Tribunal en estos casos, en principio, no cuenta con un carácter retroactivo. Lo realizado previamente a su pronunciamiento, y sus consecuencias, están protegidos por una presunción de constitucionalidad. La sentencia emitida por el Tribunal que establece algunos cuestionamientos al procedimiento parlamentario utilizado solamente tiene efectos para situaciones posteriores a su emisión y publicación. No funciona como una declaración de un organismo jerárquicamente superior sobre la actuación de otro, pues la relación Tribunal – Congreso es una de competencia y no de jerarquía. Es parte de lo que algunos llaman el control de regularidad constitucional que corresponde a todo juez(a) constitucional.

Luego de esta información anotar cuáles son las pautas incompatibles con la Constitución en las cuales se ha incurrido cuando se ha aprobado la ley aquí impugnada.

Y es que, tal como lo ha dicho esta misma composición del Tribunal Constitucional en la STC 0001-2018-PI/TC, (caso modificación del Reglamento del Congreso sobre regulación de los grupos parlamentarios), fundamento 28, las decisiones en el Estado Constitucional en general, y el Congreso en particular, deben fundamentarse en un constante y nutrido intercambio de argumentos, lo cual requiere que todos los que intervengan en

ella cuentan con los datos necesarios que le permitan emitir una opinión informada que se oriente al bien público.

Es aquí donde el análisis de los artículos 51 A (que establece procedimiento virtual) y 27 A (traslado de la votación a portavoces) complica aceptar su constitucionalidad. Se comprende que hay que adaptarse a situaciones generadas por la actual pandemia, pero no se puede justificar dejar en los hechos fuera del debate parlamentario a quienes siendo congresistas no son portavoces. Ello, por ejemplo, hoy no ocurre con el trabajo también de Congresos o Parlamentos de otros países, varios de ellos latinoamericanos

Y es que el espacio del Congreso es el de la deliberación abierta y transparente. No resulta entonces correcto en la línea, por ejemplo, la realización de debates congresales de madrugada, cuyo desarrollo pocos pueden ver. Tampoco lo es abusar del uso de la dispensa del trámite de comisiones o de la lectura del acta, máxime si se cuenta con un Congreso unicameral (y en este caso, además, cuando no se remite a comisiones un proyecto observado por el Presidente y se opta por la insistencia). Tampoco es adecuado que, existiendo un canal del Congreso, solamente se de a conocer el debate de algunas comisiones y no de otras. No debe perderse de vista que las sesiones reservadas son excepciones que deben estar suficientemente justificadas, y que las exoneraciones de trámite de comisión o de lectura del acta son, de acuerdo con lo dicho por este Tribunal en la STC 12-2018-PI/TC, situaciones de excepción, pues la regla en la actuación congresal es la deliberación amplia, e incluso con convocatoria de quienes sin ser congresistas pueden verse afectados por una decisión tomada por el Congreso.

No puede además confundirse la dinámica de una Junta de Portavoces, en principio destinada a generar acuerdos de política institucional o administrativa, en un espacio que sustituya la decisión de ciento treinta congresistas, máxime si, como aclara la ponencia, hay medios técnicos que permiten conocer lo que los/as congresistas aportan al debate. Debe además tenerse presente que los(as) congresistas, los cuales pueden ser parte de una bancada, no están sujetos a mandato imperativo. Su capacidad de participar en sesiones y votar es indelegable.

El Congreso más bien debe caracterizarse por una dinámica dialógica, en cuyas discusiones, insisto, en la medida de lo posible deben participar todos los actores involucrados en las materias debatidas. El Congreso no está para hacer muchas leyes (muchas de ellas sin contenido relevante), sino para dar buenas leyes, con un amplio debate y en temas realmente relevantes.

Los elementos de inconstitucionalidad en el procedimiento parlamentario seguido son evidentes. Ahora bien, la materialización de cómo actuar sobre ellos se da aquí a través de una sentencia interpretativa, mecanismo utilizado en este caso, y sobre el cual pasaré a realizar una breve reseña.

V. Las sentencias interpretativas y su uso en el presente caso

La labor de un juez(a) constitucional es especialmente compleja. Uno de los factores que genera esa mayor dificulta es el carácter de los textos a interpretar

Y es que los textos constitucionales (y en muchos casos incluso los legales y los de normas de menor rango) no solamente permiten una comprensión. Recurriendo a la siempre útil distinción que hizo Guastini entre disposición y norma, podemos decir, que tanto las disposiciones constitucionales como las del Reglamento del Congreso (normas con rango de ley) tienen diferentes comprensiones o sentidos normativos.

Es por ello que, tratándose de las disposiciones del Reglamento del Congreso, debiera tenerse en cuenta que las mismas pueden contar con diferentes comprensiones o sentidos normativos. Asì la lectura de los artículos 51 A y 27 A del Reglamento del Congreso (sobre todo si se los interpreta de manera conjunta o sistemática) pueden llevar a comprensiones y a prácticas en contra de la Constitución.

Es entonces el momento de resaltar un elemento básico de la interpretación constitucional; la del criterio de presunción de constitucionalidad de las normas, actos y omisiones, las cuales se asumen en principio constitucionales mientras haya en ellos una comprensión o un sentido que salve su constitucionalidad.

En ese contexto es que aparecen las denominadas sentencias interpretativas, cuyo objetivo es el de salvar la constitucionalidad de una o varias disposiciones, sobre todo las de rango legal.

Como bien conocemos, hay sentencias interpretativas que incluso son de tipo manipulativo, lo cual a su vez incorpora a las sentencias aditivas, reductoras y sustitutivas. Pero también están las denominadas sentencias interpretativas propiamente dichas, en donde el intérprete (juez(a) constitucional) señala, de manera vinculante, que solamente una de las múltiples interpretaciones es la conforme a la Constitución, y por ende, la interpretación a seguir.

Eso es justamente lo que ha hecho el Tribunal Constitucional peruano en este caso: determinar que, para salvar la constitucionalidad de lo aprobado por el Congreso, este importante organismo tiene que seguir ciertos recaudos, en lo que bien podría llamarse una sentencia interpretativa aditiva (se colocan o demandan la existencia de ciertos presupuestos a cumplir que salven la constitucionalidad de la norma impugnada). Esta es una práctica frecuente no solamente en nuestro tribunal, sino también en otros tribunales constitucionales del mundo.

VI. Apuntes sobre aspectos del objeto y contenido de la pretensión sobre la finalidad de la ley dictada y sus consecuencias

Pasando entonces al análisis del objeto y contenido de lo discutido, los denominados "temas de fondo", abordaré lo referente a la finalidad de la ley impugnada. Debe tenerse presente que en su momento se sostuvo que la finalidad alega de dicha norma es la de evitar la propagación del COVID. Con todo respeto, esa alegación, de ser la que realmente sustenta la medida tomada, no suporta un juicio de proporcionalidad.

Explico entonces el sentido de mi razonamiento: si lo que quería evitar era el contacto entre el personal de peajes y quienes vengan conduciendo el vehículo que en ese momento

se acerque a la caseta de peaje, sin duda había más posibilidades menos gravosas a las cuales recurrir como el pago por vía electrónica, por citar un ejemplo.

Sin embargo, el asunto es en realidad más delicado. Y es que si se revisa la contestación de la demanda y lo señalado por el señor procurador en la audiencia de vista de la causa, se apunta más bien a buscar favorecer a un grupo de transportistas exonerándole de pagar peaje, costo que por cierto ya estaba incluido entre los gastos que tenían que hacer esos transportistas.

Ahora bien, si esa es la verdadera finalidad, exonerar del pago de peajes en rutas concesionadas (sean cofinanciadas o autofinanciadas), ello ya genera otro problema, abordado en la sentencia, vinculado a lo señalado en el artículo 62 de la Constitución en sus dos párrafos, y especialmente en el segundo. A eso pasaré el presente análisis a continuación.

VII. Lo que se quiere afectar: un contrato ley que recoge una concesión sobre vías a particulares

Nuestro actual texto constitucional incluye un artículo como el 62, el cual tiene dos párrafos clave. El principio apunta a tutelar la permanencia de los contratos. El Tribunal, para estos casos, ha respetado esa vocación de no modificar los contratos mediante leyes. Sin embargo, ha admitido que tiene que leerse en forma sistemática con el artículo 2 inciso 14), que reclama la posibilidad de contratar, siempre que no contravengan leyes de orden público (caso Municipalidad de Maynas, por ejemplo).

Sin embargo, justo es recordar que la situación esté mucho más acotada en el supuesto recogido en el segundo párrafo del artículo 62, el cual consagra la fórmula del contrato- ley, que establece una clara limitación a que se pueden dictar leyes para modificar su contenido. La modificación de esos contratos-ley es exclusiva responsabilidad de las partes que lo han suscrito: el Estado (en rigor, el Gobierno de turno) y el concesionario.Las concesiones sobre las cuales se planteaba el impedimento de cobro de peaje habían sido celebradas mediante contratos leyes

La dación de la ley impugnada es inconstitucional, pues va contra lo previsto – nos guste o no – en el segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución. Es más, el incumplimiento de lo acordado con los concesionarios genera responsabilidades al Estado peruano. Dicho en términos más simples, va a producir una irresponsabilidad contractual, que buscará remediarse en sede nacional o internacional.

El incumplimiento de los contrato-ley con los concesionarios es, además, una potencial situación de generación de gasto, situación a la cual constitucionalmente no está habilitado el Congreso, de acuerdo con el artículo 79 de la Constitución. No desconozcamos además los riesgos que nos produciría incumplir las obligaciones propias del hoy denominado Derecho Internacional de las inversiones.

VIII. Una última reflexión: sobre los alcances del artículo 137 de la Constitución y una recomendación sobre la temporalidad de los estados de emergencia

El Gobierno, en su demanda, planteaba que el Congreso, al dictar la ley impugnada, alegaba que se habían invadido sus competencias y violado el artículo 137 de la Constitución. Respetuosamente no comparto esa afirmación. Ello en mérito a dos consideraciones: la primera, que la existencia de un Estado de Excepción en aplicación del artículo 137 de la Constitución no impide el ejercicio de la capacidad legislativa del Congreso, dentro de los límites que el propio ordenamiento jurídico ha establecido para esa actividad legisferante. La segunda apunta a que el hecho que el Congreso dicte leyes durante la vigencia de un Estado de Excepción no limita la competencia del Gobierno de declarar Estados de Excepción y dictar medidas a su amparo.

De otro lado, y si bien en el Perú no está reconocido el control jurisdiccional absoluto de un estado de excepción (revisión judicial de la declaratoria de un Estado de Excepción y de las medidas concretas tomadas a su amparo), se reconoce un control parcial, dirigido a las medidas dadas dentro del marco de un estado de excepción, sea un Estado de Emergencia o un Estado de Sitio.

Ahora bien, y en cualquier caso, no conviene perder de vista que, debido a su carácter excepcional, la declaratoria de un Estado de Emergencia (o de Sitio) y las medidas tomadas a su amparo son temporales. Si la coyuntura dentro de un Estado en particular amerita medidas diferentes y con vocación de permanencia, cabe preguntarse si se sostiene mantener una declaratoria de un Estado de Excepción, o lo que procede es el dictado de una nueva normativa. No olvidemos nunca que una característica central de un Estado de Emergencia, un Estado de Sitio y de las medidas tomadas durante su vigencia es la de la temporalidad.

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 00011-2015-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

5 de noviembre de 2019

Caso de la importación de plaguicidas químicos de uso agrícola

MÁS DE CINCO MIL CIUDADANOS
c.
PODER LEGISLATIVO

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3 de la Ley 30190, "Ley que modifica el Decreto Legislativo 1059, decreto legislativo que aprueba la Ley General de Sanidad Agraria"

Magistrados firmantes:

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

TABLA DE CONTENIDOS

DISPOSICIÓN IMPUGNADA	PARÁMETRO DE CONTROL
Artículo 3 de la Ley 30190, "Ley que modifica el Decreto Legislativo 1059, decreto legislativo que aprueba la Ley General de Sanidad Agraria"	Constitución: - artículo 2, inciso 2 - artículo 2, inciso 22 - artículo 7 - artículo 55 - artículo 63 - artículo 103 - artículo 105 - artículo 139, inciso 2 Reglamento del Congreso: - artículo 53 - artículo 73 - artículo 77 - artículo 78

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

B. Debate constitucional

B.1 Argumentos de la demanda

B.2 Contestación de la demanda y otra intervención procesal

B.3 Intervención de Senasa

II. FUNDAMENTOS

§1. Disposición impugnada y delimitación del petitorio de la demanda

§2. Sobre el alegado vicio de inconstitucionalidad formal

2.1. Sobre la modificación de la fórmula legal en el marco del debate en el Pleno del Congreso

2.2. Sobre las exoneraciones realizadas por la Junta de Portavoces y la Ampliación de la agenda del Pleno

2.3. Sobre la determinación de las comisiones que deben dictaminar un proyecto de ley

§3. Sobre los alegados vicios de inconstitucionalidad material

3.1. Principales antecedentes normativos y actual regulación de la figura del agricultor-importador-usuario (aiu) en el Perú

3.2. Uso y consecuencias de la aplicación de los PQUA en el Perú

3.3. Compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano en materia de PQUA

3.4. Sobre la alegada vulneración de los derechos constitucionales a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida y a la protección de la salud

3.5. Sobre la alegada vulneración de la igualdad ante la ley y la proscripción de leyes especiales por razón de la diferencia de personas

3.6. Sobre la alegada vulneración de la igualdad de trato entre la inversión nacional y la extranjera

3.7. Sobre la alegada vulneración del artículo 55 de la Constitución Política de 1993 y de la garantía de la cosa juzgada

3.8. Sobre la alegada vulneración de la prohibición de avocamiento a causas pendientes

III. EFECTOS DE LA SENTENCIA

IV. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 5 días del mes de noviembre de 2019, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Blume Fortini (presidente), Miranda Canales (vicepresidente), Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento de la magistrada Ledesma Narváez, aprobado en la sesión de Pleno de 25 de mayo de 2016 y del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión de Pleno del día 5 de setiembre de 2017. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa y el voto singular del magistrado Sardón de Taboada.

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

Con fecha 8 de abril de 2015, 5068 ciudadanos, representados por don Rafael Angiolo Ricci Calle, interponen demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3 de la Ley 30190, que modifica el Decreto Legislativo 1059, que aprueba la Ley General de Sanidad Agraria, por contravenir supuestamente los incisos 2 y 22 del artículo 2 y los artículos 7, 55, 63, 103, 105, y el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución.

Por su parte, con fecha 22 de enero de 2016, el Congreso de la República, a través de su apoderado, contestó la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.

B. Debate constitucional

Las partes postulan una serie de razones o argumentos sobre la constitucionalidad del artículo legal objetado que, resumidamente, se presentan a continuación:

B.1. Argumentos de la demanda

Los argumentos expuestos en la demanda son los siguientes:

- Los demandantes alegan que el artículo 3 de la Ley 30190 es inconstitucional por la forma, por cuanto contraviene el procedimiento de formación de las leyes estipulado en el artículo 105 de la Constitución, según el cual ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la comisión dictaminadora, entre otras presuntas irregularidades en el procedimiento legislativo de aprobación de dicha disposición. En concreto, los demandantes sostienen lo siguiente:

  a. El artículo 3 de la Ley 30190 nunca formó parte de ninguno de los tres proyectos de ley que fueron materia de discusión y dictamen en la Comisión Agraria, sino que el texto fue incorporado el mismo día de su aprobación sin que tenga ninguna

relación con lo que previamente se había discutido y analizado en dicha comisión.

b. El mismo día de la aprobación en el Pleno de la Ley 30190, la Junta de Portavoces acordó la exoneración del dictamen de la Comisión de Salud, la exoneración del plazo de publicación del dictamen de la Comisión Agraria y la ampliación de la agenda del Pleno.

c. La aprobación del artículo 3 de la Ley 30190 no siguió el procedimiento de aprobación que le hubiera correspondido como cualquier otro proyecto de ley, con el correspondiente estudio y debate no solo en la Comisión Agraria, sino también en la Comisión de Salud y en la Comisión de Medio Ambiente.

- En cuanto al contenido del artículo cuestionado, los demandantes alegan que, en razón de su aplicación, los sujetos que no desarrollen cultivos o aquellos que importen plaguicidas químicos de uso agrícola (PQUA) con propósito de comercialización deberán seguir un procedimiento distinto y más exigente que aquel que el artículo 3 prevé para el caso de los agricultores que importen directamente dichos plaguicidas para consumo propio.

- Así, sostienen que el énfasis de esta norma, como en todas las anteriores que han regulado la figura jurídica denominada "agricultor-importador-usuario" (AIU) no está propiamente en el acto de importar los PQUA sino en la posibilidad de hacerlo sin necesidad de una previa evaluación y registro del producto a importar, es decir, hacerlo con una simple declaración jurada.

- De esta manera, manifiestan que la disposición impugnada tiene como único propósito permitir que determinados agricultores o sus organizaciones gremiales puedan seguir importando PQUA sin obtener el registro del producto en el Servicio Nacional de Sanidad Agraria (Senasa),lo que implica que no se cuente con alguna garantía de la calidad, idoneidad o toxicidad del producto importado.

- Los demandantes adjuntaron para sustentar lo anterior, ente otros documentos, el Informe Técnico276-2012-MINAM-VMGA-DGCA, de fecha 5 de junio de 2012, suscrito por la Ing. Vilma Morales Quillana, entonces coordinadora de Gestión de Riesgos Ambientales y Sustancias Químicas del Viceministerio de Gestión Ambiental del Ministerio del Ambiente; y el Informe Técnico 242-2014-MINAM/VMGA/DGCA, de fecha 30 de abril de 2014, suscrito también por la aludida funcionaria. En ellos concluye que, con la aprobación del artículo impugnado, se genera un riesgo potencial para el medio ambiente y la salud humana, razón por la cual el Senasa debe asegurar que todo PQUA que ingrese al país sea objeto de evaluación por las autoridades competentes, a fin de garantizar, precisamente, la protección del medio ambiente y la salud.

- Adicionalmente, los demandantes adjuntaron también los informes presentados por Luis Suguiyama, en calidad de consultor internacional, de fecha 23 de febrero de 2015; por Javier Vásquez Castro, en calidad de jefe de Laboratorio de Toxicología de Plaguicidas

de la Universidad Nacional Agraria La Molina, con fechas 27 de marzo y 29 de octubre de 2014;y por Ricardo Carpio Guzmán, como presidente de la Asociación Peruana de Toxicología, sin fecha. Los demandantes alegan que en los referidos informes se advierte el riesgo del impacto perjudicial para el medio ambiente y para la salud de las personas proveniente de la aplicación de la disposición cuestionada, ya sea por intoxicación o por diversas enfermedades; por ello, refieren que todos los plaguicidas, sin que quepa distinción, deben ser evaluados y fiscalizados por las autoridades competentes.

- Así, para los demandantes, la norma cuestionada regula un procedimiento simplificado para importar PQUA, el cual prescinde de las evaluaciones agronómica, toxicológica, eco-toxicológica y ambiental, sustituyéndolas por una simple declaración jurada, lo que solo beneficia a determinados agricultores (agroexportadores) y a sus respectivos gremios para la importación de productos destinados a su propio consumo y al de sus asociados.
- Por lo expuesto, a criterio de los demandantes, el artículo 3 de la Ley 30190 constituye una violación del deber de prevención que se deriva del derecho constitucional a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, y vulnera también el derecho constitucional a la protección de la salud.
- Asimismo, con relación al segundo párrafo del artículo 3 de la Ley 30190, los demandantes alegan que esta disposición permite que, en el marco del proceso de importación de PQUA en ella establecido, ingresen al Perú productos de alta peligrosidad, como los plaguicidas de las categorías Ia y Ib de la clasificación de la Organización Mundial de la Salud (OMS).
- Los demandantes sostienen, además, que en el tercer párrafo de dicho artículo se concede al Senasa facultades de vigilancia y control de importaciones de PQUA, pero que solamente se trataría de una vigilancia *ex post*, que no garantiza el deber de protección del medio ambiente que le corresponde al Estado.
- Por otra parte, los demandantes reiteran que, con la vigencia del artículo impugnado, existen dos procedimientos legales distintos para las personas que pretenden importar PQUA y manifiestan, en ese sentido, que esta diferenciación no se sustenta en ningún criterio técnico, sino única y exclusivamente en la persona que realiza la importación del PQUA o, en todo caso, en la finalidad de dicha importación, con lo cual se contraviene el principio general de igualdad ante la ley y lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución, según el cual "no pueden expedirse leyes especiales por razón de la diferencia de las personas".
- Con relación a esto último, los demandantes sostienen que no existe justificación para exigir requisitos distintos a los importadores de un PQUA, sea que se trate de la importación con propósitos de comercialización, o sea para consumo propio, puesto que en ambos casos se debe controlar el riesgo con el previo registro y evaluación del producto, dado que no solo se encuentra en juego la salud de los agricultores y la protección del medio ambiente, sino también la salud de los consumidores de los productos agrícolas

sembrados por aquellos. De esta manera, para los demandantes, se trata de un potencial riesgo que atañe a todos los consumidores y ciudadanos.

- Al respecto, esta situación generaría, a criterio de los demandantes, un trato discriminatorio en perjuicio de los inversionistas nacionales, en contravención además de lo dispuesto por el artículo 63 de la Constitución, según el cual "la inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones". Para los demandantes, dicha afectación se habría producido en la medida en que la disposición impugnada prescribe que, para comercializar un PQUA a nivel local, el comerciante deberá previamente haber cumplido con registrar el producto ante Senasa, así como la evaluación de las autoridades competentes; sin embargo, esta exigencia se suprime si la compra del PQUA se realiza en el extranjero. Así, para los demandantes, con relación a esto último, se habría vulnerado no solo el artículo 63 de la Constitución antes aludido, sino el mandato de no discriminación.

- Por otro lado, los demandantes indican que, con la aprobación del artículo 3 de la Ley 30190, se transgrede el artículo 55 de la Constitución y la garantía de la cosa juzgada, por cuanto se desconoce lo resuelto en el proceso 05-AI-2008 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

- Así, argumentan que, en virtud del artículo 55 de la Constitución, el Acuerdo de Cartagena como el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina son tratados en vigor celebrados y ratificados por el Estado peruano y, en ese sentido, forman parte del derecho nacional.

- De esta manera, las decisiones de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) son vinculantes para los Estados Miembros como el Perú, y lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, como aquellos recaídos en el proceso 05-AI-2008, tiene fuerza obligatoria y adquiere calidad de cosa juzgada a partir del día siguiente al de su notificación, y es aplicable en el territorio de los países miembros sin necesidad de homologación o *exequatur*, según lo previsto en el artículo 91 del Estatuto de dicho tribunal.

- Sin embargo, los demandantes aducen que, al tiempo de la expedición de la Ley 30190, se encontraba suspendida la vigencia de la Decisión 436, "Norma Andina para el Registro y Control de Plaguicidas Químicos de Uso Agrícola";sin embargo, dicha suspensión se hizo al amparo de la Decisión 795, que facultó a los países miembros de la CAN a suspender la vigencia de la primera decisión y del "Manual técnico andino para el registro y control de plaguicidas químicos de uso agrícola" (Resolución 630) en sus respectivos territorios, de forma temporal, hasta el 31 de diciembre de 2014, lo que fue ampliado luego hasta el 30 de abril de 2015. De esta manera, la expedición de una ley, con vocación de permanencia, como es el caso de la Ley 30190, no sería compatible, a criterio de los demandantes, con el carácter temporal de la suspensión de la Decisión 436.

- Asimismo, el artículo 3 de la referida ley tampoco estaría conforme con la Decisión 795, que establece que, durante la suspensión de las normas comunitarias referidas, regiría la normativa interna en materia de registro y control de PQUA, la que debería asegurar la protección de la salud humana y el ambiente, así como la calidad y eficacia biológica del producto.
- De esta manera, según los demandantes, tales condiciones no se estarían cumpliendo con la entrada en vigencia del artículo 3 antes mencionado, toda vez que dicha disposición insiste en mantener un sistema de importación de PQUA, conocido como la figura del AIU, que ha tenido diversas versiones normativas en el Perú y que, a criterio del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el proceso 05-AI-2008,pone en riesgo la salud y el medio ambiente al permitir la importación de PQUA que no han sido previamente evaluados por las autoridades competentes. En consecuencia, para los demandantes, el Estado estaría incumpliéndolos compromisos asumidos en el marco de la CAN.
- Finalmente, los demandantes alegan que con la expedición de la disposición cuestionada se ha incurrido en un avocamiento respecto de lo resuelto en la Acción Popular 119-2012 (275-2012), pese a que ello se encuentra prohibido por artículo 139 de la Constitución Política de 1993.

B.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y OTRA INTERVENCIÓN PROCESAL

Los argumentos expuestos en la contestación de la demanda son los siguientes:

- Respecto a la inconstitucionalidad formal del artículo impugnado, el Congreso refiere que se respetó el procedimiento de aprobación de las leyes. Detallan además que, en el caso de la Ley 30190, esta fue exonerada del dictamen de la Comisión de Salud y que el correspondiente dictamen de la Comisión Agraria fue dispensado de publicación, todo ello en aplicación del artículo 78 del Reglamento del Congreso.
- El Congreso alega, en suma, que todos los actos que han sido cuestionados en el citado extremo de la demanda se desarrollaron de acuerdo con lo establecido en la Constitución y en el Reglamento del Congreso, por lo que no es posible sostener que se ha incurrido en una infracción constitucional por la forma en el procedimiento legislativo que se siguió para la aprobación del artículo 3 de la Ley 30190.
- En cuanto a los presuntos vicios de inconstitucionalidad por el fondo, el demandado argumenta que la disposición impugnada contempla el deber de prevención que se deriva del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, dado que se faculta a Senasa para adoptar medidas de protección antes de que se produzca el deterioro al medio ambiente. Tal es así que, según los Informes Técnicos 276-2012-MINAM-VMGA.DGCA y 242-2014-MINAM/VMGA/DGCA, de fecha 5 de junio de 2012 y 30 de abril de 2014, respectivamente, suscritos en ambas oportunidades por la Ing. Vilma Morales Quillana, entonces coordinadora de Gestión de Riesgos Ambientales y Sustancias Químicas del Viceministerio de Gestión Ambiental

del Ministerio del Ambiente, utilizados por la parte demandante para sustentar sus argumentos al respecto, es el "uso" de tales productos lo que realmente puede producir el deterioro del medio ambiente.

- En similar sentido, el demandado indica que lo que realmente atenta contra la salud es el "uso" de los plaguicidas químicos, como se desprende de los diversos informes presentados en la demanda.
- De manera complementaria a lo anterior, para el demandado no es posible sostener que el artículo 3 de la Ley 30190 atente contra el derecho a la protección de la salud, puesto que en el tercer párrafo de la disposición impugnada se establece que Senasa está facultado para aprobar procedimientos que permitan efectuar actividades de vigilancia y control sobre los PQUA que sean importados, antes de que realmente se pueda producir el deterioro a la salud humana, tratándose así de una vigilancia anterior y posterior, y no solamente posterior, como sostienen los demandantes.
- Respecto de la supuesta vulneración al principio-derecho a la igualdad, el demandado sostiene queel artículo cuestionado no ha realizado una diferenciación jurídicamente relevante, puesto que la importación de plaguicidas químicos para ser usados directamente en la actividad agraria y la importación de tales productos para ser comercializados no son situaciones esencialmente iguales.
- Asimismo, sostiene que solo se vulnera el principio-derecho a la igualdad entre inversionistas nacionales y extranjeros cuando se establece un trato diferenciado basado en la nacionalidad del inversionista, lo que no se advierte en la regulación establecida por el artículo 3 de la Ley 30190.
- Además, afirma el demandando que el artículo 88 de la Constitución establece el deber de apoyar preferentemente al sector agrario; asimismo refiere que este Tribunal tiene resuelto en la Sentencia 0027-2006-PI/TC que el Estado considera al agro como sector prioritario y que debe ser destinatario de sus políticas de desarrollo preferente.
- Adicionalmente, el demandado sostiene que, antes de la aprobación de la Ley 30190 en la IV Reunión del Consejo Andino de Ministros de Agricultura, celebrada el 26 de junio de 2013, se acordó solicitar no solo la suspensión temporal de la Decisión 436, sino también la modificación de dicha decisión para mejorar el acceso a la importación directa de PQUA. Tal es así que, el 28 de abril de 2014, antes de la promulgación de la aludida ley, la Comisión de la Comunidad Andina emitió la Decisión 795, en la cual se permitía la suspensión temporal de la aplicación de la Decisión 436, modificada por las Decisiones 684, 767 y 785, así como también la suspensión de la Resolución 630, que adoptó el Manual Técnico Andino, hasta el 31 de diciembre de 2014.
- En tal sentido, alega el demandado que no es posible sostener que el incumplimiento de la sentencia recaída en el Proceso 05-AI-2008 –y, por lo tanto, de la Decisión 436– se haya concretado a través de la disposición impugnada. Al respecto, según

el demandado, el Estado peruano comunicó que iba a suspender la aplicación de la Decisión 436 y de la Resolución 630 a partir del 9 de mayo del 2014, esto es, antes de la entrada en vigencia de la Ley 30190. Asimismo, según el demandado, el plazo de suspensión de la Decisión 436 fue extendido por la Decisión 802 hasta el 30 de abril de 2015. Pero, además, el 24 de abril de 2015, la Comisión de la Comunidad Andina emitió la Decisión 804, por la que se modificó la Decisión 436 en lo que se refiere a los requisitos para la importación de PQUA, por lo que estos últimos ya no resultan aplicables a la importación de PQUA para consumo propio, como fue exigido en el Proceso 05-AI-2008 a cargo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. De esta manera, tampoco se advierte una vulneración del artículo 55 de la Constitución.

- Según el demandado, tampoco puede sostenerse que mediante la disposición impugnada se haya concretado un avocamiento al proceso de acción popular que se inició contra los Decretos Supremos 002-2011-AG y 011-2012-AG, por cuanto el Congreso solo ha ejercido la atribución constitucional de dar leyes, según el inciso 1 del artículo 102 de la Constitución.

B.3. Intervención de Senasa

- Mediante auto de fecha 5 de marzo de 2019, este Tribunal admitió la solicitud presentada por el Ministerio de Agricultura y Riego (Minagri), a fin de incorporar a Senasa en el presente proceso de inconstitucionalidad en calidad de *amicus curiae*.

- De esta manera, en el Informe 0044-2018-MINAGRI-SENASA-DIAIA-GBLAIR, de fecha 17 de diciembre de 2018, se concluyó que las importaciones de los PQUA para consumo propio están amparadas por el artículo 3 de la Ley 30190 y el procedimiento aprobado por el Senasa (Resolución Directoral 001-2016-MINAGRI-SENASA-DIAIA), en armonía con el artículo 39 de la Decisión 804, modificatoria de la Decisión 436.

- Asimismo, Senasa detalló las resoluciones directorales emitidas por la entidad que desarrollan las medidas orientadas a la vigilancia y control de los PQUA para consumo propio, desde su importación hasta su uso en el campo, a partir de la entrada en vigencia de la referida ley, como sucede con la Resolución Directoral 001-2016-MINAGRI-SENASA-DIAIA, donde se dispone la publicación del "Procedimiento: Importación, Vigilancia y Control de Plaguicidas de uso agrícola para consumo propio".

- Así, de acuerdo con el Senasa, resulta importante precisar que dichas resoluciones establecían disposiciones sobre el etiquetado del plaguicida con la leyenda de "Prohibida su venta según Ley 30190", la asistencia de un asesor técnico, la documentación que acredita la composición del producto y la existencia de un almacén autorizado por Senasa.

- Finalmente, a criterio de la entidad, tales disposiciones permiten limitar su comercialización y asegurar su traslado y almacenamiento, así como su uso en el campo de forma segura.

II. FUNDAMENTOS

§ 1. Disposición impugnada y delimitación del petitorio de la demanda

1. En el presente caso, corresponde analizar los presuntos vicios de inconstitucionalidad alegados por los demandantes, esto es, la eventual vulneración del procedimiento de aprobación de las leyes estipulado en el artículo 105 de la Constitución, de los derechos fundamentales a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, a la protección de la salud, a la igualdad ante la ley ya la igualdad de trato entre la inversión nacional y extranjera, así como la supuesta afectación del artículo 55 y del inciso 2 del artículo 139 de la Constitución, en los que habría incurrido el Congreso de la República al incluir el artículo 3 en la Ley 30190, "Ley que modifica el Decreto Legislativo 1059, decreto legislativo que aprueba la Ley General de Sanidad Agraria", publicada el 9 de mayo de 2014 en el diario oficial *El Peruano*. Dicha disposición establece lo siguiente:

> **Artículo 3. Régimen de promoción a la productividad agraria**
>
> Las personas naturales o jurídicas, que desarrollen cultivos, organizaciones de productores agrarios, podrán importar directamente, para consumo propio y de sus asociados, plaguicidas de uso agrícola presentando una declaración jurada que contenga el nombre comercial del producto a importar y su ingrediente activo, nombre del formulador del producto terminado, país de origen, peso neto, peso bruto, fecha de producción, de vencimiento y probable de arribo, tipo y material de envase; dichos productos deberán contar con ingredientes activos que hayan sido evaluados previamente por el Servicio Nacional de Sanidad Agraria (Senasa) con fines de registro y podrán tener diferente nombre comercial, país de origen, concentración y/o formulación distinta al producto registrado con ingrediente activo evaluado por el Senasa.
>
> Las importaciones de los productos químicos de uso agrícola pertenecientes a las categorías Ia y Ib[1], quedan restringidas a las condiciones establecidas en el Reglamento del Decreto Legislativo 1059, Decreto Legislativo que aprueba la Ley General de Sanidad Agraria.
>
> Se faculta al Senasa para aprobar procedimientos, mediante resolución del órgano de línea competente, que permitan efectuar actividades de vigilancia y control de estos productos desde su importación hasta su uso en campo; adoptando medidas sanitarias e imponiendo las correspondientes sanciones, a quienes infrinjan esta disposición.

1 De acuerdo a la OMS, la clasificación de plaguicidas, según su nivel de toxicidad, realizada en el año 2009, según su banda de toxicidad, se clasifican en los niveles Ia, Ib, II y III. Los dos primeros, Ia y Ib, son considerados como extremadamente peligrosos y altamente peligrosos, respectivamente.

2. Por consiguiente, corresponde enfatizar que lo realmente cuestionado en la demanda a través de las distintas alegaciones de los demandantes en torno a presuntas vulneraciones a lo dispuesto en la Constitución no es el texto íntegro de la Ley 30190, "Ley que modifica el Decreto Legislativo 1059, decreto legislativo que aprueba la Ley General de Sanidad Agraria", sino únicamente el artículo 3 antes detallado, que se refiere al "Régimen de promoción a la productividad agraria", por cuanto es precisamente dicho artículo el que permite la importación directa, sujeta a determinados requisitos, de los PQUA, por parte de personas naturales o jurídicas que desarrollen cultivos y por organizaciones de productores agrarios, para el consumo propio y el de sus asociados.

3. Indicado lo anterior, este Tribunal evaluará a continuación si el Congreso de la República incurrió o no en presuntos vicios de inconstitucionalidad formal y material con la inclusión del artículo 3 antes detallado en la ley objeto de control constitucional.

§2. SOBRE EL ALEGADO VICIO DE INCONSTITUCIONALIDAD FORMAL

4. Los ciudadanos sostienen que el artículo 3 de la Ley 30190 es inconstitucional por la forma, ya que contraviene el procedimiento de formación de las leyes estipulado en el artículo 105 de la Constitución, según el cual ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la comisión dictaminadora.

5. Al respecto, los demandantes afirman que, en el caso del artículo 3 de la Ley 30190, el 10 de abril de 2014, dos días después de la aprobación del correspondiente dictamen en la Comisión Agraria, la Junta de Portavoces acordó la exoneración del dictamen de la Comisión de Salud, la exoneración del plazo de publicación del dictamen de la Comisión Agraria y la ampliación de la agenda del Pleno. De tal suerte que, en esta misma fecha, 10 de abril de 2014, la Ley 30190, con la inclusión del artículo 3, fue aprobada por el Pleno del Congreso.

6. Además, a criterio de los demandantes, al aprobarse la disposición cuestionada, se ha simulado el cumplimiento de lo previsto en el artículo 105 de la Constitución, toda vez que el artículo 3 de la referida Ley 30190 nunca formó parte de ninguno de los tres proyectos de ley que fueron materia de discusión y dictamen en la Comisión Agraria y que fue incorporado en el texto de la ley el mismo día de su aprobación en dicha Comisión.

7. Por consiguiente, según los demandantes, con dicho accionar se evitó de manera fraudulenta que el aludido artículo 3 de la Ley 30190 siguiera el procedimiento de aprobación que le hubiera correspondido como cualquier otro proyecto de ley, con el respectivo estudio y debate en la Comisión Agraria, en la Comisión de Salud e, incluso, en la Comisión de Medio Ambiente.

8. Ahora bien, este Tribunal ha señalado, en el fundamento 22 de la Sentencia 0020-2005-PI/TC y 0021-2015-P1/TC (acumulados), que una norma incurre en una infracción constitucional de forma en tres supuestos:

a. cuando se produce el quebrantamiento del procedimiento legislativo previsto en la Constitución para su aprobación;

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.

9. Siendo ello así, este Tribunal considera que la presunta infracción constitucional por la forma en la que habría incurrido el Congreso de la República es la que se advierte en el primer supuesto antes enunciado, esto es, cuando se produce el quebrantamiento del procedimiento legislativo previsto en la Constitución para la aprobación de la norma cuestionada.

10. Si bien el desarrollo de la función legislativa permite un considerable nivel de discrecionalidad, esto no implica que se puedan dejar de observar las pautas que emanan de la Constitución y del Reglamento del Congreso, pues ello ingresaría en el ámbito de lo constitucionalmente prohibido (Sentencia 00015-2012-PI/TC, fundamento 4).

11. En otras palabras, el procedimiento parlamentario cuenta con un considerable margen de maniobra política, pero no puede ser contrario a las obligaciones que emanan de la Constitución o de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad, tal y como lo ha expresado este Tribunal en la Sentencia 0006-2018-PI/TC (fundamento 4).

12. Al respecto, cabe recordar que el proceso de inconstitucionalidad supone un control abstracto de las normas con rango de ley tomando a la Constitución, en su carácter de norma suprema del ordenamiento, como parámetro de evaluación.

13. Sin embargo, en determinadas ocasiones, el parámetro de constitucionalidad puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas normas con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (Sentencia 0007-2002-AI/TC, fundamento 5).

14. En tales casos, estas fuentes asumen la condición de "normas sobre la producción jurídica" en un doble sentido. Por un lado, como "normas sobre la forma de la producción jurídica", esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras normas que tienen su mismo rango; por otro, como "normas sobre el contenido de la normación", es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar el contenido de tales normas.

15. A este parámetro de control, formado por la Constitución y aquellas normas con rango de ley que derivan directamente de ella y tienen una relación causal con la materia jurídica subyacente al control de constitucionalidad a realizarse, se le denomina bloque de constitucionalidad.

16. En ese orden de ideas, este Tribunal ha señalado que "en una hipótesis de infracción indirecta, el parámetro de control, esto es, la norma de referencia a partir de la cual el Tribunal evaluará la validez de la ley cuestionada, está integrado por la Constitución, pero también por todas las leyes a las que ésta confirió la capacidad de limitar a otras normas de su mismo rango" (Sentencia 0047-2004-AI/TC, fundamento 128).

17. Este Tribunal ha precisado, además, que se produce una afectación indirecta cuando existe una incompatibilidad entre la norma sometida a juicio y otra norma legal a la que la propia Constitución delegó algunos de los siguientes aspectos:

    a. la regulación de un requisito esencial del procedimiento de producción normativa;

    b. la regulación de un contenido materialmente constitucional; o

    c. la determinación de competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales.

18. Lógicamente, dichas normas deben ser, a su vez, compatibles con la Constitución para formar el bloque de constitucionalidad. En tales casos, las normas integradas al parámetro actúan como normas interpuestas, y toda norma controlada que sea incompatible con ellas será declarada inconstitucional en un proceso por infracción indirecta de la Constitución.

19. En consecuencia, corresponde al Tribunal establecer qué normas forman parte del bloque de constitucionalidad aplicable al presente caso para realizar el análisis formal de la resolución legislativa cuestionada.

20. Dicho parámetro está compuesto por los artículos 102 y 105 de la Constitución y los artículos del Reglamento del Congreso de la República que regulan el procedimiento legislativo.

21. En lo que respecta a la inconstitucionalidad por la forma de la ley impugnada, los demandantes cuestionan una serie de irregularidades en el procedimiento legislativo que llevó a su aprobación; a saber:

    a. El artículo 3 de la Ley 30190 nunca formó parte de ninguno de los tres proyectos de ley que fueron materia de discusión y dictamen en la Comisión Agraria, sino que el texto fue incorporado el mismo día de su aprobación sin que tenga ninguna relación con lo que previamente se había discutido y analizado en dicha Comisión.

    b. El mismo día de su aprobación en el Pleno la Junta de Portavoces acordó la exoneración del dictamen de la Comisión de Salud, la exoneración del plazo de publicación del dictamen de la Comisión Agraria y la ampliación de la agenda del Pleno.

    c. La aprobación del artículo 3 de la Ley 30190 no siguió el procedimiento de aprobación que le hubiera correspondido como cualquier otro proyecto de ley, con el correspondiente estudio y debate no solo en la Comisión Agraria, sino también en la Comisión de Salud y en la Comisión de Medio Ambiente.

22. A continuación, este Tribunal analizará el procedimiento legislativo seguido en el Congreso de la República, a la luz de la Constitución y las disposiciones contenidas en su reglamento, a fin de dilucidar si efectivamente se incurrió en algún vicio de forma.

2.1. SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LA FÓRMULA LEGAL EN EL MARCO DEL DEBATE EN EL PLENO DEL CONGRESO

23. En primer lugar, debe destacarse la relevancia del debate público en el sistema democrático. Y es que la importancia o trascendencia de la deliberación se advierte, especialmente, cuando se debaten cuestiones de marcado interés público.

24. En la Sentencia 0001-2018-PI/TC, este Tribunal señaló que la democracia no puede ser concebida como un agregado de preferencias de aquellos que ejercen el poder o como un espacio donde solamente se negocian distintas clases de intereses. Antes bien, la adopción de decisiones (particularmente aquellas que emanan del Congreso, que es el órgano deliberante por antonomasia) debe fundamentarse en un constante y nutrido intercambio de argumentos, lo cual requiere que todos los que intervengan en ella cuenten con los datos necesarios que les permitan emitir una opinión informada que se oriente al bien público.

25. En efecto, este proceso deliberativo requiere, en su conjunto, un adecuado y, en la medida de lo posible, completo conocimiento respecto de la problemática abordada, y demanda un previo análisis de los hechos, valores y deberes que se encuentran en juego. La labor de un funcionario público, y más aun de aquellos del más alto rango, exige que los asuntos públicos sean discutidos con un elevado nivel de responsabilidad. Es importante recordar que, en estos espacios, suelen confluir distintas concepciones respecto de lo que debe ser considerado como bien público, lo cual, irremediablemente, conduce al camino de la deliberación como principal conducta para la toma de decisiones políticas.

26. En principio, la democracia, bien entendida, implica que los que participan en el proceso deliberativo sean parte de un compromiso según el cual no deben existir preferencias inmutables fijadas de antemano, sino que, en el desarrollo del debate público, ellos puedan ratificar o modificar sus respectivos planteamientos iniciales. Sin embargo, también es cierto que la deliberación debe realizarse en el marco de ciertas condiciones que favorezcan el intercambio, siendo un elemento primordial el plazo de debate, sobre todo cuando este se realiza en el seno del Parlamento.

27. En el presente caso, los demandantes cuestionan que el artículo 3 nunca formó parte de ninguno de los tres proyectos de ley originales que fueron materia de discusión y dictamen en la Comisión Agraria, sino que fue incorporado en la fórmula legal aprobada en dicho dictamen sin que tenga ninguna relación con lo que previamente se había discutido y analizado en esta Comisión.

28. Los proyectos de ley aludidos son los siguientes: el Proyecto de Ley 324/2011-CR, que ingresó a la Comisión Agraria el 10 de octubre de 2011; el Proyecto de Ley

1634/2012-PE, que ingresó a la Comisión Agraria el 29 de octubre de 2012; y, finalmente, el Proyecto de Ley 1961/2012-CR, decretado a la Comisión Agraria el 11 de marzo de 2013.

29. Efectivamente, este Tribunal advierte que la fórmula legal del artículo 3 de la Ley 30190no estuvo contemplada, en principio, en la redacción original de los aludidos proyectos de ley; sin embargo, fue incluida en el texto sustitutorio del dictamen aprobado por unanimidad de los referidos proyectos de ley, en el marco de la Décima Tercera Sesión de la Comisión Agraria, de fecha 8 de abril de 2014[2].

30. Ahora bien, en la medida en que el Reglamento del Congreso integra el parámetro de control en el presente caso, corresponde invocar su artículo 70, relativo a los dictámenes de los proyectos de ley. Dicho artículo establece de manera expresa que los dictámenes pueden concluir "en la recomendación de aprobación de la proposición con modificaciones. Para este efecto se acompaña el respectivo proyecto sustitutorio".

31. Siendo ello así, este Tribunal advierte que, de acuerdo con el propio Reglamento del Congreso, cuando se discuta un proyecto de ley en una determinada comisión y se recomiende finalmente su aprobación, cabe la posibilidad de que este últimosea planteado en términos que difieran del proyecto original sometido a debate.

32. En efecto, el artículo 70 del Reglamento del Congreso ha contemplado como supuesto habilitado que dicha recomendación de aprobación de los proyectos de ley se haga con modificaciones al texto original, dando lugar a la figura del texto sustitutorio.

33. Por lo tanto, el hecho de que la fórmula legal recomendada en el dictamen de los proyectos de ley tenga modificaciones, como puede ser la inclusión de una determinada disposición, no vulnera lo establecido en el artículo 70 del Reglamento del Congreso ni, por consiguiente, la Constitución. Antes bien, se trata de un escenario previsto por la norma parlamentaria aludida, con lo cual carece de fundamento la presunta vulneración indirecta de la Constitución por la forma, al menos en lo que aquí respecta.

34. En todo caso, este Tribunal no puede soslayar el valor que tiene el hecho de que la aprobación del texto sustitutorio de los proyectos de ley bajo comentario en el dictamen correspondiente de la Comisión Agraria haya sido por unanimidad, lo cual refuerza, en principio, la legitimidad del acuerdo arribado en esta instancia del procedimiento parlamentario de aprobación de una ley.

35. Por todo lo expuesto, corresponde desestimar la demanda en el referido extremo.

2 Disponible en el sitio web del Congreso de la República: http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebfbe305256f2e006d1cf0/b2255218466a176105257cb5006e5a2b/$FILE/00324DC0109042014.-.pdf Consulta realizada el 10 de junio de 2019.

2.2. SOBRE LAS EXONERACIONES REALIZADAS POR LA JUNTA DE PORTAVOCES Y LA AMPLIACIÓN DE LA AGENDA DEL PLENO

36. El artículo 105 de la Constitución dispone lo siguiente:

> Ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso. Tienen preferencia del Congreso los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con carácter de urgencia.

37. La norma antes descrita autoriza expresamente que puedan establecerse excepciones en el Reglamento del Congreso a la regla que señala que todo proyecto de ley debe ser dictaminado por una comisión.

38. En el mismo sentido se encuentra el Reglamento del Congreso, cuyo artículo 31- A señala lo siguiente respecto a las atribuciones de la Junta de Portavoces:

1. La elaboración del Cuadro de Comisiones, para su aprobación por el Consejo Directivo y, posteriormente, por el Pleno del Congreso.
2. La exoneración, con la aprobación de los tres quintos de los miembros del Congreso allí representados, de los trámites de envío a comisiones y prepublicación. En caso de proyectos remitidos por el Poder Ejecutivo con carácter de urgente, estas exoneraciones son aprobadas por la mayoría del número legal de los miembros del Congreso allí representados.
3. La ampliación de la agenda de la sesión y la determinación de prioridades en el debate, todo ello con el voto aprobatorio de la mayoría del número legal de los miembros del Congreso allí representados.
4. Las demás atribuciones que le señale el presente Reglamento.

39. En cuanto a las exoneraciones al procedimiento legislativo previstas en el Reglamento del Congreso que pueden ser aprobadas por acuerdo de la Junta de Portavoces, encontramos las siguientes:

> **Artículo 53:**
>
> Las sesiones ordinarias del Pleno del Congreso se desarrollan de acuerdo con la agenda que apruebe el Consejo Directivo; sin embargo, en el curso del debate, puede modificarse la agenda por acuerdo de la Junta de Portavoces, con el voto que represente un mínimo de tres quintos de los miembros del Congreso
>
> [...]
>
> **Artículo 73:**
>
> El procedimiento legislativo se desarrolla por lo menos en las siguientes etapas: a) Iniciativa Legislativa; b) Estudio en comisiones; c) Publicación de los dictámenes en el Portal del Congreso, o en la Gaceta del Congreso o en el Diario Oficial El

> Peruano; d) Debate en el Pleno; e) Aprobación por doble votación; y, O Promulgación. Están exceptuados de este procedimiento los proyectos con trámite distinto, previsto en el presente Reglamento o los que hubieran sido expresamente exonerados del mismo, por acuerdo de la Junta de Portavoces, con el voto que represente no menos de tres quintos de los miembros del Congreso.
>
> [...]
>
> **Artículo 77:**
>
> Luego de verificar que la proposición de ley o resolución legislativa cumple con los requisitos reglamentarios formales, la oficina especializada de la Oficialía Mayor la recibe, la registra y dispone su publicación en el Portal del Congreso, informando a la Vicepresidencia encargada de procesar y tramitar las iniciativas a las Comisiones. En caso de incumplimiento de los requisitos antes señalados la iniciativa no puede ser recibida y es devuelta para que se subsanen las omisiones. La Junta de Portavoces, con el voto de los tres quintos de los miembros del Congreso allí representados, puede exonerar de algún requisito en forma excepcional, en caso de proposiciones remitidas por el Poder Ejecutivo o que se consideren urgentes [...].
>
> [...]
>
> **Artículo 78:**
>
> No se puede debatir ningún proyecto de ley que no tenga dictamen, ni ningún dictamen que no haya sido publicado en el Portal del Congreso, o en la Gaceta del Congreso o en el Diario Oficial El Peruano, por lo menos siete (7) días calendario antes de su debate en el Pleno del Congreso, salvo dispensa de uno de estos requisitos o de ambos, aprobada en la Junta de Portavoces, con el voto que represente no menos de tres quintos de los miembros del Congreso [...].

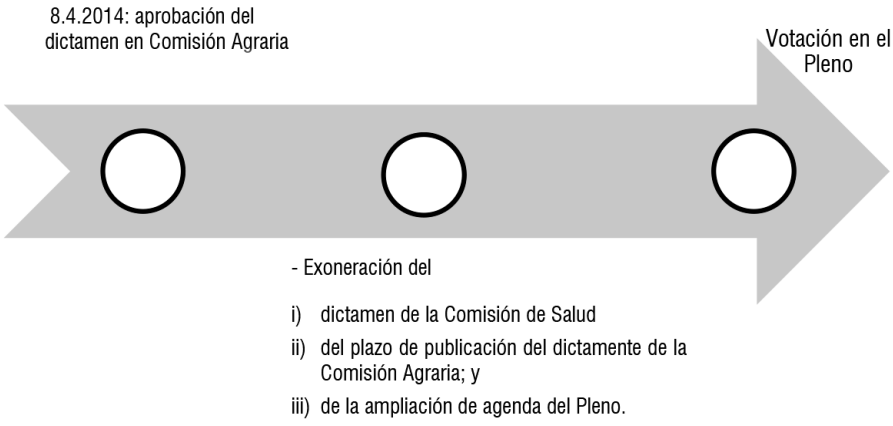
40. En las normas previamente citadas se admite la posibilidad de que se aprueben exoneraciones por parte de la Junta de Portavoces, sujetas a que se realicen en la oportunidad procedimental adecuada y con el número de votos requerido. Sobre ello, el Tribunal Constitucional ha precisado que este mecanismo no debe ser aplicado de manera generalizada, ya que, de lo contrario, "se convierte en los hechos en el procedimiento legislativo regular", y es que, "si bien la potestad de establecer exoneraciones por parte de la Junta de Portavoces es discrecional, ello no implica que pueda ser usada de modo arbitrario" (Sentencias 00012-2018-PI y 00013-2018-PI, fundamento 34),por cuanto esta clase de prácticas podrían terminar por tergiversar la finalidad del artículo 105 de la Constitución.

41. Al respecto, este Tribunal ha indicado en la Sentencia 0006-2018-PI/TC que el mecanismo de la exoneración de dictamen debe ser empleado como excepción, no como regla (fundamento 23). De hecho, el artículo 105 de la Constitución parte de la premisa de la promoción de la deliberación al disponer que "[n]ingún proyecto de ley

puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora".

42. Ahora bien, es importante recordar que en varias ocasiones se han validado diversos acuerdos de la Junta de Portavoces respecto de la exoneración del dictamen de la comisión respectiva en razón del importante margen de deferencia que, en un Estado constitucional, debe gozar el Congreso de la República (Sentencia 00015-2012-PI; Sentencia 00012-2018-PI y 00013-2018-PI, entre otras). Sin embargo, este Tribunal puede controlar dichas exoneraciones y, eventualmente, declarar la inconstitucionalidad de las normas así aprobadas, como sucediera en la Sentencia 0006-2018-PI/TC.

43. En el presente caso, los demandantes cuestionan que el mismo día de la aprobación de la Ley 30190 en el Pleno del Congreso, la Junta de Portavoces haya acordado la exoneración del dictamen de la Comisión de Salud, la exoneración del plazo de publicación del dictamen de la Comisión Agraria y la ampliación de la agenda del Pleno, tal y como se muestra a continuación:



44. Sobre lo primero, de acuerdo con el artículo 73 del Reglamento del Congreso, la Junta de Portavoces está habilitada para exonerar expresamente de alguna de las etapas del procedimiento legislativo previsto en el referido artículo a proyectos de ley, siempre que se realice por acuerdo de dicha Junta, con el voto que represente no menos de tres quintos de los miembros del Congreso.

45. Según se aprecia en el expediente virtual de la aprobación de la Ley 30190[3] la Junta de Portavoces, con fecha 10 de abril de 2014, acordó la exoneración de dictamen de

3 Disponible en el sitio web del Congreso de la República: http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebfbe305256f2e006d1cf0/42fea1263285c56305257cb60051f428/$FILE/JP00324100414.pdf Consulta realizada el 10 de junio de 2019.

la Comisión de Salud respecto del Proyecto de Ley 1961, la exoneración del plazo de publicación del dictamen de la Comisión Agraria y la ampliación de la agenda del Pleno, constando la firma de 6 portavoces de las bancadas existentes en ese entonces en el Congreso de la República, que representaban113 votos, más de los tres quintos del número legal de Congresistas, que asciende a 78.

46. Siendo ello así, este Tribunal advierte que la exoneración del dictamen de la Comisión de Salud se realizó de conformidad con el Reglamento del Congreso; a ello debe añadirse, como ya se indicó previamente, que la ley en cuestión contó con un dictamen aprobado por unanimidad en la Comisión Agraria, de fecha 8 de abril de 2014.

47. En relación con la exoneración del plazo de publicación del dictamen de la Comisión Agraria, de acuerdo con el artículo 73 del Reglamento del Congreso antes citado, la Junta de Portavoces, si cumple con el voto mínimo de representantes exigido, está habilitada a exonerar el trámite de aprobación de un proyecto de ley de la etapa de publicación de los dictámenes en el Portal del Congreso, en la gaceta del Congreso o en el diario oficial *El Peruano*, votación que en el presente caso se ha cumplido de acuerdo a lo explicado *supra*.

48. En tercer lugar, con relación a la ampliación de la agenda del Pleno, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con el artículo 53 del aludido reglamento, incluso en el curso del debate puede modificarse la agenda por acuerdo de la Junta de Portavoces, con un voto que represente un mínimo de tres quintos de los miembros del Congreso, lo que también ha ocurrido en el presente caso.

49. Por lo expuesto, este Tribunal considera que no corresponde declarar la existencia de un vicio de inconstitucionalidad por la forma, en lo que respecta a la aprobación de las exoneraciones antes detalladas y a la ampliación de la agenda del Pleno, puesto que no se advierte ningún déficit deliberativo que sea manifiesto y grave en el procedimiento de aprobación de la Ley 30190.

50. Asimismo, no resulta baladí mencionar que, en este caso, de acuerdo a la votación en el Pleno del Congreso a la que se sometió la cuestionada ley a partir de modificatorias al texto sustitutorio de los Proyectos 324/2011-CR, 1634/2012-PE y 1961/2012-CR se obtuvieron los siguientes resultados: 77 votos a favor, ninguno en contra y ninguna abstención[4]. Asimismo, la aprobación antes aludida fue exonerada de segunda votación por 55 votos a favor y 21 en contra[5], exoneración esta última que no ha sido cuestionada por los demandantes.

4 Disponible en el sitio web del Congreso de la República: http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/0/17f0c80247c2a04e05257cd7007f29f7/$FILE/AV0032410042014.pdf. Consulta realizada el 11 de junio de 2019.

5 Disponible en el sitio web del Congreso de la República: http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebfbe305256f2e006d1cf0/2891f9fd237df63905257cd7007f5c29/$FILE/ESV0032410042014.-.pdf. Consulta realizada el 11 de junio de 2019.

51. Por todo lo anterior, corresponde declarar infundada la demanda en tales extremos.

2.3. SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LAS COMISIONES QUE DEBEN DICTAMINAR UN PROYECTO DE LEY

52. Finalmente, los demandantes sostienen que el procedimiento de formación del artículo 3 de la Ley 30190 no siguió el procedimiento de aprobación que le hubiera correspondido como a cualquier otro proyecto de ley, con el correspondiente estudio y debate no solo en la Comisión Agraria, sino también en la Comisión de Salud y en la Comisión de Medio Ambiente.

53. Al respecto, corresponde mencionar que el artículo 77 del Reglamento del Congreso indica las reglas que regulan el envío a comisiones de las iniciativas legislativas para su estudio y dictamen. Según dicho artículo:

> […] De no existir observaciones, el Oficial Mayor envía la proposición recibida y registrada a una o dos Comisiones, como máximo, para su estudio y dictamen, previa consulta con el Vicepresidente encargado. En la remisión de las proposiciones a Comisiones se aplica el criterio de especialización. En el decreto de envío se cuida de insertar la fecha, el número de la proposición y el nombre de la Comisión a la que se envía. En el caso de envío a más de una Comisión, el orden en que aparezcan en el decreto determina la importancia asignada a la Comisión en el conocimiento del asunto materia de la proposición.
>
> La solicitud para que una Comisión adicional asuma la competencia sobre un proyecto de ley se resuelve por el Consejo Directivo, el que puede acceder a la petición en forma excepcional, además de acordar ampliar el plazo para dictaminar desde la fecha en que la segunda Comisión conoce el proyecto y por no más de treinta días útiles[…].

54. Conforme a lo señalado por este Tribunal en la Sentencia 0015-2012-PI/TC, la Constitución no determina qué comisión debe emitir el dictamen, ni señala si debe ser solo una o varias las que lo lleven a cabo, por lo que basta con que la iniciativa legislativa aprobada haya sido dictaminada de modo favorable por al menos una comisión del Congreso que estudie las materias relacionadas directamente con la temática del proyecto de ley. Efectivamente, como ha sostenido este Tribunal en dicha sentencia, esta clase de actividades se encuentra dentro del margen de actuación política que tiene el legislador; por lo que su inobservancia no genera, en principio, un vicio de inconstitucionalidad formal, lo que sí se advertiría si es que no se cumple con el envío del proyecto de ley a una comisión que tenga un mínimo nivel de especialización (fundamento 11).

55. Efectivamente, de acuerdo con lo establecido sobre el particular en el artículo 77 del Reglamento del Congreso antes citado, únicamente resultaría viable declarar la inconstitucionalidad formal de una ley si la proposición legislativa no fuera remitida a una comisión con un mínimo nivel de especialización en la materia a discutirse.

56. Evidentemente, la determinación de la especialización de la comisión respectiva es asunto que, en principio, es atribución del Parlamento, sin que ello implique un nivel de discrecionalidad absoluto. La demanda de la especialización de la comisión respectiva se realiza porque supone un importante filtro para determinar la viabilidad de la propuesta legislativa antes que sea sometida al Pleno del Congreso, el cual debería deliberar sobre proyectos en los que exista un importante nivel de consenso previo, así como de opiniones técnicas sobre las materias a debatir.

57. En el presente caso, se advierte que los Proyectos de Ley 324/2011-CR, 1634/2012-PE y 1961/2012-CR fueron derivados únicamente a la Comisión Agraria, donde fueron discutidos y, como resultado de ello, se aprobó por unanimidad un dictamen con un texto sustitutorio, el cual también fue objeto de modificaciones como resultado del debate en el Pleno del Congreso.

58. Tales proyectos de ley se referían a lo siguiente:

Número de Proyecto de Ley	Objeto
324/2011-CR	Propone establecer disposiciones especiales para el uso y comercialización de plaguicidas y químicos peligrosos, y reducción de riesgo de contaminación ambiental.
1634/2012-CR	Propone modificar el Decreto Legislativo 1059, que aprueba la Ley General de Sanidad Agraria.
1961/2012-CR	Prohíbe la fabricación, formulación, importación, envase, distribución, comercialización, empaque, almacenamiento y transporte de plaguicidas peligrosos de las categorías 1a y 1b.

59. Ahora bien, el envío de los proyectos de ley antes descritos únicamente a la Comisión Agraria, que es una comisión de carácter ordinario según el inciso 1 del literal "a" del artículo 35 del Reglamento del Congreso, no resulta contrario a la Constitución. En efecto, se advierte que la temática planteada por los proyectos de ley antes aludidos, referidos al uso de plaguicidas químicos y a modificatorias de la Ley de Sanidad Agraria principalmente, se encuentran directamente relacionados con los asuntos que se abordan, discuten y aprueban por la Comisión Agraria.

60. Por consiguiente, y sin lugar a dudas, este Tribunal considera que dicha comisión cumple con el nivel de especialización necesario y suficiente para la discusión parlamentaria sobre los temas planteados en los proyectos de ley antes mencionados, descartándose de esta manera una actuación arbitraria del Congreso de la República en el ejercicio de sus competencias.

61. Por lo tanto, corresponde declarar infundada la demanda en el citado extremo.

62. Más allá de ello, este Tribunal considera que lo previamente expuesto no impide que el Congreso, en el ejercicio de sus atribuciones, de conformidad con la Constitución y su

Reglamento, procure realizar el mayor debate posible respecto de los asuntos públicos que discute y aprueba, lo que podría implicar, en ciertos casos, enviar un proyecto de ley a más de una comisión en tanto ello sea pertinente de acuerdo a las materias establecidas en aquél. Asimismo, dicho esfuerzo de deliberación implica que las exoneraciones en el procedimiento de aprobación de una ley deban ser la excepción y no la regla de actuación legislativa.

63. Efectivamente, si bien lo constitucionalmente ordenado a este respecto exige, como mínimo, el envío de un proyecto de ley a una comisión que cumpla con el nivel de especialización necesario y suficiente para la discusión sobre los temas que dicho proyecto aborda o que las exoneraciones se realicen de conformidad con el Reglamento del Congreso en el marco de la Constitución, también es cierto que, al ser el Congreso de la República el poder del Estado, por antonomasia, de la deliberación, esta última debe contar con las condiciones indispensables para que pueda cumplir con los fines constitucionales que le son ínsitos, como es el caso de la transparencia en los asuntos públicos y, sobre todo, la afirmación del principio democrático, que es medular para el Estado Social y Democrático de Derecho.

64. Al respecto, este Tribunal ha sostenido que:

> La democracia representativa es la que, en definitiva, permite la conjugación armónica del principio político de soberanía popular con un cauce racional de deliberación que permita atender las distintas necesidades de la población. Empero, dicha deliberación racional y, en suma, la gobernabilidad del Estado, pueden situarse en serio riesgo si a la representación no se le confiere las garantías para que pueda "formar voluntad". La representación indebidamente comprendida y articulada, es la matriz potencial de un desequilibrio que, si no es adecuadamente conjurado, puede impedir que el Estado atienda su deber primordial de "promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación" (artículo 44° de la Constitución), y con ello, desencadenar el colapso del sistema representativo en su conjunto, y con él, el del propio Estado social y democrático de derecho" (STC 0030-2005- AI/TC, fundamento 9).

65. En esa línea, a fin de que el principio democrático se materialice en la realidad a través de procesos razonables y perfectibles[6], cobra vital importancia asegurar la participación ciudadana de aquellos que serán potencialmente afectados por las decisiones públicas[7], en este caso legislativas, lo que se lograría, entre otros mecanismos, a través

6 LARA AMAT Y LEÓN, Joan. "Las pasadas elecciones democráticas no han tenido lugar: por una democracia razonable". En *Cuadernos de Ética y Filosofía Política*, Año 7, N° 7, noviembre de 2018, pp. 123-135.

7 VELASCO, Juan Carlos. *Habermas*. *El uso público de la razón.* Madrid: Alianza Editorial, 2013, p. 152.

de la convocatoria, en sede de las comisiones especializadas parlamentarias, a las instituciones representativas de la sociedad, instituciones de carácter técnico, entre otras, o mediante audiencias públicas que se pudieran hacer o a través de la pre-publicación del respectivo proyecto de ley a fin de informar a la ciudadanía sobre los posibles alcances de la regulación para que pueda conocerlas, evaluar sus implicancias y presentar sus opiniones.

66. Siendo ello así, la discusión colectiva permite la defensa pública de argumentos y contraargumentos de los ciudadanos afectados por una decisión pública[8], en este caso legislativa; y, de esta forma, constituye la condición indispensable o *sine qua non* de su legitimidad.

67. En suma, una ley es legítima en una democracia constitucional cuando en su procedimiento de elaboración no ha primado el sacrificio y abandono arbitrario de las formas, sino cuando en dicho procedimiento han participado quienes pueden resultar afectados por sus consecuencias e implicancias y cuando se ha realizado una deliberación y justificación pública de los argumentos que la sustentan. En una democracia constitucional no se puede aprobar una ley sin que haya sido discutida y deliberada, no bajo las apariencias, sino en la realidad.

§3. SOBRE LOS ALEGADOS VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD MATERIAL

68. Los demandantes sostienen que el artículo 3 de la Ley 30190 habría conculcado los derechos fundamentales a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, a la protección de la salud, a la igualdad ante la ley, a la igualdad de trato entre la inversión nacional y extranjera, y que también se habrían vulnerado el artículo 55 y el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución.

69. Indicado lo anterior, este Tribunal considera oportuno, para poder evaluar si el procedimiento establecido en el artículo 3 de la ley cuestionada vulnera o no el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales mencionados o si se han contravenido las disposiciones constitucionales invocadas en la demanda, analizar, en primer lugar, los principales antecedentes normativos y los eventuales cambios o continuidades que el referido artículo 3 ha incluido en la regulación de PQUA por parte del agricultor-importador-usuario (AIU).

70. Asimismo, se estima pertinente dar cuenta, complementariamente, del uso y consecuencias de la aplicación de los PQUA, de acuerdo con la información oficial, de un lado, y de los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano sobre la materia, del otro.

8 HABERMAS, Jurgen. *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático del Derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 4a ed., 1998, p. 374.

3.1. PRINCIPALES ANTECEDENTES NORMATIVOS Y ACTUAL REGULACIÓN DE LA FIGURA DEL AGRICULTOR-IMPORTADOR-USUARIO (AIU) EN EL PERÚ

71. En primer lugar, si bien al inicio de la década de los noventa se dispuso en nuestro país la libre comercialización interna y externa de plaguicidas agrícolas y sustancias afines a través de la expedición del Decreto Supremo 0027-91-AG, publicado el 18 de junio de 1991, también es cierto que posteriormente se fueron expidiendo normas reglamentarias que complementaron dicha regulación a fin de controlar las actividades realizadas con dichos plaguicidas químicos, especialmente, la comercialización. Posteriormente, entró en vigencia el Decreto Supremo 016-2000-AG, publicado el 8 de mayo de 2000, que aprobó el "Reglamento para el registro y control de plaguicidas de uso agrícola", y que dejó sin efecto el Decreto Supremo 015-95-AG y la Resolución Ministerial 401-96-AG.

72. Lo relevante a efectos del análisis constitucional que nos ocupa se halla en los artículos9, 10, 14, 25, 34, 37, 54 y Segunda Disposición Transitoria del referido reglamento aprobado por el Decreto Supremo 016-2000-AG. En dichos artículos se contemplaba un procedimiento de importación de plaguicidas para los AIU que requería, para la autorización de dicha importación por parte de tales agricultores, de su inscripción previa en un registro, ya sea en forma individual o agrupada, registro que, para tal efecto, era obligatorio. En todo caso, lo determinante respecto a ello es que la autorización de la importación de plaguicidas para los AIU, previamente registrados, solamente se otorgaría por Senasa, de acuerdo con el citado reglamento, si se cumplían los siguientes requisitos:

    a. que los plaguicidas a importar hayan sido previamente registrados en Senasa;

    b. que la importación de plaguicidas sea para uso propio; y

    c. que los plaguicidas sean estrictamente necesarios.

73. De lo anterior se desprende que estaba completamente prohibido realizar este procedimiento con fines de comercialización. Antes bien, para quienes se hubieran dedicado a la comercialización, se dispuso que era obligatorio obtener el registro del producto o contar con autorización de su titular. Ello se desprende tanto del artículo 11 como del artículo 23 del aludido Reglamento.

74. De esta manera, se advierte la existencia de procedimientos distintos, según se trate del registro de PQUA con fines de comercialización o del registro de AIU con fines de uso propio.

75. En lo que aquí interesa, la autorización de importación de PQUA para los AIU solo podía referirse a productos previamente registrados ante Senasa.

76. Con posterioridad se expidió la Resolución Ministerial 1216-2001-AG, publicada el 18 de noviembre de 2001, cuyo artículo 1 modificó, entre otros, los artículos 9, 14

y la Segunda Disposición Transitoria del citado reglamento aprobado por el Decreto Supremo 016-2000-AG. En concreto, la modificación del artículo 14 del reglamento antes aludido se produjo en los siguientes términos:

> **Artículo 14.-** Los agricultores - importadores - usuarios podrán registrarse en forma individual o agrupada, debiendo para este fin solicitar su registro los agricultores que importen estos insumos. Este registro autoriza la importación de plaguicidas únicamente para uso propio, y que sean estrictamente necesarios […].
>
> El SENASA mediante Resolución Jefatural establecerá el procedimiento y los requisitos de importación de plaguicidas para los agricultores - importadores - usuario. Asimismo, podrá dictar las directivas que estime necesarias para el mejor cumplimiento del presente artículo.

77. Como puede apreciarse, con esta modificatoria del artículo 14 del Decreto Supremo 016-2000-AG se eliminó la referencia a la importación de plaguicidas, **registrados en el Senasa**, por parte de los AIU registrados como tales previamente; y se modificó, además, el segundo párrafo respecto a los alcances de las competencias de Senasa en esta modalidad de importación.

78. Al respecto, en el cuadro siguiente se compara la versión original del artículo 14 del Decreto Supremo 016-2000-AG con la modificatoria introducida por la Resolución Ministerial 1216-2001-AG:

Artículo 14 del Decreto Supremo 016-2000-AG (versión original)	**Artículo 14 del Decreto Supremo 016-2000-AG (modificado por el artículo 1 de la Resolución Ministerial 1216-2001-AG)**
"Los agricultores-importadores-usuarios podrán registrarse en forma individual o agrupada, debiendo para este fin solicitar su registro los agricultores que importen estos insumos. Este registro autoriza la importación de plaguicidas **registrados en el SENASA** únicamente para uso propio, y que sean estrictamente necesarios […]. El SENASA podrá dictar las directivas que estime necesarias para el mejor cumplimiento de este artículo".	"Los agricultores-importadores-usuarios podrán registrarse en forma individual o agrupada, debiendo para este fin solicitar su registro los agricultores que importen estos insumos. Este registro autoriza la importación de plaguicidas únicamente para uso propio, y que sean estrictamente necesarios […]. El SENASA mediante Resolución Jefatural establecerá el procedimiento y los requisitos de importación de plaguicidas para los agricultores-importadores-usuarios. Asimismo, podrá dictar las directivas que estime necesarias para el mejor cumplimiento del presente artículo".

79. Posteriormente, diversos artículos del "Reglamento para el registro y control de plaguicidas de uso agrícola", aprobado por el Decreto Supremo 016-2000-AG, fueron modificados y derogados por el Decreto Supremo 02-2011-AG, publicado el 19 de febrero de 2011. Entre los artículos derogados se encontraba el artículo 14 antes citado, referido a la figura de la importación de PQUA por parte de los AIU que contenía la exigencia de previo registro del producto en Senasa.

80. Luego, el Decreto Supremo 001-2012-AG, publicado el 21 de enero de 2012, que aprobaba las normas complementarias para el desarrollo de la asociatividad agraria, permitió, además de la importación de PQUA cuyos ingredientes activos y formulación son idénticos a un producto terminado evaluado por Senasa, la importación PQUA cuyos ingredientes activos ya fueron evaluados por el Senasa para el registro de un producto terminado pero que tienen diferente nombre comercial, país de origen, concentración o formulación, todo ello, en ambos supuestos, sin fines de comercialización.

81. Es en este contexto que se expidió la Ley 30190, "Ley que modifica el Decreto Legislativo 1059, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Sanidad Agraria", publicada el 9 de mayo de 2014, cuyo artículo 3 es objeto del presente control de constitucionalidad.

82. En la actualidad, se encuentra vigente el Decreto Supremo 001-2015-MINAGRI, que aprobó el "Reglamento del Sistema Nacional de Plaguicidas de Uso Agrícola", publicado el 29 de enero de 2015, cuyo artículo 2 derogó, entre otros:

    a. el Decreto Supremo 016-2000-AG, que aprobó el Reglamento para el Registro y Control de PQUA y sus modificatorias, entre ellas, el Decreto Supremo 02-2011-AG; y

    b. las Normas Complementarias para el Desarrollo de la Asociatividad Agraria, aprobadas por el Decreto Supremo 001-2012-AG.

83. Por último, a través de la Resolución Directoral 0001-2016-MINAGRI-SENASA-DIAIA, se aprobó el "Procedimiento: importación, vigilancia y control de plaguicidas de uso agrícola para consumo propio (v.02)", en cuyo artículo 6 se describe el procedimiento para la importación de plaguicidas para consumo propio, distinguiéndose entre lo siguiente:

    a. acciones previas a la importación (verificación realizada por el importador de los plaguicidas a importar);

    b. acciones en la importación (presentación del expediente, inspección física y toma de muestras en almacén autorizado); y,

    c. acciones posteriores a la importación (vigilancia y control, medidas sanitarias, así como las sanciones por infracciones).

84. Sobre la base de la revisión anterior, se advierte que la regulación de la figura del AIU ha atravesado distintas etapas, y es un denominador común desde el año 2001, a partir de la expedición de la Resolución Ministerial 1216-2001-AG, la eliminación en el Perú, para la importación de PQUA por parte de los AIU, del requisito relativo al registro de tales productos ante Senasa, lo que en la práctica conllevó a autorizar, en nuestro país, la importación de PQUA cuyos ingredientes activos fueron evaluados por el Senasa para el registro de un producto terminado pero que tienen diferente nombre comercial, país de origen, concentración o formulación distinta al producto evaluado.

85. Además, entre los requisitos obligatorios de esta modalidad de importación de PQUA se estableció el registro previo de los AIU ante Senasa y la prohibición de la comercialización de los plaguicidas importados bajo esta figura. Asimismo, no hubo mención expresa en su regulación de condiciones de restricción aplicables a la importación de los productos clasificados en las categorías Ia y Ib de la OMS, en razón de su alta peligrosidad.

86. En todo caso, para comprender esto último conviene recordar que, de acuerdo con la clasificación realizada por la OMS[9], en el 2009, los plaguicidas pueden llegar a ser extremadamente y altamente peligrosos, tal y como se muestra a continuación:

Clasificación de la OMS según peligrosidad de los plaguicidas

Clasificación OMS	LD_{50} para ratas (mg/kg por peso)			
	Oral		Dérmica	
	Sólido	Líquido	Sólido	Líquido
Ia Extremadamente peligroso	5 o menos	20 o menos	10 o menos	40 o menos
Ib Altamente peligroso	5-50	20-200	10-100	100-400
II Moderadamente peligroso	50-500	200-2000	100-1000	400-4000
III Levemente peligroso	Más de 500	Más de 2000	Más de1000	Más de 4000

Traducción elaborada por el Tribunal Constitucional
Fuente: OMS 2009

87. Indicado lo anterior, y teniendo en cuenta esta última clasificación, a continuación se hará mención del uso y consecuencias de la aplicación de los PQUA en el Perú, a partir de información proveniente del propio Estado peruano: Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), Senasa y Ministerio de Salud.

3.2. USO Y CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LOS PQUA EN EL PERÚ

88. Como es sabido, los PQUA vienen siendo utilizados por los agricultores de nuestro país hace ya varios años y ello ha quedado expresado en los diversos intentos desde el Estado de regular dicha práctica.

89. Ahora bien, desde el Estado peruano se cuenta con información relacionada con la importación de PQUA por parte de los agricultores peruanos, la cual puede resultar ilustrativa de las características principales del manejo de los plaguicidas por estos últimos, así como del nivel de control ejercido por las autoridades competentes.

90. En primer lugar, de la Encuesta Nacional Agraria del año 2014, realizada por el INEI, se obtiene la siguiente información:

9 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *The Who Recommended Classification of Pesticides by Hazard and Guidelines to Classification*, 2009.

a. El 47,5 % de productores(as) agropecuarios(as) usa plaguicidas;

b. El 14, 5 % de productores(as) agropecuarios(as) aplicaban buenas prácticas de producción e higiene;

c. El 33,7 % de productores(as) agropecuarios(as) han sido capacitados en el uso de insumos agrícolas en los últimos tres años;

d. Solo el 11 % de productores(as) agropecuarios(as) recibieron capacitación en el uso de plaguicidas en los últimos tres años; y

e. El 11,2 % de productores(as) agropecuarios(as) que usan plaguicidas realizan prácticas adecuadas en el uso de este insumo agrícola[10].

91. De la información anterior, aquella relacionada exclusivamente con el uso de plaguicidas se encuentra detallada en los cuadros que se muestran a continuación:

Indicador N° 9

PORCENTAJE DE PRODUCTORES/AS AGROPECUARIOS/AS QUE USAN PLAGUICIDAS, SEGÚN DEPARTAMENTO, 2014						
Región natural departamento	Porcentaje %	Error estándar	Intervalo de confianza al 95 %		Coeficiente de variación	N° de casos sin ponderar
			Inferior	Superior		
Total	47,5	1,1	45,4	49,6	2,2	24 329

Fuente: Encuesta Nacional Agropecuaria 2014 del INEI[11]

Indicador N° 10

PORCENTAJE DE PRODUCTORES/AS AGROPECUARIOS/AS QUE RECIBIERON CAPACITACIÓN EN EL USO DE PLAGUICIDAS, EN LOS ÚLTIMOS TRES AÑOS, SEGÚN DEPARTAMENTO, 2014						
Región natural departamento	Porcentaje %	Error estándar	Intervalo de confianza al 95 %		Coeficiente de variación	N° de casos sin ponderar
			Inferior	Superior		
Total	11,0	1,6	7,7	14,2	15,0	3 998

Fuente: Encuesta Nacional Agropecuaria 2014 del INEI[12]

10 Cfr. INEI. Encuesta Nacional Agraria 2014.

11 En dicho cuadro se añadió la siguiente nota: "Se consideran productores agropecuarios que usan plaguicidas a aquellos que emplean tales insumos agrícolas en alguno de los cultivos de al menos una de las parcelas bajo su conducción. a/ Tiene únicamente valor referencial por presentar un coeficiente de variación mayor al 15 %".

12 En dicho cuadro se añadió la siguiente nota: "Se consideran productores agropecuarios que han sido capacitados en el uso de plaguicidas en los últimos 3 años a aquellos que han sido informados acerca del buen uso de este insumo. Esta capacitación tiene una duración mínima de 4 horas. a/ Tiene únicamente un valor referencial por presentar un coeficiente de variación mayor al 15%".

Indicador N° 5

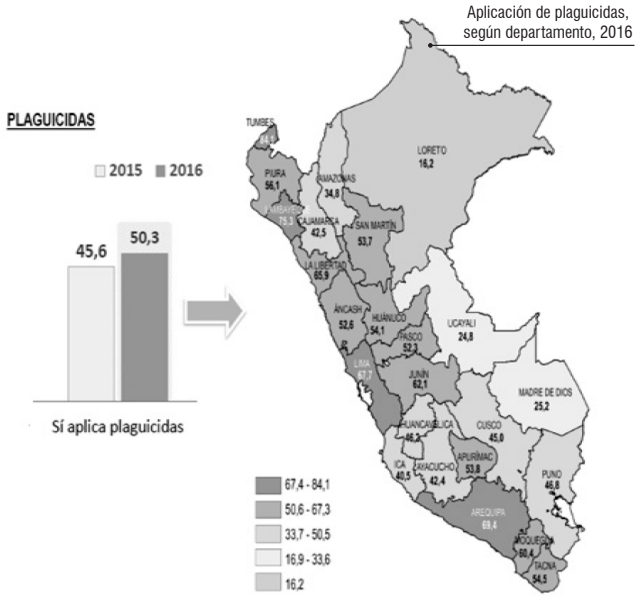
PORCENTAJE DE PRODUCTORES/AS AGROPECUARIOS/AS QUE USAN LAGUICIDAS, Y REALIZAN PRÁCTICAS ADECUADAS EN EL USO DE ESTE INSUMO AGRÍCOLA, SEGÚN DEPARTAMENTO, 2014

Región natural departamento	Porcentaje %	Error estándar	Intervalo de confianza al 95 %		Coeficiente de variación	N° de casos sin ponderar
			Inferior	Superior		
Total	11,2	0,7	9,9	12,5	6,1	11 346

Fuente: Encuesta Nacional Agropecuaria 2014 del INEI[13]

92. Asimismo, según la Encuesta Nacional Agropecuaria 2015-2016, se advierte que el uso de plaguicidas aumentó en 4,7% entre el 2015 (45,6 %) y 2016 (50,3 %) y que los departamentos de mayor uso son Tumbes, Lambayeque, Lima y Arequipa, tal y como se muestra a continuación:

PRODUCTORES/AS AGROPECUARIOS/AS QUE UTILIZAN PLAGUICIDAS, 2015-2016 (porcentaje)



Fuente: Exposición de principales resultados de la Encuesta Nacional Agropecuaria 2015-2016 del INEI[14]

13 En dicho cuadro se añadió la siguiente nota: "Se consideran prácticas adecuadas en el uso de plaguicidas, cuando su utilización es recomendada por un especialista y se registran datos de su aplicación. En el caso de los plaguicidas químicos se debe leer la información de la etiqueta del envase antes de usar su contenido y respetar la dosis y el tiempo entre la última aplicación y el período de cosecha y/o almacenar estos insumos en un lugar alejado de las personas y alimentos. a/ Tiene únicamente valor referencia por presentar un coeficiente de variación mayor al 15%".

14 En dicha presentación se agrega la siguiente nota: "Los plaguicidas comprenden insecticidas, fungicidas, herbicidas, acaricidas, bactericidas, nematicidas, rodenticidas, molusquicidas, etc. […]".

93. Así también, según la Encuesta Nacional Agropecuaria 2016-2017, se advierte que el uso de plaguicidas por pequeños(as) y medianos(as) productores(as) aumentó en 0,7 % entre el 2016 (50,3 %) y 2017 (51,0 %), tal y como se muestra a continuación:

Productores que aplican plaguicidas 2016-2017
(En porcentaje)

Fuente: Principales resultados de la Encuesta Nacional Agraria 2016-2017 del INEI

94. En resumen, puede concluirse que el porcentaje de agricultores que utiliza plaguicidas en el Perú viene aumentando, tal y como se muestra a continuación para el periodo 2015-2017:

Año	2015	2016	2017
Porcentaje de agricultores que utiliza plaguicidas	45,6 %	50,3 %	51,0 %

Elaboración: Tribunal Constitucional

95. Mención especial merece el "Informe del monitoreo de contaminantes en alimentos agropecuarios primarios, año 2017", elaborado por Senasa en julio del 2018, donde se da cuenta de resultados obtenidos del monitoreo de residuos químicos, entre ellos, de plaguicidas, realizado en alimentos agropecuarios primarios, según el Plan Anual de Monitoreo de Contaminantes Químicos en Alimentos Agropecuarios Primarios y Piensos de producción nacional o extranjera, aprobado para el periodo 2017 para las ciudades de Piura, La Libertad, Lambayeque, Cajamarca, San Martín, Lima, Ica, Arequipa, Tacna y Puno[15]. En dicho informe, se refirió lo siguiente:

> - Se analizaron un total de 1,181 muestras de alimentos de origen animal y vegetal; de las cuales 1062 muestras (89.92 %) fueron conformes y *119 (10.08 %) no conformes*; es decir; reportaron residuos químicos (*plaguicidas químicos de uso agrícola* o medicamentos de uso veterinario), metales pesados y micotoxinas que superaron o no tienen fijado el Límite Máximo para Residuos de Plaguicidas (en adelante LMR) o no están autorizados para su uso en el alimento evaluado.

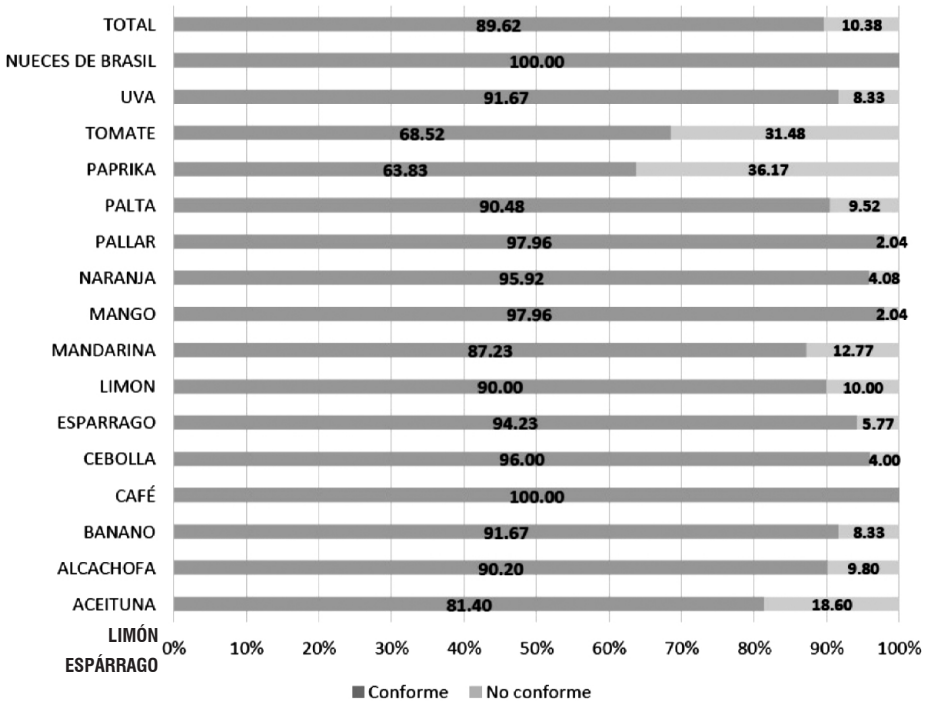
15 SENASA. Informe del Monitoreo de Contaminantes en Alimentos Agropecuarios Primarios, 2017.

- De las 761 muestras de alimentos de origen vegetal analizadas, 79 muestras fueron no conformes (10.38 %); dentro de las cuales se reportaron residuos de 119 plaguicidas que superan o no tienen fijado el LMR. Asimismo, se reportaron 06 muestras no conformes con presencia de micotoxinas.

- Para páprika, de un total de 47 muestras analizadas se registró 63.83 % (30) de muestras conformes y 36.17 % (17) de muestras no conformes con presencia de residuos de plaguicidas químicos de uso agrícola; asimismo, en la matriz de tomate se reportó 68.52 % (37) de muestras conformes y un 31.48 % (17) de muestras no conformes, seguido de la matriz de aceituna, que reporto un 81.40 % (35) de muestras conformes y un 18.60 % (8) de muestras no conformes con la presencia de residuos de plaguicidas químicos de uso agrícola, de un total de 43 muestras analizadas en esta matriz[16].

96. En concreto, en el aludido informe se indicó lo siguiente:

Porcentaje de muestras conformes y no conformes para residuos de plaguicidas químicos de uso agrícola por tipo de alimento de origen vegetal, Plan de Monitoreo 2017

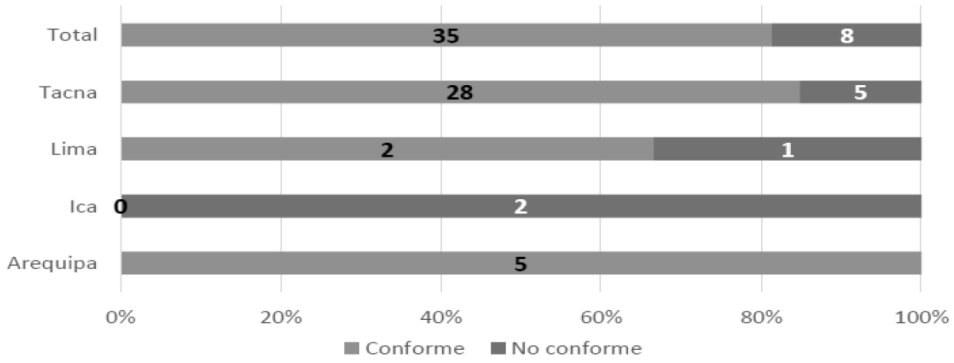


Fuente: Senasa 2017

16 Íd., pp. 3-4.

97. A manera ilustrativa, se muestra la información correspondiente a los siguientes alimentos de origen vegetal:

a. Aceituna: número de frutos conformes y no conformes para residuos de plaguicidas por regiones, Plan de Monitoreo 2017



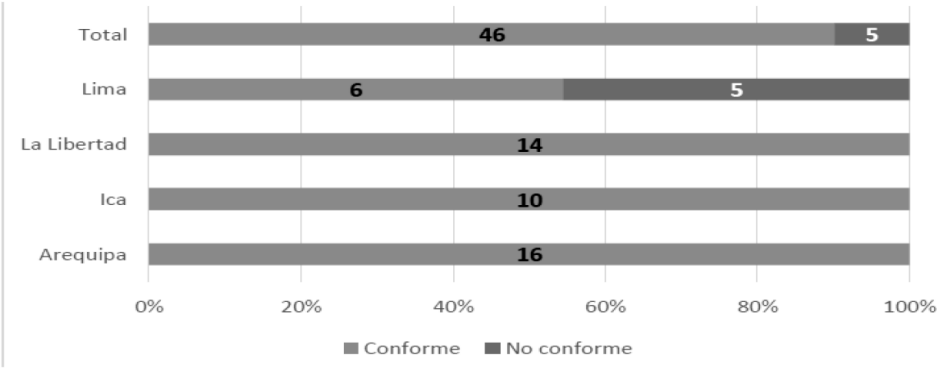
Fuente: Senasa 2017

a.1. Clasificación de los plaguicidas cuyos residuos fueron hallados en las muestras no conformes de frutos de aceituna

	Regiones con residuos de plaguicidas sin LMR establecidos por el Codex	Plaguicidas registrados	Clasificación de la OMS de 2009
1	Ica, Tacna	Chlorpyrifos	Moderadamente peligroso (II)
2	Lima, Tacna	Cipermetrina	Moderadamente peligroso (II)
3	Lima	Dichlorvos	Altamente peligroso (Ib)
4	Lima	Imazalil	Moderadamente peligroso (II)
5	Lima	Thiabendazol	Levemente peligroso (III)
6	Tacna	Carbendazim	Improbable que presente peligro agudo en uso normal

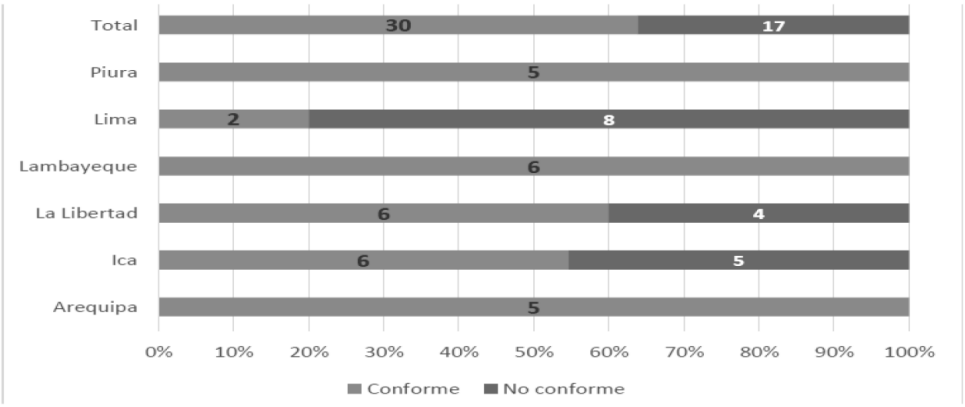
Elaboración: Tribunal Constitucional

b. Alcachofa: número de muestras de alcachofa conformes y no conformes para residuos de plaguicidas por regiones - Plan de Monitoreo 2017



Fuente: Senasa 2017

c. Paprika: número de muestras de paprika conformes y no conformes para residuos de plaguicidas por regiones - Plan de Monitoreo 2017



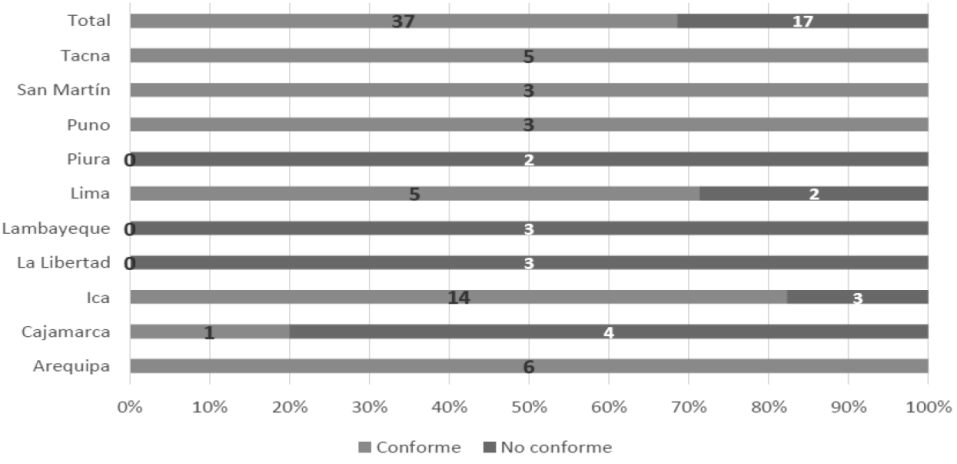
Fuente: Senasa 2017

c.1.Clasificación de los plaguicidas cuyos residuos fueron hallados en las muestras no conformes de paprika

	Regiones con residuos de plaguicidas sin LMR establecidos por el Codex	Plaguicidas registrados	Clasificación de la OMS de 2009
1	Ica	AzinphosEthyl	Altamente peligroso (Ib)
2	Ica, La Libertad	Propiconazole	Moderadamente peligroso (II)
3	Ica	Cadusafos	Altamente peligroso (Ib)
4	Ica, Lima	Fipronil	Moderadamente peligroso (II)
5	Lima	Carbofuran	Altamente peligroso (Ib)
6	Lima	Methamidophos	Altamente peligroso (Ib)

Elaboración: Tribunal Constitucional

d. Tomate: número de muestras de frutos conformes y no conformes para residuos de plaguicidas por regiones - Plan de Monitoreo 2017



Fuente: Senasa 2017

d.1. Clasificación de los plaguicidas cuyos residuos fueron hallados en las muestras no conformes de tomate

	Regiones con residuos de plaguicidas sin LMR establecidos por el Codex	Plaguicidas registrados	Clasificación e la OMS de 2009
1	Cajamarca, Lambayeque	Cipermetrina	Moderadamente peligroso (II)
2	Cajamarca, Ica, La Libertad, Lambayeque, Lima, Piura	Methamidophos	Altamente peligroso (Ib)
3	Ica, La Libertad, Lima	Fipronil	Moderadamente peligroso (II)
4	Ica, La Libertad	Carbofuran	Altamente peligroso (Ib)

Elaboración: Tribunal Constitucional

98. La información antes detallada muestra lo siguiente:

a. En el caso de la aceituna, todas las muestras del departamento de Ica fueron "no conformes", y contenían residuos de plaguicidas químicos moderadamente peligrosos (II).

b. En el caso de la alcachofa, más del 45 % de las muestras del departamento de Lima fueron "no conformes".

c. En el caso de la paprika, más del 36 % de las muestras totales fueron "no conformes"; en tanto que el 80 % de las muestras del departamento de Lima fueron "no conformes", más del 45 % de muestras del departamento de La Libertad fueron "no conformes" y el 40 % de muestras del departamento de Lima fueron "no conformes", y contenían residuos de plaguicidas químicos altamente peligrosos (Ib) y moderadamente peligrosos (II).

d. En el caso del tomate, más del 31 % de las muestras totales fueron "no conformes"; en tanto que el 100 % de las muestras delos departamentos de La Libertad, Lambayeque y Piura fueron "no conformes", el 80 % de las muestras del departamento de Cajamarca fueron "no conformes" y el 28,5 % de las muestras del departamento de Lima fueron "no conformes", y contenían residuos de plaguicidas químicos altamente peligrosos (Ib) y moderadamente peligrosos (II).

99. En concreto, en el aludido informe se recomendó principalmente lo siguiente:

Órgano competente	Recomendación
Para la Dirección de Insumos Agropecuarios e Inocuidad Agroalimentaria	Con base en la diversidad de alimentos consumidos por la población peruana y la posibilidad de encontrar los plaguicidas en estos alimentos básicos, los planes nacionales deberían ampliarse a los productos alimenticios que se consideran más relevantes en el país para garantizar la seguridad de los consumidores.
Para las Direcciones Ejecutivas	Ejecutar la rastreabilidad, en los lugares donde se ha detectado el exceso de plaguicidas de uso agrícola, medicamentos de uso veterinario y toxinas, de tal forma que se pueda llegar al origen del problema. Asimismo, deben aplicarse medidas sanitarias en lugares donde se haya determinado incumplimiento de la reglamentación nacional, con relación a mejorar la inocuidad de los alimentos. Esta deberá estar acompañada de capacitación a los actores involucrados.
Para las Oficinas de Administración y Planificación y Desarrollo Institucional	Propiciar la caracterización de nuevos alimentos agropecuarios primarios y piensos como la papa, quinua, arroz, entre otros alimentos de consumo masivo en la canasta familiar; así como de piensos como maíz y soya[17].

100. Como puede apreciarse, es el propio Senasa el que reconoce a través del citado informe el hecho alarmante de que en determinados alimentos de origen vegetal producidos en el Perú es posible encontrar residuos de plaguicidas químicos, los que, de acuerdo con la clasificación recomendada por la OMS en el año 2009, pueden pertenecer incluso a la categoría de altamente peligrosos.

101. No hay duda de que situaciones como las previamente descritas pueden conllevar potencialmente a un menoscabo directo de la salud de las personas, sea que se trate de los agricultores usuarios, de quienes viven en los alrededores de las zonas de cultivo o de los consumidores de los alimentos en cuya producción se utilizaron dichos plaguicidas químicos.

102. Así, de acuerdo con el informe del Ministerio de Salud "Vigilancia Epidemiológica del riesgo de exposición e intoxicación por plaguicidas", correspondiente a la Semana Epidemiológica (SE) 25-2019 (al 22 de junio de 2019), elaborada por el Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades, se advierte lo siguiente:

17 Íd., pp. 100-102.

- A nivel nacional se han notificado hasta la SE 25 de 2019 en total 1120 casos de intoxicación aguda por plaguicidas (en adelante IAP), con un incremento de 7,1 % comparado al mismo período del año 2018, en que se notificó 1040 casos en el país;
- El 83 % se concentran en 6 departamentos: Lima, Arequipa, Junín, Áncash, Tacna y Ayacucho y los departamentos con mayor tasa de incidencia acumulada son Amazonas y Arequipa;
- El 69,5 % de las intoxicaciones agudas se presentaron a las personas que tienen ente 18 a 59 años de edad (jóvenes y adultos) y la mayor tasa de incidencia acumulada corresponde a las edades de 18 a 29 años (joven) y de sexo masculino;
- Hasta la semana epidemiológica (SE) 25 del año 2019 se han notificado en mayor proporción intoxicaciones agudas por plaguicidas de tipo ocupacional, seguido de las intoxicaciones voluntarias por intento de suicidio (33,8 %) y en menor proporción, de tipo accidental no laboral (18,6 %); y,
- En el departamento de Lima se notificó el mayor número de fallecidos como consecuencia de intoxicación producida por plaguicidas químicos[18].

103. Además, del documento anterior cabe destacar la siguiente información:

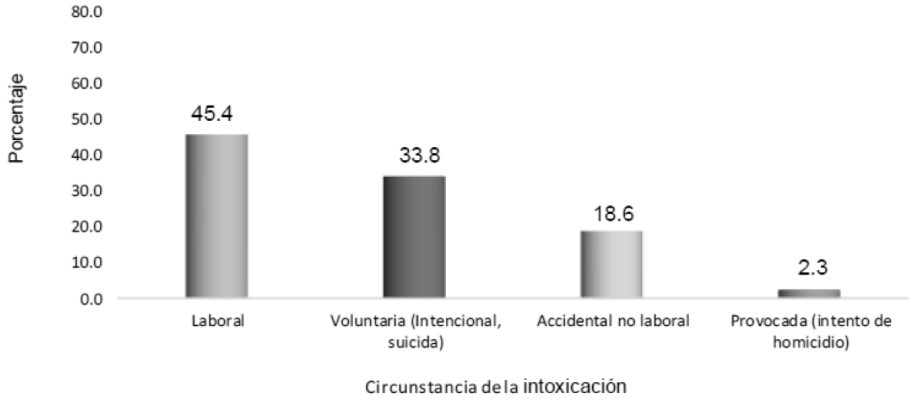
a. **Intoxicación aguda por plaguicidas (IAP) y tasa de incidencia por departamentos, Perú 2018-2019**

Departamentos	2018*			2019*		
	Casos	%	TIA x 100,000 Hab.	Casos	%	TIA x 100,000 Hab.
Lima	502	48.3	7.8	521	46.5	7.0
Arequipa	144	13.8	14.0	200	17.9	19.1
Junín	76	7.3	9.2	69	6.2	9.3
Ancash	49	4.7	7.9	52	4.6	8.9
Tacna	2	0.2	0.9	45	4.0	14.3
Ayacucho	45	4.3	16.2	39	3.5	12.6
Piura	25	2.4	4.1	36	3.2	4.2
Amazonas	28	2.7	12.7	35	3.1	20.3
Cajamarca	28	2.7	11.4	28	2.5	5.7
Huancavelica	22	2.1	13.8	19	1.7	9.2
Pasco	30	2.9	16.9	19	1.7	13.7
Huánuco	5	0.5	3.6	16	1.4	8.8
Apurímac	13	1.3	12.8	10	0.9	10.5
San Martin	27	2.6	8.8	9	0.8	6.1
Callao	5	0.5	0.6	9	0.8	1.1
Ica	10	1.0	12.2	5	0.4	6.8
La Libertad	4	0.4	1.1	5	0.4	15.5
Loreto	0	0.0	0.0	1	0.1	0.6
Lambayeque	-	-	-	1	0.1	3.8
Moquegua	-	-	-	1	0.1	85.3
Cusco	14	1.3	4.3	-	-	-
Puno	11	1.1	6.7	-	-	-
Total	**1040**	**100.0**	**7.9**	**1120**	**100.0**	**8.1**

Fuente: MINSA 2019

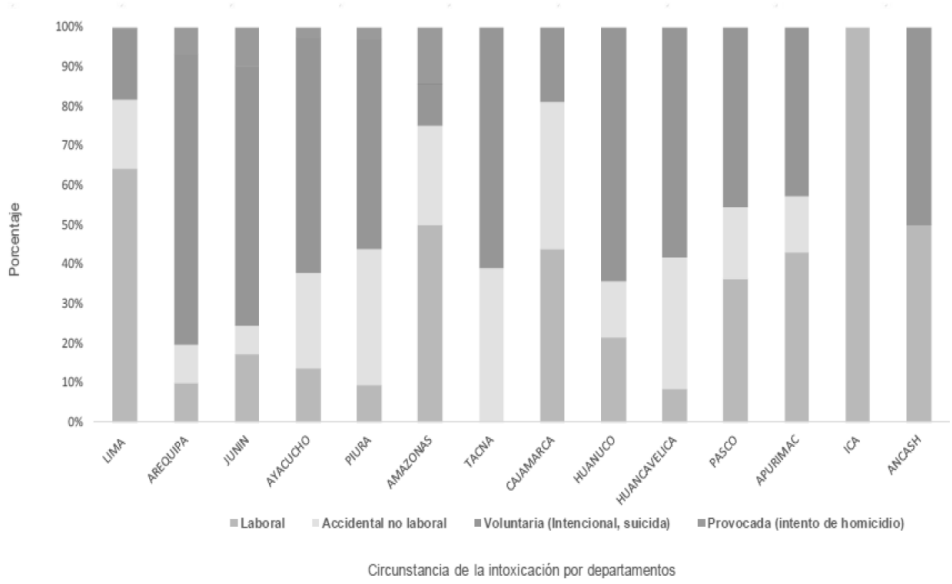
18 Cfr. MINISTERIO DE SALUD. "Vigilancia Epidemiológica del riesgo de exposición e intoxicación por plaguicidas", Semana Epidemiológica (SE) 25-2019 (al 22 de junio de 2019) del Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades.

b. Riesgo de exposición a plaguicidas según circunstancia de intoxicación, Perú 2019



Fuente: Minsa 2019

c. Riesgo de exposición a plaguicidas según circunstancia de intoxicación por departamentos, Perú 2019



Fuente: Minsa 2019

d. Número de fallecidos y tasa de letalidad por intoxicación aguda por plaguicidas (IAP) por distritos y departamentos, Perú 2019

Departamentos	2019*		
	Casos	Fallecidos	Letalidad (%)
Lima	521	6	1.2
Junín	69	1	1.4
Amazonas	35	1	2.9
Ayacucho	39	2	5.1
Apurímac	10	2	20.0
Otros departamentos	446	-	-
Total	**1120**	**12**	**1.1**

Fuente: Minsa 2019

104. De la información anterior, puede apreciarse que, pese al aumento en el uso de los plaguicidas químicos que se ha experimentado en los últimos años –según el INEI, alrededor del 51 % en el 2017–, no hay evidencias que muestren que los productores agropecuarios reciban en la actualidad la suficiente capacitación con miras a dicha utilización, o que, en todo caso, realicen efectivamente prácticas adecuadas cuando usen los plaguicidas químicos.

105. Esto último ha conllevado a la generación de un grave peligro para la salud de los agricultores, como lo muestra la información antes detallada sobre intoxicación aguda de tipo ocupacional a causa de plaguicidas difundida por el Ministerio de Salud; peligro que puede razonablemente advertirse también para la salud de quienes viven en las inmediaciones de las zonas de cultivo, para los consumidores de los alimentos obtenidos en virtud de la utilización de dichos plaguicidas químicos y, en general, para el medio ambiente.

106. Precisamente, sobre esto último, de acuerdo con lo indicado en el año 2018 por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), respecto a nuestro país:

> En diversas zonas del Perú se usan plaguicidas para la actividad agrícola sin la debida protección y cuidado. Esta situación significa un grave riesgo de exposición ocupacional y consecuente intoxicación, así como de contaminación ambiental por el inadecuado manejo de estos productos peligrosos y sus residuos[19].

19 Cfr. FAO en Perú. Noticia titulada: "Proteger la salud humana y el medio ambiente es una responsabilidad compartida", del 28 de junio de 2018. Disponible en el sitio web: http://www.fao.org/peru/noticias/detail-events/en/c/1143786/ Consulta realizaba el 25 de julio de 2019.

107. Y es que, en la actualidad, se encuentra demostrado que los plaguicidas químicos son una fuente de contaminación alimentaria y ambiental, que puede perjudicar directamente la salud de las personas, los suelos, la flora, la fauna, la atmósfera y, especialmente, el agua, lo que exige un profundo estudio por parte de las autoridades competentes.

108. En relación con lo anterior, se advierte que, según el informe "Más gente, más alimentos, ¿peor agua? Un examen mundial de la contaminación del agua de la agricultura", presentado por la FAO y el Instituto Internacional para el Manejo del Agua (IWMI por sus siglas en inglés), en 2018:

> […] la mayoría de los pesticidas también envenenan a los peces y la vida silvestre, contaminan las fuentes de alimentos, destruyen los hábitats animales, y además, son tóxicos para los humanos, lo que representa una amenaza significativa para la salud humana cuando están presentes en el suministro del agua (traducción elaborada por la Comisión de Procesos Inconstitucionalidad y Conflictos Competenciales del Tribunal Constitucional del Perú)[20].

109. Asimismo, hace pocos años la Agencia Internacional de Investigación sobre Cáncer (IARC por sus siglas en inglés) de la OMS, con fecha 20 de marzo de 2015, luego de la evaluación de cinco insecticidas y herbicidas organofosforados, sostuvo ante el mundo que el herbicida Glifosato y los insecticidas Malathion y Diazinon son clasificados como probables cancerígenos para humanos (Grupo 2A), y que los insecticidas Tetrachlorvinphos y Parathion son clasificados como posibles cancerígenos para humanos (Grupo 2B[21]).

110. De esta manera, no solamente está en juego la sustentabilidad del desarrollo agrario y la preservación del medio ambiente, sino también la salud de las personas. Precisamente, en el caso de la incidencia en la salud humana, deben tenerse en cuenta, como ya se ha indicado previamente, los posibles efectos perjudiciales del uso PQUA para los agricultores, para sus familias y, en general, para las personas que viven en las inmediaciones de las zonas de estos cultivos y para los consumidores de los alimentos producidos por tales agricultores.

111. En este contexto, corresponde a continuación que este Tribunal evalúe cuáles son los compromisos internacionales que, en concreto, debe respetar el Estado peruano con relación a los PQUA.

---

20 Cfr. FAO e IWMI. *More people, more food. Worse water? A global review of water pollution from agriculture*. Roma/Colombo 2018, p. 86. Ver también: FAO. Noticia titulada: "Los contaminantes agrícolas: una grave amenaza para el agua del planeta", del 2018. Disponible en el sitio web: http://www.fao.org/news/story/es/item/1141818/icode/ Consulta realizada el 25 de julio de 2019

21 OMS. Agencia Internacional de Investigación sobre el Cáncer. 20 de marzo de 2015. Información sobre el particular se encuentra disponible en el sitio web: https://www.iarc.fr/wp-content/uploads/2018/07/MonographVolume112-1.pdf Consulta: 8 de agosto de 2019.

3.3. COMPROMISOS INTERNACIONALES ASUMIDOS POR EL ESTADO PERUANO EN MATERIA DE PQUA

112. El Estado peruano ha asumido diversos compromisos internacionales relacionados con los PQUA. Al respecto, a nivel mundial, cabe destacar, entre otros, el *Codex Alimentarius*, el Convenio de Basilea, el Convenio de Rotterdam y el Convenio de Estocolmo.

113. Con relación a lo primero, el *Codex Alimentarius* está constituido por un conjunto de recomendaciones, directrices y códigos en relación con la inocuidad de los alimentos a ser garantizada por los Estados a nivel mundial. El Perú es un Estado miembro desde 1963.

114. Precisamente, en la Resolución A/RES/39/248 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de fecha 9 de abril de 1985, sobre protección al consumidor, se estableció, entre las "medidas relativas a esferas concretas", que los "gobiernos deben tener en cuenta la necesidad de seguridad alimentaria que tienen todos los consumidores y apoyar y, en la medida de lo posible, adoptar las normas del *Codex Alimentarius* de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación y la Organización Mundial de la Salud […]".

115. El Códex cuenta con diversos comités, entre los que destaca a efectos del análisis que ocupa a este Tribunal, un comité de asuntos generales denominado Comité del Códex sobre Residuos de Plaguicidas, que establece los límites máximos de residuos (LMR) fijados por el Códex para residuos de plaguicidas en determinados elementos o grupos de alimentos o piensos circulantes en el comercio internacional[22].

116. De ello se desprende la aspiración de que las normas y directrices del Códex sirvan de base a la normativa interna de cada país. En el caso peruano, se ha establecido el Comité Nacional del Códex, cuya función consiste en la revisión permanente de la normativa interna en materia de inocuidad alimentaria a fin de ser armonizada con las normas y directrices del aludido Códex.

117. En segundo lugar, "El Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación", adoptado en Basilea el 22 de marzo de 1989, fue aprobado por el Congreso Constituyente Democrático a través de la Resolución Legislativa 26234, publicada el 21 de octubre de 1993. En la Lista A, de su Anexo VIII, se incluyó a los desechos de los plaguicidas y herbicidas que no respondan a las especificaciones como desechos peligrosos.

118. Mención especial merece el "Convenio de Rotterdam, sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos

22 Información tomada del sitio web http://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/committees/committee-detail/es/?committee=CCPR Consulta realizada el 20 de julio de 2019.

químicos peligrosos objeto de comercio internacional", adoptado el 10 de setiembre de 1998, aprobado por Resolución Legislativa 28417, publicada el 11 de diciembre de 2004, ratificado por Decreto Supremo 058-2005-RE, publicado el 12 de agosto de 2005, vigente para el Perú desde el 13 de diciembre de 2005.

119. Dicho Convenio, según su artículo 3, es aplicable para los productos químicos prohibidos o rigurosamente restringidos y para las formulaciones plaguicidas extremadamente peligrosas y tiene como objetivo expreso:

> promover la responsabilidad compartida y los esfuerzos conjuntos de las Partes en la esfera del comercio internacional de ciertos productos químicos peligrosos a fin de proteger la salud humana y el medio ambiente frente a posibles daños y contribuir a su utilización ambientalmente racional, facilitando el intercambio de información acerca de sus características, estableciendo un proceso nacional de adopción de decisiones sobre su importación y exportación y difundiendo esas decisiones a las Partes.

120. Asimismo, el "Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes", (COP), adoptado el 22 de mayo de 2001,ratificado por Decreto Supremo 067-2005-RE, vigente en el Perú desde el 13 de diciembre de 2005, estableció en su artículo primero que el objetivo de dicho Convenio era "proteger la salud humana y el medio ambiente frente a los contaminantes orgánicos persistentes", teniendo presente el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, según el cual:

> Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente[23].

121. Cabe destacar que el artículo 3 de dicho Convenio establece que cada Parte que dispusiera de uno o más sistemas de reglamentación y evaluación de nuevos plaguicidas adoptaría "medidas para reglamentar, con el fin de prevenirlas, la producción y utilización de nuevos plaguicidas o nuevos productos químicos industriales que […] posean las características de contaminantes orgánicos persistentes".

122. Ahora bien, en la normatividad de la Comunidad Andina se hallan disposiciones que han regulado el registro y control de PQUA. Así, en el año 1998 se expidió la Decisión 436, "Norma andina para el registro y control de Plaguicidas Químicos

23 CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO. *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo*. Adoptada en Río de Janeiro, del 3 al 14 de junio de 1992.

de Uso Agrícola", en tanto que en el año 2002 se expidió la Resolución 630, "Manual técnico andino para el registro y control de Plaguicidas Químicos de Uso Agrícola".

123. Al respecto, la incorporación de la figura del AIU por el Estado peruano fue condenada en el proceso 05-AI-2008, por el Tribunal de Justicia de la CAN, sobre la base de la Decisión 436 y de la Resolución 630.

124. Con posterioridad, desde el 1 de mayo de 2015, se encuentra vigente la Decisión 804 "Norma Andina para el Registro y Control de Plaguicidas Químicos de Uso Agrícolas", en cuyo artículo 1 se estableció que "la Decisión 436 se modifica en todos sus Capítulos, Secciones, Artículos y Anexos, por los Títulos, Capítulos, Secciones, Artículos y Anexos de la presente Decisión". Esta decisión dejó sin efecto además las Decisiones 684, 767, 785, 795 y 802, que modificaron e incluso suspendieron temporalmente la aplicación de la Decisión 436.

125. Asimismo, se hizo mención en los artículos 7 (Título III "Del Registro o autorización de la actividad") y 15 (Título V "Del Registro de Plaguicidas de Uso Agrícola") de dicha Decisión de lo siguiente:

> **Artículo 7.-**Los fabricantes, formuladores, importadores, importadores para consumo propio, exportadores, envasadores, comercializadores y distribuidores de PQUA, sean éstos personas naturales o jurídicas, deben estar obligatoriamente registrados o autorizados ante la ANC [Autoridad Nacional Competente] para la realización de sus actividades. Dicho registro o autorización debe ser previo al inicio de sus actividades.
>
> *Los importadores para consumo propio estarán sujetos al registro y condiciones indicadas en Titulo VI de la presente Decisión.*
>
> [...]
>
> **Artículo 15.-**La información requerida para registrar un PQUA debe estar científicamente fundamentada y desarrollada bajo métodos y protocolos internacionalmente reconocidos y aceptados por el respectivo País Miembro. Como base para revisar la información presentada para registrar un PQUA, las autoridades de cada País Miembro verificarán que se cumpla con los criterios y métodos establecidos y estandarizados por los organismos internacionales de referencia reconocidos y aceptados por estos; entre otros:

Tema	Referencia
Salud	FAO, OMS, IARC
Ambiente	FAO, EPA, OPPT, FIFRA, EFSA
Eficacia agronómica	FAO, CIPAC/AOAC

126. En lo correspondiente a la figura del AIU, en el artículo 39 del Título VI "De la importación para consumo propio" de la Decisión 804,se refirió lo siguiente:

> **Artículo 39.-** Los Países Miembros podrán utilizar facultativamente el mecanismo de importación para consumo propio y sin fines de comercialización de PQUA con registro vigente y/o moléculas formuladas con antecedentes de registro en el País Miembro, *según lo determine y de acuerdo a las necesidades de cada País Miembro*. Para hacer uso de este mecanismo, el interesado debe solicitar el correspondiente registro de esta actividad ante la ANC (Autoridad Nacional Competente)[cursiva agregada].
>
> Cada País Miembro podrá regular las condiciones, requisitos y demás acciones complementarias necesarias para este procedimiento. La ANC [Autoridad Nacional Competente] de cada País Miembro regulará, de requerirse, en coordinación con las autoridades competentes de salud y de ambiente, los requisitos, condiciones o acciones complementarias, de acuerdo con lo establecido en esta Decisión y lo que establezca el Manual Técnico Andino. El producto importado bajo este mecanismo sólo se utilizará para el consumo propio del usuario para las actividades agrícolas que desarrolla.

127. Por último, en agosto de 2019 se ha promulgado la Resolución 2075 "Manual Técnico Andino para el Registro y Control de Plaguicidas Químicos de Uso Agrícola", la cual ha derogado la Resolución 630 y debe aplicarse según lo establecido en la Decisión 804.

128. En todo caso, corresponde enfatizar que, de acuerdo con la vigente normatividad andina, cada País miembro podrá determinar, según sus propias necesidades, la utilización facultativa del mecanismo de importación para consumo propio y sin fines de comercialización de PQUA con registro vigente y moléculas formuladas con antecedentes de registro en el País Miembro. Esto significa que la determinación del contenido y alcance de los procedimientos correspondientes se sujeta a lo establecido por cada Estado, y se complementa a nivel interno por la autoridad nacional competente; en el caso del Perú, el Senasa, en coordinación con las autoridades en materia de salud y ambiente, de acuerdo con lo establecido en la Decisión 804 y la Resolución 2075 antes citada.

129. Ahora bien, indicado todo lo anterior, a continuación este Tribunal evaluará si, efectivamente, el artículo 3 de la Ley 30190 ha vulnerado los derechos fundamentales y disposiciones constitucionales invocadas por los demandantes.

3.4. SOBRE LA PRESUNTA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES A GOZAR DE UN AMBIENTE EQUILIBRADO Y ADECUADO AL DESARROLLO DE LA VIDA Y A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

130. Los demandantes sostienen que, cuando el artículo 3 de la Ley 30190 permite a determinadas personas la importación de productos peligrosos como los PQUA sin que previamente se haya realizado una evaluación de riesgo-beneficio de estos productos,

se genera una violación del deber de prevención que se deriva del derecho constitucional a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

131. Los ciudadanos recurrentes alegan también que el artículo 3 de la Ley 30190, al permitir la importación de PQUA con declaración jurada, sin lugar para una evaluación toxicológica a cargo del Ministerio de Salud, vulnera el derecho constitucional a la protección de la salud.

132. En suma, según los demandantes, la norma cuestionada regula un procedimiento simplificado para importar PQUA, que prescinde de la evaluación agronómica, ecotoxicológica, toxicológica y ambiental, sustituyéndolas por una simple declaración jurada, lo que solo beneficia a determinados agricultores (agroexportadores) y a sus respectivos gremios para la importación de productos destinados a su propio consumo y al de sus asociados.

133. Respecto al segundo párrafo del artículo 3 de la Ley 30190, los demandantes alegan que dicha disposición permite que, en el marco del proceso de importación de PQUA en ella establecido, ingresen al Perú productos de alta peligrosidad, como los plaguicidas químicos de las categorías Ia y Ib.

134. Asimismo, sostienen que en el tercer párrafo se concede al Senasa facultades de vigilancia y control de importaciones de plaguicidas, pero que solamente se trataría de una vigilancia *ex post*, que no garantiza el deber de protección del medio ambiente que le corresponde al Estado.

135. Al respecto, la disposición cuestionada tiene los siguientes destinatarios:

    a. las personas naturales que desarrollan cultivos,

    b. las personas jurídicas que desarrollan cultivos, y

    c. las organizaciones de productores agrarios.

136. Adicionalmente, a dichos destinatarios se les permite lo siguiente:

    a. importar directamente plaguicidas de uso agrícola para consumo propio, e

    b. importar directamente plaguicidas de uso agrícola para el consumo de sus asociados.

137. Además, en este párrafo se estableció que dichos productos deberán contar con ingredientes activos que hayan sido evaluados previamente por el Senasa con fines de registro y que podrán tener las siguientes características diferentes a las del producto registrado con ingrediente activo evaluado por el Senasa:

    a. nombre comercial,

    b. país de origen,

    c. concentración y formulación.

138. Con relación a lo anterior, corresponde determinar si, efectivamente, el procedimiento establecido en el artículo 3 de la Ley 30190 vulnera los derechos a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida y a la protección de la salud, reconocidos en el inciso 22 del artículo 2 y en el artículo 7 de la Constitución, respectivamente.

139. Con relación al primer derecho, en la Sentencia 3610-2008-PA/TC, el Tribunal Constitucional indicó que podría hablarse de una auténtica "Constitución Ecológica", que no es otra cosa que el conjunto de disposiciones de nuestra Constitución que fijan las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente (fundamento 33).

140. En ese sentido, siguiendo a la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia T-760/07), se explicitó que dicho ámbito de la Constitución tiene una tripe dimensión:

    a. Como principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación;

    b. Como derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales; y

    c. Como conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares en su calidad de contribuyentes sociales (Sentencia 3610-2008-PA/TC, Fundamento 34).

141. En cuanto al medio ambiente, el Tribunal ha tenido oportunidad de precisar su definición en la Sentencia 0048-2004-AI/TC, a partir de la delimitación del contenido del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, reconocido en el artículo 2, inciso 22, de la Constitución Política del Perú de 1993.

142. En dicha oportunidad, el Tribunal sostuvo lo siguiente:

    > Desde la perspectiva constitucional, y a efectos de su protección, se hace referencia, de modo general, al medio ambiente como el lugar donde el hombre y los seres vivos se desenvuelven. En dicha definición se incluye «(...) tanto el entorno globalmente considerado -espacios naturales y recursos que forman parte de la naturaleza: aire, agua, suelo, flora, fauna- como el entorno urbano»; además, el medio ambiente, así entendido, implica las interrelaciones que entre ellos se producen: clima, paisaje, ecosistema, entre otros [fundamento 17].

143. Asimismo, lo anterior se encuentra directamente relacionado con el derecho de toda persona a disfrutar de un entorno ambiental equilibrado y adecuado para el desarrollo de su existencia, mencionado *supra*.

144. Cabe precisar que la Constitución peruana ha dotado de *ratio fundamentalis* a este derecho. Así, el Estado tiene el deber de efectivizar su plena vigencia y prever los mecanismos de su garantía y defensa en caso de transgresión.

145. En reiterada jurisprudencia, este Tribunal ha establecido que el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está compuesto por los siguientes elementos:

    a. el derecho a gozar de ese medio ambiente; y

    b. el derecho a que ese medio ambiente se preserve.

146. En su primera manifestación, esto es, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por lo tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino especialmente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1 de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido.

147. Con respecto a la segunda manifestación, esta consiste en el derecho a que el medio ambiente se preserve. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A criterio de este Tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden o pueden incidir, directa o indirectamente, en el medio ambiente.

148. Así, este derecho, en su dimensión prestacional, impone al Estado tareas u obligaciones destinadas a conservar el medio ambiente sano y equilibrado, las cuales se traducen, a su vez, en un haz de posibilidades. Como es sabido, esta dimensión no solo supone tareas de conservación, sino también de prevención de daños de ese ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de una vida digna.

149. De esta manera, la protección del medio ambiente sano y adecuado no solo es una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención de que ellos sucedan. De este modo, la protección del medio ambiente puede hacerse efectiva desde la previsión de medidas reactivas que hagan frente a los daños que ya se han producido, pasando por medidas que hagan frente a riesgos conocidos antes de que se produzcan (prevención), hasta medidas que prevean y eviten amenazas de daños desconocidos o inciertos (precaución).

150. Asimismo, este Tribunal ha sostenido en diversas oportunidades que el Estado debe velar por la conservación y debida protección del derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con las políticas que buscan salvaguardar las riquezas naturales y el medio ambiente de la Nación.

151. Y es que la protección del medio ambiente involucra aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica, la conservación de las áreas de especial importancia ecológica, el desarrollo sustentable y la calidad de vida de las personas en condiciones dignas.

152. Por otro lado, con relación al segundo derecho invocado, la Constitución reconoce, en su artículo 7, que toda persona tiene derecho a la protección de su salud, así como el deber estatal de contribuir a la promoción y defensa de esta. En este sentido, el derecho a la salud se orienta a la conservación y al restablecimiento del funcionamiento armónico del ser humano en su aspecto físico y psicológico; y, por consiguiente, guarda una especial conexión con los derechos a la vida, a la dignidad de la persona humana, a la integridad (Sentencia 0091-2015-HC/TC, fundamento 2), y con el derecho a la alimentación, entre otros.

153. En ese sentido, existe un deber del Estado de no exponer a las personas a situaciones que pudieran comprometer, afectar o agravar su salud, como ocurriría si es que no se asegura efectivamente el derecho a la alimentación adecuada, lo que necesariamente requiere, de conformidad con el Comentario General 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, la disponibilidad de alimentos en cantidad, calidad y variedad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, **sin sustancias nocivas**, y aceptables para una cultura determinada (Sentencia 01470-2016-HC, fundamento 38).

154. Precisamente, con relación a los efectos gravemente perniciosos para la salud de las personas que los plaguicidas químicos pueden llegar a generar, de acuerdo con el Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la alimentación de la ONU, de fecha 24 de enero de 2017:

> Preocupan gravemente los efectos de la exposición crónica a los plaguicidas peligrosos. La exposición a plaguicidas se ha vinculado al cáncer, a la enfermedad de Alzheimer y a la enfermedad de Parkinson, a trastornos hormonales, a problemas de desarrollo y a esterilidad. Los plaguicidas también pueden tener numerosos efectos neurológicos, como pérdida de memoria o de coordinación o reducción de la capacidad visual o motriz. Otros posibles efectos son, por ejemplo, el asma, las alergias y la hipersensibilidad. Con frecuencia estos síntomas son muy sutiles y la comunidad médica puede no reconocerlos como un efecto clínico de los plaguicidas. Además, los efectos crónicos de los plaguicidas pueden tardar meses o años en manifestarse tras la exposición, lo cual plantea un desafío importante a la hora de tratar de exigir cuentas y acceder a un recurso efectivo, incluidas intervenciones preventivas[24].

24 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe de la Relatoría Especial sobre el derecho a la alimentación*. 24 de enero de 2017, párr. 12.

155. De esta manera, el derecho fundamental a la salud, en conexión con el derecho fundamental a una alimentación adecuada, desarrollado por este Tribunal en la Sentencia 01470-2016-HC, como se ha indicado previamente, exigen que el Estado garantice que los alimentos estén disponibles en cantidad, calidad y variedad suficientes. Esto último solo se logra en la realidad cuando el Estado desarrolla políticas institucionales concretas y controlables con la finalidad de asegurar que los alimentos carezcan de sustancias nocivas, como residuos de los plaguicidas químicos; o, en general, cuando el Estado cumple con garantizar a las personas que la inocuidad de los alimentos está escrupulosamente verificada por las autoridades competentes, como debe ocurrir, por ejemplo, en el caso de los alimentos transgénicos; todo ello a fin de satisfacer las necesidades alimentarias de las personas con arreglo a la Norma Fundamental.

156. Más allá de lo previamente indicado, este Tribunal estima que su labor como guardián de la supremacía constitucional y de la tutela de los derechos fundamentales sería incompleta con relación al examen de constitucionalidad aquí desarrollado si es que no se toman medidas en el ámbito de sus competencias frente a la verificada repercusión directa en la salud de la población de nuestro país por la exposición a los plaguicidas químicos, conforme se ha precisado en esta sentencia, lo que se debe, entre otras razones de primer orden, a la falta de capacitación, vigilancia y monitoreo por parte de las autoridades correspondientes respecto del uso de este tipo de plaguicidas.

157. Así, con especial relación a esto último, este Tribunal no puede dejar de advertir que nos encontramos ante una situación alarmante que no es reciente, sino que es de larga data en nuestro país. Tal es así que, en el aludido informe del relator especial sobre el derecho a la alimentación de la ONU de fecha 24 de enero de 2017, se da cuenta de lo siguiente:

> La intoxicación por plaguicidas sigue siendo un motivo grave de preocupación, sobre todo en los países en desarrollo, a pesar de que solo el 25 % de la utilización de plaguicidas se produce en esas naciones. En algunos países, la intoxicación por plaguicidas supera incluso las muertes por enfermedades infecciosas. Entre los accidentes trágicos con intoxicaciones cabe mencionar un incidente que tuvo lugar en el Perú en 1999, en el que 24 alumnos de una escuela murieron tras consumir paratión, un plaguicida altamente tóxico, que se había empaquetado de manera que se confundía con la leche en polvo[25].

158. Al respecto, no debe olvidarse como se menciona en el citado informe que existen ciertos grupos que corren un riesgo sustancialmente mayor de verse expuestos a plaguicidas; por ejemplo, los agricultores y trabajadores agrícolas, las comunidades que viven cerca de terrenos agrícolas, las comunidades indígenas, las mujeres embarazadas

25 Ibíd., párr. 10.

y los niños[26]. Y, precisamente, es con estos grupos, entre otros, con los que el Estado se encuentra especialmente obligado a garantizar niveles de protección reforzados de sus derechos, según lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución, entre otras disposiciones del bloque de constitucionalidad.

159. Asimismo, corresponde enfatizar que el potencial riesgo para la salud de las personas en el Perú puede tener un alcance mayor si se evalúa el problema desde la perspectiva de los consumidores, otro grupo afectado especialmente por la contaminación de los alimentos con sustancias nocivas provenientes de los plaguicidas químicos, como se sostiene también en el aludido informe de Naciones Unidas[27]. No debe olvidarse, pues que, según el artículo 65 de la Constitución, "el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto, garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población".

160. Con relación a esto último, conviene recordar, como se ha indicado previamente en esta sentencia, lo que sigue:

    a. En los alimentos analizados en el año 2017 por Senasa se encontraron varios muestras con resultados "no conformes" y, en algunos casos, las muestras "no conformes" se obtuvieron en la totalidad del material analizado en un departamento, como ocurrió con las muestras "no conformes" de aceituna de Ica, o las de tomate en Lambayeque, La Libertad y Piura, donde se hallaron residuos de plaguicidas químicos que superaban el límite máximo establecido y que incluso eran altamente tóxicos (Ib), según la clasificación de la OMS; y,

    b. Según el Ministerio de Salud, hasta junio del año 2019, se han reportado 1120 casos de intoxicación aguda por exposición plaguicidas químicos.

161. Con base en todo lo anterior, este Tribunal advierte que, de la fórmula legal del artículo 3 de la Ley 30190 no se desprende ni explícita ni implícitamente un mandato relacionado directamente con el deber de preservación del medio ambiente, ni con la protección del derecho a la salud en conexión con el derecho a la alimentación adecuada. Dicho mandato, según nuestro ordenamiento jurídico-constitucional, debe cumplirse, desde un inicio, con el registro correspondiente de los plaguicidas químicos ante Senasa, registro que debe incluir, por lo tanto, la evaluación de la autoridad competente en materia ambiental del sector agrario (Dirección General de Asuntos Agrarios o DGAA del Ministerio de Agricultura y Riego) y de las autoridades competentes en materia de salud.

162. Sin embargo, este Tribunal aprecia que, de acuerdo con el cuestionado artículo 3 de la Ley 30190, bastaría una declaración jurada con la información consignada en dicho

26 Ibíd., párr. 6-10.
27 Íd.

artículo para que los destinatarios de tal disposición puedan importar directamente, para consumo propio y el de sus asociados, PQUA no registrados previamente por Senasa.

163. Así, la única exigencia de previa evaluación por Senasa con fines de registro se refiere al ingrediente activo, el cual incluso podría tener diferente nombre comercial, país de origen, concentración o formulación que los del producto registrado con ingrediente activo evaluado por Senasa.

164. Es decir, de lo anterior se desprende que el legislador ha asumido, sin mayor evidencia científica, que sería suficiente la evaluación del ingrediente activo de un plaguicida químico con fines de registro, por parte del Senasa, para garantizar que el producto a importar que cuente con el mismo ingrediente activo es eficaz, pero sobre todo seguro en materia agronómica, eco-toxicológica, toxicológica, medioambiental y sanitaria.

165. Incluso, más allá de dicha suposición, el propio legislador ha flexibilizado las exigencias del ingrediente activo en el artículo 3 de la ley cuestionada en detrimento de la seguridad sanitaria y medioambiental que debe procurar en la mayor medida posible para todos los ciudadanos. Ello es así por cuanto en este artículo se admite que el ingrediente activo tenga distinta concentración o formulación, esto es, se admite que se importen plaguicidas químicos sin antecedentes de registro, lo cual, razonablemente, no constituye suficiente garantía en el marco de potenciales riesgos para la propia agricultura, el medioambiente y la salud de las personas.

166. A ello debe añadirse que este artículo supedita, sin más, la restricción de las importaciones de productos químicos de uso agrícola (plaguicidas químicos) bajo esta modalidad, clasificados como pertenecientes a los grupos Ia (extremadamente peligrosos) y Ib (altamente peligrosos) según la OMS, a una norma reglamentaria, esto es, a las condiciones establecidas en el Reglamento del Decreto Legislativo 1059, aprobado por Decreto Supremo 018-2008-AG, publicado el 31 de agosto de 2008,que no regula el supuesto de restricciones a la importación de PQUA de la clasificación Ia y Ib por parte de los AIU.

167. En todo caso, una disposición relacionada con lo mencionado es el artículo 15 del Decreto Legislativo 1059 antes referido, que dispuso que la Autoridad Nacional en Sanidad Agraria (Senasa) tendría que priorizar las medidas tendientes a restringir o prohibir, entre otros, la utilización de los PQUA clasificados en las categorías Ia (extremadamente peligrosos) y Ib (altamente peligrosos) según la Tabla de Clasificación por Peligrosidad de la OMS, "siempre que [se] cuente con alternativas técnicas y económicas y, sobre todo, de menor riesgo para la salud y el ambiente". Pero, como puede apreciarse, ello propiamente no está relacionado directamente con la figura de la importación de PQUA por parte de los AIU. Esa falta de relación directa también se advierte en relación a la regulación establecida en el Decreto Supremo 001-2015-MINAGRI, en cuyo artículo 56 se dispuesto la exclusión de los plaguicidas y de "los beneficios de reducción arancelaria que adopte el país, en fomento del uso de otros métodos alternativos de control de plagas".

168. Por lo expuesto, pese a la voluntad normativa expresada en nuestro ordenamiento jurídico en el sentido de que las autoridades competentes tiendan a restringir o prohibir la utilización de los PQUA clasificados en las categorías Ia y Ib por la OMS, en la actualidad el reglamento del Decreto Legislativo 1059, al que alude el artículo 3 de la Ley 30190, no regula las eventuales condiciones de restricción de la importación de PQUA de tipo Ia y Ib, por parte de los AIU, lo que tampoco se advierte de manera expresa en el Decreto Supremo 001-2015-MINAGRI, que aprobó el Reglamento del Sistema Nacional de Plaguicidas de Uso Agrícola, vigente desde el año 2015.

169. De esta manera, cuando el artículo 3 de la ley cuestionada supedita al reglamento del Decreto Legislativo 1059, Ley de Sanidad Agraria, las condiciones en las que se restringe la eventual importación de plaguicidas químicos, en lo que respecta a la modalidad allí regulada, correspondientes a las categorías de la clasificación sugerida por la OMS –a saber, Ia (extremadamente peligrosas) y Ib (altamente peligrosas)–, lo que hace en realidad es remitirse a un supuesto no regulado, toda vez que actualmente no se halla una referencia explícita a tales condiciones de restricción en dicho reglamento.

170. Por otra parte, en el párrafo final del artículo 3 de la Ley 30190, se ha dispuesto la facultad de Senasa para la aprobación de procedimientos que permitan realizar la vigilancia y control de los plaguicidas importados en la modalidad regulada en dicho artículo, desde su importación hasta su uso en el campo, para lo cual se adoptarían las medidas sanitarias correspondientes, así como se impondrían sanciones a quienes infrinjan esto último. Sin embargo, en este artículo no se advierte ninguna mención a la evaluación del impacto agronómico, eco-toxicológico, toxicológico y medioambiental, incluyendo el manejo de residuos y desechos de plaguicidas químicos que también debieran ser incluidos en la vigilancia y control de estos productos importados, conducidos por el Senasa, en coordinación con las autoridades competentes en materia ambiental del sector agrario y sanitaria.

171. Antes bien, frente a todo lo previamente indicado, este Tribunal considera que la importación de plaguicidas químicos en la modalidad regulada en el artículo 3 de la Ley 30190 no garantiza la evaluación agronómica, eco-toxicológica, toxicológica y medioambiental, desde la importación hasta el uso en el campo de tales productos.

172. De esta manera, en lo que corresponde al derecho fundamental al medio ambiente sano y equilibrado, este Tribunal considera que la modalidad de importación regulada en el artículo 3 antes aludido no satisface las exigencias del deber de prevención, dimanante de este derecho fundamental, por cuanto la protección del medio ambiente sano y adecuado no solo involucra la reparación frente a daños a este último, sino y, por sobre todo, la prevención de estos, ante riesgos conocidos, como ocurre con los plaguicidas químicos.

173. Efectivamente, este Tribunal ha hecho explícita en varias oportunidades la relevancia del deber de prevención, por cuanto:

> Si bien el Estado no puede garantizar a los seres humanos que su existencia se desarrolle en un medio ambiente sano, éstos sí pueden exigir que el Estado adopte todas las medidas necesarias de prevención que lo hagan posible. En ese sentido, el Tribunal Constitucional estima que la protección del medio ambiente sano y adecuado no solo es una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención de que ellos sucedan [Sentencia 03347-2007-PA/TC, fundamento 5].

174. De igual forma, a cerca del derecho fundamental a la salud en conexión con el derecho a la alimentación adecuada, este Tribunal considera que el artículo 3 de la Ley 30190, al permitir la importación de PQUA en la modalidad ahí regulada, exigiendo únicamente que el ingrediente activo de los productos a importar haya sido evaluado con fines de registro ante el Senasa, admitiendo que pueda tener distinta formulación o concentración, prescindiendo, por tanto, de una evaluación toxicológica y sanitaria de dichos plaguicidas, constituye un incumplimiento del deber del Estado de no exponer a las personas que pudieran comprometer, afectar o agravar su salud, esto es, de la dimensión objetiva del derecho fundamental protegido por el artículo 7 de la Constitución en conexión con el derecho a la alimentación adecuada.

175. Por lo tanto, por las razones antes esgrimidas, debe declararse inconstitucional el siguiente párrafo del artículo 3 de la Ley 30190:

> [...] dichos productos deberán contar con ingredientes activos que hayan sido evaluados previamente por el Servicio Nacional de Sanidad Agraria (Senasa) con fines de registro y podrán tener diferente nombre comercial, país de origen, concentración y/o formulación distinta al producto registrado con ingrediente activo evaluado por el Senasa.

176. Por otro lado, este Tribunal ha detectado, en la disposición cuestionada, las siguientes omisiones inconstitucionales:

    a. No se ha exigido que la importación de PQUA por parte de AIU se realice respecto de plaguicidas químicos previamente registrados ante Senasa.

    b. No se han regulado expresamente las condiciones de restricción respecto de los PQUA clasificados en los niveles de toxicidad Ia y Ib, según la OMS en el año 2009.

    c. No se ha exigido la evaluación agronómica, eco-toxicológica, toxicológica y medioambiental, incluyendo el manejo de residuos y desechos de plaguicidas químicos, como parte de las labores de verificación y control *ex ante* y *ex post* conducidas por Senasa, en coordinación con las autoridades competentes en materia ambiental y sanitaria.

177. Al respecto, debe recordárselo siguiente con relación a la figura de la omisión inconstitucional:

> Así, el carácter normativo que la Constitución ostenta no sólo significa que las disposiciones en ella contenidas no sean infringidas o desconocidas por las autoridades, funcionarios o personas (que no se atente contra lo *constitucionalmente prohibido*), sino que aquellas obligaciones que ella señala, entre las que puede encontrarse la de desarrollar normativamente determinado precepto constitucional, sean cumplidas de modo efectivo y adecuado (que se cumpla con lo *constitucionalmente ordenado*) [Sentencia 05427-2009-AC/TC, fundamento 12].

178. Ello es así por cuanto solo de esta manera puede la garantizarse la plena y completa realización del proyecto constitucional que una comunidad política ha abrigado a través de su Norma Fundamental (Sentencia 05427-2009-AC/TC, fundamento 12).

179. Por ello, en atención a las inconstitucionalidades previamente detectadas, este Tribunal estima indispensable recurrir a la figura de una sentencia interpretativa aditiva.

180. En principio, a la modalidad de la sentencia interpretativa propiamente dicha se recurre cuando el órgano de control constitucional detecta y determina la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de ley, por lo que se recurre de manera alternativa y acumulativa a la tarea reductora y reconstructiva (Sentencia 004-2004-CC/TC, fundamento 3.3).

181. Al respecto, este Tribunal ha sostenido en la Sentencia 004-2004-CC/TC que las sentencias aditivas son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa, contexto en el cual "se procede a 'añadir' algo al texto incompleto, para transformarlo en plenamente constitucional" y que se expiden "para completar leyes cuya redacción presenta un contenido normativo 'menor' respecto al exigible constitucionalmente" (fundamento 3.3.).

182. Así, "se trata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad no del texto de la norma o disposición general cuestionada, sino más bien de lo que los textos o normas no consignaron o debieron consignar" y que, en concreto se caracteriza por lo siguiente:

- La sentencia indica que una parte de la ley impugnada es inconstitucional, en tanto no ha previsto o ha excluido algo.
- El órgano de control considere necesario "ampliar" o "extender" su contenido normativo, permitiendo su aplicación a supuestos inicialmente no contemplados, o ensanchando sus consecuencias jurídicas.
- La finalidad en este tipo de sentencias consiste en controlar e integrar las omisiones legislativas inconstitucionales; es decir, a través del acto de adición, evitar que una ley cree situaciones contrarias a los principios, valores o normas constitucionales.

- El contenido de lo "adicionado" surge de la interpretación extensiva, de la interpretación sistemática o de la interpretación analógica [Sentencia 004-2004-CC/TC, fundamento 3.3].

183. Y es que, en todo caso, debe recordarse que la existencia de este tipo de sentencias se justifica por la necesidad de evitar los efectos perniciosos que puedan presentarse en determinadas circunstancias, como consecuencia de los vacíos legales que surgen luego de la "expulsión" de una ley o norma con rango de ley del ordenamiento jurídico (Sentencia 004-2004-CC/TC, fundamento 3.3). Tales circunstancias tienen que ver con la existencia de dos principios rectores de la actividad jurisdiccional-constituyente; a saber, el principio de conservación de la ley y el principio de interpretación desde la Constitución:

[...]

- El principio de conservación de la ley. Mediante este axioma se exige al juez constitucional "salvar", hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada, en aras de afirmar la seguridad jurídica y la gobernabilidad del Estado.

  Es decir, la expulsión de una ley del ordenamiento jurídico por inconstitucional, debe ser la última *ratio* a la que debe apelarse. Así, la simple declaración de inconstitucionalidad no debe ser utilizada, salvo si es imprescindible e inevitable.

- El principio de interpretación conforme a la Constitución. Mediante este axioma o pauta básica se asigna un sentido a una ley cuestionada de inconstitucionalidad, a efectos que ella guarde coherencia y armonía con el plexo del texto fundamental.

  Dicha interpretación hace que la ley sea conforme a la Constitución; cabiendo, para tal efecto, que se reduzca, sustituya o modifique su aplicación para los casos concretos [Sentencia 004-2004-CC/TC, fundamento 3.3].

184. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta el principio de presunción de constitucionalidad de las normas, que establece que una ley no será declarada inconstitucional a menos que exista plena convicción respecto de su absoluta y flagrante contradicción con la Constitución. Se trata de una presunción *iuris tantum,* por lo que, si no se demuestra la abierta inconstitucionalidad de la norma, el juez constitucional estará en la obligación de adoptar una interpretación que la concuerde con el texto constitucional (Sentencia 0020-2003-AI/TC, fundamento 33).

185. Por ello, a efectos de evitar que la declaración de inconstitucionalidad de todo el texto del artículo 3 genere una inconstitucionalidad mayor ante la ausencia de una disposición que regule expresamente esta modalidad de importación de PQUA para consumo propio y sin fines de comercialización, en el entendido de que según el artículo 88 de la Constitución Política de 1993, el Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario, este Tribunal considera:

a. Con relación a la primera omisión inconstitucional detectada, debe interpretarse aditivamente la frase **"registrados ante el Servicio Nacional de Sanidad Agraria (Senasa)"**en el primer párrafo del referido artículo 3 de la Ley 30190. De esta forma, la disposición aludida debe interpretarse en el siguiente sentido: "Las personas naturales o jurídicas, que desarrollen cultivos, organizaciones de productores agrarios, podrán importar directamente, para consumo propio y de sus asociados, plaguicidas de uso agrícola, **registrados anteel Servicio Nacional de Sanidad Agraria (Senasa),** presentando una declaración jurada que contenga el nombre comercial del producto a importar y su ingrediente activo, nombre del formulador del producto terminado, país de origen, peso neto, peso bruto, fecha de producción, de vencimiento y probable de arribo, tipo y material de envase".

b. Asimismo, en la medida en que constituye también una omisión inconstitucional el hecho de que no se haya incluido como parte de la vigilancia y control que deberá realizar el Senasa, desde la importación hasta el uso en el campo de los PQUA, la evaluación de su impacto toxicológico, eco-toxicológico, medioambiental y agronómico, incluyendo el manejo de residuos y desechos de plaguicidas, en coordinación con las autoridades competentes en materia ambiental y sanitaria, debe interpretarse aditivamente la frase **"toxicológicas, eco-toxicológicas, medioambientales y agronómicas"** en el tercer párrafo del aludido artículo 3. De esta manera, la disposición aludida debe interpretarse en el siguiente sentido: "Se faculta al Senasa para aprobar procedimientos, mediante resolución del órgano de línea competente, que permitan efectuar actividades de vigilancia y control de estos productos desde su importación hasta su uso en campo; adoptando medidas sanitarias, **toxicológicas, eco-toxicológicas, medioambientales y agronómicas**, e imponiendo las correspondientes sanciones, a quienes infrinjan esta disposición".

186. Al respecto, se precisa que la inclusión de la frases **"registrados ante el Servicio Nacional de Sanidad Agraria (Senasa)"** así como "**toxicológicas, eco-toxicológicas, medioambientales y agronómicas"** en el texto del artículo 3 de la Ley 30190 constituye únicamente el ejercicio de la facultad interpretativa aditiva de este Colegiado, efectivizando así la presunción *iuris tantum* de constitucionalidad de las leyes, que evita su declaración de inconstitucionalidad cuando exista cuando menos un sentido interpretativo que permita considerarlo compatible con la Norma Fundamental. Así, dichas frases solo cumplen con el propósito de esclarecer la manera cómo debe ser interpretado el texto a partir de la expedición de la presente sentencia.

187. Finalmente en relación con la segunda omisión inconstitucional detectada, en atención a la potencial contaminación del medio ambiente y el peligro para la salud por la excesiva toxicidad de los plaguicidas correspondientes a las categorías Ia y Ib de la clasificación sugerida por la OMS, este Tribunal considera que es contrario a la Constitución que el legislador no haya regulado expresamente las restricciones a la importación en la modalidad regulada en el artículo 3 de la Ley 30190, de los PQUA correspondientes a tales categorías.

188. El incumplimiento antes aludido se aprecia también en el hecho de que se supeditan las condiciones de la restricción de las PQUA correspondientes a la clasificación Ia y Ib, en la figura del AIU, a lo establecido en el reglamento del Decreto Legislativo 1059, aprobado por Decreto Supremo 018-2008-AG, algo que, en la actualidad, carece de efectos prácticos, por cuanto en este referido reglamento no se encuentra una mención expresa a tales restricciones, como se indicó previamente.

189. Por esta razón, este Tribunal declara inconstitucional el siguiente párrafo:

> Las importaciones de los productos químicos de uso agrícola pertenecientes a las categorías Ia y Ib, quedan restringidas a las condiciones establecidas en el Reglamento del Decreto Legislativo 1059, Decreto Legislativo que aprueba la Ley General de Sanidad Agraria.

190. Indicado todo lo anterior, la fórmula legal del artículo 3, a partir de la presente sentencia, debe ser interpretada en el siguiente sentido:

> "Las personas naturales o jurídicas, que desarrollen cultivos, organizaciones de productores agrarios, podrán importar directamente, para consumo propio y de sus asociados, plaguicidas de uso agrícola, **registrados ante el Servicio Nacional de Sanidad Agraria (Senasa)"**, presentando una declaración jurada que contenga el nombre comercial del producto a importar y su ingrediente activo, nombre del formulador del producto terminado, país de origen, peso neto, peso bruto, fecha de producción, de vencimiento y probable de arribo, tipo y material de envase.
> Se faculta al Senasa para aprobar procedimientos, mediante resolución del órgano de línea competente, que permitan efectuar actividades de vigilancia y control de estos productos desde su importación hasta su uso en campo; adoptando medidas sanitarias, **toxicológicas, eco-toxicológicas, medioambientales y agronómicas**, e imponiendo las correspondientes sanciones, a quienes infrinjan esta disposición".

191. Por todo lo expuesto, este Tribunal declara fundado en parte este extremo de la demanda; razón por la cual el artículo 3 de la Ley 30190 debe ser interpretado como se ha indicado en el fundamento previo.

3.5. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y LA PROSCRIPCIÓN DE LEYES ESPECIALES POR RAZÓN DE LA DIFERENCIA DE PERSONAS

192. Por otra parte, los demandantes reiteran que, con la entrada en vigencia del artículo 3 de la Ley 30190, se contraviene el principio de igualdad ante la ley y lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución, según el cual "no pueden expedirse leyes especiales por razón de la diferencia de las personas" por cuanto existen dos procedimientos legales distintos para las personas que pretenden importar PQUA. Al respecto, según los demandantes, esta diferenciación no se sustenta en ningún criterio técnico, sino única y exclusivamente en la persona que realiza la importación del PQUA o, en todo caso, en la finalidad de dicha importación.

193. Ahora bien, respecto al principio-derecho de igualdad, el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución establece lo siguiente:

> […] 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.

194. Este Tribunal, en reiteradas ocasiones, ha sostenido que el principio-derecho de igualdad encuentra su fundamento en la dignidad humana (ver, entre otras, la Sentencia 0023-2005-PI/TC, fundamento 42) y que no se puede abordar "unidimensionalmente, como una mera exigencia de trato paritario" (Sentencia 0033-2010-PI/TC, fundamento 12).

195. Así, el contenido constitucionalmente protegido de la igualdad jurídica comprende en estricto dos facetas: una como principio del ordenamiento jurídico en su conjunto, esto es, como un contenido material objetivo, y otra como un derecho fundamental (Sentencia 0045-2004-PI/TC, fundamento 20).

196. Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal de la norma establecida en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución, el derecho fundamental a la igualdad no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en la exigencia de que dicho trato sea de igual modo al que reciben quienes se encuentran en una misma condición (Sentencia 0048-2004-PI/TC, fundamento 59). No supone, en consecuencia, el tratamiento idéntico de todos los casos.

197. De ahí que la jurisprudencia de este Tribunal haya desarrollado el discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales como diferenciación y discriminación.

198. La diferenciación está constitucionalmente permitida siempre y cuando el trato desigual se funde en causas razonables y objetivas. Por el contrario, si dicha diferenciación no resulta razonable ni proporcional, se estará ante una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (Sentencia 0048-2004-PI/TC, fundamento 62). En tal sentido, en la Sentencia 0045-2004-PI/TC, el Tribunal concluyó que el trato diferenciado dejaba de constituir una distinción constitucionalmente permitida cuando esta carecía de justificación en los términos que demanda el principio de proporcionalidad (fundamento 31, *in fine*).

199. Asimismo, este órgano de control de la Constitución tiene resuelto que la discriminación es aquel trato diferente y arbitrario que le impide a la persona acceder a oportunidades esenciales a las que otros, en su misma condición, tienen acceso, y que es causada por motivos proscritos por la propia Norma Fundamental o de similar índole (Sentencia 0090-2004-AA/TC, fundamento 43).

200. Explicado lo anterior, cabe resaltar una vez más que la igualdad constitucionalmente garantizada no impone el trato idéntico de todos los sujetos, sino un trato igualitario

de los que se encuentran en la misma condición, lo que implica que quien invoca la afectación de dicho principio-derecho debe demostrar dos cosas:

a. el trato diferente; y

b. que se encuentra en la misma condición respecto de la persona que recibe un tratamiento diferenciado.

201. En tal sentido, este Tribunal afirmó que, para determinar la existencia de una diferenciación jurídicamente relevante, debe constatarse que se aplica diferente trato a quienes se encuentran en condiciones iguales, o un trato homogéneo a quienes se encuentran en diferente situación, lo que vendría a constituir una violación del principio de igualdad por indiferenciación (Sentencia 02437-2013-PA/TC, fundamentos 25 y siguientes).

202. En otras palabras, la identificación del tratamiento diferenciado debe realizarse mediante la comparación entre el objeto, el sujeto, la situación o la relación que se cuestiona y otro identificable, desde el punto de vista fáctico o jurídico, pero al que se le asigna diferente consecuencia, lo que constituye el "término de comparación" (*tertium comparationis*) (Sentencia 0026-2014-PI/TC, fundamento 22).

203. Este término de comparación debe presentar una situación jurídica o fáctica que comparta una esencial identidad, en sus propiedades relevantes, con el trato que se denuncia y tiene como características las siguientes:

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. Desde luego, ello no implica exigir que se traten de situaciones idénticas, sino tan solo de casos entre los que quepa, una vez analizadas sus propiedades, entablar una relación analógica *prima facie* relevante. A 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 [Sentencia 0015-2010-PI/TC, fundamento 9].

204. Es en esta línea que el Tribunal Constitucional ha planteado que, desde la posición de quien se considera afectado en su derecho a la igualdad en la ley por una diferenciación legal, no basta alegar la existencia de una determinada circunstancia que lo asemeja a quien pretende utilizar como término de comparación, sino que es necesario

incidir en la ausencia de un criterio razonable que permita diferenciarlos en atención a la materia que es regulada por la norma; y, desde la perspectiva de quien considera legítima una determinada diferenciación legal, no es suficiente invocar un criterio accesorio o inocuo de distinción, sino sustentar la existencia de una diferencia objetiva y esencial a la luz de la materia regulada por la norma (Sentencia 00015-2010-PI/TC, fundamento 10).

205. La inexistencia de una tal equiparación o similitud entre lo que es objeto del juicio de igualdad y la situación normativa propuesta para ser comparada con aquel, invalida el *tertium comparationis* y, en ese sentido, se presenta como inidónea para fundar con base en él una denuncia de intervención sobre el principio-derecho de igualdad (Sentencia 0019-2010-PI, fundamento 15).

206. De esta manera, si el término de comparación propuesto no cumple con las referidas condiciones, no existirá mérito siquiera para ingresar en el análisis del test de igualdad, cuyos subprincipios fueron desarrollados en la Sentencia 0045-2004-PI/TC (fundamentos 33 y siguientes).

207. La primera de ellas es su validez. El empleo del *tertium comparationis* presupone su conformidad con el ordenamiento jurídico. No ha de tratarse de un término de comparación que por las razones que fueran se encuentre prohibido, por ejemplo, por la Ley Fundamental (Sentencia 00019-2010-PI/TC, fundamento 16).

208. La segunda es la idoneidad. El requisito de idoneidad al que aquí se alude no se relaciona con las cargas argumentativas que exige el subprincipio del mismo nombre que conforma el principio de proporcionalidad, sino a la necesidad de que el *tertium comparationis* represente una situación jurídica o fáctica que comparta una esencial identidad, en sus propiedades relevantes, con el trato que se denuncia (Sentencia 0014-2007-PI/TC, fundamento 12).

209. Tal identidad no alude a la equivalencia de rasgos entre las dos situaciones que se comparan, sino al hecho de que se trate de situaciones que puedan ser jurídicamente equiparables. Entre lo que se compara y aquello con lo cual este es comparado, han de existir cualidades, caracteres, rasgos o atributos comunes (Sentencia 0035-2010-PI/TC, fundamentos 32 y 30).

210. Por otro lado, debe resaltarse que el derecho a la igualdad tiene dos dimensiones: la igualdad *en la ley* y la igualdad *en la aplicación* de la ley. La primera manifestación constituye un límite para el legislador, encontrándose este vedado de establecer distinciones basadas en criterios irrazonables y desproporcionados. Es decir, el principio de igualdad exige al legislador que las situaciones jurídicas que vaya a determinar deban garantizar un trato igual y sin discriminaciones.

211. Precisamente, con la *igualdad en la ley* se encuentra estrechamente relacionado el mandato establecido en el artículo 103 de la Constitución, según el cual "no pueden expedirse leyes especiales por razón de la diferencia entre personas". Al respecto,

como este Tribunal sostuvo en la Sentencia 0021-2011-PI/TC, el artículo 103 de la Constitución establece un principio general del derecho que afirma implícitamente que las normas jurídicas protegen y obligan por igual a todos los habitantes de la República (fundamento 6).

212. Así, las normas se caracterizan por tener un mandato impersonal, por lo que no tienen en cuenta la singularidad de las personas obligadas a su cumplimiento. Por ello, la ley debe contener pautas de carácter general que sean de interés común y resultantes de la convivencia social, cuyo cumplimiento sea obligatorio para todos, es decir, *erga omnes* (Sentencia 018-2003-AI/TC).

213. Dentro de ese contexto, solo por excepción es viable la creación de una regla especial, que no puede ampararse en el arbitrio caprichoso de quienes poseen el poder político, sino en la naturaleza o razón de los hechos, sucesos o acontecimientos que ameriten una regulación particular o no genérica (Sentencia 018-2003-AI/TC).

214. Por lo expuesto, una ley especial –de por sí regla excepcional en el ordenamiento jurídico nacional– se ampara en las específicas características, propiedades, exigencias o calidades de determinados asuntos no generales en el seno de la sociedad y hace referencia específica a lo particular, singular o privativo de una materia (Sentencia 018-2003-AI/TC). De esta forma, una ley especial se justifica por la necesidad de establecer regulaciones jurídicas esencialmente distintas a aquellas que contemplan las relaciones o situaciones indiferenciadas, comunes o genéricas (Sentencia 018-2003-AI/TC).

215. Asimismo, corresponde reiterar que, en la Sentencia0001-2003-PI/TC, este Tribunal sostuvo lo siguiente en sus fundamentos 11 y 12:

> 11. El principio de igualdad en el Estado constitucional exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora. La vinculación negativa está referida a la ya consolidada jurisprudencia de este Colegiado respecto de la exigencia de "tratar igual a los que son iguales" y "distinto a los que son distintos" […].
>
> 12. Así las cosas, 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.

216. Por su parte, la segunda manifestación del derecho a la igualdad, esto es, la igualdad *en la aplicación* de la ley, se configura como límite del actuar de los órganos jurisdiccionales o administrativos, exigiendo que estos, al momento de aplicar las normas jurídicas, no atribuyan distintas consecuencias jurídicas a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales (ver Sentencia 0004-2006-PI/TC, fundamentos 123 y 124).

217. En suma, la inexistencia de caracteres comunes entre el trato que se cuestiona y la situación que se ha propuesto como término de comparación impide que se pueda determinar una intervención sobre el principio-derecho de igualdad (Sentencia 0019-2010-PI/TC, fundamento 15; Sentencia 0017-2010-PI/TC, fundamentos 4 y 5; y Sentencia 0022-2010-PI/TC, fundamentos 15 y 18).

218. Por ello, es tarea de quien cuestiona una infracción a dicho derecho identificar el trato desigual, así como aportar las razones y argumentos por los que este debería considerarse como un *tertium comparationis* válido e idóneo (Sentencia 00031-2004-PI/TC, fundamento 16; Sentencia 0008-2004-PI/TC, fundamentos 131 y 132; Resolución 03931-2010-PA/TC, fundamento 6; Resolución 00640-2011-PA/TC, fundamento 5, y Sentencia 0035-2010-PI/TC, fundamento 32), lo que es indispensable para evaluar si efectivamente se ha vulnerado el principio-derecho de igualdad.

219. Y es que de la validez e idoneidad del término de comparación depende la determinación (o no) de una intervención al mandato de prohibición de discriminación; por consiguiente, su análisis se presenta como un *prius*a la determinación de su lesividad (Sentencia 0035-2010-PI/TC, fundamentos 31 y 32).

220. Ahora bien, con relación a lo alegado por los demandantes en el presente extremo de la demanda, este Tribunal advierte que estos han presentado como *tertium comparationis*, con respecto al grupo destinatario de la disposición objeto de control constitucional, al resto de importadores que no realizan dicha actividad solo para el consumo propio, sino que, por el contrario, importan PQUA con fines de comercialización.

221. Así, se advierte que los demandantes pretenden equiparar el supuesto importación de PQUA con fines comercialización con la importación de PQUA en la modalidad de los AIU, esto es, sin fines de comercialización.

222. No obstante, este Tribunal aprecia que, si bien el *tertium comparationis* aludido cumple con el requisito de validez, toda vez que no se trata de un supuesto prohibido por la Norma Fundamental, no resulta, en cambio, idóneo, por cuanto, entre la importación de plaguicidas químicos para consumo propio exclusivamente y la importación de dichos productos con fines de comercialización no existe una esencial identidad, en sus propiedades relevantes.

223. Y es que no resultan asimilables la importación de PQUA con miras únicamente a su utilización en los campos de cultivo y su importación con la finalidad de comercializarlos en el mercado. El elemento de la comercialización como fin de la importación determina que se trate de situaciones fácticas que ameritan un tratamiento legislativo diferenciado en atención justamente a la naturaleza de las cosas. Por consiguiente, no existe mérito siquiera para ingresar en el análisis del test de igualdad.

224. Explicado todo lo anterior, este Tribunal advierte que el artículo 3 de la Ley 30190 no vulnera el principio de igualdad ante la ley en un sentido formal como tampoco

lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución, como alegan los demandantes, por cuanto el *tertium comparationis* ofrecido no es idóneo.

225. Siendo ello así, corresponde declarar infundada la demanda en el presente extremo.

3.6. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DE LA IGUALDAD DE TRATO ENTRE LA INVERSIÓN NACIONAL Y LA EXTRANJERA

226. Por otro lado, los demandantes alegan que el artículo 3 de la Ley 30190 establece un trato discriminatorio en perjuicio de los inversionistas nacionales, por cuanto, para comercializar un PQUA a nivel local, el comerciante deberá previamente haber cumplido con registrar el producto ante Senasa, así como someterlo a evaluación de las autoridades competentes; sin embargo, esta exigencia se suprime si la compra del PQUA se realiza en el extranjero. Así, para los demandantes, en relación con esto último, se habría vulnerado también el artículo 63 de la Constitución según el cual "la inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones".

227. En suma, los demandantes sostienen que la disposición cuestionada ha incurrido en un trato discriminatorio por razón de la nacionalidad pese a lo dispuesto en el artículo 2, inciso 2, y 63 de la Norma Fundamental.

228. Al respecto, este Tribunal ha manifestado en reiteradas ocasiones que el contenido constitucionalmente protegido de la igualdad jurídica como *derecho fundamental:*

> […] constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo" "de cualquier otra índole", como por ejemplo, la nacionalidad) que, jurídicamente, resulten relevantes" [Sentencia 0045-2004-PI/TC, fundamento 20].

229. Ahora bien, el artículo 63 de la Constitución establece lo siguiente:

> La inversión nacional y extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas [...].

230. En la Sentencia 0018-2003-AI/TC, este Tribunal señaló que la inversión a la que alude dicho artículo es "aquella acción mediante la cual los agentes económicos -personas e instituciones involucradas en el proceso económico por medio de fondos propios o ajenos- realizan la compra de activos físicos, bonos, acciones, etc., con el propósito de obtener una serie de beneficios futuros" (fundamento 2).

231. Dichos beneficios son, básicamente, "el ingreso de dinero, insumos, equipos, etc.", de forma tal que "la inversión supone el acrecentamiento del capital de una economía o,

en otras palabras, la acumulación de capital"; pudiendo ser esta, "según la realice el poder público o la iniciativa particular (…) pública o privada; y, según el domicilio del inversor que aporte capital (…), nacional o extranjera". Al respecto, la condición de inversión extranjera se tiene incluso "cuando la acción económica se efectúa dentro del territorio de un Estado por agentes económicos con domicilio en otros países" (Sentencia 0020-2011-PI/TC, fundamento 11).

232. Explicado lo anterior, este Tribunal advierte que el objeto del artículo 3 de la Ley 30190 no tiene como objeto regular un tema en materia de inversiones ni menos aún establece como mecanismo de regulación algún trato discriminatorio por motivo de la nacionalidad. Lo que hace en realidad dicho artículo es intentar favorecer la importación de plaguicidas químicos siempre que sea para consumo directo y sin fines de comercialización, lo que no implica ninguna restricción directa a los comercializadores nacionales de plaguicidas químicos por razón precisamente de su nacionalidad.

233. Siendo ello así, en la medida en que el objeto regulado no está relacionado directamente con las inversiones o la colocación de los capitales en el mercado, ni se advierte ningún trato discriminatorio basado únicamente en la nacionalidad, este Tribunal no advierte ninguna incidencia negativa en el mandato constitucional de proscripción de la discriminación (artículo 2, inciso 2) ni en lo establecido en el artículo 63 de la Constitución.

234. Por consiguiente, corresponde desestimar la demanda en el referido extremo.

3.7. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 55 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993 Y DE LA GARANTÍA DE LA COSA JUZGADA

235. Por otro lado, los demandantes indican que, con la aprobación del artículo 3de la Ley 30190, se transgrede el artículo 55 de la Constitución y la garantía de la cosa juzgada, por cuanto se desconoce lo resuelto en el proceso 05-AI-2008 del Tribunal de Justicia de la CAN.

236. Sostienen que, en virtud del artículo 55 de la Constitución, el Acuerdo de Cartagena como el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de CAN son tratados en vigor celebrados y ratificados por el Estado peruano y que forman parte del derecho nacional. Por consiguiente, las Decisiones de la CAN son vinculantes para los Estados Miembros como el Perú, mientras que lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la CAN, como lo resuelto en el proceso 05-AI-2008, tiene fuerza obligatoria y adquiere calidad de cosa juzgada a partir del día siguiente a su notificación, según lo previsto en el artículo 91 del Estatuto de dicho tribunal.

237. Ahora bien, los demandantes sostienen que, si bien al tiempo de la expedición de la Ley 30190 se encontraba suspendida la vigencia de la Decisión 436, "Norma Andina para el Registro y Control de Plaguicidas Químicos de Uso Agrícola", también lo es que dicha suspensión se hizo al amparo de la Decisión 795, que facultó a los países

miembros de la Comunidad Andina a suspender la vigencia de la primera decisión, y del "Manual Técnico Andino para el Registro y Control de Plaguicidas Químicos de Uso Agrícola" (Resolución 630) en sus respectivos territorios, de forma temporal, hasta el 31 de diciembre de 2014, lo que fue ampliado hasta el 30 de abril de 2015. De esta manera, la expedición de una ley, con vocación de permanencia, como es el caso de la Ley 30190, no sería compatible, a criterio de los demandantes, con el carácter temporal de la suspensión de la Decisión 436.

238. Además, el artículo 3 de la referida ley tampoco sería compatible con la Decisión 795, que establece que durante la suspensión de las normas comunitarias referidas regiría la normativa interna en materia de registro y control de PQUA, la que deberá asegurar la protección de la salud humana y el ambiente, así como la calidad y eficacia biológica del producto, condicionesque no se estarían cumpliendo con la entrada en vigencia del artículo 3 antes mencionado, en la medida en que insiste en mantener un sistema de importación de PQUA, conocido como la figura del AIU, que ha tenido diversas versiones normativas en el Perú y que, a criterio del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el proceso 05-AI-2008, pone en riesgo la salud y el medio ambiente al permitir la importación de PQUA que no han sido previamente evaluados por las autoridades competentes.

239. En suma, con la entrada en vigencia del citado artículo 3 de la Ley 30190 se habría incurrido en un conjunto de incumplimientos de los compromisos asumidos en el marco de la CAN. En todo caso, debe recordarse como ya se ha indicado previamente que desde el 1 de mayo de 2015, se encuentra vigente la Decisión 804 "Norma Andina para el Registro y Control de Plaguicidas Químicos de Uso Agrícolas", en cuyo artículo 1 se estableció que "la Decisión 436 se modifica en todos sus Capítulos, Secciones, Artículos y Anexos, por los Títulos, Capítulos, Secciones, Artículos y Anexos de la presente Decisión". Dicha decisión dejó sin efecto además las Decisiones 684, 767, 785, 795 y 802, que modificaron e incluso suspendieron temporalmente la aplicación de la Decisión 436.Asimismo, debe tenerse presente que en agosto de 2019 se ha promulgado la Resolución 2075 "Manual Técnico Andino para el Registro y Control de Plaguicidas Químicos de Uso Agrícola", la cual ha derogado la Resolución 630 y debe aplicarse según lo establecido en la Decisión 804.

240. Al respecto, lo solicitado por los demandantes implicaría que este Tribunal analice si, eventualmente, con la expedición del artículo 3 de la Ley 30190 se incumplen las obligaciones asumidas en virtud de los tratados, no en materia de derechos humanos, sino de rango legal, ratificados por el Estado en el marco de la CAN, ello en el entendido de que, según el artículo 1 del Acuerdo de Cartagena, que tiene como finalidad la formación gradual de un mercado común latinoamericano y, de acuerdo con el Tribunal de Justicia de la CAN, su finalidad radica precisamente en garantizar el estricto cumplimiento de los compromisos que se deriven directa o indirectamente del aludido Acuerdo de Cartagena, con miras a la integración económica de los países miembros.

241. Dicha evaluación, que tiene como parámetro de control el ordenamiento jurídico comunitario, excede, por lo tanto, el ámbito de competencias de este Tribunal, en su calidad de guardián de la supremacía constitucional y de la tutela de derechos fundamentales, lo que bajo ninguna circunstancia debe interpretarse en el sentido de desconocer el deber del Estado promover la integración, particularmente latinoamericana, de conformidad con el artículo 44 de la Constitución.

242. Y es que, en puridad, este Tribunal Constitucional solo puede pronunciarse respecto de aquellas materias y controversias jurídicas que se encuentran dentro del ámbito sus competencias, como es el caso del escrutinio, de acuerdo con las particularidades de un caso concreto, de los actos realizados por los poderes públicos y privados que incidan negativamente en el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, como también, en lo que respecta al control de constitucionalidad de normas con rango de ley y de las omisiones inconstitucionales que contravengan el bloque de constitucionalidad, por la forma o por el fondo, directa o indirectamente, de forma parcial o total.

243. De esta manera, debe quedar claramente establecido que este Tribunal no tiene competencias para pronunciarse en torno a un eventual incumplimiento por parte del Estado peruano de los compromisos asumidos en materia del ordenamiento de la CAN.

244. Por ello, corresponde declarar infundado el presente extremo de la demanda.

3.8. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE AVOCAMIENTO A CAUSAS PENDIENTES

245. Por último, los demandantes alegan que con la expedición de la disposición cuestionada se ha incurrido en un avocamiento en el proceso recaído la Acción Popular 119-2012 (275-2012), pese a que ello se encuentra prohibido por artículo 139 de la Constitución Política de 1993.

246. Al respecto, el artículo 139 de la Constitución Política del Perú reconoce los principios y derechos que informan la función jurisdiccional estableciendo lo siguiente: "Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones", (inciso 2) y "La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional" (inciso 3).

247. Como ya fue indicado por este Tribunal en la Sentencia 0003-2005-PI/TC, dicha disposición constitucional contiene dos normas prohibitivas: "Por un lado, la proscripción de avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional; y, de otro, la interdicción de interferir en el ejercicio de la función confiada al Poder Judicial" (fundamento 49). Así, en su significado constitucionalmente prohibido:

> […] consiste en el desplazamiento del juzgamiento de un caso o controversia que es de competencia del Poder Judicial, hacia otra autoridad de carácter gubernamental,

> o incluso jurisdiccional, sobre asuntos que, además de ser de su competencia, se encuentran pendientes de ser resueltos ante aquél[Sentencia 00023-2005-AI/TC, fundamento 9].

248. Propiamente, este Tribunal advierte que, del contenido el artículo 3 de la Ley 30190,no se desprende propiamente, ni directa ni indirectamente, un mandato en el sentido de desplazar el juzgamiento del proceso recaído en la Acción Popular 119-2012 (275-2012) hacia otra autoridad gubernamental o jurisdiccional. Asimismo, el Colegiado tampoco aprecia que de dicha disposición se desprenda, en algún sentido, una interferencia en el ejercicio de las competencias del órgano jurisdiccional que conoció desde un inicio aquella causa.

249. En todo caso, dicho proceso resultó ser parcialmente favorable para la parte demandante. En efecto, en dicho caso se declaró fundada en parte la demanda interpuesta contra el Ministerio de Agricultura y, por consiguiente, se declaró también la ilegalidad y nulidad con efecto retroactivo de la Segunda Disposición Transitoria del Reglamento para el Registro y Control de Plaguicidas Químicos de Uso Agrícola, modificada mediante los artículos 3 y 6 del Decreto Supremo 002-2011-AG; así como de los artículos 7, 8, 9 y 10 de las Normas Complementarias para el desarrollo de la Asociatividad Agraria, aprobadas mediante el Decreto Supremo 001-2012-AG, y, finalmente, nulos los actos administrativos que hubiera ejecutado o expedido en aplicación de tales normas.

250. En la actualidad, se ha dispuesto el archivo de los actuados, de acuerdo conlo establecido en la Resolución 46, de fecha 2 de mayo de 2019.

251. Por consiguiente, corresponde desestimar este extremo de la demanda.

III. EFECTOS DE LA SENTENCIA

252. En el presente caso se ha estimado en parte la demanda y se han declarado inconstitucionales determinados extremos del artículo 3 de la Ley 30190 por vulnerar el derecho fundamental al medio ambiente sano y equilibrado y, también, el derecho a la protección de salud.

253. Al respecto, cabe indicar que de acuerdo al artículo 204 de la Constitución:

> La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal.

254. Ahora bien, este Tribunal en su jurisprudencia (Cfr. STC 0004-2006-PI/TC, fundamento 174) ha explicitado que, al igual que otros Tribunales o Cortes Constitucionales, tiene la potestad de diferir los efectos en el tiempo de sus sentencias según las particularidades de cada caso que dirime. Así, de acuerdo a dicha sentencia, el

ejercicio de esta potestad es muy relevante en el Estado Constitucional, por cuanto el hecho de diferir tales efectos se hace con la finalidad de evitar las consecuencias perjudiciales que podría generar la eficacia inmediata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de la totalidad o de parte de una ley (fundamento 174). Es justamente en razón a lo anterior que debe aplazarse o suspenderse sus efectos, lo que no supone necesariamente una plena discrecionalidad o actuación arbitraria por parte del Tribunal (fundamento 174-175).

255. Precisamente, en la aludida sentencia, siguiendo a Zagrebelsky, se indicó que la potestad de diferir los efectos de las decisiones del Tribunal Constitucional debe ser empleada de forma prudente, responsable, y sobre todo, con consciencia de las consecuencias de la declaratoria de inconstitucionalidad, más aún si la gradualidad en la transformación del derecho es una exigencia de relevancia, como explica dicho autor (Cfr. STC 0004-2006-PI/TC, fundamento 175).De esta forma, el *horror vacui*, o el temor a la laguna, a menudo se justifica por la advertencia que el *posterius* puede resultar más inconstitucional que el *prius* (Cfr. STC 0004-2006-PI/TC, fundamento 176).

256. Con base en todo lo anterior, este Tribunal considera que la expulsión inmediata del ordenamiento de los extremos del artículo 3 de la Ley 30190 generaría efectos perjudiciales en los destinatarios de la norma, si se tiene en consideración que la importación de PQUA realizada directamente por los agricultores es una modalidad a la que recurren en la actualidad para desarrollar sus cultivos y, de esta manera, obtener posteriormente beneficios económicos con la venta de los mismos.

257. Así, si este Tribunal, en atención a su labor de pacificación, debe solucionar controversias mediante decisiones cuyos efectos deben ser modulados de acuerdo a cada caso (STC 0054-2004-PI/TC, fundamento 16), entonces se concluye que la presente sentencia, en atención a lo expresado previamente, no debe surtir efectos al día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano.*

258. En todo caso, no puede obviarse, como ya se ha explicitado en otro casos en los que se dispuso la aplicación de la *vacatio sententiae*, que la potestad de diferir los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional no implica en modo alguno suplantar la labor del Poder Legislativo, sino que, en realidad, manifiesta y da cuenta del reconocimiento de que es éste el órgano constitucional competente para establecer la regulación respectiva (STC 0004-2006-PI/TC, fundamento 178).

259. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional debe disponer una *vacatio sententiae* por el plazo de de un año, contado a partir de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *"El Peruano"*, plazo que una vez vencido ocasionará que la declaratoria de inconstitucionalidad de las disposiciones antes aludidas surta todos sus efectos y sean expulsadas del ordenamiento jurídico. Dicho lapso permitirá que el legislador regule dichas materias de conformidad con la Constitución.

260. Por último, corresponde precisar que la mencionada *vacatio sententiae* (1 año) no implica que se deba esperar a que transcurra este lapso de tiempo en su totalidad para legislar; antes bien, ello supone que el legislador, en el marco de sus atribuciones constitucionales, pueda expedir la respectiva regulación, incluso, de ser posible, durante los primeros meses de tal período.

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 la vulneración del derecho fundamental al medio ambiente sano y equilibrado y el derecho a la protección de salud; y, por consiguiente, declarar inconstitucionales los siguientes párrafos del artículo 3 de la Ley 30190:

   [...]

   dichos productos deberán contar con ingredientes activos que hayan sido evaluados previamente por el Servicio Nacional de Sanidad Agraria (Senasa) con fines de registro y podrán tener diferente nombre comercial, país de origen, concentración y/o formulación distinta al producto registrado con ingrediente activo evaluado por el Senasa.

   Las importaciones de los productos químicos de uso agrícola pertenecientes a las categorías Ia y Ib, quedan restringidas a las condiciones establecidas en el Reglamento del Decreto Legislativo 1059, Decreto Legislativo que aprueba la Ley General de Sanidad Agraria.

2. Según lo indicado *supra* y de conformidad con la Constitución, deben incluirse las frases **"registrados ante el Servicio Nacional de Sanidad Agraria (Senasa)"** y "**eco-toxicológicas, toxicológicas, medioambientales y agronómicas"** al artículo 3 de la Ley 30190, e interpretarse en el siguiente sentido:

   Las personas naturales o jurídicas, que desarrollen cultivos, organizaciones de productores agrarios, podrán importar directamente, para consumo propio y de sus asociados, plaguicidas de uso agrícola, **registrados ante el Servicio Nacional de Sanidad Agraria(Senasa)**, presentando una declaración jurada que contenga el nombre comercial del producto a importar y su ingrediente activo, nombre del formulador del producto terminado, país de origen, peso neto, peso bruto, fecha de producción, de vencimiento y probable de arribo, tipo y material de envase.

   Se faculta al Senasa para aprobar procedimientos, mediante resolución del órgano de línea competente, que permitan efectuar actividades de vigilancia y control de estos productos desde su importación hasta su uso en campo; adoptando medidas sanitarias, **toxicológicas, eco-toxicológicas, medioambientales y agronómicas**, e

imponiendo las correspondientes sanciones, a quienes infrinjan esta disposición.

3. Disponer, respecto de las disposiciones declaradas inconstitucionales en la presente sentencia, una *vacatio sententiae* por un lapso de 1 año contado a partir de su publicación en el diario oficial *"El Peruano"*, plazo que una vez vencido ocasionará que la declaratoria de inconstitucionalidad surta todos sus efectos, eliminándose del ordenamiento jurídico tales disposiciones legales.

4. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese

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

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con declarar **FUNDADA** en parte la demanda por la vulneración del derecho fundamental al medio ambiente sano y equilibrado y del derecho a la protección de la salud; así como con los demás puntos resolutivos de la sentencia, considero pertinente realizar algunas precisiones sobre el proceso de inconstitucionalidad , la constitucionalidad, la conceptuación de la figura del análisis de constitucionalidad, así como sobre el ángulo de observación y el eje de preocupación que debe observarse en estos procesos, en orden a dejar establecida mi posición en estos temas.

Mi fundamentación la efectúo de acuerdo al siguiente esquema:

1. El proceso de inconstitucionalidad.
2. La constitucionalidad.
3. Conceptuación de la figura del análisis de constitucionalidad.
4. El eje de preocupación y el ángulo de observación en los procesos de inconstitucionalidad.

A continuación, desarrollo dicho esquema siguiendo la misma numeración temática:

1. El proceso de inconstitucionalidad

A manera de enmarque doctrinario que permita fijar adecuadamente la posición que corresponde asumir a la Judicatura Constitucional al intervenir en un proceso de inconstitucionalidad, considero necesario hacer una breve referencia a dicho proceso:

1.1 El Proceso Inconstitucionalidad o, más propiamente denominado Proceso Directo de Control Concentrado de la Constitucionalidad, es el proceso paradigma entre los procesos de control de la constitucionalidad en tanto constituye la canalización de la fórmula de heterocomposición más completa y eficaz para anular la normativa infraconstitucional afectada de alguna causal de inconstitucionalidad. Es decir, la normativa incursa en infracción constitucional. Sea esta infracción de forma, de fondo, directa, indirecta, parcial o total, y, en consecuencia, incompatible con la Constitución. Es un proceso de aseguramiento de la primacía de la Constitución, en cuanto norma suprema y expresión de la voluntad normativa del Poder Constituyente.

1.2 De acuerdo al diseño procedimental ideado por Hans Kelsen, el Proceso Directo de Control Concentrado de la Constitucionalidad tiene como características principales el ser un proceso constitucional de instancia única, de carácter cognoscitivo, de enjuiciamiento de la producción normativa del legislador infraconstitucional de primer

rango y de carácter hiperpúblico; que, por consiguiente, escapa a las clasificaciones conocidas y se yergue como un proceso especialísimo, atípico y *sui generis.*

1.3 Así, es especialísimo, por cuanto es un proceso *ad hoc* y único para el control concentrado de la constitucionalidad, como corresponde a la materia de hiperinterés público que a través de él se controvierte y que canaliza una fórmula de heterocomposición peculiar, frente a un conflicto también peculiar y de marcado interés público, nacido a raíz del cuestionamiento de una norma imputada de inconstitucionalidad. Atípico, en razón de que no se encuadra dentro de la clásica tipología de procesos consagrados en el Derecho Procesal y, además, diferente a los otros procesos constitucionales. *Sui generis,* en razón que combina el interés de la parte accionante con un interés de carácter general, consistente en la fiscalización de la producción normativa infraconstitucional de primer rango para asegurar la supremacía normativa de la Constitución.

1.4 El objeto del Proceso Directo del Control Concentrado de la Constitucionalidad es una pretensión procesal de constitucionalidad; esto es, la solicitud de verificar la constitucionalidad de una norma imputada de inconstitucionalidad. Así, esta petición centra la actividad del Tribunal Constitucional en un juicio de constitucionalidad, de tal forma que la cuestionada inconstitucionalidad de la norma recurrida se convierte en requisito procesal de admisibilidad del recurso y cuestión de inconstitucionalidad, y configura lógicamente la cuestión de fondo del proceso que no puede entenderse resuelto con una decisión sobre el fondo más que cuando el Tribunal dilucida la constitucionalidad, o no, de la norma en cuestión.

1.5 Por consiguiente, debe quedar aclarado que en el Proceso de Inconstitucionalidad el tema de fondo es determinar si la disposición imputada de inconstitucionalidad infringe o no la normativa constitucional. Es decir, si es compatible con la parte dispositiva propiamente dicha de ella y, además, con los principios, valores, institutos, derechos y demás aspectos que le son inherentes.

2. La constitucionalidad

En esa línea, lo que debe determinarse es si la disposición infraconstitucional cuestionada está impregnada o no de constitucionalidad, por lo que resulta necesario formular su conceptuación.

Al respecto, afirmo que la constitucionalidad es un vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas que conforman el sistema jurídico que aquella diseña; tanto en cuanto al fondo como a la forma. Es una suerte de cordón umbilical que conecta o une los postulados constitucionales con sus respectivos correlatos normativos, en sus diversos niveles de especificidad; siendo consustancial al proceso de implementación constitucional e imprescindible para la compatibilidad y coherencia del sistema jurídico

3. Conceptuación de la figura del análisis de constitucionalidad.

Asumido ya un concepto de constitucionalidad, toca hacer referencia al denominado análisis de constitucionalidad, respecto del cual es menester puntualizar lo siguiente:

3.1 Todo análisis de constitucionalidad presupone un proceso de cotejo o de comparación abstracta entre la norma o conjunto de normas objetadas como inconstitucionales y lo dispuesto de modo expreso por la norma constitucional. Por consiguiente, lo que corresponde hacer al Juez Constitucional en el Proceso de Inconstitucionalidad es comparar, desde el punto de vista estrictamente normativo, si la disposición impugnad a colisiona o no con la Constitución; o, en todo caso, si la desborda, desnaturaliza, desmantela, transgrede o entra en pugna con ella. Esa y no otra es la labor del Juez Constitucional en este tipo de procesos. Se trata, lo enfatizo, de garantizar la primacía normativa de la Norma Suprema.

3.2 A tales efectos y con la finalidad de detectar si una norma resulta o no contraria con la Constitución, nuestro Código Procesal Constitucional, establece ciertas clases de infracciones, las que en buena cuenta nos permiten distinguir entre inconstitucionalidad por el fondo o por la forma, inconstitucionalidad total o parcial, e inconstitucionalidad directa e indirecta.

3.3 En lo que respecta al primer grupo de infracciones, conviene precisar que lo que se denomina como inconstitucionalidad por el fondo, se presenta cuando la contraposición entre lo que determina la Constitución y lo que establece la ley, resulta frontal o evidente. Es decir, el mensaje normativo entre norma suprema y norma de inferior jerarquía es opuesto y por tanto la inconstitucionalidad es manifiesta por donde quiera que se le mire.

3.4 La inconstitucionalidad en cambio, es por la forma, cuando la norma objeto de impugnación, independientemente de su compatibilidad con el contenido material de la Constitución, ha sido elaborada prescindiendo de las pautas procedimentales o del modo de producción normativa establecido en la Constitución. Se trata en otras palabras de una inconstitucionalidad que no repara en los contenidos de la norma sino en su proceso de elaboración y la compatibilidad o no del mismo con lo establecido en la Norma Fundamental.

3.5 En lo que atañe al segundo grupo de infracciones, cabe afirmar que la llamada inconstitucionalidad total es aquella que se presenta cuando todos los contenidos de la norma impugnada infringen a la Constitución y, por tanto, deben ser expectorados del orden jurídico.

3.6 La inconstitucionalidad es parcial, cuando, examinados los diversos contenidos de la norma impugnada, se detecta, que solo algunos se encuentran viciados de inconstitucionalidad. La determinación de esos contenidos, sin embargo puede variar en intensidad. A veces puede tratarse de una buena parte del mensaje normativo, en ocasiones solo de una frase o, en otras, solo de una palabra.

3.7 El tercer grupo de infracciones, referidas a la inconstitucionalidad directa e indirecta, responde a una clasificación relativamente novedosa, y aún embrionariamente trabajada por nuestra jurisprudencia, para cuyo entendimiento es necesario echar mano del moderno concepto de bloque de constitucionalidad, el cual hace referencia al parámetro jurídico constituido por la Constitución como norma suprema del Estado y por las normas jurídicas que le otorgan desarrollo inmediato (leyes orgánicas, leyes de desarrollo de los derechos fundamentales, tratados internacionales de derechos humanos, etc.). Dicho parámetro resulta particularmente importante en ordenamientos donde la determinación de lo que es o no constitucional, no se agota en la norma formalmente constitucional, sino que se proyecta sobre aquel entramado normativo donde es posible encontrar desarrollos constitucionales extensivos.

3.8 En tal sentido la inconstitucionalidad directa es aquella donde la determinación de la colisión normativa se verifica en el contraste producido entre la Constitución y la norma objeto de impugnación. Se trata pues, de un choque frontal entre dos normas con mensajes de suyo distintos.

3.9 En cambio en la inconstitucionalidad indirecta la colisión se verifica entre la norma objeto de impugnación y los contenidos de una típica norma de desarrollo constitucional. Lo inconstitucional, no se determina pues a la luz de lo que la norma constitucional directamente establece sino en el contexto de lo que una de sus normas de desarrollo representa.

4. El eje de preocupación y el ángulo de observación en los procesos de inconstitucionalidad.

Teniendo en cuenta lo explicitado, debo formular las siguientes precisiones en cuanto a lo que considero debe ser el eje de preocupación y el ángulo de observación en los procesos de inconstitucionalidad:

4.1 En estos procesos, al igual que en los que se cautelan los derechos fundamentales, se pueden presentar dos situaciones que, a mi parecer, no se condicen con la impartición de una Justicia Constitucional garantista y finalista, que es la que debe llevar a cabo nuestro Tribunal Constitucional.

Tales situaciones, que percibo distorsionantes de la más alta judicatura constitucional nacional, las describo así:

- Primera distorsión: variación del eje de preocupación que corresponde asumir al Juez Constitucional cuando resuelve una controversia constitucional; y

- Segunda distorsión: variación del ángulo de observación desde el que el Juez Constitucional debe analizar la problemática materia de examen en el proceso constitucional en que intervenga.

4.2 La primera situación de distorsión consiste en que el eje de preocupación no sea el de garantizar la primacía de la Constitución que se alega afectada por infracciones

normativas infraconstitucionales; sino que sean otros ejes los que priman, tales como, por ejemplo, el equilibrio presupuestal, el ordenamiento en la contratación pública, la lucha anticorrupción, los alcances mediáticos de la decisión o los efectos producidos en el terreno fáctico, entre otros, los cuales si bien son importantes, no deben constituirse en la preocupación primordial del Juez Constitucional y, menos aún, determinante para orientar su veredicto, ya que en puridad escapan a sus competencias y distraen, obstaculizan y distorsionan el enfoque que le corresponde asumir en armonía con los fines esenciales de los procesos constitucionales regulados en los artículos 200º y 202º de la Carta Fundamental de la República; fines que, con claridad y contundencia, desarrolla el artículo 2º del Código Procesal Constitucional en los términos siguientes: "Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales."

4.3 La segunda situación de distorsión consiste en que el ángulo de observación no sea dado a partir de la Constitución y de los valores, principios, instituciones, derechos, normas y demás aspectos que ella encierra –es decir, de la voluntad y expresión normativa del Poder Constituyente–, lo cual significa que el Juez Constitucional, asido (léase cogido o sostenido) de un enfoque constitucionalizado y recogiendo el *telos* constitucional –la inspiración, la filosofía, la lógica y la racionalidad del Constituyente– debe realizar el análisis de la materia controvertida, para lograr los acotados fines esenciales de los procesos constitucionales, a través de un accionar consecuente con el carácter de supremo intérprete de la Constitución y de toda la normativa conformante del sistema jurídico nacional , que detenta el colegiado que integra; sino que, por el contrario, el ángulo de observación se ha dado básicamente a partir de la ley –es decir, de la voluntad y expresión normativa del Poder Constituido–.

4.4 Esta segunda distorsión conlleva, lamentablemente, que el Poder Constituido termine primando sobre el Poder Constituyente y que el Tribunal Constitucional, que es el órgano autónomo e independiente encargado de la defensa de la Constitución, de la expresión normativa del Poder Constituyente, termine defendiendo al Poder Constituido y desnaturalizando su función con una visión llanamente legalista y huérfana de un enfoque constitucional. Y, en otros casos, inspirada en enfoques, inquietudes o dimensiones ajenos a lo estrictamente constitucional.

4.5 Por ello, como Jueces Constitucionales debemos operar con suma cautela al momento de impartir Justicia Constitucional, sin descuidar en ningún momento el eje de preocupación y el ángulo de observación que informa a cada uno de los procesos constitucionales. En este caso, al proceso de inconstitucionalidad.

S.
BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

En el presente caso si bien me encuentro de acuerdo con el fallo, considero necesario realizar algunas precisiones:

1. La exoneración del dictamen de la Comisión del Congreso es una potestad excepcional, como lo establece el artículo 105 de la Constitución. Así también, este Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 0006-2008-PI/TC ha señalado lo siguiente:

   > 21. En las normas citadas se admite la posibilidad de que se aprueben exoneraciones por parte de la Junta de Portavoces, sujetas a que se realicen en la oportunidad procedimental adecuada y con el número de votos requerido. Sobre ello, el Tribunal Constitucional ha precisado que este mecanismo no debe ser aplicado de manera generalizada, ya que, de lo contrario, "se convierte en los hechos en el procedimiento legislativo regular. Si bien la potestad de establecer exoneraciones por parte de la Junta de Portavoces es discrecional, ello no implica que pueda ser usada de modo arbitrario" (Sentencia 00012-2018-PI y 00013-2018-PI, fundamento 34), especialmente tratándose de una reforma constitucional. En buena cuenta, esta clase de prácticas podrían terminar por tergiversar la finalidad del artículo 105 de la Constitución.

2. Por ello, considero que el hecho que la ponencia avale la exoneración del dictamen de la Comisión de Salud, así como el plazo del dictamen de la Comisión Agraria constituye un supuesto extremo, que responde no solo por la alta votación obtenida para la exoneración, sino también por la urgencia en emitir la disposición normativa cuestionada, dada la importancia del tema que es objeto de regulación (tratamiento de plaguicidas).

3. Por otro lado, desde mi punto de vista, los fundamentos 87 a 111, si bien permiten ilustrar el tema, no son relevantes directamente para analizar la constitucionalidad de la disposición cuestionada, por lo que considero que deben ser suprimidos.

4. Considero también que la ponencia no analiza adecuadamente la pretensión referida al incumplimiento del artículo 55 de la Constitución, referida a que se habría obviado la Decisión 759 así como el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Y es que, el artículo 55 de la Constitución señala que "los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional". No se cuestiona que el tratado de la CAN tenga rango constitucional o no, sino su incumplimiento, lo que sí tiene contenido constitucional.

5. En ese sentido, considero que no se ha producido el incumplimiento de la sentencia recaída en el Proceso 05-AI-2008 –y, por lo tanto, de la Decisión 436–. Ello, en razón a lo alegado por el demandado, en el sentido de que el Estado peruano comunicó que iba a suspender la aplicación de la Decisión 436 y de la Resolución 630 a partir del 9 de mayo del 2014, esto es, antes de la entrada en vigencia de la Ley 30190. Asimismo, el plazo de suspensión de la Decisión 436 fue extendido por la Decisión 802 hasta el 30 de abril de 2015. Pero, además, el 24 de abril de 2015, la Comisión de la Comunidad Andina emitió la Decisión 804, por la que se modificó la Decisión 436 en lo que se refiere a los requisitos para la importación de PQUA, por lo que estos últimos ya no resultan aplicables a la importación de PQUA para consumo propio, como fue exigido en el Proceso 05-AI-2008 a cargo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. De esta manera, tampoco se advierte una vulneración del artículo 55 de la Constitución.

S.
MIRANDA CANALES

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con lo señalado por mis colegas magistrados, pero debo agregar a lo expuesto, lo siguiente:

Sobre el déficit de deliberación

1. A efectos de expresar con mayor claridad mi parecer en torno a los vicios de deliberación, resulta necesario realizar algunas precisiones en torno a la naturaleza de lo que se ha mencionado en este punto.

2. Sobre el particular , se hace necesario precisar que las alegaciones realizadas en torno a la exoneración de los trámites, o del íter legislativo habitual que debía seguir la aprobación de norma cuestionada, aluden en realidad a déficits de deliberación y reflexión, los cuales, más aun si partimos de un sistema de Congreso unicameral como el vigente en el caso peruano , no deberían ser considerados tan solo como vicios "de forma" o, dicho con otras palabras, como un mero incumplimiento de previsiones procedimentales o del tramitaciones formales.

3. Por el contrario, estos déficits constituyen graves infracciones que lesionan el principio democrático consagrado en la Constitución, lo cual va bastante más allá de muy respetables alegaciones formales. Es por ello, y no solo por cuestiones de tramitación, que la contravención de tales parámetros debe tener como directa consecuencia que una norma con rango legal, que haya sido emitida incurriendo en los referidos déficits, deba ser considerada corno inconstitucional.

4. La existencia o no de un déficit de este tipo no solo encierra una consideración democrática, sino que se proyecta metodológicamente a una forma distinta de abordar el análisis del caso. Y es que el déficit de deliberación no siempre podrá apreciarse a partir del análisis punto por punto de cada lesión de los principios invocados, sino que se hará necesaria una valoración en conjunto de los hechos para apreciar si existe o no un déficit de deliberación.

5. En ese sentido, es importante recordar que, entre sus contenidos o subprincipios se encuentran, entre otros, el principio mayoritario (o de respeto a la decisión o al gobierno de las mayorías); el principio pluralista (que se alude, entre otras posibilidades, a la representación proporcional, a la desconcentración del poder o a la prohibición de regímenes de partido único, etc.); el principio de respeto a las minorías (o de "respeto a los derechos de las minorías", el cual representa un límite de innegable relevancia para el principio mayoritario y es lo que suele llamarse como "democracia sustantiva"); el principio de alternancia (referido al aseguramiento de elecciones periódicas o

de régimen competitivo de elecciones, por ejemplo); y el principio deliberativo (que implica que la democracia va más allá del "momento del voto", sino que es una "cultura" o "forma de vida", lo cual involucra la discusión abierta e inclusiva de los asuntos públicos, la necesidad de ofrecer razones y espacios de deliberación o reflexión para la toma de decisiones, la existencia de mecanismos de fiscalización y control del poder, etc.). En cuanto al análisis de inconstitucionalidad por la forma, debo precisar que si de un análisis de déficits de deliberación se trata, es necesario afrontar el mismo de forma conjunta de modo que todas aquellas lesiones de menor relevancia en el procedimiento parlamentario se observen en su debido contexto.

6. Volviendo entonces al sustento y alcances de a los vicios deliberativos que aquí estoy reseñando, conviene anotar que estos se relacionan directamente con, valga la redundancia, el componente deliberativo del principio democrático. Tales vicios, entonces, solo podrían ser considerados como meramente "formales" desde concepciones ritualistas o mayoritaristas de democracia, conforme a las cuales la democracia equivale a la imposición de la voluntad política de las mayorías, tal vez siguiendo las formalidades previstas al respecto, pero sin necesidad de ofrecer razones o de argumentar, ni de generar espacios de discusión o de intercambio de ideas, ni de contar con mecanismos de reflexión o de revisión de lo que se decide (en este sentido, se tratarían de concepciones que solo atienden al "principio de mayoría").

7. Efectivamente, y para las concepciones mayoritaristas de democracia, únicamente bastaría con tener los votos suficientes para tomar una decisión. Sin embargo, y por el contrario, en el marco del Estado Constitucional contemporáneo, hoy la legitimidad de las decisiones públicas se entiende basada en las razones que se ofrecen a favor de estas y no en la sola imposición del poder. Por ende, incluso bien puede y hasta corresponde hablar ahora de un "giro argumentativo" o "deliberativo" en la concepción de la democracia.

8. Este giro se encuentra directamente relacionado por cierto, y entre otros factores, al principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, el cual ha sido ampliamente desarrollado y aplicado en la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional peruano (SSTC 00090-2004-AA, f. j. 12; 03864-2014-PA, f. j. 32; 4101-2017-PA, f. j. 20; 5811-2015-HC, f. j. 42; STC 06167-2005-HC, f. j. 30; 01803-2004-AA, f. j. 12-14), y también con las previsiones constitucionales que señalan que la persona humana es el fundamento y el límite último para el poder político (artículo 1 de la Constitución); o con las prescripciones constitucionales que resaltan la naturaleza limitada del poder político (artículo 45 de la Constitución). En efecto, y de lo anterior, se desprende con claridad que, en el marco del Estado Constitucional, el poder político no puede actuar de manera arbitraria, sino que tiene el deber de motivar o justificar sus decisiones, y no puede simplemente imponerlas.

9. En el sentido expuesto, es claro que motivar significa dar razones, es decir, argumentar. Y argumentar implica, asimismo, deliberar o, lo que es igual, la posibilidad de

intercambiar razones o argumentos relacionados con la decisión que va a tomar. Estas razones que deben brindarse ciertamente, se encuentran relacionadas con la "legitimidad" de los actos de poder, elemento importante y hoy imprescindible, el cual va más allá de la aislada "legalidad" o la "autoridad formal". Así, es claro que, en el marco del constitucionalismo contemporáneo, los actos estatales –como lo es la aprobación de una ley o de una resolución legislativa– deben ser "legales", pero deben también ser "legítimos". Deben emanar de una autoridad competente, y a la vez, encontrarse justificados. En otras palabras, deben tener en cuenta tanto las exigencias vinculadas con su "vigencia" ("formal") como con su "validez" ("material")

10. En este sentido, además, en un pronunciamiento reciente, este Tribunal ha destacado la importancia de la deliberación en el marco de los procesos de torna de decisiones y, en particular, de la toma de decisiones en el seno del Congreso de la República. Así, en la STC Exp. Nº 00006-2017-PI (en la que se declaró inconstitucional la llamada "Ley Antitransfuguismo"), se sostuvo que:

> "3. La democracia representativa, que se presenta en un contexto de pluralismo, contrasta con la noción del liberalismo decimonónico, el cual enfatiza la dimensión homogénea de las sociedades. Este pluralismo ideológico, social, cultural y económico, que es la suma de intereses particulares, debe ser traducido en planteamientos políticos y jurídicos que puedan reflejarse en actuaciones estatales, a fin de hacerlos compatibles con los valores constitucionales. Para ello, es necesario un proceso de deliberación que permita tomar en cuenta esta mixtura de ideas y su compatibilidad con la Constitución.
>
> 4. Uno de los espacios idóneos y predominantes para materializar dicho proceso de deliberación es el Congreso. En efecto, este es un auténtico órgano deliberante. Es el espacio donde se resuelven las tensiones y desacuerdos que surgen de la propia realidad plural que determina y enmarca las relaciones jurídicas y políticas. No obstante, el proceso deliberativo no debe ser confundido con las actividades que pretenden dar apariencia de deliberación. Y es que aquellos procesos en los que solo se enfatice el proceso de contabilizar votos distan mucho de ser procesos deliberativos. La cuantificación de votos ha de ser, en todo caso, el resultado de las deliberaciones, en donde sean las razones de peso las que precedan al conteo de votos, de manera que dicho elemento no sea el determinante, sino las razones que se encuentran detrás de los mismos. Esta clase de deliberaciones, y no los votos en sí, son los que brindan legitimidad a una decisión y a la entidad que las emite.
>
> 5. Ahora bien, el proceso de deliberación sirve para el intercambio de información, así como colabora en la toma de decisiones. Sin embargo, ello no supone que mediante la deliberación se alcance necesariamente un contexto de certidumbre, pues en ocasiones las decisiones políticas son tomadas con diferentes grados de discrecionalidad. De este modo, la deliberación se erige como un proceso indispensable para poder enriquecer el debate no solo en cuanto a lo referido a la información

que se pueda brindar, sino también en cuanto a perspectivas y enfoques. Y es que es la calidad del proceso deliberativo la que legitima la función legislativa, de ahí que se afirme que una norma jurídica se legitima como resultado de la deliberación general y no de la voluntad general".

11. De este modo, es claro pues que la legitimidad, e incluso si cabe hablar de ello, la dignidad democrática de las decisiones políticas, y en especial de las legislativas, depende de que hayan sido producto de un intercambio de razones públicas encaminadas a conformar una decisión, y no de la pura imposición de la voluntad de las autoridades.

12. En este sentido, también puede afirmarse que en el ámbito de la toma de decisiones una deliberación robusta hace posible que se expresen las diferentes opiniones, creencias o cosmovisiones existentes en una comunidad (plural); que las diferentes voces, incluyendo la de aquellos que se encuentren directamente en situación de violación o amenaza de violación, así como las de los sujetos y colectivos que se encuentren en situación de debilidad, puedan ser escuchadas (inclusión); que la adopción de las medidas o decisiones políticas respondan a razones, y no a puras motivaciones subjetivas, irracionales o arbitrarias (racionalización); que las decisiones se amparen en las mejores razones posibles, las que surjan precisamente de un debate abierto, amplio e incluyente (justificación); y, finalmente, que los argumentos que se ofrezcan sean razones públicas, en el sentido de que sean unas que puedan ser explicitadas (no deben tratarse de razones subrepticias o inicuas) y que puedan ser aceptadas por todos como legítimas (publificación). En suma, entonces, una deliberación robusta se caracteriza por ser plural, inclusiva, racional, y tendiente a acoger las mejores justificaciones, las cuales deben tener un carácter público.

Sobre el control de políticas públicas por parte del Tribunal Constitucional

13. Las políticas públicas, en tanto que 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.

14. 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".

15. 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.

16. Al respecto, suele entenderse que la forma en que estos derechos son realizados, o en otras palabras, la manera en la que deben ser implementadas las políticas públicas en materia de 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.

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

18. Como el Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de esclarecer en diversas ocasiones (por todas: STC Exp. n.º 0014-2014-Pl 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 fundamenta les, 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.

19. 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.

20. 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 afectar las competencias deliberativas y técnicas de los mencionados órganos en la formulación e implementación de dichas políticas.

21. 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.

22. 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.

23. 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.

24. En este sentido, el Tribunal Constitucional previamente ha afirmado que "[...] ante 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 00021-2010-AUTC, FJ 71).

25. Igualmente, en la STC Exp. n.º 00033-2010-PI/TC, el máximo órgano de interpretación constitucional 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 no puede 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:

26. "[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 EsSalud; 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.

27. 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.

28. 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".

29. 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, si bien para un caso referido a la tutela del derecho a la salud (STC Exp. n.º 03228-2012-PA/TC, f. j. 39).

30. Sobre esa base, y a partir de lo que podemos denominar como test deferente o mínimo para el control constitucional de las políticas públicas, precisamos que la judicatura constitucional es competente para evaluar, lo siguiente:

    a. Déficits de existencia: si se ha obviado la formulación de un plan o política que enfrente determinado problema relativo a la salud.
    b. Déficits de ejecución: si no se han realizado o materializado efectivamente los planes adecuadamente formulados.
    c. 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.

d. 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 déficits de protección básica o elemental, con respecto a políticas insuficientes para el cumplimiento de determinados objetivos prioritarios de la salud.

e. 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.

31. Este, como puede apreciarse, es un test mínimo o formal, en la medida que restringe 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. 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.

32. Asimismo, podemos señalar que estarnos 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.

33. 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, que 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.

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

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

Comparto la ponencia cuando estima la demanda por considerar que determinados extremos del artículo 3 de la Ley 30190 vulneran "el derecho fundamental al medio ambiente sano y equilibrado y, también, el derecho a la protección de salud" (fundamento 252).

Sin embargo, me aparto de la ponencia cuando también señala el agravio al "derecho a la alimentación" (cfr. fundamentos 115, 161, 174, entre otros), ya que no lo encuentro pertinente al caso. Y respecto al mencionado derecho, me remito a lo que dije en el voto singular conjunto con el magistrado Sardón de Taboada en el Exp. 01470-2016-HC/TC.

S. FERRERO COSTA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

No concuerdo con la sentencia de mayoría, que declara inconstitucional la parte final del primer párrafo y todo el segundo párrafo del artículo 3 de la Ley 30190. Este dispositivo permite la importación directa de plaguicidas químicos de uso agrícola por parte de los productores agrarios, individual o colectivamente, siempre que sea para consumo propio.

Dicha importación no es libérrima. Requiere la presentación de una declaración jurada que contenga, entre otros datos, el nombre comercial del producto a importar y su *ingrediente activo*. Este debe haber sido evaluado previamente por el Servicio Nacional de Sanidad Agraria (Senasa) con fines de registro.

Los plaguicidas están compuestos por *ingredientes activos* –que ejercen su acción directamente– y por ingredientes auxiliares. Estos son conocidos como ingredientes inertes o aditivos –solventes, odorizantes, colorantes, entre otros. Cumplen funciones como dispersar el producto, atraer la plaga, etcétera.

Conforme a la normativa hasta ahora vigente, los productos a importar pueden tener formulaciones distintas a los registrados anteriormente; es decir, los ingredientes inertes pueden variar de producto a producto y no requieren ser registrados ante Senasa. Solo se exige que los *ingredientes activos* hayan sido sometidos a evaluación siempre.

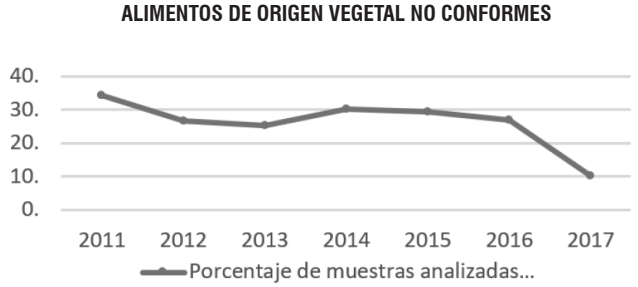
La sentencia de mayoría considera que esto es inconstitucional, pues no basta con la evaluación y registro previos que realiza Senasa de los *ingredientes activos.* Según la sentencia, es necesario registrar el producto final, es decir, evaluar también los ingredientes inertes. No hacerlo, añade, vulnera los derechos fundamentales al ambiente equilibrado y a la salud.

Para llegar a semejante conclusión, recurre a diversos informes técnicos que acreditarían el impacto de los *ingredientes inertes* en el ambiente y la salud. Así, en sus fundamentos 95 al 101, la sentencia hace referencia al Informe del monitoreo de contaminantes químicos en alimentos agropecuarios primarios 2017, elaborado por Senasa.

Las muestras de alimentos calificadas en este Informe como *no conformes* hacen referencia a reportes de residuos químicos, metales pesados y micotoxinas que superaron o no tienen fijado el Límite Máximo para Residuos de Plaguicidas o no están autorizados para su uso en el alimento evaluado.

Entre las conclusiones del Informe citadas por la sentencia se encuentran datos que, *a priori*, pueden generar alarma: de las 761 muestras de alimentos de origen vegetal analizadas, el 10.38 % fueron *no conformes*. Esta información, empero, es incompleta. Senasa ha elaborado siete (7) informes de este tipo desde el 2011.

Sus resultados sobre alimentos de origen vegetal con reportes de contaminantes químicos se aprecian en el siguiente gráfico:



Fuente: Informes de los monitoreos de contaminantes químicos en alimentos agropecuarios primarios 2011-2017. **Elaboración:** Propia.

Se evidencia, pues, que la presencia de contaminantes en este tipo de alimentos es cada vez menor, siendo el porcentaje citado por la sentencia (10.38%) el más bajo reportado hasta la fecha. Incluso, luego de la aprobación de la cuestionada ley en el año 2014, la tendencia a la baja ha sido consistente.

La sentencia también soslaya que los contaminantes químicos encontrados corresponden a *ingredientes activos*, conforme se aprecia en el acápite *Residuos Químicos Analizados,* del Capítulo VIII Desarrollo del Plan. Por tanto, no puede afirmarse que, por culpa de la ley, habría una situación de riesgo.

Son los *ingredientes activos* –y no los *inertes*– los encontrados en los alimentos en cantidades que superan el máximo para residuos de plaguicidas. Así, la contaminación no deriva de la importación directa de plaguicidas sino de su *uso incorrecto*. Las recomendaciones del Informe señalan:

Para la Dirección de Insumos Agropecuarios e Inocuidad Agroalimentaria:

- *Actualizar*, oficializar y publicar *la lista de sustancias/ingredientes activos* de plaguicidas de uso agrícola (…), por su probada toxicidad a la salud pública.
- Promover la realización de eventos de capacitación (…) en relación con la aplicación de las Buenas Prácticas de Producción e Higiene; en las que se incluya el *buen uso de insumos agropecuarios*.

Para las Direcciones Ejecutivas:

- Ejecutar la rastreabilidad, en los lugares donde se ha detectado *exceso de plaguicidas de uso agrícola*, (…), de tal forma que se pueda llegar al origen del problema [*énfasis* agregado].

El *uso incorrecto* de los pesticidas como principal causa contaminante es sostenido por la propia sentencia, al citar informes del Ministerio de Salud como el de Vigilancia

Epidemiológica del Riesgo de Exposición e Intoxicación por Plaguicidas, correspondiente a la Semana Epidemiológica 25-2019, que consigna como circunstancias de intoxicación las siguientes:

- Laboral : 45.4 %.
- Voluntaria (intencional suicida) : 33.8 %.
- Accidental (no laboral) : 18.6 %.
- Provocada (intento de homicidio) : 2.3 %.

En tal sentido, la sentencia afirma en su fundamento 104 que:

> pese al aumento en el uso de plaguicidas químicos (…), no hay evidencias que muestren que los productores agropecuarios reciban en la actualidad la suficiente capacitación con miras a dicha *utilización*, o que, en todo caso, realicen efectivamente prácticas adecuadas cuando *usen* plaguicidas químicos [*énfasis* agregado].

Cita también una noticia de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), que indica:

> En diversas zonas del Perú se *usan* plaguicidas para la actividad agrícola sin la debida protección y cuidado. Esta situación significa un grave riesgo de exposición ocupacional y consecuente intoxicación, así como de contaminación ambiental por el *inadecuado manejo* de estos productos peligrosos y sus residuos [*énfasis* agregado].

Realizando un salto lógico audaz, la sentencia sostiene que la modalidad de importación permitida por el cuestionado artículo 3 de la ley no satisface las exigencias del deber de prevención derivado del derecho fundamental al ambiente equilibrado y constituye un incumplimiento del deber del Estado de:

> no exponer a las personas que pudieran comprometer, afectar o agravar su salud (sic).

El deber de prevención hace referencia a las medidas que puedan tomarse frente a riesgos comprobados, en tanto que el deber de precaución corresponde a los inciertos. La sentencia asume que nos encontramos frente a un deber de prevención del Estado, pues los riesgos que traen consigo los plaguicidas químicos son conocidos, con base en los informes consignados.

Empero, como he señalado, los informes de Senasa sobre alimentos de origen vegetal *no conformes* obedecen a la concentración de *ingredientes activos* de los pesticidas, no a los inertes. Así, nos encontraríamos frente a una amenaza incierta, para lo cual corresponde realizar un análisis del deber de precaución.

La aplicación del principio precautorio, como ha expresado este Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, requiere de "indicios razonables y suficientes" del riesgo en cuestión, siendo necesario, además, que se "justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables" (*Cfr.* sentencia emitida en el Expediente 4223-2006-PA/TC).

Así, por ejemplo, las demandas de amparo presentadas contra la instalación de antenas han sido consistentemente declaradas infundadas por este Tribunal (Expedientes 2268-2007-PA/TC, 4223-2006-PA/TC y, en este Pleno, 5503-2014-PA/TC), ya que los indicios existentes sobre posibles daños ambientales no satisfacen el umbral exigido por el principio precautorio.

Los estudios citados por la sentencia son no solo fragmentarios sino impertinentes. Así, contienen data de 2017 sobre residuos de *ingredientes activos* de los pesticidas contenidos en los alimentos, no de los *inertes*. Esto dista mucho de los "indicios razonables y suficientes" que este Tribunal exige para la aplicación del principio precautorio.

A similar conclusión se arriba con relación al derecho a la salud. La sentencia da cuenta del informe sobre intoxicaciones producidas por plaguicidas en los años 2018 y 2019; empero, de un análisis detenido del mismo, se advierte que estas obedecen a su *uso incorrecto*, no a su importación.

Por tanto, no hay ningún indicio del impacto negativo de los *ingredientes inertes* de los pesticidas en la salud de los consumidores de alimentos de origen vegetal, así como tampoco se ha establecido que dicho impacto obedezca a un factor ajeno a su uso negligente. Estas relaciones causales no han sido, ni por asomo, planteadas en la sentencia. *Non sequitur.*

De otro lado, la sentencia pretende justificar la declaración de inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 3 porque supedita la restricción de las importaciones de pesticidas pertenecientes a los grupos IA (extremadamente peligrosos) y IB (altamente peligrosos) a una norma reglamentaria (Reglamento del Decreto Legislativo 1059, Ley General de Sanidad Agraria).

Empero, la propia ley general establece en su artículo 15 que Senasa priorizará las medidas tendientes a *restringir o prohibir* el uso de estas dos categorías peligrosas, "siempre que cuenten con alternativas técnicas y económicas y, sobre todo, de menor riesgo para la salud y el ambiente", por lo que el ejercicio de la facultad reglamentaria no podrá contravenir tales límites.

Por demás, discrepo de las siguientes menciones realizadas en la sentencia:

- En el fundamento 42 se hace referencia al control constitucional realizado en el Expediente 0006-2018-PI/TC, sobre la exoneración del dictamen de comisión para la aprobación de una resolución legislativa. Empero, como señalé en el fundamento de voto correspondiente, la inconstitucionalidad por la forma radicaba en no haber sido objeto de una segunda votación, no en el supuesto déficit de deliberación generado por la decisión de la Junta de Portavoces al aprobar la aludida exoneración.
- En los fundamentos 152 a 155, 161 y 174 se reconoce el derecho fundamental a una alimentación adecuada. Al respecto, como señalé en el voto singular que suscribí a propósito del Expediente 01470-2016-HC/TC, la Constitución no reconoce ni explícita ni tácitamente el mencionado derecho.

- En el fundamento 240 se efectúa una distinción entre tratados sobre derechos humanos y otros. Empero, como he sostenido repetidamente, una interpretación conjunta de los artículos 56, 57 y 200, así como de la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, permite señalar que los tratados suscritos por el Perú –incluyendo los que versan sobre derechos humanos– no tienen rango constitucional sino solo legal.

Por tanto, considero que la demanda debe ser declarada **INFUNDADA** en todos sus extremos.

S.
SARDÓN DE TABOADA

Pleno. Sentencia 229/2020

PLENO JURISDICCIONAL

Expedientes 0003-2015-PI/TC y 0012-2015-PI/TC (acumulados)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

12 de mayo de 2020

Caso de la ley de simplificación de procedimientos y promoción de la inversión

GOBIERNO REGIONAL DE SAN MARTÍN Y CIUDADANOS

c.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra varios artículos de la Ley 30230, que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país.

Magistrados firmantes:

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI

TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES

A. Argumentos de las demandas

A.1. Expediente 0003-2015-PI/TC

A.2. Expediente 0012-2015-PI/TC

B. Contestaciones de demandas

B.1. Expediente 0012-2015-PI/TC

C. Intervenciones

C.1. Intervención de la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDESEP) como tercero

C.2. Intervención de la Presidencia de Consejo de Ministros (PCM) como partícipe

C.3. EarthRights International, la Fundación para el Debido Proceso y la Clínica de Derechos Humanos–Human Rights Research and Education Centre de la Universidad de Ottawa

C.4. Plataforma para el Ordenamiento Territorial

II. FUNDAMENTOS

§1. Pretensión de las demandas

§2. Artículo 19 de la Ley 30230 y temporalidad de la norma

§3. Artículo 20 de la Ley 30230 y la creación de Zonas Reservadas

§4. Artículo 21 de la Ley 30230 y plazo para emitir opiniones requeridas por entidades encargadas de la aprobación de EIA

§5. Artículo 22 de la Ley 30230, Ordenamiento Territorial yderecho a un ambiente equilibrado y adecuado

§6. Ordenamiento Territorial y Descentralización

§7. Artículo 23 de la Ley 30230 y la aprobación de los Límites Máximos Permisibles y los Estándares de Calidad Ambiental

§8. Cuestionamientos contra los artículos 36 al 51 y el artículo 57 de la Ley 30230 y sentencias interpretativa aditiva

§9. Artículo 36 de la Ley cuestionada y propiedad territorial indígena

§10. Interpretación conforme a la Constitución y artículo 37 de la Ley cuestionada

§11. Implementación de la interpretación conforme a la constitución a los artículos 38 al 51 de la Ley 30230

§12. El artículo 57 que modifica la Segunda Disposición Complementaria de la Ley 29151

§13. Sobre la supuesta vulneración del principio de igualdad delos artículos 39, 43, 44 y 51 de la Ley 30230

§14. Exhortación respecto de la titulación y demarcación de tierras comunales

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 12 días del mes de mayo de 2020, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Ledesma Narváez (presidenta), Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez; Sardón de Taboada; Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa (vicepresidente), aprobado en la sesión de Pleno del día 5 de setiembre de 2017. Asimismo, se agrega le voto singular del magistrado Sardón de Taboada. Se deja constancia que el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votará en fecha posterior y que el magistrado Ramos Núñez entregará su voto singular con fecha posterior.

I. ANTECEDENTES

A. Argumentos de las demandas

A.1. Expediente 0003-2015-PI/TC

Con fecha 30 de diciembre de 2014, el Gobierno Regional de San Martín presenta demanda de inconstitucionalidad que impugna los artículos 19 a 23 de la Ley 30230, en virtud de los siguientes argumentos:

- En el artículo 19 de la ley se establece que, durante un plazo de tres años, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante OEFA) solo podrá sancionar conductas infractoras en materia ambiental de manera excepcional. Así, si se detecta una infracción, se ordena la realización de medidas correctivas, suspendiéndose el procedimiento sancionador. Solo si el infractor incumple con las medidas correctivas, se podrá reanudar tal procedimiento, y se podrá imponer tan solo el 50 % de la multa que le correspondería aplicar.
- Al haberse establecido que el OEFA solo podrá aplicar multas por montos completos fijados en la ley en ciertas situaciones, se dejan de lado otras que también revisten considerable peligro y gravedad para los derechos a la vida, a la salud y al medio ambiente. En tal sentido, con esta ley se debilita la función sancionadora de la autoridad ambiental, favoreciendo la impunidad y los comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico, al contemplar la posibilidad de que ciertas infracciones queden desprovistas de consecuencias jurídicas relevantes.
- También se afecta la función preventiva de la sanción, ya que los montos por concepto de sanciones no desincentivan conductas dañosas y tampoco guardan correspondencia con el daño causado. Así, solo se podrá aplicar el monto total de la multa en casos muy graves, dejando fuera la posibilidad de sancionar daños graves al ambiente, como, por ejemplo, el vertimiento de aguas por encima de los límites máximos permitidos (LMP).

- Se contempla solamente un número muy reducido de infractores, más aún si es que se toma en cuenta que el artículo impugnado establece que solo se considerará reincidencia si es que se cometen las mismas faltas dentro de los próximos 6 meses, dejando de lado el plazo de 4 años establecido por la Resolución 020-2013-OEFA-PCD.
- Finalmente, se debe tomar en cuenta que, antes de la aprobación de dicho artículo, de cada 100 casos supervisados por el OEFA, menos de dos terminaban en multas. Es decir, el proceso sancionador ya era excepcional. Por lo que en realidad con esta norma lo que se estaría buscando es que no haya ningún caso al que se aplique sanciones, promoviéndose con ello inversiones irresponsables que ocasionarán perdidas a la sociedad y al Estado.
- Respecto al artículo 20, se sostiene que debilita la institucionalidad ambiental al establecer que el reconocimiento de las zonas reservadas se realice mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros. Con ello se ha modificado el artículo 7 de la Ley 26834, Ley de Áreas Protegidas Naturales, que indicaba que su reconocimiento se hacía mediante resolución ministerial. Así, serán los criterios políticos y no los criterios técnicos y ambientales los que definan el reconocimiento de las zonas reservadas. Se deja abierta la posibilidad de presiones de grupos económicos relacionados con las actividades extractivas.
- El artículo 21 de la ley ordena que las opiniones solicitadas por la entidad encargada de la aprobación del estudio de impacto ambiental (EIA) deberán emitirse bajo responsabilidad en un plazo de 45 días hábiles. Si la opinión vinculante no es emitida dentro del referido plazo, se sancionará con falta grave al responsable de emitirla. En caso la opinión no sea vinculante, vencido el plazo el procedimiento continúa.
- Esto contrasta con la Ley del Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental y su reglamento, que no establecía plazos. Con este artículo se busca facilitar la inversión y no asegurar el carácter preventivo de los Estudios de Impacto Ambiental (EIA).
- Se debe tomar en cuenta la carga laboral de las entidades que emiten opinión. Por ejemplo, la Autoridad Nacional de Agua contaba, hasta junio 2013, con 13 personas y tenía una carga laboral de 50 expedientes sumamente voluminosos. Además, es un plazo muy corto, tomando en cuenta las condiciones en que dichas entidades deben cumplir sus labores y la escasa dotación de personal. En este contexto, la norma ejerce una presión inaceptable que debilita el proceso de revisión de los EIA.
- Se cuestiona que, con el artículo 22 de la ley impugnada, se estén realizando tres cambios significativos: se redefine el ordenamiento territorial, para quitarle su carácter concertador y decisorio sobre los usos del territorio, considerándolo solamente orientador; se prohíbe además que mediante el ordenamiento territorial se asignen usos y exclusiones; y se sustrae de las competencias del Ministerio de Ambiente la aprobación de la política del ordenamiento territorial.

- El Gobierno Regional de San Martín sostiene que, con ello, el artículo 22 afecta las competencias y funciones exclusivas de los gobiernos locales y regionales en materia de ordenamiento territorial establecidas en la Constitución y en las leyes orgánicas. Así, a través de una ley ordinaria se pretende modificar leyes orgánicas. También se genera que la dimensión ambiental pierda su carácter prioritario establecido en el artículo 22 de la Ley General del Ambiente al quitársele la competencia para aprobar la política nacional del ordenamiento territorial al Ministerio del Ambiente.
- Por último, el recurrente cuestiona el artículo 23, por cuanto estaría equiparando los criterios de protección de la salud y del ambiente con el análisis del impacto regulatorio y económico para fijar los Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y los LMP. Según el demandante, el criterio fundamental para definir dichos mecanismos es la protección de la salud y del ambiente, sin que se tenga que tomar en cuenta el impacto regulatorio y económico.
- De otro lado, se alega que con el artículo 23 se establece que la aprobación y actualización de los ECAs y LMPs se realiza mediante decreto supremo refrendado por los sectores vinculados y ya no solo por el Ministerio del Ambiente, con lo que se ha debilitado su función.

A.2. Expediente 0012-2015-PI/TC

Con fecha 9 de abril de 2015, más de 5000 ciudadanos interponen demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 19 al 23, 36 al 51, y 57, así como de la Tercera Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley 30230, sustentándose en los siguientes argumentos:

- El artículo 19 de la Ley debilita la función sancionadora del OEFA. En primer lugar, porque favorece la impunidad y los comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico, al contemplar la posibilidad de que ciertas infracciones queden desprovistas de consecuencias jurídicas. En segundo lugar, porque afecta la función preventiva de la sanción, ya que los montos por concepto de sanciones no desincentivan las conductas lesivas y tampoco guardan correspondencia con el daño causado.
- Por otra parte, los ciudadanos señalan que, al haberse establecido que el OEFA solo podrá aplicar multas por montos completos fijados en la ley en ciertas situaciones, se dejan de lado otras que también revisten considerable peligro y gravedad para los derechos a la vida, a la salud y al medio ambiente. Finalmente, se alega que con la nueva configuración de la reincidencia que hace este artículo, se busca aplicar la multa completa a un número muy reducido de infractores.
- Alegan que el artículo 20 debilita la institucionalidad ambiental al permitir que el reconocimiento de las zonas reservadas se lleve a cabo a través de decretos supremos, para lo cual no se tomarán en cuenta criterios técnico-ambientales, sino solo políticos, los cuales son pasibles de presiones generadas por los grupos económicos relacionados con las actividades extractivas.

- Sostienen los recurrentes que el artículo 21 no ha tomado en cuenta las demoras propias en los procedimientos de revisión de EIA, y añaden que el plazo de 45 días hábiles para que las entidades emitan opinión sobre el EIA no genera las condiciones mínimas para el cumplimiento cabal de dicha función.
- Asimismo, los ciudadanos demandantes alegan que resulta desproporcionado que se haya catalogado el incumplimiento de la función antes mencionada como falta grave y que, por otro lado, se libere de sanciones a las infracciones en las que incurren quienes contaminan el ambiente.
- Finalmente, agregan que es contraproducente que una misma entidad, dependiente del ministerio que promueve la inversión, sea la que elabore el informe consolidado y, a su vez, apruebe el EIA.
- En relación con el artículo 22, sostienen que afecta las competencias y funciones exclusivas de los gobiernos locales y regionales en materia de ordenamiento territorial, establecidas en la Constitución y en las leyes orgánicas; asimismo, alegan que obstaculiza la efectividad de los mecanismos de participación ciudadana en decisiones que pueden afectar el derecho a gozar de un medio ambiente sano. Además, afirman que desconoce la relación existente entre asignación de usos en el territorio y la utilización y aprovechamiento de los recursos naturales establecida en la Ley 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento de los Recursos Naturales.
- Por otra parte, sostienen que el artículo 23 equipara los criterios de protección de la salud y del ambiente con el análisis del impacto regulatorio y económico para fijar los ECA y los LMP. Sin embargo, según los demandantes, el criterio fundamental para definir dichos mecanismos debería ser la protección de la salud y del ambiente, y no el impacto regulatorio y económico.
- De otro lado, se alega que se ha debilitado la función del Ministerio del Ambiente al habérsele privado de sus facultades relativas a la aprobación de los ECA y los LMP, y que a su vez se ha empoderado a otros ministerios.
- Sostienen, además, que el artículo 36 trasgrede el derecho a la propiedad y posesión de los pueblos indígenas, debido a que crea procedimientos especiales dirigidos a priorizar el saneamiento de predios, y su titularidad, para destinarlos a proyectos de inversión pública o privada, sin tomar en cuenta los derechos que ostentan sobre ellos los pueblos indígenas.
- En relación con el literal "a" del artículo 37 se afirma que vulnera el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, dado que limita su decisión respecto al desarrollo de su proyecto colectivo de vida. Asimismo, trasgrede el derecho a la propiedad indígena sobre las tierras ancestrales, ya que mediante esta ley se impondrán procesos de saneamiento físico legal a tierras campesinas y nativas no tituladas con la única finalidad de favorecer la adquisición de la propiedad de aquellas áreas donde están ubicadas las concesiones y proyectos no consultados.

- Alegan los ciudadanos recurrentes que el artículo 38 vulnera el derecho de propiedad indígena. En primer lugar, las concesiones y proyectos de inversión pública y privada que se aprueben sobre sus territorios y sean considerados de necesidad pública, interés nacional o gran envergadura no serán sometidos a procesos de consulta previa. En segundo lugar, dichos proyectos serán aprobados en un contexto de falta de demarcación y titulación de tierras, que pertenecen en su mayoría a los pueblos indígenas.
- Se sostiene, además, que el artículo 39 contraviene el derecho a la igualdad, dado que los únicos legitimados para iniciar los procedimientos especiales de saneamiento físico legal de predios son los titulares de los proyectos de inversión o las entidades públicas a cargo de estos proyectos, excluyendo del beneficio de estas medidas a las comunidades campesinas y nativas.
- Los recurrentes sostienen que el artículo 40 y el inciso 2 del artículo 41 vulneran el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, puesto que otorgan derechos de disposición de predios –entre los cuales pueden encontrarse territorios de pueblos indígenas– al Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (Cofopri) y a la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales (SBN), sin que estas decisiones puedan ser consultadas.
- Alegan también que el artículo 42 deja en estado de indefensión a los pueblos indígenas, debido a que, tras haberse extendidola anotación preventiva de un bien, los pueblos indígenas u otras entidades no podrán inscribir ni anotar registralmente ningún acto; por lo que se vulnera también el derecho a la igualdad y no discriminación.
- En relación con el artículo 43, afirman que este no busca el bien común de todos los ciudadanos, sino beneficiar a los titulares de los proyectos de inversión. Por otro lado, los demandantes alegan que, mediante este dispositivo, el Estado esquiva la obligación internacional de proteger los territorios de las comunidades campesinas y nativas, mediante la titulación de sus tierras.
- Sostienen los ciudadanos demandantes que el artículo 44 vulnera el derecho que tienen los pueblos indígenas de delimitar, demarcar e inscribir sus territorios. Asimismo, desconoce la propiedad de estos pueblos sobre las tierras tradicionales, dado que, al habérsele encargado legislativamente a la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (en adelante Sunarp) la función de proporcionar la información catastral y los antecedentes registrales para hacer el procedimiento de saneamiento más expeditivo, no se toma en cuenta que el 74 % de las comunidades con título no cuentan con georreferenciación. Adicionalmente, deben considerarse que aproximadamente cuatro mil comunidades no cuentan con título de propiedad, lo cual genera que el informe de dicha entidad sea incompleto y no acorde a la realidad.
- Los demandantes cuestionan el artículo 45 por cuanto otorga facultades de modificación física de predios, así como de demarcación de tierras a los funcionarios de Cofopri y la SBN sin considerar que toda modificación de los títulos indígenas debe ser

sometida a consulta previa, según lo establecido en la jurisprudencia interamericana. Además, aducen que los actos de saneamiento llevados a cabo por Cofopri y la SBN prevalecerán sobre los títulos existentes y aquellos no saneados que las comunidades hayan inscrito en los Registros Públicos.

- Alegan, asimismo, que el artículo 46 trasgrede el derecho de demarcación y delimitación de la propiedad de las comunidades indígenas, debido a que la información de los planos levantados en el campo no toma en cuenta los procedimientos tradicionales mediante los cuales estas comunidades establecieron sus propios límites territoriales.
- Por otra parte, los demandantes señalan que el artículo 47 vulnera el derecho de propiedad por cuanto se han establecido cinco supuestos en los cuales se aplica la prevalencia del plano levantado en campo frente a lo establecido en el Registro, lo cual implica que los títulos y planos que ostentan los pueblos indígenas pierdan todo valor.
- Los ciudadanos recurrentes alegan que el artículo 48 prevé la inaplicación de otras reglas, requisitos o procedimientos establecidos en otros textos normativos que incluso tienen supremacía normativa sobre estas nuevas reglas y ello puede explicarse a partir del objetivo de esta ley que es el saneamiento de los predios para otorgarlos a los proyectos de inversión y no para favorecer a los pueblos indígenas.
- Manifiestan los demandantes que el artículo 49 vulnera el derecho a la seguridad jurídica de los títulos de propiedad de los pueblos indígenas, puesto que, mediante este dispositivo legal, la independización y desmembración de los predios alteran extensiones de áreas, en las que se encuentran territorios indígenas. Por otro lado, agregan que el procedimiento de saneamiento físico legal de predios ha sido creado para favorecer los proyectos de inversión y no para beneficiar el saneamiento de los territorios indígenas, lo cual constituye una vulneración al derecho a la igualdad.
- Alegan los recurrentes que, mediante el artículo 50, se flexibilizan los requisitos técnicos para lograr la inscripción de la modificación física de predios sin que se haya tomado en cuenta la superposición con las tierras de las comunidades indígenas.
- En relación con el artículo 51, sostienen los ciudadanos demandantes que atenúa los procedimientos de saneamiento, pero solamente para áreas destinadas a proyectos de inversión, sin que ello sea también aplicable a los trámites de saneamiento territorial iniciados por los pueblos indígenas varios años atrás, con lo cual se infringe el derecho a la igualdad y no discriminación.
- De otra parte, manifiestan los recurrentes que el artículo 57 faculta a la SBN a expedir resoluciones declarando, entre otras cosas, la extinción de los contratos de cesión de uso de los suelos forestales. En la demanda se sostiene que con ello se vulnera el derecho de propiedad, debido a que, al dejar sin efecto dichos contratos, se desconoce la posesión tradicional de estos pueblos sobre sus tierras.

- Sin embargo, también alegan que la figura del contrato de cesión de uso, que es el modo mediante el cual se ha reconocido la posesión de las tierras a los pueblos indígenas, en sí mismo es inconstitucional, y ello en razón de que, en primer lugar, a través de ella no se reconoce plenamente el derecho de propiedad a estos pueblos sobre sus tierras y, en segundo lugar, porque constituyen imposiciones unilaterales del Estado que no son consultadas a los pueblos indígenas.
- Afirman los demandantes que la Tercera Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley 30230 es de alcance tan amplio que podría dejar en suspenso o derogar las garantías del derecho de posesión y de propiedad de los predios no saneados, entre los que se encuentran los de las comunidades campesinas y nativas. Asimismo, mediante este dispositivo, se entrevé la intencionalidad estatal de titular predios no saneados para ponerlos a disposición de contratos para la ejecución de proyectos de inversión.
- Finalmente, los recurrentes sostienen que, pese a que el artículo 14 del Reglamento de la Ley 30230, Decreto Supremo 019-2015-VIVIENDA, establece la inaplicación de la ley sobre las tierras de las comunidades campesinas, comunidades nativas y reservas indígenas, ello no es una medida idónea para proteger los derechos de estas comunidades, puesto que mediante un decreto se pretende modificar una ley, de modo que se contraviene el artículo 118 inciso 8 de la Constitución.
- Por último, se señala en la demanda que, al haberse evidenciado la inconstitucionalidad de la medida, este órgano de control de la Constitución debe emitir una sentencia interpretativa mediante la que incorpore una disposición final y transitoria en la ley impugnada, estableciendo la prohibición de reconocer derechos sobre territorios ancestrales de pueblos indígenas.

B. Contestaciones de demandas

Con fecha 11 de mayo de 2016, el apoderado del Congreso de la República contesta la demanda presentada por más de cinco mil ciudadanos contra los artículos 19 al 23, 36 al 51, y 57, así como de la Tercera Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley 30230, solicitando que sea declarada infundada.

Más tarde, con fecha 22 de noviembre de 2016, el apoderado del Congreso de la República contesta la demanda presentada por el Gobierno Regional de San Martín, en la que se impugnan los artículos 19, 20, 21, 22 y 23 de la Ley 30230, reproduciendo los mismos argumentos a favor de la constitucionalidad que se expusieran en la contestación de demanda del Expediente 0012-2015-PI/TC que a continuación se pasan a resumir.

B.1. Expediente 0012-2015-PI/TC

- Sobre el artículo 19 se alega en la contestación que no es posible sostener que existe un incumplimiento desprovisto de una consecuencia jurídica, ya que en el mismo artículo se precisa que si "la medida correctiva ordenada" no se cumple, el OEFA impondrá la "sanción respectiva".

- De otro lado, el apoderado del Congreso afirma que el principio de prevención en materia ambiental se concreta en la facultad que posee el OEFA para dictar medidas cautelares y preventivas en el ejercicio de sus funciones de evaluación, supervisión y fiscalización. Finalmente, alega que de lo establecido en el artículo 19 no se deriva que el monto de las multas que se vayan a imponer no guardarán correspondencia con el daño causado.

- En la contestación de la demanda se afirma que el artículo 20 no altera los requisitos que se exigían cuando las "zonas reservadas" se establecían mediante resolución ministerial, ya que estos siguen siendo los señalados en el artículo 59.2 del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales.

- Respecto de la impugnación del artículo 21, el apoderado del demandado sostiene que ya existía un plazo para la emisión de las opiniones técnicas previas de otras autoridades en el artículo 52 del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. Por otro lado, se sostiene que no es posible alegar que las sanciones por faltas graves a los funcionarios debilitan el proceso de revisión de los EIA, ya que, en ninguno de los supuestos en los que se aplica la sanción, el procedimiento de revisión se ve obstaculizado.

- Asimismo, en la contestación se alega que no es posible omitir opiniones vertidas por las autoridades, debido a que la propia ley precisa que el informe será remitido a los solicitantes para las subsanaciones o aclaraciones correspondientes. Finalmente, señala que, si bien las entidades están prohibidas de solicitar nuevamente los documentos que el solicitante haya presentado en el transcurso del proceso, esta prohibición no es aplicable cuando se encuentra pendiente la presentación de uno o más documentos.

- Respecto al artículo 22 se alega en la contestación que no se exponen argumentos jurídicos que sustenten su inconstitucionalidad. Sostiene el apoderado del Congreso de la República que los demandantes se han limitado a señalar que este artículo vulnera las competencias de los gobiernos regionales y de las municipalidades en materia de ordenamiento territorial, sin exponer razones jurídicas.

- En la contestación se afirma, además, que el artículo 23 no es inconstitucional, ya que, en primer lugar, la Política Nacional del Ambiente toma en cuenta un equilibrio dinámico entre el desarrollo socioeconómico de la Nación y la protección y conservación de un disfrute permanente del medio ambiente, por lo que, en ese sentido, es válido que los ECA y los LMP se basen en criterios como el impacto regulatorio y económico sobre las industrias y poblaciones involucradas.

- Añade que, tampoco se puede admitir el argumento de que la aprobación y actualización periódica de los ECA y los LMP mediante Decreto Supremo implique más poder a otros ministerios y menos al Ministerio del Ambiente, puesto que, según el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, los decretos supremos son refrendados por uno o más ministros a cuyo ámbito de competencia corresponden.

- En cuanto al artículo 36, el demandado considera que no se han expuesto los argumentos jurídicos que sustenten su inconstitucionalidad.
- Afirma el apoderado del demandado que el artículo 37 debe ser leído conjuntamente con el Reglamento de la Ley 30230, Decreto Supremo 019-2015-VIVIENDA, en cuyo artículo 14 se precisa que los predios de comunidades campesinas y nativas no se encuentran en el ámbito de aplicación de los procedimientos especiales para el saneamiento físico legal de los predios para proyectos de inversión pública y privada. De modo que no es imputable a la Ley 30230la afectación a los pueblos indígenas a través de la aprobación de concesiones y proyectos de inversión públicos o privados, o la falta de demarcación de las tierras en las que se realizarían tales concesiones y proyectos, tal como lo hacen los demandantes.
- En la contestación de demanda se afirma que no se ha sustentado la inconstitucionalidad del artículo 38, sino que, en realidad, se han controvertido aquellas leyes que declaran que un determinado proyecto de inversión pública o privada sea de necesidad pública, interés nacional, seguridad nacional o de gran envergadura. Por otro lado, no se le puede imputar a la Ley 30230 la aprobación de concesiones y proyectos de inversión pública y privada sobre territorios de los pueblos indígenas, ni el hecho de que dichos proyectos hayan sido declarados de necesidad pública, interés nacional o de gran envergadura, así como tampoco la falta de demarcación de las tierras en las que se realizarían tales concesiones y proyectos.
- Añade el demandado que, frente al argumento de que este dispositivo legal vulnera el derecho de propiedad de los pueblos indígenas, cabe reiterar que las tierras de las comunidades campesinas y nativas están excluidas del ámbito de aplicación de los procedimientos especiales para el saneamiento físico legal de los predios para proyectos de inversión pública y privada, de acuerdo con lo glosado anteriormente.
- En relación con el artículo 39, sostiene el apoderado del Congreso de la República que los artículos referidos a los procesos especiales para el saneamiento físico legal se ajustan a lo establecido en el artículo 103 de la Constitución, puesto que la aprobación de esta regulación de carácter especial responde a la problemática existente en el saneamiento físico legal de los predios involucrados en el desarrollo de proyectos de inversión pública y privada, de modo que no vulnera el derecho a la igualdad.
- El demandado alega que, respecto del artículo 40, cabe reiterar que las tierras de las comunidades campesinas y nativas no están dentro del ámbito de aplicación de los procedimientos especiales de saneamiento y que además, de acuerdo con el artículo 5.2 del Reglamento de la Ley 30230, Cofopri es competente para ejecutar este tipo de procedimientos, a solicitud del titular del proyecto, pero con la autorización del propietario.
- El apoderado del Congreso sostiene que el artículo 41 no es inconstitucional, puesto que en su inciso 1 se precisa que la SBN está facultada para ejecutar los

procedimientos especiales de saneamiento sobre predios estatales, los cuales según el artículo 3 de la Ley 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, comprenden los bienes muebles e inmuebles, de dominio privado y de dominio público, que tienen como titular al Estado o a cualquier entidad pública que conforme el Sistema Nacional de Bienes Estatales.

- Además, alega que, de acuerdo con el artículo 23 de la mencionada ley, los inmuebles no inscritos en el Registro de Predios son de dominio del Estado, solo si no constituyen propiedad de particulares o de las comunidades campesinas y nativas. Por lo que, a partir de ello, se deduce que no existe alguna vulneración al derecho de propiedad de estas comunidades.
- El artículo 42 es plenamente compatible con el artículo 103 de la Constitución, por lo que no se ha configurado algún supuesto de discriminación. Asimismo, ante el argumento de que el mecanismo de anotación preventiva puede involucrar a las tierras de las comunidades campesinas y nativas, cabe reiterar que estas no se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley 30230.
- En cuanto al artículo 43, el demandado sostiene que no se han expuesto argumentos jurídicos que sustenten la pretendida inconstitucionalidad.
- Alega el apoderado del Congreso de la República que el artículo 44 encuentra su fundamento en el artículo 103 de la Constitución, y es compatible con el artículo 2, inciso 2, del mismo cuerpo normativo, por lo que no configura una trasgresión del derecho a la igualdad.
- En la contestación de las demandas se pone de relieve que el valor referencial de la información proporcionada por la Sunarp sobre los antecedentes registrales y búsquedas catastrales de los predios que son objeto de los procedimientos especiales de saneamiento físico legal para proyectos de inversión pública y privada que regula el artículo 45 impugnado no incluyen las propiedades de las comunidades campesinas y nativas.
- El apoderado del demandado sostiene que los artículos 46 y 47 se refieren a la prevalencia de la información de los planos levantados en campo sobre la información gráfica obrante en los registros de aquellos predios que son objeto de los procedimientos especiales de saneamiento, y no de aquellos pertenecientes a las comunidades campesinas y nativas, de modo que no existe ninguna afectación al derecho de propiedad.
- En la contestación de las demandas se subraya que, si bien el artículo 48 establece que no resultan aplicables otras reglas, requisitos o procedimientos establecidos en diferentes textos normativos a los procedimientos especiales de saneamiento de los predios, tal regulación no resulta aplicable a los territorios de las comunidades campesinas y nativas.
- Afirma el apoderado del Congreso de la República que el artículo 49, relativo a la independización o desmembración de los predios, no es discriminatorio, ya que forma

parte de una regulación especial que responde a una problemática específica existente; por lo que es plenamente compatible con los artículos 2, inciso 2, y 103 de la Constitución.

- En relación con el artículo 50, se sostiene en la contestación de la demanda que involucra a un conjunto de predios entre los cuales no se encuentran los de las comunidades campesinas y nativas y, por lo tanto, no se trasgrede el derecho de propiedad que éstas ejercen.
- El apoderado del demandado señala que el artículo 51 no resulta discriminatorio, ya que responde a una problemática específica existente, así que es conforme a los artículos 2, inciso 2, y 103 de la Constitución.
- En cuanto a la cesión de uso de bienes inmuebles estatales del dominio privado regulada en el artículo 57 de la ley impugnada, el demandado señala que es una de las formas de actos de administración mediante el cual el Estado ordena el uso y aprovechamiento temporal de los bienes estatales; por esta razón, la cesión de uso de este tipo de bienes no puede considerarse un contrato de naturaleza privada tal como lo hacen los demandantes.
- De otro lado, se alega que, tal como se ha precisado anteriormente, el objeto de la Ley 30230 no afecta ni involucra a las tierras de las comunidades campesinas y nativas, de modo quela extinción de la cesión en uso de bienes inmuebles estatales de dominio privado regulada por el artículo 57no trasgrede el derecho a la propiedad de estas comunidades.
- Por último, el apoderado del Congreso de la República, ante el argumento de que la Tercera Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley 30230 es de alcance tan amplio que podría dejar en suspenso o derogar las garantías de protección de los derechos preexistentes de las comunidades campesinas y nativas, alega que el ámbito de aplicación de la mencionada ley excluye los territorios de dichas comunidades.

C. Intervenciones

C.1. Intervención de la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDESEP) como tercero

Mediante el Auto5, de fecha 11 de mayo de 2016, el Tribunal Constitucional admitió la solicitud de intervención AIDESEP, incorporándola al presente proceso de inconstitucionalidad en calidad de tercero.

Con fecha 20 de abril de 2015, la referida asociación presentó el escrito en el que expuso los argumentos que a continuación se detallan:

- La Ley 30230 genera que los pueblos indígenas sean despojados de sus tierras al permitir la apropiación de estas por particulares. Ello contraviene los artículos 16,

inciso 2, del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y 10 de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, puesto que establecen que el excepcional traslado y reubicación de los pueblos indígenas solo puede efectuarse con su consentimiento libre, previo e informado, lo cual no ha sido previsto por la referida ley.

- Por otro lado, señalan que debe revalorarse la antigüedad de la ocupación de las tierras por los pueblos indígenas. En tal sentido, plantean que, según el artículo 14 del Convenio 169 de la OIT, son deberes del Estado: reconocer el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas; tomar medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos; tomar las medidas necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión; y, finalmente, instituir procedimientos adecuados para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

C.2. Intervención de la Presidencia de Consejo de Ministros(PCM) como partícipe

Mediante el Auto-6 de fecha 11 de mayo de 2016, el Tribunal Constitucional admitió la solicitud de intervención de la Presidencia de Consejo de Ministros (en adelante, PCM) incorporándola al presente proceso de inconstitucionalidad en calidad de partícipe.

Con fecha 26 de enero de 2017, la procuradora pública adjunta especializada en Materia Constitucional, en representación del referido órgano, presentó el escrito en el que expuso los argumentos que se detallan a continuación:

- La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha establecido que, de conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), el deber de garantía de los derechos fundamentales contenidos en este instrumento se ejerce ante amenazas o vulneraciones concretas y particulares; de modo que este deber no resulta aplicable a un análisis en abstracto de una norma legal.

- Los demandantes han alegado que la Ley 30230 no justifica ni motiva su decisión de debilitar la institucionalidad estatal ambiental, por lo que se incumple con la obligación de motivación y del principio de interdicción de la arbitrariedad. Sin embargo, cabe precisar que no existe alguna fuente normativa que señale que la motivación es una exigencia cuando se ejerce la función legislativa.

- En cuanto a la posible transgresión de las competencias de los gobiernos regionales y locales en materia de ordenamiento territorial, el partícipe sostiene que las competencias de estos gobiernos se ejercen de conformidad con los planes nacionales referidos a esta materia.

- En tal sentido, la PCM alega que no se afectan las competencias de los gobiernos regionales y locales por parte de la SBN y del Cofopri, pues de una lectura conjunta del artículo 41, numeral 2, de la Ley 30230; delos literales "e", "f" y "g" del artículo 8 de la Ley 29151, y del artículo 2 del Decreto Legislativo 1203, se deduce que estas instituciones se encuentran impedidas de realizar procedimientos de saneamiento físico y legal sobre terrenos que deban ser saneados por los gobiernos regionales o locales, por lo que no es posible alegar una transgresión a las competencias de los Gobiernos Regionales y Locales en materia de ordenamiento territorial.

C.3. EARTHRIGHTS INTERNATIONAL, LA FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO Y HUMAN RIGHTS RESEARCH AND EDUCATION CENTRE DE LA UNIVERSIDAD DE OTTAWA (LA CLÍNICA DE DERECHOS HUMANOS)

Mediante auto de fecha 22 de mayo de 2018 este Tribunal incorpora a las organizaciones no gubernamentales EarthRights International, la Fundación para el Debido Proceso, así como a la Clínica de Derechos Humanos de la Universidad de Ottawa en calidad de *amicuscuriae*, las que argumentan lo siguiente:

- Sostienen que la Ley 30230 afecta sustancialmente los derechos de los pueblos indígenas, por lo que debió ser materia del proceso de consulta previa, libre e informada. Indican que el argumento principal del *amicus* es "demostrar que el derecho a la consulta es un derecho constitucional internacionalmente reconocido a favor de los pueblos indígenas", incluyendo la exigibilidad del consentimiento en estricta relación con los proyectos de inversión.
- Sostienen que los artículos del 19 al 23 y los artículos 36 al 38 (inciso "a") de la Ley 30230 vulneran la Constitución, así como los parámetros internacionales aplicables a los derechos de los pueblos indígenas, puesto que esta ley prevé mecanismos destinados a facilitar proyectos de gran envergadura, omitiendo regular procedimientos que garanticen el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas.
- Sostienen, además, que la consulta procede respecto de medidas administrativas, pero también legislativas, aunque en el caso de la Ley 30230 no se ha realizado ninguna consulta previa, por lo que se habrían vulnerado las garantías constitucionales y obligaciones internacionales en materia de derechos humanos aplicables al Perú.
- Agregan que la falta de una oficina especializada o de un procedimiento interno del Congreso para la realización de un proceso de consulta no es una justificación válida para incumplir con tal deber.
- Por todo ello, solicita respetuosamente que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 19 al 23 por violación de la obligación de consultar de forma previa, libre e informada y de los artículos 36 y 38 (inciso "a") por violación del deber de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas; todo ello por cuanto las medidas referidas impactan directamente en los derechos de los pueblos indígenas.

C.4. PLATAFORMA PARA EL ORDENAMIENTO TERRITORIAL

Mediante el auto de fecha 22 de mayo de 2018, se admitió en calidad de *amicus curiae*a la Plataforma para el Ordenamiento Territorial, quienes presentaron un informe sobre la inconstitucionalidad en la que habría incurrido la Ley 30230.

- Afirman que, de acuerdo con el artículo 79.1 de la Ley Orgánica de Municipalidades, no es intención del legislador dejar a los gobiernos locales al margen de las decisiones sobre sus territorios.
- Añaden que, si bien la Constitución no se refiere al ordenamiento territorial, sí establece que las municipalidades provinciales están a cargo de la planificación del desarrollo urbano y rural, que incluye la zonificación, el urbanismo y el acondicionamiento territorial.
- Igualmente, el artículo 73 de la Ley Orgánica de Municipalidades establece que los gobiernos provinciales están a cargo de la planificación del ordenamiento territorial. Así, se le otorga a las municipalidades competencias para la zonificación, acondicionamiento territorial, establecimiento del catastro rural y urbano y del patrimonio histórico, cultural y paisajístico.
- En virtud de una serie de referencias del derecho comparado y de doctrina, los peticionarios sostienen que el proceso de ordenamiento territorial permite tomar decisiones sobre el uso y ocupación del territorio, definiendo las orientaciones que deben seguirse en esta materia. Así, sin la capacidad para tomar decisiones que resuelvan desequilibrios territoriales, el ordenamiento territorial carecería de eficacia.
- Concluyen que la regulación específica sobre el uso del territorio debe corresponder a las municipalidades, ya que estás conocen con mayor detalle el territorio de su jurisdicción. Por tales razones, solicitan que el artículo 22 de la Ley 30230 quede sin aplicación y efecto jurídico en cumplimento de la Constitución y el ordenamiento jurídico nacional.

II. FUNDAMENTOS

§1. PRETENSIÓN DE LAS DEMANDAS

1. Mediante Auto-1, de fecha 07 de enero de 2015, del Expediente 0003-2015-PI/TC, se admitió a trámite la demanda interpuesta por el Gobierno Regional de San Martín, contra los artículos 19 al 23 de la Ley 30230, *ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país*, publicada el 12 de julio de 2014 en el diario oficial *El Peruano*.
2. Con el Auto 1, de fecha 03 de marzo de 2016, del Expediente 0012-2015-PI/TC, se admitió a trámite la demanda interpuesta por más de cinco mil ciudadanos contra los artículos 19 al 23,37, 41 y 57 de la mencionada ley. Y, habiéndose subsanado las observaciones de inadmisibilidad indicadas en dicha resolución, mediante Auto 2, de

fecha 15 de marzo de 2016, se admitió la demanda también contra los artículos 36, 38 al 40, 42 al 51y la Tercera Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley 30230.

3. Teniendo en cuenta lo resuelto en las resoluciones de admisibilidad mencionadas, y en virtud del auto de fecha 22 de marzo de 2016 que resuelve acumular el Expediente 0012-2015-PI/TC al Expediente 0003-2015-PI/TC, este Tribunal se pronunciará sobre la constitucionalidad de lo siguiente:

   – los artículos 19, 20, 21, 22, 23,36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 57, y la Tercera Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley 30230.

§2. ARTÍCULO 19 DE LA LEY 30230 Y TEMPORALIDAD DE LA NORMA

4. Los demandantes han cuestionado la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley 30230, que establece:

> **Artículo 19. Privilegio de la prevención y corrección de las conductas infractoras**
>
> En el marco de un enfoque preventivo de la política ambiental, establécese un plazo de tres (3) años contados a partir de la vigencia de la presente Ley, durante el cual el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA privilegiará las acciones orientadas a la prevención y corrección de la conducta infractora en materia ambiental.
>
> Durante dicho período, el OEFA tramitará procedimientos sancionadores excepcionales. Si la autoridad administrativa declara la existencia de infracción, ordenará la realización de medidas correctivas destinadas a revertir la conducta infractora y suspenderá el procedimiento sancionador excepcional. Verificado el cumplimiento de la medida correctiva ordenada, el procedimiento sancionador excepcional concluirá. De lo contrario, el referido procedimiento se reanudará, quedando habilitado el OEFA a imponer la sanción respectiva.
>
> Mientras dure el período de tres (3) años, las sanciones a imponerse por las infracciones no podrán ser superiores al 50% de la multa que correspondería aplicar, de acuerdo a la metodología de determinación de sanciones, considerando los atenuantes y/o agravantes correspondientes. Lo dispuesto en el presente párrafo no será de aplicación a los siguientes casos:
>
> a) Infracciones muy graves, que generen un daño real y muy grave a la vida y la salud de las personas. Dicha afectación deberá ser objetiva, individualizada y debidamente acreditada.
>
> b) Actividades que se realicen sin contar con el instrumento de gestión ambiental o la autorización de inicio de operaciones correspondientes, o en zonas prohibidas.

c) Reincidencia, entendiéndose por tal la comisión de la misma infracción dentro de un período de seis (6) meses desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.

5. Específicamente se alega que se está debilitando la función sancionadora del OEFA y con ello se favorece la impunidad y comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico, que terminarían por afectar el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado (artículo 2.22 de la Constitución).

6. El artículo 19 de la ley impugnada establece una serie de regulaciones de naturaleza temporal. Así, tal como lo expone el propio artículo, solo sería válido por tres años desde su entrada en vigencia de la Ley30230, (12 de julio de 2014).

7. Este Colegiado considera que la fórmula contenida en el dispositivo materia de impugnación no encierra en sí misma un tratamiento que pueda considerarse arbitrario o inconstitucional, sino que al revés de ello apunta a estructurar un modelo de comportamiento razonable en el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración.

8. En efecto, no se trata de postular que el Estado, a través de sus organismos competentes tenga que necesariamente castigar como consecuencia inmediata de un comportamiento indebido o contrario a la ley, sino que se otorgue la posibilidad de adoptar medidas correctivas a fin de que estas puedan ser cumplidas antes de utilizar el máximo poder que se ostenta y que no es otro que el sancionador.

9. Si las medidas correctivas fuesen eventualmente desacatadas o si las razones por las que aquellas se impusieron fuesen ignoradas por aquellos sobre quienes se aplican, es totalmente legítimo que se proceda a una sanción, pero ello no significa que el Estado tenga que promover como exclusiva y excluyente bandera el castigo inmediato.

10. No debe ignorarse que toda política pública, más allá de los intereses o bienes que resguarde, debe cumplir una finalidad de suyo pedagógica. Ello no se logra colocando sanciones como única posibilidad, sino fomentando comportamientos adecuados y estableciendo fórmulas intermedias que sólo de ser desacatadas, es que puedan legitimar una actuación radical y definitiva.

11. Por lo demás y es pertinente mencionarlo a propósito del presente caso, la norma materia de cuestionamiento, ni siquiera ostenta una naturaleza permanente, sino que comporta un periodo de aleccionamiento que en este caso es sólo de tres años. Ello en pocas palabras significa, adentrar a los administrados a un comportamiento en pro del respeto del medio ambiente durante lo que podríamos denominar una fase estrictamente pedagógica. Transcurrida la misma ya no podrá alegarse por nadie desconocimiento de la ley y las sanciones serán utilizadas en todos sus alcances.

12. Cabe asimismo considerar que incluso y pese a promoverse esta fase estrictamente pedagógica en pro del medio ambiente y que como se ha dicho es sólo temporal, la misma norma prevé supuestos en los que de ninguna manera serán de recibo eventuales beneficios en la sanción que haya de imponer la administración de desacatarse las

medidas correctivas, y ello procederá **a)** en caso de infracciones muy graves que generen un daño real y muy grave a la vida y la salud de las personas, **b)** frente a actividades que se realicen sin contar con el instrumento de gestión ambiental o autorización de inicio de operaciones o en zonas prohibidas y **c)** cuando existe reincidencia.

13. En suma, no se aprecia por ningún lado y como lo afirman los demandantes ni debilitamiento de las potestades sancionadoras del Estado (en este caso de la OEFA), pues estas siguen existiendo, ni por otra parte se deja en desprotección al medio ambiente, pues el Estado promueve plenamente su respeto con la adopción de medidas perfectamente razonables impulsando su poder sancionador allí donde se verifica indiscutibles situaciones graves.

14. En este extremo, por consiguiente, la demanda debe ser declarada infundada.

§3. ARTÍCULO 20 DE LA LEY 30230 Y LA CREACIÓN DE ZONAS RESERVADAS

15. El artículo 20 de la Ley 30230 modifica el segundo párrafo del artículo 7 de la Ley 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas, además de incorporar un tercer párrafo.

16. Para lo que ahora resulta relevante, debe indicarse que, previamente a su modificación, el artículo 7 indicaba que las zonas reservadas eran reconocidas por resolución ministerial. El artículo ahora cuestionado establece que las zonas reservadas se establecen por decreto supremo, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. Queda claro, entonces, que ya no podrán establecerse este tipo de áreas solo con la intervención del Ministerio de Agricultura.

17. De acuerdo con el artículo 13 de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, las zonas reservadas son aquellas áreas que, reuniendo las condiciones para ser consideradas como áreas naturales protegidas, requieren la realización de estudios complementarios para determinar la extensión y categoría.

18. Se objeta que con esta modificación primarán los criterios políticos en el ámbito de lo que debería ser una decisión técnica, con lo que se estaría debilitando la "institucionalidad ambiental". Y que bastaría que el Ministerio de Energía y Minas o el Ministerio de Economía se opongan para que "no se aprueben las zonas reservadas". Además, se agrega que se abre un campo fértil para las presiones de grupos económicos relacionados con las actividades extractivas (Expediente 0012-2015-PI/TC, fojas 15).

19. Al respecto, este Tribunal estima que el hecho de crear zonas reservadas mediante la aprobación del Consejo de Ministros no implica una afectación al derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado. Por el contrario, al tener que ser aprobadas por tal entidad se deja de lado la visión sectorial para dar paso a una visión más amplia, con la ventaja de permitir realizar las coordinaciones entre los diferentes sectores que conforman el Poder Ejecutivo. Es más, con ello se transparenta la posición del Poder Ejecutivo respecto la creación de zonas reservadas.

20. Además, tal como lo ha indicado el procurador del Congreso en la contestación de la demanda, el artículo 59 del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, Decreto Supremo 038-2001-AG, ordena la elaboración un expediente técnico justificatorio para el establecimiento de las zonas Reservadas. Es decir, el ordenamiento jurídico obliga a que la decisión administrativa que crea una zona reservada cuente con un sustento técnico.

21. De otro lado, de acuerdo con el artículo 119 de la Constitución, el Consejo de Ministros está a cargo de la dirección y gestión de los servicios públicos. Por su parte, el artículo 126 establece que todo acuerdo del Consejo de Ministros requiere del "voto aprobatorio de la mayoría de sus miembros" y que los ministros no pueden ser "gestores de intereses propios o de terceros".

22. Nótese que la Constitución no indica que el voto debe ser unánime sino por mayoría. En tal sentido, el argumento ensayado por los demandantes pierde toda verosimilitud por cuanto la aprobación de las zonas reservadas pueden darse inclusive con los votos en contra de los Ministerios de Energía y Minas y de Economía, por mencionar los ministerios referidos en la demanda.

23. Por lo antes dicho, la alegación realizada contra el artículo 20 de la Ley 30230 debe ser desestimada.

§4. ARTÍCULO 21 DE LA LEY 30230 Y PLAZO PARA EMITIR OPINIONES REQUERIDAS POR ENTIDADES ENCARGADAS DE LA APROBACIÓN DE EIA

24. El artículo 21 de la cuestionada ley establece lo siguiente:

> **Artículo 21. Solicitud de opiniones para la Evaluación del Estudio de Impacto Ambiental**
>
> 21.1 En caso de que la entidad encargada de la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental correspondiente a un determinado proyecto de inversión requiera opiniones vinculantes y no vinculantes de otras entidades del sector público, estas deberán emitirse, bajo responsabilidad, en un plazo máximo de 45 días hábiles.
>
> El hecho de que no se emita la opinión vinculante en el plazo antes referido, constituye un incumplimiento de las obligaciones del funcionario responsable de emitirla, quien incurrirá en falta grave aplicable al régimen laboral al que pertenece. En dicho supuesto, se inicia el procedimiento sancionador correspondiente contra el funcionario responsable y el Titular de la entidad debe emitir la opinión vinculante, bajo responsabilidad.
>
> En el supuesto que se solicite una opinión no vinculante y esta no fuera emitida dentro del plazo antes referido, el funcionario de la entidad que debe aprobar el Estudio de Impacto Ambiental deberá continuar el procedimiento sin dicha opinión. En caso de no continuar con el procedimiento, dicho funcionario incurrirá en falta

> grave aplicable al régimen laboral al que pertenece. En dicho supuesto, se inicia el procedimiento sancionador correspondiente contra el funcionario responsable, y el Titular de la entidad debe continuar con el procedimiento de aprobación del Estudio de Impacto Ambiental, bajo responsabilidad.
>
> Una vez emitidas las opiniones vinculantes y no vinculantes, la entidad encargada de la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental deberá elaborar un informe consolidado de dichas opiniones, que será remitido al solicitante, para las subsanaciones o aclaraciones que correspondan. En dicho informe, la entidad encargada de la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental solo considerará las opiniones emitidas por las entidades en el marco de sus competencias establecidas en la Ley.
>
> 21.2 Las entidades están prohibidas de solicitar nuevamente los documentos que el solicitante haya presentado en el transcurso del proceso, bajo responsabilidad de su Titular.
>
> 21.3 En caso de servidores bajo el régimen de Contrato Administrativo de Servicios y solo para efectos del presente artículo, será de aplicación el régimen sancionador aplicable según el Decreto Legislativo 276.

25. Los demandantes consideran que, si bien no es negativo establecer un plazo máximo para recibir las opiniones vinculantes y no vinculantes solicitadas por las entidades encargadas de aprobar el EIA, su brevedad es contraproducente. Ello debido a que no se habrían sentado las condiciones mínimas para que las entidades consultadas puedan realizar la revisión minuciosa de los componentes del entorno del proyecto y las alternativas existentes. Es decir, para que puedan cumplir con su función satisfactoriamente.

26. Se cuestiona también que con las sanciones graves a los servidores públicos que no emitan los informes en dicho plazo, se está ejerciendo una presión inaceptable que debilita el proceso de revisión de los EIA, con el consiguiente riesgo para las personas y el ambiente. Se objeta, además, que es contraproducente e inadecuado que los órganos de línea de los ministerios que promueven la inversión estén encargados de aprobar los EIA, puesto que su independencia no está garantizada. Por ello, los demandantes han alegado que este artículo contravendría el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado.

27. Este Tribunal ha establecido que el contenido del artículo 2.22 de la Constitución está determinado por el derecho a gozar del ambiente y a que éste se preserve. Así, comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un

> ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso en que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente.
>
> Pero también el derecho en análisis se concretiza en el derecho a que el medio ambiente se preserve. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A juicio

de este Tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente (Sentencia 0048-2004-AI/TC, fundamento 17).

28. También se ha indicado que el Estado tiene "el deber de efectivizar su plena vigencia, así como prever los mecanismos de su garantía y defensa en caso de transgresión" (Sentencia 0048-2004-AI/TC, fundamento 17). Y ha indicado también que existe una "dimensión prestacional" del derecho al ambiente, que impone al Estado tareas y obligaciones de preservación del ambiente equilibrado y adecuado, que incluye expedir disposiciones legislativas para que se promueva la conservación del ambiente, incluyendo aquellas destinadas a preservar y prevenir los daños al ambiente (Sentencia 03510-2003-PA/TC, fundamento 2, c).

29. Tomando en cuenta lo referido, este Tribunal considera que el mero establecimiento de un plazo para recibir opiniones –vinculantes o no vinculantes– no implica una afectación en abstracto del derecho al ambiente equilibrado y adecuado. Y es que, regular un plazo para que se emitan opiniones a solicitud de una entidad ambiental sectorial, que es un órgano de línea del ministerio a cargo de aprobar un EIA, no implica una posible alteración sustantiva o afectación a la preservación de bienes ambientales. Más aún si es que se toma en consideración que la consulta se dirige a un órgano especializado y familiarizado con la materia a la que se refiere la opinión solicitada.

30. Este Tribunal tampoco observa que se esté contradiciendo el deber de efectivizar el derecho al ambiente equilibrado y adecuado, ya que existe considerable regulación e instituciones encargadas de hacer efectivo tal derecho. Ejemplo de ello es la Ley General del Ambiente (Ley 28611), Ley que Regula la Declaratoria de Emergencia Ambiental (Ley 28804), Ley Forestal y de Fauna Silvestre (Ley 29763) y Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (Ley 27446), entre otras.

31. De igual forma, existe un significativo soporte institucional, como lo es el Ministerio del Ambiente, el OEFA, el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado, el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles, por mencionar algunos, encargados de implementar la política ambiental.

32. En tal sentido, no se aprecia que mediante el artículo 21 de la Ley 30230 se esté contraviniendo en abstracto el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado, reconocido en el artículo 2.22 de la Constitución.

§5. ARTÍCULO 22 DE LA LEY 30230, ORDENAMIENTO TERRITORIAL DERECHO A UN AMBIENTE EQUILIBRADO Y ADECUADO

33. El artículo 22 de la ley impugnada establece lo siguiente:

> **Artículo 22. Ordenamiento territorial**
>
> El ordenamiento territorial es un proceso político y técnico administrativo destinado a orientar la ocupación ordenada y uso sostenible del territorio, sobre la

base de la identificación de potencialidades y limitaciones, considerando criterios económicos, socioculturales, ambientales e institucionales.

La Política Nacional de Ordenamiento Territorial es aprobada mediante Decreto Supremo, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. Ni la Zonificación Económica Ecológica, ni el Ordenamiento Territorial asignan usos ni exclusiones de uso.

34. Los demandantes alegan que con este artículo se redefine el concepto de ordenamiento territorial, quitándosele su "carácter concertador" y "decisorio", considerándolo tan solo un concepto "orientador", sin que pueda asignar usos ni exclusiones sobre los usos del territorio. Como consecuencia de privar de fuerza vinculante al ordenamiento territorial, alegan que se estaría violando el derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado. En específico, la obligación del Estado de proteger en forma efectiva el ambiente, establecida en el artículo 9 de la Ley 28611, Ley General del Ambiente (Expediente 0003-2015-PI/TC, fojas 25).

35. Afirman, además, que la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley 26821, establece que la aprobación de la zonificación ecológica y económica del país coadyuva al ordenamiento territorial y a evitar conflictos emanados de la superposición de usos y títulos. De ahí que concluyan que se está reconociendo la asignación de usos que caracteriza al ordenamiento territorial. Además, observan que la ausencia de un instrumento legal que asigne usos, implica que las autoridades sectoriales estarían definiendo el uso, sin un proceso general de planificación, dejándose de lado el derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado (Expediente 0012-2015-PI/TC, fojas 20 y 21).

36. Este Colegiado analizar así es que las frases del artículo cuestionado, que establecen que el ordenamiento territorial está "destinado a orientar" y que "no asigna usos ni exclusiones de uso", contraviene el derecho al ambiente equilibrado y adecuado, reconocido en el artículo 2.22 de la Constitución. De otro lado, también analizará si es que se habría vulnerado el artículo 106 de la Constitución, al modificarse una ley orgánica, como lo es la Ley 26821, mediante una ley ordinaria, como lo es la Ley 30230.

37. Resulta conveniente poner de relieve que el artículo 54 de la Constitución establece que el territorio del Estado comprende el suelo, subsuelo, dominio marítimo y espacio aéreo que lo cubre. Es dentro de este espacio físico en el que se desenvuelve la actividad humana y también otros elementos naturales que lo integran. A fin de aprovechar el territorio y sus recursos naturales, es necesario contar con un marco normativo que organice dicho ordenamiento territorial.

38. Por ello, el ordenamiento territorial es considerado una política nacional. Se genera mediante un proceso y de manera consensuada en virtud de unos instrumentos técnicos sustentatorios a fin de organizar la ocupación del territorio, tomando en cuenta el aprovechamiento sostenible. Además, produce información brindando datos valiosos

que permiten la planificación de actividades productivas o el establecimiento de zonas de protección, de recuperación o zonas de expansión urbana.

39. El concepto jurídico del ordenamiento territorial se elabora considerando las condiciones sociales, ambientales y económicas para garantizar un desarrollo equilibrado. Es por ello un proceso político y técnico-administrativo destinado a orientar la ocupación ordenada y uso sostenible del territorio. En tanto política de Estado, forma parte de la gestión del territorio, aunque debe ser distinguida de otros procesos con *enfoque territorial*, como el catastro, la titulación predial, las concesiones, la demarcación territorial, los planes de desarrollo urbano y la zonificación urbana (*Orientaciones básicas sobre el Ordenamiento Territorial en el Perú*, Lima, Ministerio del Ambiente, 2015, pp. 9 y 10).

40. Es importante también resaltar los instrumentos técnicos sustentatorios del ordenamiento territorial, ya que estos le otorgan a este concepto su carácter singular y diferenciable de otros términos que utilizan el enfoque territorial. Estos instrumentos están establecidos en la Resolución Ministerial 135-2013-MINAM, que aprueba la Guía Metodológica para la Elaboración de los Instrumentos Técnicos Sustentatorios para el Ordenamiento Territorial, y son: la Zonificación Ecológica Económica, los Estudios Especializados, los Diagnósticos Integrados del Territorio y el Plan de Ordenamiento Territorial. Estos efectivamente conceptualizan la singularidad del ordenamiento territorial.

41. Se ha dicho también lo siguiente:

> A través del proceso de Ordenamiento Territorial se garantiza la incorporación transversal de los componentes económicos, sociales, políticos, culturales, entre otros, con el componente ambiental en distintos procesos de ocupación del territorio. Asimismo, garantiza el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales como base productiva del desarrollo; es decir, se garantiza que el Estado provea un ambiente equilibrado y sostenible para la calidad de vida de los ciudadanos [*Orientaciones básicas sobre el Ordenamiento territorial en el Perú*, Lima, Ministerio del Ambiente, 2015, p. 10].

42. Por su parte, *Ley General del Ambiente,* en su artículo 20, indica que el ordenamiento territorial tiene por finalidad complementar la "planificación económica, social y ambiental con la dimensión territorial". Y uno de sus objetivos es: "Orientar la formulación, aprobación y aplicación de política nacionales, sectoriales, regionales y locales". Como se aprecia, la propia normativa indica la característica orientadora del ordenamiento territorial.

43. Ello también se aprecia en uno de los sustentos técnicos del ordenamiento territorial, como lo es la Zonificación Ecológica y Económica (ZEE). El artículo 11 de la *Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales*, establece en su artículo 1 que:

> La Zonificación Ecológica y Económica (ZEE) del país se aprueba a propuesta de la Presidencia del Consejo de Ministros, en coordinación intersectorial, como apoyo al ordenamiento territorial a fin de evitar conflictos por superposición de títulos y usos inapropiados, y demás fines.
>
> Dicha Zonificación se realiza en base a áreas prioritarias conciliando los intereses nacionales de la conservación del patrimonio natural con el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

44. Por su parte, el Decreto Supremo 087-2004-PCM, que aprueba el Reglamento de Zonificación Ecológica y Económica, establece en su artículo 1 que se trata de un proceso "dinámico y flexible para la identificación de diferentes alternativas de uso sostenible de un territorio determinado […]". Y cuando es aprobado se vuelve un "instrumento técnico y orientador del uso sostenible de un territorio y sus recursos naturales".

45. Claramente, no es factible deducir que del artículo 11 de la *Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales*, el ordenamiento territoriales una herramienta para asignar usos. Como resulta evidente, tampoco se le encomienda a la ZEE la asignación de usos.

46. Ahora bien, respecto la supuesta contravención del artículo 106 de la Constitución, debe expresarse que lo que distingue a las leyes orgánicas de las leyes ordinarias es que las primeras deben cumplir con los dos requisitos especiales (formal y material) previstos en el artículo 106 de la Constitución. Sin embargo, tales requisitos no hacen a la ley orgánica jerárquicamente superior a la ley ordinaria (Sentencia 0013-2009-AI/TC, fundamentos 10 y 11).

47. En tal sentido, dado que las leyes orgánicas se distinguen por el cumplimiento de requisitos especiales formales y materiales para su aprobación, una ley ordinaria (que no haya sido aprobada bajo tales requisitos) no puede regular materia reservada a aquella, o modificar o derogar una ley aprobada como orgánica, pues ello significaría la inconstitucionalidad de dicha ley ordinaria por violación del artículo 106 de la Constitución.

48. Puesto que el artículo 11 de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales no expresa que el ordenamiento territorial establece la asignación de usos, ni le da un carácter decisorio, no puede considerarse que el artículo 22 de la Ley 30230 esté modificando dicha ley orgánica. Por ello, este Tribunal entiende que no se ha contravenido el artículo 106 de la Constitución.

49. Respecto la supuesta vulneración del artículo 2.22 de la Constitución, este Tribunal considera que la naturaleza orientadora del ordenamiento territorial, en cuanto no asigna usos ni exclusiones de uso, no implica que las actividades de producción estén exentas de análisis de impacto ambiental o que se haya dado carta libre a incidir irrazonablemente en el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado.

50. Más aún, si en caso se decidiera luego de un proceso participativo que determinado territorio debe tener un uso de producción, nada impediría que, en virtud de una actualización de los instrumentos técnicos sustentatorios, dicho territorio se considere como de conservación ecológica. Es decir, la característica cuestionada no tiene implicancias directas con la afectación al derecho al ambiente.

51. Inclusive, ese carácter orientador tampoco disminuye la obligación del Estado de procurar la defensa del derecho a un ambiente equilibrado y adecuado. Y es que no implica que se dejen lado enfoques prestacionales, preventivos o sancionadores sobre la protección de tal derecho, ya sea en el ámbito administrativo o penal.

52. Así, este Colegiado concluye que el artículo 22 de la Ley 30230 no implica que, en abstracto, se esté permitiendo una alteración sustantiva del ambiente o que se impida o afecte la preservación de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida. Por lo que debe desestimarse este extremo de la demanda.

§6. ORDENAMIENTO TERRITORIAL Y DESCENTRALIZACIÓN

53. Los demandantes también han cuestionado que el artículo 22 de la Ley 30230 sería "abiertamente inconstitucional" debido a que afecta competencias y funciones exclusivas de los gobiernos locales y regionales para establecer los usos en el territorio. Dicha atribución se encuentra establecida en los artículos 191 y 194 de la Constitución.

54. Agregan que también se contravendrían otras disposiciones legales como el artículo 6 de la Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización, el artículo 53 de la Ley 27867, Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales y los artículos 73 y 79 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.

55. Agregan que, al quitarle la competencia de aprobar la política nacional de ordenamiento territorial al Ministerio del Ambiente, la dimensión ambiental pierde su carácter prioritario establecido en el artículo 22 de la Ley General del Ambiente.

56. El artículo 191 de la Constitución establece que los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia y coordinan con las municipalidades sin interferir en sus competencias. Aunque no fue referido en la demanda, es importante anotar que el artículo 192 de la Constitución indica que los gobiernos regionales son competentes para formular y aprobar el plan de desarrollo regional concertado con las municipalidades.

57. Por su parte, el artículo 194 de la Constitución establece que las municipalidades provinciales y distritales tienen autonomía, económica, administrativa en los asuntos de su competencia y el artículo 195 añade que los gobiernos locales promueven el desarrollo local en "armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo". En su numeral 6 se indica que son competentes para "planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial".

58. El artículo 6 de la Ley de Bases de la Descentralización establece los objetivos de la descentralización, indicando que la "descentralización cumplirá, a lo largo de su desarrollo, con los siguientes objetivos: […] Objetivos a nivel ambiental, a) ordenamiento territorial y del entorno ambiental, desde los enfoques de la sostenibilidad del desarrollo".

59. Como se aprecia, de este artículo no se desprende que se esté estableciendo una competencia de los gobiernos regionales o locales. Se limita llanamente a indicar los objetivos del proceso de descentralización. Por lo que no resulta factible que pueda deducirse en este caso una afectación a las competencias o funciones de los gobiernos regionales.

60. El artículo 53 de la Ley de Gobiernos Regionales, que está en el Capítulo II referido a las funciones específicas de los gobiernos regionales, establece que son funciones en materia ambiental y de ordenamiento territorial:

    a) formular, aprobar, ejecutar, evaluar, dirigir, controlar y administrar los planes y políticas en materia ambiental y de ordenamiento territorial, en concordancia con los planes de los gobiernos Locales.

61. Por su parte, el artículo 73 de la Ley Orgánica de Municipalidades establece que

    > Dentro del marco de las competencias y funciones específicas establecidas en la presente ley, el rol de las municipalidades provinciales comprende: (a) Planificar integralmente el desarrollo local y el ordenamiento territorial, en el nivel provincial.

62. El artículo 79 de la Ley Orgánica de Municipalidades, referido a las competencias y funciones específicas, establece por su lado lo siguiente:

    > Las municipalidades, en materia de organización del espacio físico y uso del suelo, ejercen las siguientes funciones:
    >
    > 1. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales:
    >
    > 1.1. Aprobar el Plan de Acondicionamiento Territorial de nivel provincial, que identifique las áreas urbanas y de expansión urbana, así como las áreas de protección o de seguridad por riesgos naturales; las áreas agrícolas y las áreas de conservación ambiental.
    >
    > 1.2. Aprobar el Plan de Desarrollo Urbano, el Plan de Desarrollo Rural, el Esquema de Zonificación de áreas urbanas, el Plan de Desarrollo de Asentamientos Humanos y demás planes específicos de acuerdo con el Plan de Acondicionamiento Territorial.
    >
    > 1.3. Pronunciarse respecto de las acciones de demarcación territorial en la provincia.

63. Como se observa de la legislación revisada, los gobiernos locales y regionales son competentes en materias relativas al ordenamiento territorial. Esta postura ha sido desarrollada también en el escrito de *amicus curiae* de los integrantes de la Plataforma para el Ordenamiento Territorial.

64. No obstante, ello, debe precisarse que el artículo 22 de la Ley 30230simplemente indica que la política nacional del ordenamiento territorial, que antes era aprobada solamente de manera sectorial por el Ministerio del Ambiente, ahora requiere aprobación del Consejo de Ministros, lo que de ninguna manera involucra una invasión en las competencias otorgadas a los gobiernos regionales y locales sobre ordenamiento territorial.

65. En consecuencia, este Tribunal entiende que no existe interferencia alguna en la competencia de los gobiernos subnacionales respecto del ordenamiento territorial.

66. Respecto a la aprobación de la política nacional de ordenamiento territorial por el Consejo de Ministros, debe indicarse que el Ministerio del Ambiente sigue siendo, tal como lo indica el Decreto Legislativo 1013, que Aprueba la creación organización y funciones del ministerio del ambiente, la institución que establece:

> […] la política, los criterios, las herramientas y los procedimientos de carácter general para el ordenamiento territorial nacional, en coordinación con las entidades correspondientes, y conducir su proceso.

67. Debe agregarse, en todo caso, que si bien los gobiernos locales y regionales son competentes para planificar su ordenamiento territorial, ellono implica que realicen esta labor sin la cooperación del gobierno nacional o que lo puedan hacer sin seguir los estándares y normativas establecidas en la política nacional del ordenamiento territorial.

68. Una aproximación contraria implicaría que cada gobierno regional o local podría establecer los criterios que conforman el concepto legal del ordenamiento territorial, desvirtuando el carácter unitario y descentralizado establecido en el artículo 43 de la Constitución.

69. Es por ello que se requiere una coordinación entre el gobierno nacional y los gobiernos regionales y locales. Lo que ha sido recogido en el artículo 22.3 de la Ley General del Ambiente que establece:

> Los gobiernos regionales y locales coordinan sus políticas de ordenamiento territorial entre sí y con el Gobierno Nacional, considerando las propuestas que al respecto formule la sociedad civil.

70. Pero nada de ello implica una intervención en las competencias de los gobiernos regionales o locales. Esto resulta concordante con lo establecido en el artículo 4 de la Ley 2958, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, que establece que las políticas nacionales se aprueban por decreto supremo con el voto del Consejo de Ministros.

71. En suma, no se aprecia que el artículo 22 de la Ley 30230 contravenga los artículos 191, 192 o 194 de la Constitución, al no haberse alterado la competencia de los gobiernos regionales o locales.

§7. ARTÍCULO 23 DE LA LEY 30230 Y LA APROBACIÓN DE LOS LÍMITES MÁXIMOS PERMISIBLES Y LOS ESTÁNDARES DE CALIDAD AMBIENTAL

72. El artículo 23 de la Ley 30230 establece lo siguiente:

> Los Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y los Límites Máximos Permisibles (LMP) a los que se refieren los literales d) y e) del artículo 7 del Decreto Legislativo 1013, Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, deben basarse en criterios de protección de la salud, el ambiente, así como en un análisis de impacto regulatorio y económico sobre las industrias y poblaciones involucradas.
>
> La aprobación y actualización periódica de los Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y Límites Máximos Permisibles (LMP) a que se refiere el literal d) del artículo 7 del Decreto Legislativo 1013, Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, se efectuará mediante decreto supremo refrendado por los sectores vinculados y se realizará sobre la base de los criterios y análisis mencionados en el párrafo precedente.

73. Los demandantes consideran que la nueva forma de determinar los ECA y los LMP, introducida en el artículo cuestionado, equipara criterios de protección de la salud y el ambiente con el "análisis del impacto regulatorio y económico sobre las industrias y las poblaciones involucradas". Con ello se estaría contraviniendo el sentido que tienen los ECA y los LMP. Afirman los demandantes, que el criterio fundamental para determinar estos estándares es la protección de la salud y el ambiente, por lo que la emisión de sustancias en cantidades que pudieran poner en riesgo o dañar el ambiente y la salud no está permitido.

74. Objetan igualmente que la aprobación y actualización de los ECA y los LMP se efectúe mediante el refrendo de los sectores vinculados, es decir, los ministerios regulados. Con ello se condiciona y debilita al Ministerio del Ambiente como ente rector en materia de protección del ambiente. Estos dos argumentos apuntan a indicar que el Estado no estaría cumpliendo con proteger de forma efectiva el derecho a vivir en un ambiente adecuado y equilibrado.

75. A fin de ponderar los argumentos de la demanda, este Tribunal entiende que es necesario revisar previamente los conceptos legales del ECA y LMP. De acuerdo con el primer párrafo del artículo 31 de la Ley General del Ambiente:

> [ECA es]la medida que establece el nivel de concentración o del grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, presentes en el aire, agua o suelo, en su condición de cuerpo receptor, que no representa riesgo significativo para la salud de las personas ni al ambiente. Según el parámetro en particular a que se refiera, la concentración o grado podrá ser expresada en máximos, mínimos o rangos.

76. De otro lado, el artículo 32 de la Ley General del Ambiente, modificado por el Decreto Legislativo 1055, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 27 de junio de 2008, establece lo siguiente sobre el LMP:

> [LMP es] la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, que caracterizan a un efluente o una emisión, que al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente. Su determinación corresponde al Ministerio del Ambiente. Su cumplimiento es exigible legalmente por el Ministerio del Ambiente y los organismos que conforman el Sistema Nacional de Gestión Ambiental. Los criterios para la determinación de la supervisión y sanción serán establecidos por dicho Ministerio.

77. Explicadas de una manera muy general, tanto los ECA como los LMP son medidas que buscan identificar concentraciones de sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos que puedan implicar un riesgo significativo o un daño al ambiente y a la salud de las personas.

78. En realidad, ello es confirmado por el artículo 23 de la Ley 30230, que establece que los criterios del ECA y del LMP se basan en criterios de protección de la salud y el ambiente. La inclusión de un análisis de impacto regulatorio y económico sobre las industrias y poblaciones involucradas no hace más que tomar en cuenta aspectos presentes y relevantes al momento de implementar estas medidas. Sin embargo, ello no implica que el análisis de impacto regulatorio y económico deba prevalecer sobre aspectos relativos a la protección del ambiente y la salud de la población.

79. En efecto, la norma cuestionada no establece un mandato ordenando que el análisis regulatorio, por ejemplo, deba imponerse sobre el análisis de impacto en la salud y el ambiente. No se aprecia, entonces, que en abstracto se esté incidiendo en el derecho al ambiente equilibrado y adecuado.

80. Respecto al segundo argumento presentado por los demandantes, sobre la aprobación y actualización periódica de los ECA y los LMP mediante decreto supremo refrendado por los sectores vinculados, este Tribunal estima que el solo hecho de que se requiera su refrendo no implica que se esté contraviniendo el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado.

81. En realidad, como lo ha indicado el Congreso de la República en la contestación de la demanda, la norma cuestionada es coherente con el artículo 11 de *la* Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, que establece que los decretos supremos deben ser rubricados por el presidente de la República, y refrendados por uno o más ministros a cuyo ámbito de competencia correspondan.

82. En tal sentido, no se aprecia que el artículo 23 de la Ley 30230, en cuanto regula la manera en que se aprueban o actualizan los ECA y los LMP, sea en abstracto inconstitucional por afectar el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado.

§8. CUESTIONAMIENTOS CONTRA LOS ARTÍCULOS 36 AL 51 Y EL ARTÍCULO 57 DE LA LEY 30230 Y SENTENCIAS INTERPRETATIVAS ADITIVAS

83. Los demandantes del Expediente 0012-2015-PI/TC sostienen que los artículos del 36 al 51, el artículo 57y la Tercera Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley 30230 pueden afectar el derecho al territorio de los pueblos indígenas y pueden privarlos de la propiedad sobre estos, a pesar de su reconocimiento por el Convenio 169 de la OIT y la Constitución. Por ello, añaden que tales disposiciones debieron haber sido consultadas con los pueblos indígenas.

84. Sostiene que los artículos cuestionados no pueden ser interpretados de manera aislada, sino en conjunto, como parte de un todo que pretende subordinar los derechos humanos a la tierra y territorio de los pueblos indígenas (escrito de subsanación de la demanda del Expediente 0012-2015-PI/TC).

85. Para los demandantes, una forma de salvar la constitucionalidad de los artículos cuestionados es recurrir a las llamadas sentencias interpretativas aditivas. Con ello se salvaría la constitucionalidad de los artículos 36 al 51, así como la Tercera Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley 30230.Por ello, solicitaron que se incorpore el literal "c" en el artículo 37 de la cuestionada indicando que quedan excluidas de la aplicación de esta ley los territorios de las comunidades campesinas, nativas, y demás pueblos originarios.

86. Si bien los demandantes han indicado que los artículos 36 al 51 y 57 deben ser interpretados en conjunto, ello no es eximente para que no cumplan con la obligación de presentar argumentos en contra de cada uno de los artículos cuestionados.

§9. ARTÍCULO 36 DE LA LEY CUESTIONADA Y PROPIEDAD TERRITORIAL INDÍGENA

87. El artículo 36 de la Ley 30230 establece lo siguiente:

> Créanse procedimientos especiales para el saneamiento físico legal de predios involucrados en el desarrollo de proyectos de inversión pública y privada.

88. Se cuestiona que, mediante este artículo, se esté generando una reforma normativa profunda, estableciéndose reglas legales para sanear predios públicos o privados únicamente para proyectos de inversión. Con ello aseveran que se estarían contraviniendo derechos de los pueblos indígenas contenidos en el Convenio 169 de la OIT, como el derecho al territorio.

89. El artículo 88 afirma que el Estado garantiza "el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa" (subrayado agregado). Por su parte, el artículo 89 de la Constitución establece que la propiedad de las tierras de las comunidades campesinas y nativas es imprescriptible. Además, establece que estas comunidades deciden sobre el libre uso y disposición de sus tierras

90. De ahí que el Tribunal haya resuelto en su momento que los pueblos indígenas tienen el legítimo derecho de controlar intrusiones a su propiedad (Sentencia 01126-2011-HC/TC, fundamentos 21 y 25). De otro lado, este Tribunal también ha establecido la singularidad e importancia del derecho al territorio tradicional de los pueblos indígenas.

91. En la Sentencia 0024-2009-PI/TC (fundamento 18), se ha indicado lo siguiente para estas poblaciones:

> [su territorio] no constituye un mero bien económico, sino un elemento fundamental con componentes de carácter espiritual, cultural, social, etc. En sus tierras los pueblos indígenas desarrollan sus conocimientos, prácticas de sustento, creencias, formas de vida tradicionales que transmiten de generación en generación.

92. Debe recordarse, además, que la posesión tradicional de los territorios de los pueblos indígenas, "equivale a un título de pleno dominio", pudiendo estas poblaciones exigir el reconocimiento oficial de su propiedad y registro (Sentencia 0024-2009-PI/TC, fundamento 20). Por su parte, también se ha indicado que, en virtud del artículo 14 del Convenio 169 de la OIT, existe el "deber de proteger los derechos de propiedad y posesión a través de la adopción de medidas necesarias que permitan determinar las tierras que los pueblos indígenas ocupan tradicionalmente" (Sentencia 0024-2009-PI/TC, fundamento17).

93. Pero el mero anuncio de la creación de procedimientos especiales de saneamiento físico no involucra en abstracto una afectación de los derechos que corresponden a los pueblos indígenas respecto de su territorio. Y es que, tal como ya fue expresado por este Tribunal, en el contexto de la aplicación del derecho de consulta, la afectación a los pueblos indígenas debe entenderse como una "una modificación inmediata y significativa de la situación jurídica de los pueblos indígenas y sus integrantes" (Sentencias 0022-2009-PI/TC, fundamento 55).

94. En este caso, la simple enunciación de la creación de estos procedimientos no implica una modificación inmediata en la situación jurídica de los pueblos indígenas. Por ello este extremo de la demanda debe ser desestimado.

§10. INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN Y ARTÍCULO 37 DE LA LEY CUESTIONADA

95. El artículo 37 de la Ley 30230 establece el ámbito de aplicación de los procedimientos especiales, indicando lo siguiente:

    a) El presente subcapítulo regula acciones extraordinarias de saneamiento físico legal para predios comprendidos dentro del área de influencia directa o indirecta de los proyectos de inversión referidos en el artículo siguiente, independientemente del uso actual o futuro que se les dé a los predios.

b) Asimismo, son materia de las acciones de saneamiento, los predios ocupados por obras públicas viales en fase de operación, cuyas áreas se encuentran pendientes de saneamiento físico legal, antes o después de la vigencia de la presente Ley.

96. Se objeta que las acciones extraordinarias de saneamiento puedan darse sobre predios, independientemente del uso actual o futuro que tengan. Ello, a decir de los demandantes, va consumando una afectación inminente a los derechos territoriales de los pueblos indígenas, ya que se impondrían procesos de saneamiento físico legal sobre tierras de comunidades campesinas y nativas no tituladas, con la única finalidad de favorecer la adquisición de la propiedad para proyectos de inversión.

97. Al observarse que esto puede generar un contexto de afectación directa al derecho de propiedad sobre la tierra de los pueblos indígenas, los demandantes advierten que tal artículo debió ser consultado. Al no haber ocurrido ello, se habría vulnerado el derecho de consulta de los pueblos indígenas reconocidos por el Convenio 169 y la Ley 29785, *Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocidos en el convenio 169 de la organización internacional del trabajo*(Ley de Consulta Previa).

98. No obstante, lo expuesto y en virtud del principio de conservación de la ley, solicitan que se emita una sentencia interpretativa aditiva, incluyendo un inciso en el que se excluya de la aplicación de este procedimiento especial a las comunidades campesinas, nativas y pueblos indígenas.

99. El derecho a la consulta previa fue incorporado al ordenamiento jurídico peruano con el Convenio 169 de la OIT y desarrollado mediante la Ley del Derecho a la Consulta Previa. El artículo 6 del Convenio 169 establece que el Estado tiene la siguiente obligación:

> […] consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

100. Y el artículo 2 de la Ley del Derecho a la Consulta Previa establece lo siguiente:

> […] el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos.

101. Por su parte, el artículo 9 de dicha ley establece que las entidades estatales deben identificar las medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos de los pueblos indígenas, de modo que, si "existiría una afectación directa" a sus derechos colectivos, se procederá a la consulta.

102. Tal como este Tribunal ya lo indicó en el Sentencia 0022-2009-PI/TC (fundamentos 37 y 38), el derecho a la consulta previa se activa cuando se prevea que alguna medida legislativa o administrativa sea susceptible de afectar a los pueblos indígenas. Es decir, no se requiere la detección de una afectación, sino que basta con que tal afectación directa sea potencial.

103. Queda por determinar, entonces, si es que el artículo 37 puede ser susceptible de afectar directamente derechos de los pueblos indígenas. El artículo bajo análisis establece el ámbito de aplicación del procedimiento especial para el saneamiento físico legal de predios. Dicho ámbito es de alcance general por lo que no se excluye ningún tipo de predio, siendo factible interpretar que su aplicación incluya a los territorios de los pueblos indígenas.

104. Se aprecia, por consiguiente, que el artículo bajo cuestionamiento implica una potencia la afectación al derecho al territorio de los pueblos indígenas, ya que una serie de mecanismos legales podrían modificar la situación jurídica del derecho de propiedad de las tierras de los pueblos indígenas.

105. En virtud de tal consideración, si es que el artículo 37 es interpretado de manera tal que su aplicación abarque a las tierras de los pueblos indígenas, es claro que dicho artículo debió ser consultado para poder ser aplicado a estos.

106. No obstante, tal medida fue publicada de manera inconsulta y, por lo tanto, devendría en inconstitucional al contravenir el mandato del Convenio 169 de la OIT, al que se le ha reconocido rango constitucional (Sentencia 03343-2007-PA/TC, fundamento 31).

107. Si, por el contrario, se interpreta que su aplicación no alcanza a los territorios de los pueblos indígenas, entonces, no podría considerarse que resulta inconstitucional.

108. Al respecto, es importante tomar en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución. Este principio exige al juez constitucional "salvar" hasta donde sea razonablemente posible la constitucionalidad de una ley impugnada. Y es que la declaratoria de inconstitucionalidad solo procede cuando se trata de una inconstitucionalidad evidente y cuando no exista otra disposición o interpretación factible (Sentencias 0004-2004-CC/TC, fundamento 3.3, y 0022-2009-PI/TC, fundamento 56).

109. A propósito de ello, es relevante considerar lo sostenido por el Congreso de la República en su escrito de contestación, en cuanto indica que el artículo 14 del Reglamento de la Ley 30230, contenido en el Decreto Supremo 019-2015-VIVIENDA, establece que sus disposiciones no son aplicables a las tierras de las comunidades campesinas y nativas, ni tampoco a las reservas indígenas, las que se rigen por su propia normativa.

110. Queda positivamente claro que las normas del reglamento no podrían ser aplicadas en el ámbito territorial de los pueblos indígenas. Ello, sin embargo, no elimina los mandatos contenidos en la Ley 30230.

111. Pero, si bien dichos mandatos, derivados de la disposición del artículo 37 cuestionado, no pueden ser dejados sin efecto por el referido decreto supremo, este Tribunal considera que realizar una interpretación aislada del dispositivo legal cuestionado –es decir, sin considerar la existencia de mandatos constitucionales para su entendimiento– no es concordante con el principio de interpretación conforme a la Constitución.

112. Por ello, debido a que este Tribunal debe acoger la interpretación que sea compatible con el texto constitucional, es que se advierte que el artículo 37 de la Ley 30230 permite considerar que los alcances de tal artículo excluyan de su mandato a los territorios de los pueblos indígenas.

113. Con esta interpretación que este colegiado ahora se establece salva la constitucionalidad de dicho artículo, ya que no se aplicaría a los pueblos indígenas un artículo que no fue consultado. Dicho de otra forma, el artículo 37 de la Ley 30230 será constitucional siempre que no sea aplicado al territorio de los pueblos indígenas. En virtud de lo anotado, debe desestimarse la demanda de inconstitucionalidad respecto el artículo 37 de la Ley 30230, debiendo interpretarse dicho artículo conforme a la Constitución en los términos indicados *supra*.

§11. IMPLEMENTACIÓN DE LA *INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN* A LOS ARTÍCULOS 38 AL 51 DE LA LEY 30230

114. El artículo 37 analizado determina el ámbito de aplicación de los procedimientos especiales para el saneamiento físico legal establecidos en el Título III, Capítulo I, de la Ley 30230, que está conformado por los artículos 36 al 51.

115. Puesto que se ha establecido que el artículo 37 de la Ley 30230 debe ser interpretado de forma tal que no incluya a la propiedad territorial de los pueblos indígenas, resulta patente que el resto de los artículos del mencionado Capítulo I tampoco puedan ser aplicados a los pueblos indígenas. Y es que, al haberse reducido el ámbito de aplicación los procedimientos especiales, dejando fuera a los pueblos indígenas, el resto de los artículos ya no pueden regular aspectos relacionados con estas poblaciones.

116. Los artículos 38 al 51 de la ley cuestionada contienen normas que regulan diversos aspectos de los procedimientos especiales. Por ejemplo, el artículo 38 establece qué proyectos están comprendidos en los procedimientos especiales, indicando que serán aquellos proyectos declarados por ley de necesidad pública, interés nacional, seguridad nacional y de gran envergadura, o aquellos que cuenten con concesión otorgada por el Gobierno Nacional o con participación de Proinversión.

117. Sin embargo, puesto que ya se determinó la exclusión de los pueblos indígenas del ámbito de aplicación del subcapítulo, no existe posibilidad de que los efectos del artículo 38 afecten el derecho a la tierra de los pueblos indígenas, inclusive en casos en donde los territorios de los pueblos indígenas no se encuentren física y legamente saneados. Similar criterio se utilizará respecto a los artículos 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50 y 51de la Ley 30230.

118. Sobre la Tercera Disposición Complementaria Derogatoria, se utiliza un criterio similar, aunque adaptado a la particularidad de este dispositivo legal, que establece:

> Deróganse o déjanse en suspenso, según sea el caso, las disposiciones legales y reglamentarias que se opongan a lo establecido por la presente Ley o limiten su aplicación.

119. Como se aprecia, resulta patente que su interpretación no debe involucrar regulación relativa a la propiedad territorial de los pueblos indígenas. Solo de esta manera dicho dispositivo legal puede ser considerado constitucional.

120. Por consiguiente, al haberse excluido a los pueblos indígenas del alcance de la aplicación de los procedimientos especiales para el saneamiento físico legal establecidos en los artículos del Título III, Capítulo I de la Ley 30230, la demanda debe ser desestimada respecto los cuestionamientos realizados a los artículos 38 al 51 y la Tercera Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley 30230.

§12. EL ARTÍCULO 57 QUE MODIFICA LA SEGUNDA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DE LA LEY 29151

121. El artículo 57 de la Ley 30230 modifica la Segunda Disposición Complementaria de la Ley 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, y establece:

> La SBN está facultada para expedir resoluciones declarando la reversión, desafectación, extinción de la afectación o de la cesión en uso, extinción de la designación o de la reserva sobre las transferencias de dominio, afectaciones, cesiones en uso, u otras formas de designación, asignación, afectación o reserva de predios estatales aprobadas inclusive antes de la entrada en vigencia de la presente Ley, que no hayan cumplido con la finalidad asignada, independientemente del dispositivo, acto o nivel jerárquico con el cual hayan sido otorgados.
>
> […]

122. Se objeta que la facultad de la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales (SBN) de revertir, desafectar o extinguir la cesión de uso por no cumplir con la finalidad asignada, inclusive en casos anteriores a la vigencia de la Ley 30230, permite dejar sin efecto los contratos de cesión de uso de suelos forestales utilizada por las comunidades nativas, con lo que se amenaza de manera cierta e inminente al derecho al territorio de los pueblos indígenas, reconocido por el artículo 14 del Convenio 169.

123. Los demandantes sostienen que el artículo 11 del Decreto Ley 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva, establece que el territorio de las comunidades nativas que corresponda a "tierras con aptitud forestal, les será cedida en uso y su utilización se regirá por la legislación sobre la materia". Alegan, además, que se estaría negando a las comunidades nativas la propiedad sobre sus territorios ancestrales, reconociéndoseles solo una cesión de uso sobre estos.

124. Este Tribunal solo se centrará en el análisis de constitucionalidad del artículo 57 de la Ley 30230, tal como quedó establecido en el auto de admisibilidad del Expediente 0012-2015-PI/TC. Y es que no es factible revisar la constitucionalidad del artículo 11 del Decreto Ley 22175, el cual no forma parte de la demanda de inconstitucionalidad.

125. Es decir, se analizará si es que la facultad de la SBN de emitir resoluciones declarando la reversión, desafectación, extinción de la afectación o de la cesión en uso u otras formas de designación de predios estatales, cuando no se hayan cumplido con la finalidad asignada, amenaza el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas.

126. El artículo 66 de la Constitución establece que los recursos naturales son patrimonio de la Nación y que las condiciones de su utilización y otorgamiento a particulares se regula mediante ley orgánica. Por su parte, la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley 26821, establece en su artículo 19 que los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades establecidas en leyes especiales para cada recurso natural.

127. Por su parte en la *Ley Forestal y de Fauna Silvestre*, Ley 29763, se establece que el Estado ejerce dominio eminencial sobre los recursos del patrimonio forestal y fauna silvestre de la Nación. Se establece, además, en su artículo 5 que los bosques son recursos forestales.

128. De otro lado, su artículo 76 indica que mediante la cesión de uso el Estado reconoce:

> […] el derecho real exclusivo, indefinido y no transferible de las comunidades nativas sobre las tierras comunales no agrícolas con el fin de asegurar los usos tradicionales y sus sistemas de vida.
>
> Les reconoce, en exclusividad, la posesión, acceso, uso, disfrute y aprovechamiento de las tierras de producción forestal y de protección, de sus recursos forestales y de fauna silvestre y los servicios de los ecosistemas que en ellas se encuentran.
>
> El gobierno regional emite la resolución demarcando las tierras de aptitud forestal adjudicadas en cesión en uso, incluyendo las tierras de capacidad de uso mayor para la producción forestal y las de capacidad de uso mayor para protección, en forma simultánea a la adjudicación en propiedad de las tierras agropecuarias.

129. Cabe resaltar que esta cesión de uso tiene características específicas que toman en consideración las particularidades de las comunidades nativas. Es decir, con este artículo no se está regulando una cesión de uso común; ejemplo de ello es la referencia a los usos tradicionales y sistemas de vida de las comunidades.

130. Como se observa, son los gobiernos regionales los que "emiten la resolución demarcando las tierras de aptitud forestal adjudicadas en cesión de uso". De igual forma, de acuerdo con el artículo 18 de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre son las Autoridades

Regionales Forestales y de Fauna Silvestre las responsables de otorgar derechos para el uso y aprovechamiento de los recursos forestales. Estas cesiones de uso se emiten en virtud delas condiciones, obligaciones y derechos que la legislación confiere a las comunidades nativas.

131. De lo expuesto se aprecia que la cesión de uso de tierras con aptitud forestal a comunidades nativas se rige por su propia normativa. Tomando ello en consideración y siguiendo el criterio interpretativo utilizado *supra*, el artículo 57de la Ley 30230 debe ser interpretado conforme a la Constitución. Ello involucra excluir de su aplicación a los pueblos indígenas y sus derechos territoriales. Teniendo ello en cuenta, la demanda contra dicho artículo debe ser desestimada.

§13. SOBRE LA SUPUESTA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LOS ARTÍCULOS 39, 43, 44 Y 51 DE LA LEY 30230

132. Se ha cuestionado además que los artículos indicados de la Ley 30230 configuran una discriminación normativa. Los demandantes sostienen(i) que se está dando un tratamiento general a todas las tierras que no han sido saneadas, sin tener en cuenta la protección reforzada que tienen las tierras de los pueblos indígenas; y (ii)que se están adoptando políticas especiales de saneamiento destinadas a favorecer solamente a los inversionistas (Expediente 0012-2015-PI/TC, fojas 61). Posteriormente, mediante el escrito de subsanación se precisó que eran los artículos 39, 43, 44 y 51 de la Ley 30230, los que planteaban la discriminación normativa.

133. Es decir, en el punto (i) se plantea que se está tratando igual a situaciones diferentes, porque los pueblos indígenas tienen una protección normativa especial. Sin embargo, teniendo en cuenta lo ya resuelto respecto los artículos 37 al 51 de la Ley 30230, este argumento ya no resulta relevante. Pero en el punto (ii) se indica que se está tratando de manera desigual una situación similar. Es decir, se estaría dando un privilegio a los proyectos de inversión que no se otorga a los pueblos indígenas.

134. Al respecto, es importante recordar que el artículo 2.2 de la Constitución establece la prohibición de discriminación en razón de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. Este Tribunal ha establecido que este es un derecho fundamental que no faculta a las personas a recibir un trato igual, sino sean tratados del mismo modo que quienes se encuentran en idéntica situación (Sentencia 0048-2005-PI/TC, fundamento 59).

135. Por su parte, el artículo 103 de la Norma Fundamental indica que solo pueden expedirse leyes especiales porque "así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas". Téngase presente que la referencia al término "cosas" no debe ser entendido como un objeto físico, sino que puede aludir a una relación jurídica, un instituto jurídico, una institución jurídica o simplemente un derecho, un principio, un valor o un bien con relevancia jurídica (Sentencia 001-2003-AI/TC y acumulado, fundamento 7).

136. Como se aprecia la Constitución, impone limitaciones al legislador que no podrá aprobar leyes contraviniendo el principio de la igualdad. Esta igualdad en la ley involucra obtener un trato igual entre los ciudadanos y "evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias" (Sentencia 0018-2003-AI/TC). No obstante, el principio de igualdad no impide la existencia de leyes especiales. El propio artículo 103 de la Constitución permite la expedición de este tipo de leyes, las que tendrán que estar fundamentadas en criterios de objetividad, razonabilidad, proporcionalidad y racionalidad (Sentencia 0018-2003-AI/TC).

137. Al respecto, debe indicarse que las comunidades nativas y campesinas tienen leyes especiales que regulan el procedimiento de titulación de sus tierras. Por ejemplo, la Ley 24657, Ley de Comunidades Campesinas Deslinde y Titulación de Territorios Comunales que declara, en su artículo 1, que el deslinde y la titulación de las comunidades campesinas sonde "necesidad nacional e interés social".

138. De otro lado, el Decreto Ley 22175, de Comunidades Nativas y Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva, establece en su artículo 10 que el Estado garantiza la integridad de la propiedad territorial de las comunidades nativas, estableciendo además un régimen para la demarcación y titulación de dichas comunidades.

139. Estas leyes son reflejo del histórico reconocimiento constitucional de las diferencias de estas comunidades. En lo que a la Constitución vigente corresponde, debe indicarse que los artículos 89 y 149 de la Norma Fundamental consagran este reconocimiento, al regular la propiedad comunal, la autonomía de estas comunidades y la función jurisdiccional de sus autoridades. A ello, se suma la obligación constitucional del Estado de consultar a los pueblos indígenas en los términos que ya se analizaran.

140. Teniendo en consideración las particularidades históricas de estas comunidades es que el legislador enmarcó los elementos que conforman la Ley 24657 y el Decreto Ley 22175. Tales normativas especiales, junto con otras, tienen como objetivo, entre otros, impulsar la titulación y demarcación de las comunidades nativas y campesinas, respetando su cultura y sus tradiciones.

141. Ha quedado hasta ahora demostrado que las diferencias sustantivas de estas comunidades justifican un tratamiento diferenciado. Ello implica que estas comunidades se distingan de otro tipo de sujetos sometidos a las normas generales o a otros regímenes particulares.

142. Lo que ahora se objeta es que, mediante los artículos cuestionados, se está brindando un trato diferente únicamente al saneamiento físico-legal de predios destinados a proyectos de inversión. Pero como ya se advirtió, las comunidades campesinas y nativas tienen su propio régimen de titulación y demarcación de territorios.

143. Este Tribunal entiende que se está ante una situación de regulación de situaciones jurídicas diferentes, en donde la diferenciación normativa se realiza en virtud de la

naturaleza de las cosas. En efecto, el hecho de que coexistan diferentes leyes especiales implica precisamente que cada uno de estos regímenes tenga un tratamiento diferente.

144. En suma, puesto que las situaciones jurídicas identificadas, régimen de saneamiento físico legal establecido en la Ley 30230 y los regímenes sobre demarcación y titulación territorial de las comunidades nativas son diferenciables, no puede demandarse un trato idéntico. En virtud de ello, se aprecia que los artículos 39, 43, 44 y 51 de la Ley 30230 no contravienen el principio de igualdad.

§14. EXHORTACIÓN RESPECTO DELA TITULACIÓN Y DEMARCACIÓN DE TIERRAS COMUNALES

145. Si bien no se ha observado que los artículos cuestionados sean inconstitucionales, debe hacerse referencia a la situación de la titulación de tierras de las comunidades campesinas y nativas.

146. Este Colegiado toma en consideración las conclusiones de la Defensoría del Pueblo expresadas en el Informe de adjuntía 002-2018-DP/AMASPPI/PPI, en donde se identifican algunos problemas sobre la titulación comunal, recomendando la simplificación de los procedimientos y tiempo de tramitación.

147. Desde luego, tal simplificación debe considerar las particularidades de las comunidades campesinas y nativas, así como las coordinaciones entre estas con el Estado nacional y los gobiernos regionales.

148. En tal sentido, se exhorta al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los gobiernos regionales para que se debata, con la participación de las comunidades campesinas y nativas, las propuestas de mejora de los procedimientos de titulación y demarcación de los territorios comunales.

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 respecto de los artículos 19, 20, 21, 22, 23 y 36 de la Ley 30230.

2. Declarar **INFUNDADA** la demanda contra los artículos37,38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 57 y la Tercera Disposición Complementaria de la Ley 30230, siempre que se **INTERPRETE** en el sentido de excluir de su aplicación a los territorios de los pueblos indígenas.

3. Declarar **INFUNDADA** la demanda contra los artículos 39, 43, 44 y 51 de la Ley 30230 en cuanto no contravienen el derecho a la igualdad.
4. **EXHORTAR** al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los gobiernos regionales para que se debata, con la participación de las comunidades campesinas y nativas, las propuestas de mejora de los procedimientos de titulación y demarcación de los territorios comunales.

Publíquese y notifíquese.

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI

PONENTE BLUME FORTINI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Con el debido respeto de la opinión de mis colegas, emito el presente voto dado que, si bien concuerdo con la desestimación de la demanda respecto de los artículos 20, 21, 22, 233 y 36 de la Ley 30230, así como con los puntos resolutivos 2, 3 y 4 de la sentencia en mayoría, no comparto la decisión adoptada en el extremo que declara INFUNDADA la demanda respecto del artículo 19 de la Ley 30230. En ese sentido, a continuación, fundamentaré por qué considero que la demanda debió ser declarada **FUNDADA** respecto del artículo 19 de la Ley 30230**.**

*

En virtud del artículo 2 inciso 22 de la Constitución Política del Perú, el Estado peruano tiene la obligación de respetar, garantizar y proteger el derecho a un medio ambiente adecuado.

Las obligaciones de respetar y garantizar el derecho a un medio ambiente adecuado exigen que el Estado no interfiera arbitrariamente en el medio ambiente y adopte medidas para preservarlo, respectivamente. En tanto que la obligación de proteger el derecho a un medio ambiente adecuado, involucra que el Estado adopte medidas destinadas a garantizar que particulares no vulneren el medio ambiente.

A fin de asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental, emitida en observancia de las obligaciones de respetar, garantizar y proteger el derecho al medio ambiente adecuado, se creó el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, con la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 de marzo de 2009. El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante Oefa) es el ente rector de este sistema (artículo 1) y tiene entre sus funciones la evaluación, supervisión, fiscalización y sanción (artículo 11).

En cuanto a las funciones de fiscalización y sanción del Oefa, estas comprenden, conforme al artículo 11.1.c de la Ley 29325, "la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y la de imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones y compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental, de las normas ambientales, compromisos ambientales de contratos de concesión y de los mandatos o disposiciones emitidos por el OEFA […]".

En este marco normativo, se promulga la Ley 30230, "Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país", publicada el 12 de julio de 2014, cuyo cuestionado artículo 19 establece lo siguiente:

"Artículo 19. Privilegio de la prevención y corrección de las conductas infractoras

En el marco de un enfoque preventivo de la política ambiental, establécese un plazo de tres (3) años contados a partir de la vigencia de la presente Ley, durante el cual el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA privilegiará las acciones orientadas a la prevención y corrección de la conducta infractora en materia ambiental.

Durante dicho período, el OEFA tramitará procedimientos sancionadores excepcionales. Si la autoridad administrativa declara la existencia de infracción, ordenará la realización de medidas correctivas destinadas a revertir la conducta infractora y suspenderá el procedimiento sancionador excepcional. Verificado el cumplimiento de la medida correctiva ordenada, el procedimiento sancionador excepcional concluirá. De lo contrario, el referido procedimiento se reanudará, quedando habilitado el OEFA a imponer la sanción respectiva.

Mientras dure el período de tres (3) años, las sanciones a imponerse por las infracciones no podrán ser superiores al 50% de la multa que correspondería aplicar, de acuerdo a la metodología de determinación de sanciones, considerando los atenuantes y/o agravantes correspondientes. Lo dispuesto en el presente párrafo no será de aplicación a los siguientes casos:

a) Infracciones muy graves, que generen un daño real y muy grave a la vida y la salud de las personas. Dicha afectación deberá ser objetiva, individualizada y debidamente acreditada.

b) Actividades que se realicen sin contar con el instrumento de gestión ambiental o la autorización de inicio de operaciones correspondientes, o en zonas prohibidas.

c) Reincidencia, entendiéndose por tal la comisión de la misma infracción dentro de un período de seis (6) meses desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción."

Como se puede apreciar, este artículo establece que, en un plazo de 3 años, contado desde la vigencia de dicha ley, el Oefa tramitará procedimientos sancionadores excepcionales, privilegiando la prevención y corrección de la conducta infractora en materia ambiental. Esto es, durante el plazo de 3 años, si la autoridad administrativa determina que hay infracción, primero ordenará la realización de medidas correctivas que reviertan la conducta infractora, y suspenderá el procedimiento excepcional. Y, solo si el administrado no cumple con la medida correctiva ordenada, el procedimiento se reanudará, habilitando al Oefa, solo en este supuesto, a imponer la sanción respectiva.

Adicionalmente, el referido artículo 19 limita el monto de las multas que podría imponer el Oefa durante el plazo de los 3 años, dado que refiere que las sanciones no podrán ser superiores al 50 % de la multa que le correspondería aplicar, salvo en las infracciones muy graves, las actividades que se realicen sin contar con el instrumento de gestión ambiental o la autorización correspondiente, o la reincidencia dentro de un periodo de 6 meses desde que se le sancionó la primera infracción.

Sobre el particular, es evidente que el artículo 19 de la ley impugnada establece una serie de regulaciones de naturaleza temporal, que solo serían aplicables durante tres años desde la entrada en vigencia de la Ley 30230 (publicada el 12 de julio de 2014). En consecuencia, a la fecha, dicho plazo ya ha vencido, por lo que los mandatos legales establecidos en tal artículo ya no conforman el ordenamiento jurídico. Por consiguiente, se habría configurado la sustracción de la materia.

Sin embargo, dado que el contenido normativo del referido artículo 19 de la Ley 30230 en la actualidad puede estar surtiendo efectos sobre procesos administrativos aún en trámite, resulta indispensable un pronunciamiento sobre el fondo, pues si dicha norma es inconstitucional, su aplicación para los casos en trámite colisionaría con la vigencia efectiva de la Constitución, lo que desnaturalizaría la finalidad del proceso de inconstitucionalidad, que es la defensa de la Constitución (artículo 75 del Código Procesal Constitucional).

**

La demanda de autos tiene por objeto que se declare la inconstitucionalidad de, entre otras disposiciones, el artículo 19 de la Ley 30230.

Como se indicó anteriormente, el contenido normativo de dicho artículo establece que en un plazo de 3 años, el Oefa podrá imponer las sanciones correspondientes solo si el administrado no cumple con la medida correctiva ordenada previamente (pues si el administrado corrige la conducta, el procedimiento sancionador concluye). Aunado a esta disposición, refiere que en dicho plazo, las multas que imponga el Oefa no podrán ser superiores al 50 % que le correspondería aplicar, salvo cuando las infracciones sean muy graves, reincidentes en el periodo de 6 meses, o sin autorización o instrumento de gestión ambiental, en los cuales se podrá aplicar el 100 %.

Así, corresponde analizar si el procedimiento sancionador excepcional del Oefa, que privilegia la prevención y corrección de la conducta infractora en materia ambiental, mediante la no sanción de la conducta infractora si es que el administrado corrige su conducta, y la reducción de las multas que corresponderían aplicarse, violan los derechos al medio ambiente adecuado (artículo 2.22 de la Constitución), salud (artículos 7 y 9 de la Constitución), vida (artículo 2.1 de la Constitución) y alimentación (artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 11 inciso 1 del Pidesc).

Para tal fin, se analizará si la medida adoptada en el artículo 19 de la Ley 30230 es inconstitucional, a través del test de proporcionalidad.

Marco jurídico de protección del derecho a un medio ambiente adecuado como derecho afectado por la medida adoptada en el artículo 19 de la Ley 30230.

Como se indicó anteriormente, el derecho a un medio ambiente adecuado se encuentra reconocido en el artículo 2.22 de la Constitución. Este derecho garantiza la protección a un medio ambiente saludable.

El medio ambiente es el lugar donde el hombre y los seres vivos se desenvuelven, e incluye tanto el entorno globalmente considerado –espacios naturales y recursos que forman parte de la naturaleza: aire, agua, suelo, flora, fauna– como el entorno urbano; además, el medio ambiente implica las interrelaciones que entre ellos se producen: clima, paisaje, ecosistema, entre otros. (cfr. STC 0048-2004-AI/TC, fund. 17)

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia, que el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona, está compuesto por: a) el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado y b) el derecho a que ese medio ambiente se preserve. (STC 0011-2015-PI/TC, fund. 145)

En cuanto al derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, "comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de natural y armónica; y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por lo tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino especialmente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad" (STC 0011-2015-PI/TC, fund. 146).

Respecto al derecho a que el medio ambiente se preserve, esto implica "obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute (…) tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden o pueden incidir, directa o indirectamente, en el medio ambiente". (STC 0011-2015-PI/TC, fund. 147)

Y es que, dada la propia naturaleza de este derecho, la prevención tiene especial relevancia. En ese sentido, el Tribunal Constitucional estima que la protección del medio ambiente sano y adecuado no solo es una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención de que ellos sucedan". (STC 04223-2006-PA/TC, fund. 6)

De esta manera, la protección del medio ambiente puede hacerse efectiva desde la previsión de medidas reactivas que hagan frente a los daños que ya se han producido, pasando por medidas que hagan frente a riesgos conocidos antes de que se produzcan (prevención), hasta medidas que prevean y eviten amenazas de daños desconocidos o inciertos (precaución). (STC 0011-2015-AI/TC, fund. 149)

Finalmente, la protección al medio ambiente se encuentra interrelacionada con otros derechos, como la salud, vida, alimentación y la obligación estatal de conservar los recursos naturales. (RTC 2682-2015-AA/TC, fund. 10, STC 0011-2015-AI/TC, fund. 152)

Determinación de la intervención en el ámbito prima facie garantizado por el derecho a un medio ambiente adecuado y derechos conexos.

i) Del artículo 19 de la Ley 30230, se observa que el procedimiento sancionador excepcional del Oefa, que privilegia la prevención y corrección de la conducta infractora

en materia ambiental, mediante la no sanción de las conductas infractoras en materia ambiental, que fueron corregidas, y la disminución del monto de las multas que corresponderían aplicarse, interviene en un nivel elevado en el derecho al medio ambiente adecuado, reconocido en el artículo 2.22 de la Constitución, por lo siguiente:

- El artículo 19 de la Ley 30230 permite que el procedimiento administrativo sancionador por conductas infractoras al medio ambiente concluya si es que el administrado corrige su conducta.

Sin embargo, al no sancionar la infracción en materia ambiental, de aquellas conductas que fueron corregidas, se elimina una medida que disuade la comisión de tales infracciones. Consecuentemente, al prescindir de dicho efecto disuasivo, se elimina un factor que promueve la prevención de los daños irreparables al medio ambiente. Y es que el medio ambiente puede ser dañado de manera irreparable con una sola conducta, pese a que luego se corrija; razón por la cual es relevante su prevención.

Un ejemplo que muestra la irreparabilidad de los daños ambientales, y que conlleva a la obligación de adoptar medidas preventivas, es el caso de la contaminación y desaparición de la laguna Shanshococha en Andoas, Loreto. En este caso, si bien el Oefa impuso multas y medidas de compensación ambiental, mediante las Resoluciones 534-2013-OEFA/DFSAI y 004-2015-OEFA/TFA-SEE, la pérdida de la laguna es irreparable.

En ese sentido, el cuestionado artículo 19 interviene gravemente el derecho a que el medio ambiente se preserve, mediante la prevención de daños irreparables, el cual es parte del contenido protegido por el derecho a un medio ambiente adecuado.

- Determinar que las multas que imponga el Oefa no podrán ser superiores al 50 % que le correspondería aplicar, salvo cuando las infracciones sean muy graves, reincidentes en el periodo de 6 meses, o sin autorización o instrumento de gestión ambiental, en los cuales se podrá aplicar el 100 %, obstaculiza el deber estatal de garantizar y proteger el medio ambiente adecuado. Por un lado, la reducción de las multas también incluye a las infracciones graves, sin embargo, no toma en cuenta que estas conductas pueden generar daños considerables en el medio ambiente. De otro lado, limitar la reincidencia de las infracciones a los 6 meses, deja un margen amplio a partir del cual se pueden cometer las mismas infracciones sin que se les sancione con el monto de la multa completa que le correspondería.

En ambos escenarios, la reducción de la multa disminuye un elemento que disuade las conductas que pueden afectar el medio ambiente de manera irreparable; razón por la cual se interviene en un grado alto en la obligación de prevenir daños ambientales, la cual forma parte del contenido del derecho a que el medio ambiente se preserve.

ii) El derecho a la alimentación, reconocido en el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 11 inciso 1 del Pidesc, en concordancia con la IV disposición final y transitoria de la Constitución, "faculta a su titular a obtener una

prestación positiva por parte del Estado, a fin de que este le provea o le haga accesibles los medios suficientes y adecuados que satisfagan sus requerimientos alimenticios de manera sostenible, cuando su titular se encuentre en una situación de vulnerabilidad que le impida satisfacerlos por sí mismo." (STC 1470-2016-PHC/TC, fund. 39) En base a lo expuesto, si se elimina un factor que disuade la comisión infracciones en materia ambiental (mediante la conclusión de los procedimientos sancionatorios en materia ambiental si es que el administrado corrige su conducta infractora y la reducción de las multas), se corre el riesgo de que se cometan conductas infractoras que lesionen severa e irreparablemente el medio ambiente, lo que podría involucrar la afectación de los recursos naturales utilizados para satisfacer los requerimientos alimenticios del individuo, vulnerando así gravemente el derecho a la alimentación, reconocido en el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 11 inciso 1 del Pidesc, en concordancia con la IV disposición final y transitoria de la Constitución.

iii) El derecho a la salud se orienta a la conservación y al restablecimiento dcl funcionamiento armónico del ser humano en su aspecto físico y psicológico (cfr. STC 0091 -2015-HC/TC, fund. 2). Teniendo en cuenta lo señalado, no prevenir el daño al medio ambiente, mediante la eliminación del elemento disuasorio en la comisión de infracciones en materia ambiental, afectaría gravemente el espacio en el que el individuo desarrolla su bienestar físico y psicológico, garantizado por el derecho a la salud, consagrado en los artículos 7 y 9 de la Constitución.

Con relación a la finalidad de la medida que interviene en los derechos alegados

En este examen, corresponde determinar si entre el medio adoptado y el fin que se persigue alcanzar existe una relación de causalidad.

Del artículo 19 de la Ley 30230, se observa que la disposición de privilegiar la prevención y corrección de la conducta infractora en materia ambiental, mediante la no sanción de conductas lesivas al medio ambiente que fueron corregidas y la reducción hasta el 50 % de las multas para, entre otras, las infracciones graves y reincidentes, que no fueron corregidas, tiene por objeto la promoción y dinamización de la inversión en el país. Así, en la 11° Sesión Matinal del 3 de julio de 2014, página 2 del Diario de Debates de la Comisión Permanente, del periodo legislativo 2013-2014, en la que se debatió el proyecto de ley que dio origen a la Ley 30230, el Presidente de la Comisión de Economía, que aprobó dicho proyecto, indicó que "El objeto del dictamen [que dio origen a la Ley 30230, sic] es introducir medidas que reactiven y dinamicen la economía ante los riesgos de una desaceleración transitoria de la economía peruana, y de una reducción de su crecimiento potencial en los próximos años. Se ha diseñado una respuesta de política económica […], que gira en torno a tres grandes ejes: fortalecer seguridad jurídica a los contribuyentes, reducción y mayor predictibilidad de costos para el sector privado y complementar el proceso de toma de decisiones con racionalidad económica".

Se observa que este objetivo se logra debido a que muchas veces la adecuación de los administrados a las normas de protección del sistema ambiental generan retrasos en su

preparación logística, que desincentivan su participación oportuna en el mercado, por lo que, darles un margen en el que puedan realizar sus actividades sin que se les sancionen por lesiones al medio ambiente si es que corrigen sus conductas infractoras, o reducirles la multa, estimula la inmediata participación de los administrados en el mercado.

Ahora bien, el objeto, que es la promoción y dinamización de la inversión en el país, promueve el ejercicio de los derechos a la libertad de empresa, libre iniciativa privada y libre competencia, reconocidos en los artículos 59, 58 y 61 de la Constitución, respectivamente.

En efecto, el derecho a la libertad de empresa, reconocido en los artículos 58 y 59 de la Constitución, garantiza a toda persona, natural y/o jurídica, participar en la vida económica de la Nación (determinada por cuatro tipo de libertades: libertad de creación de empresa y acceso al mercado, libertad de organización, libertad de competencia y libertad para cesar las actividades), y que el poder público no sólo debe respetar, sino que además debe orientar, estimular y promover (Cfr. STC 03479-2011-AA/TC, STC 1405-2010-AA). En ese sentido, el objeto de la medida adoptada en el cuestionado artículo 19, referido a la promoción y dinamización de la inversión en el país, materializa el deber del Estado de estimular y promover el derecho a la libertad de empresa.

Con relación a la libertad de competencia, consagrada en el artículo 61 de la Constitución, este derecho se define como la potestad de coexistencia de una pluralidad de ofertas en el campo de la producción, servicios o comercialización de productos de la misma especie por parte de un número indeterminado de agentes económicos. Esta facultad económica plantea el libre juego de la oferta y la demanda, y presupone la presencia de los tres requisitos siguientes: a) la autodeterminación de iniciativas o de acceso empresarial a la actividad económica; b) la audeterminación para elegir las circunstancias, modos y formas de ejecutar la actividad económica; y c) la igualdad de los competidores ante la ley (STC 03479-2011-AA/TC, fund. 7). En el caso de autos, se aprecia que la promoción y dinamización de la inversión en el país promueve la pluralidad de ofertas en el campo de la producción, servicios y comercialización de productos.

De otro lado, se observa que la disposición de privilegiar la prevención y corrección de la conducta infractora en materia ambiental, mediante la no sanción de las conductas infractoras en materia ambiental si es que son corregidas y la disminución de las multas, tiene por objeto estructurar un modelo de comportamiento razonable en el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración en materia ambiental, como también se sostiene en la sentencia de autos, emitida en mayoría (fundamentos 7 al 13). Ello se logra debido a que durante un plazo de 3 años, la administración estará en una fase pedagógica, en la que otorgará la posibilidad de adoptar medidas correctivas a fin de que estas puedan ser cumplidas antes de sancionar, y los administrados tendrán un plazo de 3 años para adentrarse a un comportamiento en pro del respeto del medio ambiente.

Finamente, el objeto referido en el párrafo anterior, alcanza la finalidad de garantizar el derecho a un medio ambiente adecuado, consagrado en el artículo 2.22 de la Constitución, pues si bien se limita la facultad sancionadora del Oefa, medida cuyo nivel de idoneidad

será analizada más adelante, persigue también el control, mediante la pedagogía, de las actividades de los administrados que repercutan en el medio ambiente, lo cual está relacionado con el ejercicio de la obligación de garantizar y proteger el acceso a un medio ambiente adecuado

En base a lo expuesto, se observa que la disposición de privilegiar la prevención y corrección de la conducta infractora en materia ambiental, mediante la no sanción de las conductas lesivas al medio ambiente si es que fueron corregidas y la reducción de las multas de las conductas que no fueron corregidas, alcanza la finalidad de garantizar el derecho a la libertad de empresa, libertad de competencia y el derecho a un medio ambiente adecuado.

Por lo tanto, corresponde examinar si existen medios alternos igualmente idóneos y si, llegado el caso, estos producen una menor afectación a los derechos intervenidos.

Respecto a la necesidad de la medida que interviene en los derechos alegados

Una medida alternativa sería sancionar las conductas infractoras en materia ambiental e imponer las multas por el monto completo, conforme corresponda, aunado a la publicidad tanto en la página web del Oefa, por ser el ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, como en diversos medios de comunicación, de las sanciones que podrían incurrir los administrados en caso incumplan las reglas en materia ambiental.

Al respecto, esta medida alcanzaría el mismo fin alcanzado con la medida dispuesta en el artículo 19 de la Ley 30230, de garantizar el derecho a un medio ambiente adecuado, pues con la publicidad tanto en la web del Oefa como en diversos medios de comunicación de las sanciones que podrían incurrir los administrados en caso incumplan las reglas de protección al medio ambiente, se lograría el control, mediante la pedagogía, de las actividades de los administrados que repercutan en el medio ambiente.

Aunado a ello, esta medida no restringiría los derechos a la protección de un medio ambiente adecuado, a la alimentación y a la salud de la persona, sino más bien los promovería, pues al sancionar la conducta infractora, que podría generar daños ambientales irreparables, independientemente de que se corrija o no, se tendría el efecto disuasivo para evitar dichos daños que afectarían irremediablemente el ambiente en el que el individuo se pueda desarrollar libremente, los recursos naturales que podría consumir y el grado de su bienestar físico y mental.

Sin embargo, esta medida no promueve la otra finalidad alcanzada por el artículo 19 de la Ley 30230, de promover los derechos a la libertad de empresa, libre iniciativa privada y libre competencia, mediante la promoción y dinamización de la inversión en el país, dado que sancionar las conductas infractoras en materia ambiental, desde la misma infracción, sin esperar que la conducta se corrija, retrasaría la organización y el acceso de la empresa en el mercado, la inversión privada y por ende la participación de una pluralidad de ofertas en el país, en tanto que el administrado se adecúe a las normas de protección del sistema ambiental antes de operar.

En base a lo expuesto, si bien la medida propuesta alcanza la finalidad de garantizar el medio ambiente adecuado, por determinar que el Oefa ejerza un control pedagógico hacia los administrados, con una menor lesión en los derechos al medio ambiente adecuado, alimentación y salud de la persona; no logra promover los derechos a la libertad de empresa, libre iniciativa privada y libre competencia.

En consecuencia, no se advierte otra medida que, lesionando en menor grado los derechos al medio ambiente adecuado, alimentación y salud de la persona, logre el mismo nivel de garantía del derecho a un medio ambiente adecuado y promoción de los derechos a la libertad de empresa, libre iniciativa privada y libre competencia; razón por la cual a continuación se evaluará la medida adoptada en el artículo 19 de la Ley 30230, a través de la ponderación.

Examen de proporcionalidad en sentido estricto

La ley de ponderación establece que cuanto mayor es el grado de aflicción de los derechos intervenidos (en la presente controversia, los derechos al medio ambiente adecuado, alimentación y salud de la persona), tanto igual o mayor debe ser la importancia de la satisfacción del fin (en el caso de autos es garantizar el derecho a un medio ambiente adecuado y promover los derechos a la libertad de empresa, libre iniciativa privada y libre competencia).

Como se indicó anteriormente, el grado de aflicción en los derechos a un medio ambiente adecuado, a la alimentación y a la salud es grave.

En efecto, las sanciones tienen efecto disuasorio, razón por la cual, no sancionar la conducta infractora del medio ambiente, que es corregida (dado que si el Oefa declara la existencia de la infracción, primero debe ordenar la adopción de medidas correctivas destinadas a revertir la conducta infractora y suspender el procedimiento sancionador; luego, debe verificar el cumplimiento de lo ordenado; finalmente, si se corrigió la conducta, se concluye el procedimiento; y, solo si no se corrige, podrá imponer la sanción respectiva), elimina un elemento que disuade las conductas que dañan el medio ambiente, que pueden tornarse irreparables, lo que afecta gravemente la obligación de prevenir daños ambientales, la cual forma parte del contenido del derecho a que el medio ambiente se preserve, reconocido en el artículo 2.22 de la Constitución.

Aunado a ello, se advierte que el cuestionado artículo 19 de la Ley 30230, realiza excepciones a la aplicación del 50 % de la multa, sin incluir en tales excepciones a las infracciones graves, que también pueden afectar severamente el medio ambiente, y a las conductas infractoras reincidentes luego del plazo de 6 meses, las cuales no por transcurrir dicho periodo, aminoran su efecto lesivo en el medio ambiente. Esta inclusión era necesaria, pues, teniendo en cuenta que las sanciones tienen un efecto disuasorio de la conducta infractora, disminuir hasta el 50 % a las infracciones graves y a las reincidencias luego de los 6 meses, aminora el efecto disuasorio en la comisión de tales conductas, que pueden generar graves daños al medio ambiente. En este sentido, la disminución de la multa a las infracciones al medio ambiente, sin considerar las conductas que pueden generar daños irreparables al medio ambiente, afecta en un nivel grave el derecho de toda persona de acceder a un medio ambiente adecuado.

De otro lado, permitir que el procedimiento administrativo sancionador por conductas infractoras al medio ambiente concluya si es que el administrado corrige su conducta, así como disminuir la multa por la infracciones graves o reincidentes luego de los 6 meses, genera un efecto de desprotección del medio ambiente –por el desincentivo de evitar incurrir en dichas conductas al no sancionárseles o al reducírseles la multa–, el cual, por la magnitud del daño, puede afectar los recursos naturales utilizados como alimentación para el ser humano; lo que se constituiría como una afectación grave del derecho a la alimentación, reconocido en el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 11 inciso 1 del Pidesc, en concordancia con la IV disposición final y transitoria de la Constitución.

Véase a modo de ejemplo, el caso del colapso parcial de uno de los depósitos de relaves de la Unidad Minera Caudalosa Chica, ocurrido el caso 25 de junio de 2010, en el distrito de Huachocolpa, provincia de Huancavelina. En ese caso, el Adjunto del Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas, de la Defensoría del Pueblo, Iván Lanegra Quispe, informó que "según cálculos preliminares, 50 000 metros cúbicos de los residuos mineros que estaban allí almacenados llegaron al río Escalera, aledaño a las instalaciones de la empresa, lo que originó una gravísima contaminación en la zona e impactó los ríos que reciben las aguas del río Escalera, en particular al río Opamayo. Como consecuencia, cerca de 450 pobladores que viven en la zona no pueden utilizar las aguas del río debido a la contaminación producida. Esto también ha afectado a los criaderos de truchas, además de 24 hectáreas de terrenos de cobertura natural"[1]. Como se puede apreciar, el colapso parcial de uno de los depósitos de relaves afectó gravemente los recursos naturales (como el agua de los ríos, los criaderos de truchas y las hectáreas de terrenos) que los pobladores podían utilizar como alimentación.

Y, el desincentivo en la protección del medio ambiente, puede generar daños de magnitudes irreparables para el medio ambiente, lo que puede interferir en un nivel elevado en el bienestar físico y mental del individuo, contenido garantizado por el derecho a la salud, reconocido en los artículos 7 y 9 de la Constitución.

Por consiguiente, las afectaciones graves a los derechos al medio ambiente, alimentación y salud de la persona, expuestas *supra*, requieren de una justificación razonable para ser convalidadas constitucionalmente.

Sin embargo, en el presente caso se observa que la importancia del grado de fomento de los derechos a la libertad de empresa, libre iniciativa privada y libre competencia, y medio ambiente adecuado, no es igual, cuando menos, al grado de aflicción sufrido por los derechos intervenidos.

1 Defensoría del Pueblo, Adjunto del Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas, Iván Lanegra Quispe. En https://www.defensoria.gob.pe/blog/fallo-la-prevencion-deslizamiento-de-relaves-en-huancavelica/Visitado el 25 de mayo de 2020.

Ello debido a que la rigurosidad de las sanciones no es el único factor que se toma en cuenta para fomentar y dinamizar la inversión en el país, sino también intervienen otros factores como la oferta y demanda, la estabilidad económica, la burocracia estatal, etc. En este sentido, la flexibilización de las sanciones en materia ambiental incide en un grado medio en la promoción de la inversión el país. Aunado a ello, si bien podría considerarse que la flexibilización de las sanciones, tal como está dispuesta en el artículo 19 de la Ley 30230, es un factor que fomenta la inversión; es relevante tener en cuenta que promueve una inversión sin responsabilidad social, sin compromiso con las generaciones presentes y futuras, pues desincentiva el respeto al medio ambiente y genera un margen de impunidad en conductas que pueden dañar el medio ambiente de manera irreparable. En este sentido, se advierte que la flexibilización de las sanciones en materia ambiental dispuesta, no promueve el desarrollo sostenible, por lo que fomenta en un nivel regular los derechos a la libertad de empresa, libre iniciativa privada y libre competencia.

Por su parte, si bien con la medida cuestionada se promueve un control, aunque disminuido, por el Oefa de las conductas infractoras en materia ambiental, dicho accionar no es suficiente, pues no sancionar las conductas infractoras del medio ambiente, que luego son corregidas, y disminuir las multas, elimina el efecto disuasivo con el cual se podría evitar daños ambientales irreparables. En consecuencia, la medida cuestionada alcanza un nivel de mínimo de protección del derecho al medio ambiente adecuado.

En base a lo expuesto, cabe concluir que el grado de satisfacción del fin (el fomento de los derechos a la libertad de empresa, libre iniciativa privada, libre competencia, y medio ambiente), en cuyo nombre se han intervenido los derechos a un medio ambiente adecuado, alimentación y salud de la persona, es medio o mínima.

Por consiguiente, en la medida que el grado de aflicción sufrido por los derechos a un medio ambiente adecuado, alimentación y salud de la persona, es grave, en tanto que la satisfacción del fin es medio o mínima, estimo que permitir que el procedimiento administrativo sancionador por conductas infractoras al medio ambiente concluya si es que el administrado corrige su conducta, así como disminuir la multa por la infracciones en materia ambiental, es desproporcionado.

Por todo lo expuesto, considero que la demanda es FUNDADA respecto del artículo 19 de la Ley 30230.

S.
RAMOS NÚÑEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Concuerdo con la mayor parte de los puntos resolutivos de la sentencia en mayoría y sus fundamentos, pero discrepo del análisis de constitucionalidad del artículo 37 de la ley impugnada, así como de la exhortación realizada a los poderes elegidos y a los gobiernos regionales.

Respecto a lo primero, el aludido artículo establece el ámbito de aplicación de los procedimientos especiales para el saneamiento físico legal de predios involucrados en el desarrollo de proyectos de inversión pública y privada. Los demandantes sostienen que ello vulnera los derechos territoriales y el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

La sentencia establece que los alcances del artículo 37 excluyen de su mandato a los territorios de los pueblos indígenas. Así, en la medida que dicha disposición no les resulta de aplicación, no debía tampoco serles consultada. Por tanto, declara **INFUNDADA** la demanda en este extremo, al no vulnerarse sus derechos territoriales ni su derecho a la consulta previa.

Comparto lo decidido respecto de los derechos territoriales de las comunidades campesinas y nativas, pero no lo correspondiente al derecho a la consulta previa. Este derecho no está reconocido por la Constitución sino deriva directamente del Convenio 169, como lo indica la propia sentencia en mayoría.

Este Convenio fue ratificado cuando el texto de la la Constitución de 1993 ya había sido aprobado en referéndum. No podía, pues, añadírsele una coma. Para que este Convenio 169 hubiese agregado un derecho fundamental a la Constitución, su aprobaciónn tendría que haberse aprobado conforme al procedimiento de reforma constitucional.

No puede aceptarse la incorporación de derechos fundamentales a la Constitución de otra manera. Por tanto, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda contra el artículo 37 de la Ley 30230, en el extremo que se alega la vulneración del derecho a la consulta previa.

Respecto a lo segundo, discrepo también de la exhortación efectuada en el quinto punto resolutivo de la sentencia en mayoría, a los poderes elegidos y a los gobiernos regionales, para que debatan, con la participación de las comunidades campesinas y nativas, las propuestas de mejora de los procedimientos de titulación y demarcación de los territorios comunales.

Este Tribunal Constitucional no debe hacer exhortaciones, máxime si declara la demanda improcedente en un extremo e infundada en varios otros. Por demás, lo ordenado no ha sido objeto de análisis en este proceso de inconstitucionalidad y, por tanto, podría vulnerarse el derecho fundamental al debido proceso, en su manifestación de derecho de defensa.

S.
SARDÓN DE TABOADA

Lima, 25 de mayo de 2020.

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

En el presente caso discrepo respetuosamente una parte de lo contenido en la sentencia suscrita por la mayoría de magistrados, con base en las siguientes consideraciones:

1. En relación con el artículo 19 de la Ley 30230, "Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país" (en adelante la Ley), se establecía una regulación transitoria de tres años que, en términos generales, planteaba que la OEFA debía dedicarse sobre todo a labores de prevención ambiental, y se preveía asimismo una reducción sustancial de las sanciones frente a infracciones ambientales. Al respecto, considero que ha operado la sustracción la materia, pues a la fecha ya transcurrieron los tres años en los que tuvo efectos esta regulación.

2. Por otra parte, el artículo 21 de la Ley simplifica diversos procedimientos; en resumidas cuentas, reduce el plazo para emitir los estudios de impacto ambiental (EIA) a cuarenta y cinco días, dispone que el EIA debe emitirse aunque no hayan llegado los informes vinculantes y no vinculantes requeridos, y prevé asimismo que se establezcan sanciones graves para los funcionarios que no cumplan dentro de los plazos.

3. Al respecto, considero que, a partir de una *interpretación orientada* a la Constitución, la mejor forma adecuada de optimizar los tiempos y de tutelar el derecho al ambiente es dándole más recursos (humanos, logísticos, económicos) al Estado, y no recortando los plazos o amenazando a los funcionarios. Asimismo, constato que en los actuados, y tampoco en el proyecto de sentencia, no aparece ningún dato fáctico que acredite que con los recursos existentes será posible alcanzar la medida perseguida (examen de idoneidad) ni tampoco que no existe una medida alternativa que permita alcanzar lo mismo sin sacrificar la institucionalidad orientada a la defensa del ambiente (examen de necesidad), análisis que eran necesarios en el marco del test de proporcionalidad. En tal sentido, considero que en este extremo la demanda debe declararse fundada.

4. En lo que concierne al artículo 23 de la Ley, allí establece que los Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y los Límites Máximos Permisibles (LMP) se aprueban por "decreto supremo refrendado por los sectores vinculados" y que estos "deben basarse en criterios de protección de la salud, el ambiente, así como en un análisis de impacto regulatorio y económico sobre las industrias y poblaciones involucradas". Al respecto, considero nuevamente que una *interpretación orientada* a la Constitución (en este caso, orientada a la tutela del ambiente) pone en evidencia que es contraproducente que los sectores controlados participen emitiendo tales decretos supremos, más aun cuando a estos se les pone en igual posición que a los ministerios encargados del control (esto,

a diferencia de lo que ocurre con la regulación planteada por el artículo 20, en los que participa todo el Consejo de Ministros) y porque, además de ello, se requiere específica y obligatoriamente un "análisis de impacto regulatorio y económico".

5. Por otra parte, estoy de acuerdo con lo demás que contiene la sentencia, en especial con lo referido a la interpretación conforme con la Constitución que se emite en relación con los artículos 36 al 51 y el artículo 57, salvaguardando del derecho de los pueblos y las comunidades. Asimismo, estoy a favor de la exhortación realizada al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los Gobiernos Regionales para que resuelvan los problemas vinculados con la titulación y demarcación de tierras comunales

6. Por las consideraciones aquí expuestas, considero entonces que debe declararse improcedente la demanda respecto del artículo 19 de la Ley, fundada en relación con los artículos 21 y 23, e infundada en lo demás que contiene la demanda, con las salvedades formuladas en la sentencia.

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Pleno. Sentencia 671/2020
Caso de la garantía mobiliaria y la pequeña empresa
Expediente 00017-2019-PI/TC

RAZÓN DE RELATORÍA

Con fecha 16 de octubre 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 00017-2019-PI/TC, promovida por el Colegio de Notarios de Lima contra el Poder Ejecutivo respecto a los Decretos Legislativos 1400 y 1409.

Los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa (con fundamento de voto), Miranda Canales (con fundamento de voto), Ramos Núñez (con fundamento de voto), Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera (con fundamento de voto) votaron, en mayoría, a favor de declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad.

El magistrado Blume Fortini, en minoría, emitió un voto singular declarando fundada la demanda.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y los votos antes mencionados, 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

PLENO JURISDICCIONAL

Sentencia 0017-2019-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

16 de octubre de 2020

Caso de la garantía mobiliaria y la pequeña empresa

COLEGIO DE NOTARIOS DE LIMA
c.
PODER EJECUTIVO

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Notarios de Lima contra el Decreto Legislativo 1400, que aprueba el régimen de garantía mobiliaria, y el Decreto Legislativo 1409, que promociona la formalización y dinamización de la micro, pequeña y mediana empresa mediante el régimen societario alternativo denominado Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada.

Magistrados firmantes:

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

TABLA DE CONTENIDOS

Normas Impugnadas	Parámetro de Control
Decreto Legislativo 1400 Decreto Legislativo 1409	Constitución Política del Perú de 1993 - Artículo 102 - Artículo 104 - Ley 30823

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

B. Argumentos de las partes

B-1. Demanda

B-2. Contestación de la demanda

II. FUNDAMENTOS

§1. Cuestión procesal previa

§2. Sobre la determinación de las disposiciones objeto de control de constitucionalidad

§3. Sobre el alegado vicio de inconstitucionalidad formal

3.1. La Ley Autoritativa 30823 como integrante del parámetro de control en el presente caso

3.2. Sobre el análisis de constitucionalidad formal de los Decretos Legislativos 1400 y 1409

3.2.1. Sobre las materias legisladas en el Decreto Legislativo 1400

3.2.2. Sobre las materias legisladas en el Decreto Legislativo 1409

§4. Sobre el alegado vicio de inconstitucionalidad material

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de octubre de 2020, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Ledesma Narváez (presidenta), Ferrero Costa (vicepresidente), Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, y el voto singular del magistrado Blume Fortini.

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

Con fecha 26 de setiembre de 2019, el decano del Colegio de Notarios de Lima, en representación del mencionado colegio profesional, interpuso demanda de inconstitucionalidad por la forma y por el fondo contra el Decreto Legislativo 1400, "Decreto Legislativo que aprueba el régimen de garantía mobiliaria", y contra el Decreto Legislativo 1409, "Decreto Legislativo que promociona la formalización y dinamización de la micro, pequeña y mediana empresa mediante el régimen societario alternativo denominado Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada", expedidos por el Poder Ejecutivo.

Por su parte, con fecha 8 de setiembre de 2020, el Poder Ejecutivo contestó la demanda negándola en todos sus extremos, por lo que solicitó que se declare infundada.

B. Argumentos de las partes

Las partes postulan una serie de argumentos sobre la constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas, la cual se presenta a continuación, a manera de resumen:

B-1. Demanda

Los argumentos expuestos en la demanda son los siguientes:

- El decano del Colegio de Notarios de Lima sostiene que las normas cuestionadas se deben declarar inconstitucionales por la forma, en tanto que no respetaron la materia delegada mediante la ley autoritativa, Ley 30823.
- Afirma que, en virtud de la Ley 30823, únicamente se delega al Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de gestión económica y competitividad, de integridad y lucha contra la corrupción, de prevención y protección de personas en situación de violencia y vulnerabilidad, y de modernización de la gestión del Estado; sin embargo, sostiene que esta ley no le confiere al citado poder la facultad de restringir las competencias registrales y notariales.

- Sostiene que las dos normas impugnadas restringen competencias notariales, toda vez que, con la legislación anterior, la intervención del notario era obligatoria para la constitución de garantías mobiliarias; no obstante, en virtud del Decreto Legislativo 1400, esta intervención ha pasado a ser facultativa. Asimismo, indican que dicho decreto ha eliminado la calificación previa de legalidad por parte de los registradores para la constitución de garantías mobiliarias.
- Además, refiere que, conforme a la legislación anterior, para la constitución de cualquier tipo de sociedades, era imprescindible la intervención de un notario. No obstante, en virtud del Decreto Legislativo 1409, para constituir una sociedad por acciones cerrada simplificada (SACS), únicamente se requerirá un documento privado, sin la necesidad de la intervención de un notario.
- Por todo lo expuesto, la parte demandante sostiene que ambas normas impugnadas no observan las condiciones impuestas por la ley autoritativa y que, por consiguiente, son inconstitucionales al regular una materia que no fue delegada. Por ello, a su criterio, se vulneran los límites materiales establecidos por el Congreso de la República.
- Asimismo, el decano del Colegio de Notarios de Lima manifiesta que las normas cuestionadas son inconstitucionales por el fondo, toda vez que se ha excluido a los notarios públicos de forma indebida. De esta manera, se ha vulnerado el principio de seguridad jurídica.
- Afirma que el notario en el sistema latino es el profesional del derecho que está autorizado por ley para acreditar los actos y contratos que se celebren ante él (Decreto Legislativo 1049, Ley del Notariado, artículo 2). En tal sentido, dota de fe pública a los actos privados por delegación del Estado, los cuales se rigen por normas especiales. Así, argumenta que las funciones, atribuciones y obligaciones del notario se encuentran establecidas en la Ley del Notariado y contribuyen a garantizar la seguridad jurídica.
- Sostiene que, si bien la regulación de un nuevo régimen de garantías mobiliarias se sustenta en la libertad de empresa y en la necesidad de facilitar el acceso al crédito formal (Decreto Legislativo 1400), ello no implica restringir las competencias notariales y registrales; por el contrario, se debe garantizar que la seguridad jurídica no se vea afectada.
- Del mismo modo, añade que, si bien conforme al Decreto Legislativo 1409 el Poder Ejecutivo pretende disminuir los costos y la demora que implica el procedimiento de escritura pública para propiciar la formalización de las empresas, ello no implica que la libertad de empresa y su promoción en el marco de una economía social de mercado sea un derecho absoluto.
- En tal sentido, señala que una restricción a la libertad de empresa solo será constitucional en la medida en que supere el test de proporcionalidad.
- Así, respecto al subprincipio de idoneidad, la parte demandante sostiene que, si se toman en cuenta los objetivos contemplados en las normas impugnadas, se puede

apreciar que estos cumplen una finalidad constitucionalmente legítima; es decir, promover la gestión económica y competitividad de las empresas. Por esta razón, la parte demandante concluye que la nueva regulación de las garantías mobiliarias y la creación de una alternativa especial de sociedad anónima serían medidas idóneas para alcanzar este objetivo.

- Sin embargo, respecto al análisis de necesidad, la parte demandante manifiesta que existen otras alternativas menos gravosas que podrían garantizar la seguridad jurídica y lograr los mismos resultados. Como ejemplos, plantea la constitución de empresas en línea (alternativa ya regulada por la Ley 28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa), lo cual también permitiría reducir costos, y evitaría los riesgos de ilegalidad y fraude. Asimismo, sostiene que otra medida alternativa sería la intervención del notario en la constitución de las garantías mobiliarias para dar fe del acto a costos menores.
- Afirma que la función notarial no se puede medir solo en términos de sobrecostos, toda vez que se deben tomar en cuenta las ventajas y razones que justifican su propia existencia. En tal sentido, afirma que los beneficios o ventajas que recibe la sociedad por efectos de la función notarial son los siguientes:

  i) Disminuye los costos de información y asesoría.

  ii) Cumple una función de árbitro entre los contratantes ("tercero imparcial"), sin costo adicional, lo que se podría denominar "auditoría legal".

  iii) Crea el derecho dispositivo, especial para las partes, a través de una redacción documental ajustada a derecho y de acuerdo con los fines lícitos pretendidos por los contratantes.

  iv) Proporciona ahorro a largo plazo, pues previene el conflicto mediante la adecuada formación del negocio.

  v) Asegura la pronta ejecución de lo convenido mediante un título ejecutivo.

  vi) Evita el gasto importante de cualquier seguro de título u otro mecanismo destinado a obtener seguridad jurídica.
- Por todas estas razones, sostiene que las disposiciones impugnadas no superan el subprincipio de necesidad y, por consiguiente, se deben declarar inconstitucionales.
- Además, sostiene que, en el presente caso, se ha configurado una inconstitucionalidad por omisión relativa, toda vez que se ha excluido la intervención del notario público al constituir la garantía mobiliaria y una SACS, pese a que en todos los demás actos sí se requiere su intervención. De esta manera, se ha vulnerado el principio de seguridad jurídica.
- Mediante el escrito de fecha 5 de junio de 2020, la parte demandante sostiene que el 1 de junio de 2020 se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Resolución del

Superintendente Nacional de los Registros Públicos 061-2020-SUNARP/SN, a través de la cual "disponen que, a partir del 14 de diciembre de 2020, la SUNARP brinde, a nivel nacional, el servicio de constitución de Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada - SACS, así como su inscripción en el Registro de Sociedades". Al respecto, alegan que esta última norma se ampara en el cuestionado Decreto Legislativo 1409, el cual se ejecutará a partir de 14 de diciembre próximo. Por esta razón, solicitan que se establezca la próxima fecha de vista de causa con carácter de urgencia y se emita sentencia próximamente.

B-2. Contestación de la demanda

- El procurador público especializado en Materia Constitucional del Poder Ejecutivo sostiene que los Decretos Legislativos 1400 y 1409 no presentan vicios de inconstitucionalidad, y que, por lo tanto, la demanda se debe declarar infundada en todos sus extremos.
- Sobre los alegados vicios de inconstitucionalidad formal, la parte demandada sostiene que ninguno de los decretos legislativos impugnados tiene por objeto restringir las competencias de los notarios públicos, sino establecer medidas alternativas para que los ciudadanos realicen procedimientos que favorezcan el desarrollo de sus actividades empresariales. Así, puede elegir libremente si incluyen la participación de los notarios.
- Argumenta que el demandante reconoce que la participación de los notarios en la constitución de garantías mobiliarias no ha quedado derogada, sino que se podrá efectuar si las partes de un contrato así lo deciden, en ejercicio de su autonomía privada, con la finalidad de agilizar y fomentar el acceso a créditos. Esto, a su vez, permite asegurar la obligación que en materia de promoción de la iniciativa privada tiene el Estado, conforme a los artículos 58 y 59 de la Constitución.
- En este sentido, sostiene que el Decreto Legislativo 1400 no restringe las competencias de los notarios. Su intervención dependerá de la voluntad de las partes, quienes decidirán el medio por el cual formalizarán los contratos de garantías mobiliarias.
- En otras palabras, alega que serán las partes de un contrato quienes libremente decidirán si acuden a un oficio notarial o a otros mecanismos para garantizar la seguridad jurídica de sus transacciones en materia de garantías mobiliarias.
- Concluye, en este extremo, que la nueva regulación sobre la garantía mobiliaria no restringe las competencias notariales, sino que ofrece a las personas naturales o jurídicas la posibilidad de formalizar contratos recurriendo a diversas alternativas.
- Por ello, afirma que los notarios mantienen plena competencia en el supuesto de que las partes decidan acudir a un oficio notarial para la respectiva formalización. En ese sentido, no se contraviene la prohibición establecida en la ley autoritativa, por lo cual la demanda se debe declarar infundada en este extremo.

- Sobre la constitucionalidad del Decreto Legislativo 1409, manifiesta que en la demanda no se han advertido fundamentos que sustenten que la regulación contenida en el decreto sea contraria a la Constitución.
- Alega que, a través de dicho decreto, se crea y regula un régimen societario alternativo de responsabilidad limitada para la formalización y dinamización de la micro, pequeña y mediana empresa, denominado SACS, y que ello no deviene en inconstitucional.
- En todo caso, agrega que la competencia de los notarios prevista en la Ley General de Sociedades no se ha reducido, derogado o recortado por el mandato del Decreto Legislativo 1409; por lo tanto, no se contraviene la prohibición establecida en la ley autoritativa. Por ello, se debe declarar infundada la demanda en este extremo.
- Respecto a los vicios de inconstitucionalidad por el fondo, sostiene que no se puede invocar la seguridad jurídica, como lo efectúa la parte demandante, para perpetuar determinadas conductas o competencias, impidiendo la emisión de normas que permitan enfrentar la dinámica de la sociedad en aspectos tan esenciales como las libertades económicas, uno de los pilares de la Constitución de 1993.
- Sostiene que los decretos legislativos impugnados no desconocen el rol de los notarios, sino que establecen otras medidas que permiten garantizar la seguridad jurídica. En cada uno, se han previsto mecanismos para garantizar la titularidad de los bienes objeto de garantías mobiliarias, así como la identidad de quienes quieren formar una SACS.
- Además, agrega que, en ejercicio de su autonomía privada, los particulares tienen la obligación de contribuir con sus acciones a fortalecer el principio de seguridad jurídica. Por ello, en los decretos cuestionados, se ha reconocido su responsabilidad en relación con la información que suministren al Sistema de Registros Públicos, sin recortar las funciones de fiscalización y control de la Sunarp y de las autoridades según sus competencias.
- Finalmente, argumenta que las normas cuestionadas generan un mecanismo legal que, garantizando la seguridad jurídica, permite decidir a los particulares si solicitan los servicios notariales. Por otro lado, destaca que, en el caso de las garantías mobiliarias, los particulares deciden si las constituyen a través de un notario público. Así pues, su participación no está prohibida, sino que se supedita a los intereses de los particulares, quienes son responsables de velar por sus intereses con los mecanismos que la normativa vigente brinda.

II. FUNDAMENTOS

§1. Cuestión procesal previa

1. Este Tribunal advierte que los decretos legislativos cuestionados aún no son aplicables en el ordenamiento jurídico según lo dispuesto en sus respectivos textos normativos.

2. En efecto, en el caso del Decreto Legislativo 1400, esta norma se publicó el 10 de setiembre de 2018 en el diario oficial *El Peruano*, en tanto que su reglamento se aprobó mediante el Decreto Supremo 202-2018-EF, publicado el 3 de agosto de 2019.

3. En lo aquí relevante, se aprecia que la segunda y octava disposiciones complementarias finales establecen lo siguiente:

> **Segunda. Contratación para el desarrollo del SIGM**
>
> *En un plazo no mayor de noventa (90) días calendario, contados a partir del día siguiente de la publicación en el Diario Oficial El Peruano de las disposiciones reglamentarias a que se refiere la primera disposición complementaria final, la SUNARP inicia el proceso de contratación correspondiente para el desarrollo del SIGM.*
>
> *Asimismo, en un plazo no mayor de doscientos setenta días (270) días calendario, contados a partir de la fecha de suscripción del contrato para el desarrollo del mencionado sistema, la SUNARP debe poner en funcionamiento la base de datos del SIGM* y su interconexión con los respectivos registros jurídicos. Dicho plazo puede ser prorrogado por única vez a través de Decreto Supremo propuesto por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y refrendado por el Ministro de Justicia y Derechos Humanos, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.
>
> **Octava. Vigencia**
>
> *A partir del día hábil siguiente del funcionamiento de las bases de datos del SIGM,* son aplicables y exigibles las disposiciones sobre garantía mobiliaria reguladas en el presente Decreto Legislativo.

4. De lo anterior, se aprecia que el Decreto Legislativo 1400 no resultaba aplicable en el ordenamiento jurídico inmediatamente después de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, en la medida en que era indispensable la verificación de un hecho, como el funcionamiento de las bases de datos del Sistema Informativo de Garantías Mobiliarias y Contratos (SIGM), lo cual aún no se habría producido.

5. En el caso del Decreto Legislativo 1409, se advierte que se publicó el 12 de setiembre de 2018, en tanto que su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 312-2019-EF, el 1 de octubre de 2019.

6. En relación con la aplicación de la norma mencionada, sus disposiciones complementarias finales establecen lo siguiente:

> **Segunda. Disposiciones de operatividad**
>
> La SUNARP, en un plazo de ciento ochenta (180) días calendario contados desde la publicación del reglamento del presente Decreto Legislativo, aprueba los formatos estandarizados y adecúa los aspectos técnicos de SID-SUNARP para la constitución de una SACS atendiendo las disposiciones establecidas en la LGS.

> *Dentro del plazo antes señalado, mediante resolución de superintendencia se fija la fecha de entrada de operaciones en el SID-SUNARP para tramitar la constitución de SACS […].*
>
> **Quinta. Vigencia**
>
> *A partir del día hábil siguiente de la entrada en operación del SID-SUNARP para tramitar la constitución de SACS, son aplicables y exigibles las disposiciones del presente Decreto Legislativo y su reglamento.*

7. Asimismo, y como la parte demandante ha advertido, el 1 de junio de 2020, se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 061-2020-SUNARP/SN, a través de la cual "disponen que, a partir del 14 de diciembre de 2020, la SUNARP brinde, a nivel nacional, el servicio de constitución de Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada - SACS, así como su inscripción en el Registro de Sociedades". En efecto, el artículo 1 de dicha norma dispone lo siguiente:

> **Artículo 1.- Inicio del servicio de Constitución de SACS.**
>
> Disponer que, a partir del 14 de diciembre de 2020, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos brinde, a nivel nacional, el servicio de constitución de Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada - SACS, así como su inscripción en el Registro de Sociedades.

8. De lo previamente detallado, se advierte que dicha norma tampoco resulta aplicable en el ordenamiento jurídico inmediatamente después de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, en la medida en que era necesaria la verificación de un hecho, como la entrada en operación del Sistema de Intermediación Digital de Sunarp para tramitar la constitución de la SACS.

9. La aludida Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 061-2020-SUNARP/SN ha fijado como fecha el 14 de diciembre de 2020 para el inicio del servicio de constitución de las SACS y su inscripción en el Registro de Sociedades.

10. Ahora bien, como se ha indicado en anteriores oportunidades, para que una norma jurídica se encuentre vigente, solo es necesario que se haya producido siguiendo el procedimiento previsto en el ordenamiento jurídico, es decir, que el órgano competente la haya aprobado y, además, que se publique conforme lo establece el último extremo del artículo 51 de la Constitución. Cumplido este procedimiento, se podrá considerar que la norma se encuentra vigente.

11. El artículo 109 de la Constitución, por su parte, establece que "la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte".

12. En el presente caso, este Tribunal advierte que el órgano competente ha emitido las disposiciones cuestionadas siguiendo el procedimiento correspondiente y estas se han

publicado en el diario oficial *El Peruano*, según lo dispuesto en el artículo 51 de la Constitución, y se puede afirmar que se encuentran vigentes a tenor del artículo 109 citado.

13. Una situación distinta es la relativa a las condiciones necesarias para su plena aplicación en el ordenamiento jurídico, lo cual no se confunde con su vigencia, pese a que ese ha sido el *nomen iuris* empleado en ambas normas cuestionadas para precisar a partir de qué momento serían aplicables.

14. En ambos casos, su aplicación se supeditaba a la verificación de un hecho específico, lo cual no impide que se deban considerar como normas vigentes. Por esta razón, este Tribunal puede realizar el control de su constitucionalidad.

§2. Sobre la determinación de las disposiciones objeto de control de constitucionalidad

15. El demandante cuestiona la constitucionalidad del Decreto Legislativo 1400, que aprueba el régimen de garantía mobiliaria, publicado el 12 de setiembre de 2018 en el diario oficial *El Peruano*, y del Decreto Legislativo 1409, que promociona la formalización y dinamización de la micro, pequeña y mediana empresa mediante el régimen societario alternativo denominado Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada, publicado el 12 de setiembre de 2018 en el diario oficial *El Peruano*, al haber incurrido presuntamente en vicios de forma, por cuanto habría excedido el marco de la delegación de facultades previsto en la ley autoritativa, y en vicios de fondo, al contravenir el principio constitucional de seguridad jurídica.

16. Este Tribunal estima pertinente precisar que ambas disposiciones se encuentran plenamente vigentes, aun cuando no sean actualmente aplicables, en atención de lo dispuesto en dichas normas y en sus reglamentos correspondientes, también vigentes. En el caso del Decreto Legislativo 1400, el reglamento correspondiente se ha publicado en el diario oficial *El Peruano* el 3 de agosto de 2019 y, en el caso del Decreto Legislativo 1409, el 11 de octubre de 2019.

17. Además, este Tribunal advierte que el Colegio de Notarios de Lima cuestiona ambos decretos legislativos, en tanto que restringen las competencias notariales y registrales, de acuerdo con los argumentos desarrollados en la demanda. En lo que respecta a los presuntos vicios de inconstitucionalidad de fondo alegados por dicha parte, este Tribunal realizará el control de constitucionalidad correspondiente en relación con aquellas disposiciones que se han objetado en la demanda.

§3. Sobre el alegado vicio de inconstitucionalidad formal

18. El colegio profesional demandante solicitó que se declare la inconstitucionalidad por la forma de las disposiciones legales al considerar que se exceden los límites establecidos en la Ley 30823, "Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de gestión económica y competitividad, de integridad y lucha contra la corrupción,

de prevención y protección de personas en situación de violencia y vulnerabilidad y de modernización de la gestión del Estado", publicada el 19 de julio en el diario oficial *El Peruano.*

19. Alega que esta únicamente autorizó a legislar en materia de gestión económica y competitividad, de integridad y lucha contra la corrupción, de prevención y protección de personas en situación de violencia y vulnerabilidad, y de modernización de la gestión del Estado. No obstante, a su criterio, esta ley no le confiere al Poder Ejecutivo la facultad de restringir las competencias registrales ni notariales.

20. Por su parte, el demandado sostiene que ninguno de los decretos legislativos impugnados tiene por objeto restringir las competencias de los notarios públicos, sino establecer medidas alternativas para que los ciudadanos puedan realizar procedimientos que favorezcan el desarrollo de sus actividades empresariales, eligiendo libremente si incluyen la participación de los notarios. Además, afirma que esta regulación no se encuentra prohibida por la Ley 30823.

21. En primer lugar, en relación con los vicios de inconstitucionalidad formal, este Tribunal ha establecido que los supuestos generadores de esta infracción pueden ser los siguientes:

    i) el quebrantamiento del procedimiento legislativo previsto en la Constitución;

    ii) el tratamiento de una materia reservada directamente por la Constitución a otra fuente formal específica del Derecho; y

    iii) la expedición de la norma por un órgano constitucionalmente incompetente para hacerlo (Sentencias 0020-2005-PI/TC, fundamento 22; y 0012-2012-PI/TC, fundamento 2).

22. Asimismo, con respecto al parámetro de control del proceso de inconstitucionalidad, este último está integrado por la propia Constitución, en atención a su posición de norma fundante, suprema y fuente de fuentes en el ordenamiento jurídico. Es la norma fundamental el parámetro de validez de las normas con rango de ley sometidas a dicho control abstracto de constitucionalidad.

23. Sin embargo, en determinadas ocasiones, el parámetro de constitucionalidad puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (Sentencia 0007-2002-AI/TC, fundamento 5).

24. En tales casos, estas fuentes asumen la condición de "normas sobre la producción jurídica" en un doble sentido: por un lado, como "normas sobre la forma de la producción jurídica", esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro lado, como "normas sobre el contenido de la normación", es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido (Sentencia 0020-2005-PI/TC, fundamento 27).

25. A este parámetro de control, formado por la Constitución (en sus partes pertinentes) y aquellas normas con rango de ley que derivan directamente de esta y establecen una relación causal con la materia jurídica subyacente al control de constitucionalidad a realizarse, se le denomina "bloque de constitucionalidad".

26. En ese orden de ideas, este Tribunal señaló lo siguiente:

> en una hipótesis de infracción indirecta, el parámetro de control, esto es, la norma de referencia a partir de la cual el Tribunal evaluará la validez de la ley cuestionada está integrado por la Constitución, pero también por todas las leyes a las que esta confirió la capacidad de limitar a otras normas de su mismo rango (Sentencia 0047-2004-AI/TC, fundamento 128).

27. Este órgano de control de la constitución precisó, además, que se produce una afectación indirecta de la Constitución cuando existe una incompatibilidad entre la norma sometida a juicio y otra norma legal a la que el propio Constituyente delegó:

    i) la regulación de un requisito esencial del procedimiento de producción normativa;

    ii) la regulación de un contenido materialmente constitucional; y

    iii) la determinación de competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales.

28. Lógicamente, estas normas deben, a su vez, ser compatibles con la Constitución para formar el bloque de constitucionalidad. En tales casos, las normas integradas al parámetro actúan como interpuestas, y toda norma con rango de ley que sea incompatible con ellas se declarará inconstitucional en un proceso de control concentrado por infracción indirecta a la Constitución.

29. En consecuencia, corresponde al Tribunal establecer qué normas forman parte del bloque de constitucionalidad aplicable al presente caso para realizar el control de constitucionalidad formal de las disposiciones impugnadas.

30. Dicho parámetro, a juicio de este Tribunal Constitucional, está compuesto por los artículos 102 y 104 de la Constitución, así como por la Ley 30823 (ley autoritativa).

31. Como parte del análisis de constitucionalidad por presuntos vicios de forma, es imprescindible determinar los alcances de la ley autoritativa antes mencionada, como se indicará a continuación.

3.1. LA LEY AUTORITATIVA 30823 COMO INTEGRANTE DEL PARÁMETRO DE CONTROL EN EL PRESENTE CASO

32. Al igual que ocurre en la mayoría de los actuales sistemas constitucionales, en nuestro ordenamiento jurídico, si bien el Congreso de la República es el órgano estatal encargado de la función legislativa (artículo 102.1 de la Constitución), esta facultad también se puede desarrollar por otro poder del Estado (el Poder Ejecutivo) mediante

decretos legislativos, previa delegación explícita y específica de facultades por parte del legislador.

33. Esta delegación, por cierto, no supone la renuncia de este último a la función legislativa encomendada por la Constitución ni que, durante el lapso que dure la delegación, el Congreso carezca de la competencia para ejercer dicha función.

34. Esto es así por cuanto no es posible asumir que un Poder del Estado o alguno de sus órganos constitucionales pueda transferir de manera absoluta a otro una competencia que la Constitución le ha asignado.

35. El artículo 104 de la Constitución establece lo siguiente:

> El 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. Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley [...].

36. Ello supone que, de acuerdo con nuestro sistema constitucional, el ejercicio de dicha competencia se encuentra sujeto a determinados límites, tales como que la delegación legislativa se debe conceder mediante la ley autoritativa (límites formales), contener la indicación específica de la materia que se delega (límites materiales), así como el establecimiento de un plazo determinado (límites temporales).

37. Con relación a los límites materiales, este Tribunal considera que esta exigencia se encuentra cumplida con la mención o indicación de la materia específica que se ha delegado, la cual se puede referir a una o varias áreas del derecho. La Constitución no impone la obligación de desarrollar o exponer de manera detallada o minuciosa el contenido que se debe incluir en el decreto legislativo, puesto que una exigencia de esa naturaleza convertiría en innecesaria la existencia misma de la delegación de facultades y la expedición del decreto legislativo.

38. En cambio, la Constitución sí proscribe el uso de fórmulas manifiestamente generales, indefinidas o imprecisas. Una infracción a esta exigencia se presenta no solo cuando existe una delegación "en blanco", sino también cuando se concretan delegaciones legislativas generales, indefinidas o imprecisas.

39. El Tribunal no pretende que el legislador identifique los detalles de aquello que se delega (una situación que comportaría que el legislador desarrolle en sí misma la materia que se pretende delegar y torne con ello innecesaria su delegación). No obstante, sí considera necesario, desde el punto de vista del artículo 104 de la Constitución, que se delimiten con suficiente claridad los confines de la materia sobre la que se autoriza legislar al Ejecutivo, y que aquello que se ha delegado no recaiga en las materias sobre las cuales existe una reserva absoluta de ley (Sentencia 0022-2011-PI, fundamento 20).

40. En el presente caso, se advierte que la Ley 30823 aprobó la delegación de facultades al Poder Ejecutivo para legislar en diversas materias como las siguientes:

    i. gestión económica y competitividad;

    ii. integridad y lucha contra la corrupción;

    iii. prevención y protección de personas en situación de violencia y vulnerabilidad; y

    iv. modernización de la gestión del Estado.

41. Con relación al caso que nos ocupa en la presente oportunidad, corresponde precisar que la materia objeto de la facultad delegada es la correspondiente a la que se denominara "gestión económica y competitividad".

42. Ahora bien, en virtud de la ley autoritativa, Ley 30823, que conforma el parámetro de constitucionalidad en el presente caso, según lo indicado *supra*, los demandantes alegan que el Congreso de la República introdujo un límite expreso a la delegación de facultades otorgadas al Poder Ejecutivo: los decretos legislativos que se aprueben al amparo del artículo 2, numeral 2, literal "c" de la ley autoritativa "en materia de gestión económica y competitividad" en ningún caso podrán restringir o reducir competencias notariales y registrales.

43. De esta manera, según los demandantes, las disposiciones que se aprueben por el Poder Ejecutivo a través de los mencionados decretos no pueden "restringir las competencias registrales y notariales".

44. No obstante, este Tribunal advierte que la determinación de la existencia del aludido límite, en los términos que alega la parte demandante, requiere previamente el análisis pormenorizado de dicho extremo de la ley autoritativa a partir del empleo de los principios y criterios interpretativos que suelen emplearse al desentrañar el sentido último de las disposiciones integrantes del bloque de constitucionalidad.

45. Ello se debe realizar considerando que el contenido normativo finalmente determinado como resultado del proceso interpretativo de una ley autoritativa requiere no solamente la identificación y precisión de la facultad delegada, sino su *objetivo*, de acuerdo con lo expresado *supra*.

46. Esto último no es baladí por cuanto el contenido normativo de la ley autoritativa no solo se define por la facultad en principio delegada, sino por su finalidad, que es lo que completa el sentido de esta delegación.

47. En efecto, difícilmente se podría concluir de manera clara y precisa que se ha facultado al Poder Ejecutivo para legislar en una determinada materia si se prescinde de la finalidad o del estado de cosas que la delegación busca alcanzar y que es la razón de ser, en buena cuenta, del ejercicio de la facultad de delegación, amparada por la Constitución, materializada en un caso concreto.

48. Si la justificación principal de la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo radica en la consideración según la cual determinadas materias requieren para su regulación un determinado nivel de especialización técnica, a fin de que la normativa resultante sea lo más adecuada posible y pueda cumplir sus fines correspondientes al incorporarse al ordenamiento jurídico, esta delegación debe contar con los elementos indispensables para que se materialice en la realidad.

49. Ello significa que si bien, por mandato constitucional, el Ejecutivo debe cumplir con respetar la materia y el plazo de delegación de facultades establecidos en la ley autoritativa, también es cierto que, desde la posición del legislador, la voluntad normativa expresada en la ley autoritativa debe ser lo más clara, precisa y coherente posible. En caso contrario, se ejercería una facultad conferida por la Constitución respetando eventualmente los requisitos formales, pero impidiendo que se materialice en los hechos el sentido de dicha delegación.

50. En ese sentido, este Tribunal Constitucional advierte que la delegación de facultades para legislar en determinada materia y por un determinado plazo, con plena observancia del marco constitucional vigente, debe ser cabalmente realizada si ello así se decide. Esto implica evitar, en la medida de lo posible, situaciones de indeterminación que la pongan en entredicho, que potencialmente incidan negativamente en la seguridad jurídica y que, a su vez, menoscaben el correcto ejercicio de las atribuciones constitucionales, tanto del Poder Legislativo como del Ejecutivo, a este respecto involucradas.

51. Lo anterior implica no invadir la esfera de competencias del legislador democrático, pero sí considerar que todo poder público debe guiar sus actuaciones de forma tal que en ellas pueda advertirse un mínimo de coherencia y consistencia, más aún si dicha actuación se realiza en nombre del interés público.

52. Siendo ello así, este Tribunal advierte que las disposiciones indispensables para determinar el contenido normativo de la ley autoritativa, materia de la discusión central del presente proceso de inconstitucionalidad, son las que se encuentran comprendidas en el artículo 2, inciso 2, literal "c":

> **Artículo 2.-** Materia de la delegación de facultades legislativas. En el marco de la delegación de facultades a la que se refiere el artículo 1 de la presente Ley, el Poder Ejecutivo está facultado para legislar sobre las siguientes materias: [...]
>
> 2) En materia de gestión económica y competitividad, a fin de: […]
>
> c) Impulsar el desarrollo productivo y empresarial de las Micro, Pequeña y Mediana Empresas (MIPYME) y de los sectores de alto impacto de la economía nacional, mejorando el financiamiento y otorgamiento de garantías y similares, así como estableciendo una nueva regulación del régimen societario, de garantía mobiliaria y del régimen de contrataciones. Asimismo, promover la formalización laboral. **Estas disposiciones no implicarán restringir las competencias registrales y**

> **notariales; ni implicarán efectuar modificaciones sobre el régimen de las micro y pequeñas empresas (MYPE)** [énfasis añadido].

53. Al respecto, este Tribunal advierte que dicha disposición puede ser interpretada en dos sentidos válidamente atribuibles:

    i. **Primer sentido interpretativo**: que el siguiente enunciado "estas disposiciones no implicarán restringir las competencias registrales y notariales; ni implicarán efectuar modificaciones sobre el régimen de las micro y pequeñas empresas (MYPE)" es un límite extensible a *todo* el literal c) del inciso 2 del presente artículo;

    ii. **Segundo sentido interpretativo:** que dicho enunciado constituye únicamente un límite respecto a la "promoción de la formalización laboral".

54. Con relación a lo anterior, y a efectos de determinar cuál es el sentido interpretativo conforme a la Constitución por el cual correspondería optar, se debe recordar que el ejercicio de la delegación de facultades por parte del Poder Legislativo al Ejecutivo implica el cumplimiento de determinados objetivos que finalmente sustentan el ejercicio de la delegación.

55. Por ello, este Tribunal estima pertinente precisar cuál fue la finalidad de este pedido de delegación de facultades. Al respecto, el Poder Ejecutivo, a través del Oficio 076-2018-PR, del 2 de mayo de 2018, presentó al Congreso de la República el Proyecto de Ley 2791/2017-PE, en el cual solicitó facultades delegadas para "legislar en materia tributaria y financiera, de gestión económica y competitividad, de reconstrucción y cierre de brechas en infraestructura y servicios, de integridad y lucha contra la corrupción, de prevención y protección de personas en situación de violencia y vulnerabilidad y de modernización de la gestión del Estado".

56. En la exposición de motivos del proyecto de ley de delegación de facultades, se indicó que el objetivo consistía en "mejorar la competitividad a través de diversas medidas. Las medidas adoptadas implican ámbitos de la economía como son [...]; la promoción de las MYPE: [...]. Por lo tanto, se busca desarrollar plataformas de competitividad y fomentar estrategias para el desarrollo de los ámbitos señalados" (página 5 del proyecto de ley)[1]. El referido texto agregaba lo siguiente:

> Respecto a la promoción de las MYPE, las acciones a tomar son diversas como [...] impulsar y facilitar los créditos y el acceso a capitales de trabajo con una nueva normativa de garantías mobiliarias. [...] Por ello las garantías mobiliarias es una medida que es parte de las buenas prácticas internacionales señaladas por organismos como el Banco Mundial, la OEA y UNCITRAL para incrementar la profundidad del sistema financiero en el país.

1 Esta exposición de motivos se puede encontrar en <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL02791201805O2.pdf>, consultada el 18 de setiembre de 2020.

57. Asimismo, como medidas concretas en materia de gestión económica y competitividad, se plantearon las siguientes:

> [...], en primer lugar, se propone incrementar la demanda para MIPYME a través de las compras públicas [...].
>
> En segundo lugar, **fomentar la formalización de las empresas a través de un régimen simplificado y menos oneroso de constitución y de inscripción de actos societarios ("Sociedad Cerrada Simplificada")** así como de su liquidación y extinción, mediante: (i) la aplicación de tecnología informática (constitución y registro de actos societarios en línea) y (ii) la **intervención de fedatario de la SUNARP que sustituiría la intervención notarial.** En tercer lugar, se busca **impulsar el mercado de créditos y facilitar el acceso a capitales de trabajo para las MIPYMES, con la creación de una nueva normativa de garantías mobiliarias**, que se encontraran acordes con las buenas prácticas internacionales que actualmente el Banco Mundial, la OEA, UNCITRAL se encuentran promoviendo en los países de APEC y en Latinoamérica, Europa, Asia, y África.
>
> Para ello, se establecerá un régimen especial permanente de contratación que impulse la participación de las MYPE en las contrataciones públicas, a través del mecanismo de Núcleos Ejecutores, a cargo del Ministerio de la Producción; se creará un régimen simplificado para la constitución, inscripción, liquidación y extinción de empresas; se **regulará una nueva Ley de Garantía Mobiliaria** que reforme y derogue íntegramente la actual ley, redefiniendo el concepto de bienes muebles susceptibles de garantía inmobiliaria, el uso del *factoring* un sistema avisos electrónicos, entre otros. [...]" (p. 26) [énfasis añadido].

58. Como se puede apreciar mediante este proyecto de ley, el Poder Ejecutivo buscaba fomentar la formalización de las empresas a través de un régimen simplificado y menos oneroso de constitución y de inscripción de actos societarios, así como impulsar el mercado de créditos y facilitar el acceso a capitales de trabajo para las micro, pequeñas y medianas empresas con la creación de una nueva normativa de garantías mobiliarias. Asimismo, también planteaba sustituir la intervención notarial por un fedatario de la Sunarp.

59. Así, este Tribunal advierte que el primer sentido interpretativo no es conducente con la finalidad de la delegación de facultades. En efecto, si se optase por dicha interpretación, se llegaría a un escenario en el cual, formalmente, se otorgaron facultades para legislar en las materias previamente señaladas, pero sin poder efectuarlo según los objetivos inicialmente previstos y que se plasmaron en el correspondiente proyecto de ley autoritativa, lo cual implica que fueron oportunamente conocidos por el legislador.

60. Este Tribunal advierte que el referido escenario claramente no satisface las finalidades de la delegación de facultades porque conllevaría a considerar, de manera contradictoria,

que aquellas fueron otorgadas al Poder Ejecutivo, al menos formalmente, pero sin que este último pueda materializar su ejercicio, según las finalidades que motivaron la solicitud de delegación.

61. Ello es así por cuanto las facultades solicitadas claramente se destinaban a fomentar la formalización de las empresas a través de la creación de un régimen simplificado y menos costoso para la constitución, inscripción, liquidación y extinción de los actos societarios. Esto incluía claramente el reemplazo de la intervención notarial por la del fedatario de la Sunarp, así como el impulso del mercado crediticio y de acceso a capitales de trabajo para las mipymes a partir de una nueva normativa de garantías mobiliarias, lo cual implica, en algún sentido, modificar el régimen de las micro y pequeñas empresas.

62. En cambio, este Tribunal advierte que optar por la segunda interpretación no conlleva el escenario inconducente previamente descrito, pues implicaría que las pretendidas restricciones al Poder Ejecutivo no sean aplicables a las materias objeto de regulación. Con ello, se determinaría de manera clara y coherente el contenido normativo de esta delegación de facultades, de tal manera que las materias finalmente delegadas se corresponderían con las finalidades previstas para tal efecto.

63. Así, este Tribunal advierte que la frase "estas disposiciones no implicarán restringir las competencias registrales y notariales; ni implicarán efectuar modificaciones sobre el régimen de las micro y pequeñas empresas (MYPE)" no se debe interpretar como un límite a la legislación delegada realizada por el Poder Ejecutivo en materia del impulso del desarrollo productivo y empresarial de las mipyme "y de los sectores de alto impacto de la economía nacional, mejorando el financiamiento y otorgamiento de garantías y similares, así como estableciendo una nueva regulación del régimen societario, de garantía mobiliaria y del régimen de contrataciones" (Decreto Legislativo 1399).

64. En suma, este Tribunal debe precisar que la disposición establecida en el artículo 2.2, literal "c", relativa a la prohibición de restricción de competencias registrales y notariales, así como el impedimento relativo a la modificación del régimen de las micro y pequeñas empresas, no se refiere a la facultad de legislar conferida al Poder Ejecutivo para impulsar el desarrollo productivo y empresarial de las micro, pequeñas y medianas empresas y de los sectores de alto impacto de la economía nacional, a fin de mejorar el financiamiento y otorgamiento de garantías, o de establecer una nueva regulación societaria en materia de garantías mobiliarias y en el régimen de contrataciones, sino que únicamente alcanza a la promoción de la formalización laboral.

65. Por lo tanto, a continuación, este Tribunal realizará el control de constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas considerando las exigencias de la ley autoritativa, según lo interpretado *supra*.

3.2. SOBRE EL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD FORMAL DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS 1400 Y 1409

66. En primer lugar, en cuanto al plazo de delegación, este Tribunal advierte que la Ley Autoritativa 30823 se publicó en el diario oficial *El Peruano* el 19 de julio de 2018, la cual otorgó un plazo de 60 días calendario para la expedición de la legislación delegada.

67. Este órgano de control de la Constitución aprecia que los dos decretos legislativos cuestionados cumplen este requisito. Así, el Decreto Legislativo 1400 fue publicado el 10 de setiembre de 2018, en tanto que el Decreto Legislativo 1409, el 12 de setiembre del mismo año. Cabe concluir, entonces, que ambos decretos legislativos se expidieron antes de que transcurran los 60 días calendario dispuestos en la ley autoritativa.

68. En cuanto al contenido normativo de la delegación de facultades, este Tribunal estima que ello consistió concretamente en lo siguiente:

> Impulsar el desarrollo productivo y empresarial de las Micro, Pequeña y Mediana Empresas (MIPYME) y de los sectores de alto impacto de la economía nacional, mejorando el financiamiento y otorgamiento de garantías y similares, así como estableciendo una nueva regulación del régimen societario, de garantía mobiliaria y del régimen de contrataciones.

69. En atención a lo previamente expuesto, este Tribunal estima necesario analizar si cada uno de los decretos legislativos cuestionados ha sido regulado por el Poder Ejecutivo respetando los confines o alcances y límites de las materias delegadas a través de la ley autoritativa.

3.1.1. SOBRE LAS MATERIAS LEGISLADAS EN EL DECRETO LEGISLATIVO 1400

70. Corresponde comenzar señalando que la aprobación del Decreto Legislativo 1400 conllevó el establecimiento de un nuevo régimen de garantías mobiliarias y dejó sin efecto el establecido por la ley anterior, la Ley 28677.

71. De esta manera, el objetivo central de dicha norma ha sido regular el régimen y el sistema informativo de garantías mobiliarias. Mediante esta norma, se establece un concepto de lo que se debe entender por garantía mobiliaria y se determinan las figuras que están comprendidas en ella.

72. Asimismo, en la norma, se enumeran los tipos de bienes que son objeto de garantía mobiliaria y aquellos bienes que quedan excluidos de este régimen. También se desarrollan los alcances de la constitución de las garantías mobiliarias: los tipos de garantía mobiliaria, la extensión, la capacidad para constituir, el acto jurídico constitutivo, así como la modificación y cancelación de esta, además de la publicidad y prelación de las garantías mobiliarias.

73. Del mismo modo, en la norma, se ha establecido el SIGM. En este apartado, se han consignado las funciones de esta plataforma, los tipos de contratos que se pueden

inscribir en ella, la entidad encargada de administrarla y sus responsabilidades, así como las infracciones y responsabilidades de los usuarios frente a información errónea o inexacta.

74. Asimismo, se han abordado los alcances de la figura de la prelación, los derechos y las obligaciones de las partes (acreedor garantizado y deudor garante), la ejecución de las garantías mobiliarias, así como la suspensión o terminación de estas.

75. En todo caso, de la revisión de dicho cuerpo normativo, este Tribunal advierte que las materias más relevantes, en lo que aquí nos ocupa, son las relativas a la constitución de la garantía mobiliaria, el contenido del acto jurídico constitutivo de esta, el SIGM, así como la inscripción registral.

76. Este Tribunal advierte que la mención expresa del carácter optativo de la escritura pública para las partes se encuentra en el artículo 6, referido a la constitución de la garantía mobiliaria. En efecto, de acuerdo con los numerales 2 y 3 de dicho artículo:

> 6.2 Se denomina garantía mobiliaria con posesión o posesoria cuando se entrega la posesión del bien al acreedor garantizado o a un tercero depositario. Se constituye al momento en que el deudor garante entrega la posesión de los bienes en garantía al acreedor garantizado o a un tercero depositario designado por éste. *Dicha constitución debe constar por cualquier medio escrito que deje constancia de la voluntad de las partes bajo sanción de nulidad, el cual debe formalizarse mediante escritura pública, firmas legalizadas, firmas digitales o firmas manuscritas, según lo determinen las partes* [cursiva agregada].
>
> 6.3 Se denomina garantía mobiliaria sin posesión cuando el bien en garantía permanece en posesión del deudor garante o de un tercero. *Se constituye mediante acto jurídico constitutivo, por cualquier medio escrito que deje constancia de la voluntad de las partes bajo sanción de nulidad, debiendo formalizarse mediante escritura pública, firmas legalizadas, firmas digitales o firmas manuscritas, según lo determinen las partes* [cursiva agregada].

77. De esta manera, una de las opciones a las que pueden recurrir las partes para la constitución de la garantía mobiliaria, sea posesoria o sin posesión, es la escritura pública expedida por el notario. Si bien se trata de una alternativa entre otras, se debe precisar que elegir una de estas alternativas es un requisito de validez de dicho acto jurídico, toda vez que la propia norma sanciona su inobservancia con el remedio de la nulidad.

78. Asimismo, con relación a los artículos 19.1, 24.1 y 29 del Decreto Legislativo 1400, se debe precisar que regulan parcialmente el SIGM, que es una plataforma de publicidad, de índole voluntaria, donde se registran los avisos electrónicos para la publicidad de las garantías mobiliarias constituidas en el régimen del mencionado decreto.

79. Además, en cuanto al artículo 27.1 del Decreto Legislativo 1400, que establece que "el SIGM no tiene ningún tipo de calificación, se organiza bajo un sistema de folio personal en atención al deudor garante; funciona con base en un sistema de

prepago", este Tribunal advierte que dicha disposición no se debe confundir con la publicidad voluntaria que realiza este sistema con el registro de los actos inscribibles en la Sunarp.

80. En efecto, de acuerdo con el artículo 28 de la disposición cuestionada:

> Artículo 28. Independencia del SIGM respecto del Registro Jurídico de Bienes
>
> 28.1 Las disposiciones del presente Decreto Legislativo se aplican, únicamente, para publicitar lo que ella regula. *Cuando se requiera que el título de propiedad del bien mueble sea inscrito en el Registro Jurídico de Bienes, dicha inscripción debe llevarse a cabo de conformidad con la legislación de la materia*. El SIGM no otorga derechos de propiedad, por ser un registro de avisos electrónicos sin calificación registral.
>
> 28.2 Por ningún motivo la información contenida en el SIGM es sustento de calificación registral de un título presentado en el Registro Jurídico de Bienes.

81. En suma, luego de la revisión previamente realizada, se puede advertir que el Poder Ejecutivo ha legislado sobre las materias delegadas por el Congreso de la República en estricto cumplimiento del marco establecido en la ley autoritativa. Ello se advierte en la medida en que el Decreto Legislativo 1400 ha regulado un nuevo régimen de garantías mobiliarias respetando los confines de las materias delegadas, según lo establecido *supra.*

82. En vista de lo previamente explicado, este Tribunal concluye que el aludido decreto legislativo ha cumplido el contenido normativo de la delegación que se desprende del artículo 2, inciso 2, literal "c", de la ley autoritativa.

83. Por lo tanto, corresponde desestimar la demanda en el referido extremo.

3.2.2. SOBRE LAS MATERIAS LEGISLADAS EN EL DECRETO LEGISLATIVO 1409

84. En segundo lugar, en cuanto al Decreto Legislativo 1409, este Tribunal advierte que dicha norma regula un régimen societario alternativo de responsabilidad limitada para la micro, pequeña y mediana empresa, denominado Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada, en el cual no intervienen los notarios.

85. En efecto, el artículo 4 de dicho Decreto Legislativo, ha establecido lo siguiente:

> La SACS se constituye por el acuerdo privado de dos (02) o hasta veinte (20) personas naturales, quienes son responsables económicamente hasta por el monto de sus respectivos aportes, salvo en los casos de fraude laboral cometido contra terceros y sin perjuicio de la legislación vigente en materia de obligaciones tributarias.

86. Se trata de una norma que es alternativa e independiente a la establecida en la Ley General de Sociedades y que establece requisitos diferenciados para la constitución de las empresas.

87. Este Tribunal advierte que el Decreto Legislativo 1409 crea un nuevo régimen que tiene como finalidad impulsar el desarrollo productivo y empresarial de las micro, pequeñas y medianas empresas.

88. En dicho decreto legislativo, se han establecido reglas sobre la constitución de la personalidad jurídica correspondiente a este nuevo régimen, sobre la responsabilidad en la existencia y veracidad de la información proporcionada en los documentos solicitados para tal fin, sobre los alcances y procedimientos para la calificación e inscripción de la constitución de este régimen en el registro de personas jurídicas de la Sunarp, así como la posibilidad de su transformación en otra forma societaria.

89. Este Tribunal advierte que dicho marco legal busca ofrecer una opción de formalización a las actividades económicas de las personas naturales y, de esta manera, impulsar el desarrollo económico, productivo y empresarial de las mypes a través de la SACS.

90. Asimismo, corresponde destacar las disposiciones establecidas con miras a la inscripción registral, así como la aplicación supletoria de la Ley General de Sociedades, específicamente en lo relativo a las normas correspondientes a las sociedades anónimas cerradas.

91. Este Tribunal advierte, luego de la revisión general del decreto legislativo impugnado, según lo expresado previamente, que las reglas que establece respetan los confines de las materias delegadas a través de la ley autoritativa. En efecto, dicha norma ha determinado una figura societaria con la finalidad de impulsar el desarrollo productivo y empresarial de las micro, pequeñas y medianas empresas, lo cual se ha materializado a través de la creación de las SACS.

92. Por consiguiente, la regulación contenida en el Decreto Legislativo 1409 ha respetado los confines de las materias delegadas que se desprenden del artículo 2 inciso 2, literal "c", de la ley autoritativa.

93. Por tales consideraciones, corresponde desestimar la demanda en dicho extremo.

4. SOBRE EL ALEGADO VICIO DE INCONSTITUCIONALIDAD MATERIAL

94. Los demandantes también cuestionan las disposiciones impugnadas por considerar que vulneran el principio constitucional implícito de seguridad jurídica.

95. Por su parte, el procurador del Poder Ejecutivo argumenta que las normas cuestionadas generan un mecanismo legal que, garantizando la seguridad jurídica, permite decidir a los particulares si solicitan los servicios notariales, lo cual no contradice la Constitución.

96. Ahora bien, con relación al principio de seguridad jurídica, este Tribunal ha sostenido en la Sentencia 0016-2002-PI/TC lo siguiente:

> La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho" (STCE 36/1991, FJ 5). El principio *in comento* no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la "predecible" reacción, sea para garantizar la permanencia del *statu quo*, porque así el derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal. Así pues, como se ha dicho, *la seguridad jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside.* Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución, aunque se concretiza con meridiana claridad a través de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general, como la contenida en el artículo 2°, inciso 24, parágrafo a) ("Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido se hacer lo que ella no prohíbe"), y otras de alcances más específicos, como las contenidas en los artículos 2°, inciso 24, parágrafo d) ("Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley") y l39°, inciso 3, ("Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación") (fundamentos 3 y 4).

97. De esta manera, lo que protege dicho principio constitucional es que los poderes públicos, en su actuación, no defrauden las expectativas razonables de los ciudadanos. En el ámbito de las modificaciones normativas, implica que estas se realicen conforme al orden jurídico-constitucional vigente, esto es, que no vulneren la Constitución.

98. Al respecto, cabe recordar que este Tribunal, en variada jurisprudencia, ha enfatizado que un principio consustancial del ordenamiento jurídico es el de libre configuración de la ley a cargo del legislador democrático.

99. En efecto, según este principio, el legislador es el llamado a definir los marcos de regulación generales en el Estado social y democrático de derecho. En tal sentido, este goza de una amplia reserva legal como instrumento de la formación de la voluntad política en las diversas materias jurídicas. Sin embargo, dicha capacidad de configuración se encuentra limitada por los principios, las reglas y los valores constitucionales, de tal manera que la voluntad política expresada en la ley se debe desenvolver dentro de las fronteras jurídicas de la Constitución.

100. Puede resultar discutible si las opciones adoptadas por el Poder Ejecutivo en los decretos legislativos cuestionados son las más adecuadas y eficientes para alcanzar la finalidad que se propone. Sin embargo, en todo caso, respetan los confines de las materias delegadas a través de la ley autoritativa, como ya se resolviera *supra*. Sin perjuicio de lo dicho, el Congreso de la República podrá controlar y, eventualmente, modificar o derogar el contenido normativo de dichos decretos legislativos.

101. Por otra parte, se debe tener en cuenta que la defensa del principio constitucional de seguridad jurídica, en ninguna circunstancia, puede conllevar la negación de carácter dinámico del ordenamiento como tampoco la posibilidad de que las instituciones jurídicas, así como los correspondientes derechos y obligaciones que estas comprenden, queden perennizadas en el tiempo.

102. Efectivamente, del hecho de que el legislador modifique el ordenamiento jurídico no se deriva afectación alguna del principio de seguridad jurídica, salvo que se trate de normas que contradigan la Constitución.

103. En el presente caso, se advierte que ambos decretos legislativos no solamente han observado los límites de la legislación delegada, de acuerdo con lo establecido previamente, sino que, además, no contienen disposiciones que en, principio, de manera manifiesta y según lo advertido en los argumentos de los demandantes, menoscaben los principios, las reglas y los valores constitucionales, más allá de su disconformidad con dicha nueva regulación.

104. A ello, se debe añadir que, en el caso del Decreto Legislativo 1409, propiamente no existía una regulación precedente que versara sobre las mismas materias, y respecto de la cual la expedición del aludido decreto pudiera constituir un cambio intempestivo y arbitrario.

105. En efecto, el régimen SACS es un nuevo régimen legal alternativo e independiente que propone requisitos diferenciados para la constitución de las empresas. Al ser un régimen nuevo e independiente, no puede afirmarse válidamente que con su expedición se restringen competencias (notariales y registrales) preexistentes. Antes bien, este Tribunal advierte que no se puede afectar jurídicamente una competencia que previamente no se tiene.

106. Por ello, este Tribunal advierte que no se ha producido una incidencia negativa y directa en el principio constitucional de seguridad jurídica independientemente de que las medidas adoptadas se puedan considerar mejores o peores desde la perspectiva económica o política. Esta es una evaluación que no se puede realizar por la vía del proceso de inconstitucionalidad.

107. Por último, este Tribunal tampoco observa que las disposiciones cuestionadas hayan incurrido en una omisión proscrita por la norma fundamental, toda vez que la regulación sobre la intervención del notario público en la constitución de la garantía mobiliaria y de las SACS no es de naturaleza constitucional, sino legal. Ello sin perjuicio

de considerar, como se ha concluido *supra*, que dicha regulación no ha conculcado el principio de seguridad jurídica.

108. Por lo tanto, dicha omisión no resulta una materia controlable jurisdiccionalmente en el marco de un proceso de inconstitucionalidad.

109. Así, y en la medida en que este Tribunal no advierte propiamente una incidencia negativa y manifiesta en el principio de seguridad jurídica, corresponde desestimar la demanda en el aludido extremo.

III. FALLO

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Legislativo 1400, que aprueba el régimen de garantía mobiliaria, y el Decreto Legislativo 1409, que promociona la formalización y dinamización de micro, pequeña y mediana empresa mediante el régimen societario alternativo denominado Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada.

Publíquese y notifíquese.

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

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la opinión de nuestros colegas magistrados, emitimos el presente voto pues, si bien concordamos con la ponencia en que la demanda es infundada, no compartimos todos sus fundamentos, en especial los que van del párrafo 53 al 65.

El demandante considera que las normas impugnadas "restringen las competencias notariales" básicamente por lo siguiente:

- **Decreto Legislativo 1400:** Porque dispone que la garantía mobiliaria puede formalizarse no sólo por escritura pública o firmas legalizadas, sino también mediante "firmas digitales o firmas manuscritas, según lo determinen las partes" (artículo 6).
- **Decreto Legislativo 1409**: Porque la nueva persona jurídica que esta norma crea, denominada "Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada", no requiere para su constitución de la intervención de un notario, ya que se constituye por documento privado y para su inscripción son necesarias firmas digitales (artículos 6 y 9).

La Ley del Notariado (Decreto Legislativo 1049) señala cuáles son las competencias notariales (artículo 2):

> El notario es el profesional del derecho que está autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran. Para ello formaliza la voluntad de los otorgantes, redactando los instrumentos a los que confiere autenticidad, conserva los originales y expide los traslados correspondientes.
>
> Su función también comprende la comprobación de hechos y la tramitación de asuntos no contenciosos previstos en las leyes de la materia.

Los decretos legislativos impugnados en nada restringen estas competencias notariales. Los notarios pueden continuar haciendo todo lo que indica la Ley del Notariado aquí citada: dar fe de actos y contratos que ante ello se celebren, comprobar hechos, etc.

En efecto, el Decreto Legislativo 1400 no restringe dichas competencias. Lo que hace es permitir que la formalización de la garantía mobiliaria no sólo se haga a través de los notarios.

Tampoco las restringe el Decreto Legislativo 1409, pues este crea un nuevo tipo de sociedad para cuya constitución no se necesita de la intervención de un notario. Es decir, el Decreto Legislativo 1409 no restringe competencia notarial alguna respecto de esta persona jurídica, sencillamente porque antes este tipo sociedad no existía.

Por ello, podemos concluir que los decretos legislativos impugnados han respetado el marco de la ley autoritativa (Ley 30823) y, por tanto, no son inconstitucionales.

Distinta situación se presentaría si la ley autoritativa hubiera dicho, por ejemplo, que en el nuevo régimen societario y de garantía inmobiliaria *siempre debían intervenir los notarios*. Pero el caso es que la ley autoritativa no se expresó en estos términos.

En nuestra opinión, el demandante da propiamente argumentos sobre la conveniencia de la regulación impugnada y no sobre su inconstitucionalidad. En efecto, en opinión del demandante, sería mejor que los notarios intervengan siempre en la constitución de la garantía mobiliaria (Decreto Legislativo 1400) y en el nuevo tipo de persona jurídica creado por el Decreto Legislativo 1409. Pero lo que nos parece inconveniente no es necesariamente inconstitucional.

S.
FERRERO COSTA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

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

Delimitación del Petitorio

1. El demandante cuestiona la constitucionalidad del Decreto Legislativo 1400, que aprueba el régimen de garantía mobiliaria, publicado el 12 de setiembre de 2018 en el diario oficial *El Peruano*, y del Decreto Legislativo 1409, que promociona la formalización y dinamización de la micro, pequeña y mediana empresa mediante el régimen societario alternativo denominado Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada, publicado el 12 de setiembre de 2018 en el diario oficial *El Peruano*, al haber incurrido presuntamente en vicios de forma, por cuanto habría excedido el marco de la delegación de facultades previsto en la ley autoritativa, y en vicios de fondo, al contravenir el principio constitucional de seguridad jurídica. Nuestro análisis se centrará en los vicios de fondo.

2. Ahora bien, conviene precisar que dentro del parámetro del control de constitucionalidad de las mencionadas disposiciones normativas encontramos la Ley 30823 (Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de gestión económica y competitividad, de integridad y lucha contra la corrupción, de prevención y protección de personas en situación de violencia y vulnerabilidad y de modernización de la gestión del Estado), en tanto es el documento normativo habilitante de facultades legislativas. En esa línea, la disposición normativa en la que se centra la materia en litis corresponde a la siguiente:

   > **Artículo 2.-** Materia de la delegación de facultades legislativas. En el marco de la delegación de facultades a la que se refiere el artículo 1 de la presente Ley, el Poder Ejecutivo está facultado para legislar sobre las siguientes materias: [...]
   >
   > 2) En materia de gestión económica y competitividad, a fin de: […]
   >
   > c) Impulsar el desarrollo productivo y empresarial de las Micro, Pequeña y Mediana Empresas (MIPYME) y de los sectores de alto impacto de la economía nacional, mejorando el financiamiento y otorgamiento de garantías y similares, así como estableciendo una nueva regulación del régimen societario, de garantía mobiliaria y del régimen de contrataciones. Asimismo, promover la formalización laboral. **Estas disposiciones no implicarán restringir las competencias registrales y notariales; ni implicarán efectuar modificaciones sobre el régimen de las micro y pequeñas empresas (MYPE)** [énfasis añadido].

3. Sobre dicha disposición normativa, se ha advertido que es posible atribuirle dos sentidos interpretativos:

   i. **Primer sentido interpretativo**: que el siguiente enunciado "estas disposiciones no implicarán restringir las competencias registrales y notariales; ni implicarán efectuar modificaciones sobre el régimen de las micro y pequeñas empresas (MYPE)" es un límite extensible a *todo* el literal c) del inciso 2 del presente artículo;

   ii. **Segundo sentido interpretativo:** que dicho enunciado constituye únicamente un límite respecto a la "promoción de la formalización laboral".

4. No obstante, la teoría de las normas nos indica que las palabras y, por tanto, las oraciones adolecen de ambigüedad semántica, máxime si son disposiciones constitucionales, en tanto salvaguardan derechos constitucionales y/o bienes constitucionales que tienen mandatos generales, precisamente, porque se busca tutelar la mayor cantidad de supuestos.

5. En ese sentido, considero que no debemos limitarnos a los dos posibles sentidos interpretativos, sino que resulta plausible varias interpretaciones. Cuestión distinta es que de varios sentidos interpretativos, únicamente se decante por dos o tres que el juzgador considere *válidas*.

6. En efecto, el enunciado normativo: "Estas disposiciones no implicarán restringir las competencias registrales y notariales; ni implicarán efectuar modificaciones sobre el régimen de las micro y pequeñas empresas (MYPE)", puede ser un límite para varias disposiciones normativas, por ejemplo:

   a. Impulsar el desarrollo productivo y empresarial de las Micro, Pequeña y Mediana Empresas (MIPYME) y de los sectores de alto impacto de la economía nacional, mejorando el financiamiento y otorgamiento de garantías y similares, así como estableciendo una nueva regulación del régimen societario, de garantía mobiliaria y del régimen de contrataciones. Asimismo, promover la formalización laboral.

   b. Impulsar el desarrollo productivo y empresarial de las Micro, Pequeña y Mediana Empresas (MIPYME) y de los sectores de alto impacto de la economía nacional, ***mejorando el financiamiento de garantías***.

   c. Impulsar el desarrollo productivo y empresarial de las Micro, Pequeña y Mediana Empresas (MIPYME) y de los sectores de alto impacto de la economía nacional, ***mejorando el otorgamiento de garantías y similares***.

   d. Impulsar el desarrollo productivo y empresarial de las Micro, Pequeña y Mediana Empresas (MIPYME) y de los sectores de alto impacto de la economía nacional, ***mejorando el financiamiento y otorgamiento de garantías***.

7. Como es posible advertir, las *normas* que se pueden extraer son varias, más aún si las que hemos señalado no son las únicas factibles de extracción. Por ello, es conveniente buscar otras técnicas interpretativas que nos permitan llegar al mismo puerto.

8. Una de estas técnicas nos puede llevar a analizar únicamente la expresión "Estas disposiciones no implicarán restringir las competencias registrales y notariales". Claramente, esta disposición se puede entender como una restricción al posible menoscabo de las competencias registrales y notariales al momento de ejercer las facultades legislativas. Entre las principales diferencias entre la legislación anterior y la vigente se puede encontrar que (i) la presencia del notario a fin de constituir la garantía mobiliaria no resulta obligatoria, sino facultativa (ii) se elimina en el control de legalidad por parte de los registradores en materia de garantías mobiliarias y (iii) se crea un régimen alternativo a lo regulado por la Ley General de Sociedades denominado como Sociedades Cerradas Simplificadas, mediante el cual no se requiere la presencia de un notario para la constitución de la personería jurídica.

9. En primer lugar, en cuanto al Decreto legislativo 1400, que tiene por objeto regular el régimen de garantía mobiliaria, se posibilita que los privados no solo tengan que recurrir a un notario, de forma obligatoria, sino que se introduce una regulación facultativa. Ello en el sentido de que deja a la autonomía de la voluntad de los privados optar entre recurrir a un notario u otro mecanismo a fin de formalizar las garantías mobiliarias:

   Artículo 6. Constitución de la garantía mobiliaria

   6.1 La garantía mobiliaria puede darse con posesión o sin posesión del bien en garantía. Asimismo, cualquiera de los casos anteriores puede o no contar con un contrato de control por parte del acreedor garantizado sobre los bienes en garantía.

   6.2 Se denomina **garantía mobiliaria con posesión o posesoria** cuando se entrega la posesión del bien al acreedor garantizado o a un tercero depositario. Se constituye al momento en que el deudor garante entrega la posesión de los bienes en garantía al acreedor garantizado o a un tercero depositario designado por éste. Dicha constitución debe constar por cualquier medio escrito que deje constancia de la voluntad de las partes bajo sanción de nulidad, el cual **debe formalizarse mediante escritura pública, firmas legalizadas, firmas digitales o firmas manuscritas, según lo determinen las partes.**

   6.3 Se **denomina garantía mobiliaria sin posesión** cuando el bien en garantía permanece en posesión del deudor garante o de un tercero. Se constituye mediante acto jurídico constitutivo, por cualquier medio escrito que deje constancia de la voluntad de las partes bajo sanción de nulidad, debiendo **formalizarse mediante escritura pública, firmas legalizadas, firmas digitales o firmas manuscritas, según lo determinen las partes**. [Énfasis agregado]

10. Así, es posible sostener que esta disposición normativa no vacía de contenido a las competencias de los notarios, pues faculta a los interesados a decidir si recurren o no a los notarios.

11. Por otro lado, en cuanto al decreto legislativo 1409, mediante el artículo 2 se establece como finalidad lo siguiente:

La creación del régimen de Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada tiene por finalidad promover una alternativa de formalización de actividades económicas de las personas naturales e impulsar con ello el desarrollo productivo y empresarial de la micro, pequeña y mediana empresa.

12. En relación a ello, dicho régimen no requiere la presencia de los notarios a fin de constituir la persona jurídica. Ello, no excede los límites establecidos por la ley autoritativa, ya que no se recorten o desconocen las competencias del régimen notarial. Al contrario, se establece una nueva regulación que pretende adecuarse a las necesidades que requiere las micro, pequeñas y mediana empresa para su constitución, inscripción, liquidación y extinción. Particularidades que no se ajustan a la regulación establecida en la Ley General de Sociedades.

13. En síntesis, las facultades solicitadas tienen como objetivo establecer un régimen simplificado y menos costoso. Así, se prioriza la autonomía de la voluntad de los privados a fin optar el mecanismo que se ajuste a su realidad. La intervención notarial tanto en el régimen de Sociedad por Acciones cerradas, como para constituir las garantías mobiliarias será de carácter facultativo y no obligatorio; es decir, las competencias notariales coexistirán con un nuevo mecanismo a cargo de los fedatarios de la Sunarp.

S.
MIRANDA CANALES

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente fundamento porque, si bien comparto lo finalmente resuelto en la ponencia, considero necesario formular algunas consideraciones adicionales.

De la revisión del escrito de demanda, advierto que uno de los argumentos centrales del recurrente gira en torno a las modificaciones que se efectuaron respecto de la legislación anterior. De manera concreta, resalta que las disposiciones ahora derogadas establecían la participación obligatoria del notario para la constitución de garantías nobiliarias. Del mismo modo, alega que, en virtud del Decreto Legislativo 1409, únicamente se requerirá un documento privado para la constitución de una sociedad por acciones cerrada simplificada (SACS), lo cual vulnera principios como el de seguridad jurídica.

Al respecto, considero importante mencionar que, si bien este Tribunal se constituye como el supremo intérprete de la Constitución, ello no supone que pueda efectuar controles de elevada intensidad en relación con todas las medidas adoptadas por los órganos de representación política. En efecto, no debe olvidarse el amplio margen de configuración del que estas entidades gozan para el diseño y configuración de diversas políticas públicas. Esto supone que a este Tribunal le corresponda enjuiciar solo aquellas medidas que, sin margen de dudas, puedan suponer alguna vulneración de los derechos, bienes y principios reconocidos en nuestra fundamental. Del mismo modo, un corolario de esta especial deferencia es, precisamente, que estas entidades cuenten con un considerable espectro de alternativas sobre las que puedan desarrollar sus respectivos proyectos.

En ese sentido, puede ser objeto de discusión si es que la legislación anterior era o no más conveniente o si es que, de una u otra forma, podía generar, en los hechos, un nivel más elevado de seguridad jurídica en relación con las diversas transacciones en las que se aplicaba. Estimo que esas deliberaciones deben ser apreciadas y enjuiciadas, en principio, por los órganos de representación política. Ciertamente, cualquier alteración de la ley -sobre todo si ello conlleva la modificación de diversas reglas de juego- puede generar importantes discusiones en torno a la oportunidad de su aprobación, pero de ello no es posible colegir -al menos no en todos los escenarios- que nos encontremos frente a un posible supuesto de inconstitucionalidad.

En este mismo orden de ideas, entiendo que, en esta clase de cuestiones, suelen invocarse, a su vez, diversos principios que justifican la aprobación de modificaciones legislativas. Una de ellas puede ser la de la aceleración del tráfico mercantil, o la de agilizar y fomentar el acceso a créditos. Estas son finalidades que, evidentemente, no se encuentran previstas explícitamente en la Constitución, pero de ello no puede desprenderse que se traten de propósitos ilegítimos o vedados. En nuestra jurisprudencia hemos adoptado una versión considerablemente flexible respecto de los propósitos que puede perseguir la autoridad

política. Esto supone que no hemos exigido que ellos se extraigan, directamente, de la propia norma fundamental, sino que es suficiente con que se encuentren habilitados por la ley y que, claro está, no sean manifiestamente contrarios con derechos o principios constitucionales. Fuera de este escenario, las autoridades cuentan con un amplio margen de configuración respecto de las medidas a implementar.

Finalmente, también advierto que las disposiciones impugnadas no están *impidiendo* la intervención de notarios en esta clase de asuntos. En efecto, las partes podrán acordar, si ellas así lo desean, su participación. Este sí sería un escenario en el que, seguramente, este Tribunal mayores razones para evaluar alguna posible declaración de inconstitucionalidad. Al no ser este el caso, comparto lo finalmente resuelto en la ponencia, la cual declara como infundada la demanda.

S.
RAMOS NÚÑEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto en el proyecto de sentencia. Sin embargo, considero necesario señalar lo siguiente:

1. En el presente caso se encuentra que normas invocadas han sido incorporadas al ordenamiento jurídico, pero con efectos diferidos o pendiente de ser aplicada. Sin embargo, la disposición cuestionada se encuentra vigente, es decir, es una norma jurídicamente existente, cuestión distinta a si esta es a la vez aplicable.

2. La vigencia (existencia) de la norma es requisito para su impugnación a través del proceso de inconstitucionalidad, tal como indiqué en mi voto singular en el caso Puerto Manoa (STC Exp. n.° 00016-2018-AI), criterio que no fue seguido por la mayoría de mis colegas. Y dicha vigencia hay que diferenciarla de la aplicabilidad de una norma, tal como se hace ahora. De este modo, valga precisar aquí, tenemos normas que no están vigentes en nuestro sistema (no forman parte de él) y, sin embargo, son aplicables (v. gr. legislación penal derogada, que debe aplicarse ultraactivamente por ser más favorable al reo), así como no normas vigentes pero que no son aplicables (como ocurre en este caso, normas en situación de *vacatio legis*).

3. Por otra parte, con respecto de la inconstitucionalidad material alegada, la Constitución puede ser entendida como un "orden marco" a efectos de evaluar si una norma de rango legal es contraria a su contenido o no. De este modo, tan solo debe declararse inconstitucional una determinada regulación si contraviene lo constitucionalmente prohibido o lo constitucionalmente obligatorio. En este caso, las alegaciones están encaminadas a mostrar la supuesta impertinencia de la regulación, es decir, básicamente muestran el desacuerdo de los demandantes con lo legislado, pero no la inconstitucionalidad de la regulación.

4. Por último, reitero como en otras ocasiones que nuestra responsabilidad como jueces constitucionales incluye pronunciarse con resoluciones comprensibles, y a la vez, rigurosas técnicamente. Si no se toma en cuenta ello, el Tribunal Constitucional falta a su responsabilidad institucional de concretización de la Constitución, pues debe hacerse entender a cabalidad en la compresión del ordenamiento jurídico conforme a los principios, valores y demás preceptos de esta misma Constitución.

5. En ese sentido, encuentro que en el presente proyecto se hace alusiones tanto a "afectaciones" y similares para referirse a "vulneraciones". Al respecto, es necesario precisar que, en rigor conceptual, ambas nociones son diferentes. Por una parte, se hace referencia a "intervenciones" o "afectaciones" iusfundamentales cuando, de manera genérica, existe alguna forma de incidencia o injerencia en el contenido constitucionalmente

protegido de un derecho, la cual podría ser tanto una acción como una omisión, podría tener o no una connotación negativa, y podría tratarse de una injerencia desproporcionada o no. Así visto, a modo de ejemplo, los supuestos de restricción o limitación de derechos fundamentales, así como muchos casos de delimitación del contenido de estos derechos, pueden ser considerados *prima facie*, es decir, antes de analizar su legitimidad constitucional, como formas de afectación o de intervención iusfundamental.

6. Por otra parte, se alude a supuestos de "vulneración", "violación" o "lesión" al contenido de un derecho fundamental cuando estamos ante intervenciones o afectaciones iusfundamentales negativas, directas, concretas y sin una justificación razonable.

S.
ESPINOSA SALDAÑA BARRERA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
ERNESTO BLUME FORTINI

Con el debido respeto por mis colegas Magistrados, considero que la demanda de inconstitucionalidad que da origen al caso de autos, por la que se cuestionan los Decretos Legislativos 1400 y 1409, es **FUNDADA**, por haberse incurrido en infracción formal de la Constitución.

Fundamento mi posición en las siguientes razones:

1. El artículo 104 de nuestra Carta Constitucional establece literalmente que *"El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y el plazo determinados en la ley autoritativa"*.

2. Así, la expedición de los decretos legislativos se produce como consecuencia del ejercicio de dos tipos de competencias:

   2.1 La competencia legislativa del Congreso de la República de delegar en el Poder Ejecutivo, mediante ley expresa, la facultad de legislar sobre materia específica en un plazo determinado (competencia legislativa delegativa); habilitándolo a dictar decretos legislativos, los cuales poseen rango de ley.

   2.2 La competencia legislativa del Poder Ejecutivo, ejercida por delegación expresa del Congreso, mediante decretos legislativos, con rango de ley (competencia legislativa delegada); la cual está condicionada a la expedición de ley autoritativa del Congreso de la República.

3. Obsérvese que, tal como ocurre en la mayoría de los actuales sistemas constitucionales, en nuestro ordenamiento jurídico constitucional si bien el titular originario de la función legislativa es el Congreso de la República (artículo 102, inciso 1 de la Constitución), dicha función también puede ser desarrollada excepcionalmente por el Poder Ejecutivo, vía una delegación explícita y específica de facultades, sin que el Legislativo abdique de su función, expresamente encomendada por la propia Constitución.

4. Empero, debe precisarse que los decretos legislativos solo deben desarrollar las materias especificadas en la ley autoritativa correspondiente, las cuales, además, deben ser *interpretadas de manera restrictiva*, más aún cuando se trata de aspectos particularmente especializados, como, por ejemplo, los referidos a las competencias registrales y notariales.

5. Las delegaciones genéricas o imprecisas volverían virtualmente inútil el propio sentido o utilidad de la ley autoritativa que, precisamente, existe para definir qué es lo que se

delega y qué es lo que se deja fuera del ámbito de la delegación. De lo contrario, bastaría apelar a los membretes o materias genéricas para que todo tipo de regulación por parte del Poder Ejecutivo sea posible.

6. En el presente caso, no se observa que la Ley Autoritativa N° 30823 haya establecido una específica delegación de facultades al Poder Ejecutivo para modificar las normas relativas a las competencias tanto registrales como notariales, por lo que a mi juicio los Decretos Legislativos 1400 (mediante el cual se aprueba el régimen de garantía mobiliaria) y 1409 (mediante el cual se promociona la formalización y dinamización de la micro, pequeña y mediana empresa mediante el régimen societario alternativo denominado Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada) resultan ser inconstitucionales por la forma, pues han excedido notoriamente el ámbito de las facultades para legislar en materia tributaria y financiera otorgadas mediante la precitada Ley N° 30823.

7. Para mayor ilustración, corresponde señalar que tal ley autoritativa, en materia de gestión económica y competitividad, delegó expresamente las siguientes facultades:

> ***"Artículo 2. Materias de la delegación de facultades legislativas***
>
> *En el marco de la delegación de facultades a la que se refiere el artículo 1 de la presente ley, el Poder Ejecutivo está facultado para legislar sobre las siguientes materias:*
>
> 2) En materia de gestión económica y competitividad, a fin de:
>
> a) Modificar los parámetros de actualización de las bandas de precios de los productos afectos al Fondo para la Estabilización de Precios de Combustibles Derivados del Petróleo con el objeto de otorgar una mayor frecuencia y magnitud de actualización; permitir la realización de futuros cambios de los parámetros de actualización de las bandas mediante decreto supremo; y establecer una fuente de financiamiento complementaria que permita fortalecer y hacer sostenible el Fondo para cumplir con las obligaciones generadas.
>
> b) Rediseñar el Fondo de Promoción a la Inversión Pública y Local (FONIPREL) para Integrar al Fondo para la Inclusión Económica en Zonas Rurales (FONIE) de modo que se adecúe a lo señalado por el Decreto Legislativo 1252, Decreto Legislativo que crea el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones y deroga la Ley 27293, Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública, así como facilitar el proceso de liquidación de proyectos a los gobiernos regionales y locales, y la continuidad de inversiones.
>
> c) Impulsar el desarrollo productivo y empresarial de las Micro, Pequeña y Mediana Empresas (MIPYME) y de los sectores de alto impacto de la economía nacional, mejorando el financiamiento y otorgamiento de garantías y similares, así como estableciendo una nueva regulación del régimen societario, de garantía mobiliaria y del régimen de contrataciones. Asimismo, promover la

formalización laboral. Estas disposiciones no implicarán restringir las competencias registrales y notariales; ni implicarán efectuar modificaciones sobre el régimen de las micro y pequeñas empresas (MYPE).

d) Actualizar el Decreto Legislativo 1053, Ley General de Aduanas, y la Ley 28008, Ley de los Delitos Aduaneros, a fin de adecuarlas a estándares internacionales, agilizar el comercio exterior y hacer eficiente la seguridad de la cadena logística y preservarla, incluyendo aspectos de recaudación, obligación tributaria aduanera y sistema de infracciones, cautelando el respeto a los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano.

e) Armonizar las actividades de pesca y acuicultura en sus diferentes modalidades y fortalecer los mecanismos de formalización, supervisión, sanción e interdicción.

f) Incluir en la aplicación de la Ley 27360, Ley que Aprueba las Normas de Promoción del Sector Agrario, a las actividades acuícolas y de manejo y aprovechamiento forestal y de fauna silvestre.

g) Modificar la Ley 28044, Ley General de Educación, a fin de elaborar el marco normativo integral que regule la organización, gobierno, régimen académico, perfil directivo y docente idóneo para la gestión de los centros de educación técnico-productiva, para fortalecer la educación técnico-productiva para elevar la empleabilidad y competitividad, especialmente de los jóvenes, sin que ello implique flexibilización de las normas en materia laboral.

h) Optimizar la regulación del transporte en todas sus modalidades facilitando el cabotaje nacional e internacional de carga y pasajeros mediante la aprobación de una norma que regule íntegramente el fomento del cabotaje, así como mediante la modificación de la Ley 27261, Ley de Aeronáutica Civil del Perú, del Decreto Legislativo 714, declaran de interés nacional al transporte multimodal internacional de mercancías y aprueban normas correspondientes, y el Decreto Legislativo 1053, Ley General de Aduanas, en materia de transporte multimodal."

8. Lo que esta última norma únicamente ha señalado y de manera genérica, es que se puede legislar con miras a "Impulsar el desarrollo productivo y empresarial de las Micro, Pequeña y Mediana Empresas (MIPYME) y de los sectores de alto impacto de la economía nacional, mejorando el financiamiento y otorgamiento de garantías y similares, así como estableciendo una nueva regulación del régimen societario, de garantía mobiliaria y del régimen de contrataciones. Asimismo, promover la formalización laboral" (inciso d). Sin embargo, esto, como se ha explicado, no puede ser interpretado extensivamente, tanto más cuando la misma citada norma enfáticamente ha establecido que *"Estas disposiciones no implicarán restringir las competencias registrales y notariales; ni implicarán efectuar modificaciones sobre el régimen de las micro y pequeñas*

empresas (MYPE)" (inciso d) del precitado artículo 2 de la Ley Autoritativa N° 30823. Vale decir, se ha proscrito contenidos que puedan incidir ya sea sobre las competencias registrales o sobre las competencias notariales.

9. En el ejercicio de esta competencia para delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de normar en determinadas materias, que se supone debe ser excepcional, no son admisibles las delegaciones generales, indefinidas o imprecisas. Tampoco es admisible que en base a ellas se desprendan materias que originariamente no se contemplaron, bajo riesgo de sobrepasar los límites materiales otorgados. Y esto es lo que ha ocurrido en el presente caso con los decretos legislativos materia del mismo, pues en ninguna parte de la ley autoritativa se dota de facultades al Ejecutivo para legislar sobre competencias registrales o notariales; por el contrario, se prohíbe su condicionamiento. En consecuencia, debe ampararse la demanda en cuanto se invoca la infracción formal de la Constitución.

10. Cabe señalar que una limitación como la señalada en la ley autoritativa no puede ser objeto de reinterpretaciones que opten por su manifiesta desnaturalización. Y mal hace nuestro Colegiado en forzar principios interpretativos que no son de recibo en casos como el presente, para vaciar de contenido a la citada prohibición tal y cual se intenta en la sentencia emitida en mayoría.

Sentido de mi voto

Por las consideraciones expuestas mi voto es porque se declare **fundada** la demanda y, por consiguiente, inconstitucionales por infracción por la forma los Decretos Legislativos 1400 y 1409.

S.
BLUME FORTINI

Pleno. Sentencia 1041/2020
Expediente 00011-2020-PI/TC

Caso de la les de ascenso, nombramiento y beneficios para el personal de salud

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión de Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 15 de diciembre de 2020, los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera han emitido la siguiente sentencia, que resuelve declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad que dio origen al Expediente 00011-2020-PI/TC.

Asimismo, los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera formularon fundamentos de voto.

El magistrado Blume Fortini, en fecha posterior, votó a favor de declarar fundada la demanda y formuló un fundamento de voto que se entregará en fecha posterior.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y los votos antes mencionados, 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

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 0011-2020-PI

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

15 de diciembre de 2020

Caso de la ley de ascenso, nombramiento y beneficios para el personal de salud

PODER EJECUTIVO
c.
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad planteada contra la Ley 31039, que regula los procesos de ascenso automático en el escalafón, el cambio de grupo ocupacional, cambio de línea de carrera, el nombramiento y cambio a plazo indeterminado de los profesionales, técnicos, auxiliares asistenciales y personal administrativo de salud.

Magistrados firmantes:

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

TABLA DE CONTENIDOS

Norma Impugnada	Parámetro de Control
Ley 31039	Constitución Política del Perú Artículos 2, inciso 2), 10, 11, 12, 40, 43, 78, 79, 103, y 118, incisos 3) y 17).

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

B. Debate constitucional

B-1. Demanda

B-2. Contestación de demanda

B-3. Terceros

B-4. *Amicus Curiae*

II. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación de la controversia

§2. La administración de la hacienda pública como competencia del Poder Ejecutivo y la prohibición dirigida a los congresistas respecto de las iniciativas que implican crear o aumentar el gasto público

§3. El principio de equilibrio y estabilidad presupuestaria

§4. La carrera del personal de salud y el financiamiento de sus compensaciones

§5. La función pública y la meritocracia

§6. Análisis de constitucionalidad de la Ley 31039

6.1 Sobre el ascenso automático excepcional por años de servicio

6.2 Sobre el cambio de grupo ocupacional y cambio de línea de carrera

6.3 Sobre el nombramiento automático en el régimen laboral del Decreto Legislativo 276

6.4 Sobre la modificación de los requisitos para que el personal CAS de EsSalud sea incorporado al régimen del Decreto Legislativo 728

6.5 Sobre la contratación directa de locadores bajo el régimen CAS

6.6 Sobre la creación de una entrega económica al personal de salud

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 días del mes de diciembre 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, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera; pronuncia la siguiente sentencia. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña. Se deja constancia de que el magistrado Blume Fortini votará en fecha posterior.

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 31 de agosto de 2020, el procurador público especializado en Materia Constitucional del Poder Ejecutivo, interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 31039, que regula los procesos de ascenso automático en el escalafón, el cambio de grupo ocupacional, cambio de línea de carrera, el nombramiento y cambio a plazo indeterminado de los profesionales, técnicos, auxiliares asistenciales y personal administrativo de salud. Alega que la referida ley resulta inconstitucional por cuanto vulnera los artículos 2, inciso 2), 10, 11, 12, 40, 43, 78, 79, 103 y 118, incisos 3) y 17) de la Constitución.

Por su parte, con fecha 26 de octubre de 2020, don Guillermo Llanos Cisneros contesta la demanda en representación del Congreso de la República, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

B-1. DEMANDA

Los argumentos expuestos en la demanda son los siguientes:

- El Poder Ejecutivo sostiene que la Ley 31039 adolece de vicios de inconstitucionalidad por el fondo, por cuanto vulnera los artículos 2, inciso 2), 10, 11, 12, 40, 43, 78, 79, 103 y 118, incisos 3) y 17) de la Constitución.
- Sostiene que uno de los principios esenciales de todo Estado constitucional, a fin de evitar la arbitrariedad en el ejercicio del poder, es el respeto del principio de separación de poderes o funciones.
- Agrega que, recientemente, el Tribunal Constitucional ha señalado que este principio constitucional tiene entre sus rasgos de identidad a los principios de separación de poderes (propiamente dicho), solución democrática, cooperación y balance entre poderes.

- Según el procurador de la parte demandante, la Ley 31039 afecta el principio de cooperación entre poderes, por cuanto ha sido emitida al margen de la interacción que debe existir entre el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo para expedir normas que tienen impacto en la economía del país.
- Sostiene que corresponde al Poder Ejecutivo dirigir la política económica del Gobierno y administrar la hacienda pública, lo cual implica el análisis de los ingresos y gastos consignados en el presupuesto. Agrega que, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (en adelante, LOPE), el diseño y supervisión de las políticas nacionales y sectoriales en materia presupuestaria constituye una función exclusiva del Poder Ejecutivo, encabezado por el presidente de la República.
- El demandante señala que la competencia reconocida al Poder Ejecutivo para dirigir la política económica y administrar la hacienda pública tiene una pluralidad de manifestaciones que se expresan en la diversidad de procedimientos que se requieren para elaborar el presupuesto público.
- En concordancia con esto último, el artículo 78 de la Constitución reconoce al Poder Ejecutivo la iniciativa en la elaboración del presupuesto nacional, el cual debe encontrarse efectivamente equilibrado, mientras que el artículo 79 del texto constitucional señala que los representantes ante el Congreso "no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto".
- Afirma que la ley cuestionada implica un gasto público permanente que no ha sido sustentado, y respecto del cual no se ha podido advertir que exista un análisis cualitativo y cuantitativo en la exposición de motivos de los proyectos que la originaron. Esta evaluación sobre el impacto constituye un elemento esencial en la viabilidad técnica y presupuestaria de una propuesta legislativa.
- En este sentido, agrega que la Ley 31039 genera un gasto público con repercusión en el presupuesto del Estado, pues tendría que ser cubierto con fondos del tesoro nacional. Sin embargo, dicha norma no fue resultado de una iniciativa legal planteada por el Poder Ejecutivo, sino de proyectos de ley presentados por diversos grupos parlamentarios.
- Por estas razones, argumenta que la Ley 31039 resulta contraria al artículo 118, incisos 3) y 17) de la Constitución**,** dado que se afectan las competencias del Poder Ejecutivo reconocidas constitucionalmente en materia de dirección de la política económica y administración de la hacienda pública.
- Alega que el presupuesto del Estado peruano debe encontrarse equilibrado. En esa línea, la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley 31039 que modifican las condiciones laborales en el sector salud, afecta el principio de equilibrio presupuestal, ya que no solo requiere de recursos para el presente ejercicio fiscal, sino de sostenibilidad en el tiempo; lo que ocasionaría gastos no presupuestados para el Estado; sin considerar los gastos que se vienen realizando para afrontar la pandemia del COVID-l9.

- El demandante añade que, en virtud del artículo 79 de la Constitución, los congresistas de la República no tienen competencia para proponer iniciativas que incrementen el gasto en el Presupuesto General de la República.
- Por otro lado, argumenta que con base en el artículo 40 de la Constitución, la carrera administrativa ha sido reconocida como un bien constitucionalmente protegido, y que es obligación del Estado garantizar el ingreso, los derechos, los deberes y responsabilidades de los servidores públicos en igualdad de condiciones.
- Agrega que, si bien la carrera administrativa es un bien jurídico garantizado por la Constitución, esta le ha impuesto al legislador la obligación de establecer las condiciones, los derechos, deberes y responsabilidades a través de una ley; pero respetando los criterios antes mencionados, en particular la igualdad y el mérito, así como los principios que subyacen al establecimiento de los diferentes regímenes laborales del sector público y los derechos de los trabajadores.
- En virtud de ello, señala que la Ley 31039 resulta contraria a la Constitución dado que dispone el nombramiento automático de determinado personal de salud en el régimen laboral del Decreto Legislativo 276, sin respetar el principio de meritocracia. Además, la referida ley establece un tratamiento diferenciado con relación a las demás personas que laboran en las entidades públicas, contraviniendo el artículo 2, inciso 2 de la Constitución.
- El procurador del Poder Ejecutivo argumenta que, conforme a las normas de desarrollo legal de EsSalud, los recursos de esta institución deben estar destinados al otorgamiento de las prestaciones de salud que por su ley de creación se encuentra obligado a brindar. Es decir, se trata de recursos que deben ser diligentemente preservados y destinados exclusivamente a la atención de los trabajadores y sus familias. En ese sentido, a EsSalud, sobre la base del régimen contributivo de la seguridad social, le corresponde cautelar y administrar dichos recursos, de conformidad con los principios del Estado social y democrático.
- En esa línea, dado que la ley cuestionada implica un costo económico adicional para EsSalud, al tener que pagar mayores remuneraciones, gratificaciones y demás beneficios, se están afectando los artículos 10, 11 y 12 de la Constitución, los cuales garantizan el acceso a prestaciones en materia de salud y pensiones, al establecer explícitamente el carácter intangible de los fondos y reservas de la seguridad social.
- Asimismo, el procurador del Poder Ejecutivo señala que la ley impugnada viola la prohibición de retroactividad de la ley (artículo 103 de la Constitución), cuando, en su artículo 18, modifica el literal a) del artículo 3 de la Ley 30555 (de 2017).

  Según el procurador, "el texto original de la Ley 30555 estableció un supuesto de hecho a futuro (la promulgación de su reglamento, que se concretó en julio de 2017) para verificar el cumplimiento del requisito de haber laborado en EsSalud 'de forma continua dos años como mínimo' [para la incorporación del personal bajo el régimen

de contratación administrativa de servicios al régimen laboral del Decreto Legislativo 728]; mientras que la Ley 31039 [materia de la presente demanda] establece un hecho pasado (la entrada en vigencia de la Ley 30555, en abril de 2017) para el mismo objetivo" (p. 19 de la demanda).

B-2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Los argumentos expuestos en la contestación de la demanda son los siguientes:

- El apoderado del Congreso de la República contesta la demanda alegando que la Ley 31039 no adolece de vicios de inconstitucionalidad y, por lo tanto, solicita que sea declarada infundada en todos sus extremos.
- Afirma que la Constitución encarga al legislador la competencia de regular el ingreso a la función pública no representativa, lo cual persigue establecer una regulación que tenga la finalidad de que las entidades alcancen mayores niveles de eficacia y eficiencia, y presten efectivamente servicios de calidad.
- Sostiene, de acuerdo con los artículos 3 y 55 del texto constitucional, que tal derecho forma parte de nuestro ordenamiento constitucional, al haber sido reconocido en instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 21), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 25) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 23).
- Manifiesta que el bien protegido por el derecho de acceso a la función pública es la participación en la función pública, cuya concretización debe desarrollarse con todas las implicancias que su pleno desarrollo exija. Por ello, el contenido de ese derecho no solo se limita al acceso a la función pública en igualdad de condiciones, sino también incluye el ejercicio pleno de dicha función y el ascenso.
- Con relación a la función pública en el ámbito de la salud, señala que se han emitido diversas normas. Así pues, tenemos la Ley 23536 que establece las normas generales que regulan el trabajo y la carrera de los profesionales de la salud.
- Advierte que, según la "Información de Recursos Humanos en Salud del MINSA y Gobiernos Regionales 2020", elaborado por el Observatorio Nacional de Recursos Humanos del Ministerio de Salud, solo el 9 % del total de médicos está disponible para la población en extrema pobreza y únicamente el 13 % del total de médicos está disponible para la población muy pobre en el país.
- El demandado refiere que, debido a la inaplicación de las disposiciones legales emitidas entre los años 2000 y 2020, que regulaban el acceso a la función pública en el ámbito de salud, es que se ha aprobado la Ley 31039, objeto de controversia. Alega que la disposición cuestionada busca erradicar la inestabilidad y precariedad laboral de todo el personal de salud.

- Respecto a la progresión en la función pública, el artículo 13 de la Ley 23536 establece que las normas generales que regulan el trabajo y la carrera de los profesionales de la salud fijan distintos niveles que están determinados por requisitos mínimos y dentro de este esquema se desenvuelve el ascenso.
- Refiere que la Ley 30657 ya disponía normas para la progresión en la función pública al personal de salud y el cambio de grupo ocupacional y de línea de carrera, sin embargo, dicha disposición no cumplió con su objetivo, y por lo tanto ameritaba la expedición de la Ley 31039, con el fin de garantizar los derechos laborales del personal de salud.
- Manifiesta que dicha situación se pudo advertir en el Dictamen 8-2016-2017/SCR-CR, según el cual "el proceso de cambio de grupo ocupacional, el cambio de línea de carrera y ascenso se viene realizando de manera distinta, muy reducida y discrecional en cada entidad del sector salud, por lo que se requiere establecer un procedimiento extraordinario, único y uniforme para llevar a cabo estas acciones".
- Señala que los motivos que justificaron las disposiciones que regulaban el ascenso automático respondían a la falta de disponibilidad de plazas, lo que ha generado que muchos profesionales se mantengan en el mismo nivel durante años, sin que puedan ascender a su escala correspondiente sobre la base de sus méritos profesionales y al tiempo de servicio prestado.
- Añade que esta situación ha ocasionado que, pese a que los profesionales de la salud cumplen con todos los requisitos para un ascenso, esto es, formación profesional, tiempo de servicio y calificación profesional; en la práctica no puedan ser evaluados y promovidos por la ausencia de plazas, afectando el principio meritocrático y ocasionando ausencia de incentivos para el perfeccionamiento profesional.
- Advierte que una de las necesidades sociales básicas es la prestación del servicio de salud, tal como lo ha expresado el Tribunal Constitucional, "de conformidad con los principios de continuidad en la prestación del servicio, eficacia, eficiencia, universalidad, solidaridad, integridad y progresividad", lo cual solo se logra con el respeto pleno de los principios constitucionales en materia laboral y los derechos fundamentales del personal de salud.
- Añade que, en el presente caso, el derecho de acceso a la función pública en el ámbito de la salud no se infringe, ya que no se han expedido normas que regulen el acceso a la función pública en el supuesto antes referido. Refiere que la Ley 31039 persigue subsanar la situación que se ha originado por la limitación sistemática del derecho de acceso a la función pública que se ha venido dando al restringirse los nombramientos de los profesionales, técnicos y auxiliares de la salud, que han sido contratados bajo modalidades que no garantizan los derechos laborales.
- Por otro lado, refiere que la Ley 31039 tiene por objeto regularizar diversos beneficios laborales al personal de salud, con la finalidad de brindar mejores condiciones laborales

a los trabajadores del sector, contribuyendo, además, a cerrar la brecha de recursos humanos. La adecuada disponibilidad del personal sanitario resulta indispensable para la eficiente prestación del servicio público y para que la población pueda gozar efectivamente del derecho a la salud.

- Añade que la única manera de asegurar que la prestación del servicio de salud se realice de acuerdo con dichos principios de eficiencia, eficacia e integridad, entre otros, es proporcionando adecuadas condiciones de trabajo a quienes ejercen la función pública en el ámbito de la salud.

- Argumenta que la Ley 31039 no trasgrede el artículo 9 de la Constitución, ya que el Congreso de la República no se arroga la competencia del Poder Ejecutivo de supervisar la aplicación de la política nacional de salud, sino más bien da cumplimiento a la política nacional de salud determinada por el Estado y normada por el Poder Ejecutivo.

- Refiere que el Poder Ejecutivo no puede emplear a la Ley del Presupuesto del Sector Público, bajo la justificación de la austeridad y la racionalidad en el gasto, como una herramienta para limitar en forma sistemática el derecho de acceso a la función pública en el ámbito de la salud, a través de limitaciones presupuestarias anualmente presentadas y mantenidas en forma indefinida, como si el Perú se encontrara en una crisis financiera y económica perpetua.

- Señala que, en este orden de ideas, si bien el Tribunal Constitucional ha reconocido la facultad que tiene el Estado para establecer determinados límites en el ejercicio de derechos laborales, dicho órgano colegiado ha señalado que tales limitaciones deben ser de carácter excepcional y, en consecuencia, deben ser aplicadas con restricciones.

- Por otro lado, señala que de acuerdo al artículo 43 de la Constitución, la República del Perú tiene un gobierno que se organiza según el principio de separación de poderes, que tiene como uno de sus rasgos de identidad al principio de cooperación, conforme al cual las competencias de los poderes y órganos constitucionales autónomos deben estar orientadas al cumplimiento de los deberes primordiales del Estado, de conformidad con el artículo 44 de la Constitución.

- Añade que, en virtud de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no se puede determinar que el Poder Ejecutivo ha actuado de acuerdo al principio de cooperación de poderes, pues no solo no orientó su comportamiento para la consecución del bien común, en este caso para la búsqueda de soluciones para la grave problemática de la función pública en el ámbito de la salud antes señalada, sino que además mostró una conducta dilatoria en el trámite del procedimiento legislativo que dio origen a la Ley 31039.

- Refiere que en el trámite de aprobación de la Ley 31039, se recibió el Informe 656-2020-OGAJ/MINSA que fue emitido por la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Salud. En dicho informe el Ministerio de Salud se pronunció de forma

favorable respecto a los procesos de ascenso automático en el escalafón, el cambio de grupo ocupacional, cambio de línea de carrera, el nombramiento y cambio a plazo indeterminado de los profesionales, técnicos, auxiliares asistenciales y personal administrativo de la salud.

- Manifiesta que, de acuerdo al artículo 107 de la Constitución, tienen competencia para presentar iniciativas legislativas el presidente de la República y los congresistas, los ciudadanos conforme a ley, así como el Poder Judicial, los organismos constitucionales autónomos, los gobiernos regionales, los gobiernos locales y los colegios profesionales en las materias que les son propias.
- Con relación a las iniciativas legislativas que pueden presentar los congresistas, el primer párrafo del artículo 79 de la Constitución establece que "los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto".
- Por ello, advierte que, en el presente caso, es preciso que el Tribunal Constitucional se refiera a los alcances de las competencias que la Constitución le otorga al presidente de la República para dirigir la política general del gobierno y administrar la hacienda pública, principalmente, cuando el ejercicio de dichas competencias implique una limitación permanente de derechos, como se ha verificado en el caso del derecho de acceso a la función pública en el ámbito de la salud.

B-3. TERCEROS

El Tribunal Constitucional incorporó como terceros a las siguientes entidades:

- Federación Centro Unión de Trabajadores del Seguro Social de Salud.
- Sindicato Nacional Médico del Seguro Social del Perú – SINAMSSOP.
- Sindicato Nacional de Psicólogos de la Seguridad Social del Perú.
- Sindicato Nacional de Enfermeras del Seguro Social de Salud – SINESS.
- Asociación Nacional de Lucha Cas Nunca Más EsSalud.
- Sindicato Nacional de Trabajadoras Sociales y/o Asistentes Sociales de EsSalud – SINATS.
- Federación Nacional Unificada de Trabajadores Administrativos y Asistenciales - FENUTSSA DIGNIDAD.
- Asociación de Profesionales de la Salud para el Cambio de Grupo Ocupacional y Línea de Carrera.
- Colegio Químico Farmacéutico del Perú.
- Colegio de Enfermeros del Perú.
- Colegio Tecnólogo Médico del Perú.

B-4. *AMICUS CURIAE*

El Tribunal Constitucional incorporó como *amicus curiae* a los siguientes:

- Federación Médica Peruana.
- Federación de Enfermeras del Ministerio de Salud del Perú.
- Sindicato Unitario Nacional de Nutricionistas de EsSalud – SUNESS.
- Comisión de Técnicos y Auxiliares Asistenciales del Instituto Nacional de Salud.
- Sindicato Nacional del Seguro Social CAS a 728.

II. FUNDAMENTOS

§1. DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA

1. En el presente caso, corresponde analizar los presuntos vicios de inconstitucionalidad, alegados por el Poder Ejecutivo, esto es, la eventual vulneración de los artículos 2, inciso 2), 10, 11, 12, 40, 43, 78, 79, 103 y 118, incisos 3) y 17) de la Constitución, en los que habría incurrido el Congreso de la República con la expedición de la Ley 31039, el 26 de agosto de 2020. El objeto de la ley consiste en:

   > "(…) regularizar los procesos de ascenso automático en el escalafón, el cambio de grupo ocupacional, cambio de línea de carrera, el nombramiento y cambio a plazo indeterminado de los profesionales, técnicos y auxiliares asistenciales y personal administrativo de la salud para brindarle a los trabajadores mejores condiciones laborales" (artículo 1).

2. Asimismo, en el artículo 2 de la referida ley se establece que resulta aplicable:

   > "(…) al personal que labora en el Ministerio de Salud, sus organismos públicos, gobiernos regionales y EsSalud".

3. El contenido material de la ley impugnada se divide en:

   i) El ascenso automático excepcional por años de servicio (artículos 3 al 6);

   ii) El cambio de grupo ocupacional y cambio de línea de carrera (artículos 7 al 12 y la Disposición Complementaria Final Cuarta);

   iii) El nombramiento automático en el régimen laboral del Decreto Legislativo 276 (artículos 13 al 17);

   iv) La modificación de los requisitos para que el personal bajo el régimen de contratación administrativa de servicios (en adelante, CAS) de EsSalud sea incorporado al régimen del Decreto Legislativo 728 (artículos 18 a 20);

   v) La contratación directa de locadores de servicio bajo el régimen CAS (Única Disposición Complementaria Transitoria), y;

vi) La creación de una entrega económica al personal de salud (primera, segunda y tercera disposición complementaria final).

4. A continuación, este Tribunal desarrollará los principios de separación de poderes y cooperación entre estos, equilibrio presupuestal, estabilidad presupuestaria y meritocracia en la función pública, los cuales deberán tomarse en cuenta para el análisis sustantivo de la presente controversia.

5. Corresponde advertir que el Poder Ejecutivo, a fojas 2 del documento escaneado de la demanda, señaló que su pretensión de impugnación no alcanza la Quinta Disposición Complementaria de la Ley 31039 que se refiere a los criterios para la designación de los directores regionales de Salud. Por lo tanto, no será materia de pronunciamiento.

§2. LA ADMINISTRACIÓN DE LA HACIENDA PÚBLICA COMO COMPETENCIA DEL PODER EJECUTIVO Y LA PROHIBICIÓN DIRIGIDA A LOS CONGRESISTAS RESPECTO DE LAS INICIATIVAS QUE IMPLICAN CREAR O AUMENTAR EL GASTO PÚBLICO

6. El apoderado especial del Congreso de la República, en la contestación de la demanda, señala que, en el presente caso, es preciso que el Tribunal Constitucional se refiera a los alcances de las competencias que la Constitución le otorga al presidente de la República para dirigir la política general del gobierno y administrar la hacienda pública (fojas 81 del escrito de contestación de la demanda disponible en el cuadernillo virtual).

7. Este Tribunal Constitucional comparte tal criterio y considera indispensable comenzar tomando en cuenta que el principio de separación de poderes se encuentra previsto en el artículo 43 de la Constitución Política del Perú. Tradicionalmente este mandato exige que el poder político se encuentre distribuido entre diferentes órganos estatales, con el fin de evitar la concentración del poder.

8. Sin embargo, tal como se señaló en casos anteriores, esta visión tradicional ha sido superada, por cuanto "[e]l principio de separación de poderes no solo resulta un parámetro del Estado destinado a distribuir atribuciones y competencias a cada poder que lo conforma, sino que, de acuerdo con su evolución, actualmente también implica la colaboración entre cada uno de ellos en búsqueda de un mejor y eficaz ejercicio de sus funciones" (Sentencia 0005-2006-AI/TC, fundamento 15).

9. Precisamente, se ha resuelto que, dada la distribución de competencias y atribuciones en el texto constitucional, se infiere el principio de colaboración de poderes entre los distintos órganos estatales, los cuales deberán concordar su actuación con los fines y deberes del Estado. A mayor abundamiento, este Tribunal sostuvo que:

> "[L]a separación de poderes que configura nuestra Constitución no es absoluta, porque de la estructura y funciones de los Poderes del Estado regulados por la Norma Suprema, también se desprende el principio de colaboración de poderes. Al respecto, encontramos una colaboración de poderes cuando el artículo 104 de

la Constitución establece que el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa. Del mismo modo, existe una colaboración de poderes cuando el artículo 129 de la Constitución dispone que el Consejo de Ministros en pleno, o los ministros por separado, pueden concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates con las mismas prerrogativas que los parlamentarios, salvo la de votar si no son congresistas. Ocurre lo mismo con las normas constitucionales relativas al proceso de elaboración de la Ley de Presupuesto" (Sentencia 0004-2004-CC/TC, fundamento 24).

10. Asimismo, es menester resaltar que, en nuestro ordenamiento constitucional, la distribución del poder comprende también a los órganos constitucionales autónomos, los cuales cumplen, entre otras, una función de control y balance frente a las demás entidades estatales para prevenir, precisamente, la concentración del poder político.

11. En ese sentido, este Tribunal ha identificado los siguientes rasgos de identidad del principio de separación de poderes en la Constitución Política de 1993 (Sentencia 0006-2018-AI/TC, fundamento 56):

    "**Principio de separación de poderes propiamente dicho**: Hace referencia a la autonomía funcional y a las diferentes competencias que cada poder estatal (y también cada órgano constitucional autónomo) tiene, pero también a las distintas funciones (sociales y políticas) que cada uno cumple tendencialmente (tales como representar, legislar y fiscalizar en el caso del Legislativo, o de gobernar y hacer cumplir las leyes en el caso del Ejecutivo). Este principio, desde luego, conlleva a reconocer las eventuales tensiones que puedan surgir entre los poderes públicos.

    Con base al principio de separación de poderes, es claro que nuestro modelo no aspira –a diferencia de lo que ocurre en un régimen parlamentario– a la confusión o subordinación entre los poderes, o a la asunción de que existe una suerte de un "primer poder" de Estado. Se reconoce la división de poderes y se prevén formas razonables para resolver o superar las diferencias entre ellos.

    Principio de balance entre poderes: Se refiere a la existencia de *mecanismos de coordinación* (tales como la delegación de facultades, el respaldo a políticas de gobierno a través de la cuestión confianza, las coordinaciones o negociaciones políticas para la aprobación del presupuesto público, la reglamentación de las leyes, la iniciativa legislativa por parte del Poder Ejecutivo o los órganos constitucionales autónomos, etc.); *mecanismos de control recíproco* (control jurídico y jurídico-político entre los poderes y órganos constitucionales autónomos); y *mecanismos de equilibrio entre poderes* (respeto a la autonomía de los otros poderes y órganos constitucionales autónomos, regulación de las competencias y funciones ajenas sin desnaturalizarlas, debida asignación presupuestaria para los poderes estatales u órganos constitucionales autónomos, etc.).

    Además de que no hay poderes subordinados, a lo cual se refería el principio anterior, el balance entre poderes permite destacar que en nuestro modelo constitucional

los poderes públicos se conciben en una dinámica de equilibrio o contrapeso, lo cual exige reconocer y respetar los mecanismos de control constitucionalmente previstos.

Como corolario de lo anterior, se tiene que la regulación, el ejercicio e incluso la interpretación de los alcances de los mecanismos de coordinación, de control recíproco o de equilibrio entre poderes no pueden realizarse alterando o desnaturalizando el balance que ha buscado asegurar la Constitución, y que es parte medular de nuestro modelo.

Principio de cooperación: Conforme a este principio, las competencias y funciones de los poderes y órganos constitucionales autónomos deben estar orientadas al cumplimiento de los fines del Estado (artículo 44 de la Constitución), a la concreción del conjunto de bienes y valores constitucionales (pudiéndose mencionar, a modo de ejemplo, lo señalado en los artículos 1, 3, 38, 43 o 45 de la Constitución), y siempre teniendo como horizonte la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad (artículo 1 de la Constitución).

De esta manera, entre los poderes públicos resulta de aplicación el principio de "lealtad constitucional", el cual, además del respeto a las competencias y funciones ajenas, orienta el comportamiento de los actores estatales hacia la consecución del bien común, que debe ser el fin último de la política.

Así visto, sobre la base de este *principio de cooperación* deben evitarse conductas obstruccionistas, desleales o egoístas por parte de los poderes o actores políticos. Si bien la política tiene una faz confrontacional inevitable, las instituciones y competencias constitucionales deben ser interpretadas y ejercidas en el sentido de fomentar la integración social, la unidad política y la optimización de los fines y principios constitucionales, entre otros. Lo anterior, desde luego, resulta especialmente cierto en el caso del análisis que le corresponde realizar el Tribunal Constitucional en los asuntos sometidos a su conocimiento, atendiendo al rol moderador y pacificador de conflictos que le caracteriza.

Principio de solución democrática: Este principio pone de relieve que frente a un entrampamiento o crisis política o institucional que no puede superarse a través de los medios institucionales habituales debe preferirse, en primer lugar, las salidas deliberadas, es decir, mediante el diálogo institucional o a través de los espacios de deliberación pertinentes y adecuados para enfrentar los conflictos políticos.

De esta manera, la forma de gobierno, así como las relaciones entre los poderes públicos, deben tender a establecer y preferir mecanismos de diálogo que permitan resolver las controversias".

12. Queda claro, entonces, que el principio de separación de poderes no solo se materializa a través de la distribución de competencias, sino que también se efectiviza mediante el balance de poderes, la cooperación y la solución democrática de los conflictos.

13. El principio de cooperación antes mencionado será de particular importancia en el presente caso, por cuanto resulta indispensable analizar asuntos de índole presupuestal en cuyo ámbito se requiere la participación del Poder Ejecutivo y la del Congreso de la República.

14. Sin perjuicio de ello, no debe perderse de vista que el constituyente ha habilitado al Poder Judicial para elaborar su propio presupuesto y sustentarlo ante el Parlamento de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 145 de la Constitución.

15. Esta constatación sobre la participación de los diversos poderes del Estado en materia presupuestal no implica que se relativice la competencia que corresponde al Poder Ejecutivo respecto de la administración de la hacienda pública.

16. Efectivamente, la Constitución Política establece en el numeral 17 del artículo 118 que corresponde al Ejecutivo la administración de la hacienda pública y este Tribunal ha ratificado la naturaleza exclusiva de dicha competencia (Sentencia 0002-2013-CC/TC, fundamento 10).

17. El Gobierno, a través del Ministerio de Economía y Finanzas, es el responsable de planear y presentar el proyecto de presupuesto, así como de destinar los recursos del tesoro público. De acuerdo con el artículo 78 de la Norma Fundamental, el presidente envía al Congreso el proyecto de Ley del Presupuesto antes del 30 de agosto de cada año.

18. Concordante con dicho marco, la Constitución dispone, en su artículo 79, que el Congreso de la República no tiene iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, por cuanto una iniciativa de tal naturaleza supondría una intromisión en el manejo de la hacienda pública y, además, afectaría el principio de equilibrio fiscal que se analizará más adelante.

19. Incluso, debe tomarse en cuenta que, de acuerdo con la Duodécima Disposición Final de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, las normas o resoluciones que dicte el Congreso de la República respecto de su presupuesto, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 79 de la Constitución Política del Perú:

> "… no afectan el presupuesto de gastos referido a remuneraciones o escalas diferenciales u otros conceptos de gasto en los demás Pliegos Presupuestarios, estando supeditados estos últimos a lo dispuesto por el Segundo párrafo del artículo 77 del mismo cuerpo legal".

20. Conviene tener en cuenta que este Tribunal ya ha emitido sentencias que abordan problemas relacionados con la prohibición de los congresistas de aumentar o crear gasto público (artículo 79 de la Constitución), desarrollando criterios relevantes para resolver este tipo de situaciones, por lo que, previamente, es importante hacer referencia a dicha jurisprudencia.

21. Por ejemplo, en el fundamento 4 de la Sentencia 0014-2011-AI/TC, se dispuso que la inconstitucionalidad de la Ley 29616 era resultado de la afectación al artículo 79

de la Constitución, ya que el Congreso de la República había aprobado una iniciativa legislativa que generaba gasto público, sin haber coordinado previamente con el Poder Ejecutivo y, concretamente, con el Ministerio de Economía y Finanzas.

22. Por otro lado, en el fundamento 12 de la Sentencia 0005-2011-AI/TC, este Tribunal desestimó la presunta afectación del artículo 79 de la Constitución por cuanto:

> "(…) el Tribunal aprecia que la Disposición Complementaria Única de la Ley 29413 no crea ni aumenta gasto público alguno mediante la transferencia financiera efectuada por ella. A estos efectos, el Tribunal hace notar que los presupuestos correspondientes a los tres proyectos de inversión cuya transferencia ordena la mencionada Disposición Complementaria Única, ya se encontraban previstos en el Anexo 4 del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2009".

23. Asimismo, respecto a la creación de universidades mediante leyes, este Tribunal, en el fundamento 17 de la Sentencia 0019-2011-AI/TC, ha indicado lo siguiente:

> "En efecto, si se tiene en cuenta que la creación legal de una universidad pública, por evidentes razones, apuesta a su futura entrada en funcionamiento, y que sobre todo en el inicio de su gestión, sus principales rentas tienen origen en las partidas presupuestales que el Estado le asigna, la creación de tal universidad que no tenga acreditada, a través de un informe técnico previo emitido por el Poder Ejecutivo y, concretamente, por el Ministerio de Economía y Finanzas, *la disponibilidad de los recursos que aseguren la eficiencia de sus servicios, sería sinónimo de la verificación de una iniciativa* motu propio *por parte del Congreso de la República para generar gasto público, lo que se encuentra prohibido por el artículo 79 de la Constitución*.
>
> En tal sentido, una interpretación del artículo 6 de la Ley 26439, conforme al artículo 79 de la Constitución, exige concluir que cuando dicho precepto legal establece que "[p]ara autorizar el funcionamiento de las universidades públicas se requiere", entre otras cosas, "la intervención del Ministerio de Economía y Finanzas sobre la capacidad del Estado para financiar su funcionamiento", tal intervención debe ser previa incluso a su creación legal y no solo previa a su entrada en funcionamiento. *Por lo demás, solo bajo este entendimiento se mantiene a buen recaudo la competencia de administración de la hacienda pública, que conforme al mandato del artículo 118º, inciso 17, de la Constitución, ha quedado reservada al Poder Ejecutivo*" (cursiva añadida).

24. Por otra parte, este Tribunal ha señalado que se incurre en una inconstitucionalidad de fondo cuando el contenido de la ley trasgrede el artículo 79 de la Constitución, es decir, la prohibición de iniciativa en la generación de gasto público que tienen los congresistas, salvo en lo referente a su presupuesto (Sentencia 0008-2015-AI/TC, fundamento 46).

25. En efecto, la aprobación de una ley por parte del Congreso que origine un nuevo gasto público y que no respete las mencionadas exigencias constitucionales, incurrirá en una inconstitucionalidad manifiesta, según ha expresado el Tribunal Constitucional:

> "(…) dado que la ausencia de una coordinación previa con el Poder Ejecutivo, constituiría la omisión de un acto que, por imperio del artículo 79 de la Constitución, necesariamente debe formar parte del procedimiento legislativo que anteceda a la expedición de dicha ley. Incurriría en una inconstitucionalidad de fondo, toda vez que el contenido de la ley, así expedida, será violatorio de la prohibición prevista en el artículo 79 de la Constitución, es decir, de la prohibición de que el Congreso tenga iniciativa en la generación de gasto público, salvo en lo que atañe a su propio presupuesto" (Sentencia 0007-2012-AI/TC, fundamento 31).

26. Este Tribunal ha señalado que las normas que generan gastos traen graves consecuencias que podrían afectar a otros sectores, pues se alteraría la cadena de pagos del sistema financiero, ya que al exigirse el desembolso de una determinada cantidad de dinero para favorecer a unos, podría dejarse de cubrir necesidades de otros, con el resultado de incumplimiento de determinados objetivos trazados, lo que produciría un desbalance financiero, pues cada organismo del Estado programa sus gastos y en base a su presupuesto planifica los objetivos a realizar (Sentencia 0032- 2008-PI/TC, fundamento 16).

27. Las limitaciones aplicables al Congreso de la República para crear gasto público han sido explicadas de manera más amplia por este Tribunal en el fundamento 30 de la Sentencia 0007-2012-PI/TC, citada *supra*, donde sostuvo lo siguiente:

> "(...) no puede desatenderse que el artículo 79 de la Constitución, establece que "el Congreso no tiene iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto". Ello significa que el Parlamento, *motu propio*, salvo en lo atinente a su propio presupuesto, no tiene competencia para, *ex novo*, crear fuentes que originen gasto para la hacienda pública. Ello es sistemáticamente coherente con el artículo 118°, inciso 17, de la Constitución que dispone que es competencia del Poder Ejecutivo, "(…) administrar la hacienda pública".
>
> *Contrario sensu*, el Congreso goza de dicha competencia si la iniciativa para su expedición no proviene de sí mismo, sino del Ejecutivo, esto es, si se acredita que en el procedimiento legislativo del que emanó la ley de la que nace la obligación pecuniaria, el Gobierno autorizó o consintió su dación.
>
> En tal sentido, la función del Parlamento es controlar y fiscalizar la acción del Ejecutivo en la administración del tesoro público, pero en ningún caso puede sustituirlo en la dirección de la política económica, menos aún, creando gastos que escapan a la proyección técnica diseñada por el Gobierno (...)".

28. Queda claro, entonces, que el Poder Legislativo necesita de la participación y aprobación previa del Poder Ejecutivo para que resulte constitucionalmente viable la iniciativa que implique creación o aumento del gasto público.

29. En consecuencia, el Congreso de la República no puede utilizar su facultad de iniciativa legislativa para crear o incrementar el gasto de recursos toda vez que dicha facultad

constitucionalmente le corresponde en exclusiva al Poder Ejecutivo. Esta competencia se establece además en los incisos 3, 4 y 5 del artículo 46 de la LOPE. Según dicha disposición, forman parte de la competencia relacionada con la hacienda pública los temas relacionados con:

i) El presupuesto público;

ii) La tesorería; y

iii) El endeudamiento público.

30. Precisamente, el artículo 6 del Decreto Legislativo 1442 establece que la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos es el órgano encargado del análisis financiero y técnico de las políticas en materia de remuneraciones, compensaciones y beneficios económicos que impliquen el uso de recursos públicos. El artículo 8.2 de dicho decreto legislativo dispone además que:

> "8.2 En virtud del principio de disciplina administrativa, establecido en el inciso 1 del artículo 2, se definen reglas sobre el uso de fondos públicos que impliquen materia de ingresos correspondientes a los recursos humanos del Sector Público:
>
> 1. Las normas se emiten en el marco de la responsabilidad y disciplina fiscales según las cuales el uso de Fondos Públicos en materia de ingresos de personal, está supeditado a la disponibilidad presupuestaria, cumplimiento de las reglas fiscales, la sostenibilidad de las finanzas del Estado, así como estar previamente autorizado por norma expresa con rango de ley del Gobierno Central, a fin de resguardar el equilibrio presupuestal.
>
> 2. Para ello, la norma con rango de ley del Gobierno Central debe contar necesariamente con opinión favorable de la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos y de la Dirección General de Presupuesto Público.
>
> 3. Los ingresos de los pensionistas se rige por la normatividad que regula los regímenes previsionales vigentes.
>
> 4. Los ingresos de personal, escalas de ingresos y los reajustes que fueran necesarios durante el Año Fiscal para los Pliegos Presupuestarios, se aprueban mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, a propuesta del Titular del Sector, previa opinión técnica favorable de la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos y de la Dirección General de Presupuesto Público, autorizado por norma expresa con rango de ley del Gobierno Central".

31. Queda claro, entonces, que existe una prohibición constitucional expresa respecto de la posibilidad de que los congresistas de la República presenten iniciativas relacionadas con leyes que originen o incrementen el gasto público, salvo en lo que respecta a su propio presupuesto.

32. Esta disposición se relaciona con el principio de separación de poderes y con la competencia que el artículo 118.17 de la Constitución asigna al Poder Ejecutivo para dirigir la hacienda pública pero también con los principios de equilibrio y unidad presupuestal.

33. De lo expuesto, se desprende que las disposiciones impugnadas de la Ley 31039 deberán ser analizadas tomando en cuenta si las iniciativas que dieron lugar a su aprobación inciden en el presupuesto y en la gestión fiscal de los recursos humanos.

§3. EL PRINCIPIO DE EQUILIBRIO Y ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA

34. La Constitución, en materia presupuestaria, contiene todos aquellos principios que rigen normativamente la actuación de los poderes del Estado, a quienes el constituyente ha encomendado el ejercicio de determinadas competencias para la elaboración y aprobación del presupuesto anual.

35. Como ya lo ha señalado este Tribunal en reiterada jurisprudencia, la Constitución en el campo presupuestario se rige por los principios de legalidad, competencia, justicia presupuestaria, y equilibrio y estabilidad presupuestaria.

36. A los efectos de la presente controversia resultará especialmente importante tomar en cuenta los principios de equilibrio y estabilidad presupuestal. Estos orientan las actuaciones de los órganos y poderes del Estado en el uso de los fondos del tesoro público.

37. En el fundamento 12 de la Sentencia 5854-2005-AA/TC, este Tribunal ha señalado que entre los principios de interpretación constitucional se encuentra el de *unidad de la Constitución*, conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un "todo" armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.

38. A partir de ello, este Tribunal encuentra oportuno señalar que la prohibición de crear gasto que condiciona la potestad del Congreso de la República debe interpretarse de conformidad con el principio de equilibrio presupuestal. En efecto, la previsión contenida en el artículo 79 de la Constitución ya analizado tiene, entre otros objetivos, uno que aquí interesa de forma especial: el relacionado con la necesidad de mantener equilibrado el presupuesto.

39. El artículo 2 del Decreto Legislativo 1440 señala los principios que rigen el Sistema Nacional de Presupuesto Público, siendo uno de ellos el de "Equilibrio Presupuestal", conforme al cual (artículo 2.1):

> "(…) el Presupuesto del Sector Público está constituido por los créditos presupuestarios que representan el equilibrio entre la previsible evolución de los ingresos y los recursos a asignar de conformidad con las políticas públicas de gasto, estando prohibido incluir autorizaciones de gasto sin el financiamiento correspondiente".

40. De la norma citada se desprende que el principio de equilibrio presupuestal implica que el presupuesto debe contener todos los ingresos y gastos del Estado debidamente

balanceados, a efectos de evitar que el déficit fiscal genere un proceso perturbador de la normal marcha económica del país (Sentencia 0004-2004-CC/TC, fundamento 9).

41. Este Tribunal entiende que el equilibrio presupuestal es un principio fundamental de nuestro modelo constitucional, ya que permite por un lado la distribución del presupuesto acorde a las diversas obligaciones que son asumidas por el Estado, y por otro, representa una prohibición de gasto desmedido de los recursos públicos.

42. En efecto, no puede ignorarse que el cumplimiento y eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales requieren de capacidad presupuestal, por ello las leyes de presupuesto anualmente consignan determinados montos con el fin de maximizar el uso de los recursos públicos, en atención a las diversas obligaciones del Estado.

43. Debe tenerse en cuenta que la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece que:

> "Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente".

44. Si bien es cierto que 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 el pago de impuestos ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población (Sentencia 2945-2003-AA/TC, fundamento 12).

45. Precisamente, el principio de equilibrio presupuestal establecido en el artículo 78 de la Constitución impone límites a la adopción de medidas que demanden gasto público, en tanto que las obligaciones del Estado son diversas. Por ello, el gasto del presupuesto debe permitir maximizar el cumplimiento de los objetivos y deberes asignados por la Constitución.

46. Así pues, el respeto al equilibrio presupuestal supone que las medidas adoptadas por el Estado promuevan el cumplimiento de sus diversos objetivos. Como es evidente, la escasez de recursos públicos para atender las obligaciones del Estado subyace al principio de equilibrio presupuestal.

47. Ello obedece a lo establecido en el artículo 77 de la Constitución en cuanto establece:

> "El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización".

48. Incluso, este Tribunal ha señalado que el control del gasto público es un fin que, además de legítimo, ostenta una marcada trascendencia social (Sentencia 0012-2018-PI/TC y 0013-2018-PI/TC, fundamento 142). Dicha situación demanda que los órganos

responsables de ejecutar el gasto público actúen con responsabilidad en el ejercicio de sus funciones.

49. Por ello, este Tribunal observa que las autoridades deben actuar con prudencia, evitando la aprobación de medidas que puedan desestabilizar la economía y mellar las reservas del tesoro, ya que lo contrario afectaría la posibilidad de ejecutar los fines propios del Estado y la protección de los derechos fundamentales.

§4. LA CARRERA DEL PERSONAL DE SALUD Y EL FINANCIAMIENTO DE SUS COMPENSACIONES

50. Mediante la Ley 23536 se establecieron las normas generales que regulan el trabajo y la carrera de los profesionales de la salud. En el artículo 6 se dispone que:

> "Están considerados para los fines de la presente Ley como Profesionales de la Salud, y constituyen las respectivas líneas de carrera los siguientes:
>
> a) Médico-Cirujano
>
> b) Cirujano-Dentista
>
> c) Químico-Farmacéutico
>
> d) Obstetriz
>
> e) Enfermero
>
> f) Médico-Veterinario (Únicamente los que laboren en el campo asistencial de la Salud Pública).
>
> g) Biólogo
>
> h) Sicólogo
>
> i) Nutricionista
>
> j) Ingeniero Sanitario
>
> k) Asistenta Social".

51. Cada una de estas líneas de carrera, de acuerdo al artículo 19 de la ley mencionada, cuenta con nueve niveles diferenciados cuyos requisitos mínimos responden a los factores de formación profesional, tiempo de servicio, calificación profesional y evaluación (artículo 14).

52. Asimismo, el artículo 20 de la referida ley establece que:

> "Los ascensos se producen de un nivel a otro inmediato superior en función de la calificación profesional, evaluación personal, experiencia en el trabajo y tiempo mínimo de permanencia en el nivel de carrera. El tiempo de servicios efectivo necesario para llegar al máximo nivel de carrera será de veinte (20) años".

53. De otra parte, el 29 de junio de 2005 se publicó la Ley 28561, que regula el trabajo de los técnicos y auxiliares asistenciales de salud, en cuyo artículo 6, inciso d), se establece que tienen el derecho a percibir una remuneración equitativa y suficiente, determinada en función a criterios objetivos, tales como nivel académico, desempeño, rendimiento o productividad y responsabilidades asumidas.

54. Asimismo, el artículo 2 de la citada ley dispone lo siguiente:

> "Los Técnicos y Auxiliares Asistenciales de Salud participan dentro del equipo de salud en los procesos de promoción, recuperación y rehabilitación de la salud, mediante el cuidado de la persona, tomando en consideración el contexto social, cultural y económico en el que se desenvuelve con el objetivo de contribuir a elevar su calidad de vida y lograr el bienestar de la población".

55. Con posterioridad a las normas indicadas, se publicó el Decreto Legislativo 1153, que regula la Política integral de Compensaciones y Entregas Económicas del Personal de la Salud al servicio del Estado.

56. En el artículo 2 se establece que la finalidad del referido decreto es:

> "(…) que el Estado alcance mayores niveles de equidad, eficacia, eficiencia, y preste efectivamente servicios de calidad en materia de salud al ciudadano, a través de una política integral de compensaciones y entregas económicas que promueva el desarrollo del personal de la salud al servicio del Estado".

57. Por su parte, en el artículo 5.1 se dispone lo siguiente sobre los servicios de salud pública:

> "Son los servicios dirigidos a la protección de la salud a nivel poblacional de carácter asistencial, administrativa, de investigación o de producción. Comprenden las siguientes Funciones Esenciales: análisis de la situación de salud; vigilancia de la salud pública, investigación y control de riesgos y daños en salud pública; promoción de la salud y participación de los ciudadanos en la salud; desarrollo de políticas, planificación y gestión en materia de salud pública; regulación y fiscalización en materia de salud pública; evaluación y promoción del acceso equitativo a servicios de salud; desarrollo de recursos humanos y capacitación en salud pública; garantía y mejoramiento de la calidad de los servicios de salud individuales y colectivos; investigación en salud pública; y reducción del impacto de las emergencias y desastres en la salud".

58. Corresponde señalar que el personal administrativo del sector salud no desempeña funciones de carácter asistencial, sino que realiza actividades y/o labores que sirven de apoyo para el cumplimiento de las funciones que desempeña el personal de salud, en los servicios de salud pública o en los servicios de salud individual.

59. De este modo, los trabajadores administrativos del sector salud se encuentran bajo los alcances del Decreto Legislativo 276, Ley de la Carrera Administrativa y de

Remuneraciones del Sector Público, y su reglamento; y de la Ley 30057, Ley del Servicio Civil, y su reglamento general (Decreto Supremo 040-2014-PCM) y de compensaciones (Decreto Supremo 138-2014-EF).

60. En específico, el artículo 3.2.b del ya citado Decreto Legislativo 1153, establece lo siguiente:

> "(…) Quedan excluidos del ámbito de aplicación del presente Decreto Legislativo el personal o servidor civil de las entidades públicas que ocupa un puesto destinado a funciones administrativas, así como el personal del Seguro Social de Salud - EsSalud, del Seguro Integral de Salud - SIS, de la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud - SUNASA, el personal militar de las Fuerzas Armadas y el policial de la Policía Nacional del Perú en actividad que presta servicios asistenciales en salud".

61. Lo expuesto hasta aquí permite que este Tribunal identifique cuáles son las líneas de carrera y sus niveles, así como el alcance de los regímenes de los profesionales de la salud, técnicos, auxiliares asistenciales y trabajadores administrativos.

62. Previamente al análisis de fondo, debe tenerse en cuenta, además, algunos antecedentes en torno a las normas legales que dispusieron ascensos automáticos del personal de salud. Por ejemplo, mediante la Cuadragésima Sétima Disposición Complementaria Final de la Ley 29951, Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, se dispuso:

> "Autorízase al Ministerio de Salud, sus organismos públicos y los gobiernos regionales, la progresión en la carrera médica y de los profesionales de la salud no médicos, mediante el proceso de ascenso automático excepcional por años de servicio, en el marco de sus respectivas carreras especiales. Para tal efecto, dichas entidades quedan exceptuadas de lo dispuesto por el artículo 6 de la Ley 29812, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2012 (…)".

63. Posteriormente, mediante la Centésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114, Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014, se autorizó al Instituto Nacional Penitenciario:

> "(…) la progresión en la carrera médica y de los profesionales de la salud no médicos, mediante el proceso de ascenso automático excepcional por años de servicio, en el marco de sus respectivas carreras especiales; para cuyo efecto queda sin efecto la restricción sobre ingresos del personal prevista en la presente Ley.
>
> Para la aplicación de la presente disposición es requisito que las plazas se encuentren aprobadas en el cuadro de asignación de personal (CAP), y registradas en el Aplicativo Informático para el Registro Centralizado de Planillas y de Datos de los Recursos Humanos del Sector Público a cargo de la Dirección General de Gestión de Recursos Públicos del Ministerio de Economía y Finanzas".

64. Al tratarse los ejemplos citados de leyes de presupuesto, estas debieron estar efectivamente equilibradas, como manda el artículo 78 de la Constitución, por lo que no existe objeción constitucional respecto del incremento en el gasto público.

65. Por otra parte, el 13 de setiembre de 2017 se publicó la Ley 30657, que autoriza el cambio de grupo ocupacional y cambio de línea de carrera del personal de la salud del Ministerio de Salud, de sus organismos públicos, y de las Unidades Ejecutoras de Salud de los Gobiernos Regionales.

66. Respecto al financiamiento del cambio de grupo ocupacional y el cambio de línea de carrera del personal de salud, el artículo 5 de dicha ley dispuso:

> "5.1. Durante el año fiscal 2017, la implementación de lo dispuesto en la presente ley se financia con cargo al presupuesto asignado a la plaza que ocupa actualmente el personal de la salud sujeto al cambio de grupo ocupacional y cambio de línea de carrera, la cual es suprimida a fin de crear una nueva plaza.
>
> 5.2. La diferencia económica entre la plaza actual y la nueva plaza que se crea para el cambio de grupo ocupacional y el cambio de línea de carrera, se financia con cargo al presupuesto del Ministerio de Salud, de sus organismos públicos, y de las unidades ejecutoras de salud de los gobiernos regionales, sin demandar recursos adicionales al tesoro público.
>
> 5.3. Para la aplicación de lo dispuesto en el presente artículo, las entidades comprendidas en la presente ley, en cuanto corresponda, quedan exoneradas de las restricciones previstas en los artículos 6 y 9 de la Ley 30518, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2017, así como del literal b) de la tercera disposición transitoria del texto único ordenado de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, aprobado por Decreto Supremo 304-2012-EF.
>
> 5.4. Las plazas que se crean deben registrarse en el aplicativo informático para el Registro Centralizado de Planillas y de Datos de Recursos Humanos del Sector Público a cargo de la Dirección General de Gestión de Recursos Públicos del Ministerio de Economía y Finanzas".

67. Según se señala en la demanda (p. 7), la Ley 30657 "fue resultado de un proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo (Proyecto 1430/2016-PE)".

68. A partir de lo anterior, puede concluirse que las leyes que regularon los ascensos, cambios de línea de carrera y grupo ocupacional del personal de salud, similares a las disposiciones impugnadas en el presente caso, contaron con la cooperación entre el Congreso y el Poder Ejecutivo, siendo este último, como ya se señalara, el titular de la competencia para administrar la hacienda pública.

§5. LA FUNCIÓN PÚBLICA Y LA MERITOCRACIA

69. La construcción y consolidación del Estado de derecho en nuestro país requiere de una actitud comprometida de parte de todos los poderes públicos y, de manera especial, de quienes, en nombre del Estado, ejercen la función pública.

70. Según el artículo 39 de la Constitución todos los funcionarios y servidores públicos, comenzando por el presidente de la República, se encuentran al servicio de la Nación. Esto supone, ante todo, un compromiso de lealtad con los valores y principios sobre los que se asienta el Estado peruano.

71. La relevancia de dicha finalidad esencial del "servicio a la Nación" que realizan quienes prestan servicios al Estado peruano en clave de ciudadanía, derechos fundamentales, democracia y constitucionalismo, se encuentra recogida en el desarrollo que este Tribunal ha realizado sobre la concepción de función pública bajo el orden constitucional instaurado por la carta fundamental de 1993.

72. Nuestra Constitución, en el capítulo IV de su Título I "De la función pública" (artículos 39 a 42), contiene una serie de disposiciones sobre la función pública en general y la carrera administrativa en particular. La función pública ha sido concebida, desde un punto de vista material, como la realización o desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado

73. Cabe mencionar que el propio constituyente, en el artículo 40 de la Constitución antes mencionado, ha excluido del carácter de función pública a las actividades o funciones que realizan "los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta". Sin embargo, ello no los exime del cumplimiento de los deberes y de las responsabilidades que correspondan de acuerdo con el marco constitucional y legal vigente.

74. Desarrollando las disposiciones glosadas, el artículo 2 de la Ley 27815 (Ley del Código de Ética de la Función Pública) define a la función pública como "toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos".

75. En la Sentencia 5057-2013-PA/TC (fundamento 8), este Tribunal indicó que "la función pública debe ser entendida como desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado". Asimismo, añadió que "la condición de funcionario o servidor público no se identifica, por ejemplo, por un tipo de contrato o vínculo de un trabajador con la Administración Pública, sino por el desempeño de funciones públicas en las entidades del Estado".

76. Se ha precisado también, en la Sentencia 0025-2005-AI/TC, que realizan o desempeñan función pública los empleados o servidores públicos en general, y en este grupo se incluye a los servidores que se desenvuelven en el área de la salud, entre muchos otros (fundamento 52). En esta sentencia se señaló además que la función pública se clasifica en (fundamento 51):

    i) función pública representativa, que se refiere a los cargos o funciones de representación política y que se encuentran directamente relacionados con el ejercicio del derecho a ser elegido, contemplado en el artículo 31 de la Constitución; y

ii) función pública no representativa o profesionalizada, que ejercen todos los servidores públicos de los diversos niveles de la administración del Estado (central, regional y local), de los poderes del Estado y de toda institución pública en general.

77. Con relación al acceso a la función pública, este Tribunal tiene resuelto que se trata de un derecho fundamental cuyo contenido está comprendido por las siguientes facultades (Sentencia 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-AI, fundamento 43):

a) Acceder o ingresar a la función pública;

b) Ejercerla plenamente;

c) Ascender en la función pública; y

d) Condiciones iguales de acceso.

78. Cabe señalar que el contenido de este derecho garantiza la participación en la función pública, pero de conformidad con los requisitos que el legislador ha determinado. Ahora bien, corresponde señalar que el derecho de acceder a la función pública tiene como principio consustancial el principio de mérito, que vincula plenamente a todas las entidades del Estado.

79. Dicho principio posee dos dimensiones. La primera se manifiesta en la evaluación del acceso a la función pública y la segunda funge como un criterio determinante para la progresión en la carrera.

80. Esto significa que este principio vincula positivamente al legislador a que la regulación sobre el acceso a toda función pública observe irrestrictamente el principio del acceso por mérito; asimismo, que toda actuación de la administración del Estado y de toda entidad pública, en general, observe tal principio en todos sus actos en relación al acceso a la función pública de las personas.

81. La aprobación de un concurso público de méritos constituye un indicador de la idoneidad de los servidores públicos, lo que implica un mejoramiento en el desempeño de las entidades estatales y, por tanto, un beneficio para la ciudadanía en general (Sentencia 0006-2012-PI/TC, fundamento 45).

82. Por ello, los concursos públicos de méritos que lleven a cabo las entidades estatales no solo deberán evaluar en los participantes: i) su capacidad; ii) méritos; iii) habilidades; iv) idoneidad para el cargo al que postula; y v) comportamiento ético, entre otras que se estime pertinente en función del cargo y especialidad por la que se concursa, sino también deberán caracterizarse por su transparencia y objetividad en la evaluación de los méritos de cada postulante, evitando actos que pongan en duda que en los concursos públicos para acceder al empleo en el Estado se está eligiendo a quienes por sus méritos merecen obtener determinada plaza (Sentencia 5057-2013-PA/TC, fundamento 14).

83. Adicionalmente, en relación con el ascenso como contenido del derecho de acceder a la función pública en condiciones de igualdad, este Tribunal ha establecido lo siguiente:

> "La razón por la que este derecho comprende también el ejercicio pleno y sin perturbación de la función pública y el ascenso en ella es que, siendo la participación en la función pública el bien protegido de este derecho, el menoscabo, restricción o limitación ilegítima del pleno desenvolvimiento de la función pública o del ascenso en la misma, pueden conducir a una afectación del bien protegido por este derecho. La participación en la función pública tiene que ser entendida como un bien cuya concretización debe desarrollarse en toda su magnitud, es decir, con todas las implicancias que su pleno desarrollo lo exija. Ello se debe a que los derechos fundamentales deben ser comprendidos como *mandatos de optimización*, lo cual significa, precisamente, que su contenido protegido alcanza a todos los aspectos que contribuyen a un mayor grado de realización del bien jurídico que protege" (Sentencia 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, fundamento 44).

84. Ahora bien, corresponde señalar que no toda persona que realiza o se vincula a la función pública se encuentra en la carrera administrativa. A dicha conclusión ha llegado este Tribunal luego de advertir que el artículo 39 de la Constitución no ha expresado que, efectivamente, todos los funcionarios y trabajadores públicos realicen carrera administrativa. Por el contrario, se aprecia, más bien, que dicha carrera ha sido establecida en un artículo distinto: el artículo 40 de la norma fundamental (Sentencia 0025-2013-PI/TC, fundamentos 75-76).

85. Este Tribunal ha interpretado que la carrera administrativa constituye un bien constitucional y que es el legislador democrático a quien corresponde regular el ingreso, los derechos, los deberes y las responsabilidades de los servidores públicos. Ahora bien, como toda actuación de los poderes públicos, el ejercicio de dicha competencia por parte del Poder Legislativo debe respetar los principios, las reglas y los valores constitucionales (Sentencia 00029-2018-PI/TC, fundamento 16).

86. En ese sentido, este Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones respecto de la constitucionalidad de las normas vinculadas a la carrera administrativa. Así, en la Sentencia 0008-2005-PI/TC, se sostuvo que:

> "el texto constitucional reconoce la existencia de una carrera administrativa para los servidores públicos, pero también que el ingreso a ella y los derechos, deberes y responsabilidades serán regulados por ley. Por tanto, en rigor, estamos frente a un bien jurídico garantizado por la Constitución cuyo desarrollo se delega al legislador" (fundamento 44).

87. Cabe recordar que en la Sentencia 3446-2004-PA/TC este Tribunal sostuvo lo siguiente:

> "[En el artículo 40 de la Constitución] se delega en el legislador ordinario la facultad para organizar la carrera administrativa, precisando que mediante ley se establecerán las reglas para el ingreso a la misma y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. De esta forma se dota a los servidores públicos

de las garantías mínimas para ejercer su función social. Bajo tal premisa, la norma constitucional complementa lo estipulado con relación al ingreso a la carrera administrativa, exceptuando de ésta a los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, dada la característica de permanencia que rodea al servidor público luego de su ingreso a la carrera administrativa" (fundamento 3).

88. En suma, al tratarse de un bien constitucional, este Tribunal considera que la Constitución ha reservado al legislador democrático la competencia para regular dicha carrera administrativa, de conformidad con el artículo 40 de la Constitución.

§6. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 31039

89. Congresistas de diversas bancadas presentaron 17 proyectos de ley proponiendo el ascenso automático en el escalafón, el cambio de grupo ocupacional, el cambio de línea de carrera, el nombramiento y cambio a plazo indeterminado de los profesionales, técnicos, auxiliares asistenciales y personal administrativo de salud[1]. Corresponde advertir que ninguna de estas iniciativas fue presentada por el Poder Ejecutivo ni contó con su intervención.

90. El 20 de mayo de 2020, la Comisión de Salud y Población del Congreso de la República emitió un dictamen respecto al proyecto de la Ley 31039[2]. En principio, este Tribunal advierte que el estudio del financiamiento de la ejecución de las disposiciones en el proyecto de la Ley 31039 se limitó a señalar que dicha iniciativa sería financiada con la plaza presupuestal de las entidades correspondientes y que ello no irrogaría un incremento en el gasto del presupuesto nacional.

91. Posteriormente, el Poder Ejecutivo observó la autógrafa remitida por el Congreso de la República, señalando lo siguiente[3]:

> "El proceso de ascenso automático excepcional por años de servicio propuesto en el artículo 3 de la Autógrafa de Ley generaría costos incrementales que no se encuentran presupuestados en las entidades a los que se refiere el artículo 2 de la misma Autógrafa correspondiente a las valorizaciones del nuevo cargo. Asimismo, de aplicarse esta medida, se incurrirían en costos adicionales como la contratación de mayor personal para cubrir los puestos iniciales que lograron ascender.

1 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. Recuperado de: http://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/Expvirt_2011.nsf/visbusqptramdoc1621/02401?opendocument (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

2 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/04453DC21MAY20200520.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

3 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Observacion_a_la_Autografa/OBAU04453-20200722.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

La medida sobre el cambio de grupo ocupacional y cambio de línea de carrera del persona y técnico administrativo a la que se refiere el Capítulo II, genera costos incrementales. (…) En este sentido, es necesario precisar que el MINSA no cuenta con saldos y/o créditos presupuestarios disponibles para financiar dicha medida en el presente Año Fiscal.

El nombramiento automático de los profesionales, técnicos y auxiliar asistenciales de la salud a los que se refiere el Capítulo III de la Autógrafa también genera costos incrementales que no han sido estimados y que no se precisa cómo serán financiados.

Asimismo, la modificación del numeral 8.2 del artículo 8 del Decreto Legislativo 1153, Decreto Legislativo que regula la Política integral de Compensaciones y Entregas Económicas del Personal de la Salud al servicio del Estado, a fin de incorporar el literal f), a la que se refiere la Primera Disposición Complementaria Final de la Autógrafa de Ley, también demandará mayores gastos del Tesoro público, debido a que se estaría creando la bonificación por puesto de salud pública para el personal técnico o auxiliar asistencial de salud".

92. Por su parte, el 20 de agosto de 2020, la Comisión de Salud y Población emitió un dictamen contestando las observaciones en materia presupuestal realizadas por el Poder Ejecutivo[4]. En dicho documento se señaló lo siguiente (p. 28):

"De manera excepcional se autoriza al Ministerio de Salud, ante la pandemia que se vive por efectos del CORONAVIRUS - COVID 19, a efectuar el nombramiento automático de los profesionales, técnicos y auxiliares asistenciales de la salud contratados mediante Contratos MINSA, Contratación Administrativa de Servicios y Servicios No Personales o Locación de Servicios, no comprendidos bajo los alcances de la Ley 30957, para lo cual se establece que es requisito que las plazas o puestos a ocupar se encuentren aprobados en el Cuadro para Asignación de Personal (CAP), en el Cuadro para Asignación de Personal Provisional (CAP Provisional) o en el Cuadro de Puestos de la Entidad (CPE), y en el Presupuesto Analítico de Personal (PAP), según corresponda. Asimismo, que las plazas o puestos a ocupar se encuentren registrados en el Aplicativo Informático para el Registro Centralizado de Planillas y de Datos de los Recursos Humanos del Sector Público a cargo de la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos del Ministerio de Economía y Finanzas, y cuenten con la respectiva certificación del crédito presupuestario.

Para ello a su vez se autoriza al Ministerio de Salud para realizar modificaciones presupuestarias en el nivel institucional con cargo a la fuente de financiamiento Recursos

4 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/04453DC21MAY20200820.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

> *Ordinarios, a favor de sus organismos públicos y de los Gobiernos Regionales para el financiamiento del proceso de nombramiento autorizado por la presente Ley*" (cursivas añadidas).

93. De los párrafos precedentes surge que el Congreso de la República reconoce que con la expedición de la Ley 31039 se genera gasto público, tal como lo advirtió el Poder Ejecutivo en la observación glosada *supra.*

94. Finalmente, el Pleno del Congreso de la República aprobó con 115 votos la insistencia del proyecto de la Ley 31039[5], siendo promulgada por el presidente de este poder del Estado y publicada el 26 de agosto de 2020 en el diario oficial *El Peruano.*

95. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, en nuestro Estado de derecho, el Congreso de la República goza de autonomía constitucional para cumplir con la función legislativa asignada por la Constitución. En ejercicio de estas competencias, este órgano constitucional puede regular una diversidad de materias, siempre que ello no afecte normas constitucionales.

96. En efecto, no puede soslayarse que la atribución constitucional de aprobación de leyes implica un nivel de deliberación y confrontación entre propuestas legislativas, de ahí que el Congreso no se encuentre obligado a coincidir con la observación que realiza el Poder Ejecutivo. Un razonamiento contrario implicaría desconocer las facultades legislativas asignadas por la Constitución.

97. Por lo tanto, el hecho de que la aprobación por insistencia del proyecto de la Ley 31039 por parte del Congreso contradiga los argumentos que ameritaron el ejercicio de la observación por parte del presidente de la República, no vulnera en abstracto la separación de poderes.

98. Sin embargo, debe tomarse en cuenta el principio de separación de poderes, pues como ya se ha señalado, no debe ser entendido en su concepción clásica, esto es, en el sentido de que establece una separación tajante y sin relaciones entre los distintos poderes del Estado; sino que exige que se le conciba, por un lado, como control y balance entre los poderes del Estado –*check and balance of powers*– y, por otro, como coordinación y cooperación entre ellos (Sentencia 0006-2006-CC/TC, fundamento 15).

99. En la coyuntura actual resulta claramente necesario que los órganos del Estado establezcan relaciones de cooperación especialmente intensas para afrontar la crisis económica y sanitaria, pero, claro está, las medidas que adopten en ejercicio de sus competencias deberán estar acordes con el marco constitucional y resultar, además, razonables y proporcionadas.

---

5 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Asistencia_y_Votacion/Proyectos_de_Ley/Votacion_Nominal/VNITS02401-20200824.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

100. En el presente caso, como ya se ha dicho *supra*, el principio de cooperación de poderes debe interpretarse a la luz del artículo 118, inciso 17 de la Constitución que reconoce al presidente de la República la competencia para administrar la hacienda pública y tomar en cuenta también el artículo 79 que regula la prohibición a los congresistas de presentar iniciativas que supongan la creación o aumento de gastos públicos.

101. Precisamente, en los incisos 3 y 4 del artículo 2.2 del Decreto de Urgencia 015-2019, Decreto de Urgencia para el Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2020, se establece:

> "3. En todo dispositivo legal que autorice gastos no previstos en el Decreto de Urgencia que aprueba el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2020, se debe especificar el financiamiento, bajo sanción de ineficacia de los actos que se deriven de la aplicación de los dispositivos legales.
>
> 4. Los proyectos de normas legales que generen gasto público deben contar, como requisito para el inicio de su trámite, con una evaluación presupuestal que demuestre la disponibilidad de los créditos presupuestarios que pueden ser destinados a su aplicación, así como el impacto de dicha aplicación en el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2020, y un análisis de costo-beneficio en términos cuantitativos y cualitativos. La evaluación presupuestaria y el análisis costo-beneficio del proyecto de norma deben ser elaborados por el pliego presupuestario respectivo".

102. A continuación, este Tribunal analizará si las disposiciones impugnadas de la Ley 31039 resultan conformes con los principios y normas establecidos en la Constitución, que se han desarrollado *supra*.

§6. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 31039

6.1 SOBRE EL ASCENSO AUTOMÁTICO EXCEPCIONAL POR AÑOS DE SERVICIO

103. Las reglas que regulan la progresión en la carrera médica y de los profesionales de la salud no médicos, mediante el proceso de ascenso automático excepcional por años de servicio se encuentran en los artículos 3, 4, 5 y 6 de la Ley 31039.

104. A fin de evaluar su constitucionalidad debe comenzarse tomando en cuenta que las reglas que regulan el ascenso del personal de salud en nuestro ordenamiento jurídico se encuentran en la Ley 23536, cuyo artículo 20 ya fue citado *supra*.

105. Por su parte, en el artículo 40 del reglamento de dicha ley (el Decreto Supremo 019-83-PCM) se establece: "los Concursos de Ascenso se realizarán anualmente por niveles en cada línea de carrera, siempre que exista la vacante y la disponibilidad presupuestal".

106. Las disposiciones antes mencionadas permiten advertir que el ascenso de los profesionales de la salud solo se realiza mediante concurso de méritos y previo cumplimiento de los requisitos del nivel inmediato superior; ello en observancia de los principios de meritocracia, transparencia e igualdad.

107. Es necesario subrayar que las reglas impugnadas, relacionadas con la progresión de los profesionales, técnicos y auxiliares asistenciales del sector salud, requieren de disponibilidad presupuestal para afrontar los gastos que demande su implementación.

108. Si bien el legislador goza de discrecionalidad para la regulación de los regímenes laborales en el sector público, ello no implica la libertad de presentar iniciativas que creen o aumenten el gasto público. La regulación que se efectúe, además, debe ser conforme a los principios que orientan el ejercicio del servicio público. Dichos principios son la meritocracia, transparencia, e igualdad ante la ley.

109. El principio de meritocracia representa un incentivo dirigido al personal de salud, para aspirar a los referidos ascensos. Por ello, esto optimiza la productividad del personal de salud en sus labores, lo que repercute en un beneficio para la población.

110. Como es evidente, los ascensos del personal de salud suponen la preexistencia de plaza vacante y de disponibilidad presupuestal, sin los cuales se imposibilita su ejecución.

111. Como se ha señalado en los fundamentos *supra*, el ascenso automático del personal de salud se ha efectuado excepcionalmente mediante la Ley 29951, que regula el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, y la Ley 30114, Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014.

112. Como es obvio, las leyes de presupuesto cuentan con la iniciativa del Poder Ejecutivo e incluyen un análisis del equilibrio presupuestal y financiero. Precisamente, el respeto al principio de equilibrio presupuestal representa un límite a la administración pública al momento de promover el aumento del gasto público.

113. En lo que respecta a la progresión de la carrera médica mediante el proceso de ascenso automático excepcional por años de servicio, el Proyecto de Ley 4913/2020-CR −uno de los que dieron lugar a la ley impugnada en el presente proceso− reconocía lo siguiente:

> "Esta iniciativa implica un gasto al erario público, sin embargo, la finalidad que persigue otorga un beneficio mayor para los profesionales de la salud, y, por ende, para la población en general como receptora de la atención de salud"[6].

114. Conviene tener en cuenta que, en el Informe 0976-2020-EF/53.04, del 26 de agosto de 2020, de la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos del Ministerio de Economía y Finanzas (obrante a fojas 74 del expediente virtual), se señala lo siguiente sobre la ley materia de la demanda de autos:

> "El proceso de ascenso automático excepcional por años de servicio propuesto en el Capítulo I generará costos incrementales, debido a que las entidades a las que se refiere el artículo 2, no cuentan con los créditos presupuestarios para financiar las valorizaciones

6 Disponible en el sitio web del Congreso de la República, p. 9. Recuperado de: https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL04913_20200326.pdf (Consulta realizada el 27 de noviembre de 2020).

correspondientes al nuevo cargo, así como tampoco se han programado los recursos para financiar esta medida durante el Año Fiscal 2021. Asimismo, en el presente Año Fiscal y en los subsiguientes, se incurrirán en costos adicionales para la contratación de mayor personal para cubrir los puestos iniciales que lograron ascender".

115. En dicho informe (a fojas 76 del expediente virtual) se precisa el costo diferencial que implicaría la implementación de los artículos 3, 4, 5 y 6 de la Ley 31039 (ascenso automático de los profesionales de la salud) ascendería a S/ 216 902 739,77.

116. De lo detallado *supra* se advierte que el financiamiento del programa de ascensos del personal de salud por años de servicio, demanda fondos del tesoro no previstos en las leyes presupuestales del sector público y las iniciativas no contaron con la intervención del Poder Ejecutivo.

117. A esto hay que añadir que la actual situación económica del país obliga a todos los órganos y poderes del Estado a proceder de un modo especialmente cauteloso y prudente en el manejo de los recursos públicos, ya que se requiere enfrentar la crisis sanitaria y el impacto que esta produjo en la economía nacional.

118. Precisamente, nuestra Constitución concibe un conglomerado de disposiciones relacionadas a la competencia de la administración de la hacienda pública y el principio de equilibrio presupuestal, para que las propuestas legales que demanden fondos del tesoro público sean acordes con las disposiciones constitucionales en materia presupuestaria.

119. En el presente caso, es evidente que las iniciativas que condujeron a la aprobación de la Ley 31039 sobre el ascenso automático excepcional al personal de salud, han ignorado los principios que orientan la Constitución en materia presupuestaria. Específicamente, al demandar fondos presupuestales para el financiamiento del programa de ascensos, han trasgredido las competencias del Poder Ejecutivo en la administración de la hacienda pública y la prohibición constitucional de los congresistas de crear gasto público en una materia ajena a su presupuesto.

120. Además, como se puede advertir de los párrafos precedentes, la ejecución del programa de ascenso automático al personal de salud, establecido en los artículos 3, 4, 5 y 6 de la Ley 31039, implica un gasto público no previsto en el pliego presupuestal de los órganos de la administración pública, lo cual afecta el principio de equilibrio presupuestal.

121. Por lo tanto, corresponde estimar la demanda en este extremo y, en consecuencia, declarar inconstitucionales los artículos 3, 4, 5 y 6 de la Ley 31039.

5.2 SOBRE EL CAMBIO DE GRUPO OCUPACIONAL Y CAMBIO DE LÍNEA DE CARRERA

122. Las disposiciones que regulan el cambio de grupo ocupacional y cambio de línea de carrera del personal profesional y técnico administrativo del sector salud se encuentran en los artículos 7, 8, 9, 10, 11, 12 y la Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley 31039.

123. Como ya se señaló *supra*, mediante la Ley 30657 se autorizó el cambio de grupo ocupacional y cambio de línea de carrera del personal de la salud del Ministerio de Salud, de sus organismos públicos, y de las Unidades Ejecutoras de Salud de los Gobiernos Regionales. En esa oportunidad, el Poder Ejecutivo presentó una iniciativa legislativa que abordaba el cambio de grupo ocupacional y cambio de línea de carrera (cfr. p. 42 de la contestación de la demanda de autos).

124. Queda claro, entonces, que en este caso hubo un proceso de cooperación entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República, con el fin de que la ejecución del plan de cambio de grupo ocupacional y cambio de línea de carrera del personal de salud esté acorde con los principios presupuestales que emanan de la Constitución.

125. De las 17 iniciativas legislativas que originaron la Ley 31039, cuatro de ellas promovieron el cambio de grupo ocupacional y cambio de línea de carrera para el personal de salud. Respecto al análisis costo-beneficio establecían lo siguiente:

PL 5221/2020-CR[7]	"En ese sentido el financiamiento de la presente propuesta legislativa sería cubierto cargo a los saldos presupuestales del Ministerio de Salud, la sostenibilidad presupuestal para los siguientes años deberá ser garantizado por cada una de las entidades comprendidas en el Decreto Legislativo 1153".
PL 5144/2020-CR[8]	"La presente propuesta legislativa busca reivindicar los derechos del personal de salud (…). Su aprobación, no compromete ninguna partida presupuestal para su implementación, ni menos estará obligado a realizar transferencia financiera alguna, tampoco compromete el sistema de inversión en el sector, por el contrario, se sujeta al presupuesto de Salud asignado".
PL 5062/2020-CR[9]	"El presente proyecto no irroga gasto alguno al erario nacional, por tratarse de una propuesta de naturaleza declarativa de necesidad pública e interés nacional que busca beneficiar a un número importante de profesionales y técnicos administrativos (…)".
PL 5049/2020-CR[10]	"Debemos entender que el costo económico de estas medidas es una contribución a resolver costos mayores y, de no adoptarse (sic). La presión social que generan las medidas de emergencia nacional sanitaria debe reducirse, con el sacrificio de todos los agentes económicos".

7 Disponible en el sitio web del Congreso de la República, p. 8. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL05221-20200515.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

8 Disponible en el sitio web del Congreso de la República, p. 8. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL05144_20200507.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

9 Disponible en el sitio web del Congreso de la República, pp. 7-8. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL05062_20200424.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

10 Disponible en el sitio web del Congreso de la República, p. 8 Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL05049-20200422..pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

126. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el dictamen del proyecto de la Ley 31039, respecto al análisis costo-beneficio del cambio de grupo ocupacional y cambio de línea de carrera, ignoró el análisis económico y el impacto financiero de su implementación. Así pues, en el referido dictamen se refirió solo que la presente iniciativa legislativa no contraviene la Constitución, ya que:

> "en su gran mayoría es cubierta por los pliegos presupuestarios de los respectivos sectores responsables de ejecutar esta norma"[11].

127. Precisamente, esta indeterminación en el financiamiento del programa de cambio de grupo ocupacional y cambio de línea de carrera fue observado por el Poder Ejecutivo. Sin embargo, el Congreso justificó la aprobación por insistencia de la Ley 31039, señalando lo siguiente:

> "(…) lo que se pretende para el año fiscal 2020, es autorizar de manera excepcional al Ministerio de Salud, sus organismos públicos y a los gobiernos regionales, para que realice, el cambio de grupo ocupacional y línea de carrera del personal de la salud, tal como lo contempla el numeral 3.2 del artículo 3 del Decreto Legislativo 1153, Decreto Legislativo que regula la política integral de compensaciones y entregas económicas del personal de la salud al servicio del Estado y técnico administrativos con profesión de la salud"[12].

128. Corresponde señalar que en el caso del Decreto Legislativo 1153, la norma fue desarrollada por el Poder Ejecutivo a partir de las facultades delegadas por el Congreso, mientras que en el de los proyectos que condujeron a la aprobación de la Ley 31039 no ha existido una labor de cooperación entre poderes.

129. Conviene tener en cuenta que, en el ya citado Informe 0976-2020-EF/53.04 de la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos del Ministerio de Economía y Finanzas (a fojas 75 del expediente virtual), se indica lo siguiente sobre la ley aquí impugnada:

> "La medida sobre el cambio de grupo ocupacional y cambio de línea de carrera del personal profesional y técnico administrativo a la que se refiere el Capítulo II, también genera costos incrementales. Al respecto, sobre el financiamiento de dichos costos, en el artículo 11 señala lo siguiente: "(…) La diferencia económica entre la plaza actual y la nueva plaza que se crea para el cambio de grupo ocupacional y cambio de línea de carrera se financia con cargo a los saldos presupuestales de Salud

11 Disponible en el sitio web del Congreso de la República, p. 19. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/04453DC21MAY20200520.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

12 Disponible en el sitio web del Congreso de la República, p. 21. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/04453DC21MAY20200820.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

(…)

En ese sentido, es necesario precisar que el Ministerio de Salud no cuenta con saldos y/o créditos presupuestarios disponibles para financiar dicha medida en el presente Año Fiscal. Así, cabe señalar que el citado pliego, a través del Oficio N 1545-2020-SG/MINS, remitió a este Ministerio un proyecto de Decreto de Urgencia para, entre otros, financiar la diferencia económica para el cambio de grupo ocupacional y el cambio de línea de carrera con cargo a los recursos de la Reserva de Contingencia hasta por la suma de S/18 661 590,00".

130. En dicho informe (a fojas 77 del expediente virtual) se detalla además que el costo diferencial para la implementación de los artículos 7, 8, 9, 10, 11, 12 y la Disposición Complementaria Final Cuarta de la Ley 31039 ascendería a S/19 721 705,99.

131. De lo señalado *supra* se advierte que las iniciativas que dieron lugar a la aprobación de los artículos 7, 8, 9, 10, 11, 12 y la Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley 31039, implican, necesariamente, un incremento en el presupuesto público de las entidades empleadoras del personal de salud, lo cual trasgrede el artículo 79 de la Constitución, que prohíbe a los congresistas la creación o aumento del gasto público.

132. Como ya se señaló en los párrafos precedentes, la aprobación de medidas que demanden gasto público requiere de la participación del órgano administrador de la hacienda pública, que es el Poder Ejecutivo, lo cual no ocurrió en el presente caso.

133. Además, se advierte que la implementación de dichas medidas desconoce los principios presupuestales de la Constitución, en tanto que su ejecución exige un incremento de recursos del tesoro público en las entidades ejecutoras del cambio de grupo ocupacional y cambio de línea de carrera, lo cual afecta el principio de equilibrio presupuestal reconocido en el artículo 78 de la Constitución.

134. En la contestación de la demanda se señala que el Poder Ejecutivo "no puede emplear a la Ley de Presupuesto del Sector Público, bajo la justificación de la austeridad y la racionalidad en el gasto, como una herramienta para limitar en forma sistemática el derecho de acceso a la función pública en el ámbito de la salud, a través de limitaciones presupuestarias anualmente presentadas y mantenidas en forma indefinida, como si el Perú se encontrara en una crisis financiera y económica perpetua" (fojas 52 del escrito de contestación de la demanda disponible en el cuadernillo virtual).

135. Este Tribunal considera oportuno subrayar que, si bien la iniciativa presupuestal corresponde al Poder Ejecutivo, la ley de presupuesto es aprobada por el Congreso de la República y, por ende, se requerirá que ambos poderes cooperen para la adecuada atención del presupuesto destinado al sector salud.

136. Por las razones expuestas, corresponde estimar la demanda en este extremo, y en consecuencia declarar inconstitucionales los artículos 7, 8, 9, 10, 11, 12 y la Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley 31039.

6.3 SOBRE EL NOMBRAMIENTO AUTOMÁTICO EN EL RÉGIMEN LABORAL DEL DECRETO LEGISLATIVO 276

137. Las disposiciones que regulan el nombramiento automático de los profesionales, técnicos y auxiliares asistenciales del sector salud al régimen laboral del Decreto Legislativo 276, se encuentran en los artículos 13, 14, 15, 16 y 17 de la Ley 31039.

138. De las 17 iniciativas legislativas que originaron la Ley 31039, cuatro de ellas promovieron el nombramiento automático en el régimen laboral del Decreto Legislativo 276. Sobre el análisis costo-beneficio establecían lo siguiente:

PL 5013/2020-CR[13]	"La implementación de lo dispuesto en la presente Ley se financia con cargo al presupuesto de MINSA, sin demandar mayores recursos al tesoro público ni afectar el gasto e inversión material, infraestructura y demás elementos necesarios para prestación idónea de los servicios de salud, y respetando las disposiciones legales presupuestales".
PL 5142/2020-CR[14]	"La aprobación del presente proyecto de ley, no contraviene a la Constitución Política del Estado ni irroga gasto al erario público (…). Por el contrario, el presente proyecto de ley busca mitigar el pánico social en cuanto a la pedida (sic) de estabilidad laboral y favorece la lucha frente a las consecuencias negativas ocasionadas por el COVID-19, ya que establece mecanismos legales para mitigar sus efectos sociales y económicos".
PL 5143/2020-CR[15]	"El proyecto no irroga costo al tesoro público, su propósito es lograr que se continué con el proceso de nombramiento, constituyendo en estos momentos una necesidad debido a los momentos difíciles que atraviesa nuestro país, frente a la emergencia sanitaria decretada, para el control, disminución y erradicación de la pandemia".
PL 5167/2020-CR[16]	"La presente iniciativa no genera gasto, ya que el financiamiento de su ejecución es con cargo al presupuesto institucional del Ministerio de Salud, más aún porque la propuesta propone facultar a la entidad a realizar las modificaciones presupuestales siempre y cuando estas no contravengan las inversiones en salud y en infraestructura (…)".

13 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. p. 6. Recuperado de: https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL05013-20200406.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

14 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. p. 7. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL05142_20200507.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

15 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. p. 5. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL05143_20200507.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

16 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. p. 9. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL05167-20200512.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

139. Respecto al financiamiento del nombramiento automático de los profesionales, técnicos y auxiliares asistenciales de la salud, el dictamen de la Comisión de Salud y Población menciona lo siguiente:

> "La implementación de lo dispuesto en la presente Ley se financia con cargo al presupuesto de MINSA, sin demandar mayores recursos al tesoro público ni afectar el gasto e inversión en material, infraestructura y demás elementos necesarios para la prestación idónea de los servicios de salud, y respetando las disposiciones legales presupuestales. El nombramiento automático de los trabajadores contratados mediante Contratos MINSA, CAS, por Servicios No Personales y/o Locación de servicios; en el sector salud será financiado a través de la conversión de plazas inorgánicas a orgánicas del presupuesto de salud aprobado"[17].

140. El Poder Ejecutivo, en la observación a la autógrafa de la Ley 31039, refirió:

> "El nombramiento automático de los profesionales, técnicos y auxiliar asistenciales de la salud a los que se refiere el Capítulo III de la Autógrafa también genera costos incrementales que no han sido estimados y que no se precisa cómo serán financiados".

141. Debe tomarse en cuenta que, como ya hemos señalado *supra*, en nuestro ordenamiento jurídico existe todo un conjunto de normas que regulan las competencias de los órganos y poderes del Estado con el fin de evitar el desbalance en el presupuesto público. Las iniciativas que creen o aumenten el gasto público deben respetar, además, los principios de equilibrio y estabilidad presupuestal.

142. De ahí que sea necesario que, ante propuestas que creen o aumenten el gasto público, se requiera la participación del Poder Ejecutivo como órgano encargado de la administración de la hacienda pública.

143. Como se ha señalado *supra*, el ejercicio de dicha competencia debe contrastarse con los principios que orientan las disposiciones de la Constitución sobre equilibrio presupuestal y estabilidad presupuestaria como freno al endeudamiento público.

144. Conviene tener en cuenta que, según el Informe 0976-2020-EF/53.04 de la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos del Ministerio de Economía y Finanzas (a fojas 77 del expediente virtual), el costo de la implementación de los artículos 13, 14, 15, 16 y 17 de la Ley 31039 se ha estimado en un total de S/ 1 154 301 122,77.

145. De lo señalado *supra* se advierte que las iniciativas que dieron lugar a la aprobación de los artículos 13, 14, 15, 16 y 17 de la Ley 31039, implican, necesariamente, un

17 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. p. 24. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/04453DC21MAY20200520.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

incremento en el presupuesto público de las entidades empleadoras del personal de salud, lo cual trasgrede el artículo 79 de la Constitución, que prohíbe a los congresistas la creación o aumento de gasto público.

146. Además, se desprende de la aprobación de la Ley 31039, que el Congreso de la República ha vulnerado las competencias del Poder Ejecutivo respecto a la administración de la hacienda pública. Dicha competencia exige que los proyectos de ley que demanden fondos del presupuesto público anual o de las reservas del tesoro público, sean desarrollados en coordinación con el Poder Ejecutivo.

147. Por lo expuesto, corresponde estimar la demanda en este extremo y, en consecuencia, declarar inconstitucionales los artículos 13, 14, 15, 16 y 17 de la Ley 31039.

6.4 SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LOS REQUISITOS PARA QUE EL PERSONAL CAS DE ESSALUD SEA INCORPORADO AL RÉGIMEN DEL DECRETO LEGISLATIVO 728

148. Las disposiciones que regulan la modificación de los requisitos para que el personal CAS de EsSalud sea incorporado al régimen del Decreto Legislativo 728 se encuentran en los artículos 18, 19 y 20 de la Ley 31039.

149. Cabe señalar que, según el artículo 39 de la LOPE, EsSalud constituye una entidad administradora de fondos intangibles de seguridad social. Asimismo, conforme al artículo 1.2 de la Ley 27056, Ley de Creación del Seguro Social de Salud (EsSalud), esta entidad tiene por finalidad:

> "(…) dar cobertura a los asegurados y sus derechohabientes, a través del otorgamiento de prestaciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, prestaciones económicas, y prestaciones sociales que corresponden al régimen contributivo de la Seguridad Social en Salud, así como otros seguros de riesgos humanos"

150. El artículo 11 de la citada ley dispone además que "los recursos que administra EsSalud; de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 12 de la Constitución Política del Perú, son intangibles y no pueden ser destinados a fines distintos a los de su creación, y se constituyen por:

> "a) Los aportes o contribuciones de los afiliados del Seguro Social de Salud (EsSalud), incluyendo los intereses y multas provenientes de su recaudación;
> b) Sus reservas y el rendimiento de sus inversiones financieras;
> c) Los ingresos provenientes de la inversión de sus recursos;
> d) Los ingresos por los seguros de riesgos humanos y las prestaciones de salud a no asegurados; y,
> e) Los demás que adquiera con arreglo a Ley".

151. El último párrafo del artículo 8 de la Ley 26790 dispone que, de conformidad con el artículo 12 de la Constitución, estos recursos son intangibles y "sólo pueden ser

empleados en la administración, producción, generación de infraestructura, otorgamiento de prestaciones, en la constitución de reservas técnicas y en las inversiones o colocaciones que sean necesarias para su adecuada rentabilidad".

152. La intangibilidad a la que alude el artículo 12 de la Constitución tiene por propósito asegurar que los fondos y las reservas de la seguridad social no sean destinados a fines distintos del aseguramiento y la garantía del pago o cobertura de beneficios acorde con el principio-derecho de dignidad, reconocido por el artículo 1 de la Norma Fundamental (Sentencia 0014-2007-AI/TC, fundamento 31).

153. A fojas 96 y 97 del expediente virtual, el Poder Ejecutivo adjuntó el Informe 1727-2020-MTPE/4/8, que da cuenta de la grave situación económico-financiera que atraviesa EsSalud:

    a. Reducción de ingresos por más de S/ 1,200 millones de soles en el año 2020 debido a que gran parte de las empresas dejaron de pagar aportaciones a EsSalud por sus afiliados.

    b. Incremento de gastos por más de S/ 1,675 millones de soles generados por la contratación temporal de personal asistencial bajo la modalidad CAS y por la adquisición de bienes estratégicos, contratación de servicios complementarios, adquisición de equipamiento médico, ampliación de oferta de camas hospitalarias y camas UCI, entre otros.

    c. Como consecuencia de la reducción de ingresos y el incremento de los gastos de EsSalud, esta institución estaría culminando el presente año con un déficit económico de más de S/ 2,500 millones de soles.

154. Conviene tener en cuenta que la actual crisis sanitaria por la que atraviesa el país ha obligado a que el Poder Ejecutivo destine recursos económicos a EsSalud con el fin de afrontar esta crisis. Al respecto pueden observarse las siguientes medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo:

Resolución Ministerial 071-2020-TR.	Transferencia financiera con la finalidad de Financiar la habilitación, implementación, adecuación y operación de la Villa Panamericana que realice el Seguro Social de Salud - EsSalud para el tratamiento de pacientes confirmados con el COVID-19 y sospechosos sintomáticos, asegurados y no asegurados.
Resolución Ministerial 081-2020-TR	Transferencia financiera con la finalidad de financiar la habilitación, implementación, adecuación y operación de dos torres adicionales de la Villa Panamericana para la atención de pacientes confirmados por el COVID-19 y sospechosos sintomáticos, asegurados y no asegurados.
Resolución Ministerial 086-2020-TR	Transferencia financiera con la finalidad de pagar los subsidios por incapacidad temporal para pacientes diagnosticados con COVID-19.

Resolución Ministerial 091-2020-TR	Transferencia financiera para financiar la implementación de centros de atención y aislamiento temporal a nivel nacional previstos en el artículo 2 del Decreto de Urgencia 055-2020
Resolución Ministerial 124-2020-TR	Transferencia financiera para financiar la implementación de centros de atención y aislamiento temporal a nivel nacional previstos en el artículo 2 del Decreto de Urgencia 055-2020.
Resolución Ministerial 128-2020-TR	Transferencia financiera con la finalidad de financiar la continuidad de las prestaciones de prevención, promoción y atención de la salud del Seguro Social de Salud – EsSalud y el otorgamiento de la "Prestación Económica de Protección Social de Emergencia ante la Pandemia del Coronavirus COVID 19".
Resolución Ministerial 146-2020-TR	Transferencia financiera para financiar la continuidad de la implementación y operación de novecientas doce (912) camas de la Villa Panamericana que realice el Seguro Social de Salud (EsSalud), para el tratamiento de pacientes confirmados con el COVID-19 y sospechosos sintomáticos, asegurados y no asegurados en el marco de lo establecido en el numeral 2.1 del artículo 2 del Decreto de Urgencia 030-2020.
Resolución Ministerial 175-2020-TR.	Transferencia financiera para Financiar la operatividad de los Centros de Atención y Aislamiento Temporal denominados "Sede la Videnita" ubicado en el departamento de Piura y "Sede Cerro Juli" ubicado en el departamento de Arequipa, con cargo a los recursos transferidos al Pliego Ministerio de Salud, en el marco del artículo 3 del Decreto de Urgencia 055-2020.

155. De las 17 iniciativas legislativas que originaron la Ley 31039, cuatro de ellas promovieron la modificación de los requisitos para que el personal CAS de EsSalud sea incorporado al régimen del Decreto Legislativo 728. Respecto al análisis costo-beneficio establecían que:

PL 5070/2020-CR[18]	"El presupuesto para el pago de las remuneraciones del personal que presta servicios en el Seguro Social de Salud-EsSalud, se financia con recursos provenientes de los aportes de los empleadores del sector público y privado, por lo que su implementación no demandará gastos al erario público".
PL 5165/2020-CR[19]	"La presente propuesta legislativa se implementará a través del financiamiento con cargo al presupuesto de EsSalud, sin que demande recursos al tesoro público ni afecte el gasto e inversión en material, infraestructura y demás elementos necesarios para la prestación idónea de los servicios de salud, y respetando las disposiciones legales presupuestales".

18 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. p. 4. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL05070_20200424.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

19 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. p. 6. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL05165-20200512.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

PL 5168/2020-CR[20]	"Los recursos que implique la aplicación de la propuesta legislativa se afrontarán con el presupuesto de la entidad. Además, se debe tomar en cuenta que el otorgamiento de beneficios y estabilidad laboral no puede entenderse como un simple gasto, por lo que se pueden recortar otros gastos en la entidad que no afecten su misión, garantizando que cumpla con sus responsabilidades sociales en concordancia con su finalidad".
PL 5219/2020-CR[21]	"La presente propuesta legislativa no genera gasto adicional al Estado, se financia con cargo al presupuesto de los sectores de salud implicados. Al tener una aplicación progresiva permitirá a la entidad cumplir con la presente Ley, con arreglo a su presupuesto institucional".

156. Este Tribunal advierte que las iniciativas que dieron lugar a la aprobación de los artículos 18, 19 y 20 de la Ley 31039, aumentan la demanda de fondos del tesoro público y, por lo tanto, afectan el artículo 79 de la Constitución, que prohíbe a los congresistas la presentación de iniciativas que supongan la creación o aumento del gasto público.

157. Adicionalmente, como ya se señaló *supra,* EsSalud está atravesando una situación de crisis económica debido a la reducción de sus ingresos operativos y al incremento de sus gastos, producto de la emergencia sanitaria del COVID-19. Dicha situación impuso al Poder Ejecutivo la necesidad de realizar diversas transferencias financieras de las que se diera cuenta *supra*.

158. A propósito, en cuanto al impacto económico de la ley impugnada en el presupuesto de EsSalud, el Poder Ejecutivo (a fojas 9 del expediente virtual) cita el Informe 1727-2020-MTPE/4/8, del 25 de agosto de 2020, donde se indica:

> "En el contexto actual, debido a la pandemia ocasionada por el COVID-I9, EsSalud ha requerido de unas ayudas excepcionales para poder afrontar sus costos que se han evidenciado con una serie de transferencias financieras de parte del Ministerio de Economía y Finanzas para la atención oportuna de los pacientes contagiados de la referida enfermedad, autorizadas extraordinariamente por decretos de urgencia (...).
>
> Las transferencias de recursos financieros antes expuestas se han efectuado teniendo en consideración la precaria situación financiera de EsSalud (...). En total, EsSalud ha recibido del Tesoro Público la cantidad de S/ 289' 902,493.00 (doscientos

20 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. p. 8. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL05168-20200512.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

21 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. p. 11. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL05219-20200515.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

ochenta y nueve millones novecientos dos mil cuatrocientos noventa y tres con 00/100 Soles) para afrontar los gastos necesarios en este contexto de pandemia.

En ese sentido, para afrontar una nueva incorporación de personal CAS al régimen 728, como parece pretender la Ley, se requeriría que el Ministerio de Economía y Finanzas efectúe un nuevo desembolso de recursos financieros que se destinarían a cubrir esta nueva carga de personal, lo que generaría un gasto no previsto para el Tesoro público. La aplicación de esta Ley generaría un desequilibrio en la programación presupuestal tanto de EsSalud como a nivel de toda la Administración Pública porque se destinarán recursos financieros a aspectos no previstos desatendiendo otras necesidades que ya estaban planificadas".

159. Asimismo, el demandado no ha desvirtuado la imputación formulada en la demanda (p. 19), respecto a que el artículo 18 de la ley impugnada vulnera la prohibición de retroactividad de la ley (artículo 103 de la Constitución) cuando modifica el literal a) del artículo 3 de la Ley 30555. En efecto, el demandado, sin absolver este cargo, se ha limitado a señalar: "resulta evidente que la finalidad de la Ley 31039, objeto de control, es modificar la fecha de referencia para verificar el cumplimiento del requisito de haber estado laborando en EsSalud "*de forma continua dos años como mínimo*", con el fin de que proceda la incorporación de los trabajadores (…) bajo el régimen de contratación administrativa de servicios (CAS) al régimen laboral del Decreto Legislativo 728" (p. 92 de la contestación de la demanda).

160. A la vista de todo lo anterior, este Tribunal concluye que los artículos 18, 19 y 20 de la Ley 31039 colisionan con el principio de equilibrio presupuestal por cuanto los mayores gastos que exige su implementación trasgreden lo dispuesto por el artículo 78 de la Constitución.

161. Por lo tanto, corresponde estimar la demanda en este extremo y, en consecuencia, declarar inconstitucionales los artículos 18, 19 y 20 de la Ley 31039.

6.5 SOBRE LA CONTRATACIÓN DIRECTA DE LOCADORES BAJO EL RÉGIMEN CAS

162. La contratación directa de locadores bajo el régimen CAS se establece en la Única Disposición Complementaria Transitoria de la Ley 31039, que señala lo siguiente:

"De manera transitoria a los procesos de incorporación bajo el Decreto Legislativo 276 y el Decreto Legislativo 728 según corresponda en las diversas entidades públicas del sector salud, se dispone la contratación directa e inmediata, mediante el régimen especial de contratación administrativa de servicios (CAS), al personal profesional de la salud: médico, no médico y personal técnico y auxiliar asistencial de la salud del Ministerio de Salud, Seguro Social de Salud (EsSalud), y Sanidad de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales que se encuentran contratados por la modalidad de servicios de terceros (locación de servicios), ante el riesgo de contagio de enfermedades altamente infecciosas como el COVID-19 y otros.

Para cumplir con lo dispuesto en la presente norma, exonérese al Ministerio de Salud, Seguro Social de Salud (EsSalud), y Sanidad de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, del concurso público establecido en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1057, que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios, y su reglamento, para la contratación directa e inmediata de los contratados por servicios de terceros".

163. Este Tribunal advierte que de las 17 iniciativas legislativas que originaron la Ley 31039, dos de ellas promovieron la contratación directa de locadores bajo el régimen CAS. Respecto al análisis costo-beneficio establecían que:

PL 5197/2020-CR[22]	"La contratación en el régimen CAS permitirá garantizar que el personal de salud pueda contar con un seguro de salud a través de EsSalud y gozar de las licencias de ley en caso se le diagnostique COVID-19, así como tener acceso al seguro de vida y seguro complementario de trabajo de riesgo. Asimismo, para efectos de esta contratación, se hace necesario que se adopten las previsiones presupuestales necesarias para que el ingreso neto del trabajador no se vea reducido".
PL 5035/2020-CR[23]	"La iniciativa legislativa no demanda gastos al tesoro público, lo que hace es regularizar la situación contractual de prestación de servicios (Locación de servicios) del profesional médico, profesional no médico, personal técnico y auxiliar asistencial de la salud (…), con recursos a cargo de las entidades contratantes, previstos para la contratación de servicios de terceros. (…)".

164. Como ya se ha señalado en repetidas ocasiones a lo largo de esta sentencia, la presentación de iniciativas legislativas que supongan la creación o aumento de gastos del tesoro público debe contar necesariamente con la participación del Poder Ejecutivo, que es el órgano administrador de la hacienda pública (artículo 118, inciso 17 de la Constitución), lo cual no ha ocurrido en el presente caso.

165. Este Tribunal advierte que las iniciativas que dieron lugar a la aprobación de la Única Disposición Complementaria Transitoria de la Ley 31039 aumentan la demanda de fondos del tesoro público y, por lo tanto, afectan el artículo 79 de la Constitución, que prohíbe a los congresistas la presentación de iniciativas que supongan la creación o aumento del gasto público.

22 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. p. 11. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL05197-20200514.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

23 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. pp.8-9. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL05035-20200417.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

166. Por ello, para este Tribunal, la ley impugnada desconoce los principios presupuestarios de la Constitución, en tanto que su ejecución exige un incremento de recursos del tesoro público en las entidades ejecutoras de la contratación directa de personal en el régimen CAS, lo cual afecta el principio de equilibrio presupuestal reconocido en el artículo 78 de la Constitución.

167. Por lo tanto, corresponde estimar la demanda en este extremo y, en consecuencia, declarar inconstitucional la Única Disposición Complementaria Transitoria de la Ley 31039.

6.6 SOBRE LA CREACIÓN DE UNA ENTREGA ECONÓMICA AL PERSONAL DE SALUD

168. Las normas que regulan la creación de una entrega económica al personal de salud se encuentran en las Disposiciones Complementarias Finales Primera, Segunda y Tercera de la Ley 31039.

169. En el presente caso, este Tribunal nota que de las 17 iniciativas legislativas que originaron la Ley 31039, dos de ellas promovieron la entrega económica al personal de salud. Respecto al análisis costo-beneficio, estas indicaban lo siguiente:

PL 4914/2020-CR[24]	"Esta iniciativa implica un gasto al erario público, sin embargo, la finalidad que persigue otorga un beneficio mayor para el personal técnico y auxiliar asistencial de la salud, y, por ende, para la población en general como receptora de la atención de salud".
PL 4453/2020-CR[25]	"(…) los montos de la bonificación señalada, lo establecerán (sic) el Ministerio de Salud con el Ministerio de Economía y Finanzas y será aprobado mediante Decreto Supremo, razón por la cual, el costo de su implementación de la presente Ley (sic), dependerá de los montos fijados por dichos sectores".

170. Respecto al financiamiento de la entrega económica al personal de salud, la Comisión de Salud y Población del Congreso de la República, el 20 de mayo de 2020, emitió un dictamen donde señala lo siguiente:

> "(…) La iniciativa no generará mayor gasto al erario nacional, dado que se implementará con cargo a los recursos públicos de las entidades del sector salud y de los gobiernos regionales, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.
>
> Cabe precisar que los montos de la bonificación señalada lo establecerán el Ministerio de Salud con el Ministerio de Economía y Finanzas y será aprobado mediante

24 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. p. 11. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL04914-20200326.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

25 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. p. 6. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0445320190611.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

Decreto Supremo, razón por la cual, el costo de su implementación de la presente Ley dependerá de los montos fijados por dichos sectores"[26].

171. Según el Informe 0976-2020-EF/53.04 de la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos del Ministerio de Economía y Finanzas (a fojas 78 del expediente virtual), el costo del financiamiento de la entrega económica al personal de salud asciende a S/ 197 802 000,00.

172. En el presente caso, es evidente que las iniciativas que condujeron a la aprobación de la Ley 31039 han ignorado los principios que orientan la Constitución en materia presupuestal. Específicamente, al demandar fondos presupuestales para el financiamiento de la entrega económica al personal de salud, se ha trasgredido la prohibición constitucional de que los congresistas creen o aumenten el gasto público en una materia ajena a su presupuesto y se afecta, además, la competencia del Poder Ejecutivo para administrar la hacienda pública.

173. Además, como se puede advertir de los párrafos precedentes, la ejecución del programa de creación de una entrega económica al personal de salud implica un gasto no previsto en el pliego presupuestal de los órganos de la administración pública, lo cual afecta el principio de equilibrio presupuestal.

174. Por lo tanto, corresponde estimar la demanda en este extremo y, en consecuencia, declarar inconstitucionales las Disposiciones Complementarias Finales Primera, Segunda y Tercera de la Ley 31039.

175. Atendiendo a que el artículo 1 describe el objeto de la ley en referencia a las disposiciones declaradas inconstitucionales por los fundamentos expuestos *supra*, corresponde igualmente declararlo inconstitucional por conexidad, de conformidad con el artículo 78 del Código Procesal Constitucional.

176. En relación con el artículo 2 de la ley, que delimita su ámbito de aplicación, corresponde que se mantenga en el ordenamiento por cuanto se relaciona con la Quinta Disposición Complementaria Final que no fuera impugnada por el Poder Ejecutivo.

177. Finalmente, este Tribunal Constitucional considera indispensable señalar que la inconstitucionalidad de la ley no implica que no se pueda regular el ascenso del personal de salud o el cambio de línea de carrera y grupo ocupacional, entre otros beneficios. En efecto, dichas iniciativas podrán darse siempre que se respeten las normas y principios constitucionales identificados en la presente sentencia.

26 Disponible en el sitio web del Congreso de la República. p. 29. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/04453DC21MAY20200520.pdf (Consulta realizada el 23 de octubre de 2020).

III. FALLO

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

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar inconstitucionales los artículos 1 y 3 al 20, la Única Disposición Complementaria Transitoria y las Disposiciones Complementarias Finales Primera, Segunda, Tercera y Cuarta de la Ley 31039.

Publíquese y notifíquese.

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

PONENTE FERRERO COSTA

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Las mejoras remunerativas y de condición laboral no se pueden conseguir por cualquier medio y a cualquier costo. El fin no justifica los medios.

1. Adicionalmente a lo expuesto en la sentencia, considero necesario resaltar la importancia que tiene el trabajo conjunto entre trabajadores, poder ejecutivo y poder legislativo en la mejora de las condiciones laborales de las personas que laboran en el sector de salud pública de nuestro país. Es mediante este trabajo conjunto que se deben conseguir tales mejoras y no mediante la imposición de una ley que regule un gasto público no presupuestado.

2. Cuando el poder legislativo expide leyes que crean gasto público no presupuestado genera a su vez graves consecuencias: en primer lugar, una expectativa ciudadana que de todas formas se verá frustrada por haberse dictado contraviniendo los mandatos constitucionales; en segundo lugar, el inicio y desarrollo de actividades administrativas que se verán interrumpidas y anuladas, con el consecuente gasto en recursos humanos y económicos; y, en tercer lugar, una actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional que podría evitarse y así priorizar la atención de casos urgentes en materia de libertad personal, pensiones, entre otros derechos.

3. Existen casos constitucionales que se pueden generar legítimamente a partir de dudas sobre el significado de una disposición constitucional. Así, por ejemplo, las disposiciones que tienen que ver con expresiones como "dignidad humana", "trato inhumano", "adecuada protección contra el despido arbitrario", etc. Pero también existen casos que no conllevan ninguna duda sobre el significado de una disposición constitucional. Esto es lo que sucede por ejemplo con el artículo 79 de la Constitución, cuando establece que: "Los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto". Aquí resulta clara la regla según la cual el poder legislativo no puede crear ni aumentar gasto público, salvo en lo que se refiere a su presupuesto. En tal sentido, si la regla constitucional es de la máxima claridad, la ley que cree gasto o aumente público está condenada irremediablemente a ser posteriormente expulsada del ordenamiento jurídico por resultar inconstitucional.

4. Si esto lo saben en el poder legislativo, pues éste es también un intérprete de la Constitución, ¿por qué se expiden estas leyes que crean o aumentan gasto público? Pueden darse variadas respuestas desde lo político, lo social, lo electoral, etc., pero lo que no puede permitirse es la manifiesta vulneración de la Constitución.

5. La Constitución constituye una norma vinculante y por ello de obligatorio cumplimiento por todos. Ésta recoge un contrato social que contiene los acuerdos indispensables para que en nuestra sociedad se respete la libertad y la igualdad, para que se pueda vivir en paz y armonía, para que se pueda lograr un tipo de desarrollo que beneficie a todos y para que todas las personas, más allá de sus diferencias, puedan lograr una igual participación en los beneficios del Estado, de la sociedad y de la cultura.

6. Lo expuesto, trae a colación lo que se ha venido en denominar el "constitucionalismo social". Una de las características principales de este constitucionalismo es el intento de protección de una serie de derechos sociales indispensables para la satisfacción de necesidades básicas, y con ello, el despliegue de la propia individualidad y libertad. Los derechos sociales fueron concebidos como una intervención correctora de los poderes públicos, evitando que se continúe con la explotación de las personas más débiles y que la igualdad formal se instituya.

7. Así, el constitucionalismo social exige una participación activa del Estado en la vida económica de la comunidad. En ese sentido, el papel del Estado es preponderante, porque si no existe una acción efectiva, los derechos económicos y sociales no podrán ser satisfechos. En este marco, resulta factible la violación de los derechos, incluso por omisión.

8. Ahora bien, el Tribunal también ha señalado que, en el Estado social y democrático de derecho, la economía social de mercado constituye una de las opciones posibles frente a los modelos económicos del mero imperio del mercado o del puro direccionismo estatal, y pone el acento en el estímulo de la iniciativa privada y en el libre desenvolvimiento de los agentes económicos, con el objeto de producir riqueza y lograr el desarrollo del país, accionar que se complementa con los objetivos sociales de promoción del bienestar general y de igualdad material en las condiciones de vida, además de fundamentarse en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44 de la Constitución). (STC 0228-2009-AA, FJ 28; STC 00018-2015-AI, FJ 113).

9. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha dejado sentado que la configuración del Estado democrático y social de derecho requiere de dos aspectos básicos (STC 02002-2006-AC, FJ 6):

   a) La existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal, y

   b) La identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculo para el desarrollo social.

10. En cuanto a la naturaleza de los derechos sociales, también ha señalado que, los llamados derechos prestacionales, esto es, los derechos sociales, no son meras normas

programáticas de *eficacia mediata*, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de *eficacia inmediata*, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. De este modo, sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de ambos en forma conjunta e interdependiente. (STC 10063-2006-AA, FJ 7).

11. En efecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto, sobre el derecho a la salud en el Exp. 02016-2004-PA/TC. Dicha resolución tiene especial importancia dado que el Tribunal Constitucional judicializó con su interpretación el principio de progresividad establecido en la undécima disposición final y transitoria de la Constitución, a favor de la efectiva realización de los derechos sociales:

    11. Si bien es cierto que 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, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derechos 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.

    12. Entonces, los derechos sociales deben interpretarse como verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado dentro de una visión que busca revalorar la eficacia jurídica de los mandatos constitucionales y, por ende, la vigencia de la Constitución. Así, en algunos casos han sido planteados, incluso, como deberes de solidaridad que involucran no sólo obligaciones del Estado, sino de toda la sociedad (Adame, Jorge Goddard. Op. Cit., pp. 59-85).

    13. El reconocimiento de estos derechos exige, entonces, superar su concepción programática, perfeccionando los mandatos sociales de la Constitución, así como la obligación del Estado, en la cual se impongan metas cuantificables para garantizar la vigencia del derecho (…).

    Esta nueva visión de los derechos sociales permite reconocer, en su contenido, esencial, principios como la solidaridad y el respeto a la dignidad de la persona, los que, a su vez, constituyen pilares fundamentales del Estado social de derecho.

12. Ahora bien, uno de los principales problemas con los que se enfrenta el despliegue de los derechos sociales evidentemente es el de su exigibilidad. No obstante, los derechos sociales son derechos fundamentales por su relación e identificación con la dignidad de la persona y porque así se encuentra consagrado en la Constitución en su artículo 3. De ahí que, el Tribunal Constitucional, señale que la exigibilidad se constituye en una categoría vinculada a la efectividad de los derechos fundamentales, pero no determina si un derecho es fundamental o no. (STC 02002-2006-AC, FJ 14).

13. Es evidente que el Estado peruano no puede deslindarse de sus obligaciones, de modo tal que la efectividad de los derechos económicos sociales "requiere un mínimo de actuación positiva del Estado a través de la adopción de medidas adecuadas para el logro de los fines sociales y del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente su plena efectividad en igualdad de condiciones para la totalidad de la población. Esta nueva visión de los derechos sociales permite reconocer, en su contenido esencial, principios como la solidaridad y el respeto a la dignidad de la persona, los que, a su vez, constituyen pilares fundamentales del Estado social y democrático de Derecho". (STC 10063-2006-AA, fundamento 8).

14. De todo lo expuesto, es evidente que en el presente caso se exponen múltiples problemas sociales que afectan, en el actual contexto, las condiciones de trabajo del personal de salud, así como también la grave brecha de recursos humanos existente en dicho sector.

15. Esta situación ha sido reconocida por el poder ejecutivo, en el texto de la *Política Nacional Multisectorial de Salud al 2030*. En ella, se da cuenta que para que los recursos humanos en salud puedan desempeñar efectivamente sus funciones, necesitan un salario adecuado, condiciones de trabajo seguras y saludables, un desarrollo profesional continuo, oportunidades profesionales, igualdad de trato y protección social. Esta situación todavía no es óptima en los recursos humanos en salud, principalmente de las zonas más alejadas. (...) Las inadecuadas condiciones de trabajo generan problemas para contratar, distribuir y retener a los recursos humanos en salud, que conlleva a la poca disponibilidad de personal de salud calificado y motivado, originando dificultades el acceso a una atención de salud de calidad[27].

16. Es innegable que, dichas falencias tienden a potenciarse en situaciones de crisis sanitaria como la que viene generándose con la Covid-19; no obstante, ello no puede implicar que el acceso a la función pública en el ámbito de salud contravenga los requisitos de ingreso a la carrera pública tal como se pretendía con la cuestionada norma. Y es que, soslayar los principios en los que se enmarca el acceso a la carrera administrativa, es a su vez contravenir los principios inspiradores de un Estado de derecho democrático.

17. Ahora bien, debemos señalar que, en efecto, tal como lo propone el Plan de *Política Nacional Multisectorial de Salud al 2030*, como alternativas de solución a la problemática del limitado acceso a una atención personalizada, debido a brechas en recursos humanos en salud, es necesario que el Estado a través de los sectores pertinentes, formule las estrategias de dotación de recursos humanos en salud para su distribución

27 Cfr.https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1257169/Pol%C3%ADtica%20Nacional%20Multisectorial%20de%20Salud%20al%202030%20.pdf

equitativa a nivel nacional, regional y local orientada a mejorar la densidad hacia estándares internacionales; adopte las medidas necesarias para fortalecer las competencias profesionales y humanas de los recursos humanos en salud para responder a las necesidades y expectativas de la población; y, diseñe e implemente un sistema de carrera sanitaria que articule mecanismos de evaluación del desempeño, capacitación y desarrollo y remuneraciones.

18. Como vemos, ya existen antecedentes de trabajo conjunto sobre la problemática que involucra a la ley impugnada, de modo tal que se muestra como posible un trabajo conjunto de los diferentes actores estatales, en el marco de la Constitución, para proteger los derechos sociales involucrados en el presente caso, como son los derechos laborales y de alguna forma el derecho a la salud.

S.
LEDESMA NARVÁEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Coincidiendo con lo resuelto en la sentencia, considero pertinente emitir pronunciamiento sobre algunas ternas que son de vital importancia para todo Estado Constitucional que se precie de serlo.

CONSIDERACIONES AXIOLÓGICAS

§1. EL DERECHO A LA IGUALDAD

1. 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 38). Además, cabe recordar que, el conjunto de los derechos consagrados en nuestra Constitución, encuentran su fundamento último en la dignidad de la persona; de esta manera cuando el artículo 1 de la Ley Fundamental establece que "[l]a defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin del Estado", está reconociendo una igualdad esencial de todas las personas, por lo que exige que tanto la sociedad como el Estado deban tener como principal objetivo la vigencia de la dignidad humana (cfr. STC 01604-2009-PA, fundamento 3).

2. Ahora bien, conforme ha sostenido este Tribunal en su jurisprudencia, la igualdad se configura como principio y como derecho, lo cual supone que debe ser percibida en dos planos convergentes. En el primero se constituye como un principio rector de la organización y actuación del Estado Social y Democrático de Derecho. En el segundo, se erige como un derecho fundamental de la persona (cfr. STC 00018-2003-AI).

   Se añade en esta última sentencia, que como principio la igualdad implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica que, como tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático. Y, como derecho fundamental comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de la persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en hechos, situaciones o acontecimiento coincidentes; por ende, deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias. Entonces, la igualdad es un principio-derecho que instala a las personas, situadas en idéntica condición,

en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones.

Asimismo, se indica que dicha igualdad implica: (i) la abstención de toda acción legislativa o jurisdiccional tendiente a la diferenciación arbitraria, injustificable y no razonable, y (ii) la existencia de un derecho subjetivo destinado a obtener un trato igual, en función de hechos, situaciones y relaciones homólogas.

3. Conviene aquí precisar que el derecho de igualdad ante la Ley debe ser interpretado a la luz del artículo 14, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que "[t]odas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia"; y al artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone que "[t]odas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley" (cfr. STC 01604-2009-PA, fundamento 7).

   Se añade en esta sentencia que, como principio fundamental, la igualdad debe ser entendida como regla de obligatorio cumplimiento para el legislador, lo cual se encuentra reconocido, entre otros, 103 y 2, inciso 2 de la Constitución. El primero establece que "[p]ueden 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 "[t]oda persona tiene derecho: 2. A la igualdad ante la ley (…)". Analizando ambas disposiciones en función al principio de interpretación constitucional de concordancia práctica se desprende que:

   > El principio de igualdad en el Estado constitucional exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora. La vinculación negativa está referida a la ya consolidada jurisprudencia de este Colegiado respecto de la exigencia de "tratar igual a los que son iguales" y "distinto a los que son distintos", de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole. Sin embargo, enfocar la interpretación del derecho a la igualdad desde una faz estrictamente liberal, supondría reducir la protección constitucional del principio de igualdad a un contenido meramente formal, razón por la cual es deber de este Colegiado, de los poderes públicos y de la colectividad en general, dotar de sustancia al principio de igualdad reconocido en la Constitución. En tal sentido, debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales.
   >
   > (cfr. STC 0001/0003-2003-AI/TC, fundamento 11)

4. Resulta conveniente hacer notar que el principio- derecho a la igualdad posee además una naturaleza relacional, esto es, que funciona en la medida en que se encuentre relacionada con el resto de derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Dicho carácter relacional sólo opera vinculativamente para asegurar el goce, real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan (cfr. STC 01604-2009-PA, fundamento 9).

5. Queda claro entonces que el derecho a la igualdad puede entenderse desde dos perspectivas: Igualdad en la ley e igualdad en la aplicación de la ley. La primera de ellas se constituye en un límite para el legislador, ya que la actividad de legislar deberá estar encaminada a respetar la igualdad, encontrándose proscrito establecer diferenciaciones basadas en criterios irrazonables y desproporcionados. En otros términos, el actuar del legislador tiene como límite de actuación el principio de igualdad, por cuanto aquellas relaciones y situaciones jurídicas determinadas que vaya a regular deban garantizar un trato igual y sin discriminaciones (cfr. STC 01604-2009-PA, fundamento 10). Ahora, si bien la segunda manifestación de este principio no será examinada en el presente caso, cabe mencionar, de modo referencial, que implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales.

6. Asimismo, 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).

7. Sin embargo, y siendo reflexivos con lo expuesto por nuestra jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la igualdad, considero que 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[28]. En consecuencia, considero que los alcances del derecho a la igualdad deberían ser ampliados por la justicia constitucional.

8. 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

28 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 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. No obstante ello, se tratan de construcciones normativas que nos toca aplicar a efectos de evaluar posibles tratos discriminatorios hasta que se puedan ampliar los alcances de este principio derecho conforme a lo ya anotado supra.

9. 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[29].

§2. ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA, PROMOCIÓN O ASCENSO Y MERITOCRACIA

10. El derecho de acceso a la función pública constituye un derecho de participación. Constituye así manifestación del status activae civitatis. No se trata de un derecho de defensa o de libertad, tampoco se trata de un derecho de protección o de prestación porque no posibilita el acceso a bienes protegidos por los derechos económicos, sociales y culturales. El derecho de acceso a la función pública pertenece al ámbito de derechos que implican una intervención en la cosa pública de las personas en tanto miembros de una comunidad política. En tal sentido, el bien protegido por este derecho fundamental es la intervención o participación en la función pública. Por ello, el contenido por antonomasia de este derecho es la facultad de acceder o intervenir en la gestión de la cosa pública, esto es, en el ejercicio de una función pública (cfr. STC 00025-2005-PI, fundamento 42).

    En la precitada sentencia se indica que los contenidos de este derecho son: (i) acceso a la función pública; (ii) ejercerla plenamente; (iii) ascender en la misma; (iv) condiciones iguales de acceso, pero también a las ascenso o promoción. Esto último en razón de que al ser la función pública el bien protegido, su menoscabo, restricción o limitación ilegítima del pleno desenvolvimiento de la misma (que obviamente incluye el ascenso) puede conducir a una afectación del bien protegido.

11. Una interpretación constitucionalmente adecuada del concepto "función pública" exige entenderlo de manera amplia, esto es, desde el punto de vista material como el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado. La determinación de este aspecto ha de efectuarse casuísticamente. No obstante, en vía de principio, pueden ser

29 Ídem, pág. 153.

considerados como tales cargos el de los servidores públicos, en general, de conformidad con la Ley de la materia (cfr. STC 00025-2005-PI, fundamento 52).

12. Así las cosas, existen diversos regímenes laborales de contratación en las entidades del Estado, entre generales y especiales. Con relación a los primeros tenemos cuando menos dos regímenes laborales –alrededor de los cuales giran otros más específicos– los regulados por el Decreto Legislativo 276 y el TUO del Decreto Legislativo 728, denominados Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, el primero, y Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo, el segundo; respecto a los especiales se identifican los regulados por la Ley 28091, del Servicio Diplomático de la República, Ley 23536, que establece las normas generales que regulan el trabajo y la carrera de los Profesionales de la Salud, Ley 29944, de Reforma Magisterial, Ley 28359, de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas, Decreto Legislativo 1149, Ley de la Carrera y Situación del Personal de la Policía Nacional del Perú (anteriormente regulada por la Ley 28857), entre otros. En todos ellos se regulan requisitos, procedimientos de selección u otros aspectos que son utilizados para encaminar el ingreso del personal de manera meritocrática.

13. Corresponde anotar que el derecho de acceso a la función pública tiene como principio consustancial el mérito; y que, conforme a sus competencias (…) el Poder Legislativo ha expedido la Ley 28175, Marco del Empleo Público, en cuyo artículo 5 establece que el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, en base a los méritos y capacidad de las personas (cfr. STC 05057-2013-PA, fundamento 9). Así, este derecho vincula plenamente al Estado y toda entidad pública en general, lo cual significa que este principio vincula positivamente al legislador a que la regulación sobre el acceso a toda función pública observe irrestrictamente el principio basilar del acceso por mérito; asimismo, que toda actuación de la administración del Estado y de toda entidad pública, en general, observe tal principio en todos sus actos en relación al acceso a la función pública de las personas (cfr. 00025-2005-PI, fundamento 50).

    Es pues el mérito personal y capacidad de las personas (meritocracia), el criterio objetivo que permite superar preferencias de diversa índole, en puridad tratos discriminatorios.

14. Por otro lado, de acuerdo con el artículo 7, inciso c, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales Culturales, del 17 de noviembre de 1988, concordante con el artículo 7, inciso c, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 16 de diciembre de 1966, de los cuales el Perú es parte suscribiente y, por consiguiente, son leyes de la República, la promoción o ascenso del trabajador dentro de su trabajo es un derecho humano que, de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, tiene el carácter de derecho constitucional y fundamental. En dicho contexto, y si bien el ascenso en la carrera pública no es un derecho automático del administrado, tampoco la discrecionalidad de la Administración es una facultad ilimitada o abierta a la arbitrariedad. Se ingresa a la carrera pública con miras a

ocupar gradualmente mayores responsabilidades en función de las calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicios. Aplicar criterios distintos en la promoción o ascenso de un trabajador, no previstos en la ley ni basados en los merecimientos, constituye un abuso del derecho de la autoridad llamada a otorgarlos y reconocerlos (cfr. STC 02763-2003-AC, fundamento 6).

15. Asimismo, el derecho de promoción o ascenso se debe dar en igualdad de condiciones, ya que tiene su tiene su fundamento constitucional en el derecho al trabajo, entendido como un medio de realización de la persona y en el principio-derecho de igualdad de trato y de oportunidades en la relación laboral (artículos 22 y 26 de la Constitución); y es que, este derecho trata de dar opción, sin preferencias ni discriminaciones, a los trabajadores que se encuentran en una misma situación para que puedan acceder en igualdad de condiciones a la promoción profesional, contribuyéndose de este modo a la realización y el desarrollo del trabajador, y a la configuración del trabajo decente (cfr. STC 04331-2008-PA/TC, fundamento 8).

16. Por último, me permito afirmar que la presente sentencia no impide una nueva regulación que permita sentar las bases de una reforma sobre el empleo público en el sector salud y las condiciones laborales, pero deberá gestarse en el marco del diálogo que debe primar entre poderes estatales, pues ello permitirá adoptar políticas públicas de Estado que respeten los derechos fundamentales y demás principios reconocidos por la Ley Fundamental.

S.
MIRANDA CANALES

EXP. N.° 00011-2020-PI/TC

Caso de la ley de ascenso, nombramiento y beneficios para el personal de salud

VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Emito el presente voto en fecha posterior, expresando que coincido con la ponencia presentada en autos, que declara **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad y, en consecuencia, inconstitucionales los artículos 1 y 3 al 20, la Única Disposición Complementaria Transitoria y las Disposiciones Complementarias Finales Primera, Segunda, Tercera y Cuarta de la Ley 31039.

Lima, 24 de mayo de 2021

S.
BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente fundamento de voto, porque, si bien comparto la decisión adoptada, considero importante acotar que el denominado derecho de acceso a la función pública tiene como principio consustancial, el mérito. Véase al respecto el fundamento 10 del EXP. N.° 05057-2013-PA/CC:

"En efecto, este Tribunal ha resaltado la importancia de la meritocracia (mérito personal y capacidad profesional) para el ingreso a la administración pública, estableciendo que ésta constituye un criterio objetivo fundamental en el ingreso y permanencia en la actividad estatal para la prestación de un servicio público (Expediente N.° 00020-2012- PI/TC FJ 56)".

En efecto, como he tenido oportunidad de señalar en el fundamento de voto que presenté en el expediente EXP. ° 05057-2013-PA/TC; me hallo de acuerdo con el modo en el que se ha resuelto el caso, que concilia con la necesidad de modernización del Estado y con la conveniencia de consolidar una carrera que repose en el mérito.

S.
RAMOS NÚÑEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

El principio de separación de poderes

A mi juicio, la inconstitucionalidad por el fondo de la Ley 31039 radica en que sus dispositivos cuestionados infringen las clausulas constitucionales de prohibición de iniciativa de gasto de los congresistas y de equilibrio y estabilidad presupuestaria.

Empero, siguiendo la línea de mi voto emitido en el Expediente 0006-2018-PI/TC, para llegar a tal inconstitucionalidad no es necesario formular las divagaciones conceptuales respecto al principio de separación de poderes que contienen los fundamentos 8, 9, 11, 12 y 13 de la sentencia.

Ciertamente, algunos de los "rasgos de identidad" que enumera no corresponden a mi comprensión de dicho principio.

El artículo 43 de la Constitución Política del Perú establece que el gobierno se organiza según el *principio de la separación de poderes*; y es de ese modo que debe ser entendido por sus intérpretes.

S.
SARDÓN DE TABOADA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

1. Una sentencia técnicamente correcta

Coincido con el sentido de la ponencia presentada como solución al presente caso, pero además creo necesario señalar lo siguiente:

1. Aquí hay una fórmula relativamente fácil y clara de resolver técnicamente la presente controversia. Como bien ya se señaló, lo formalmente aquí discutido se centraba en:

   a) Permitir el ascenso automático excepcional por años de servicio (artículos 3 a 6 de la norma impugnada)

   b) Proceder al cambio de grupo ocupacional y cambio de grupo de línea de carrera (artículos 7 al 12 y la Disposición Complementaria Final Cuarta).

   c) El nombramiento automático en el régimen laboral del Decreto Legislativo 276 (artículos 13 a 17)

   d) La modificación de los requisitos para que el personal bajo el régimen de contratación administrativa de servicios (en adelante, CAS) de EsSalud está incorporado al régimen 728 (artículos 18 a 20)

   e) Contratación directa de locadores de servicios bajo el servicio del régimen CAS (Unica Disposición Complementaria)

   f) Creación de una entrega económica al personal de salud (1,2,3 Disposición Complementaria y Final)

2. Luego de reseñar que se entiende por separación de poderes y que se entiende por ella, y sus diversas e importantes manifestaciones, el Tribunal resalta que una función del Gobierno es obviamente la de la dirección de la política general del Gobierno, y la administración de la hacienda pública (ver, en rigor, y en el mismo sentido del artículo 46 incisos 3, 4 y 5 de la LOPE, hacerse cargo del presupuesto público, la tesorería y el endeudamiento público).

3. Ahora bien, se reconoce que la colaboración de poderes, tiene múltiples manifestaciones, los cuales pueden llegar a buen puerto si que el Congreso recurre a iniciativas de gasto. Esto es patente en temas como el de la legislación delegada (artículo 104 de la Constitución), y aunque alguna sentencia del Tribunal donde no se admite que el Congreso haya generado gasto, en la misma o se le reclama al Congreso el respeto al principio de disciplina administrativa (Decreto Legislativo 1442 y sus artículos 8.2 y 2 inciso 1. Sin embargo, la sentencia 007-2012-PI/TC, donde en su fundamento

treinta establece los principales límites que el Congreso debería seguir para no incurrir en gasto público, criterios que, si son dejados de lado, generación una situación de inconstitucionalidad manifiesta (fundamento 31).

4. Parece estar entonces constitucionalmente planteado un esquema donde hay prohibición del Congreso de crear gasto (artículo 79), y además, que cuando gasta la autoridad competente debe hacerlo siguiendo el principio de equilibrio presupuestal (artículo 78 de la Constitución). Sobre este principio, que claramente a que la necesidad de medidas del propio Estado le permite alcanzar sus fines, existe la conocida STC 2945-2003-AA/TC, la cual nos dice que "el presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responda a los criterios de eficacia de necesidades humanas básicas y de descentralización. En ese contexto, el mismo gasto público y sin control no solamente son legítimos y tienen trascendencia social (ver STC 0012-2013-PI/TC y STC 0013-2012-PI/TC, sobre todo en su fundamento 142).

5. Luego se pasa a evaluar. La carrera del Personal y el financiamiento de sus compensaciones. Se comienza participando de la ley 32536 (Normas generales para regular el trabajo y la Carrera de profesionales de la salud, constatando como el artículo 6 de la ley fija la salud, constatando como el artículo 19 de la Ley 23536. En este contexto, el artículo 20 de la ley 23536, lo que se hace en una evaluación personal, una calificación personal, y una constatación de su tiempo máximo de permanencia, que tiene, según la norma en comento tiene un máximo de veinte según la norma en comento tiene un máximo de veinte años para llegar a lo más alto en su categoría.

6. Complementa lo cuidado en la Ley 28561. Es más, el artículo 6 inciso d) reconoce un derecho a una remuneración equitativa y suficiente, en función a nivel académico, desempeño, rendimiento o productividad y responsabilidad asumidos. Finalmente, los trabajadores(as) administrativos del sector Salud (no tienen labores de asistencia, sino de apoyo al ejercicio de funciones de personal de salud.

7. Todo ello parecía diseñar un escenario perfecto, pero lo planteado estaba en las antípodas de la realidad a regular. Comienza entonces una época donde Presidente y Congreso concertaron Ascensos Automáticos Especiales a plazos presupuestadas, pero sin alguien que la ejerza. Esta fórmula, adoptada en el contexto de dos leyes de presupuesto, fue una respuesta ante las deprimidas remuneraciones y condiciones de trabajo en que ya se encuentran los médicos (as) y el personal no médico en el área de Salud.

8. Es recién el 13 de setiembre de 2017, a propuesta del Gobierno que se dicta la ley 30657, que autoriza el cambio de grupo ocupacional y línea de carrera del personal del Ministerio de Salud, son organismos públicos y las Unidades Ejecutoras de Salud de Gobiernos Regionales. Ahora bien, la realidad demostró que es indispensable que estas fórmulas resulten de la cooperación de poderes, pero que la proyección de lo que quisiera incluirse dependerá del respeto a ciertos parámetros de meritocracia.

9. La meritocracia en la función pública es exigible, tanto a quienes provienen de supuestos de la democracia directa como donde se viva una dinámica representativa. De otro

lado, las SSTC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (fundamento 43) plantea, siguiendo los parámetros previstos entre los artículos 39 a 42 de la Constitución (dedicados a la función médica) que los parámetros de acceso o ingreso a la función pública se encuentran impregnadas de una requisitoria por recurrir a la meritocracia y el concurso público de mérito, si es lo que se exige del trabajador(a) acceder o ingresar a la función pública, ejercerla plenamente, ascender dentro de ella y tener iguales condiciones para el ascenso.

10. Lo expuesto sin duda beneficia el desempeño del Estado y lo acerca a la ciudadanía en general, pues ve como por lo menos un sector de la Administración pública valora que se dedique a evaluar la capacidad, méritos, habilidades, idoneidad para el cargo y comportamiento ético. En ese sentido, la STC 006-2012-PI/TC (fundamento 45) y luego la STC 0025-2013-PI/TC (fundamentos 75-76).

11. Los y las trabajadores del sector Salud han sido las principales víctimas de la desidia de muchos Gobiernos y Congresos por materializar un verdadero Plan Integral de Salud, servicio público de la mayor relevancia.

12. La reciente pandemia puso en evidencia los problemas existentes: clamoros déficit de infraestructura; personal que debió enfrentar a la pandemia muy lejos del mejor escenario, sin implementos necesarios, o con materiales de poble calidad, obtenidos muchas veces de compras cuya objetividad debe por lo menos discutirse; y la existencia de una incorporación de personal al servicio por fórmulas que en el papel eran la de contratos de locación o de administración de servicios, las cuales escondían convocatorias a plazas a tiempo indeterminado, aquellas que en rigor le correspondían.

13. Ser congresista es sin duda una tarea compleja, y, sobre todo la comprensión de su labor de representación. Ser representante de la circunscripción que me llevó al poder no convierte a un congresista en un gestor de negocios para quienes provienen de su sector electoral; el o la congresista es quien lleva al debate parlamentario los pedidos y reclamos de quienes le (la) elegieron, y en ese espacio, y con esa legitimidad, puede controlar al funcionario(a) corrupto(a), determinado su responsabilidad política; y levantándole incluso la inmunidad, y pudiendo ponerlo a disposición de las autoridades competentes dentro del Ministerio Público y el Poder Judicial, para la determinación de una eventual responsabilidad penal. Todo ello sin descartar que un cuestionamiento por mal desempeño pone a quien fuera alto; funcionario(a) ante la posibilidad de la prohibición de desempeñar cargos públicos.

14. Los y las congresistas, por asumir una representación plural de las diferencias perspectivas ciudadanas parecen ser los indicados para aprovechar el Presupuesto General y para dictar las leyes y normas con rango de ley que dictar las leyes y normas con rango de ley que dicta en su condición de intérprete vinculante ordinario. Pueden incluso investigar hechos de interés público, cuidando eso si no duplicar o distorsionar las tareas que en rigor le toca al Ministerio Público y el Poder Judicial Sin embargo, en un Estado Constitucional, su margen de acción tiene límites cuya relevancia no se puede soslayar.

15. Por ello, un(a) congresista, a pesar de constatar demandas sociales cuya legitimidad nadie cuestiona, o aprecia una duda pendiente por trato desigual, por no decir discriminatorio dentro del sector salud, y se comprende además que en los hechos se ha desnaturalizado contratos CAS cuando debería recurrir a un régimen 728, no es pues el organismo habilitado para, aprovechando sus atribuciones legislativas, es ejercer capacidad de gasto, sin tomar en cuenta que esa es tarea de quien constitucionalmente maneja la hacienda pública, con escrupuloso respeto del equilibrio presupuestal.

16. De allí la necesidad de, si una entidad sin competencia de revertir un estado de cosas como el aquí se ha reseñado, no podemos olvidad que debe actuar en estricto cumplimiento de algunos de las manifestaciones más relevante de la separación de poderes. Aquí a lo que debió tenderse es a una colaboración entre Gobierno y Congreso como la que se dio en, por ejemplo, la Ley de Presupuesto del año 2013 y la Ley de Presupuesto del año 2014.

17. Pero eso en rigor no se quiso hacer: las invocaciones del equilibrio presupuestal o al respeto de la meritocracia no pueden ser abandonadas por una lógica de quien cree que es un escenario constitucional lo puede hacer todo, sin tener en cuenta que justamente en un Estado Constitucional el poder es compartido a través de competencias (excluyentes o compartidas).

18. Veamos entonces lo que se planteó a nivel de acceso a la función pública. Entre los artículos 39 y 42 de la Carta de 1993 se regula lo referente a función pública. En ese mismo tenor, se considera en las STC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC fundamento 43, que la función pública implica acceder o ingresar a este tipo de actividad, ejercerla plenamente, el ascender dentro de esta función y tener iguales condiciones de acceso. Ello implica, sin duda, meritocracia y concurso público de méritos, lo que beneficia el desempeño del Estado y de la ciudadanía en general (STC 006-2012-PI/TC, sobre todo fundamento 75 y 76). Sin embargo, el derrotero del debate de la ley 31039 fue por otro camino.

19. Ante este esfuerzo, que llevó a la Ley 31039, se presentaron 17 proyectos en el Congreso que proponían ascenso automático. Ninguno de ellos fue consultado o apoyado por el Gobierno. Es más, el Gobierno se quejó por los costos adicionales que generaba la propuesto. La Comisión de la Salud y Población del Congreso invocó la situación que se vivía desde el COVID para nombramiento automático a plazas dentro del Cuadro de Asignación de Personal (CAP), Cuadro de Asignación de Personal Provisional (CAP provisional) o, en la línea de posterior normativa, el Cuadro de Puestos de la Entidad (CAE). El Congreso reconoce que está generando gastos, y para ello autoriza al Ministerio de Salud a efectuar modificaciones presupuestales en su Presupuesto Analítico de Personal (PAP).

20. En el referido al ascenso automático, nadie duda tiene discrecionalidad para regular regímenes laborales en el sector público pero no tiene libertad para presentar iniciativas que creen o aumentan gasto público. El ascenso implica mérito, plaza vacante y

disponibilidad presupuestal. Frente a ello, el Congreso planteó un Ascenso Automático Especial, mediante el cual el Congreso reconoce que genera gasto, en base a que reclama perseguir un beneficio mayor para profesionales de la salud, y con ello alegaba el Congreso que apoyaban a la población. Sin embargo, es claro que el Congreso, de acuerdo con el artículo 79 de la Constitución, no tiene esa competencia. Distinto hubiese sido si hubiese habido una labor de cooperación de funciones. Dicha colaboración con el gobierno nunca se dio, y más bien, se encuentra una invasión de una de sus competencias: el manejo de la hacienda pública.

21. En lo relacionado con el cambio de grupo Ocupacional y el cambio de línea de carrera, debemos tener en cuenta que en el año 2017 se dio la Ley 30657, que fue la clara consecuencia de una colaboración de poderes: el gobierno presenta una iniciativa y el Congreso la hace suya. Es en ese contexto que se dio una modificación de grupo ocupacional y el cambio de línea de carrera sin violación del parámetro constitucional.

22. Lo que acaba de suceder al respecto partió de parámetros muy distintos. Solamente cuatro de las diecisiete iniciativas (todas ellas provenientes del Congreso, sin coordinación con el gobierno) promovían el cambio de grupo y de carrera. El dictamen suscrito por la Comisión parlamentaria correspondiente, a pesar de no contar con un análisis costo-beneficio de esta situación y existiendo indeterminación en su funcionamiento, fue aprobado en el Pleno del Congreso pero rechazado mediante observación del Congreso. El Congreso insistió con su propuesta, donde la generación de gasto público era vidente y donde no se contaba con apoyo alguno del gobierno. El parámetro constitucional volvía a darse.

23. El nombramiento automático de algunos trabajadores(as) en parte del régimen 276, también estuvo planteado en cuatro de las diecisiete iniciativas, todas ellas, claro está sin coordinación con el gobierno. Tres de ellas decían que esto no generaba gasto, pero fácilmente se acreditó que la puesta en práctica de esta medida generaba un desembolso de 1,154,301,722.17 soles. El Congreso aprobó este apartado, el gobierno lo observó y finalmente el Congreso insistió en una flagrante violación a las competencias de gobierno: la de administrar la hacienda pública.

24. La modificación de los requisitos para los CAS de Essalud pueden ser considerados como llena de ribetes dramáticos. En principio, La Ley de Essalud, basada en el artículo 12 de la Constitución y 8 de la Ley 26790, que sus recursos son intangibles y solo pueden ser empleados en la administración, producción, generación de infraestructura, otorgamiento de prestaciones, constitución de reservas técnicas o en inversiones que le otorguen rentabilidad. De otro lado, la pandemia había puesto a Essalud en una situación muy difícil en el año 2020. Dejaron de pagar empresas por 1,200 millones de soles; y tuvieron que contratar temporalmente vía CAS por 1,675 millones de soles, acumulando un déficit a fin de año de más de dos mil quinientos millones de soles. Es de conocimiento público que desde sede gubernamental ha tenido que transferirse dinero a Essalud durante todo el año 2020.

25. Sin embargo, cuatro iniciativas del Congreso, elaboradas al margen de cualquier coordinación con gobierno, insisten en esta iniciativa, la cual rompe abiertamente con la prohibición constitucional Congreso de la República de generar gasto (artículo 79 de la Constitución). Además, el artículo 18 de la Ley 31039 vulnera la prohibición de irretroactividad de la ley (plasmada en el artículo 103 de la Constitución), cuando modifica el artículo 3 de la normativa vigente. Finalmente, el choque de los artículos 18, 19 y 20 de la Ley 31039 era directo e indisimulable con el principio de equilibrio presupuestal, recogido en el artículo 78 de la Constitución.

26. Y por si no fuera suficiente, dos de las diecisiete propuestas elaboradas en el Congreso sin coordinación alguna con el gobierno promovían la entrega de dinero al personal de Essalud. Ello se hacía y se hizo con un reconocimiento de aumento de gastos, gasto incluso no previsto presupuestalmente, el cual ascendía a unos 197,802,000 de soles. La vulneración de los artículos 78 y 79 de la Constitución vigente son manifiestas.

27. La actuación del Congreso en este caso ha sido reiteradamente inconstitucional, y eso lo acredita cualquier análisis objetivo sobre lo sucedido. Lo resuelto en la sentencia firmada por unanimidad ha implicado una constatación de que la proscripción de la iniciativa de gasto congresal (solamente abierta para sus propios requerimientos institucionales) o el incumplimiento del equilibrio presupuestal son preceptos constitucionales por los cuales el Congreso no había demostrado tener demasiado respeto.

28. Aquello no es bueno en un Estado Constitucional. Violar las reglas de juego no viene bien, pero si quien incurre en esa infracción es el mismo Congreso de la República, las cosas se ponen mucho peor. La declaración de reconocer como fundada la demanda responde al problema inmediato, evitando un manejo indebido de los fondos nacionales en la coyuntura inmediata. La pregunta es si con ello termina lo que involucra este caso, o lo que ha sucedido es que ante el intento indebido de intervenir en favor de un sector vulnerable nos hemos quedado solamente en evitar el abuso que intentaba cometer el Congreso, pero no se ha resuelto si se va atender (y cómo se va a atender) una situación de vulnerabilidad como la que enfrenta el personal dedicado a labores de salud.

2. Las consecuencias sociales no resueltas por una sentencia técnicamente correcta

29. Como lo he dicho en más de una ocasión, verbalmente o por escrito, debemos desterrar aquella imagen del juez o jueza constitucional como un señorón o señorona distante, que habla y redacta en difícil y no toma contacto con los problemas de la realidad que debe enfrentar. Su rol es uno docente y se inscribe dentro de una dinámica dialógica. Le corresponde informar a la ciudadanía qué es lo que puede hacer y qué no puede hacer un(a) juez(a) constitucional, y obviamente explica el alcance de las sentencias que se emitan, aclarando si coincide en todo, en parte o en nada con aquellos pronunciamientos efectuados por el mismo Tribunal.

30. Y este perfil debe ir acompañado de una dinámica dialógica, que no involucra resolver conforme a lo que simpatice a la mayor parte de la población (el elemento antimayoritarias de las decisiones del juez(a) constitucional, lejos de debilitarse, se ha fortalecido luego de que la Segunda Guerra Mundial demostró el exceso en que podían incurrir las mayorías frente a los derechos de quienes coyunturalmente son parte de una minoría.

31. Una dinámica dialógica a su vez implica nutrirse de todos los elementos que la ciudadanía puede proporcionar a un juez(a) (legitimación activa y pasiva, participación de terceros y *amicus curiae,* posibilidad de *accountability* que asegure acompañar y hasta garantizar el cumplimiento de lo resuelto. Asumir esta tesis no es pérdida de mesura ni implica incurrir en riesgos innecesarios (quien no está dispuesto a defender con valentía lo que cree o que resuelve, mejor que no se dedique a juez(a) constitucional). Es legitimar la labor de jueces y juezas constitucionales, pues, por ejemplo, nadie puede aplicar lo que no entiende, esté conforme o no con el resultado obtenido. Y esto no es una invención nuestra, sino el reclamo constante de los más calificados tratadistas modernos sobre la materia, así como las diversas reuniones de jueces y juezas a nivel mundial.

32. Y es que llevar a la práctica principios, valores o derechos tan directamente vinculados con el constitucionalismo siempre ha sido un aspecto clave para el Estado Constitucional. Ahora bien, e incluso antes de la pandemia, y muy a despecho de los importantes alcances avanzados, los problemas de desigualdad y discriminación son claros en América Latina en general, y en el Perú en particular.

33. Lo preocupante en el caso es que el Perú durante muchos años era uno de los Estados con un crecimiento macroeconómico más sostenido no solamente en América Latina, sino a nivel mundial. Sin embargo, una inadecuada distribución de la riqueza comenzó a generar sus lacerantes consecuencias: educación y salud públicas con cobertura insuficiente y de mala calidad, por un abandono sistemático del Estado (solo o en asociaciones público-privadas con particulares); o un retraso en la construcción o la modernización de la infraestructura necesaria son algunos de los ejemplos de enorme gravedad sobre la situación que se vive en el Perú al respecto.

34. Pero, y por si lo expuesto no fuese suficiente, la sociedad peruana se ha caracterizado desde siempre por elementos como los de la concentración del poder económico y político real en ciertos sectores; demostración de ese poder dominante, más no dirigente, al grueso de la población; falta de articulación de grupos de las sociedades civiles locales, regionales y nacionales; y un largo etcétera), ha llevado a lamentablemente fortalecer situaciones y espacios de discriminación; y, lo que es más grave aún, a fomentar una mayor existencia de situaciones de vulnerabilidad en diversos sectores del país.

35. Esto tiene especial relevancia si, como ya he hecho notar en más de una ocasión, hoy está puesto en entredicho el antes inobjetable papel de la dignidad como sustento de los derechos. No lo ha sido en los Estados Unidos, no puede serlo si el sujeto de derechos a tutelar es una persona jurídica; y, lo más grave, que cuando tratamos de

ponernos de acuerdo sobre el significado de dignidad, encontramos respuestas distintas y hasta contradictorias.

36. Es por ello que muchos, siguiendo la línea marcada por Amartya Sen y Norma Nussbaum estamos más próximos a reconocer a la capacidad de satisfacer nuestras necesidades humanas básicas como mayor sustento de los derechos, que habrían devenido en expresiones de dichas necesidades. Esta comprensión acerca sin duda al Tribunal Constitucional con los sectores vulnerables, aquellos que (a diferencia de lo ocurrido con el denominado constitucionalismo de límites e incluso con lo que viene ocurriendo dentro del llamado constitucionalismo de derechos) se convierten hoy en el principal eje de atención de su labor.

37. Los trabajadores y trabajadoras del sector salud son hoy en el Perú, sectores en situación de vulnerabilidad (e incluso de vulnerabilidad interseccional), por ser víctimas a la vez de varias situaciones que acentúan su situación de vulnerabilidad. Por ingreso, son pobres. En su mayoría, son mujeres que vienen de una extracción pobre y prejuicios frente a que una mujer tenga una profesión para mantenerse, estereotipo de género bastante acentuado. Y, formalmente, constituyen parte de la población que está más expuesta a enfermedades y a situaciones con riesgo de muerte o de pérdida total de la salud.

38. La acción del Estado en general, y la del Tribunal Constitucional en particular, no puede ni debe soslayar sin responsabilidad al respecto. Tampoco es dable la respuesta de sentarse a conversar, fijar y firmar un acta para acabar con los conflictos existentes, y poco tiempo después, desconocer o eludir cumplir con lo pactad. Ahora bien, este requerimiento no se puede atender de cualquier forma yo por cualquier repartición estatal, como seguramente con la mejor voluntad pienso quiso el Congreso.

39. Debe entonces no eludirse el problema, pero cada quien no tiene que desconocer que el problema existe. Por ello, y aunque ya está aprobado el presupuesto del Estado peruano para el año 2021, se hace indispensable exhortar al actual gobierno a que tome una serie de medidas concertadas por lo menos con el Congreso. No podemos tener en el sector salud contratadas personas como si fuesen locadores(as) o trabajadores(as) CAS sin intentar regularizar su situación, pues en rigor les toca un régimen 728 y esa falta de reconocimiento de la primacía de la realidad debe cubrirse. Ello, claro está, sin desconocer el indispensable elemento meritocrático que necesariamente debe acompañar a este tipo de acciones.

40. La labor de detectar en qué entidades estás completas las plazas de su CAP o los espacios de su CAE no es difícil. Si esas plazas están presupuestadas, una convocatoria a concurso se impone como un acto de justicia. Si hay plazas previstas, pero sin cobertura presupuestal en la actualidad, la primera prioridad para establecer transferencias presupuestables o reconfigurar coberturas al respecto (en diciembre ya es muy claro el nivel de ejecución de gasto de algunas entidades). También es claro lo que las mismas hayan comprometido para poder gastar en el próximo año tomando montos propios del presupuesto del año 2020.

41. De otro lado, y dentro de las funciones de la Comisión de Seguimiento y Cumplimiento del Tribunal Constitucional debería tener como una de sus prioridades a seguir la de la situación de este sector que, a pesar de tener una formación técnica o universitaria que debería garantizar su bienestar, se encuentran a todas luces en una situación de evidente vulnerabilidad. Ojalá el pleno del Tribunal haga suya esta iniciativa.

42. Y es que el problema principal aquí no era el de la invasión de competencias de un organismo a otro. El problema, sobre todo si la preocupación de los tribunales constitucionales cada vez se articula más a la generación de capacidades para atender nuestras necesidades humanas básicas, es el de la ausencia de protección a un sector con altos índices de vulnerabilidad, situación frente a la cual no podemos quedarnos inermes (aunque sí respetar los parámetros de corrección funcional existentes), si realmente decimos creer en alcanzar la plena vigencia de un Estado Constitucional.

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.° 00022-2018-PI/TC
LIMA
CIUDADANOS

RAZÓN DE RELATORÍA

Lima, 9 de marzo de 2020

En el Pleno del Tribunal Constitucional, la magistrada Ledesma Narváez (presidenta), y los magistrados Ferrero Costa (vicepresidente), Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera han emitido sus respectivos votos en el Expediente 00022-2018-PI/TC. Siendo los siguientes:

- El magistrado Ramos Núñez (ponente) declara fundada en parte la demanda. En consecuencia, estimó porque se prohíba la realización de eventos relacionados con peleas de gallos con navajas o espuelas, o cualquier práctica en la que se advierta la intervención humana; ordena al Ministerio de Cultura que identifique los lugares en los que aún se efectúan estas prácticas, con el propósito de evitar su realización; y declara infundada la demanda en lo demás que contiene.
- La magistrada Ledesma Narváez declara fundada la demanda y, en consecuencia, inconstitucional la Primera Disposición Final de la Ley 30407.
- El magistrado Blume Fortini opinó que la demanda debe declararse fundada.
- El magistrado Espinosa-Saldaña Barrera declara fundada la demanda en todos sus extremos.
- El magistrado Ferrero Costa declara infundada la demanda.
- El magistrado Miranda Canales declara infundada la demanda en todos sus extremos.
- El magistrado Sardón de Taboada declara infundada la demanda en todos sus extremos

Estando al cómputo de la votación descrita, se deja constancia de que en el Expediente 00022-2018-PI/TC no se han alcanzado cinco votos conformes para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de la disposición legal impugnada, conforme a lo previsto en el artículo 5, primer párrafo, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

El presente caso se relaciona con la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de cinco mil ciudadanos en contra de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407, "Ley de Protección y Bienestar Animal", la cual excluye de dicha protección a las corridas de toros, peleas de toros, peleas de gallos y demás espectáculos declarados de carácter cultural por la autoridad competente.

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 18 de setiembre de 2018, más de cinco mil ciudadanos interponen una demanda de inconstitucionalidad con el objeto de que se declare inconstitucional la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407, "Ley de Protección y Bienestar Animal", que excluye de dicha protección a las corridas de toros, peleas de toros, peleas de gallos y demás espectáculos declarados de carácter cultural por la autoridad competente. Con fecha 4 de octubre de 2018 este Tribunal admitió a trámite la demanda.

Alegan que dicha disposición tiene vicios de forma por presuntas irregularidades en el procedimiento parlamentario de aprobación de la misma, y vicios de fondo. Así, alegan que vulnera los artículos 1; 2, incisos 22 y 24; 3; 31; y 105 de la Constitución, y el artículo 78 del Reglamento del Congreso.

Por su parte, con fecha 26 de diciembre de 2018, la apoderada especial del Congreso de la República contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, y solicita que sea declarada infundada.

B. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Las partes postulan una serie de argumentos sobre la constitucionalidad de las normas impugnadas que, a manera de resumen, se presentan a continuación:

B-1. DEMANDA

Los argumentos expuestos en la demanda, son los siguientes:

- Los demandantes señalan que la excepción contenida en la Primera Disposición Complementaria Final es inconstitucional por la forma por contravenir los artículos 31 y 105 de la Constitución y el artículo 78 del Reglamento del Congreso.

- Alegan que el Proyecto de Ley 3371/2013-CR (al que después se acumularon otros proyectos similares) fue enviado a dos comisiones del Congreso, a la de pueblos andinos, amazónicos y afroperuanos, ambiente y ecología, y a la comisión agraria.
- Ambas comisiones emitieron dictámenes favorables aprobados por unanimidad en abril de 2015, pero agregaron la referida excepción para corridas de toros, peleas de toros, peleas de gallos y demás espectáculos declarados de carácter cultural por la autoridad competente, aunque esta no existía en ninguno de los proyectos originales.
- Sostienen que en ninguno de los dos dictámenes existe opinión de algún organismo del Estado o privado que exponga argumentos a favor o en contra de los espectáculos señalados, por lo que consideran que no existió motivación.
- Agregan que la Iniciativa Legislativa Ciudadana 0133 (respaldada por más de sesenta mil ciudadanos y llamada "Ley que prohíbe el maltrato y sacrificio animal como parte de espectáculos públicos y privados"), ingresó al Congreso el 23 de agosto de 2012 como Proyecto de Ley 1454/2012-IC.
- Dicho proyecto tuvo un dictamen de inhibición de la comisión agraria emitido el 19 de noviembre de 2013, y luego fue acumulado al Proyecto de Ley 3371/2013- CR, el mismo día de su debate en el Pleno del Congreso, ocurrido el 19 de noviembre de 2015.
- Alegan los demandantes que debió efectuarse un debate porque la referida iniciativa ciudadana versaba justamente sobre lo que los legisladores exceptuaron en sus dictámenes, y porque tales iniciativas provenían del pueblo, las que deben tener preferencia en el Congreso, de acuerdo con la Ley 26300, "Ley de Derechos de Participación y Control Ciudadanos".
- En tal sentido, sostienen que debió producirse un proceso deliberativo que incluyera una motivación adecuada, justa y lógica de las comisiones dictaminadoras del porqué de la exclusión de las actividades señaladas *supra*, que debió existir un debate serio y real sobre el fondo del asunto y no solo sobre cuestiones procedimentales, y que debió citarse a las partes interesadas en la prohibición de este tipo de espectáculos.
- Asimismo, señalan que ambos dictámenes de las comisiones son contradictorios, pues si bien en ellos se reconoce que los animales vertebrados tienen la capacidad de sufrir y sentir emociones (por tener un sistema nervioso central y compartir similitudes evolutivas neurológicas con los seres humanos) y que no deben ser objeto de maltrato ni crueldad, se agrega la excepción para los referidos espectáculos sin que existan razones para ello.
- Lo que se cuestiona no es la acumulación de proyectos para dar una ley, sino la acumulación de un proyecto que buscaba la prohibición de espectáculos cruentos con otro que llevó a la aprobación de una disposición que los permite. Esto se hizo mediante la aprobación sin debate de la excepción cuestionada.

- La Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso dictaminó dos proyectos que fueron acumulados al Proyecto de Ley 3371/2013-CR, y citó la Sentencia 0017-2010-PI/TC para justificar el límite que hay para la protección de los derechos de los animales, anteponiendo lo que los demandantes llaman el "derecho" a la "cultura" de los aficionados a divertirse con la violencia hacia los animales.
- De acuerdo con los demandantes, la Sentencia 0042-2004-AI/TC tendría mayor valor jurídico que la Sentencia 0017-2010-PI/TC, pues esta tiene efectos vinculantes y exhortó al Congreso a que dicte una Ley Orgánica de la Cultura, en las cuales se establezca las bases constitucionales de la política cultural del Estado, mientras que la segunda solo opinó sobre manifestaciones culturales.
- Adicionalmente, alegan que el Congreso es un órgano que resulta incompetente para haber añadido la excepción cuestionada, pues al tratarse de "espectáculos declarados de carácter cultural", el órgano competente para hacerlo es el Ministerio de Cultura.
- Por otro lado, los demandantes señalan que la referida excepción también es inconstitucional por razones de fondo. Alegan que permitir que una persona realice violencia contra los animales, y que haga de ello un espectáculo, es un acto agresor de la dignidad humana, pues rebaja y degrada a la persona al incapacitarla para sentir empatía, compasión ni justicia hacia otro ser vivo. Citan al respecto lo dispuesto por el Tribunal en el fundamento 28 de la Sentencia 0042-2004-AI/TC.
- Añaden que los valores de empatía, compasión y justicia deben ser protegidos por el Estado, pues son intrínsecos a la persona, y es debido a ellos que podemos calificar como seres humanos. El respeto hacia la dignidad debe ser no solo hacia las personas, sino también hacia la naturaleza y los animales.
- Los demandantes sostienen que el permitir que un grupo de personas someta a tortura, tratos crueles y dé muerte a animales, más aún si dichos actos se realizan por diversión en espectáculos públicos, va contra la moral, la psiquis y el espíritu de las personas, vulnerando la dignidad y la naturaleza racional y emotiva del ser humano.
- Alegan también que vulnera el artículo 2, inciso 22, de la Constitución, pues señalan que la violencia de los espectáculos cuestionados trasgrede la paz y es indudablemente contraria a ella, y aunque no atente directamente contra las personas afecta su psiquis y perturba su tranquilidad. Citan al respecto lo dispuesto por el Tribunal en el fundamento 26 de la Sentencia 0042-2004-AI/TC.
- En su demanda, los ciudadanos recurrentes señalan que, al permitirse espectáculos violencia contra los animales, las personas no pueden librarse de ellos ni decidir que no existan para que no les afecten. La vulneración del derecho puede darse directamente si presencian tales actos, o indirectamente si toman conocimiento por otros medios, como las noticias.
- Asimismo, señalan que también se vulnera el artículo 2, inciso 24, de la Constitución, pues las personas tienen derecho a ser protegidos de actos violentos que les afecten física, psíquica y moralmente.

- Agregan que la excepción cuestionada vulnera el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida humana. Citan al respecto lo dispuesto por el Tribunal en el fundamento 25 de la Sentencia 0042- 2004-AI/TC.

- Los demandantes también sostienen que la excepción cuestionada vulnera el artículo 3 de la Constitución, pues las personas tenemos el derecho de realizar prácticas morales y éticas que nos permitan perfeccionamos como seres humanos. Sin embargo, mantener costumbres crueles y violentas contra otros seres vivos y que estas sean legales representa un perjuicio y menosprecio a este derecho implícito.

- Alegan que la Constitución, en su artículo 2, incisos 8 y 19, y en su artículo 17, hace referencia a la cultura, pero desde una visión pluralista, donde se respeta la identidad, idioma y actividades de cada pueblo, siempre y cuando estas no entren en conflicto con los derechos fundamentales. Por ejemplo, la "cultura del robo" es una cultura desde un punto de vista antropológico, pero que comprende acciones reprobadas y sancionadas por ley.

- Así, sostienen que las manifestaciones que son dañinas para la sociedad por ser violentas, donde hay maltrato y muerte, no conducen a la civilización ni contribuyen al desarrollo de un país, por lo que no deben ser avaladas ni protegidas por el Estado. Afirman que la Constitución protege el derecho a la cultura, pero no el derecho a maltratar y torturar animales.

- Sostienen que el deber del Estado de proteger la cultura y el acceso a ella debe tener en cuenta los intereses y valores culturales, y se debe ponderar lo que es mejor para el desarrollo del Estado, aunque reconocen que el concepto de cultura no es inamovible, sino que va transformándose conforme pasa el tiempo, y en relación al contexto social y político.

- En ese sentido, sostienen que en el actual contexto social la mayoría de peruanos está en contra de los espectáculos en que haya violencia contra los animales. Asimismo, alegan que los espectáculos cuestionados, como manifestaciones culturales, carecen de universalidad, pues solo corresponden a un grupo de personas, sin perjuicio de que afecten los derechos señalados *supra*.

- Alegan que la Constitución se basa en valores morales que provienen de una reflexión ética, por lo que al decir que toda persona tiene derecho a su integridad moral o que nadie debe ser víctima de violencia moral, ampara la idea de que el Estado no puede tolerar, permitir y legalizar actos donde se ofenda la moral de las personas. La excepción cuestionada blinda espectáculos violentos ajenos a la moral y a la ética.

- Los demandantes afirman que los animales son sujetos morales, porque tienen capacidad para hacer un bien y sufrir un mal, siendo secundario si son o no seres racionales. En tal sentido, concluyen que no resulta ético ni moral torturar y dar muerte a un animal y hacer de esto un espectáculo. Señalan que ello nos convierte en seres irracionales e inhumanos.

- Por otro lado, los demandantes alegan que la Ley 30407 no ha exceptuado a los espectáculos materia de controversia por ser manifestaciones culturales, sino por ser "espectáculos declarados de carácter cultural por la autoridad competente". Señalan que se trata de cosas diferentes, pero el Ministerio de Cultura, a quien compete la función de calificar a los espectáculos como culturales, nunca los ha declarado como tales, ni como patrimonio cultural de la Nación.
- Añaden los ciudadanos recurrentes que el Tribunal no ha corregido su postura sobre la materia contenida en la Sentencia 0042-2004-AI/TC con la Sentencia 0017-2010-PI/TC, ni ha establecido el carácter cultural de las corridas de toros, pues ni tiene competencia para ello (solo ha establecido que son manifestaciones culturares) ni es posible que una sentencia pueda corregir a otra.
- Indican que en la Resolución Viceministerial 004-15-VMPCIC-MC, dicha entidad señaló que no otorgará la calificación de cultural a espectáculos donde haya crueldad, violencia contra personas o animales, o sacrificio de animales, usando como base lo dispuesto por el Tribunal en la Sentencia 0042-2004-AVTC. Señalan que en la misma línea se encuentra la Ley 30870, "Ley que establece los criterios de evaluación para obtener la calificación de espectáculos públicos culturales no deportivos".
- Por tanto, como la autoridad competente no ha declarado tales espectáculos como culturales, sostienen que la excepción cuestionada sería ilegal y que el Congreso habría usurpado competencias y funciones que no le corresponden, calificando de culturales a espectáculos que por Resolución Viceministerial del Ministerio de Cultura (decretada antes que la Ley 30407 fuera aprobada y promulgada) no pueden ser calificados como tales, ya que contienen maltrato, crueldad, violencia y sacrifico de animales.
- Agregan que la excepción cuestionada es contradictoria con la finalidad y objeto de la misma Ley 30407, consignados en sus artículos 2 y 3, que es garantizar el bienestar y protección de los animales vertebrados e impedir que sufran por causas humanas; y con su artículo 22, literal "b", que prohíbe la utilización de animales en espectáculos que afecten su integridad física y bienestar, y se aplica a peleas de perros o espectáculos de circo, pero que gracias a la excepción cuestionada no se aplica a corridas de toros o peleas de gallos, aun cuando el maltrato animal en tales eventos es evidente.
- Asimismo, señalan que el Poder Ejecutivo no respetó el artículo 118, inciso 1, de la Constitución, pues no observó y promulgó una norma que se encontraba en contradicción con los lineamientos del Ministerio de Cultura reseñados *supra* sobre los espectáculos considerados culturales.
- Por otro lado, los demandantes hacen referencia al valor que tienen para las democracias modernas las encuestas de opinión a la población, para conocer sus preferencias. En su demanda citan una encuesta realizada por el Grupo de Opinión Pública de la Universidad de Lima del año 2007 a nivel de Lima y Callao, y otras realizada por Datum Internacional S.A. a nivel nacional, una el año 2008 y otra el año 2013.

- En todas las encuestas se aprecia un alto nivel de rechazo a las corridas de toros y un muy bajo nivel de aceptación. En la primera encuesta el porcentaje de personas que están de acuerdo pasa de casi 31% en noviembre de 2003 a casi 15% en octubre de 2007, mientras que el porcentaje de personas en desacuerdo pasa de más de 63% a más de 83% en el mismo periodo.

- En la segunda encuesta el porcentaje a favor era 9%, en contra era 68%, y ni a favor ni en contra era 19%. Al 66% le gustaría que se prohíban las corridas de toros, al 16% que no, y el 19% no sabe o no opina. En la tercera encuesta el porcentaje a favor pasó a 15% y en contra a 78%.

- Los demandantes exponen también los casos en que se abolieron las corridas de toros, en lugares tales como en las Islas Canarias, España; Panamá, Argentina, Chile, Uruguay y Cuba. Agregan que en Colombia está en vías de abolición, en Francia solo se mantiene en el sur del país, y en Portugal ya no se da muerte al animal, aunque aún se le tortura. En el caso de Colombia alegan que la Sentencia del 1 de febrero de 2017 sobre protección de animales representa un avance para la pacificación de dicho país.

- Los demandantes también hacen un recuento detallado del sufrimiento y maltrato a que estarían expuestos los toros, caballos y gallos en los diferentes espectáculos protegidos por la excepción cuestionada, y que en muchos casos lleva a la muerte del animal.

- Agregan que los espectáculos en cuestión son crueles por dañar arbitrariamente a seres vivos que sienten dolor (aún si ello se hace sin ánimo de actuar de manera despiadada). Alegan que si no fueran crueles entonces no habría necesidad de que fueran exceptuados mediante la disposición cuestionada.

- Entre los actos de crueldad y tortura descritos se incluyen actos que producen sufrimiento y dolor a los animales, como ser atacados por humanos con armas cortantes de metal que generan lesiones y heridas profundas y sangrantes en sus cuerpos, incluso al punto de seccionar la médula de un toro mediante un estoque que le produce parálisis mientras agoniza.

- Los mismos caballos sufren los embates del toro y lesiones y heridas, a pesar de estar protegidos, mientras que los gallos se pelean con armas cortantes que les generan heridas y la muerte. A los gallos también se les cortan la cresta y la barbilla antes de ser azuzados para pelear.

- En tal sentido, señalan que el objeto de la demanda es que se declare la inconstitucionalidad de la excepción cuestionada, y no que se regule los espectáculos mencionados para que aparezcan ante el público con menor crueldad o sangre. Además, señalan que la reglamentación de estas actividades deja una puerta abierta a la impunidad, pues no sería posible ejercer un control sobre lo que ocurre en cada coliseo o plaza.

- Finalmente, sostienen que un fallo a favor de su demanda por parte de este Tribunal serviría al desarrollo de la cultura, civilización y pacificación del país.

B-2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, son los siguientes:

- El demandado señala que en la demanda se cuestiona la forma del procedimiento de aprobación de la excepción cuestionada, pero sin señalar las normas que se habrían vulnerado. En tal sentido, alega que el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes no supone la continuación del procedimiento legislativo mediante un simple cambio de roles, destinado a ratificar o no lo decidido por el Congreso con idénticos poderes de valoración, sino que configura un control secundario a cargo de la jurisdicción, cuyo parámetro es la Constitución y el bloque de constitucionalidad.
- En la contestación se destaca también que este Tribunal estableció en el fundamento 22 de la Sentencia 0020-2005-PI/TC tres supuestos en que una norma incurre en una infracción constitucional de forma, apuntando la norma impugnada en autos supuestamente al primer caso: el quebrantamiento del procedimiento legislativo previsto en la Constitución para su aprobación. Este procedimiento está determinado por el artículo 105 de la Constitución y desarrollado en el Reglamento del Congreso.
- La apoderada especial del Congreso de la República señala que el demandante reclama solo por la iniciativa ciudadana para alegar la inconstitucionalidad por la forma, pero fueron once proyectos los que se acumularon en total y que dieron origen a la Ley 30407 con la excepción cuestionada, luego de producirse debate y dictámenes conforme a la legislación nacional.
- Respecto a la presunta falta de motivación y contradicciones de los dictámenes de las comisiones, el demandado señala que el dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos fundamentó la excepción cuestionada en argumentos usados por este Tribunal en la Sentencia 0017-2010-PI/TC, por lo que no es cierto que no existiera motivación en los dictámenes, lo cual fue discutido en dos sesiones del Pleno del Congreso.
- Por otro lado, respecto a los cuestionamientos de fondo, el demandando (SIC) alega que el fin supremo de la sociedad es la dignidad humana, por lo que los límites que los derechos tengan deben ser proporcionales y respetar los derechos de los demás. En este caso se trata de la protección de especies no humanas, por ende, sin derechos humanos. Afirman que la Ley 30407 no es constitutiva de derechos.
- Asimismo, el demandado señala que de darse una prohibición de las manifestaciones culturales en debate se estaría violentando el derecho a la cultura y, en consecuencia, la dignidad humana, pues de esta se derivan los derechos fundamentales, por cuanto se afecta la libertad individual y el libre desarrollo de la persona dentro de su propia cultura, que el Estado está obligado a preservar, y no debe prohibir ni adoptar medidas que conlleven a su extinción.
- Sobre la supuesta vulneración del derecho a la paz y la tranquilidad, el demandado destaca que no bastan las meras afirmaciones sin sustento para alegar que estas son

afectadas. La invocación de un sector de ciudadanos a la paz y tranquilidad no puede significar la prohibición de aquellas actividades que les disgusten o desagraden, pero que son realizados por otras personas.

- Alega que prohibir los espectáculos culturales como la tauromaquia o la gallística porque existe un sector hipersensible a las acciones que en ellas se desarrollan constituye un abuso de derecho, que revela una mirada egocéntrica de la realidad y supone la exclusión de todas las prácticas que nos disgustan a partir de un estándar personal, sin respeto hacia quienes piensan y actúan distinto, en ejercicio de su identidad cultural y de su libertad individual.

- Además, señala que los opositores a estas prácticas no están obligados a asistir a los lugares donde se realizan. Y, en todo caso, cuestiona que se trate de espectáculos crueles, pues señala que la crueldad tiene como elemento intrínseco el ánimo de actuar de manera despiadada, lo que no ocurre en tales espectáculos.

- Sobre la supuesta vulneración a la libertad y seguridad personales, el demando sostiene que se han hecho nuevamente afirmaciones alejadas de la realidad, por cuanto no afectan derechos de las personas, ni se afecta a terceros.

- El demandado explica que las corridas de toros, peleas de toros y peleas de gallos son costumbres que forman parte de la identidad cultural peruana desde hace casi 500 años, y que están incluso mezcladas con festividades religiosas y celebraciones cívico-militares. Las peleas de toros, por ejemplo, son una tradición arequipeña y única en el mundo. Afirma que la gallística, por su parte, tendría raíces romanas.

- Señala que estas prácticas llegaron con la conquista, pero han sido incorporadas a nuestra cultura, y ahora forman parte de la historia y la tradición cultural de nuestro país. Han supuesto, a lo largo de todo nuestro territorio, un sincretismo cultural entre lo español y lo indígena, lo criollo y lo andino, lo cristiano y lo pagano, que forma parte de las costumbres culturales de diversas comunidades.

- Agrega que el ejercicio del derecho a la identidad cultural, que se traduce en las manifestaciones mencionadas, no viola ningún derecho fundamental de la persona. Intentar eliminar estas tradiciones culturales sobre la base de gustos o disgustos constituiría una agresión al derecho a la identidad cultural de quienes participan en ella.

- Señala que esto atenta contra lo dispuesto en el artículo 2, inciso 19, de la Constitución, que señala que toda persona tiene derecho a su identidad cultural. Y no puede desconocerse el carácter cultural de una manifestación solo porque desagrada a un sector.

- Al respecto, alega también que el Estado peruano es parte de la "Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales". En tiempos en que la globalización tiende a la uniformización y a poner en riesgo manifestaciones culturales locales o minoritarias, resulta importante protegerlas, que es justamente lo que se busca con la excepción cuestionada.

- El demandado señala también que se ignora el derecho a participar en la vida cultural de la nación, contenido en el artículo 2, inciso 17, de la Constitución. Diversos gobiernos regionales y locales han reconocido a estas prácticas un carácter cultural y parte de sus tradiciones.
- Por otro lado, la excepción cuestionada garantiza el derecho a la libertad de empresa y el derecho a la libertad de trabajo de las personas que se vinculan con los espectáculos señalados. Existe gran variedad de actividades económicas relacionadas directa o indirectamente, como criadores, fabricantes de alimento, personal de apoyo, administradores, publicistas, dueños de locales, así como actividad turística.
- Asimismo, sostiene que existen centenares de asociaciones sobre la materia, y gran cantidad de plazas de toros y coliseos de gallos en todo el territorio nacional, y tres millones de personas acuden a estos espectáculos.
- Agrega que este Tribunal ya se ha pronunciado sobre la materia y ha reconocido a la tauromaquia como espectáculo y manifestación cultural en la Sentencia 0017-2010-PI/TC. Además, en otros países se permiten las corridas de toros, como son: México, Colombia, Ecuador, Venezuela, Portugal, España (donde es parte del patrimonio cultural) y Francia (donde ya no es parte del patrimonio cultural), aunque en algunas regiones de México y España se han prohibido, y en Francia solo se realizan en algunas zonas.

C. TERCEROS Y *AMICUS CURIAE*

El Tribunal ha recibido múltiples solicitudes de diferentes organizaciones y personas para ser incorporados como terceros o como *amicuscuriae* en el presente proceso. En relación con el primer grupo, se admitió en calidad de tercero a las siguientes organizaciones:

- Unión de Galleros del Perú
- Asociación Gallística Moquegua

Por otro lado, en lo que respecta a las solicitudes de *amicuscuriae,* este Tribunal ha admitido a las siguientes personas y/o instituciones:

- Andrés Roca Rey Valdez, Casa Toreros Consorcio Perú y otros
- Asociación Civil sin Fines de Lucro "Animalistas sin Fronteras"
- Asociación Cultural Taurina
- Asociación de Criadores de Gallos de Pelea de Navaja de Chincha
- Asociación de Criadores, Propietarios y Aficionados de Toros de Pelea de Arequipa
- Asociación de Defensa de los Derechos Animales "Proyecto Libertad"
- Asociación para el Rescate y Bienestar de los Animales

- Daniel Almeyda Velásquez
- José Antonio Espinoza Ballena
- Juan Arce Aguilar Choque
- Luis Adolfo Pareja Aguilar
- Pierre Foy Valencia y Corinne Schirmer

II. FUNDAMENTOS

§1. DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA

1. La demanda ha sido presentada con el objeto de que se declare inconstitucional la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407, "Ley de Protección y Bienestar Animal", la cual establece lo siguiente:

   > Exceptúanse de la presente Ley las corridas de toros, peleas de toros, peleas de gallos y demás espectáculos declarados de carácter cultural por la autoridad competente, las que se regulan por ley especial.

2. La Ley 30407, como lo señala su artículo 2, tiene como finalidad "garantizar el bienestar y la protección de todas las especies de animales vertebrados domésticos o silvestres mantenidos en cautiverio, en el marco de las medidas de protección de la vida, la salud de los animales y la salud pública". Mientras que su artículo 3 señala que tiene por objeto:

   > (...) proteger la vida y la salud de los animales vertebrados, domésticos o silvestres mantenidos en cautiverio, impedir el maltrato, la crueldad, causados directa o indirectamente por el ser humano, que les ocasiona sufrimiento innecesario, lesión o muerte; así como fomentar el respeto a la vida y el bienestar de los animales a través de la educación. Además, de velar por su bienestar para prevenir accidentes a sus poblaciones y aquellas enfermedades transmisibles al ser humano.
   >
   > Así como promover la participación de las entidades públicas y privadas y de todos los actores sociales involucrados, con sujeción al ordenamiento constitucional y legal.

3. En tal sentido, la presente controversia implica determinar si la norma cuestionada, que establece una excepción al cumplimiento de la finalidad y el objeto de la Ley 30407, es o no conforme con la Constitución.

4. Para ello será necesario analizar, entre otras cosas, cada una de las actividades objeto de la excepción cuestionada, como son:

   i) Las peleas de toros.

   ii) Las corridas de toros.

iii) Las peleas de gallos.

iv) Los demás espectáculos declarados de carácter cultural por la autoridad competente.

5. Por otro lado, los demandantes señalan que la excepc1on cuestionada es contradictoria con la finalidad y objeto de la misma Ley 30407, señalados *supra,* y con su artículo 22, literal "b", que prohíbe la utilización de animales en espectáculos que afecten su integridad física y bienestar, pero que gracias a la excepción cuestionada no se aplica a corridas de toros o peleas de gallos, aun cuando el maltrato animal en tales eventos es evidente.

6. Al respecto, se debe señalar que un proceso de inconstitucionalidad supone un control abstracto de las normas con rango de ley tomando a la Constitución, en su carácter de norma suprema del ordenamiento, como parámetro.

7. Sin embargo, en determinadas ocasiones, el parámetro de constitucionalidad puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (Sentencia 0007-2002-AI/TC, fundamento 5).

8. Pero incluso en tales casos, una disposición legal no puede servir como parámetro y objeto de control en simultáneo, ni disposiciones contenidas en una misma ley como regla y excepción pueden considerarse incompatibles, ni como parámetro de validez una de la otra, pues en tales casos su relación es complementaria y no antinómica.

9. Ello no significa, en lo absoluto, que tales normas no puedan ser controladas. Pero es preciso recalcar que el parámetro de control es siempre la Constitución, y cuando dicho parámetro es ampliado a normas con rango legal, ello ocurre por derivación y complementariedad, y sin que existan contradicciones entre las normas constitucionales y las normas legales adicionadas al parámetro de control.

10. En tal sentido, el presente caso debe ser resuelto sobre la base de los principios y reglas constitucionales, y atendiendo a las contradicciones que pudieran existir entre dicho parámetro y las disposiciones impugnadas, y no en virtud de las supuestas contradicciones contenidas en la ley cuestionada.

§2. INCONSTITUCIONALIDAD POR LA FORMA

11. Como punto previo, se debe señalar que, de existir una inconstitucionalidad por la forma en el presente caso, la misma afectaría a la Ley 30407 en su totalidad, y no solo a la excepción cuestionada, pues esta no fue aprobada por sí sola ni de forma independiente a la ley en la cual está contenida, de manera que cualquier defecto formal del que adolezca debe extenderse también a la ley.

12. Los demandantes señalan que la excepción contenida en la Primera Disposición Complementaria Final es inconstitucional por la forma por contravenir los artículos 31 y 105 de la Constitución y el artículo 78 del Reglamento del Congreso.

13. El artículo 31 de la Constitución establece que los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante iniciativas legislativas, entre otros mecanismos. Naturalmente esto no significa que sus propuestas deban ser aprobadas, pero sí deben ser debidamente consideradas por el Congreso.

14. Esto implica, en primer lugar, que los proyectos de ley de las iniciativas legislativas sean dictaminados como cualquier otro. El artículo 105 de la Constitución señala que ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso.

15. Los demandantes alegan que no se habría respetado el procedimiento legislativo de la Iniciativa Ciudadana 0133, que se convirtió en el Proyecto de Ley 1454/2012-IC, pues este habría sido acumulado sin dictamen (o con un dictamen de inhibición por falta de competencia en la materia emitido por la comisión agraria) al Proyecto de Ley 3371/2013-CR, que finalmente dio lugar a la Ley 30407.

16. Cuestionan además la acumulación de su proyecto, que buscaba la prohibición de espectáculos cruentos, con otro que llevó a la aprobación de una disposición que los permite.

17. Al respecto, se ha revisado el dictamen del 19 de noviembre de 2013 emitido por la comisión agraria. Si bien es cierto que este finaliza con la inhibición de la comisión por falta de competencia sobre la materia, más allá de la decisión formal se advierte que hubo un análisis sustantivo.

18. Así, respecto a su contenido cabe destacar que para su elaboración se solicitó la opinión de diversas entidades públicas: los ministerios de Agricultura, Ambiente, Cultura; del RENIEC; de los gobiernos regionales de Lima, Ayacucho, Junín, La Libertad y Cajamarca; y de los gobiernos municipales de Lima, Huamanga, Huancayo, Trujillo y Cajamarca.

19. Adicionalmente, fueron consideradas las opiniones de la Asociación para el Rescate y Bienestar de los Animales, de la Asociación Flora Tristán, de Unidos por los Animales, de la Asociación Peruana de Protección de Animales, y de diversos ciudadanos.

20. En el numeral5.5 del dictamen se señala que "se puede apreciar que el proyecto en estudio es de carácter cultural, por lo que las opiniones versan sobre lo cultural y no sobre lo agrario". Más adelante se cita lo indicado por el Ministerio de Cultura (con subrayado en el original):

    a) La corrida de toros es una manifestación cultural.

    b) La dación de la Ley 27265 Ley de protección de los animales domésticos y los animales silvestres mantenidos en cautiverio trajo consigo la modificatoria del Código Penal mediante la Segunda Disposición Final y Transitoria.

c) Los espectáculos taurinos no se encuentran calificados como actos o espectáculos proscritos por la Constitución Política o normas destinadas a brindar protección de los animales.

d) La Declaración Universal de los Derechos del Animal - UNESCO (15/10/1978) no es vinculante, por lo que no tienen rango de tratado internacional.

21. En el numeral 5.9 se menciona que dicho criterio es concordante con la legislación emitida por el Congreso, como la Ley 28131, "Ley del Artista, Intérprete y Ejecutante", cuyo artículo 4 vigente en ese entonces incluía a los matadores, banderilleros, picadores, novilleros y rejoneadores como artistas o trabajadores técnicos comprendidos dentro del alcance de dicha ley.

22. Asimismo, la Tercera Disposición Final y Transitoria de la Ley 27265, "Ley de protección a los animales domésticos y a los animales silvestres en cautiverio", vigente en ese momento, incluía una excepción para las corridas de toros, peleas de gallos y demás espectáculos declarados como de carácter cultural por la autoridad competente.

23. Por otro lado, en los numerales 5.10 y 5.11 del dictamen de la comisión agraria se hace referencia a las sentencias emitidas por este Tribunal en las que se ha pronunciado sobre las corridas de toros, y se hace mención a la variación del criterio jurisprudencial contenido en la Sentencia 0017-2010-PI/TC.

24. Luego de tal análisis, en el numeral 5.12 se señala que:

> Como se puede apreciar es recurrente la consideración del Estado a través del Congreso de la República, de los órganos competentes en materia de cultura y del Tribunal Constitucional, considerar a las corridas de toros como arte y espectáculo, conceptos que no pueden estar escindidos del concepto cultura.

25. Mientras que en el numeral 5.15 se agrega lo siguiente:

> En consecuencia, siendo esta manifestación una expresión de cultura recogida como parte del derecho de acceso a la cultura y a la identidad cultural en nuestra Constitución, la restricción pretendida de este derecho fundamental no se encuentra justificada para que pueda prosperar en un Estado Constitucional de Derecho.

26. Luego de considerar el contenido del dictamen, se concluye que el mismo tiene valor, a pesar de ser un dictamen de inhibición, por tres motivos esenciales:

i) analiza el fondo del asunto;

ii) para realizar dicho análisis fueron consideradas las opiniones de diversas entidades especializadas sobre la materia, tanto públicas como privadas; y,

iii) el dictamen estuvo a disposición de la comisión competente para decidir el asunto como resultado de la acumulación de proyectos, es decir, ya no era necesario que esta emitiera un nuevo dictamen.

27. Por otro lado, la decisión de acumular proyectos contradictorios no resulta arbitraria, en tanto es posible acumular proyectos antagónicos siempre que regulen la misma materia.

28. En el presente caso, la Ley 30407 fue emitida para reemplazar a la Ley 27265, "Ley de Protección a los Animales Domésticos y a los Animales Silvestres Mantenidos en Cautiverio" que, como se señaló *supra,* ya contenía una excepción similar.

29. Efectivamente, su Tercera Disposición Final y Transitoria señalaba lo siguiente:

> Exceptúanse de la presente Ley las corridas de toros, peleas de gallos y demás espectáculos declarados de carácter cultural por la autoridad competente.

30. En tal sentido, era posible acumular todos los proyectos relacionados con la protección animal para dar una ley general sobre la materia, aunque se incluyeran excepciones a la misma, como ya había ocurrido con la Ley 27265.

31. Por tanto, considero que el Proyecto de Ley 1454/2012-IC fue dictaminado conforme al artículo 105 de la Constitución, y no se advierte que su acumulación con otros proyectos haya sido arbitraria, y por tanto inconstitucional. Por tales razones, corresponde declarar infundado el extremo de la demanda referido a la inconstitucionalidad por la forma de la excepción contenida en la Ley 30407.

§3. LA DIGNIDAD HUMANA Y EL ESTATUS JURÍDICO DE LOS ANIMALES NO HUMANOS

3-1. CONSTITUCIÓN Y DIGNIDAD HUMANA

32. La Constitución, como norma fundamental, señala los límites y lineamientos en los cuales se fundamenta el Estado. Cuenta con una parte dogmática, que enumera de manera no taxativa los derechos fundamentales de las personas que se encuentran protegidos; y otra orgánica, destinada a limitar el poder del Estado mediante la división de poderes y la delimitación de competencias de los diferentes entes que lo integran.

33. Pero todo ello se encuentra articulado en función a lo dispuesto en el artículo 1 de la Constitución, que señala que la defensa de la persona y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Así, tal principio no solo es la piedra angular del ordenamiento jurídico, sino que también es la base sobre la cual se construyen nuestra sociedad y nuestra cultura.

34. El Tribunal ha señalado, en el fundamento 217 de la Sentencia 0010-2002-AI/TC, que la dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de los derechos fundamentales. El respeto genérico de la misma, por el solo hecho de ser tal, es la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

35. Esto implica, principalmente, que un ser humano no debe ser tratado como un medio, sino que debe ser tratado como un fin en sí mismo. La dignidad es inherente a la

persona, y le es inalienable, por lo que sus acciones no pueden disminuirla. Esto no significa, en lo absoluto, que las acciones dañinas que cometan las personas estén exentas de sanciones penales o de reproches morales. El Estado puede establecer sanciones penales, pero solo puede recurrir a ellas como última *ratio* para garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas o de la sociedad en su conjunto.

36. En este orden de ideas, el principal cometido de una Constitución, tal y como se precisó en el fundamento 25 de la Sentencia 0042-2004-AI/TC, es el de "encarnar el consenso jurídico-político alcanzado y ser por ello garantía de paz y libertad". Ciertamente, ello no impide que la Constitución establezca un consenso mínimo sobre los valores básicos de la convivencia en sociedad. El contenido mismo de la Constitución, que gira en tomo a la dignidad humana, el respeto de los derechos fundamentales, la limitación del poder del Estado, la democracia y la forma republicana de gobierno, son el reflejo de dicho consenso.

37. De hecho, es bastante común que los derechos fundamentales encuentren un ámbito de tutela que se superponga a los acuerdos a los que arriban las mayorías parlamentarias. Es así que, aunque ciertamente se trata de un instrumento orientado a alcanzar la paz y libertad en sociedad, en muchas ocasiones también se erige como el último guardián de las libertades, y, en este sentido, precisamente la noción de "dignidad" permite recordar que existen cuestiones que van más allá de los acuerdos.

3-2. LA CONDICIÓN Y EL ESTATUTO DE LOS ANIMALES NO HUMANOS: UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA

38. Ahora bien, no ignoro el hecho que, para ciertos sectores, la noción misma de dignidad o los aspectos éticos de la misma pueden ser trasladados a los no humanos. En ese sentido, autores como Peter Singer (en su conocida obra la *"Liberación Animal",* publicada por primera vez en 1975) sostienen que la ética puede ser trasladada a confines más allá de los reconocidos para la especie humana. Sin embargo, y más allá de compartir o no en lo personal esta clase de posiciones, los magistrados y magistradas de este Tribunal deben administrar justicia en función de lo reconocido o de lo que es posible desprender de nuestra *norma normarum,* y no en razón de criterios particulares.

39. En ese sentido, y desde una perspectiva esencialmente jurídica, no puedo compartir la afirmación de los demandantes de que los espectáculos amparados por la excepción cuestionada son actos agresores de la dignidad humana, que rebajan y degradan a la persona que participa de ellos. En realidad, tanto desde el campo de la filosofía como el de la ética se han discutido ampliamente la naturaleza de los animales en comparación con la de los seres humanos, y se ha planteado la interrogante respecto de su estatus, lo que también conlleva a cuestionarse acerca de la posibilidad que puedan titularizar derechos.

40. La Constitución de 1993 no contiene, a diferencia de otras fórmulas en el derecho comparado, alguna mención específica relacionada con el estatus de los animales en

nuestro ordenamiento interno. De ello no puede, sin embargo, desprenderse que nuestra norma suprema sea completamente indiferente a la situación animal, lo cual obedece a que, como ha ocurrido con distintas materias, la evolución de las sociedades ha generado una consecuente modificación del estatuto animal.

41. En efecto, no ha sido pacífico el análisis en relación con los deberes que la persona guarda con ellos. No sorprende, en este orden de ideas, que en algún momento pensadores como René Descartes desarrollaran una concepción "mecánica" de los animales, según la cual se les consideraba a estos como complejos autómatas carentes de la capacidad de sufrir o de percibir cualquier clase de emociones. Esto suponía, como lo expuso en su *"Discurso del Método"* (1637), que se entendiera que solo la naturaleza podía guiar sus conductas, lo que terminaba por generar una visión antropocentrista del mundo. Los animales vivían, pues, solo para servir a la persona, por lo que cualquier acto sobre ellos se encontraba justificado en la medida en que solo cumplían la finalidad de mejorar las condiciones en las que se desenvolvía la especia humana.

42. Esta visión, durante una considerable cantidad de tiempo, estuvo bastante influenciada por la concepción judeocristiana del mundo, que estimaba que los animales y la naturaleza debían encontrarse al servicio del ser humano. No podía extraerse, entonces, alguna clase de deber u obligación de las personas en relación con los animales, y mucho menos con la naturaleza o el entorno que las rodea. La persona era la que, con absoluta libertad, podía disponer sin ningún grado de responsabilidad de entes que eran asimilados con simples objetos. Esto suponía que los maltratos, abusos, explotación y, en general, cualquier acto de crueldad quedaban justificados desde la moral y el derecho.

43. Cierto nivel mayor de preocupación en tomo a la condición animal empezó a advertirse en el pensamiento kantiano, el cual, es justo decirlo, solo lo hizo en la medida en que las personas podían, en potencia, desarrollar sus virtudes y condición moral a través del trato a otras especies. No se trataba, así, de una preocupación estrictamente vinculada con los animales, sino del potencial peligro que el maltrato hacia ellos podía generar, en un futuro no muy remoto, a la propia especia humana a través del incentivo para la realización de conductas peligrosas hacia otros de la misma condición. Sostenía el pensador nacido en Königsberg que los deberes eran con los de nuestra especie, ya que los seres inanimados "están enteramente sometidos a nuestro arbitrio y los deberes para con los animales son tales en la medida en que nos conciernen" [Kant, Immanuel (1988). Lecciones de Ética. Barcelona: Editorial Crítica, pp. 234 y 235]. Este enfoque de los animales también obedecía a que los mismos podían ser de utilidad para terceras personas, por lo que era recomendable no destruirlos o dañarlos.

44. Era, así, moneda corriente estimar, en buena parte de los siglos XVII y XVIII, que los animales no generaban, por sí mismos, obligaciones ni legales ni éticas a las personas, las cuales, en todo caso, debían ofrecerles cierto respeto solo en la medida en que a ellas las hacían moralmente *más valiosas.* John Locke suscribe esta clase de pensamientos cuando menciona, en su *"Somethoughtsconcerningeducation"* (1693), que la costumbre de "torturar y matar bestias endurecerá sus mentes, por grados, incluso hacia los

hombres; y aquellos que se deleitan con el sufrimiento y la destrucción de criaturas inferiores no serán capaces de ser muy compasivos o benignos hacia los de su propia especie". Se trataba, en buena cuenta, de no infligir daño a los animales en tanto ello permitía que la persona, al menos desde el punto de vista ético, pueda desarrollarse con mayor prolijidad.

45. Ahora bien, esta visión antropocentrista del mundo empezó a generar discusiones bastante trascendentales en particular a raíz de la obra del pensador inglés Jeremy Bentham, el cual, desde su conocida construcción utilitarista, empezó a defender la condición animal, la cual, según su obra, tenía intereses que, como los de los humanos, merecían ser tutelados. En su conocida *"Introducción a los principios de la moral y la legislación"* (1789), Bentham realizaría la siguiente aseveración que, en relación con los animales, mantiene especial vigencia: "no debemos preguntamos: ¿pueden razonar?, ni tampoco: ¿pueden hablar?, sino: ¿pueden sufrir?".

46. Es importante, en la obra del pensador inglés, distinguir el acto de ocasionar dolor del relacionado con generar sufrimientos innecesarios a los animales. El primer caso se encuentra, en muchas ocasiones, justificado porque, incluso cuando son atendidos por veterinarios, los animales ciertamente pueden sufrir cierta clase de dolor, pero ello atendiendo a un propósito mayor, que es resguardar su integridad o su vida. En el segundo, por el contrario, se pretende, sin ningún motivo en especial, generar sufrimiento en los animales, los cuales, en muchos casos, se hace por el simple placer de hacerlo.

47. La evolución del tratamiento ético de la condición animal, y que se refleja en la adopción de distintas cláusulas de protección a su favor, obedece a una serie de factores que han empezado a advertirse en las sociedades contemporáneas. Bastante notorio es el hecho que los animales coexisten con la especie humana en el mismo entorno, y que de ellos precisamente se extrae una ayuda bastante considerable para el desarrollo de distintas actividades importantes en la sociedad. El mismo Charles Darwin ya había advertido, cuando publicó en 1859 su *"Origen de las especies por medio de la selección natural",* que en realidad los humanos también formamos parte del reino animal en la medida que provenimos de un ancestro común, por lo que no estamos en condición de asumir que estamos excluidos de aquel. Es más, en algunos casos dependemos de ellos para optimizar nuestra vida en sociedad.

3-3. EL DERECHO COMPARADO Y EL ESTATUTO DE LOS ANIMALES NO HUMANOS

48. Es posible advertir, de esta forma, que existen numerosas posturas vinculadas con la condición animal, las cuales no han sido explícitamente abordadas por el constituyente de 1993. Y, es justo decirlo, tampoco por los tratados internacionales, los cuales no hacen alguna referencia directa a derechos de los animales. Los problemas en tomo a la condición animal han desembocado en el hecho que no exista un consenso a nivel internacional o comparado sobre su estatus en el derecho. En realidad, las distintas

constituciones y códigos han oscilado entre el absoluto silencio (como el caso peruano) hasta la protección a distintos niveles, que han incluido, en algunos casos, el constitucional. Uno de los pocos escenarios en los que esta cuestión ha sido debatida ha sido el europeo, e incluso a nivel de derecho comunitario, con alguna legislación especial en algunos Estados.

49. Un caso paradigmático es el de Suiza, la cual, desde 1973 cuenta en su constitución federal con un apartado sobre la protección animal, propuesta que fue aprobada por una considerable mayoría de los ciudadanos y cantones suizos a través de referéndum. Del mismo modo, el artículo 20a de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, reformada en el año 2002, hace mención al deber que se tiene para con las generaciones futuras de preservar los fundamentales naturales de la vida y los animales.

50. Esta disposición fue enmendada en el año 2002 para hacer alusión expresa a la protección a los animales (ver: www.gesetze-imintemet.de/gg/BJNR0000l0949.html, en alemán). A diferencia de lo que ocurre en otros países, la "Ley de Bienestar Animal de 1972 (TierSchG) no define lo que debe entenderse por el término "animal". Pero establece como principio rector que "nadie debería infligir dolor, sufrimiento o daño a un animal sin un fundamento razonable (evidente)" (ver: www.gesetze-imintemet.de/tierschg/BJNR012770972.html#BJNR012770972BJNG000I03377, traducción libre del alemán).

51. Como puede apreciarse, en Alemania también existe un deber de protección a los animales, el cual se encuentra garantizado constitucionalmente, y el marco legislativo regula cuándo tal deber puede suspenderse, y que suele ser en escenarios en los que existe un fundamento razonable y evidente. La Constitución de Brasil de 1988 indica, por su parte, que el poder público debe garantizar que los animales no sean expuestos a tratos crueles.

52. En el Reino Unido han existido leyes de protección animal desde el siglo XIX. Prueba de ello es la "Ley para prevenir la crueldad y el tratamiento impropio del ganado" de 1822. A esta le siguieron leyes en 1849, 1876 y 1900 (esta última referida a animales silvestres en cautiverio) hasta llegar a la Ley de Protección Animal de 1911 (ver: www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/1-2/27, en inglés).

53. Esta última fue reemplazada por la Ley de Bienestar Animal de 2006 (ver: www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/45/contents, en inglés). En la sección 1 de la misma se señala que, salvo ciertas excepciones, "animal" significa un vertebrado distinto del hombre, y por "vertebrado" debe entenderse todo animal del Sub Filo "Vertebrata" del Filo "Chordata". Se advierte que tales clasificaciones son concordantes con las usadas en la taxonomía biológica.

54. De este modo, la ley permite que la autoridad nacional correspondiente pueda extender la definición de "animal" para incluir invertebrados, pero solo si existe evidencia científica de que los animales a los cuales se les extiende la protección de la ley son capaces de experimentar dolor o sufrimiento.

55. De acuerdo con la sección 2, los animales protegidos por la ley son aquellos que son comúnmente domesticados en las Islas Británicas, los que se encuentran bajo control del hombre de forma permanente o temporal, y aquellos que no se encuentren viviendo en estado salvaje. La sección 4 de la ley proscribe, de forma similar a la ley peruana, que se genere sufrimiento innecesario a un animal, mientras que la sección 9 regula el deber de asegurar el bienestar animal, lo que incluye:

    (a) su necesidad de un ambiente adecuado;

    (b) su necesidad de una dieta adecuada,

    (c) su necesidad de poder exhibir patrones de comportamiento normales,

    (d) su necesidad de ser alojado con, o aparte de, otros animales, y

    (e) su necesidad de estar protegido contra el dolor, el sufrimiento, las lesiones y las enfermedades.

56. El Reino Unido tiene un conflicto propio con actividades tradicionales consideradas crueles hacia los animales, como es la caza de animales silvestres usando perros especialmente criados o entrenados para perseguirlos. De hecho, mediante la Ley de Cacería de 2004, se prohibió específicamente la caza usando perros (ver: www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/37/notes/contents), aunque la ley contiene excepciones.

57. Por su parte, la Constitución de Estados Unidos no hace referencia directa a los animales, pero estos tienen protección a nivel federal, mediante la Ley de Bienestar Animal de 1966. Como señala la página web de la Librería Nacional de Agricultura, del Departamento de Agricultura (ver: https://www.nal.usda.gov/awic/animal-welfare-act, en inglés):

    > Es la única ley federal en los Estados Unidos que regula el tratamiento de los animales para investigación, exhibición, transporte y por comerciantes. Otras leyes, políticas y lineamientos pueden incluir cobertura adicional de especies o especificaciones para el cuidado y uso de los animales, pero todas se refieren a la Ley de Bienestar Animal como el estándar mínimo aceptable.

58. Esta ley tiene una definición particular de lo que es un animal (ver Código de los Estados Unidos, Título 7, Capítulo 54, sección 2131 en adelante: www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2015-title7/html/USCODE-2015-title7- chap54.htm, en inglés), en tanto no incluye a todos los vertebrados, sino a tipos específicos de mamíferos, particularmente aquellos que son usados como mascotas.

59. A nivel del derecho supraestatal, un avance bastante notorio se dio con el Tratado de Lisboa, el cual regula el funcionamiento de la Unión Europea, y que dispuso, en su artículo 13, que los Estados Miembros debían tener en cuenta las exigencias "en materia de bienestar de los animales como seres sensibles", regulación que, no obstante ello, resguardó un importante margen de discrecionalidad a los ordenamientos internos al

establecer que la Unión Europea debía respetar "las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados Miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional".

60. El derecho comunitario europeo, de hecho, fue uno de los primeros en abordar la cuestión animal. En 1974 se aprobó, la *"Directiva sobre aturdimiento de los animales antes de su sacrificio* (74/577EEC)" por parte del Consejo de las Comunidades Europeas, la cual, en su preámbulo, indica que la Comunidad debería abolir cualquier clase de crueldad en contra de los animales, y que un primer paso para ello radicaba en eliminar cualquier sufrimiento innecesario que ellos pudieran sufrir al momento del sacrificio. Otro paso importante, esta vez a nivel del Consejo de Europa, se dio con la aprobación del *"Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía",* aprobado en 1987. En dicho documento se resalta el deber del "hombre [, el cual] tiene la obligación moral de respetar a todas las criaturas vivas, y teniendo presentes las especiales relaciones existentes entre el hombre y los animales de compañía". Este instrumento tiene una destacada importancia en cuanto a la regulación de la situación de los animales de compañía, los cuales, según sus disposiciones, tienen una destacada "contribución a la calidad de vida y su consiguiente valor para la sociedad".

61. Se resalta, así, que los animales, por su propia condición, no deben sufrir de manera innecesaria ni ser abandonados, y a ello se agrega que esto se debe a las relaciones que las personas entablan con ellos. Esta primera fase de reconocimiento tiene un punto álgido con la aprobación de la Resolución del Parlamento Europeo de fecha 21 de enero de 1994, en la que se considera a los animales como seres sensibles y no como meros productos agrícolas.

62. En el caso de tratados u obligaciones internacionales que puedan vincular al Estado peruano, la parte demandante sostiene que existe el deber de cumplir con lo dispuesto en la Declaración Universal de los Derechos del Animal, instrumento que, según sostiene, es de obligatorio cumplimiento. Al respecto, noto que, en el primer punto de la exposición de motivos presentada junto con la iniciativa ciudadana, se señala lo siguiente:

> La República del Perú es una Nación soberana que ha hecho suya la preocupación por la protección animal. En esa línea, y como miembro de la comunidad internacional, el Perú es suscriptor de la Declaración Universal de los Derechos del Animal, proclamada el 15 de octubre de 1978 por la Liga Internacional de los Derechos del Animal y posteriormente aprobada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y por la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

63. Al respecto, el Tribunal Constitucional solicitó al Ministerio de Relaciones Exteriores información referida a las obligaciones internacionales vigentes del Perú en materia de prohibición del maltrato animal. Como respuesta, y mediante Oficio SGG 3-O-E/440, dicho ministerio adjuntó el Informe (DGT) 016-2019, emitido

por la Dirección General de Tratados, en el que se señala que "se puede afirmar que no existe una 'Declaración Universal de los Derechos de los Animales' que haya sido adoptada por la ONU, ni por la UNESCO". Agrega que, si bien se tiene conocimiento de la existencia de dicho documento, este tiene naturaleza privada, y el Perú no podría ser parte ni haberlo ratificado "pues no cuenta con la naturaleza jurídica de tratado".

64. De este modo, y ante la ausencia de un instrumento internacional vigente para el Estado peruano, surge la pregunta en tomo a la condición o esencia de los animales. Y, particularmente en el modelo peruano, ello ha sido objeto de algunas aparentes contradicciones a nivel legislativo, el cual no ha terminado de identificar el concreto estatuto que ellos ostentan en nuestro ordenamiento jurídico. Si se atiende a la regulación prevista en la Ley 30407, Ley de Protección y Bienestar animal, cuestionada en este caso, ella tiene como propósito, conforme se dispone en su artículo 2, el garantizar "el bienestar y protección de todas las especies de animales vertebrados o silvestres mantenidos en cautiverio, en el marco de protección de la vida, la salud de los animales y la salud pública". De ello podría desprenderse que, para el legislador, los animales no son estrictamente patrimonio o bienes, lo que los alejaría de una visión netamente civilista de la condición animal.

65. Estos ejemplos demuestran que, aunque embrionariamente, la cuestión animal ha empezado a ser objeto de debate en distintos países, aunque ciertamente con diversos matices. El caso alemán, por ejemplo, destaca que la protección y responsabilidad con los animales apunta a los deberes con las generaciones futuras, lo cual permite colegir que, más que la protección que ellos merecían en particular, la tutela se relaciona para con terceras personas. En Brasil, por otro lado, se resalta que la obligación del poder público se encuentra más configurada por acciones negativas (no infligir un trato cruel) que por deberes positivos de tutela, y en ambas experiencias no queda claro si absolutamente todos los animales merecen el mismo nivel de protección, aspecto que, se entiende, corresponde al legislador ordinario. En todo caso, lo que debe destacarse es que, en cada vez mayor forma, se está superando la visión antropocéntrica de la comunidad, la cual empieza a asumir que convive en el mundo con otras especies y seres vivos.

3-4. LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y EL ESTATUTO DE LOS ANIMALES NO HUMANOS

66. Ahora bien, es llamativo el hecho que, en una considerable cantidad de países, los aspectos concernientes a la condición y el estatuto de los animales no humanos no hayan sido regulados a nivel constitucional, como ocurre en el caso peruano, y esto guarda conexión con que no estén completamente delimitados los deberes (y en qué medida) que es necesario observar en relación con ellos. De ello, sin embargo, no puede colegirse que el ordenamiento peruano deba ser completamente indiferente a lo que ellos afrontan. En realidad, ya el legislador nacional, con la adopción de leyes como la ahora

cuestionada, demuestra una primera intención de graficar que no se tratan de simples bienes, como puede ocurrir, por ejemplo, en el caso de bienes que suelen ser objeto de regulación en el seno del derecho civil.

67. En efecto, la omisión en nuestra Constitución de alguna cláusula explícita que, como la alemana o la brasileña, regule la condición animal no permite concluir que nada pueda afirmarse acerca de su estatuto, más aun cuando se trata de un asunto de especial repercusión para la misma sociedad, y que involucra distintas cuestiones de relevancia jurídica. En efecto, es claro que, en el ámbito jurídico constitucional, que es el que ciertamente compete al Tribunal Constitucional, los animales no fueron considerados expresamente por el constituyente como destinatarios de derechos ni de obligaciones. Ello guarda relación con el hecho de que los animales no son sujetos morales ni son responsables por su conducta, a diferencia de las personas, que sí tienen conciencia de sus actos.

68. Advierto que, aunque no de manera expresa, la protección de los animales tiene ciertamente un sustento constitucional en el artículo 68 de la Constitución, el cual señala que el Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica. De esto se extrae que el Estado tiene el deber primario-aunque no absoluto, como se verá más adelante- de prevenir la extinción de las especies animales y, por tanto, de protegerlas.

69. El artículo 2, inciso 22, brinda, también, un sustento constitucional indirecto, pues hace referencia al derecho de las personas a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, y los animales son parte esencial del medio ambiente, el cual cohabitan con la especie humana. De esta forma, el deber de conservación del medio ambiente y de la diversidad biológica extiende la protección a todas las especies animales, sean domésticas, silvestres o silvestres mantenidas en cautiverio, pues todas contribuyen a la diversidad biológica del país.

70. No obstante ello, este deber de conservación y protección no puede entenderse como absoluto, pues no garantiza el mismo grado de protección a todas las clases o especies animales. Efectivamente, no resulta razonable proteger especies que son dañinas para los seres humanos -o incluso para los animales domésticos o de granja- por transmitir enfermedades o perjudicar los cultivos, por todos los males e inconvenientes que ello puede generar no solo para la sociedad en su conjunto, sino incluso, en algunos casos, para otras especies animales.

71. Por el contrario, podría argumentarse que existe más bien un interés social en erradicarlos o fumigarlos, como ocurre con mosquitos que transmiten el dengue o la malaria, o con otros animales que representan un riesgo para la salud de las personas, como puede ocurrir con las ratas o las cucarachas. Por tanto, este deber de protección animal deberá materializarse mediante leyes, y será el legislador el encargado de determinar el grado de protección adecuado que corresponderá a cada especie o clase de animales.

72. Los elementos que deberá usar el legislador para realizar esta diferenciación podrán estar basados en la conservación de la salud de las personas o los animales; razones científicas, como la capacidad para experimentar emociones de las diferentes clases o especies animales; o, por razones culturales, como la protección especial que tienen los animales de compañía; u otros motivos legítimos y razonables. De hecho, la misma Ley 30407 es un reflejo de esta diferenciación necesaria, pues protege, especialmente, a los animales vertebrados, y reconoce un estatus especial a los animales de compañía, como se verá más adelante.

73. La razón de la protección especial que se otorga a los animales vertebrados y que excluye a los invertebrados sería, principalmente, de orden científico, pues la mayoría de opiniones apuntan a que los primeros tendrían en general mayor capacidad cerebral para sentir dolor o sufrimiento que los segundos (aunque diversos estudios científicos atribuyen significativas capacidades intelectuales a ciertos tipos de invertebrados, como los cefalópodos, que, sin embargo, han sido excluidos de protección directa). Sin perjuicio de ello, también pueden encontrarse razones de orden práctico: muchos invertebrados son tan pequeños que los seres humanos pueden dañarlos involuntariamente mientras realizan las actividades cotidianas de su vida. Extender la protección a este tipo de seres vivos dificultaría en exceso el normal desarrollo de las actividades humanas.

74. A modo de referencia, en el plano internacional tenemos que la Unión Europea lleva varias décadas implementando políticas o acuerdos sobre protección animal. En el año 2009 fue enmendado el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, uno de sus documentos de máximo rango. En efecto, en el artículo 13, del Título II del referido instrumento -al cual se hizo referencia *supra*- se reconoció a los animales como seres sensibles y la obligación de asegurar su bienestar (ver: eur-lex.europa.eu/legal content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX: 12012E/TXT &from=EN, en inglés):

> Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional.

75. Pero tal protección no equivale a otorgar derechos a los animales ni es absoluta. Por ejemplo, la Directiva 2010/63/EU, de 2010, sobre protección de animales usados para fines científicos, incluye dentro de su ámbito de protección, delineado en el artículo 1, numeral 3, únicamente a los animales vertebrados no humanos vivos, y a los cefalópodos vivos (ver: eur lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:276:0033:0079:EN:PDF, en inglés).

76. En nuestro ordenamiento algunos animales silvestres, como ciertos peces o crustáceos, también pueden ser considerados como recursos naturales, por lo que de acuerdo con el artículo 66 de la Constitución son patrimonio de la Nación, aunque por ley orgánica se pueden fijar las condiciones para su utilización y otorgamiento a particulares. Además, se debe promover su uso sostenible, conforme lo dispone el artículo 67, y la conservación de la diversidad biológica, como se indicó *supra.*

77. Así, es posible sostener que estas disposiciones constitucionales sirven como fundamento jurídico -más allá de las razones éticas y morales que puedan justificar el trato digno de los animales- para limitar el comportamiento de los seres humanos hacia otros seres vivos y evitar, en la mayor medida posible, su sufrimiento innecesario.

78. La protección a los animales que se deriva de la Constitución ha sido materializada principalmente en la Ley 30407, que a su vez reemplazó la regulación introducida por la Ley 27265, en cuanto busca proteger la vida y la salud de los animales vertebrados, domésticos o silvestres mantenidos en cautiverio, impedir el maltrato, la crueldad, causados directa o indirectamente por el ser humano, que les ocasiona sufrimiento innecesario, lesión o muerte, y que reconoce en su artículo 14 que los animales vertebrados domésticos y silvestres mantenidos en cautiverio son seres sensibles.

79. Cabe destacar que, si bien la Ley 30407 aparenta tener un ámbito de protección limitado únicamente a los animales vertebrados, domésticos o silvestres mantenidos en cautiverio, su artículo 24 establece la prohibición de atentar contra animales silvestres, y su artículo 26 establece la prohibición de atentar contra vertebrados acuáticos, lo que incluye también animales silvestres.

80. Lo señalado, entonces, no implica que los animales en estado salvaje o los invertebrados no tengan protección, pues, como se indicó *supra,* forman parte del medio ambiente y la diversidad biológica, y ambos están protegidos mediante la Ley 28611, "Ley General del Ambiente", y la Ley 29763, "Ley Forestal y de Fauna Silvestre".

81. A esto hay que añadir otras normas de carácter reglamentario, tales como el Decreto Supremo 004-2014-MINAGRI, que aprueba la actualización de la lista de clasificación y categorización de las especies amenazadas de fauna silvestre legalmente protegidas, que incluye a especies de animales invertebrados (ver: spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2014/Abril/08/DS-004-2014-MINAGRI.pdf).

82. Independientemente de lo hasta aquí expuesto, debo recalcar que este régimen de protección no transforma la situación jurídica de los animales en titulares de derechos o en sujetos de derecho, sino que establece límites al comportamiento humano, y limita también el derecho de propiedad sobre los animales. Es decir, si bien los animales pueden ser usados como medios, existen límites respecto a cómo y para qué pueden ser usados, pues no resulta éticamente aceptable en nuestra cultura que la vida de los animales sea desperdiciada sin sentido, ni que se les haga padecer sufrimientos innecesarios o injustificados.

83. De esta forma, la noción de sufrimiento, de la mano con la del interés legítimo de los animales a que no se les realice daño alguno, empezará un nuevo debate en torno a la condición animal, y en la que esencialmente ya se ha dejado de lado la visión materializada en la idea simplista del carácter mecánico de los que no son integrantes de nuestra especie. Esta superación de la concepción tradicional de la vida animal también supuso que se supere lo que se ha denominado como "especismo", esto es, la exclusión de cualquier consideración ética por el solo hecho que existan seres que no integran la misma especie. Lo que, en todo caso, aun se mantiene como problemático es conocer en qué medida dichas consideraciones de carácter moral inciden en el ordenamiento jurídico, y particularmente respecto de qué clase de animales, cuestión que corresponde ser resuelta por el Congreso de la República en estrecha colaboración con otros órganos.

84. La necesidad que sea el ser humano, a través de los distintos órganos estatales, el que intente delimitar los deberes que debe tener para con los animales -partiendo de la premisa de la proscripción de cualquier sufrimiento innecesario- también puede notarse en el hecho que estos últimos no manejan un lenguaje complejo y visual. Así, aunque cuenten con formas de comunicarse, ello no les permite manifestar alguna suerte de oposición o reclamo frente a alguna medida que los perjudique. De hecho, es bastante llamativo que, particularmente entre los siglos XIV y XVI, existiera la posibilidad de instaurar procesos en contra de los animales, pese a que ellos no tenían, a su vez, facultad alguna de reclamar algo en su beneficio.

85. Uno de los ejemplos más documentados se presentó en 1386, en Normandía, y que tuvo que ver con el "asesinato" de un integrante de la familia Le Maux por parte de un cerdo, lo cual ameritó su encierro y su posterior enjuiciamiento "vestido con un blusón y unos calzones, como una persona" [Rogel, Carlos (2018). Personas, animales, y derechos. Madrid: Reus Editorial, p. 83], luego de lo cual fue ejecutado. Sobre ello, Hans Kelsen recuerda que, cuando en estos ordenamientos primitivos se sancionaban a los animales con el propósito de regular su conducta, ello se basaba en "la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres" [Ver, al respecto: Kelsen, Hans (2009). Teoría Pura del Derecho. Buenos Aires: Eudeba].

86. Esto demuestra, pues, que la cuestión animal no ha sido tratada con indiferencia por parte de los ordenamientos jurídicos, incluso de aquellos no modernos. Pocas dudas se mantienen en la actualidad en tomo a la existencia de deberes éticos en lo que respecta al no infligir sufrimientos innecesarios a los animales. No obstante, ese solo punto de partida no termina por resolver todos los inconvenientes concernientes a la clase de animales que pueden verse beneficiados por la adopción de normas por parte del Estado. No se cuestiona, por ejemplo, que, en ciertos contextos, los animales mamíferos puedan sentir sufrimiento ante determinados actos ocasionados por el hombre. Lo que es objeto de debate es si es posible demandar el cumplimiento de ciertas conductas a todos los seres humanos, independientemente de las características del animal del que se trate.

87. Esta especial situación de los animales, que ha generado la progresiva adopción de medidas por parte del legislador, empieza a modificarse a través de la asunción de la idea que explica que ellos ostentan la condición de seres sintientes, lo que algunos han denominado incluso como una suerte de "dignidad animal" (con el notorio propósito de distinguirla de los alcances de la dignidad humana), aunque sin trascender, claro está, de la condición de bienes sujetos de regulación a la de titulares de derechos. Efectivamente, el legislador les ha asignado esta suerte de estatus especial al prohibir primero, y criminalizar más tarde, el maltrato animal.

88. La condición de los animales no humanos es muy particular, ya que ellos generan ciertas obligaciones para las personas, pero no titularizan alguna en función a que no se les puede imputar algún nivel de responsabilidad. Esto es, legalmente no puede exigírseles el cumplimiento de deberes. De esto no se desprende que ellos ostenten alguna clase de ventaja en relación con los humanos, ya que, como se advirtió con anterioridad, ellos, por ejemplo, no pueden acudir a las cortes de justicia a reclamar frente a actos que supongan crueldad en su contra, ni tampoco cuentan con cuerpos o colectivos organizados que hagan saber a las autoridades públicas qué obligaciones mínimas deberían resguardarse a su favor.

89. Ahora bien, lograr precisión en la determinación del grado de sufrimiento que pueda sentir cada grupo de animales es una labor que es bastante compleja desde el punto de vista técnico como para que pueda ser asumida por un tribunal de justicia, y demanda la indispensable colaboración que pueda prestar la ciencia. Lo que no puede dejar de observarse es que los animales no humanos, pese a los significativos aportes que realizan para la convivencia pacífica en la sociedad o incluso en la preservación del medio ambiente, han sido en muchas oportunidades invisibilizados. Puede verse, por ejemplo, el caso de animales como los perros, los cuales pueden hacer las veces de guías, rescatistas o policías; los narvales y su importante rol en las actividades para enfrentar el cambio climático; las abejas que son los polinizadores más importantes del planeta, y las denominadas africanizadas, que han permitido la detección de toda clase de explosivos. Estos solo son algunos supuestos en los que se puede advertir de qué forma los animales no solo han pasado a desarrollar un rol de simple coexistencia, sino que son fundamentales para el entorno en que nos desenvolvemos, lo que debería ameritar que no sean tratados como simples objetos.

90. Se advierte, pues, que se trata de una cuestión que, aunque se encuentre lejos de ser resuelta, plantea por lo menos un punto de partida: la proscripción del sufrimiento innecesario a los animales. Ahora bien, se ha determinado que, en su amplio margen de discrecionalidad, el Congreso puede determinar los niveles y formas de protección de los animales. Sin embargo, ello no supone que, en dicho abanico de posibilidades, este órgano pueda *omitir* regular alguna clase de tutela de los animales, ya que precisamente la implementación de este tipo de medidas se encuentra dentro del ámbito de lo constitucionalmente obligatorio. Cuestión distinta es, como ya se ha advertido, la forma y el modo en que estas medidas son aprobadas por parte del Congreso de la República.

Así, su adopción obedece a lo que puede denominarse como un *deber constitucional,* el cual, en principio está dirigido al mismo Estado, pero que también abarca las conductas desplegadas por los particulares en la medida en que exponga a una situación de peligro a otras especies o a terceras personas.

91. Este deber tiene que materializarse en políticas específicas, a través de las cuales los operadores puedan diferenciar, de manera correcta, qué especies, y en qué supuestos, pueden ser las beneficiarias de una ley de protección. Un caso particular puede advertirse cuando, por ejemplo, la ley define como animal de compañía a toda especie doméstica que vive en el entorno humano familiar, cuyos actos puedan ser controlados por el dueño o tenedor; o cuando define a los animales de granja o de producción como especies domésticas que son especialmente criadas para destinarlas al consumo humano; pero, al realizar dicha tarea, no señala qué animales corresponden a una u otra, de manera que la clasificación de los animales como de granja o compañía es algo que ocurre conforme a los usos y costumbres, y está vinculada a la cultura y a los hábitos alimenticios de la población que de aquella se deriven. De esta clase de clasificaciones es posible extraer importantes consecuencias jurídicas.

92. En tal sentido, estimo que debe reconocerse lo siguiente:

    (i) Existe un deber constitucional de protección hacia los animales, que deriva de su condición de seres vivos sintientes. La sociedad tiene un interés legítimo en asegurar su bienestar y evitarles sufrimientos innecesarios o injustificados. Esta protección, así como la que corresponde al medio ambiente, les corresponde *per se,* es decir, por el valor que tienen en sí mismos, más allá de la utilidad que tengan para los seres humanos.

    (ii) Este deber de protección puede limitarse o suspenderse siempre que existan motivos razonables y legítimos para ello, vinculados con las necesidades humanas. Esto permite la crianza de animales para el consumo, su tenencia como animales de compañía, su uso restringido en actividades culturales o deportivas de notorio arraigo en las tradiciones nacionales, entre otros. En lo pertinente, estas actividades deben realizarse conforme a ley.

93. La relación entre ambos puntos se explica por el estatus especial que tienen los animales en el ordenamiento jurídico. Y tal relación se ve reflejada en la definición que tiene la Ley 30407 sobre el concepto de crueldad contra los animales: "todo acto que produzca dolor, sufrimiento, lesiones o muerte innecesarias de un animal".

94. Esto quiere decir, como se expuso *supra,* que las necesidades humanas y el bienestar animal deben equilibrarse incluso cuando los animales sean usados como medios para el bienestar humano, pues no pueden ser usados arbitraria e ilimitadamente. Su uso debe ocurrir por razones legítimas y estar sujeto a reglas racionales y proporcionales. En concordancia con ello, el artículo 5 de la Ley 30407 impone deberes a las personas respecto de los animales, tales como:

> 5.1. Toda persona tiene el deber de procurar la protección y el bienestar de los animales, cualquiera sea su especie, evitando causarles daño, sufrimiento innecesario, maltrato de tipo físico que altere su normal comportamiento, lesión o muerte.

95. Por otro lado, el abandono y los actos de crueldad contra animales domésticos y silvestres se encuentran penados en el artículo 206-A del Código Penal, el cual establece lo siguiente:

> El que comete actos de crueldad contra un animal doméstico o un animal silvestre, o los abandona, es reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, con cien a ciento ochenta días-multa y con inhabilitación de conformidad con el numeral 13 del artículo 36.
>
> Si como consecuencia de estos actos de crueldad o del abandono el animal doméstico o silvestre muere, la pena es privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años, con ciento cincuenta a trescientos sesenta días-multa y con inhabilitación de conformidad con el numeral 13 del artículo 36.

96. Pero también resulta evidente de la Ley 30407 que los animales pueden ser usados en beneficio de las personas, y que algunos animales pueden recibir un trato diferenciado por razones culturales. Así, el artículo 27, literal c), de la misma prohíbe la crianza y el uso de animales de compañía con fines de consumo humano. Se advierte, así, que más allá de la regulación contenida en la Ley 30407, subsiste una marcada tradición de calificar a los animales como parte integrante del patrimonio de la persona. Ciertamente, la ley impugnada intenta revertir, en cierta medida, dicha calificación al hacer mención a un deber de garantizar su bienestar y protección, pero es importante que el Congreso de la República pueda regular, con un nivel mayor de prolijidad, el estatus o la condición animal, pues de ella se van a desprender múltiples consecuencias en nuestro ordenamiento.

97. De este modo, asimilar a los animales con el patrimonio puede generar que los mismos propósitos pretendidos por la Ley 30407 se vean, en buena medida, frustrados. La lógica de la asimilación de la condición animal con la de simples bienes puede ocasionar que ellos sean susceptibles de todas las operaciones mercantiles o de otra índole propias del derecho civil, como puede ocurrir con el arrendamiento, la compraventa o la destrucción del bien mismo, lo cual puede problematizar la ejecución de las metas que pretende materializar el legislador con las leyes de protección animal.

98. Ahora bien, también estimo la idea que los animales no pueden asimilarse a las personas, lo que genera que el ordenamiento jurídico no se encuentra obligado a dispensarles *necesariamente* el mismo trato. En este ámbito, el legislador, observando los cánones de la ciencia, tiene un importante margen de discrecionalidad para regular todos los aspectos relativos a las relaciones entre humanos y animales. Sin embargo, esto no supone que estos últimos puedan ser considerados exclusivamente como simples bienes.

99. Advierto también que muchos de los aspectos necesarios para determinar la existencia y el deber que tanto el Estado como los particulares deben observar con los animales se encuentra, en buena medida, estrechamente vinculado con los progresos y avances de la ciencia, cuestiones que no le correspondería, en principio, al máximo intérprete de la constitución dilucidar. Esto es aun más importante si se destaca el hecho que, de dichas determinaciones científicas, se extraerán consecuencias en los umbrales de protección de los animales, partiendo de la premisa que no todos ellos, como ya se expuso, por su anatomía o estructura interna, se encuentran en la misma posición.

100. Por ejemplo, existen clasificaciones de animales que los dividen en salvajes y domésticos; vertebrados e invertebrados; ovíparos, vivíparos y ovovivíparos; diblásticos y triplásticos, y un considerable etcétera. Cada una de estas agrupaciones obedece a la distinta estructura animal, y que, en algunos casos, amerita diferencia en el trato que el legislador les pueda brindar. En la experiencia comparada se han tomado en consideración características como el que el animal pueda convivir con personas, la posibilidad que infrinja daño a terceros, el hecho que posea un sistema nervioso central o, como en culturas como en la India, hasta factores de índole religiosa. Es evidente, por indicar un supuesto, que no puede regularse de la misma forma el trato que deba dársele a un perro, que es por lo general un animal de compañía, del que pueda brindársele a un león, el cual, por su instinto y naturaleza, no podría convivir con seres humanos, a los cuales puede incluso poner en peligro.

101. De similar forma, un animal de compañía no podrá ser criado para consumo, pues existe una prohibición legal al respecto, pero un animal de granja sí podrá ser criado como animal de compañía, pues tal conducta no se encuentra prohibida. Cabe aclarar que este hecho no convierte a la especie animal en su conjunto en especie de compañía.

102. Sin embargo, de todo lo expuesto se desprende que existe un deber, inicialmente estatal pero que se extiende a los privados, de considerar a los animales como sujetos de protección, lo que empieza por la obligación de no generarles sufrimientos innecesarios.

103. No pasa desapercibido el hecho que los animales permiten que las personas puedan coadyuvar a realizar cuestiones como el transporte o el desarrollo de distintas labores, lo cual ha justificado que, en distintas épocas, hayan sido asimilados con bienes que podían ser objeto de apropiación, y que, en consecuencia, se sometían al ámbito de los derechos reales.

104. No obstante, ello no es óbice para advertir que ellos también generan importantes vínculos afectivos con las personas, a lo que debe agregarse su capacidad para sentir dolor y, que, en algunos casos, expresan emociones, por lo que no se trata de seres inanimados que, sin más, puedan ser tratados y abordados desde el derecho como simples objetos. De este modo, también se presentan como seres sensibles y sintientes, lo que genera que el legislador deba adoptar, dentro de su amplio margen de

actuación, todas aquellas medidas que estime pertinentes para su protección, lo cual se condice con las directrices trazadas por organismos intergubemamentales como la Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE).

105. Esta idea tiene una repercusión directa en el debate sobre si lo que debe reconocerse o implementarse en el ordenamiento jurídico son derechos para los animales o políticas para asegurar su bienestar. Conforme a lo señalado *supra,* la segunda opción es la adoptada en nuestro país que, además, resulta dominante en el plano internacional.

106. El reconocimiento de derechos a los animales, o considerar que son fines en sí mismos, como propuso el filósofo animalista Tom Regan, podría implicar, como consecuencia lógica, que los animales no puedan ser usados de ningún modo por los seres humanos. En cambio, la implementación de políticas de protección a los animales implica que esto pueda ocurrir por razones legítimas y razonables, a la par que se garantice su bienestar general en la mayor medida posible.

107. Proscribir cualquier clase de uso es el fin último de algunos grupos protectores de los animales. Así, por ejemplo, la organización por los derechos de los animales "Personas por el Trato Ético de los Animales" (PETA, por sus siglas en inglés), tiene este lema en el encabezado de su página web:

> Los animales no son nuestros para experimentar, comer, vestir, usar para el entretenimiento ni abusar de ellos en ninguna forma (ver: www.petalatino.com).

108. En su página en inglés, PETA señala que el trato ético, que asocia con la llamada "Regla de Oro" (básicamente el no tratar a otros como uno no quisiera ser tratado) así como con los principios de bondad y no violencia, debe extenderse a todos los seres vivos: reptiles, mamíferos, peces, insectos, aves, anfibios y crustáceos (ver: www.peta.org). Otras organizaciones tienen fines más limitados. El Proyecto Gran Simio (GAP). por ejemplo, señala en su página web (ver www.projetogap.org.br/es) que:

> El GAP es un movimiento internacional cuyo objetivo mayor es luchar por las garantías de los derechos básicos a la vida. a la libertad y a la no tortura de los grandes primates no humanos - Chimpancés, Gorilas. Orangutanes y Bonobos. nuestros parientes más próximos en el mundo animal.

109. Evidentemente, no puedo anticipar si los ideales de las organizaciones de protección de los animales serán aceptados masivamente por las personas en el futuro, y si eventualmente serán incorporados en el ordenamiento jurídico, sea de forma total o parcial, pero sí advierte que existe una tendencia general en la cultura occidental hacia la "descosificación" de los animales y el Perú no es ajeno a dicha corriente. No obstante, no es posible negar que en nuestro ordenamiento jurídico los animales son actualmente considerados como sujetos de regulación jurídica, lo que posibilita que, en determinadas circunstancias y en ciertos contextos, sean usados como medios y

no como fines en sí mismos -aunque ello esté sujeto a límites, como se verá más adelante-.

110. Sin embargo, y más allá de distintos avances a propósito de la aprobación de la ley que ha sido cuestionada en el presente proceso de inconstitucionalidad, si es que se examinan las disposiciones pertinentes del Código Civil o del Código Penal, se podrá apreciar que existe una aparente contradicción, pues, a diferencia de la condición que se le atribuye a un grupo de animales en la ley impugnada, lo cierto es que existen otras disposiciones que la asimilan con el patrimonio de la persona. En el caso del Código Civil, el artículo 930 dispone que "[l]os animales de caza y peces se adquieren por quien los coge, pero basta que hayan caído en las trampas o redes, o que, heridos, sean perseguidos sin interrupción". Lo curioso es que esta cláusula se encuentra contenida en el Título 11, denominado "Propiedad", de la Sección Tercera de dicho cuerpo normativo, el cual regula los derechos reales.

111. Esto último resulta evidente en el uso que se da a los animales en la industria alimentaria, donde se cría algunas especies para consumo humano, o de las normas del Código Civil que, si bien no incluye de forma expresa a los animales en el listado que hace de los bienes muebles en el artículo 886, en otros artículos los trata como objetos con contenido patrimonial que pueden ser materia de transacciones económicas. Así, en el Código Civil se dispone lo siguiente respecto de los animales:

> Apropiación por caza y pesca
>
> Artículo 930.- Los animales de caza y peces se adquieren por quien los coge, pero basta que hayan caído en las trampas o redes, o que, heridos, sean perseguidos sin interrupción.
>
> Caza y pesca en propiedad ajena
>
> Artículo 931.- No está permitida la caza ni la pesca en predio ajeno, sin permiso del dueño o poseedor, según el caso, salvo que se trate de terrenos no cercados ni sembrados.
>
> Los animales cazados o pescados en contravención a este artículo pertenecen a su titular o poseedor, según el caso, sin perjuicio de la indemnización que corresponda.
>
> Accesión natural
>
> Artículo 946.- El propietario de animal hembra adquiere la cría, salvo pacto en contrario.
>
> Para que los animales se consideren frutos, basta que estén en el vientre de la madre, aunque no hayan nacido.
>
> En los casos de inseminación artificial realizada con elementos reproductivos procedentes de animal ajeno, el propietario de la hembra adquiere la cría pagando el valor del elemento reproductor, si obra de buena fe, y el triple de dicho valor, si lo hace de mala fe.

Vicios ocultos en transferencia de animales

Artículo 1521.- En la transferencia de animales, el saneamiento por vicios ocultos se regula por las leyes especiales o, en su defecto, por los usos. A falta de estos últimos, se observarán las normas que anteceden.

Improcedencia del saneamiento en la transferencia de animales Artículo 1522.- No hay lugar al saneamiento por vicio oculto en la transferencia de animales y ganado hecha en feria o en pública subasta, ni en las de caballería de desecho o en circunstancias equivalentes.

Responsabilidad por daño causado por animal

Artículo 1979.- El dueño de un animal o aquel que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que éste cause, aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero.

112. De una manera similar, el Código Penal, en el artículo 206-A, tipifica el delito de "Abandono y actos de crueldad contra animales domésticos y silvestres" en los siguientes términos: "[e]l que comete actos de crueldad contra un animal doméstico o un animal silvestre, o los abandona, es reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, con cien a ciento ochenta días-multa y con inhabilitación de conformidad con el numeral 13 del artículo 36". La regulación de este tipo penal, en el Capítulo IX, relacionado con los Daños, y que a su vez es parte del Título V, que se relaciona con los delitos contra el patrimonio, permite ver la posición que, en este punto, asume el legislador peruano en lo que respecta al estatus de los animales.

113. Resulta evidente, de todo lo expuesto, que los animales no son ni pueden ser considerados simples cosas, pues son seres vivos con capacidad para expresar emociones, entre ellas, el sufrimiento. Pero tampoco es necesariamente cierta la fórmula que aboga por asimilarlos completamente al estatus y derechos que titularizan las personas. Como seres vivos que son, los animales tienen un instinto de supervivencia que los impulsa a protegerse y evitar el sufrimiento como intereses primordiales. Por ello, más que ser en estricto simples "cosas", los animales se presentan ante el ordenamiento jurídico como una suerte de *tertiumgenus,* esto es, una condición que no apunta ni a considerarlas específicamente personas, pero tampoco como objetos a entera disposición de ellas.

114. La forma en que los animales experimentan emociones es diferente a la humana, pues no tienen capacidad para comprender las circunstancias ni los motivos que los llevaron a una situación particular, ni las consecuencias que se derivan para sí mismos o para otros. Pero no por ello su interés en la autoconservación deja de ser valioso. Es el reconocimiento de esta capacidad que tienen los animales de sufrir y el querer evitarles dicho sufrimiento lo que está en el núcleo del debate ético entre aquellos que están a favor de los espectáculos cuestionados y los que buscan su prohibición.

115. Los animales merecen, entonces, un estatus especial, de manera que no solo es posible -sino también necesario- establecer un régimen de protección legal a su favor, siempre que no se afecten los derechos fundamentales de las personas, los intereses esenciales de la sociedad, ni lo dispuesto en la Constitución u otras normas de orden público.

116. Uno de los aspectos en los que se pueden advertir razones considerables para que el legislador pueda introducir restricciones al principio de la proscripción del sufrimiento radica en la existencia de prácticas culturales que cuenten con un importante arraigo en una zona determinada. En nuestra realidad social, por ejemplo, los animales de compañía son principalmente el perro y el gato, aunque este es un dato que bien puede presentarse como coyuntural. Prueba de ello es que, en otras culturas, los perros son criados para consumo, mientras que los cuyes, criados para consumo desde épocas precolombinas en nuestro territorio, son considerados como animales de compañía en otros países.

117. Es así que la cultura se presenta como una manifestación inescindible de la naturaleza humana, necesaria para su bienestar, y los animales han sido parte de ella desde tiempos prehistóricos, ocupando roles distintos dependiendo de cada contexto particular. De esta manera, la cultura es uno de los motivos legítimos por los cuales las personas podemos usar a los animales como medios. Esto nos permitiría establecer, respecto de ciertas manifestaciones culturales, limitaciones al deber constitucional de protección animal.

118. Resulta evidente que la excepción cuestionada permite, bajo el argumento de que se trata de manifestaciones culturales, que se realicen actos que, en principio, calificarían como actos de crueldad contra los animales y que en otras circunstancias no estarían permitidos, o que incluso estarían penados. Por tanto, para resolver la presente controversia y determinar la constitucionalidad de la excepción cuestionada será necesario analizar si el aspecto cultural de cada una de las manifestaciones concernidas justifica el trato que reciben los animales como parte de las mismas, es decir, si se justifica la limitación del deber de protección animal.

119. Por todo lo expuesto, y a fin de resolver el presente caso, es pertinente definir el concepto de cultura y sus límites constitucionales, pues no todas las manifestaciones culturales resultan conformes con los principios inherentes a un Estado Constitucional.

§4. LA CULTURA Y SUS LÍMITES CONSTITUCIONALES

120. La definición de lo que debe entenderse como "cultura" o "práctica cultural" es, para este caso, sumamente relevante, pues permite determinar si es que, al establecer excepciones en relación con el ámbito protegido de la Ley de Protección y Bienestar Animal, el legislador ha actuado en resguardo de ciertos bienes de relevancia constitucional. Ahora bien, es claro que no todo lo que sea invocado como cultura contará con sustento constitucional, sino solamente aquello que no ponga en riesgo o suponga una vulneración de otros derechos o principios constitucionales.

121. Al respecto, la Constitución reconoce, en su artículo 2, inciso 8, el derecho de toda persona a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como la propiedad sobre dichas creaciones y su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.

122. En el inciso 17 del mismo artículo se reconoce el derecho de toda persona a participar, en forma individual o asociada, en la vida cultural de la nación, mientras que el inciso 19 se relaciona con el derecho a la identidad étnica y cultural, y señala que el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación.

123. Por otro lado, el artículo 21 regula el concepto de Patrimonio Cultural de la Nación, compuesto por los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Los bienes así declarados están protegidos por el Estado.

124. Adicionalmente, el artículo 14 establece el deber de los medios de comunicación social de colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural, mientras que el artículo 17 señala que el Estado fomenta la educación bilingüe e intercultural, y el artículo 18 que la educación universitaria tiene entre sus fines la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica.

125. Todos estos artículos componen lo que en conjunto puede denominarse como "Constitución cultural". Pero debo recalcar que en nuestro ordenamiento jurídico no existe una definición explícita de lo que es cultura, por lo que resulta necesario esbozar algunas ideas sobre lo que debemos entender cuando hablamos de cultura.

126. Lo que será entendido por cultura gira en tomo a dos ideas primordiales: (i) la cultura es un derecho fundamental estrechamente vinculado con la libertad, que tiene ciertos límites, como se verá más adelante; y, (ii) el Estado tiene un rol en la vida cultural de la sociedad.

127. La UNESCO, en la Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales, realizada en México en 1982, señaló que:

    (i) En su sentido más amplio, la cultura puede considerarse actualmente como el conjunto de los rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o un grupo social. Ella engloba, además de las artes y las letras, los modos de vida, los derechos fundamentales al ser humano, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.

    (ii) La cultura da al hombre la capacidad de reflexionar sobre sí mismo. Es ella la que hace de nosotros seres específicamente humanos, racionales, críticos y éticamente comprometidos. A través de ella discernimos los valores y efectuamos opciones. A

través de ella el hombre se expresa, toma conciencia de sí mismo, se reconoce como un proyecto inacabado, pone en cuestión sus propias realizaciones, busca incansablemente nuevas significaciones, y crea obras que lo trascienden.

128. Por otro lado, los Lineamientos de Política Cultural para el periodo 2013-2016, emitidos por el Ministerio de Cultura, señalan lo siguiente:

> La cultura puede ser entendida de diversas maneras, aunque estas se concentran en dos grandes definiciones. Por un lado, hace referencia al modo de vida de una comunidad, sustentado en las creencias, cosmovisiones, costumbres, símbolos y prácticas que se han sedimentado y estructuran la vida de esa comunidad. Por otro lado, la cultura también se refiere a un conjunto de objetos y prácticas, a obras de arte o expresiones artísticas en general, que han adquirido valor simbólico y material. Desde la primera definición, la cultura es un indicador de una forma de vida, vale decir, se refiere a las prácticas cotidianas que se han afianzado en las personas. Desde la segunda, son culturales aquellos objetos y prácticas que son fruto de la creatividad humana y que han conferido sentido con imágenes, sonidos y significados en la vida personal y colectiva.
>
> La política cultural debe responder a ambas definiciones y se ocupa del estilo de vida de los ciudadanos haciendo visibles los buenos y malos hábitos que se han sedimentado, las experiencias que marginan, los poderes que excluyen. Al mismo tiempo, debe promover la mayor democratización de los objetos y las prácticas culturales existentes. Si la definición de cultura se encuentra inscrita en la tensión entre producir cultura y ser producido por ella, la política cultural busca generar mejores condiciones para el libre desarrollo de la producción cultural, por un lado y, por el otro, aspira a hacer más visibles las maneras en que los ciudadanos somos constituidos culturalmente por un orden social que nos antecede y que nos sirve de espacio privilegiado para el aprendizaje.

129. A modo de referencia, el Diccionario de la Lengua Española define la cultura como el conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc. Mientras que califica como cultura popular al conjunto de manifestaciones en que se expresa la vida tradicional de un pueblo.

130. De todo lo anterior se concluye que la cultura es un elemento esencial de la experiencia humana y producto de su libertad de pensamiento. La creación o ejercicio de manifestaciones culturales son actividades libres que desarrollan las personas. Es así que el derecho a la cultura se configura como un derecho autónomo, pero vinculado con el derecho a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad.

131. La cultura se expresa en manifestaciones materiales e inmateriales. Las primeras se plasman en la realidad física como bienes tangibles, mientras que las segundas están constituidas por las lenguas, las instituciones, las creencias, los usos, las prácticas, las

ideas, las representaciones mentales o psicológicas, las expresiones, los conocimientos y las técnicas que las comunidades, los grupos o los individuos reconocen como tales.

132. Pero también debe considerarse que los usos y costumbres se encuentran vinculados con un tiempo y espacio concretos, y están sujetos a variación, análisis y reinterpretación. En tal sentido, pueden ser aceptados o rechazados, tanto moral como jurídicamente, por el mismo grupo que los ha adoptado.

133. En el fundamento 29 de la Sentencia 0042-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional señaló que:

> (...) los usos y costumbres son relativos en el tiempo y en el espacio; en tal sentido, lo que antaño –como la esclavitud o la servidumbre– pudo ser considerado como un derecho o costumbre, no lo es hoy; o lo que en un lugar se acepta como consuetudinario, puede no serlo en otro, aun cuando temporalmente haya coincidencia.

134. Nuestra Constitución, el ordenamiento jurídico y las sentencias son expresiones de nuestra cultura jurídica, aunque por su naturaleza todas ellas son vinculantes y obligatorias.

135. Y ha sido también nuestra cultura la que ha desarrollado con el tiempo la idea de que la crueldad innecesaria contra los animales es inmoral, lo que ha llevado a la incorporación de normas jurídicas en favor de los animales para protegerlos de este tipo de comportamientos.

136. Casi cualquier actividad humana tiene un trasfondo cultural, de manera que las personas no necesitan una autorización estatal, previa o posterior, para desarrollar la gran mayoría de manifestaciones culturales existentes. Su ejercicio está garantizado por lo dispuesto en el artículo 2, inciso 2, literal a), de la Constitución, pues nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe.

137. Sin embargo, como cualquier actividad que desarrollen las personas, el ejercicio de las manifestaciones culturales está sujeto a límites dentro de un Estado Constitucional de Derecho. Estos límites están constituidos por el respeto a la dignidad y los derechos fundamentales de las demás personas, y el respeto a las normas de orden público.

138. En esa línea de ideas, el Tribunal Constitucional ha reconocido en la Sentencia 02765-2014-PA/TC, que:

> (...) la tolerancia, en tanto valor y aspiración, implica también entender que, en el marco de una sociedad plural, existan distintas concepciones de lo bueno, y que ellas deben ser tratadas con igual consideración en tanto no supongan un quebrantamiento de los derechos fundamentales y de los principios elementales que configuran el Estado Constitucional en los términos del artículo 43 de la Constitución (...).
>
> Por otro lado, una indiferencia estatal (...) nos puede conducir a lo que se ha denominado la "paradoja de la neutralidad". En efecto, asumir esa posición implicaría,

de manera contraria a esta misma noción, que solo se asuman y protejan aquellos proyectos de vida que son producto de un valor objetivo: la misma neutralidad. De este modo, solo se respetarían los planes de vida que sean, a su vez, neutrales, lo cual implica ya una valoración de la conducta. No es este el diseño que la Constitución ha trazado. Antes bien, fomenta y protege las distintas creencias y culturas que existen en el país (fundamentos 9 y 12).

139. En consecuencia, el Estado no tiene, en principio, que adoptar una postura necesariamente activa frente a todas las manifestaciones culturales existentes, sino que su postura, por defecto ante la mayoría de ellas, es la no intervención, respetarlas y garantizarlas, proscribiendo solo aquellas que atenten contra los valores constitucionales y los derechos fundamentales. De esta forma, la intervención estatal en esta clase de escenarios debe limitarse a aquellas prácticas que, bajo el ropaje de las prácticas culturales, no reflejan más que un cuadro sistemático de vulneraciones a los derechos, principios o bienes que emanan de la constitución.

140. También entiendo que las posturas activas frente a manifestaciones culturales se presentan, por ejemplo, cuando el Estado adopta todas aquellas medidas necesarias para preservar bienes o prácticas que permiten individualizar lo autóctono. En efecto, cuando nuestra constitución, por ejemplo, hace referencia al deber estatal de preservar las lenguas aborígenes y autóctonas, adopta una postura activa frente a conductas direccionadas a menoscabar dichas manifestaciones de cultura. Es, pues, constitucionalmente justificable que el Estado no permanezca inactivo frente a eventuales menoscabos de la cultura que caracteriza algún espacio geográfico, y que bien puede permitir individualizar aspectos que nos identifican como peruanos.

141. En consecuencia, el Estado puede decidir adoptar alguna de las siguientes acciones frente a determinadas manifestaciones culturales:

(i) Reconocimiento: efecto meramente declarativo del carácter cultural de una manifestación;

(ii) Fomento: existe una política implementada por una entidad estatal, de cualquier nivel de gobierno, para apoyar o promover la realización de determinada manifestación cultural;

(iii) Protección: el Estado protege la manifestación cultural y busca conservarla, como ocurre con aquellas que se encuentran dentro del ámbito de la Ley 28296, "Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación";

(iv) Regulación: el Estado regula el ejercicio de determinadas manifestaciones culturales, como ocurre con aquellas que se encuentran dentro del ámbito de la Ley 30870, "Ley que establece los criterios de evaluación para obtener la calificación de espectáculos públicos culturales no deportivos";

(v) Prohibición: la prohibición de determinadas manifestaciones culturales puede ocurrir de forma directa o indirecta. Será directa cuando a través de una norma se

prohíba una manifestación específica, pero será indirecta cuando mediante normas de orden público se prohíben conductas generales, lo que impide que sean incorporadas en manifestaciones culturales (el sacrificio humano no requiere una prohibición expresa en tanto ya está penado el homicidio).

142. Para realizar acciones de regulación y prohibición, el Estado debe tomar en consideración los derechos fundamentales de las personas, particularmente los derechos a la libertad de creación, al libre desarrollo de la personalidad y a la cultura, implementando restricciones justificadas y proporcionales, y debe prohibir solo aquellas que sean contrarias a los valores que busca promover la sociedad.

143. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado anteriormente que en una sociedad tan heterogénea y plural como la nuestra -integrada por culturas autóctonas y originarias, y por una cultura de origen hispánico que ha dado lugar a lo mestizo o criollo- es necesario que se reconozcan determinados valores democráticos y culturales que deben ser compartidos por todos, sin que ello implique un desconocimiento de la idiosincrasia de cada comunidad. Se debe establecer la unidad dentro de la diversidad y el pluralismo.

144. Pero el concepto de lo cultural no debe restringirse solo a los grupos vulnerables o minoritarios, sino que dicho concepto debe extenderse a toda manifestación cultural que desarrolle un grupo social o local con identidad significativa. De hecho, este ha sido el criterio desarrollado en la STC 0006-2008-PI/TC.

145. Por otro lado, el Estado debe realizar las acciones de reconocimiento, fomento y protección, respecto de manifestaciones culturales que respeten la dignidad y los derechos fundamentales de las personas, así como las normas de orden público. Sobre este punto, es evidente que la noción de "cultura" no tiene por qué abarcar, necesariamente, todo el territorio nacional, ya que bien puede relacionarse con un espacio geográfico específico. Las manifestaciones culturales suelen ser el legado de sociedades marcadas por particularismos, y que precisamente por ello pueden brindar un importante nivel de diversidad que termina por enriquecer el patrimonio nacional.

146. Por tanto, el Estado debe valorar la presencia de los siguientes elementos antes de adoptar una acción concreta frente a una determinada manifestación cultural:

    (i) El ámbito geográfico donde se desarrolla, es decir, las localidades o regiones en que se practica la actividad.

    (ii) El ámbito temporal en que se realiza, es decir, las fechas o temporadas en que tiene lugar la actividad.

    (iii) Su arraigo tradicional, es decir, la antigüedad de la práctica y su consistencia a lo largo del tiempo.

    (iv) La existencia de un grupo de sujetos involucrados en su práctica, sea de forma directa como ejecutantes, o indirecta como espectadores.

(v) Si involucra la realización de actividades expresamente penadas o prohibidas.

147. Debido a que las acciones que puede adoptar el Estado frente a las prácticas culturales son realizadas como parte de su política cultural, resulta pertinente entonces determinar quién tiene la competencia para fijar dicha política.

148. Conforme al artículo 102 de la Constitución, una de las atribuciones del Congreso de la República es la de dar leyes. De esto se deriva, como consecuencia necesaria, que una de sus facultades es la de establecer los lineamientos generales en el ordenamiento jurídico nacional de cualquier materia o política que pueda legítimamente ser regulada mediante una ley. El Congreso también puede delegar estas facultades legislativas al Poder Ejecutivo siempre que respete los límites establecidos en el artículo 104 de la Constitución.

149. Así, el legislador puede, por ejemplo, emitir normas que señalen cómo deberán realizarse las acciones señaladas *supra,* como hizo efectivamente al emitir la Ley 28296 y la Ley 30870, establecer prohibiciones indirectas vía normas penales, u ordenar que determinada manifestación cultural sea objeto de reconocimiento o protección.

150. En el caso específico de los espectáculos públicos culturales no deportivos, el artículo 2 de la Ley 30870 ha establecido que los criterios de evaluación para que una manifestación cultural obtenga tal calificación son: a) el contenido cultural de dicho espectáculo; b) su mensaje y aporte al desarrollo cultural; y, c) su acceso popular.

151. En tal sentido, es incorrecta la afirmación del demandante de que el Congreso no tiene competencia para incorporar la excepción cuestionada en la Ley 30407, pues tanto la cultura como la protección y bienestar de los animales son materias que pueden ser reguladas por ley y, por tanto, por el Congreso.

152. Una vez que ha sido establecido el marco legislativo general corresponderá al Poder Ejecutivo dirigir la política estatal en materia cultural, conforme a las pautas dadas por el legislador. Para ello el Congreso emitió la Ley 29565, mediante la cual creó el Ministerio de Cultura como organismo del Poder Ejecutivo encargado de dicho sector.

153. El Poder Ejecutivo no debe inobservar los mandatos imperativos del Congreso que se encuentran en las leyes, pero dentro de tales límites goza de autonomía y discrecionalidad para dirigir la política cultural del país.

154. Por otra parte, cabe citar la Carta de la Defensoría del Pueblo 30-2019-DP/PAD, de fecha 14 de marzo de 2019, dirigida a la Unión de Galleros del Perú, e incorporada al expediente del presente caso mediante escrito de fecha 29 de marzo de 2019, del que se diera cuenta *supra.*

155. A juicio de la Defensoría, en la presente controversia se encuentran enfrentados dos bienes jurídicos: el reconocimiento de manifestaciones culturales, y el deber de protección animal, que deriva de la obligación del Estado de promover la conservación

de los recursos naturales, la diversidad biológica, el derecho a gozar de un medio ambiente adecuado y la función ecológica de la propiedad.

156. La Defensoría señala que "esta controversia deberá ser resuelta mediante un pronunciamiento que armonice los bienes jurídicos en disputa", y concluye que "es necesario que la labor interpretativa responda a una valoración que compatibilice el debido respeto por nuestra fauna sin llegar a decisiones extremistas de erradicar las tradiciones culturales".

157. En el presente caso, ha sido el legislador quien ha establecido, mediante la disposición cuestionada, que las peleas de toros, peleas de gallos y corridas de toros se encuentren exceptuadas del deber constitucional de protección a los animales, en el entendido de que son espectáculos culturales. Pero como tal potestad ha sido expresada en una norma con rango de ley se encuentra sujeta al control constitucional concentrado del Tribunal Constitucional.

158. Ahora bien, independientemente de lo hasta aquí expuesto, es importante destacar que, de acuerdo con los demandantes, la Sentencia 0042-2004-AI/TC tendría mayor valor jurídico que la Sentencia 0017-2010-PI/TC, pues esta tiene efectos vinculantes y exhortó al Congreso a que dicte una Ley Orgánica de la Cultura, en las cuales se establezca las bases constitucionales de la política cultural del Estado, mientras que la segunda solo opinó sobre manifestaciones culturales.

159. Conforme a lo dispuesto en el artículo 82 del Código Procesal Constitucional, lo dispuesto en las sentencias emitidas en los procesos de inconstitucionalidad tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación.

160. Respecto a la posibilidad de variar sus criterios, se ha indicado, en el fundamento 20 de la misma Sentencia 0017-2010-PI/TC, que la decisión de cambiar el rumbo de la jurisprudencia en un tema puntual no es una práctica infrecuente tanto en los sistemas del *Civil Law,* como en los del *CommonLaw.*

161. El argumento que respalda dichos cambios es el mismo en ambos sistemas: la necesidad de que la jurisprudencia responda de modo dinámico a las necesidades y que el Derecho no quede petrificado en el tiempo. Por el mismo motivo, lo señalado podrá volver a ser revisado en el futuro en un nuevo proceso de inconstitucionalidad, siempre que exista una norma con rango de ley que sea cuestionada ante el Tribunal Constitucional, y ello tendrá un impacto en las políticas culturales sobre la materia.

162. Conforme a lo dispuesto en el artículo 106 de la Constitución, la cultura no es una materia que deba ser regulada por ley orgánica, a pesar de lo señalado en la Sentencia 0042-2004-AI/TC. Aun así, ello tampoco sería un impedimento para que el Tribunal Constitucional revise sus lineamientos o recomendaciones, pues las leyes orgánicas no tienen un rango superior a las leyes ordinarias, ni es imposible modificarlas, sino que se diferencian de aquellas por su temática y requisitos de aprobación.

163. Efectuadas las precisiones anteriores, resta determinar en qué medida las corridas de toros, peleas de gallos, y otras actividades relacionadas pueden ser consideradas como manifestaciones culturales, y si es que, por esto mismo, pueden ser prácticas amparadas por la ley. Para ello, en primer lugar, estimo que es necesario realizar una revisión de lo dispuesto en el derecho comparado a fin de determinar si, en otras latitudes, existe un marcado consenso en cuanto a la prohibición de la realización de esta clase de eventos, factor que puede influir en la decisión de este colegiado en torno a la validez de las prácticas aquí cuestionadas.

§5. CORRIDAS DE TOROS, PELEAS DE GALLOS Y OTRAS ACTIVIDADES RELACIONADAS: ALGUNOS ASPECTOS DESDE LA JURISPRUDENCIA COMPARADA

164. Considero pertinente analizar lo que ha ocurrido en la jurisprudencia comparada sobre las corridas de toros, peleas de gallos y otras actividades similares, pues mucho se ha dicho sobre la materia en países que, como el Perú, tienen una tradición taurina o gallística, así como lo ocurrido en otros países respecto a prácticas que afecten a los animales.

165. La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre las corridas de toros ha ido variando con el tiempo, pero en líneas generales se ha desarrollado a favor de las mismas. En la Sentencia C-1192 de 2005 se confirmó la constitucionalidad del Estatuto Taurino, Ley 916 de 2004.

166. En aquella oportunidad la referida corte señaló que la tauromaquia se relaciona inescindiblemente al concepto de cultura, y que el legislador puede reconocerla como expresión artística y cultural del Estado y de quienes la practican. No obstante, dejó abierta la posibilidad de que en un futuro ello dejara de ser así, si cambiaban las circunstancias.

167. Por otro lado, la Sentencia C-666 de2010 reprodujo una controversia similar a la que se aborda con la presente controversia. Mediante la Ley 84 de 1989 se adoptó en Colombia el Estatuto de Protección de los Animales, el cual contiene una excepción en su artículo 7 que permite la realización de corridas de toros, peleas de gallos y otros espectáculos, en contradicción con el deber general de protección del artículo 6.

168. Los demandantes en aquel caso alegaron, entre otras cosas, la vulneración del principio de diversidad étnica y cultural, por cuanto se desconocen las manifestaciones culturales de quienes consideran a los animales sujetos dignos de protección por parte del ordenamiento jurídico.

169. Asimismo, alegaron el deber estatal de protección del medio ambiente y, señalaron que los animales tenían reconocido en la ley un derecho a no ser tratados cruelmente, ni ser torturados, así como la prohibición de torturas y penas crueles, inhumanas o degradantes.

170. La Corte Constitucional de Colombia señaló que en su ordenamiento jurídico existe un deber constitucional de proteger el ambiente y los recursos naturales, y que la dignidad humana y el principio de solidaridad son el fundamento del deber de protección a los animales y la búsqueda de su bienestar. Asimismo, mencionó la función social y ecológica de la propiedad como fundamento a la prohibición del trato cruel hacia los animales.

171. Resaltó que la Constitución no deja opción respecto de la protección animal, aunque el sistema de protección que se cree debe atender las limitaciones derivadas de la concreción de otros principios de índole constitucional que en determinados casos puedan ser afectados por la protección que se cree para los animales.

172. En consecuencia, las excepciones que existan en el ordenamiento jurídico respecto de la protección prevista para los animales, no pueden ser fruto del capricho o discrecionalidad de los poderes constituidos, sino que tendrán que estar sustentadas en criterios de razonabilidad o proporcionalidad acordes con los valores y principios que prevé el ordenamiento constitucional.

173. A continuación, la corte colombiana señaló que existen límites legítimos al deber constitucional de protección animal, como la libertad religiosa, los hábitos alimenticios de los seres humanos, la investigación y experimentación médica, y la cultura, en cuanto bien jurídico protegido por el Estado.

174. Agregó que las manifestaciones culturales deben estar en armonía con los otros valores, derechos y principios que integran el sistema constitucional colombiano, y que será tarea del juez constitucional determinarlo en cada caso en base a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

175. Hizo notar que la contradicción aparente entre los artículos 6 y 7 de la ley cuestionada, no constituía el problema jurídico a discutir, sino el determinar si con la excepción del artículo 7 se desconocía, sin justificación legítima, el deber constitucional de protección animal.

176. Señaló que el fundamento de la permisión de maltrato animal en el desarrollo de ciertas actividades radica en que se trata de manifestaciones culturales con arraigo social en ciertas regiones del territorio nacional. Pero agregó que es necesario armonizar dichas manifestaciones culturales con el deber de protección animal.

177. La Corte Constitucional de Colombia afirmó también que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración normativa, puede llegar a prohibir las manifestaciones culturales que implican maltrato animal, si considera que debe primar el deber de protección animal sobre la excepcionalidad de las expresiones culturales que implican agravio a seres vivos.

178. Dicho órgano sostuvo que la excepción del artículo 7 de la Ley 84 de 1989 se encuentra acorde con las normas constitucionales únicamente en aquellos casos en

donde la realización de dichas actividades constituye una tradición regular, periódica e ininterrumpida de un determinado municipio o distrito, y que tengan lugar única y exclusivamente en aquellas ocasiones en que usualmente se hayan realizado en los respectivos municipios o distritos en que estén autorizadas.

179. Concluyó que el Estado podrá permitirlas cuando se consideren manifestación cultural de la población de un determinado municipio o distrito, pero deberá abstenerse de difundirlas, promocionarlas, patrocinarlas, o construir con fondos públicos instalaciones destinadas exclusivamente a dichas actividades. Lo contrario implicaría el desconocimiento absoluto de un deber constitucional, y el consiguiente privilegio irrestricto de otro.

180. En el año 2017 la Corte Constitucional de Colombia emitió la Sentencia C-041. En dicha oportunidad se solicitó la inconstitucionalidad, entre otras normas, del artículo 5 de la Ley 1774 de 2016, que adicionó el artículo 339B del Código Penal referido a los delitos contra la vida, integridad física y emocional de los animales, cuyo parágrafo tercero excluyó a quienes realicen las conductas descritas en el artículo 7 de la Ley 84 de 1989, reseñada *supra.*

181. La corte colombiana señaló que el legislador es quien tiene la competencia para establecer los delitos, pero que la norma en cuestión generó un déficit de protección constitucional hacia los animales, y declaró inexequible, es decir, inconstitucional, el parágrafo tercero del artículo 339B del Código Penal, otorgando dos años al congreso colombiano para adaptar la legislación a la jurisprudencia constitucional.

182. Posteriormente, mediante el Auto 457 de 2018, la Corte Constitucional de Colombia declaró la nulidad de la Sentencia C-041 de 2017, al considerar que dicho fallo desconoció los efectos de la cosa juzgada constitucional de la Sentencia C-666 de 2010, cuyas conclusiones reafirmó.

183. Por otro lado, en España la tauromaquia ha sido establecida como patrimonio cultural de todos los españoles, con protección en todo el territorio nacional, conforme a la Ley 18/2013, y los poderes públicos deben garantizar su conservación y promover su enriquecimiento.

184. Algunas Comunidades Autónomas han intentado legislar la materia de diferente manera, pero han obtenido fallos adversos del Tribunal Constitucional de España, pues conforme a su Constitución la materia debe ser regulada por el Estado.

185. Así, el Parlamento de Cataluña emitió la Ley 28/2010, cuyo artículo l modificó el artículo 6 del Decreto Legislativo 2/2008, Ley de protección de los animales, que prohibió las corridas y espectáculos con toros que incluyan la muerte del animal.

186. Posteriormente, el Estado aprobó la referida Ley 18/2013, la cual debe ser aplicada en conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la Constitución, que señala que los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de

España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio.

187. Luego fue emitida la Ley 10/2015, para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, cuyo artículo 1 señala que su objeto es regular la acción general de salvaguardia que deben ejercer los poderes públicos sobre los bienes que integran el patrimonio cultural inmaterial, en sus respectivos ámbitos de competencias.

188. El Tribunal Constitucional de España, mediante Sentencia 177/2016, de fecha 20 de octubre de 2016, declaró inconstitucional y nulo el citado artículo al considerar que se incurrió en un exceso en el ejercicio de las competencias autonómicas que invadió o menoscabó las establecidas en el artículo 149, numeral 2, de la Constitución de España.

189. De acuerdo con dicho artículo, sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural con ellas.

190. Dicho tribunal manifestó que, si bien la Ley 18/2013 y la Ley 10/2015 no constituyen parámetro directo de constitucionalidad (pues lo determinante son las reglas constitucionales de distribución de competencias), deben ser consideradas como un elemento añadido de análisis. Asimismo, recordó que la conservación de a tradición de las corridas de toros ya fue destacada por la Ley 10/1991, cuya exposición de motivos puso de relieve la dimensión cultural de las corridas de toros, determinante de su relación con la competencia estatal de fomento de la cultura.

191. Sobre el particular, señaló que la consideración de la tauromaquia, y, por tanto, de las corridas de toros, como patrimonio cultural inmaterial español que operan las leyes estatales antes citadas podría discutirse desde el punto de vista de la opción tomada por el legislador, pero no puede considerarse un ejercicio excesivo de las competencias que corresponden al Estado en materia de cultura conforme al artículo 149, numeral 2, de la Constitución.

192. En ese sentido expresó que el hecho que la aceptación de ese carácter no sea pacífico, no priva a las corridas de toros, en la decisión del legislador estatal, de su carácter cultural pues, existiendo en la realidad social española, el Estado contribuye a su conservación mediante una acción de salvaguarda de una manifestación subyacente que entiende digna de protección, en tanto que integrada en el genérico concepto constitucional de cultura, cuya preservación incumbe a todos los poderes públicos en el ejercicio de sus respectivas competencias.

193. Afirmó que, en lo que respecta a la naturaleza de las disposiciones estatales, ambas expresan una actuación legislativa en materia de cultura, dirigida específicamente a la preservación de las corridas de toros, pues, se comparta o no, no cabe desconocer la conexión existente entre estas y el patrimonio cultural español, lo que, a estos efectos, legitima la intervención normativa estatal.

194. En dicha sentencia se constató la relación existente entre la cultura y las corridas de toros y espectáculos similares en tanto fenómeno histórico, artístico y cultural; y precisó que no es razonable entender que la obligación prescrita en el artículo 46 de su Constitución, imponga la obligación de mantener de modo incondicional una interpretación que tienda al mantenimiento de todas las manifestaciones inherentes a los espectáculos tradicionales, sin tener en cuenta otros intereses, derechos protegidos y otros valores culturales, a veces contrapuestos, que han de ser también adecuadamente ponderados.

195. En ese sentido, estimó que, desde la lógica de la concurrencia competencial existente en materia de cultura, las concepciones que los diversos poderes públicos encargados de cumplir el mandato del citado artículo 46 puedan tener de lo que se entienda como expresión cultural susceptible de protección, pueden ser comunes y también heterogéneas, e incluso opuestas.

196. Y agregó que esa valoración entra también dentro de la libertad de configuración que corresponde al legislador autonómico a la hora de legislar en el ejercicio de sus competencias sobre espectáculos públicos. También enfatizó que dichas diferencias han de manifestarse de modo conforme al orden constitucional de distribución de competencias en el que las decisiones autonómicas encuentran su fundamento, de manera que no pueden llegar al extremo de impedir, perturbar o menoscabar el ejercicio legítimo de las competencias del Estado en materia de cultura amparadas en su Constitución.

197. En la citada sentencia, el Tribunal Constitucional de España concluyó que el artículo cuestionado, al incluir una medida prohibitiva de las corridas de toros y otros espectáculos similares, menoscabó las competencias estatales en materia de cultura, en cuanto afectó a una manifestación común e impidió en Cataluña el ejercicio de la competencia estatal dirigida a conservar esa tradición cultural, ya que, directamente, hace imposible dicha preservación, cuando ha sido considerada digna de protección por el legislador estatal.

198. De otro lado, en la Sentencia 134/2018, el tribunal español emitió un fallo en el que declaró la inconstitucionalidad y nulidad de diversos preceptos de la Ley 9/2017, emitida en las Islas Baleares para regular las corridas de toros y proteger a los animales, y confirmó lo establecido en la Sentencia 177/2016, que se acaba de glosar.

199. Por su parte la Suprema Corte de Justicia de México, en el Expediente 163-2018, analizó la legitimidad constitucional de una medida adoptada por la legislatura que prohibía la pelea de animales en el Estado de Veracruz.

200. Señaló que en términos constitucionales la protección del medio ambiente no puede equipararse con la protección del bienestar animal, por lo que determinó que la protección de toda la vida animal no es una cuestión que pueda reconducirse a la protección del medio ambiente o de los recursos naturales.

201. Agregó que la cultura es una creación del hombre en oposición a la naturaleza como resultado de la evolución y hace referencia a que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en la Observación General 21, ha precisado que el concepto de cultura incluye a las costumbres y tradiciones, por las cuales los individuos y comunidades expresan su humanidad y el sentido que dan a su existencia, y configuran una visión del mundo que representa su encuentro con las fuerzas externas que afectan a sus vidas.

202. Asimismo, respecto al derecho a participar en la vida cultural como dimensión del derecho a la cultura precisó que este no es un derecho prestacional, sino un derecho de libertad, que otorga a las personas la posibilidad de incursionar libremente en una gran variedad de actividades; y que también impone un deber al Estado de no realizar interferencias arbitrarias en esas prácticas culturales.

203. En tal sentido, la Corte Suprema de México señaló que no todas las prácticas culturales que estén arraigadas en la población encuentran cobertura *prima facie* en el derecho a la participación en la vida cultural. En base a ello concluye que la expresión cultural que se examina no afecta directamente a las personas, sino a los animales utilizados en ella, por lo que cualquier práctica que suponga el maltrato y el sufrimiento innecesario de los animales no puede considerarse una expresión cultural amparada por la Constitución.

204. Por otro lado, la corte determinó que la prohibición de realizar peleas de animales tiene como finalidad la protección del bienestar de los animales, a pesar de que de la Constitución de México no se desprende un mandato expreso dirigido al legislador para proteger a los animales.

205. Seguidamente, la corte determinó que, a pesar de que no existe una prohibición constitucional de realizar peleas de animales, ello no implica que el legislador no tenga la potestad de restringir esa actividad. Al respecto, determinó que la protección del bienestar animal es una finalidad legítima que puede justificar la limitación de derechos fundamentales a las personas, como la garantía de la propiedad y la libertad de trabajo.

206. Por otro lado, la Corte Suprema de México resolvió que la finalidad mediata de la prohibición de las peleas de animales es el principio de protección del bienestar animal, mientras que la finalidad inmediata es el estado de cosas que exige alcanzar como principio el bienestar animal que se concreta en la prohibición de maltrato o de los tratos crueles.

207. Concluyó que la medida adoptada alcanza en un alto nivel la finalidad que se propone (proteger el bienestar animal) toda vez que la conducta prohibida causa daños físicos a los animales en las peleas, asimismo, la Corte señaló que la restricción es necesaria para proteger el bienestar de los animales, en base a que no se advierten medidas alternativas que interfieran en menor medida en los derechos de los recurrentes y que puedan promover el fin con la misma intensidad que la medida adoptada.

208. Por último, determinó que la medida resulta proporcional, ya que logra conseguir un alto nivel de eficacia en la promoción del bienestar animal, y al mismo tiempo las restricciones al ejercicio del derecho a la libertad trabajo y la propiedad son leves, en base a que restringe su ejercicio solo en ciertas actividades concretas y no de manera amplia o general.

209. Finalmente, en Francia, el Consejo Constitucional resolvió en el año 2012 que las corridas de toros son conformes con la Constitución. Estas se realizan en el sur del país. Los demandantes habían solicitado que se declare la inconstitucionalidad del artículo 521-1 del Código Penal, que reprime actos de crueldad hacia los animales, pero excluye la aplicación de tales disposiciones a las corridas de toros.

210. El órgano de control constitucional francés señaló que esta exclusión está limitada a los casos en los que se puede invocar que la tradición local se ha mantenido de forma ininterrumpida y solo para los actos que emanan de la tradición. Así, justificó entonces que la autoridad actuara de forma diferente ante actividades de la misma naturaleza celebradas en zonas geográficas distintas.

211. En otro fallo del año 2015 dicho ente confirmó el criterio reseñado, y también hizo referencia a las peleas de gallos, que se encuentran permitidas y exoneradas de consecuencias penales, siempre que se realicen en ciertas localidades del norte del país, y en la isla de la Reunión, donde son tradicionales.

§6. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL CUESTIONADAS DE LAS ACTIVIDADES

212. Expuesto lo anterior, corresponde determinar si es que la inserción de supuestos de excepción en la Ley de Protección y Bienestar Animal supone o una vulneración de principios o bienes reconocidos en la Constitución. Para ello, será indispensable analizar, por separado, cada una de las prácticas cuestionadas.

213. El análisis tendrá como propósito examinar si es que las prácticas invocadas como inconstitucionales cuentan (o no) con alguna clase de sustento basado en la tradición, y, de ocurrir ello, si es que es justificable la restricción del deber de no ocasionar sufrimientos innecesarios a los animales.

6-A. PELEAS DE TOROS

214. Conforme al artículo 22, literal d), de la Ley 30407, se encuentran prohibidas las peleas de animales tanto domésticos como silvestres, en lugares públicos o privados, lo que afectaría directamente la legalidad de las peleas de toros si no fuera por la existencia de la Primera Disposición Complementaria Final de dicha ley.

215. Las peleas de toros no ocurren en otros países, por lo que se trataría de una tradición propia del sur del Perú, nacida en Arequipa. Esta actividad se desarrolla desde la segunda mitad del siglo XIX, donde es practicada particularmente por los ganaderos

y por las comunidades agrícolas, aunque dicha práctica, en parte por su carácter de costumbre autóctona, atrae a una gran cantidad de personas.

216. Adicionalmente, advierto que el Tribunal ha recibido valiosa información sobre la naturaleza y regulación de las peleas de toros por parte de la Asociación de Criadores, Propietarios y Aficionados de Toros de Pelea de Arequipa (ACPATPA). Según esta organización, se trata de una tradición cultural arequipeña y de otros lugares del Perú, que se remonta a la segunda mitad del siglo XIX.

217. Señala, además, que en toda la historia de las peleas de toros jamás se ha registrado la muerte de un toro durante la contienda o posterior a ella. Estos animales son usados cotidianamente en labores agrícolas, pero antes de enyugarlos estos pelean para determinar quién será el dominante, y recién después de ello se les puede amarrar para hacer la labranza. De esta forma habría nacido costumbre de enfrentar a los toros, a quienes no se les enseña a pelear, sino que lo hacen por instinto.

218. La ACPATPA señala que la actividad cuenta con un Reglamento de Peleas de Toros, aprobado el 20 de octubre de 2015, el mismo que ha adjuntado al informe presentado al Tribunal Constitucional. De la revisión de dicho reglamento, rescato los siguientes elementos:

    i) Su objeto es regular las peleas de toros, fomentar dicha tradición como patrimonio cultural, y proteger y preservar al toro de pelea como especie (Norma II del Título Preliminar).

    ii) Las actividades que se realizan cuentan no solo con seguridad y servicio médico para las personas, sino también con servicio médico veterinario para los toros, con equipos y productos mínimos para atender emergencias (artículo 15).

    iii) Existe la obligación de denunciar actos violentos cometidos entre los asistentes a los espectáculos ante las autoridades (artículo 16).

    iv) Se incentiva la participación de toros ganadores, mientras que se desincentiva la participación de toros que hayan perdido anteriormente (artículos 20 y 21).

    v) Los toros pueden recibir premios y distinciones (artículos 22 y 23); un toro tricampeón en cualquier categoría recibe una distinción especial y pasa a retiro, no pueden participar una cuarta vez (artículo 31).

    vi) Los toros están divididos en categorías: la mediana incluye toros desde los 520 a los 940 kilogramos de peso vivo, y la pesada a los toros que excedan dicho peso (artículo 25).

    vii) Está prohibido que un toro pesado o que peleó con toros pesados descienda de categoría y pelee con toros medianos (artículo 26). Los toros tienen además un ranking (artículos 27 a 30).

viii) Existen restricciones para los toros participantes, no podrán pelear aquellos toros que sean menores a 3.5 ni mayores a 12 años; ni se podrá cotejar a un toro ganador contra uno perdedor; ni podrá pelear si no han transcurrido mínimo 60 días desde su última pelea, o 20 días si no hubo pelea efectiva o si terminó ileso (artículo 33).

ix) Los toros antagonistas deben tener condiciones similares en cuanto a edad, peso, asta y ranking; los animales deben competir en igualdad de condiciones. La ACPATPA puede observar la programación si no se cumplen las condiciones de igualdad (artículo 32).

x) Si se evidencia durante la pelea que no hay condiciones de igualdad, los jueces de la misma pueden declararla nula (artículo 32). Si un toro sufre menoscabo evidente en sus aptitudes naturales durante la pelea, aunque muestre intención de seguir peleando, los jueces deben darla por finalizada, separar a los animales y declarar empate (artículo 57). También puede pararse la pelea si tras 20 minutos es notorio el cansancio y daño en los toros (artículo 58).

xi) Los toros deben estar en buenas condiciones corporales y de salud para pelear, sin lesiones que mengüen sus aptitudes naturales para la pelea; no debe cotejarse animales agresivos a las personas pues constituyen un peligro para sus propietarios, autoridades de peleas y público en general (artículo 32). Los toros deben pelear con sus astas naturales en buenas condiciones (artículos 45 y 46).

xii) Se permite que el toro se niegue a combatir, en cuyo caso se considera que no ha hecho cara a su rival y la pelea es nula (artículos 29, 52 y 53). Incluso se permite que el animador titular que conduce al toro a la cancha resigne y decline la pelea en salvaguarda de la integridad física del animal (artículo 56).

xiii) El reglamento también exige el bienestar y adecuado trato que las personas deben brindar al toro de pelea, particularmente el propietario, que es responsable de criarlo. Se indica que el animal goza de bienestar en la medida en que esté sano, bien alimentado, instalado en espacio cómodo y seguro, y pueda realizar comportamientos naturales (artículos 39 y 40).

xiv) Estas condiciones deben evitar que padezca dolor o sufrimiento, y debe protegérsele de las enfermedades y accidentes; también deben contar con atención médica veterinaria permanente (artículos 39 y 40).

xv) El animal debe recibir buen trato, debe poder moverse libremente, tener un ambiente silencioso y un lugar de descanso apacible, y se le debe permitir estar cerca a otros animales de su especie para satisfacer su instinto gregario (artículos 39 a 41).

xvi) Es obligación del propietario evitar crueldad y sufrimiento en la pelea, impedir el maltrato, lesión o muerte del animal (artículo 39).

xvii) Se rechazan los actos que atenten contra la protección, preservación y bienestar del toro de pelea, como: abandonarlos en la vía pública o lugares que no reúnan las

condiciones mínimas para su bienestar; castigarlos, sacrificarlos, matarlos o mutilarlos innecesariamente; utilizar drogas sin un fin terapéutico supervisado por un médico veterinario; entre otros. La ACPATPA está en la obligación de denunciar estos actos ante las autoridades competentes.

219. De las disposiciones reglamentarias reseñadas, se evidencia que los organizadores de las peleas de toros han regulado dicha actividad de manera que se garantice el bienestar de los animales, tanto dentro como fuera de las canchas de pelea, y que se conserve su especie, a la cual le dan un cuidado especial.

220. Advierto que, si bien en estos espectáculos los toros pelean entre sí, se trata de un comportamiento que estos animales tienen de forma instintiva en estado natural, y que realizarían incluso en estado salvaje.

221. Además, no puedo ignorar que las peleas de toros ocurren prácticamente sin intervención humana, y enfrentan a un animal con otro de similares condiciones en un ambiente controlado. La participación humana se encuentra limitada a facilitar la ocasión de dicho enfrentamiento, y a asegurar que las peleas ocurran en condiciones equitativas, y sin producir daños graves o permanentes, ni la muerte del toro.

222. Por lo demás, y más allá de las medidas previstas a nivel reglamentario con el propósito de resguardar la integridad tanto de los animales como de las personas que participan en estos eventos, también noto que, en los lugares en donde se realizan, constituyen una práctica cultural con un considerable arraigo.

223. Ahora bien, independientemente de lo hasta aquí expuesto, es evidente que esta clase de prácticas, para su realización, deben estar prolijamente reglamentadas, pues ello es indispensable para salvaguardar la integridad tanto de las personas como de los toros que participan en esta clase de eventos. No escapa tampoco a mi consideración el hecho que esta clase de eventos se efectúen en algunas zonas específicas, y que no se trate de una actividad de alcance nacional, por lo que el respeto a dichas tradiciones debe efectuarse en los lugares en los que, por el paso del tiempo, sean ya asumidas como tradiciones.

224. Por tales razones, concluyo que, más allá de que las peleas de toros se encuentren exceptuadas mediante la Ley 30407 de la prohibición de peleas de animales, estas ocurren en el marco de una actividad tradicional controlada donde el sufrimiento del animal es mínimo y se encuentra protegido frente a daños permanentes, además de ocurrir sin intervención humana, por lo que no puede considerarse que este tipo de actividades constituyan maltrato animal.

225. Finalmente, para que el Estado pueda adoptar acciones concretas frente a las peleas de toros, es necesario analizar dicha práctica conforme a los elementos señalados *supra.* Usando la información presentada por las partes, por los terceros y *amicuscuriae,* así como por la obtenida mediante pedidos de informe e investigación propia, puedo notar lo siguiente:

i) El ámbito geográfico donde se desarrolla principalmente la actividad es el departamento de Arequipa, en particular entre las comunidades agrícolas.

ii) El ámbito temporal durante el que se realizan la actividad abarca todo el año, y suele coincidir con celebraciones religiosas.

iii) La actividad tiene un importante arraigo tradicional, pues se practica hace aproximadamente 150 años, y ha sido desarrollada de forma autóctona en el Perú, concretamente en Arequipa, donde es reconocida como una tradición cultural.

iv) La actividad involucra a un sector importante de la sociedad arequipeña, principalmente entre las comunidades agrícolas, pero también en las ciudades, y representa además un atractivo turístico.

v) La práctica no involucra la realización de actividades penadas o prohibidas, en tanto existe una excepción legal específica que la permite. Además, las peleas de toros no constituyen maltrato animal infligido por las personas.

226. En tal sentido, advierto que existen elementos suficientes para considerar que las peleas de toros son espectáculos culturales que pertenecen a nuestra tradición. Por tanto, la decisión del legislador de exceptuar a tales espectáculos mediante la disposición cuestionada no resulta arbitraria y se encuentra dentro del ámbito de lo constitucionalmente permitido o posible. Es importante precisar que, pese a encontrarse dentro de dicho ámbito, nada impide que, en algún momento posterior, sea posible introducir alguna prohibición legal para su realización.

227. Por tales razones, las peleas de toros, siempre que se realicen de acuerdo con las pautas de una regulación similar a la reseñada y que garantice el bienestar de los toros, no constituyen maltrato o crueldad animal. En consecuencia, corresponde declarar infundado el extremo de la demanda aplicable a las peleas de toros.

6-B. PELEAS DE GALLOS

228. Como ocurre con el caso de las peleas de toros, las peleas de gallos también se encontrarían prohibidas por lo dispuesto en el artículo 22, literal d, de la Ley 30407, que proscribe las peleas de animales tanto domésticos como silvestres, en lugares públicos o privados, de no ser por la existencia de la Primera Disposición Complementaria Final de dicha ley.

229. A diferencia de lo ocurrido con las corridas de toros (que será analizado más adelante), las peleas de gallos fueron objeto de prohibición durante el periodo republicano. La legislación que se emitió sobre las peleas de gallos en el siglo XIX muestra que su objeto no era proteger la integridad o la vida de los gallos, sino que se consideraba que realizar este tipo de actividades era un vicio que atentaba contra la moral pública, por lo que había que reprimirla con pena privativa de libertad, aunque luego se volvieron a permitir.

230. El Libertador José de San Martín, emitió un Decreto Protectoral, el 3 de enero de 1822, en el que señaló que el juego de gallos era un delito, pues atacaba la moral pública y arruinaba las familias; el castigo para "los dueños de las casas en que se consientan" era de dos meses en prisión y seis en caso de reincidencia.

231. El dispositivo señalaba además que los que fueran sorprendidos jugando a los gallos sufrirían un mes de arresto y los reincidentes servirían como soldados durante la guerra. Los presidentes de los departamentos, gobernadores y tenientes gobernadores, así como los oficiales del ejército y comisarios, entre otras autoridades, quedaron especialmente encargados de velar por la observancia de dicho decreto y su puntual ejecución.

232. Durante el gobierno del Marqués de Torre Tagle, mediante decreto del 16 de febrero de 1822, emitido de acuerdo con el espíritu del anterior, se abolió el juego de gallos, por lo que se anuló el contrato celebrado el 15 de octubre de 1804 entre el gobierno español y los empresarios del coliseo de gallos.

233. Como fundamento para ello se señaló que "nada importaría hacer la guerra a los españoles, si no la hiciésemos también a los vicios de su reinado, salgan de nuestro suelo los tiranos, y con ellos todos sus crímenes".

234. Posteriormente las peleas de gallos serían permitidas o toleradas nuevamente, y luego otra vez prohibidas por disposición municipal. El 7 de diciembre de 1858 se emitió un decreto en el que se revocó dicha disposición municipal al considerarse que:

> [...] la lidia de gallos es un juego que no está prohibido por las leyes y que desde años se ha permitido por la autoridad pública; que las diversiones a que está acostumbrado el pueblo no deben suprimirse violentamente sino por el influjo de la civilización en la mejora de las costumbres; que la prohibición del juego de gallos en el Coliseo, sería ineficaz para extinguir la afición a este espectáculo, porque se lidiarían en lugares ocultos, donde por la falta de la autoridad y de la fuerza pública podrían cometerse los mayores desórdenes; que los que han ocurrido algunas veces en la casa de gallos pueden impedirse remitiendo la fuerza suficiente para que los reprima y haga cumplir las decisiones de la autoridad que debe presidir el espectáculo de conformidad con lo expuesto por el ministerio fiscal; se resuelve, que continúe el juego de gallos en el Coliseo solo los domingos y días feriados, cuidando la prefectura de que se mande la fuerza necesaria para mantener el orden y hacer respetar la autoridad.

235. De particular relevancia resulta la frase "las diversiones a que está acostumbrado el pueblo no deben suprimirse violentamente sino por el influjo de la civilización en la mejora de las costumbres". Ello va, en alguna medida, en la línea de lo señalado *supra* sobre la variabilidad de las prácticas tradicionales de los pueblos.

236. En concordancia con aquel decreto, el 25 de enero de 1859 se emitió uno posterior, en el cual se indicó que correspondía al alcalde presidir las lidias de gallos, conforme

al artículo 22 de la ley del 4 de diciembre de 1856, según el cual le correspondía presidir espectáculos y diversiones públicas.

237. Como puede apreciarse, la legalidad de las peleas de gallos ha ido variando en el tiempo, y ha sido prohibida y permitida por diferentes gobiernos, por lo que no puede negarse su presencia en la historia de nuestro país.

238. En las peleas de gallos se distinguen dos modalidades: a pico y a navaja. Se trata de especies instintivamente muy agresivas debido, en parte, a la selección genética realizada por los criadores, y a las características o comportamientos innatos de la especie. Además, cuentan con una particular condición fisiológica por la que tendrían un umbral del dolor muy alto. Sin embargo, estos elementos de juicio no resultan determinantes, en sí mismos, para permitir o prohibir las peleas de gallos.

239. El Tribunal Constitucional ha recibido valiosa información sobre la naturaleza y regulación de las peleas de gallos por parte de la Unión de Galleros del Perú. Según esta, la gallística se remonta a la antigüedad clásica, donde era practicada por los griegos, incluso San Agustín hace referencia a la pelea entre dos gallos en sus escritos. Llega al Perú con los españoles, pero actualmente ya constituye una manifestación cultural propia; el primer coliseo de gallos formal sería de 1762.

240. Añade que los combates entre gallos son narrados, explicados o aludidos en varias obras de la literatura peruana, tales como: *El caballero carmelo* de Abraham Valdelomar, *El Gallo* de Jorge Antonio Percy Gibson Móller, *El Gallo Blanco* de Adolfo Bermúdez Jenkins, *El duelo* de Enrique Aramburú Raygada, *La apuesta* de Jack Flores, *El último combate* de Francisco León, *El jardín de la doncella* de Carlos Rengifo, *Panorama hacia el alba* de José Ferrando, *El ring de los gallos* de Juan José Rojas, *El gallo de mi tía Chula* de Henry Quintanilla, *El Gallo Moro del Cura* de Dagoberto Torres, *Fanal* de Jorge Donayre Belaunde, *El crimen más aplaudido* y *El canario triste* de Luis Felipe Brignole Roy, *Mi gallo* de Américo Silva Ognio. Asimismo, en el plano latinoamericano tenemos las obras de Gabriel García Márquez, *El coronel no tiene quien le escriba* y *El general en su laberinto.*

241. Agrega que la pelea de gallos también ha sido recogida por pintores como Pancho Fierro, Víctor Humareda Gallego, Sérvulo Gutiérrez, Manuel Zapata, Teodoro Núñez Ureta y Víctor Delfín. En el ámbito cinematográfico se encuentra *El gallo de mi galpón,* de 1938, del director Sigfredo Ávila. En el ámbito musical destaca *El Gallo Camarón* de Chabuca Granda, mientras que la danza del baile del tondero representa una alegoría de una pelea de gallos, como señala que se hizo notar en una publicación de *El Mercurio Peruano* del 20 de enero de 1791.

242. Tampoco puede dejarse de lado la información proporcionada por los *amicuscuriae* sobre la extensión de esta manifestación cultural en nuestro país. Existen coliseos de gallos en casi todo el territorio, y las encuestas proporcionadas revelan que a ellos acuden muchas personas.

243. Finalmente, para que el Estado pueda adoptar acciones concretas frente a las peleas de gallos, es necesario analizar dicha práctica conforme a los elementos señalados *supra.* Usando la información presentada por las partes, por los terceros y *amicuscuriae,* así como por la obtenida mediante pedidos de informe e investigación propia, concluyo lo siguiente:

i) El ámbito geográfico donde se desarrolla la actividad incluye a varios departamentos del Perú; advirtiendo que en algunos únicamente se desarrolla la pelea de gallos a navaja y en otros solo a pico.

ii) El ámbito temporal durante el que se realizan la actividad abarca todo el año.

iii) La actividad tiene un importante arraigo tradicional, pues habría llegado en el siglo XVI con los españoles. El primer coliseo de gallos sería del siglo XVIII. Además, forma parte de nuestra historia y de múltiples representaciones culturales a lo largo de los años como ha sido evidenciado *supra.*

iv) La actividad involucra a un sector importante de la sociedad, entre criadores, fabricantes de alimento y espectadores. Estos últimos pueden llegar a ser decenas o cientos de miles.

v) La práctica no involucra la realización de actividades penadas o prohibidas, en tanto existe una excepción legal específica que la permite.

244. En tal sentido, existen elementos suficientes para considerar que las peleas de gallos son espectáculos culturales que pertenecen a nuestra tradición. Por tanto, la decisión del legislador de exceptuar a tales espectáculos mediante la disposición cuestionada no resulta arbitraria y se encuentra dentro del ámbito de lo constitucionalmente permitido o posible. Como se precisó en el caso de las peleas de toros, esto también supone que no existe ningún impedimento para que, a futuro, el mismo legislador pueda también encontrarse facultado de prohibirlas.

245. Lo anterior no significa que las peleas de gallos puedan realizarse sin regulación o en cualquier lugar, ni que se suspenda de forma absoluta el deber de protección animal en el marco de estas actividades. Efectivamente, las mismas deben realizarse de acuerdo con las prácticas y usanzas tradicionales en los lugares en los que cuenta con un importante nivel de arraigo, y no podrán desarrollarse otras nuevas que sean aún más violentas que las actuales.

246. Resulta necesario que se emitan reglamentos en todos los lugares en que se realicen peleas de gallos para regular la actividad y garantizar la seguridad de las personas que participan en las mismas. Además, se debe garantizar la conservación de las especies de gallos de pelea y su bienestar general fuera de las canchas de pelea, pues en tales circunstancias son de aplicación las normas de protección animal.

247. En tal sentido, la autoridad administrativa pertinente deberá supervisar que se implementen tales reglamentos, conforme a lo ya dispuesto y en la normativa sobre

protección animal en lo que resulte aplicable, y deberá verificar que no se realicen actos de maltrato previos a que el gallo entre a la cancha y que pudieran menoscabar su salud, integridad o sus capacidades.

248. Ahora bien, e independientemente que se haya declarado la constitucionalidad de las prácticas relacionadas con las peleas de gallos, una situación especial se presenta con los eventos en los que estos animales son armados con navajas o espuelas. En efecto, al declararla validez de las peleas de toros se consideró que, en dichos eventos, su realización se caracterizaba por la falta de participación humana, la cual únicamente se reducía a facilitar la ocasión para el enfrentamiento y para asegurar que el mismo se desarrollara en condiciones equitativas.

249. Sin embargo, es notoria esta intervención cuando los gallos son armados con espuelas o navajas, ya que, en estos casos, se incorpora un elemento adicional a la natural agresividad de estos animales. Esta clase de agregados tienen distintas medidas y variables, y se implementan con la finalidad de intensificar el desarrollo de la pelea, ya que esto garantiza que los gallos se inflijan heridas en una considerable proporción. De hecho, su empleo suele depender de la raza y el tipo del gallo, lo que supone un análisis previo por parte de los organizadores de sus características para el combate, lo que, nuevamente, denota la palmaria participación humana para la realización de dichos espectáculos.

250. Los gallos de pelea suelen usar los espolones como armas naturales, por lo que resulta innecesario agregar elementos artificiales para el combate. Debe destacarse, sin embargo, que también existen prácticas en las que se añaden, para su realización, otra clase de armas, tal y como ocurre con los espolones de plástico o huesos de pescado. Evidentemente, y en la medida en que también denotan la intervención humana a través de la alteración de las condiciones naturales de la pelea, corresponde también declarar su prohibición.

251. En ese sentido, la participación humana con el propósito de garantizar que los gallos de pelea padezcan un daño adicional al que se espera de un combate natural supone una vulneración del deber de no ocasionar un sufrimiento innecesario a los animales, tal y como ha sido expuesto.

252. En consecuencia, estimo que corresponde declarar la inconstitucionalidad de las peleas de gallos en las que estos sean armados con navajas, espuelas, o cualquier otro elemento adicional que denote la participación humana para la intensificación de la realización del combate. Del mismo modo, considero que corresponde ordenar al Ministerio de Cultura que adopte las medidas que sean necesarias para identificar los lugares en los que aun se practican esta clase de eventos, con el propósito de evitar su realización.

6-C. CORRIDAS DE TOROS

253. Las corridas de toros también han sido exceptuadas de la aplicación de la Ley de Protección y Bienestar Animal. En opinión de la parte demandante, se trata de prácticas

en las que no solo se degrada a los toros, sino que, de manera indirecta, también inciden en las personas que participan en esta clase de eventos. La parte demandada, por su parte, indica que son tradiciones con un importante nivel de arraigo en nuestro país, y que se remontan incluso a la época de la colonia.

254. Las corridas de toros no han sido, ni en todas las épocas ni por todas las personas, unánimemente respaldadas, incluso en épocas remotas. No es esta, de hecho, la primera ocasión en que la justicia constitucional debe resolver dilemas de esta naturaleza. En el caso de España, país que exportó al Perú esta tradición, han existido numerosas oportunidades en las que se ha intentado abolir, aunque sin éxito finalmente, su realización, como ha ocurrido en los reinados de Isabel, Carlos III, Carlos IV y Felipe V. De hecho, en la dinastía de los Borbones, ante el atractivo particular del deporte, aquella práctica perdió popularidad, lo que casi termina por generar su extinción [*cfr.* Desmonde, William (2005). La corrida de toros como ritual religioso. En: Revista de Estudios Taurinos, Sevilla, Nº 19-20, pp. 115 y 116].

255. Las distintas controversias suscitadas entre los que abogaban por la abolición y los que defendían su realización va a extenderse a distintos escenarios, como va a ocurrir en la Segunda República Española (1935), época en la que se aprobó un Reglamento de Policía y Espectáculos Públicos, e incluso en la actualidad pueden advertirse ejemplos como los de Catalunya, en la que se adoptaron disposiciones tendientes a generar su extinción.

256. Las corridas de toros también han recibido distintos cuestionamientos por parte de la Iglesia Católica, entidad que ha ejercido una importante labor en nuestra historia republicana. Uno de los episodios más controversiales se presentó cuando el Papa Inocencio XI requirió a Carlos II para que "ponga fin a los sangrientos espectáculos con toros que, a su juicio, son incompatibles con la ejemplaridad de una corte cristiana" [Martínez-Novillo, Alvaro (1996). Los toros en la Guerra de Sucesión: los inicios de la tauromaquia profesional. En: Revista de Estudios Taurinos, Sevilla, Nº 4, p. 224]. En efecto, la Iglesia, en distintas oportunidades, ha mostrado cierta animadversión a la celebración de esta clase de eventos, y un buen ejemplo se pudo advertir en el IV Concilio de Letrán de 1215, cuando se prohibió a los clérigos a asistir a las corridas de toros. En esta misma lía, se pudo presenciar un escenario de tensión mucho más complicado cuando Pío V promulga la bula *De Salute Gregis,* la cual sancionaba con la excomunión a todos los príncipes que permitieran la celebración de corridas de toros en sus reinos. Incluso, en épocas más recientes, el Papa Benedicto XV condenó las corridas de toros, a las que calificaba de sangrientas y vergonzosas.

257. Las corridas de toros llegaron a nuestro territorio con los españoles en el siglo XVI. La plaza de toros de Acho es una de las más antiguas del mundo, pues fue inaugurada en 1766. La regulación referente a las corridas de toros se extendió a nuestra época republicana. Así, a modo de ejemplo, tenemos que en 1849 se emitió un decreto de fecha 4 de diciembre, en el que se estableció que la carne fresca de toros muertos en lidias no era perjudicial para la salud pública, según lo expuesto en el informe de la

junta directiva de medicina, por lo que se permitió la venta de carne fresca de los toros muertos en las corridas de Acho y se derogó el artículo 188 del reglamento de policía de la capital que lo prohibía.

258. En 1857 un arzobispo solicitó al entonces presidente que no se permitiera lidiar toros en la plaza de Acho los domingos y días festivos. La respuesta, mediante decreto de fecha 16 de marzo, fue que la lidia de toros era organizada por una empresa particular en virtud de un contrato de arrendamiento realizado en pública subasta y con las formalidades de ley, y que en el uso de aquel establecimiento debían regir las condiciones estipuladas, que no podían ser alteradas ni por la empresa ni por el gobierno.

259. Por otro lado, mediante la Ley 13450 de 1960 se adjudicó a la Municipalidad del Rímac el íntegro del producto del impuesto a los espectáculos que gravaron la temporada taurina de dicho año en la plaza de toros de Acho. Se dispuso que los fondos obtenidos debían emplearse, preferentemente, en la reconstrucción de la Alameda de los Descalzos.

260. En 1965, se emitió la Ley 15503, en la cual se dispuso que el Concejo Distrital del Rímac disfrute del íntegro del producto del impuesto a los espectáculos taurinos que se realicen en Acho, sin referencia a un límite temporal, pero con la indicación de que los fondos debían invertirse exclusivamente en la ejecución de obras públicas.

261. Asimismo, mediante Decreto Supremo 011-84-AG, aún vigente, se declaró de interés nacional la crianza y preservación del ganado vacuno de lidia. En los considerandos del mismo se indicó que la lidia nacional, así como el espectáculo que esta genera, constituyen actividades tradicionales del Perú que es necesario proteger.

262. Como puede apreciarse, las corridas de toros eran actividades comunes tanto en la época colonial, como en la republicana, y los impuestos recaudados en ellas eran usados para financiar obras públicas. En tal sentido, no puede negarse que son parte de la historia de este país.

263. Considerando la antigüedad de la plaza de Acho, resulta natural que la regulación sobre las corridas de toros haya afectado especialmente al distrito del Rímac. Actualmente, la Municipalidad Distrital del Rímac tiene un Reglamento General de Espectáculos Taurinos, que fue publicado en el diario oficial *El Peruano,* el 16 de octubre de 1999. Fue aprobado mediante Acuerdo de Concejo 090-99-MDR y ratificado mediante Ordenanza 011-MDR, que con diversas modificaciones se encuentra vigente hasta la fecha.

264. De acuerdo con este reglamento, los espectáculos taurinos incluyen no solo a las corridas de toros, sino también las corridas de rejoneadores, novilladas con picadores y sin picadores, festivales, becerradas, toreo cómico y otros festejos taurinos populares. Este reglamento regula diferentes aspectos relacionados con las corridas, incluyendo la categoría de matador de toros y los requisitos para ser considerado como tal, con

la indicación que existe homologación con el escalafón de toreros de España, pues los principales matadores participan en ferias tanto allí como en otras partes de América.

265. Reglamentos similares se han aprobado en otros lugares del Perú. Por ejemplo, en Trujillo existe un Reglamento de Espectáculos Taurinos aprobado mediante Decreto de Alcaldía 28-94-MPT; la Municipalidad Distrital de Miraflores, en Arequipa, aprobó un Reglamento Taurino para su plaza de toros mediante la Ordenanza Municipal 019-MDM; y la Provincia de Chota aprobó un Reglamento General de Espectáculos Taurinos, mediante la Resolución de Alcaldía 222-2007- MPCH/A, para la plaza "El Vizcaíno".

266. Pero no todos estos espectáculos regulados implican la muerte del toro. Los toreros bufos o cómicos, por ejemplo, no matan a los animales. No obstante, advierto que los espectáculos materia de controversia, y que cierto sector de la sociedad tiene interés en conseguir que se prohíban, son aquellos en los cuales se da muerte al toro.

267. Al respecto, cabe destacar que el Tribunal Constitucional estableció, en el fundamento 29 de la Sentencia 0042-2004-AI/TC, que los espectáculos taurinos en los que el toro es "asesinado" no constituyen manifestaciones culturales que el Estado tenga el deber de promover.

268. Sin embargo, en el fundamento 19 de la Sentencia 0017-2010-PI/TC, señaló que "en diferentes circunstancias y transcurridos seis años de dicha sentencia, se enfrenta nuevamente al análisis del valor cultural de los espectáculos taurinos", y consideró que había "llegado el momento de revisar el criterio jurisprudencial en tomo al tema, teniendo en cuenta especialmente el debate suscitado" en la sentencia citada previamente.

269. Así, en la Sentencia 0017-2010-PI/TC, el Tribunal concluyó lo siguiente respecto a las corridas de toros:

> 23. A juicio de este Tribunal, la actividad taurina es en nuestro país una manifestación cultural, traída con la conquista española e incorporada a nuestro acervo cultural por una afición de siglos, que se manifiesta en fiestas conmemorativas en Lima y diversas provincias del Perú, como veremos más adelante. De este modo, puede decirse que, aunque española en su origen, la tauromaquia (el "arte" de lidiar toros, según la definición del Diccionario de la Real Academia) se ha incorporado a nuestra cultura mestiza y es una expresión artística que forma parte de la diversidad cultural del Perú.
>
> 24. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que "como manifestación de la diversidad y pluralismo de la sociedad, la tauromaquia (...) ha sido reconocida a lo largo de la historia como una expresión artística y cultural de los pueblos iberoamericanos. Lo anterior ha sido registrado de diferentes maneras por artistas del mundo como Goya, Mariano Benlliure, José Ortega y Gasset,

Pablo Picasso, García Lorca, Ernest Hemingway, Orson Welles y Vicente Blasco lbáñez" (sentencia C-1192/05, consideración 12).

25. En nuestro país, podemos mencionar, por ejemplo, desde la literatura, a Ricardo Palma (cfr. "Tauromaquia", en *Tradiciones Peruanas Completas,* Aguilar, Madrid 1964, pp. 46-53), que ha destacado lo inveterado y secular de la tauromaquia en nuestro país. En la pintura, la actividad taurina está presente, por ejemplo, en las famosas acuarelas de Pacho Fierro (siglo XIX) —que reflejan admirablemente la vida y costumbres del Perú de su época— donde "destacan las que dedicó al capeo ecuestre, suerte exclusiva del Perú que no se conocía en España ni se practicó en ningún país de nuestro continente" (Ugarte Eléspuru, Juan Manuel, *De Re Taurina,* Lima, Peruarte, 1992, p. 211).

26. Desde la historia, Del Busto Duthurburu resalta que la Plaza de Acho de Lima, de 1776, es la más antigua de América, aventajada en vejez sólo por dos plazas en el mundo: Sevilla (1760) y Zaragoza (1764). Este historiador da cuenta del éxito en Madrid, a fines del siglo XVIII, del torero limeño Mariano Cevallos, inmortalizado por Francisco Goya como "El Indio Cevallos" o "El Indiano" [cfr. Del Busto Duthurburu, José Antonio, *Plaza de Acho, Toreros Negros y Toros Bravos,* en "Copé", vol. 10, Nº25 (dic. 2000), pp. 12-13]. (Sobre la tradición taurina del Perú, puede constatarse también la obra especializada de José María De Cossío, *Los Toros. Tratado Técnico e Histórico,* Madrid, Espasa-Calpe, 1961, t. IV, pp. 169- 202).

27. Por ello, a JUICIO de este Tribunal, no puede señalarse apriorísticamente que los espectáculos taurinos son, sin más, una simple y pura exhibición de tortura, tratos crueles y muerte de un animal; pues mientras hay quienes asumen esta postura, otros sostienen lo contrario, incluso en la jurisdicción constitucional, como es el caso de la Corte Constitucional de Colombia, para quien la tauromaquia puede ser considerada como un *espectáculo,* en el que "(a)un cuando en su desarrollo se pone en peligro la integridad del diestro o torero, se infringe dolor y se sacrifica el toro, dichas manifestaciones no corresponden a actos de violencia, crueldad, salvajismo o barbarie, sino a demostraciones artísticas, y si se quiere teatrales, de las disyuntivas constantes a las que se enfrenta el quehacer humano: fuerza y razón, arrojo y cobardía, vida y muerte" (sentencia C- 1192/05, consideración 12).

270. Ciertamente, las corridas de toros incluyen actos de violencia contra los animales que participan en ellas, y estos sufren un severo daño antes de morir, pues se les clavan lanzas, banderillas y finalmente estoques. A los que sobrevivieron al estoque y se encuentran agonizantes se les clavan más estoques o dagas hasta que finalmente mueren.

271. De lo anterior se extrae un elemento de las corridas de toros que las diferencias de forma radical respecto de las peleas de toros o de gallos: en las primeras el enfrentamiento se realiza entre el ser humano y el animal. Este elemento, que a primera

impresión podría considerarse como fuente de injusticia y crueldad, es la razón de ser del espectáculo.

272. Para los aficionados a las corridas de toros, estas no representan actos crueles sin sentido realizados arbitrariamente para torturar a los animales. La tauromaquia sería apreciada, principalmente, por tratarse de una manifestación cultural con un valor simbólico, que representa la lucha heroica y la conquista de la naturaleza por el ser humano. Representa además los ideales de la cultura hispánica, combinados en el Perú con elementos autóctonos.

273. Los aficionados aprecian el arrojo y la destreza del torero, a la que dan un valor artístico, e incluso aprecian la bravura del toro. Cabe destacar que hasta en una fecha tan reciente como el 5 de setiembre de 2018, cuando se modificó el artículo 4 de la Ley 28131, "Ley del Artista Intérprete y Ejecutante", esta reconocía como artistas a los matadores, novilleros, picadores, banderilleros y rejoneadores.

274. Incluso, en la actualidad, el artículo 28 de la citada ley hace referencia a los espectáculos taurinos y a la necesidad de que en todas las ferias participe al menos un matador nacional, igual que en las novilladas y becerradas. Con lo cual, al estar aún incluidos en una ley que regula a los artistas, el legislador sigue considerándolos como tales.

275. Por otro lado, cabe destacar que en los espectáculos taurinos que terminan con la muerte del animal también exponen su vida los toreros, pero ello no es razón para prohibir tales actos, en tanto se trata de actividades que sujetos adultos y capaces realizan voluntariamente. Lo mismo puede decirse de otras actividades deportivas o recreativas que realizan las personas, y que no por ello son ni deben ser prohibidas.

276. Tampoco puede dejarse de lado la información proporcionada por los *amicuscuriae* sobre la extensión de esta manifestación cultural en nuestro territorio. Existen alrededor de 200 plazas firmes para realizar corridas de toros en casi veinte departamentos del país. La afición taurina no está compuesta solamente por una élite costeña, sino que tiene un carácter popular, y se extiende también al interior del país, por los Andes. Negar estos aspectos significaría negar las tradiciones culturales de diversas comunidades.

277. Además, las corridas de toros se desarrollan en algunas ocasiones en el contexto de fiestas religiosas, siendo una de las más conocidas la del Señor de los Milagros, donde celebración religiosa y celebración taurina coinciden en el tiempo. De hecho, la temporada taurina en Lima coincide con dicha celebración, y vienen toreros de España y otros países a presentarse en Acho.

278. Finalmente, para que el Estado pueda adoptar acciones concretas frente a las corridas de toros, es necesario analizar dicha práctica conforme a los elementos señalados *supra.* Usando la información presentada por las partes, por los terceros y *amicuscuriae*, así como por la obtenida mediante pedidos de informe e investigación propia, puedo concluir lo siguiente:

i) El ámbito geográfico donde se desarrolla la actividad incluye a varios departamentos del Perú, particularmente en la costa y sierra, como se detallará más adelante.

ii) El ámbito temporal durante el que se realizan la actividad abarca todo el año, y suele coincidir con celebraciones religiosas.

iii) La actividad tiene un importante arraigo tradicional, pues habría llegado en el siglo XVI con los españoles. La plaza de Acho es del siglo XVIII, y existen casi 200 plazas en todo el país que se identificarán detalladamente más adelante. Además, forma parte de nuestra historia y de múltiples representaciones culturales a lo largo de los años, como ha sido evidenciado *supra.*

iv) La actividad involucra a un sector importante de la sociedad, entre criadores y espectadores. Estos últimos pueden llegar a ser decenas o cientos de miles.

v) La práctica no involucra la realización de actividades penadas o prohibidas, en tanto existe una excepción legal específica que la permite.

279. En tal sentido, destaco que existen elementos suficientes para considerar que las corridas de toros son espectáculos culturales que pertenecen a nuestra tradición. Por tanto, la decisión del legislador de exceptuar a tales espectáculos mediante la disposición cuestionada no resulta arbitraria y se encuentra dentro del ámbito de lo constitucionalmente permitido o posible.

280. Ahora bien, las corridas de toros, aunque ciertamente mantienen una notable presencia a lo largo del territorio peruano, no han estado exentas de críticas de distintas instituciones, tal y como se advirtió al inicio de este apartado. Soy también es consciente que, de alguna eventual preferencia, no puede extraerse, necesariamente, que su celebración sea *per se* incompatible con la Constitución. No es, en principio, competencia del Tribunal Constitucional el determinar qué festividades o celebraciones merecen integrar el patrimonio cultural de la nación, lo cual es una atribución de los órganos técnicos y especializados de la administración.

281. Sin embargo, la competencia del Tribunal para intervenir en esta clase de labores sí se puede legitimar en el escenario en que las prácticas y tradiciones supongan una manifiesta transgresión de aspectos de relevancia constitucional. Es pertinente recordar, como se hizo con anterioridad, que la cultura es plenamente moldeable, por lo que bien puede ocurrir que determinadas tradiciones o prácticas que antes contaron con respaldo institucional hoy se encuentren abolidas. Por ello, como se expuso en los anteriores casos, nada exista en la constitución que impida que, en algún momento posterior, el legislador pueda prohibir la realización de esta clase de eventos.

282. En efecto, dichos reconocimientos ameritan un análisis pormenorizado de los factores que puedan contribuir a esta clase de declaración, la cual incluye componentes históricos, geográficos o sociológicos que no corresponde a una corte de justicia dilucidar. Sin embargo, dichos actos involucran a la justicia constitucional cuando

se validan prácticas que pueden ser contrarias a bienes, derechos o principios que encuentran sustento en la Constitución. De esto no se desprende, claro está, que pueda asimilarse, sin más, la existencia de una suerte de "declaración de derechos de los animales" inserta en la norma suprema, pero sí obliga al Tribunal Constitucional a no permanecer indiferente frente a prácticas en las que se puede ocasionar, eventualmente, alguna clase de sufrimientos a animales.

283. Es así que, contrapuestos tanto el factor histórico que sustenta la parte demandada, y el relativo a la protección animal que invoca la demandante, estimo que es necesario encontrar alguna clase de respuesta que, sin suponer una injerencia excesiva en la determinación de las prácticas, costumbres o preferencias de la población, no suponga el completo desamparo de los animales que se encuentran involucrados en esta clase de eventos.

284. Lo anterior no significa que las corridas de toros puedan realizarse sin regulación, ni que se suspenda de forma absoluta el deber de protección animal en el marco de estas actividades. Efectivamente, las mismas deben realizarse de acuerdo con las prácticas y usanzas tradicionales, y no podrán desarrollarse otras nuevas que sean aún más violentas que las actuales.

285. De este modo, y en lo que respecta particularmente al caso de los toros, considero que la administración debe desarrollar una completa y exhaustiva determinación de las zonas geográficas en las que existen, de manera institucional y reglamentada, la realización de corridas de toros. Esta labor tiene la finalidad de evitar que esta clase de tradiciones se extiendan a lugares en los que su práctica no es predominante, ya que, al comprometer la integridad de los toros, la tendencia debería ser a reducir antes que a aumentar la celebración de esta clase de eventos. Por otro lado, de las distintas reglamentaciones que han sido remitidas por las entidades y personas que se han constituido como *amicicuriae,* es posible advertir que se emplean, en lo posible, medidas que tienden a dotar de cierto nivel de organización a esta clase de prácticas. En ese sentido, corresponderá a la autoridad administrativa, en la realización de labores de fiscalización, determinar si en los espacios geográficos en los que se realizan las corridas de toros se han expedido las normas de autoorganización respectivas.

286. Reglamentos como los señalados *supra,* que regulan las corridas de toros, deben implementarse en todos los lugares en que estas se realizan. Deben garantizar la seguridad de las personas que participan en las corridas y del público asistente, y también la conservación de la especie de los toros de lidia y su bienestar general fuera del ruedo, pues en tales circunstancias son de aplicación las normas de protección animal.

287. En tal sentido, la autoridad administrativa pertinente deberá supervisar que se implementen tales reglamentos, conforme a lo que aquí se ha dispuesto, así como lo que figure en la normativa sobre protección animal, en lo que resulte aplicable.Se deberá verificar, además, que no se realicen actos de maltrato previos a que el toro entre al ruedo y que pudieran menoscabar su salud, integridad o sus capacidades.

6-D. OTRAS ACTIVIDADES DECLARADAS COMO CULTURALES POR LA ACTIVIDAD COMPETENTE

288. La Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407, "Ley de Protección y Bienestar Animal", establece lo siguiente:

> Exceptúanse de la presente Ley las corridas de toros, peleas de toros, peleas de gallos y demás espectáculos declarados de carácter cultural por la autoridad competente, las que se regulan por ley especial.

289. Como fue señalado *supra,* de dicha disposición se advierte que el legislador ha delegado a la autoridad competente, esto es, al Ministerio de Cultura, la potestad para declarar el carácter cultural de los espectáculos exceptuados.

290. El Tribunal Constitucional solicitó al Ministerio de Cultura que informara cuáles son los espectáculos que han sido declarados como de carácter cultural conforme a lo dispuesto en dicha disposición.

291. Mediante Oficio 236-2019-SG/MC, dicho ente presentó el Informe 000090- 2019/ DGINVMPCIC/MC, emitido por la Dirección General de Industrias y Artes Culturales, en el cual se indica que:

> En principio corresponde informar que la excepción contemplada en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley Nº 30407, Ley de protección y bienestar animal, no ha sido aplicada en el Ministerio de Cultura.

292. Pero como he expresado en este voto, la potestad de los entes estatales para declarar un espectáculo como cultural se encuentra sujeta a límites, pues no toda manifestación cultural puede ser permitida, en la medida en que algunas se encuentran reñidas con los valores y principios constitucionales.

293. En tal sentido, resaltoque en nuestro país existen ciertas prácticas poco extendidas, como el yawar fiesta, el jalatoro o el jalapato, que atentan flagrantemente contra el deber de protección animal, y que no han sido expresamente reconocidas o protegidas por el legislador o por la autoridad competente.

294. Además debe tenerse en cuenta que estas actividades resultan relativamente recientes y tienen un ámbito de desarrollo territorial limitado por lo que no pueden ser calificadas como culturales de acuerdo al estándar establecido *supra* e involucran una forma evidentemente grave de maltrato animal.

295. Caso aparte constituye, por ejemplo, el "curruñao" o matanza de gatos que ocurre en la fiesta de Santa Efigenia, que se desarrolla en la ciudad de Chincha. Cabe destacar que, el artículo 27, literal c), de la Ley 30407 prohíbe la crianza y el uso de animales de compañía con fines de consumo humano.

296. Como se indicó *supra,* la ley no señala qué animales corresponden a la categoría de animales de compañía o de granja, que sí pueden destinarse al consumo humano. De

esta manera, la clasificación de los animales como de granja o compañía está vinculada a la cultura, particularmente a los hábitos alimenticios de la población.

297. En nuestra realidad social, los animales de compañía son principalmente el perro y el gato. Por tanto, se advierte que en el Perú se encuentra prohibido criar a estos animales para consumo humano. En tal sentido, la realización de festivales que comercialicen carne de animales de compañía como el gato se encuentran proscritos en nuestro país, así como todo otro acto de crueldad que se realice contra estos animales.

298. Por tanto, observo que prácticas como las señaladas en esta sección no podrán ser reconocidas, fomentadas o protegidas, sino que, por el contrario, al encontrarse en contra de lo dispuesto en la Ley 30407, la autoridad administrativa competente deberá verificar que no se realicen y sancionar a los responsables que continúen con estas prácticas.

§7. SOBRE LA PRESUNTA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PAZ Y LA TRANQUILIDAD

299. Los demandantes alegan que la realización de los espectáculos cuestionados vulnera su derecho a la paz y a la tranquilidad, reconocido en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución. Señalan que, al permitirse espectáculos de violencia contra los animales, las personas no pueden librarse de ellos ni decidir que no existan para que no les afecten. La vulneración del derecho puede darse directamente si presencian tales actos, o indirectamente si toman conocimiento por otros medios, como las noticias.

300. En el fundamento 26 de la Sentencia 0042-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional señaló que:

> (...) el Estado tiene el deber de asegurar que las personas no actúen con violencia frente a otras personas, ni con crueldad contra los animales, lo cual tiene un fundamento jurídico y ético. Desde la perspectiva jurídica, cabe señalar que dicho deber, se basa, en primer lugar, en el derecho fundamental al bienestar y a la tranquilidad de las personas (artículo 2, inciso 1 de la Constitución) que sí se sienten afectadas en sus sentimientos al presenciar ya sea directamente o al tomar noticia de la existencia de la realización de actos crueles contra los animales.

301. Sin embargo, el Tribunal Constitucional varió su jurisprudencia posteriormente, pues en el fundamento 32 de la Sentencia 0017-2010-PI/TC, señaló que:

> Como es evidente, una persona que esté en desacuerdo con los espectáculos taurinos podrá no asistir a ellos, como también debe ser libre y voluntaria su concurrencia, por ejercicio en ambos casos del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, que, según ha reconocido este Tribunal, es un *"derecho fundamental innominado o implícito* que se deriva o funda en el principio fundamental de dignidad de la persona (arts. 1 y 3, Constitución)" (Exp. N.º 0007-2006-PI/TC,

fundamento 47). Por tanto, no podría alegarse la afectación a derecho constitucional alguno por la sola oferta de los espectáculos taurinos, mientras no se coaccione la asistencia a ellos.

302. Al respecto, considero pertinente reafirmar la postura establecida en la Sentencia 0017-2010-PI/TC. Efectivamente, no resulta acorde con el derecho a la libertad de las personas, reconocido en el artículo 2, inciso 24, de la Constitución, que ciertos actos sean prohibidos porque otras personas los consideren ofensivos o insensibles y porque "no pueden librarse de ellos ni decidir que no existan para que no les afecten".

303. Al respecto, cabe citar la Carta de la Defensoría del Pueblo 30-2019-DP/PAD, ya aludida *supra.* En esta se indica que "en el marco de un Estado Constitucional, el rechazo o desaprobación que genera en la ciudadanía este tipo de espectáculos, debido al empleo de ciertos animales, no representa una razón jurídicamente válida para justificar su restricción, aun cuando goce del respaldo de un sector mayoritario de la sociedad".

304. Los motivos por los cuales el Estado prohíba una conducta concreta deben ser legítimos, racionales y proporcionales, y deben ponderarse frente a los demás derechos fundamentales, sin llegar a desnaturalizados o restringir su núcleo protegido.

305. Pero las opiniones o los sentimientos de las personas respecto a lo que consideran ofensivo o intolerable no puede ser un motivo para que se utilice la fuerza del Estado para prohibir una conducta o restringir un derecho de forma general, pues estas valoraciones son subjetivas y no pueden ser consideradas verdades absolutas oponibles a otros.

306. Ciertamente las actividades culturales discutidas podrían ser prohibidas eventualmente, pero ello no puede ni debe ampararse en el rechazo que genere en ciertas personas la realización de dichas prácticas, sino en motivos legítimos, como la contradicción de principios constitucionales. De lo contrario se abriría la posibilidad de censurar otras actividades en base a los sentimientos o al parecer de la mayoría, lo cual resulta inaceptable en un Estado Constitucional.

§8. EFECTOS DE LA DECISION

307. Reconozco que, si bien las corridas de toros y las peleas de gallos pueden permitirse por ley, esto ocurre como excepción a la regla general de protección animal. Y esto no significa que deban ser permitidas eternamente, pues como se indicó *supra,* es posible que en el futuro se analice nuevamente el valor de dichas prácticas culturales para la sociedad y si merecen o no protección. De hecho, soy de la opinión que el legislador deba analizar el estado del debate en la sociedad nacional sobre esta clase de prácticas cada veinte años, con el propósito de analizar si es que debe prohibirlas o mantenerlas.

308. Esto es así porque el hecho de que temporalmente se permitan estas prácticas no niega que contienen elementos innatos de violencia hacia los animales. Y como estas prácticas actualmente se permiten o justifican únicamente por razones culturales, en el futuro estas razones podrían reconsiderarse, y dichas prácticas perder su legitimidad para limitar el deber de protección a los animales.

309. Como estas prácticas contienen elementos de violencia pública hacia los animales, y se hace de esta violencia un espectáculo, estimo pertinente que, en armonía con el deber de protección a los animales, el Estado no deberá fomentar ni proteger tales prácticas, aunque sí podrá reconocerlas, regularlas y, eventualmente, prohibirlas.

310. Lo contrario, como señaló en su oportunidad la Corte Constitucional de Colombia, implicaría el desconocimiento absoluto de un deber constitucional, y el consiguiente privilegio irrestricto de otro.

311. Esto no impide, naturalmente, que se fomente o proteja la crianza de las especies animales usadas en estos espectáculos, pues son parte de la fauna nacional.

312. En tal sentido, corresponderá al Poder Ejecutivo, representado por el Ministerio de Cultura, establecer cuáles son los departamentos y provincias en los cuales las corridas de toros y las peleas de gallos constituyen tradiciones culturales, conforme a las pautas establecidas.

313. Respecto a las corridas de toros, a modo de referencia, en el informe de *amicuscuriae* presentado por Andrés Roca Rey, Casa Toreros Consorcio Perú y otros, se menciona un estudio realizado en el año 2012 por parte del periodista taurino Dikey Fernández Vásquez sobre la cantidad y ubicación de plazas firmes en el país. En el informe se menciona que existen 208 plazas, aunque advierto que la lista realmente contiene solo 199 localidades.

314. Conforme con dicho estudio, en el año 2012 la cantidad de plazas firmes por departamento era la siguiente:

Departamento	Número de plazas firmes
Amazonas	Ninguna
Ancash	18
Apurímac	15
Arequipa	26
Ayacucho	20
Cajamarca	23
Callao	Ninguna
Cusco	14
Huancavelica	3
Huánuco	4
Ica	1

Junín	12
La Libertad	8
Lambayeque	1
Lima	28
Loreto	Ninguna
Madre de Dios	Ninguna
Moquegua	Ninguna
Paseo	2
Puno	1
San Martín	22
Tacna	1
Tumbes	Ninguna
Ucayali	Ninguna
Total - Perú	**199**

315. Esto habrá de ser verificado por el Ministerio de Cultura. Las corridas de toros estarán restringidas a las localidades en que son tradición y no podrá expandirse a otras.

316. Por otro lado, hago notar que, conforme al artículo 4 de la Constitución, la comunidad y el Estado protegen especialmente, entre otros, al niño. En virtud de este deber de protección especial es que se ha emitido el Código de los Niños y Adolescentes, aprobado mediante Ley 27337.

317. De acuerdo con el artículo 3-A de este cuerpo legal, los menores de edad tienen derecho a recibir una educación no violenta. En el artículo 4 se reconoce su derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.

318. En virtud de este deber de protección y de estos derechos es que se deriva la obligación de impedir que los menores de edad vean o tengan acceso a actividades o eventos que tengan contenidos violentos o sexuales que sea perjudiciales para su libre desarrollo. Esto debe ser controlado por parte de los padres, familiares, cuidadores y educadores, pero la obligación también puede recaer en terceros.

319. Como ejemplo de ello tenemos lo dispuesto en la Ley 28278, "Ley de Radio y Televisión", cuyo artículo 40, dirigido a lo difusores de contenido, establece lo siguiente:

> La programación que se transmita en el horario familiar debe evitar los contenidos violentos, obscenos o de otra índole, que puedan afectar los valores inherentes a la familia, los niños y adolescentes. Este horario es el comprendido entre las 06:00 y 22:00 horas.

320. Pero las responsabilidades del Perú en materia de protección infantil no derivan únicamente de la legislación nacional. En el plano internacional, nuestro país es parte de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

321. El Comité de los Derechos del Niño es el organismo que tiene la función examinar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados, asumidas en función de dicho tratado internacional.

322. Dicho comité emitió, el 2 de marzo de 2016, sus "Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados del Perú", en el cual se pronunció, entre otras cosas, sobre sus preocupaciones y recomendaciones en materia de violencia contra los niños (ver: www.mimp.gob.pe/webs/mimp/pnaia/pdf/obs-finales-cuarto-quinto-combinados- 2016.pdf).

323. En dicho documento el Comité sostuvo que "... sigue profundamente preocupado por el elevado número de casos de violencia y de malos tratos que sufren los niños, incluida la violencia doméstica y sexual. Está particularmente preocupado por lo siguiente: ... g) El hecho de que haya niños que se formen para ser toreros y participen en espectáculos conexos, lo que entraña un elevado riesgo de accidentes y de graves lesiones, además de que los niños espectadores quedan expuestos a la extrema violencia de la tauromaquia" (numeral 41, literal g), página 10).

324. Consecuente con lo anterior el Comité de los Derechos del Niño recomendó al Estado que prohíba la formación de niños como toreros y también su participación e ingreso a dicho tipo de espectáculos con miras a garantizar ". . . la protección de los niños espectadores y sensibilice sobre la violencia física y mental vinculada a la tauromaquia y sus efectos en los niños" (numeral 42, literal i, página 10).

325. Considero pertinente que se acojan tales recomendaciones y que se hagan extensivas a las peleas de gallos, por lo que el Poder Ejecutivo, representado por el Ministerio de Cultura, deberá encargarse de implementar las medidas que resulten necesarias a fin de proteger a la infancia en este ámbito.

§9. EL SENTIDO DE MI VOTO

Por todo lo expuesto, mi voto es por:

l. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda. En consecuencia, se prohíbe la realización de eventos relacionados con peleas de gallos con navajas o espuelas, o cualquier práctica en la que se advierta la intervención humana. En ese sentido, también corresponde **ORDENAR** al Ministerio de Cultura que identifique los lugares en los que aun se efectúan estas prácticas, con el propósito de evitar su realización.

2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene, debiendo observarse las siguientes reglas:

a) La protección de los animales tiene ciertamente un sustento constitucional que se deriva del artículo 68 de la Constitución, el cual señala que el Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica;

b) No solo es posible, sino que resulta, además, indispensable mantener un régimen de protección legal de los animales contra el maltrato y la crueldad innecesarias.

c) La especial situación de los animales, que se fundamenta en su condición de seres sintientes, es lo que se denomina como dignidad animal.

d) Las autoridades deben verificar que los animales a los que se refiere la excepción no sean víctimas de maltratos previos a ingresar a la cancha o ruedo que menoscaben su integridad, salud o capacidades.

e) Las corridas de toros y las peleas de gallos deben realizarse de acuerdo con las prácticas y usanzas tradicionales, que son las que justifican la excepción.

f) El legislador, cada veinte años, debe analizar el estado del debate en torno a una eventual prohibición de las prácticas que, en la actualidad, se consideran culturales.

g) Corresponderá al Poder Ejecutivo, representado por el Ministerio de Cultura, establecer cuáles son los departamentos y provincias en los cuales las corridas de toros constituyen tradiciones culturales, sin que puedan expandirse a otros lugares.

h) La autoridad competente deberá supervisar que se implementen reglamentos que regulen la realización de corridas de toros y peleas de gallos en las localidades en que constituyen tradición, los mismos que deberán respetar lo aquí dispuesto, así como en la normativa sobre protección animal, en lo que resulte aplicable.

i) La autoridad administrativa debe garantizar que se restrinja el acceso de menores de edad a las corridas de toros y a las peleas de gallos.

j) Prácticas como el yawar fiesta, el jalatoro, el jalapato y el "curruñao", la matanza de gatos que ocurre en la fiesta de Santa Efigenia, no pueden ser practicadas ni reconocidas bajo responsabilidad de la autoridad administrativa competente.

S.
RAMOS NÚÑEZ

PONENTE RAMOS NUÑEZ

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

El ser humano no vive solo en este mundo. También lo hacen animales no humanos, existiendo respecto de ellos un deber constitucional de protección y de no causarles dolor y sufrimiento injustificado

Es inadmisible que en una sociedad civilizada del siglo XXI, regida por una Constitución y un Estado de Derecho, se permitan aún actos de barbarie y crueldad contra animales no humanos, e igualmente inadmisible el argumento que justifica "cualquier acto cruel" con el simple requisito de denominarlo "cultural". Estimo que este "vale todo cultural" es el argumento ideal para aquellos que buscan hacer prevalecer las ideas de libertad y democracia de un reducido grupo conservador, pero que deja de lado las ideas de libertad y democracia de todos los que conformamos una determinada sociedad, en la que debe armonizarse el ejercicio de los derechos, la participación en la democracia, pero sobre todo una generalizada labor en favor del bien común.

Ante algunas expresiones en las que sólo se considera honrosa la decisión de la mayoría de jueces del Tribunal Constitucional, que declaró infundada la demanda, debo destacar que me honra vivir en un país libre y democrático en el que una vez más, con convicción y respeto a la mayoría de magistrados, puedo emitir un voto singular en el que se expresan mejores argumentos a favor de declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad planteada y con ello evitar la crueldad contra determinados animales (toros y gallos).

Respeto el punto de vista de los demandantes (5000 ciudadanos), pero también respeto el punto de vista de quienes no piensan como ellos. Son el respeto e igual consideración de los diferentes puntos de vista existentes en nuestra sociedad los que evidencian, entre otros factores, el nivel de tolerancia mínimamente exigible en una sociedad libre y democrática.

Es justamente la poca tolerancia de quienes predican el pensamiento único, inmutable y universal, en el sentido de que sólo sus ideas son las correctas y que quienes piensan en sentido contrario no merecen respeto ni igual consideración, uno de los grandes obstáculos que impiden o dificultan notablemente el desarrollo de la libertad y democracia sobre todo en países como el nuestro, tan precarios en ambos valores.

Por ello, ante las diferentes opiniones emitidas sobre este caso, estimo que todos los peruanos y peruanas debemos desplegar nuestros mayores esfuerzos y mostrar nuestro mayor nivel de tolerancia con los distintos puntos de vista, de modo tal que valoremos que tenemos una institución: el Tribunal Constitucional, que del modo más transparente y deliberativo

buscó solucionar un conflicto que se le planteó. Hoy ganó una posición mediante las reglas democráticas, pero si más adelante gana la posición contraria –y se dan las razones para tal cambio– también debemos ser tolerantes en aceptarlo. Eso es respeto de la libertad y la democracia, pero no calificar como decisiones honrosas, o a favor de la libertad y democracia, sólo las decisiones que me benefician o apoyan mi punto de vista.

Las sentencias del Tribunal Constitucional honran a los magistrados que las suscriben, ya sea cuando ganan o cuando pierden en la respectiva votación.

De otro lado, tengo la impresión de que sobre este caso existe aún mucha confusión. La controversia principal de este caso no giraba sobre si deben existir o no las corridas de toros, peleas de toros o peleas de gallos. La controversia principal de este caso giraba sobre si en determinadas actividades existía o no maltrato animal de toros y gallos, y si ello vulneraba el deber constitucional de no causar dolor y sufrimiento injustificado en animales no humanos.

Si se determinaba que existió tal maltrato —como en efecto voy a probar más adelante—, así como la afectación del aludido deber constitucional, la consecuencia era declarar inconstitucional la excepción legal impugnada y que, por tanto, sea de aplicación en estas actividades (corridas de toros, peleas de toros o peleas de gallos) la Ley 30407, de protección y bienestar animal, de modo que se debía verificar, caso por caso, cuándo existió tal maltrato, así como la forma de evitarlo.

Sólo pocos casos que llegan al Tribunal Constitucional, de los miles que ingresan anualmente, tienen, además del respectivo enfoque jurídico constitucional, una clara repercusión en el ámbito de la justicia social, en el ámbito de la cultura y sus deberes con las generaciones futuras, así como en el ámbito del rol de los seres humanos frente a la naturaleza y otros animales. Este caso debería significar para todos una invitación a reflexionar y darle nuevas miradas a lo que significa cultura y, sobre todo, a nuestra relación con los animales y el medio ambiente.

En efecto, la cultura es un proceso manifiesto de discursos y acciones que cimentan una serie de costumbres en una determinada sociedad. Estas costumbres han ido variando a través del tiempo, señalándose siempre la envergadura e importancia de su poder de convocatoria en la población que, sin lugar a dudas, necesitará siempre de una determinada cultura a fin de poseer un espíritu de cuerpo.

La cultura está al alcance del individuo que, gregariamente, accede a una serie de comportamientos que se complementan con las expectativas generales en una sociedad.

La cultura, hay que destacar, no es eterna, se transforma a medida que va incorporando cada vez una mayor amplitud de actores en su celebración: mujeres, niños, personas con discapacidad y, en los últimos años, animales no humanos.

Bajo esta óptica, la cultura cumple un rol fundamental: unir moralmente los lazos de un grupo social en tanto la costumbre sea capaz de fortalecer los vínculos entre sus miembros.

Cuando un aspecto de aquella cultura pierde valía, vigencia o legitimidad, consigue lo contrario: conflicto, daño moral, confusión y alejamiento entre sus miembros amenazando el espíritu de cuerpo conseguido, a duras penas en algunas ocasiones, históricamente.

El maltrato animal que se pueda identificar, por ejemplo, en determinadas corridas de toros, constituye una amenaza a un mundo cambiante que ecológicamente respeta cada vez más al mundo que le rodea y a una suerte de leyes que incorporan poco a poco a todo ser vivo circundante en beneficio de los animales no humanos y de la humanidad que aprende a convivir antes que a destruir.

Tradición es igual a dignidad de una comunidad que percibe en esta algo constitutivo de sí misma. Algo que es renombrado no solo para el grupo humano que la sustenta, sino que es estandarte para el resto del mundo que ve en aquella tradición un rasgo típico y diferenciado de aquel grupo. En efecto, la tradición es cultura, pero, al igual que en la cultura, la tradición debe ser legitimada por sus integrantes, por un lado; y, por otro lado debe representar un acto digno a través del cual presentarse ante el resto del mundo como una comunidad de bien y ética ante tiempos cambiantes de derechos cada vez más extensivos hacia la especie animal.

Asimismo, la tradición de determinadas corridas de toros produce dos cosas en el Perú: un rechazo por parte de la población de la cual se dice la tradición ha de representar (71% de rechazo al año 2013 según DATUM, entre otros datos), es decir, no hay arraigo generalizado en una población que si alguna vez la caracterizó, hoy, como toda comunidad a través de los tiempos, ha cambiado y la crítica; y, por otro lado, es, sintomático que a nivel internacional sólo queden 8 países en el mundo que aun sustentan este tipo de tradiciones que dejan de lado el avance y desarrollo de las leyes en mejora de las condiciones de vida de los animales. Tal exposición de muerte y tortura en determinadas corridas de toros es contradictoria con una abierta y manifiesta reflexión sobre la búsqueda de un equilibrio entre los seres humanos y su medio ambiente.

En suma, habiendo revisado los argumentos de las partes y los votos de mis colegas, considero que debe declararse **FUNDADA** la demanda y, en consecuencia, **INCONSTITUCIONAL** la excepción legal impugnada, pues ésta vulneró el deber constitucional de no causar dolor y sufrimiento injustificado en los animales no humanos como los toros y gallos.

Estimo que no existe ninguna razón legítima que justifique la exclusión de los toros y gallos de la protección que otorga la Ley 30407. La crueldad contra los animales no puede ampararse con el argumento de que "por ser cultural está permitido dicho trato cruel". Las corridas de toros, peleas de toros y peleas de gallos sólo podrán mantenerse mientras se asegure que no causan dolor y sufrimiento injustificado en dichos animales.

Asimismo, debe ordenarse al *Ministerio de Cultura* y a las *Municipalidades* en cuyo ámbito se desarrollen las corridas de toros, peleas de toros y peleas de gallos, para que, coordinadamente y en el ámbito de sus competencias, dicten los reglamentos de dichas actividades, estableciendo medidas que impidan el sufrimiento injustificado de tales animales.

Igualmente, dado que en estos casos está en juego el deber constitucional de no causar dolor y sufrimiento injustificado en los animales como toros y gallos, debe habilitarse a que el respectivo juez de amparo examine si se ha producido maltrato y crueldad innecesaria contra animales.

Seguidamente, expondré los argumentos que sustentan mi posición:

I. Sobre el deber constitucional de no causar dolor y sufrimiento injustificado en los animales no humanos

1. En el caso Horse Brown SAC (Exp. 07392-2013-PHC/TC), cuya ponente fue la suscrita, el Tribunal Constitucional ingresó al fondo del asunto, convertido en amparo, y verificó si, en el caso concreto de determinados animales, éstos se encontraban o no en situación de peligro.

2. En este contexto, el Tribunal estableció que en la interpretación de la Constitución debe tomarse en consideración no solo la convivencia pacífica entre los seres humanos y la justa distribución de los derechos. las libertades y los deberes en la sociedad, sino que también debe prestar atención a las exigencias que puedan desprenderse de la relación entre el ser humano y el medio ambiente en general y, especialmente, entre el ser humano y los demás seres vivos, pues como ya sostuvo antes, el ser humano "debe actuar en armonía y en convivencia pacífica con los demás seres vivos" (Expediente 00042-2004-Al/TC, FJ 25). En tal sentido, se advierte que la persona humana y su ámbito cultural finalmente forman parte de una unidad que toda interpretación que se haga de la Norma Fundamental no puede desconocer.

3. Lo expuesto conduce al siguiente razonamiento: si tenemos que la Constitución consagra el deber del Estado y de los particulares de respetar la vida de las personas, su integridad física, psíquica, su bienestar y su salud, entre otras dimensiones; si prohíbe toda forma injustificada de violencia física, psíquica, de tortura, de trato inhumano, de humillaciones; si prohíbe la esclavitud, la servidumbre, la trata de seres humanos, entre otros padecimientos; es razonable afirmar que la producción del dolor, el sufrimiento y la crueldad hacia los humanos es una preocupación trascendental y constante de nuestra Constitución, lo que exige normar las medidas que las eviten y puedan abolirlas.

4. Y es que la eliminación de todas las modalidades de sufrimiento y crueldad físicas contra los humanos ha sido la justificación de las formas más básicas de protección de los sistemas jurídicos modernos de talante liberal. La exclusión de los padecimientos humanos físicos se cuenta entre las primeras defensas instituidas por el derecho penal y el derecho constitucional en sus formas de reacción punitiva y reconocimiento de inmunidades. Si el sufrimiento físico que puede sentir un ser humano es una razón de peso para que exista un deber jurídico de no causarle sufrimiento físico ¿por qué habría que restringir esta consideración a otros seres distintos de los humanos con las mismas capacidades de sentir?

5. El hecho de que un animal no humano, por ejemplo, los animales vertebrados domésticos o silvestres mantenidos en cautiverio, sufra dolor físico desproporcionado o injustificado debe merecer una diferencia práctica en el ámbito de nuestros deberes jurídicos, más aún si dicho supuesto comparte la característica de situación límite que también es propia de los humanos cuando son objeto de padecimientos físicos. Los animales no humanos, por ejemplo, los animales vertebrados domésticos o silvestres mantenidos en cautiverio, sí poseen el interés más elemental de todos los seres vivos: el que no se les haga sufrir injustificadamente. Es verdad que el sufrimiento físico de los humanos puede ser, ciertamente, mucho más intenso que el de los otros animales. dada su comprensión de las circunstancias a las que son sometidos y de las consecuencias que ello pudiera acarrear en el futuro; pero debemos tener presente que, aunque esta característica no esté presente en los demás animales. dicha ausencia no anula la relevancia moral de su sufrimiento en el despliegue de deberes para con ellos.

6. Desde la Constitución no es posible derivar un "derecho" de los seres humanos a tratar cruelmente o hacer sufrir a los animales no humanos. Por el contrario, de la Norma Fundamental, específicamente del artículo 2, inciso 22, que reconoce el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, y del artículo 68, que establece la obligación estatal de promover la conservación de la diversidad biológica, se desprende que es un deber jurídico general de los humanos el no causar a los animales no humanos, tales como los animales vertebrados domésticos o silvestres mantenidos en cautiverio, dolor y sufrimiento desproporcionado e injustificado. Por consiguiente, dicho deber no pertenece únicamente al ámbito de los deberes morales o, si se quiere, al terreno de lo extrajurídico, sino que es de recibo en nuestro marco constitucional y, en ese sentido, goza de fuerza normativa.

7. En esta línea de razonamiento es que se ha expedido la Ley 30407, de Protección y Bienestar Animal, cuyo artículo 5.1 ha establecido el deber de toda persona "de procurar la protección y el bienestar de los animales, cualquiera que sea su especie, evitando causarles daño, sufrimiento innecesario, maltrato de tipo físico que altere su normal comportamiento, lesión o muerte". De igual manera, el artículo 1 de la misma ley ha impuesto al Estado el deber de establecer "condiciones necesarias para brindar protección a las especies de animales vertebrados domésticos o silvestres y para reconocerlos como *animales sensibles*, los cuales merecen gozar de buen trato por parte del ser humano y vivir en armonía con su medio ambiente" [cursivas agregadas].

8. Asimismo, el artículo 22 de la Ley 30407 establece que "se prohíbe toda práctica que pueda atentar contra la protección y bienestar animal, tales como (...) b. La utilización de animales en espectáculos de entretenimiento público o privado donde se obligue o condicione a los animales a realizar actividades que no sean compatibles con su comportamiento natural o se afecte su integridad física y bienestar (...) d. Las peleas de animales tanto domésticos como silvestres, en lugares públicos o privados".

II. La "calificación jurídica" de la pelea de toros, pelea de gallos y corrida de toros como prácticas culturales es una competencia exclusiva del Ministerio de Cultura y no de la mayoría del Tribunal Constitucional

9. El argumento central de la posición en mayoría encuentra su desarrollo nuclear en la idea de que la existencia de prácticas culturales que cuenten con un importante arraigo en una zona determinada sería una "razón considerable" para que el legislador pueda introducir restricciones al principio de la proscripción del sufrimiento. En efecto, se hace mención del deber, no solo estatal, de "considerar a los animales como sujetos de protección, lo que empieza por la obligación de no generarles sufrimientos innecesarios".

10. Sin embargo, se advierten manifiestas contradicciones a medida que se van desarrollando los argumentos que llevan a la resolución del presente caso, a partir del control de constitucionalidad de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407, de Protección y Bienestar Animal, la cual excluye de tal protección a las i) corridas de toros, ii) peleas de toros, iii) pelea de gallos y "demás espectáculos declarados de carácter cultural por la autoridad competente que se regulan por ley especial", en los términos en los que han sido planteados en la sentencia.

11. En términos sencillos, la excepción establecida en la disposición antes aludida es constitucional para la mayoría de mis colegas magistrados por cuanto serían prácticas culturales. Es decir, para quienes defienden la constitucionalidad de la disposición cuestionada, el legislador ha actuado conforme a la Constitución al exceptuar dichas actividades, supuestamente culturales, de la protección que brinda la Ley 30407 a los animales vertebrados domésticos o silvestres.

12. De este modo, de la posición mayoritaria se desprende que el carácter cultural de tales actividades, que debe ser calificado por la autoridad competente, es indispensable para salvar la constitucionalidad de la disposición cuestionada. Así, de ello se deriva lógicamente que debe existir una calificación jurídica de tales actividades como prácticas culturales para que surta efectos jurídicos la excepción de protección prevista en el resto de la Ley 30407, lo que supone, a su vez, que dicha calificación es constitutiva con miras a la aplicación de lo indicado en la disposición objeto de control constitucional.

13. La pregunta que surge inevitablemente es la siguiente: ¿en qué se sustentan mis colegas magistrados para llegar a la conclusión de que las prácticas analizadas son culturales? ¿Han invocado algún instrumento normativo emitido por la autoridad competente, de acuerdo a lo establecido en el ordenamiento jurídico, como fundamento de dicha conclusión? ¿Llegaron a dicha conclusión a partir de las exigencias del ordenamiento jurídico peruano para calificar jurídicamente a una determinada práctica como cultural?

14. De la revisión del análisis de constitucionalidad desarrollado para el caso de las peleas de toros, peleas de gallos y corridas de toros no se advierte en ningún fundamento la mención al sustento legal o normativo para la consideración de dichas actividades como culturales.

15. Así por ejemplo, en el caso de las peleas de toros, la mayoría concluye que se trata de una práctica cultural con un considerable arraigo, teniendo como base, sin hacer mención de alguna otra fuente adicional o complementaria, la información alcanzada al Tribunal por la Asociación de Criadores, Propietarios y Aficionados de Toros de Pelea de Arequipa (ACPATPA), cuyo interés en la desestimatoria de la demanda a este respecto es evidente.

16. En el caso de las peleas de gallos, de manera similar al supuesto anterior, la mayoría de mis colegas magistrados concluye que existen elementos suficientes para considerar que las peleas de gallos son espectáculos culturales que pertenecen a nuestra tradición. Más allá de lo informado a este Tribunal por la Unión de Galleros del Perú, con un interés evidente en que la demanda en este extremo sea declarada infundada, en la posición mayoritaria se invoca un conjunto de fuentes (como "pedidos de informe" e "investigación propia") de manera genérica, cuya relevancia y relación directa con la presente discusión no son detalladas ni precisadas como se debiera a la luz de lo que está decidiendo, para sostener que la pelea de gallos es en el Perú, efectivamente, un espectáculo cultural.

17. En similar sentido, en el caso de las corridas de toros, la mayoría de mis colegas magistrados sostiene que son espectáculos culturales que pertenecen a nuestra tradición, a partir de citas históricas, literarias y la selección de una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-1192/05, del año 2005, todo ello ya expresado en los mismos términos en la STC 0017-2010-PI/TC, publicada en el año 2010.

18. Aparentemente, la posición mayoritaria habría desarrollado un "estándar" para determinar si una determinada práctica en nuestro país es cultural. Dicho estándar está comprendido por: i) el ámbito geográfico, ii) el ámbito temporal, iii) el arraigo tradicional, iv) el alcance social, y) la relación con actos penados o prohibidos legalmente. Asimismo, dicho estándar se ha aplicado para las tres actividades antes mencionadas: en el caso de la pelea de toros; en el caso de la pelea de gallos; y en el caso de la corrida de toros.

19. De esta forma, corresponde preguntarnos lo siguiente: ¿acaso los magistrados del TC tienen la competencia para determinar si una determinada práctica es cultural en nuestro país? Mi respuesta es claramente negativa. El ejercer la competencia de órgano jurisdiccional de cierre en la interpretación de la Constitución no presupone la competencia para determinar qué actividad es cultural. Actuar en sentido contrario conllevaría a desconocer el principio de corrección funcional que orienta la interpretación constitucional, que exige:

> (...) al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado (STC 05854-2005-PA/TC, FJ 12).

20. Así lo comprendió el TC en la sentencia del Expediente 00042-2004-PI/TC, en la medida que reconoció en aquella oportunidad a la autoridad competente para dicha declaración, que en esos momentos era el Instituto Nacional de Cultura (INC). Sin embargo, en dicha oportunidad también se desarrollaron determinados criterios que deberían observarse como parámetros para la calificación de un espectáculo público como cultural, los cuales no fueron dejados sin efecto en la sentencia del Expediente 00017-2010-PI/TC, sentencia que también abordó la temática del supuesto carácter cultural de las corridas de toros pero en un sentido contrario. Dichos criterios, sin ánimo de exhaustividad serían los siguientes:

> 1) **Contenido cultural**. El contenido de un espectáculo para que sea considerado como "cultural" debe estar estrechamente vinculado con los usos y costumbres que comparte la comunidad nacional, regional o local y que estén vigentes al momento de realizar tal calificación (artículo 2. inciso 19 de la Constitución). En caso de existir conflicto entre los valores de las diferentes comunidades -nacional. regional o local-. deberá considerarse aquellos usos y costumbres que se encuentren en el ámbito más cercano a los ciudadanos que se beneficiarán con la exposición de tales actividades. En ningún supuesto, sin embargo, el contenido de los espectáculos deberá vulnerar derechos fundamentales como la vida (artículo 1 de la Constitución); la integridad personal y el bienestar (artículo 2, inciso I de la Constitución) de las personas; o subvertir el orden constitucional, el orden público o las buenas costumbres. Tampoco los espectáculos que comporten, directa o indirectamente, una afectación al medio ambiente; o los que conlleven actos de crueldad y sacrificio, innecesario, de animales.
>
> 2) **Acceso popular.** En la medida que la Constitución reconoce el derecho de las personas al acceso a la cultura (artículo 1 inciso 8) y el derecho de participar en la vida cultural de la Nación (artículo 2, inciso 17). este criterio implica que el costo de acceso al espectáculo a ser calificado como "cultural" por el Instituto Nacional de Cultura no debe ser una barrera que limite las posibilidades de ser costeado por la mayor cantidad de personas; esto es, el acceso masivo a dichos espectáculos. Contrario sensu, los espectáculos cuyo acceso no tengan precios populares, no deberán ser calificados como "culturales" (...).
>
> 3) **Mensaje.** Aquellos espectáculos que transmitan mensajes en contra de valores superiorestales como la dignidad de las personas, la vida, la igualdad, la solidaridad, la paz; o hagan apología de la discriminación por razones de origen. raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole (artículo 2, inciso 2 de la Constitución). no deben ser declaradas "culturales". Tampoco aquellas que inciten alodio, a la violencia contra personas o animales, o a la intolerancia.
>
> 4) **Aporte al desarrollo cultural**. Los espectáculos que precisen ser calificados de "culturales" deben realizar un aporte concreto al desarrollo cultural y a afirmar la identidad cultural, así como al desarrollo integral de la Nación

(artículo 44 de la Constitución). Para ello, el Instituto Nacional de Cultura deberá evaluar e identificar cuáles el aporte del espectáculo, sobre todo, en el ámbito educativo, científico o artístico.

21. Pero incluso, más allá de la observancia de dichos criterios, el TC en aquella oportunidad precisó que era deber de la autoridad competente a este respecto "fundamentar cumplidamente las razones y motivos por los cuales califica o no un espectáculo de «cultural»"; y "observar el principio imparcialidad e igualdad (artículo 2, inciso 2, de la Constitución), evitando tratar con desigualdad espectáculos que son iguales o equiparar el trato de espectáculos que son diferentes" (Expediente 00042-2004-P1/TC, FJ 22).

22. Sin embargo, en nuestro país, de acuerdo a la Ley 28296, General del Patrimonio Cultural de la Nación, el literal b del artículo 7 de la Ley 29565, "Ley de creación del Ministerio de Cultura", modificada por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1255, entre otras disposiciones de carácter complementario, como la Resolución Ministerial 338-2015, que aprobó la Directiva 003-2015-MC, la declaratoria de una práctica como patrimonio cultural es una función exclusiva del Ministerio de Cultura.

23. Por lo expuesto, se advierte que en la sentencia se incurre en un exceso en el ejercicio de las competencias del TC al calificar jurídicamente la pelea de toros, pelea de gallos y corrida de todos como espectáculos culturales, en detrimento de las competencias del Ministerio de Cultura. Es más, en la propia sentencia incluso se reconoce no solo ello, sino que, a efectos de la excepción establecida en la disposición cuestionada, se ha indicado que el propio legislador "ha delegado a la autoridad competente, esto es, al Ministerio de Cultura, la potestad para declarar el carácter cultural de los espectáculos exceptuados".

24. En efecto, no puede pasar desapercibido lo indicado en los FFJJ 290 y siguientes de unos de los votos, en los que se precisa lo siguiente:

> 290. El Tribunal solicitó al Ministerio de Cultura que informara cuáles son los espectáculos que han sido declarados como de carácter cultural conforme a lo dispuesto en dicha disposición.
>
> 291. Mediante Oficio 236-2019-SG/MC, dicho ente presentó el Informe 000090-2019-DGIA/VMPCIC/MC, emitido por la Dirección General de Industrias y Artes Culturales, en el cual se indica que:
>
> En principio, corresponde informar que la excepción contemplada en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30407, Ley de Protección y bienestar animal, **no ha sido aplicada en el Ministerio de Cultura.**

25. Siendo ello así, ¿cómo podría este Tribunal declarar cultural una práctica cuando la propia entidad competente no ha realizado dicha calificación jurídica? ¿Cómo puede

este Tribunal pasar por alto los procedimientos que para tal efecto ha previsto el ordenamiento jurídico? ¿Acaso los magistrados del TC estamos en condiciones de posibilidad de determinar si una determinada práctica es cultural o no a espaldas de los procedimientos del órgano competente?

26. En principio, la calificación de una determinada práctica como cultural requiere, teniendo como marco de delimitación lo indicado en el artículo 21 de la Constitución, la revisión de lo establecido en las siguientes disposiciones de la Ley 28296, General del Patrimonio Cultural de la Nación, antes mencionada:

> **Título Preliminar**
>
> **Artículo 11: Definición**
>
> Se entiende por bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación toda manifestación del quehacer humano -material o inmaterial- que por su importancia, valor y significado paleontológico, arqueológico, arquitectónico, *histórico*, artístico, militar, social, antropológico, tradicional, religioso. etnológico. científico, tecnológico o intelectual, sea expresamente declarado como tal o sobre el que exista la presunción legal de serlo. Dichos bienes tienen la condición de propiedad pública o privada con las limitaciones que establece la presente Ley (cursivas agregadas).
>
> (...)
>
> **Título 1**
>
> **Bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación**
>
> **Capítulo 1**
>
> **Disposiciones Generales**
>
> **Artículo 1.- Clasificación**
>
> **2. BIENES INMATERIALES**
>
> Integran el Patrimonio Inmaterial de la Nación las creaciones de una comunidad cultural fundadas en las tradiciones, expresadas por individuos de manera unitaria o grupal. y que reconocidamente responden a las expectativas de la comunidad, como expresión de la identidad cultural y social. además de los valores transmitidos oralmente, tales como los idiomas. lenguas y dialectos autóctonos, el saber y conocimiento tradicional, ya sean artísticos. gastronómicos, medicinales, tecnológicos, *folclóricos* o religiosos, los conocimientos colectivos de los *pueblos y otras expresiones o manifestaciones culturales que en conjunto conforman nuestra diversidad cultural* (cursiva agregada).

27. Sobre dicha base normativa, debe tenerse presente que existe un procedimiento para la calificación de una determinada práctica como integrante del Patrimonio Inmaterial de la Nación. Así pues, según el artículo 7.2 de la Directiva 003-2015-MC antes citada, el procedimiento para calificar las manifestaciones del patrimonio cultural inmaterial como Patrimonio Cultural de la Nación es el siguiente:

(…)

Alcance de la declaratoria

El Viceministerio de Patrimonio Cultural e Industrias Culturales, declara como Patrimonio Cultural de la Nación las manifestaciones del patrimonio cultural inmaterial, *de acuerdo a sus características, importancia, valor, alcance, difusión y significado en la vida, en la representación simbólica ligada a la identidad en el desarrollo humano, histórico, social y cultural de la Nación* (cursiva agregada).

Del Inicio del procedimiento de declaratoria

El procedimiento para la declaratoria de patrimonio inmaterial se inicia de Oficio por la Dirección de Patrimonio Inmaterial, la cual elaborará el informe técnico respectivo debidamente sustentado, el cual será remitido a la Dirección General de Patrimonio Cultu.ral. Las actuaciones de la Dirección de Patrimonio Inmaterial podrán sustentarse en peticiones de parte, situación que deberá ser comunicada a la Dirección General de Patrimonio Cultural, con copia al Viceministerio de Patrimonio Cultural e Industrias Culturales. Para la evaluación de los expedientes, la Dirección de Patrimonio Inmaterial requerirá contar con la siguiente documentación y/o elementos:

i. Un estudio en el que se señalen y describan con detalle las características esenciales de la manifestación o expresión, estudio en el que se evidencie su importancia. valor, alcance. significado e impacto de la manifestación o expresión en la definición de la identidad colectiva, local. regional. étnica. comunal y/o nacional y se identifiquen algunas amenazas a la viabilidad de la manifestación cultural, así como las medidas que la comunidad, los grupos y en algunos casos los individuos, tomarán para mitigadas.

ii. Una bibliografía, de existir ésta, con referencias documentales utilizadas en el estudio, y debidamente consignadas.

iii. Un mínimo de diez fotografías recientes. Las fotos deben tener un soporte digital, cuya nitidez y resolución sea adecuada para su publicación.

iv. Sustento documental de que el expediente ha sido preparado con participación de la comunidad, los grupos y en algunos casos los individuos, mostrándose evidencia de que existe el consentimiento previo e informado de los portadores para solicitar la declaratoria.

v. Un documento de compromiso de la comunidad, los grupos y en algunos casos los individuos. portadores de la expresión cultural. para colaborar con las Direcciones Desconcentradas de Cultura de su circunscripción territorial, a fin de elaborar cada cinco años un informe detallado sobre el estado de la expresión para su envío al Ministerio de Cultura, de modo que su registro institucional pueda ser actualizado en cuanto a los cambios producidos en la manifestación, los riesgos que pudieran haber surgido para su vigencia, y otros aspectos relevantes para hacer un seguimiento institucional de su desenvolvimiento y salvaguardia, de ser el caso. De manera

facultativa se podrán adjuntar otros anexos adicionales, tales como diagramas, partituras, grabaciones sonoras y/o fílmicas, etc.

De la evaluación y resultado

La Dirección de Patrimonio Inmaterial evalúa el expediente, teniendo en cuenta los siguientes criterios técnicos:

El valor histórico y la evidencia de formar parte de una tradición.

El valor simbólico o emblemático y la vigencia de su significado como símbolo de identidad cultural.

La vigencia y actualidad de su impacto en la vida cotidiana o en la calendarización de la vida colectiva, en el mantenimiento de las costumbres y creencias, en la vigorización de las tradiciones, en la transmisión y desarrollo de los saberes y tecnologías, en la producción y productividad, y en el bienestar colectivo.

La representatividad y trascendencia local, regional, nacional o internacional por su capacidad de convocatoria y participación colectiva.

Que la expresión cultural no vulnera derechos fundamentales como la vida (artículo 1 de la Constitución Política del Perú): la integridad personal y el bienestar de las personas (artículo 2, inciso I de la Constitución Política del Perú); o subvierte el orden constitucional o el orden público. Tampoco se considerará susceptibles de ser declaradas como Patrimonio Cultural de la Nación a las expresiones culturales que comporten, directa o indirectamente, una afectación al medio ambiente o al desarrollo sostenible; que no respeten los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e Individuos, *o las que conlleven actos de crueldad y sacrificio de animales* (cursiva agregada).

En base a dichos criterios técnicos, la Dirección de Patrimonio Inmaterial identifica la importancia, valor, alcance y trascendencia de las manifestaciones del patrimonio cultural inmaterial para su declaración como Patrimonio Cultural de la Nación (…).

vi. Etapa de análisis. Un expediente admitido o subsanado, es analizado por un Especialista de la Dirección de Patrimonio Inmaterial. Dicha etapa incluye el estudio de la documentación presentada, la recopilación de información adicional y de nuevas fuentes de información, la redacción de una síntesis de la información y su validación. Este proceso culminará con la emisión de un informe técnico.

La Dirección de Patrimonio Inmaterial remite la propuesta e informe técnico sobre la procedencia o no del expediente a la Dirección General de Patrimonio Cultural para su consideración, a fin de que sea elevado al Viceministerio de Patrimonio Cultural e Industrias Culturales.

vii. El Viceministerio de Patrimonio Cultural e Industrias Culturales resuelve el procedimiento, siendo competente para declarar las manifestaciones del patrimonio cultural inmaterial como Patrimonio Cultural de la Nación (…).

28. Como puede apreciarse, el procedimiento para calificar jurídicamente una práctica como cultural, según nuestro ordenamiento jurídico, responde a un conjunto de criterios y etapas que tienen una **racionalidad** correspondiente a la propia **especialidad** de la materia. Así pues, para que dicha calificación pueda realizarse conforme a la normativa vigente, no solamente se deben cumplir con un conjunto de requisitos, como la presentación de documentos e información pertinente, sino que, además, en la propia evaluación de dicha documentación e información se deben seguir **criterios técnicos** por los funcionarios correspondientes, que deben tener la calidad de **especialistas.**

29. De esta forma, ¿cómo podría ser legítimo que la mayoría del TC, sin la competencia explícita o implícita asignada por el constituyente y el legislador democrático, sin un procedimiento preestablecido y sin que los magistrados seamos especialistas en la materia, califiquemos jurídicamente una práctica determinada como cultural?

30. Más allá de establecer pautas o criterios en el marco de la Constitución cultural, para orientar a las autoridades competentes en lo que respecta al alcance y límites del núcleo duro de la noción de cultura bajo la Norma Fundamental de 1993, como se hizo en su oportunidad en la STC 0042-2004-P1/TC, según lo expresado previamente, este Tribunal no tiene la competencia ni las condiciones mínimas indispensables para determinar si a una determinada práctica le corresponde la calificación jurídica de "cultural", con todas las consecuencias que de ello se desprenden.

31. En realidad, de la redacción de la disposición cuestionada no se desprende que manifiestamente y de forma expresa, el legislador califique las peleas de toros, corridas de toros y peleas de gallos como prácticas culturales; antes bien, sí hace referencia en cambio a que a los demás espectáculos les corresponderá la misma consecuencia jurídica, esto es, la excepción de lo dispuesto en la Ley 30407, si es que previamente son calificados como culturales por la autoridad competente. En atención a todo ello, cabe concluir lo siguiente:

> i. El legislador ha exceptuado de los efectos de la ley a las peleas de toros. corridas de toros y peleas de gallos sin dar cuenta expresamente de que la razón de dicha exoneración sea por su naturaleza cultural;
>
> ii. El legislador ha exceptuado también a otros espectáculos, siempre que sean declarados culturales por la autoridad competente (calificación jurídica de una práctica como cultural);
>
> iii. La mayoría del TC ha asumido que son prácticas culturales y que ello justificaría la excepción. Sin embargo, ello plantea los siguientes problemas: ¿Puede un órgano jurisdiccional calificar una práctica como cultural? En todo caso, si de lo que se trata es de una calificación jurídica (y no necesariamente puramente antropológica), ¿quién es la autoridad competente para efectuar dicha declaración?

> iv. En caso de que efectivamente se trate de prácticas culturales, supuesto del que me aparto por las razones que indicaré a continuación, ¿acaso basta que algo sea cultural en términos jurídicos para prevalecer de antemano y en abstracto frente a otros bienes constitucionales? ¿Acaso los principios son absolutos? ¿Acaso el Tribunal no ha reafirmado en su jurisprudencia que en caso de colisión de principios corresponde aplicar el test de proporcionalidad? ¿Acaso dicho test se ha aplicado como para justificar lo resuelto en la sentencia?

32. Asimismo, advierto que en esta sentencia se ha perdido la oportunidad de desarrollar, desde una lectura integral y dinámica de la Constitución, qué noción de cultura protege el ordenamiento jurídico-constitucional, lo que a mi juicio no se limita a manifestaciones espirituales derivadas de un concepto genérico de cultura, como plantea la mayoría de mis colegas magistrados, sino que fundamentalmente debe tenerse en cuenta que bajo el marco constitucional también es posible concebir las relaciones entre los ciudadanos, que regula el Derecho, como expresión de sus prácticas económicas, sociales, políticas y culturales(civilización), que son fundamentalmente diversas y dinámicas[1].

33. Efectivamente, si como sostiene Lara Amat y León, la ciudadanía contemporánea experimenta transformaciones en la medida que "las dinámicas actuales permiten pensar futuros desarrollos con desenlaces abiertos"[2], esta reflexión puede extenderse también a las prácticas y tradiciones de los ciudadanos que consideramos culturales, en tanto elementos de cohesión y de unidad política[3]. Si como Harris explica, la cultura "alude a las tradiciones de pensamiento y conducta *aprendidas* y *socialmente adquiridas* que aparecen en las sociedades humanas"[4], puede considerarse que dicha cultura evoluciona también en el espacio y el tiempo.

34. Por ello, la calificación jurídica de una determinada práctica como cultural no puede ignorar dicho carácter dinámico y diverso. Al respecto, Harris explica que "La mayor parte de la gente sólo es consciente de una pequeña parte de la diversidad de alternativas en los estilos de vida. Si queremos pasar del mito y la leyenda a la conciencia

---

1 LARA AMAT Y LEÓN, Joan (2020). "Entre siervos y ciudadanos: transformaciones de la ciudadanía contemporánea". En *La ciudadanía y lo político. Ciudadanía y crisis de la democracia liberal en un mundo en transformación.* Lima: ONPE/Equipo de investigación Demos (UNMSM). pp. 74-79. Al respecto, en relación a la tensión entre los conceptos ilustrado y romántico de cultura *(Civilisation-lKultur. respectivamente)* ver: KUPER, Adam (2001). *Cultura. La versión de los antropólogos.* Barcelona: Paidós

2 LARA AMAT Y LEÓN. Joan (2020). "Entre siervos y ciudadanos: transformaciones de la ciudadanía contemporánea"...Óp. Cit., p. 78.

3 Ibíd., p. 78-79.

4 HARRIS, Marvin (1994*). Materialismo cultural*. Madrid: Alianza Editorial, p. 141.

madura, tenemos que comparar toda la variedad de culturas pasadas y *presentes*[5] (énfasis agregado)».

35. Todo lo anterior lleva a la siguiente conclusión: la ciudadanía en el Estado constitucional no puede ni debe definirse única y principalmente por la exaltación de las tradiciones, por muy arraigadas o difundidas que puedan estar.

III. Sobre los fines esenciales del Derecho y la proscripción de la violencia contra los animales

36. Más allá de la reflexión anterior, quisiera enfatizar además que la propia norma técnica aplicable para la calificación jurídica de una práctica como cultural establece claramente que uno de los criterios determinantes para calificar jurídicamente una determinada práctica como cultural es que la supuesta práctica cultural no debe conllevar actos de crueldad o el sacrificio de animales.

37. Siendo ello así, si la posición mayoritaria acepta el riesgo de que haya maltrato o crueldad animal en el caso de las peleas de toros (de lo contrario, no exigiría el cumplimiento de determinadas "pautas" como el Reglamento de Peleas de Toros, del 20 de octubre de 2015), si expresamente acepta que las peleas de gallos son violentas (al sostener que "no podrán desarrollarse otras nuevas que sean aún **más violentas** que las actuales") como también lo hace con las corridas de toros, entonces se puede concluir válidamente que el Tribunal Constitucional está calificando jurídicamente como culturales prácticas que de acuerdo a la normativa correspondiente, incumplirían uno de los criterios técnicos para tal fin, como es el caso de **la ausencia de actos de crueldad o sacrificio de animales.**

38. En realidad, proceder en sentido contrario llevaría a sostener que el Derecho puede legitimar prácticas donde se promueve o practica la violencia, independientemente de que se produzca entre animales no humanos o se produzca con intervención humana. Esto último estimo es inadmisible desde la consideración de que el núcleo duro del Derecho proscribe las prácticas violentas.

39. De esta manera, considero que la Constitución no permite que el legislador reconozca, permita o promueva prácticas violentas, ni entre seres humanos ni entre estos y los animales no humanos, como las peleas de toros, peleas de gallos, corridas de toros u otras prácticas (yawar fiesta, jalatoro, jalapato, etc.) y siguientes de la posición en mayoría, como tampoco ninguna otra similar.

5 HARRIS, Marvin (1974). *Vacas, cerdos, guerras y brujas. Los enigmas de la cultura.* Madrid: Alianza Editorial, p. 5.

IV. Sobre la obligación del Estado de establecer límites razonables y proporcionales a determinadas actividades económicas por mandato de los principios, valores y reglas constitucionales

40. En la posición mayoritaria no se ha abordado las implicancias de la pelea de toros, pelea de gallos y corridas de toros para los valores que promueve el ordenamiento jurídico, no solo en lo que respecta a la protección y bienestar animal, sino también en lo que respecta a la moralidad y seguridad públicas.

41. Es decir, para el Estado no deben ni pueden ser indiferentes los efectos perniciosos de determinadas actividades económicas para la persona y la sociedad en su conjunto. Si bien es cierto que nuestro sistema económico tiene como uno de sus pilares el reconocimiento de determinadas libertades económicas, como la propiedad, la libertad de empresa, la libertad de comercio e industria, entre otras más, también es cierto que el ordenamiento ha establecido límites explícitos e implícitos a su ejercicio, derivados de otros principios, reglas y valores constitucionales.

42. Así por ejemplo, en el caso de los juegos de casino y máquinas tragamonedas, el TC ha indicado en la sentencia del Expediente 04661-2006-PA/TC que esta actividad:

> (...) puede generar adicción -ludopatía- con efectos económicos y sociales perjudiciales para el jugador y su familia, y que, por ello, resulta incompatible con la preservación y defensa de otros bienes y principios constitucionales y, en particular, con la protección de la moralidad y seguridad públicas. En consecuencia, se justifica la imposición de condiciones para su ejercicio (FJ 7).

43. De esta forma, este Tribunal no puede obviar que ya en el pasado ha establecido que el tratamiento que brinda el Estado a determinadas económicas responde a su *ius imperium*, como se desprende del artículo 59 de la Constitución (Expediente 04661-2006-PA/TC, FJ 6).

44. De lo anterior se desprende no solo el deber del Estado de establecer límites razonables y proporcionales a las libertades económicas, según lo exijan los principios, reglas y valores constitucionales, sino que, además, debe tenerse presente que no toda actividad económica o lucrativa está permitida por el ordenamiento jurídico; al punto que muchas actividades han sido proscritas expresamente a través de su calificación como delitos por el legislador penal, como el lavado de activos, el tráfico ilícito de drogas, etc., precisamente porque atentan contra la moralidad y la seguridad públicas.

45. Sin embargo, con relación a las actividades antes mencionadas, no se advierte ninguna reflexión en la sentencia en el sentido de las implicancias de estas actividades para el ordenamiento jurídico en su conjunto, desde la perspectiva de la moralidad y seguridad públicas, en los términos en que han sido desarrolladas por la jurisprudencia de este Tribunal.

IV. El ser humano y su relación con la naturaleza: antropocentrismo vs. ecocentrismo (SIC)

46. El caso de autos promueve también, ya en un ámbito más general, el análisis de dos concepciones que suelen ser objeto de discusión: el relativismo cultural y el universalismo. Por un lado, el relativismo sugiere que cada comunidad tiene una cultura, idiosincrasia y parámetros de conducta diferentes. Por ende, en tanto no se podría definir qué es lo bueno y qué es lo malo para todos, no se podría considerar que existen un mínimo de pautas de conducta o de derechos y garantías universalizables que se deben aplicar a todos los individuos sin distinción de raza, origen, género, religión u otro. Por otro lado, los defensores del universalismo consideran que sí existe un mínimo de pautas de conducta, de derechos y garantías que se deben aplicar a todos los individuos sin distinción de raza, origen, sexo, religión u otro.

47. Dicho debate es relevante en el caso en cuestión, puesto que uno de los argumentos más recurrentes para defender la constitucionalidad de las excepciones impugnadas, es que éstas forman parte de la cultura e identidad de determinados pueblos que realizan estas prácticas. Al respecto, debemos tener en cuenta que, como critican los defensores del universalismo, bajo el relativismo cultural se esconden arbitrariedades y comportamientos lesivos a los derechos fundamentales. Por ejemplo, admitir el relativismo significa respetar la tradición por la cual a las mujeres, en algunas comunidades indígenas del Perú, se les practicaba la mutilación genital, o permitir que se realicen matrimonios forzados maltratos físicos a menores de edad. Todas estas prácticas atentan contra una serie de derechos fundamentales y se intentan justificar bajo la identidad cultural, en la perspectiva del relativismo cultural. De igual modo, en la defensa de las corridas de toros, peleas de toros y peleas de gallos, desde el punto de vista del relativismo, se ignoran deberes constitucionales como la proscripción de toda forma de violencia.

48. Si bien el universalismo se refiere a los derechos humanos, es preciso mencionar que autores como Martha Nussbaum han extendido dicha protección y ha sostenido que es posible reconocer derechos a los animales, o al menos garantizar el bienestar animal, apelando a la sensibilidad de éstos. Particularmente, dicha autora hace una lista de principios políticos que deben guiar las leyes y políticas públicas en relación con los animales. Entre estos destacan, en lo que se refiere al presente caso, el principio de vida e integridad corporal[6]:

> Vida: bajo el enfoque de las capacidades, todos los animales tienen derecho a continuar con sus vidas, tengan o no un interés tan consciente. Todos los animales sintientes tienen un derecho seguro contra enfermedades gratuitas por deporte.

6 NUSSBAUM, Martha. *"Beyond 'Compassion and humanity' Justice for Nonhuman Animals"*. En: Martha C. En: SUNSTEIN, Cass y NUSSBAUM, Martha. *Animal Rights*. Oxford University' Press. 2004, pp. 314-315.

> Integridad corporal: bajo el enfoque de las capacidades, los animales tienen derechos directos contra las violaciones a su integridad corporal por violencia. abuso y otras formas de tratamiento dañino. ya sea que el tratamiento en cuestión sea doloroso o no.

49. Lo dicho anteriormente supone entonces una nueva visión respecto a los problemas que se producen entre animales humanos y no humanos. Esta nueva concepción supera la antropocentrista (que implica tomar como centro al ser humano), para dar paso al **ecocentrismo** en el que se cuestiona el rol del ser humano en la sociedad y en el mundo, en tanto es un ser social que también **convive** con el medio ambiente y los animales. Esta perspectiva puede ser identificada en pensadoras contemporáneas como Nussbaum, quien sostiene lo siguiente:

> El propósito de la cooperación social, por analogía y extensión, debería ser vivir decentemente juntos en un mundo en el que muchas especies intentan florecer. Una justicia verdaderamente global requiere no solo que busquemos en todo el mundo a otros miembros de especies que tengan derecho a una vida digna. También requiere mirar alrededor del mundo a los otros seres sintientes con cuyas vidas las nuestras son inextricablemente un complejo entrelazado.

50. De una revisión de la Ley 30407, de protección y bienestar animal, y específicamente de los principios de su título preliminar, así como de su finalidad y objeto, tengo la impresión de que el legislador se ha acercado en gran medida a esa visión ecocentrista, en la medida que procura cierta relación de convivencia entre el bienestar de las personas y el bienestar animal. Lamentablemente la impugnada excepción establecida en la Primera Disposición Complementaria Final (que exceptúa a las corridas de toros, peleas de toros, peleas de gallos) no guarda coherencia con el cuerpo legislativo general de la aludida ley.

V. Anotaciones finales

51. El presente caso no es uno común y corriente. Claramente tendrá un impacto en las futuras generaciones, las que con mayores elementos de juicio y sobre todo mayores análisis científicos, podrán identificar los niveles de sensibilidad e inteligencia de determinados animales no humanos y así otorgarle la importancia que hoy no tienen, de modo tal que se puedan generar los respectivos cambios legislativos.

52. Si no creyera en la esperanza de que estos cambios se producirán algún día, no escribiría nada de lo que contiene este voto. Si no creyera que la historia no es estática o no confiara en las futuras generaciones, no suscribiría el presente voto. Esto cambiará en el futuro. Ojalá no demoren los cambios y que acabe ya la crueldad contra determinados animales. Es nuestro deber cuidar nuestro planeta así como a aquellos animales con los que coexistimos.

53. Finalmente, quiero terminar haciendo una cita de la Suprema Corte de Kerala en el caso Nair vs. Union of India, de junio del 2000:

> En conclusión, sostenemos que los animales de circo (...) son colocados en jaulas estrechas, sujetos al miedo, al hambre, al dolor, sin mencionar la forma de vida no digna en la que tienen que vivir (...) Aunque no son homosapiens [sic]. también son seres con derecho a una existencia digna y un trato humano sin crueldad ni tortura (...). Por lo tanto, no es solo nuestro deber fundamental mostrar compasión a nuestros amigos animales, sino también reconocer y proteger sus derechos (...). Si los humanos tienen derecho a los derechos fundamentales, ¿Por qué no los animales?

Por todo lo expuesto, en atención a las consideraciones previamente desarrolladas, mi voto es por declarar **FUNDADA** la demanda; y en consecuencia, que se declare, **INCONSTITUCIONAL** la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407.

S.
LEDESMA NARVÁEZ

VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI OPINANDO QUE LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DEBE DECLARARSE FUNDADA

En el presente caso opino que la demanda debe declararse **FUNDADA**, por cuanto la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407, "Ley de Protección y Bienestar Animal", colisiona con la Constitución, incurriendo en infracción normativa directa y en infracción normativa indirecta de la misma, por lo que debe ser eliminada del ordenamiento jurídico, ya que adolece de inconstitucionalidad.

La colisión directa se produce con los artículos 66, 67 y 68 de la Constitución que regulan los recursos naturales, la política ambiental y la conservación de la diversidad biológica y áreas naturales protegidas, respectivamente, en el marco de la obligación del Estado de promover el régimen constitucional de conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas; y la colisión indirecta con las demás normas de la Ley 30407, "Ley de Protección y Bienestar Animal", que hace bloque de constitucionalidad con la propia Constitución respecto del mencionado régimen, al contener un desarrollo normativo de parte de los principios y valores constitucionales que inspiran la protección y conservación de la diversidad biológica en la dimensión de garantizar el bienestar y la protección de las especies animales vertebradas domésticas o silvestres mantenidas en cautiverio y proscribe el maltrato y la crueldad causadas directa o indirectamente por el ser humano, que les ocasione lesión o muerte, así como fomentar el respeto a la vida y el bienestar de los animales a través de la educación.

La fundamentación del presente voto la efectúo de acuerdo al siguiente esquema:

1. El proceso de inconstitucionalidad
2. La constitucionalidad
3. Conceptuación de la figura del análisis de constitucionalidad
4. La norma impugnada
5. Mi posición puntual respecto a la norma impugnada
6. El sentido de mi voto

A continuación, desarrollo dicho esquema siguiendo la misma numeración temática:

1. El proceso de inconstitucionalidad.

A manera de enmarque doctrinario que permita fijar adecuadamente la posición que corresponde asumir a la Judicatura Constitucional al intervenir en un proceso de inconstitucionalidad, considero necesario hacer, una vez más, una breve referencia a dicho proceso:

1.1 El Proceso Inconstitucionalidad o, más propiamente denominado Proceso Directo de Control Concentrado de la Constitucionalidad, es el proceso paradigma entre los procesos de control de la constitucionalidad en tanto constituye la canalización de la fórmula de heterocomposición más completa y eficaz para anular la normativa infraconstitucional afectada de alguna causal de inconstitucionalidad. Es decir, la normativa incursa en infracción constitucional. Sea esta infracción de forma, de fondo, directa, indirecta, parcial o total, y, en consecuencia, incompatible con la Constitución. Es un proceso de aseguramiento de la primacía de la Constitución, en cuanto norma suprema y expresión de la voluntad normativa del Poder Constituyente.

1.2 De acuerdo al diseño procedimental ideado por Hans Kelsen, el Proceso Directo de Control Concentrado de la Constitucionalidad tiene como características principales el ser un proceso constitucional de instancia única, de carácter cognoscitivo, de enjuiciamiento de la producción normativa del legislador infraconstitucional de primer rango y de carácter hiperpúblico; que, por consiguiente, escapa a las clasificaciones conocidas y se yergue como un proceso especialísimo, atípico y *sui generis*.

1.3 Así, es especialísimo, por cuanto es un proceso *ad hoc* y único para el control concentrado de la constitucionalidad, como corresponde a la materia de hiperinterés público que a través de él se controvierte y que canaliza una fórmula de heterocomposición peculiar, frente a un conflicto también peculiar y de marcado interés público, nacido a raíz del cuestionamiento de una norma imputada de inconstitucionalidad. Atípico, en razón de que no se encuadra dentro de la clásica tipología de procesos consagrados en el Derecho Procesal y, además, diferente a los otros procesos constitucionales. *Sui generis*, en razón que combina el interés de la parte accionante con un interés de carácter general, consistente en la fiscalización de la producción normativa infraconstitucional de primer rango para asegurar la supremacía normativa de la Constitución.

1.4 El objeto del Proceso Directo del Control Concentrado de la Constitucionalidad es una pretensión procesal de constitucionalidad; esto es, la solicitud de verificar la constitucionalidad de una norma imputada de inconstitucionalidad. Así, esta petición centra la actividad del Tribunal Constitucional en un juicio de constitucionalidad, de tal forma que la cuestionada inconstitucionalidad de la norma recurrida se convierte en requisito procesal de admisibilidad del recurso y cuestión de inconstitucionalidad, y configura lógicamente la cuestión de fondo del proceso que no puede entenderse resuelto con una decisión sobre el fondo más que cuando el Tribunal dilucida la constitucionalidad, o no, de la norma en cuestión.

1.5 Por consiguiente, debe quedar aclarado que en el Proceso de Inconstitucionalidad el tema de fondo es determinar si la disposición imputada de inconstitucionalidad infringe o no la normativa constitucional. Es decir, si es compatible con la parte dispositiva propiamente dicha de ella y, además, con los principios, valores, institutos, derechos y demás aspectos que le son inherentes.

2. La constitucionalidad.

En esa línea, lo que debe determinarse es si la disposición infraconstitucional cuestionada está impregnada o no de constitucionalidad, por lo que resulta necesario formular su conceptuación.

Al respecto, afirmo que la constitucionalidad es un vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas que conforman el sistema jurídico que aquella diseña; tanto en cuanto al fondo como a la forma. Es una suerte de cordón umbilical que conecta o une los postulados constitucionales con sus respectivos correlatos normativos, en sus diversos niveles de especificidad; siendo consustancial al proceso de implementación constitucional e imprescindible para la compatibilidad y coherencia del sistema jurídico.

3. Conceptuación de la figura del análisis de constitucionalidad.

Asumido ya un concepto de constitucionalidad, toca hacer referencia al denominado análisis de constitucionalidad, respecto del cual es menester puntualizar lo siguiente:

3.1. Todo análisis de constitucionalidad presupone un proceso de cotejo o de comparación abstracta entre la norma o conjunto de normas objetadas como inconstitucionales y lo dispuesto de modo expreso por la norma constitucional. Por consiguiente, lo que corresponde hacer al Juez Constitucional en el Proceso de Inconstitucionalidad es comparar, desde el punto de vista estrictamente normativo, si la disposición impugnada colisiona o no con la Constitución; o, en todo caso, si la desborda, desnaturaliza, desmantela, transgrede o entra en pugna con ella. Esa y no otra es la labor del Juez Constitucional en este tipo de procesos. Se trata, lo enfatizo, de garantizar la primacía normativa de la Norma Suprema.

3.2. A tales efectos y con la finalidad de detectar si una norma resulta o no contraria con la Constitución, nuestro Código Procesal Constitucional, establece ciertas clases de infracciones, las que en buena cuenta nos permiten distinguir entre inconstitucionalidad por el fondo o por la forma, inconstitucionalidad total o parcial, e inconstitucionalidad directa e indirecta.

3.3. En lo que respecta al primer grupo de infracciones, conviene precisar que lo que se denomina como inconstitucionalidad por el fondo, se presenta cuando la contraposición entre lo que determina la Constitución y lo que establece la ley, resulta frontal o evidente. Es decir, el mensaje normativo entre norma suprema y norma de inferior jerarquía es opuesto y por tanto la inconstitucionalidad es manifiesta por donde quiera que se le mire.

3.4. La inconstitucionalidad en cambio, es por la forma cuando la norma objeto de impugnación, independientemente de su compatibilidad con el contenido material de la Constitución, ha sido elaborada prescindiendo de las pautas procedimentales o del modo de producción normativa establecido en la Constitución. Se trata en otras palabras de una inconstitucionalidad que no repara en los contenidos de la norma sino en

su proceso de elaboración y la compatibilidad o no del mismo con lo establecido en la Norma Fundamental.

3.5. En lo que atañe al segundo grupo de infracciones, cabe afirmar que la llamada inconstitucionalidad total es aquella que se presenta cuando todos los contenidos de la norma impugnada infringen a la Constitución y, por tanto, deben ser expectorados del orden jurídico.

3.6. La inconstitucionalidad es parcial, cuando, examinados los diversos contenidos de la norma impugnada, se detecta, que solo algunos se encuentran viciados de inconstitucionalidad. La determinación de esos contenidos, sin embargo, puede variar en intensidad. A veces puede tratarse de una buena parte del mensaje normativo, en ocasiones solo de una frase o, en otras, solo de una palabra.

3.7. El tercer grupo de infracciones, referidas a la inconstitucionalidad directa e indirecta, responde a una clasificación relativamente novedosa, y aún embrionariamente trabajada por nuestra jurisprudencia, para cuyo entendimiento es necesario echar mano del moderno concepto de bloque de constitucionalidad, el cual hace referencia al parámetro jurídico constituido por la Constitución como norma suprema del Estado y por las normas jurídicas que le otorgan desarrollo inmediato (leyes orgánicas, leyes de desarrollo de los derechos fundamentales, tratados internacionales de derechos humanos, etc.). Dicho parámetro resulta particularmente importante en ordenamientos donde la determinación de lo que es o no constitucional, no se agota en la norma formalmente constitucional, sino que se proyecta sobre aquel entramado normativo donde es posible encontrar desarrollos constitucionales extensivos.

3.8. En tal sentido la inconstitucionalidad directa es aquella donde la determinación de la colisión normativa se verifica en el contraste producido entre la Constitución y la norma objeto de impugnación. Se trata pues, de un choque frontal entre dos normas con mensajes de suyo distintos.

3.9. En cambio, en la inconstitucionalidad indirecta la colisión se verifica entre la norma objeto de impugnación y los contenidos de una típica norma de desarrollo constitucional. Lo inconstitucional, no se determina pues a la luz de lo que la norma constitucional directamente establece sino en el contexto de lo que una de sus normas de desarrollo representa.

4. La norma impugnada

La norma impugnada es la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407, Ley de Protección y Bienestar Animal, que establece literalmente lo siguiente:

> *"Exceptúanse de la presente Ley las corridas de toros, peleas de toros, peleas de gallos y demás espectáculos declarados de carácter cultural por la autoridad competente, las que se regulan por ley especial."* (sic)

Tal excepción se refiere a los alcances de la acotada Ley de Protección y Bienestar Animal, que regula parte de los principios y valores constitucionales que inspiran el régimen de protección y conservación de la diversidad biológica y de los recursos naturales, en lo referido a los animales vertebrados, domésticos o silvestres mantenidos en cautiverio, desarrollando todo lo relacionado con los principios de dicho régimen, como el principio de protección y bienestar animal, el principio de protección de la biodiversidad, el principio de colaboración integral, el principio de responsabilidad de la sociedad, el principio de armonización con el derecho internacional y el principio precautorio; con la finalidad de dicho régimen; con el objeto de dicho régimen, que consiste en la protección de la vida y la salud de los animales vertebrados, domésticos y silvestres mantenidos en cautiverio e impedir el maltrato y la crueldad causados directa o indirectamente por el ser humano, entre otros; con las definiciones de dicho régimen; con los deberes de la persona y del Estado respecto de los animales; con el Ente rector y los órganos ejecutores de dicho régimen; así como con la responsabilidad de las autoridades e instituciones involucradas; con las asociaciones de protección y bienestar animal; con la tenencia, protección y manejo de animales; con las prohibiciones generales y especiales; con las infracciones; y con otros aspectos adicionales atinentes al régimen en mención.

Por consiguiente, el análisis de constitucionalidad de la norma cuestionada debe consistir en la determinación de si existe o no compatibilidad y coherencia entre la misma (la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407, Ley de Protección y Bienestar Animal) y la normativa constitucional relacionada con el régimen constitucional de conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas (artículos 66, 67 y 68 de la Constitución) y las demás normas de la referida Ley 30407 (Artículos 1 al 34 y la Segunda Disposición Complementaria Final, así como sus disposiciones complementarias modificatorias y anexo de definiciones), que hacen bloque de constitucionalidad y desarrollan parte de los principios y valores constitucionales que inspiran la protección y conservación de la diversidad biológica.

5. Mi posición puntual respecto a la norma impugnada

5.1 Como premisa de tal análisis, debo apuntar que el tema objeto del mismo, consistente en la determinación de si la norma impugnada infringe o no la Constitución y el bloque de constitucionalidad antes aludido, tiene también que ver, más allá de las digresiones de orden netamente constitucional, con la posición que le reconocemos a los animales respecto de los seres humanos.

Sobre esto último, es menester tener en cuenta que hace algunas décadas se ha venido gestando en diversas latitudes del mundo un debate acerca de cómo debe ser concebido el mundo animal; debate que, entre otras posiciones, ha bifurcado principalmente en dos tendencias: una, el especismo; y, la otra, el antiespecismo.

La primera tendencia (el especismo), que se traduce en el denominado pensamiento especista, concibe que la vida animal no se encuentra al mismo nivel que la vida humana, por cuanto solo el hombre tiene capacidad de raciocinio, por lo que la valoración de los animales debe responder a tal diferencia.

Esta visión especista, trae consigo varias consideraciones inevitables, tales como:

a. Que la vida humana vale más que la vida animal;

b. Que solo cabe hablar de derechos fundamentales respecto de la persona humana y no respecto de los animales no humanos; y

c. Que los seres humanos, en cuanto pertenecientes a una especie superior, son los que deciden y disponen lo pertinente en relación con los animales y, por tanto, sobre su vida e integridad.

La segunda tendencia (el antiespecismo), que se traduce en el llamado pensamiento antiespecista, postula que toda vida debe ser valorada en igual medida, pues todos formamos parte del mundo natural y, en ese mundo, aun aceptando las particulares diferencias entre el estilo de vida humano y el animal, ninguna vida puede ser infravalorada pues los animales son seres sintientes y, aunque su coeficiente no sea el mismo que el de un ser humano, ello no significa en modo alguno diferencias en cuanto al tratamiento que se les dispense.

Esta visión antiespecista, trae consigo varias consideraciones inevitables, tales como:

a. Que, en tanto toda vida vale igual, urge revisar nuestros conceptos jurídicos pues responden a una perspectiva rigurosamente antropocéntrica o que hace girar todo lo que regula el sistema jurídico alrededor de la persona humana;

b. Que los derechos fundamentales sí podrían ser aplicables a los animales, en tanto especies vivas, habida cuenta que los sistemas jurídicos deben valorar toda vida por lo que aquella significa y no en base a las capacidades de cada ser; y

c. Que podría hablarse de una dignidad del mundo animal desde una perspectiva integral y en base a lo que representa su valor y trascendencia en el mundo natural.

5.2 Ahora bien, sin asumir por ahora una posición definitiva respecto de las mencionadas tendencias y aceptando que la tendencia contemporánea hace énfasis en la valoración de toda especie viviente, en el análisis de constitucionalidad, que es la herramienta para determinar si ha habido o no infracción constitucional, no cabe para el juez constitucional sustraerse del ordenamiento constitucional que impera en su realidad y, a la luz del mismo, atender las controversias jurídicas que se planteen respecto al mundo animal y a su relación con el ser humano, así como respecto de los cánones que deben aplicarse a dicha relación pues, cada caso sometido a la jurisdicción constitucional debe analizarse en armonía con el respectivo sistema constitucional.

5.3 Dicho esto, como ya he tenido oportunidad de precisarlo en el voto singular recaído en la sentencia emitida en el Expediente 01413-2017-PA/TC, correspondiente al proceso de amparo promovido por don Juan Fernando Ruelas Noa contra la Junta de Propietarios del edificio Antonio Miroquesada, mi posición es que, de acuerdo con nuestro sistema constitucional los animales no son sujetos de derecho (atributo

exclusivo de la persona humana y, en cuanto corresponda, de la persona jurídica), sino objetos de derecho (es decir, bienes o cosas sobre las que tiene derecho la persona) sometidos a regulación especial, dada su condición de seres vivientes y sintientes, por lo que el trato humano hacia ellos debe ser ajeno a toda crueldad o maltrato, como, en esencia, se deriva de nuestra Constitución y lo establece, haciendo bloque de constitucionalidad con ella, la normativa especial contenida en la propia Ley de Protección y Bienestar Animal, Ley N.° 30407, que prohíbe y combate la crueldad y el maltrato animal.

5.4 Habiendo precisado lo anterior e ingresando propiamente al análisis de constitucionalidad de la disposición cuestionada (la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407), es menester partir de la consideración que la Constitución peruana, en cuanto Norma Suprema la República y expresión normativa del poder constituyente, que es el poder fundacional del Estado Nación, cuyo titular auténtico, único y primigenio es el pueblo, consagra un conjunto de disposiciones centradas en la concepción que la persona humana, concebida como sujeto y titular de un conjunto de derechos inherente y propios de ella, denominados derechos humanos, derechos fundamentales, derechos constitucionales o derechos de la persona, entre otras denominaciones, y también considerada como principio y valor esencial sobre el que se asienta todo el orden constitucional, es el fin supremo de la sociedad y del Estado, al punto que su artículo 1 reza textualmente que *"La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado"*; por lo que no solo es considerada anterior y superior al Estado, sino la razón de ser del Estado.

5.5 Así, desde la óptica profundamente humanista que ha inspirado al legislador constituyente nacional y que consagra nuestra Constitución, todo el orden social, político, económico y jurídico del país gira en torno a la persona humana, para garantizar la plena realización de sus potencialidades en un régimen de libertad y democracia, donde se respetan sus derechos, se proscribe todo exceso o abuso de poder y no existe área liberada de control frente a cualquier afectación de los derechos fundamentales de la persona o frente a cualquier afectación de la propia Norma Suprema de la República.

5.6 Desde esta perspectiva, como lo he referido supra, para determinar si la disposición impugnada es constitucional o no debe confrontarse esta con las normas constitucionales referidas a la relación del ser humano con los animales y las del bloque de constitucionalidad respectivo. Ello permitirá comprobar si existe habilitación constitucional que legitime realizar espectáculos que comprendan como objeto principal de los mismos dar muerte a los animales utilizados en dichos espectáculos o producirles diversos daños, a través de lesiones, maltratos y otros propiciados como parte de tales espectáculos, bajo el argumento que se trata de espectáculos culturales, como ocurre con las corridas de toros, las peleas de gallos y las peleas de toros, entre otros.

5.7 En tal dirección, entre los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Carta Constitucional de 1993 interesa detenerse en el consagrado en la última parte del inciso 22 de su artículo 2, que a la letra preceptúa que *"Toda persona tiene derecho: …22 … a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida."*; derecho que, desde mi perspectiva, se asienta en la consideración que el hombre como parte de la naturaleza tiene el derecho de vivir en una relación de armonía con ella, pero, a la vez, tiene la obligación o el deber de respetarla y protegerla, para que el ambiente, entendido como el conjunto de elementos y circunstancias que constituyen su entorno y son condicionantes de su vida, sea el adecuado.

5.8 Al respecto, siguiendo a Jorge Bustamante Alsina ("Derecho Ambiental fundamentación y normativa", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995) debe afirmarse que un elemento vital del medio ambiente es la biósfera, que "… está constituida por la capa de suelo, de agua y de aire que rodea el globo terrestre donde reinan las condiciones necesarias para la vida animal y vegetal. Ella comprende elementos minerales o abióticos y elementos bióticos, como animales, vegetales y microorganismos." (Página 35). Y que los elementos bióticos son las especies, que según el mismo autor "… son los organismos vivos que pueblan nuestro planeta, comprendiendo millones de especies de plantas, de animales y de microorganismos. Cada especie está compuesta de individuos que poseen caracteres semejantes y son capaces de reproducirse y trasmitir estos caracteres a sus descendientes." (Página 37).

5.9 En este orden de ideas, resulta evidente y de lógica elemental concluir, ratificando lo dicho unas líneas arriba, que el derecho *a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida*, que recoge el precitado inciso 22 del artículo 2 de nuestra actual Constitución, exige que las diversas actividades humanas llevadas a cabo respecto del medio ambiente en general y, en lo que para este caso interesa, respecto de los animales en particular, en cuanto son parte del medio ambiente, sean compatibles y armónicas con el equilibrio que para el mismo exige un desarrollo adecuado de la vida humana; exigencia de equilibrio como derecho fundamental y como respuesta frente al irresponsable accionar humano de décadas que viene deteriorando el medio ambiente y causando graves daños a los hábitats naturales y, específicamente, a los animales.

5.10 Este censurable accionar humano, que atenta contra el ambiente en general y contra los animales en particular, afectando nuestro derecho *a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de nuestra vida*, se viene dando en diversas dimensiones, entre las cuales está el realizar espectáculos que comprendan como objeto principal de los mismos dar muerte a los animales utilizados en dichos espectáculos o producirles diversos daños, a través de lesiones, maltratos u otros actos como parte de tales espectáculos, bajo el argumento que se trata de espectáculos culturales, como ocurre con las corridas de toros, las peleas de gallos y las peleas de toros, entre otros; dentro de una inconstitucional lógica que, bajo el argumento de la tradición y la cultura, se admite la muerte y el maltrato animal por el simple gozo o placer colectivo, como si la cultura permitiera mantener rezagos de la barbarie humana.

5.11 Ello, reviste mayor gravedad, si concordamos el derecho fundamental en comento, *el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de nuestra vida*, con lo previsto en los siguientes artículos de la Carta Suprema de la República:

> *"Artículo 67.- Política Ambiental*
>
> ***El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.*** *"* (el resaltado es mío)
>
> *"Artículo 68.- Conservación de la diversidad biológica y áreas naturales protegidas*
>
> ***El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica*** *y de las áreas naturales protegidas.* (el resaltado es mío)

5.12 Mayor gravedad, por cuanto a la luz de nuestra Carta Fundamental y en armonía con el sistema constitucional peruano, así como con los valores y principios que lo inspiran, no es pues el ambiente, en cuanto entorno o hábitat vital del ser humano, y dentro del mismo el mundo animal, en cuanto elemento biótico del ambiente, una realidad ajena y divorciada de la sociedad y del Estado, sino objeto de su especial atención y protección, al punto que se consagra en su artículo 67 la ineludible obligación del Estado de establecer *una política nacional del ambiente*, a la cual deben someterse toda la sociedad peruana y cada uno de sus miembros, y en su artículo 68 la ineludible obligación del Estado de *promover la conservación de la diversidad biológica*, a la cual estamos obligados a sumarnos toda la sociedad peruana y cada uno de los individuos que la integramos.

5.13 Y es precisamente, acatando las obligaciones impuestas por los citados artículos constitucionales de proteger el medio ambiente y procurar la conservación de la diversidad biológica, entre otras obligaciones, que el legislador ordinario ha concebido la Ley de Protección y Bienestar Animal N° 30407, que, como ya se ha comentado, desarrollando parte de los principios y valores constitucionales que inspiran el régimen de protección y conservación de la diversidad biológica y de los recursos naturales, regula todo lo relacionado con los principios de dicho régimen, en cuanto a la protección de la vida y la salud de los animales vertebrados, domésticos y silvestres sometidos a cautiverio, tales como los principios de protección y bienestar animal, de protección de la biodiversidad, de colaboración integral, de responsabilidad de la sociedad, de armonización con el derecho internacional y el principio precautorio; con la finalidad de dicho régimen; con su objeto, que, lo reitero, consiste en la protección de la vida y la salud de los animales vertebrados, domésticos y silvestres mantenidos en cautiverio e impedir el maltrato, así como la crueldad causados directa o indirectamente por el ser humano, entre otros; con las definiciones de dicho régimen; con los deberes de la persona y del Estado respecto de los animales; con el Ente rector y los órganos ejecutores de dicho régimen; con la responsabilidad de las autoridades e instituciones involucradas; con las asociaciones de protección y bienestar animal; con la tenencia, protección y manejo de animales; con las prohibiciones generales y especiales; con las infracciones; y con otros aspectos adicionales atinentes al régimen en mención.

5.14 En efecto, la Ley 30407, Ley de Protección y Bienestar Animal, que, salvo su Primera Disposición Complementaria Final imputada de inconstitucionalidad en este proceso constitucional, no ha sido puesta en cuestión por ninguna de las partes ni por quienes se han apersonado esgrimiendo con singular énfasis y vehemencia razones a favor de la posición de una u otra parte, reconociendo así su plena constitucionalidad y vigencia, contiene las siguientes disposiciones que no hacen sino ratificar y regular los principios y valores constitucionales que postulan un accionar humano acorde con la protección de la vida y la salud de los animales en cautiverio, y ajeno al maltrato y la crueldad contra ellos, cuyo sacrificio sólo se admite para procurar alimento a la especie humana o por razones de interés social; disposiciones de las que me interesa destacar para los efectos de la fundamentación del presente voto las siguientes:

> *"Artículo 1.1:* ***Principio de protección y bienestar animal****.*
>
> ***El Estado establece las condiciones necesarias para brindar protección a las especies de animales vertebrados domésticos o silvestres y para reconocerlos como animales sensibles, los cuales merecen gozar de buen trato por parte del ser humano y vivir en armonía con su medio ambiente.****"* (el resaltado es mío)
>
> *"Artículo 1.2:* ***Principio de protección de la biodiversidad.***
>
> *El Estado asegura la conservación de las especies de fauna silvestre legalmente protegidas y sus hábitats mediante la aprobación de planes nacionales de conservación, así como la protección de las especies migratorias.*
>
> *Las especies silvestres que se encuentran en cautiverio gozan de las condiciones que permitan el desarrollo de patrones conductuales propios de su biodiversidad, en concordancia con las políticas nacionales de conservación del ambiente, manejo y uso sostenible de la fauna silvestre, de producción y sanidad agropecuaria y de prevención de la salud pública."*
>
> *"Artículo 1.3:* ***Principios de colaboración integral y de responsabilidad de la sociedad.***
>
> ***Las autoridades competentes****, de nivel nacional, regional y local,* ***y las personas naturales y jurídicas, propietarios o responsables de los animales, colaboran y actúan en forma integrada para garantizar y promover el bienestar y la protección animal.****"* (el resaltado es mío)
>
> "Artículo 1.4: Principio de armonización con el derecho internacional.
>
> ***El Estado establece un marco normativo actualizado a favor del bienestar y la protección de los animales*** *conforme a los acuerdos, tratados, convenios internacionales y demás normas relacionadas."* (el resaltado es mío)
>
> *"Artículo 1.5:* ***Principio precautorio.***
>
> ***El Estado tiene la potestad de realizar acciones y emitir normas inmediatas y eficaces cuando haya indicios de que algún acto pueda infringir dolor, lesión,***

> ***daño grave o irreversible a cualquier animal, para evitarlo o reducirlo, aunque no se haya demostrado científicamente que tal ser sea sensible o no a estímulos inducidos.***
>
> *Las medidas deben adecuarse a los cambios en el conocimiento científico que se vayan produciendo con posterioridad a su adopción.*
>
> ***La aplicación de este principio es restringida en el caso de uso de animales para investigación con fines científicos**, que cumplan con los estándares mínimos de manejo e investigación en animales, **así como para aquellos animales destinados al consumo humano** que se rigen por las normas nacionales e internacionales que regulan el manejo durante toda la cadena de producción"*. (el resaltado es mío)

5.15 Estas disposiciones desarrollan los principios constitucionales que rigen la relación entre los humanos y el mundo animal, los cuales son: *el principio de protección y bienestar animal*, *el principio de protección de la biodiversidad*, *el principio de colaboración* integral, el principio *de responsabilidad de la sociedad*, *el principio de armonización con el derecho internacional* y *el principio precautorio*. Estos principios son armónicos con el mandato constitucional de mantener un ambiente equilibrado y adecuado para la vida humana y de preservar y defender la biodiversidad, proscribiendo todo acto de maltrato a los animales; mandatos que implican la obligación de todos, el Estado y la sociedad entera, de garantizar la protección y el bienestar animal.

5.16 De los principios antes mencionados, conviene tener muy en cuenta *el principio de protección y bienestar animal*, pues este principio reconoce un elemento que antes no se encontraba en el eje de las preocupaciones sobre el mundo estrictamente animal, el cual tiene que ver no solo con la necesidad de proteger y preservar el mundo animal como algo de particular valor, sino con el reconocimiento expreso e inobjetable de que se trata de seres sintientes, esto es, seres con capacidad para procesar el dolor o sufrimiento. Esta perspectiva se encuentra prácticamente presente en cada uno de los apartados de la precitada Ley de Protección y Bienestar Animal como lo evidencia, no solo el principio antes citado, sino el artículo 3°, que, en su primera parte, al describir el objeto de dicha norma, establece textualmente que:

> ***"La presente ley tiene por objeto proteger la vida y la salud de los animales vertebrados, domésticos o silvestres mantenidos en cautiverio, impedir el maltrato, la crueldad, causados directa o indirectamente por el ser humano, que les ocasiona sufrimiento innecesario, lesión o muerte; así como fomentar el respeto a la vida y el bienestar de los animales a través de la educación."*** (el resaltado es mío)

5.17 Más adelante se volverá a reiterar esta misma visión en el artículo 14, al establecerse de manera mucho más directa un tratamiento de los *"Animales como **seres sensibles**"*, enfatizándose que *"Para fines de la aplicación de la presente Ley **se reconoce como animales en condición de seres sensibles a toda especie de animales vertebrados domésticos y silvestres mantenidos en cautiverio**"*. (el resaltado es mío)

5.18 De otro lado, con relación al derecho de propiedad respecto a los animales, si bien a la luz de la normativa constitucional e infraconstitucional peruana los animales son considerados objetos de derechos, por lo que sobre ellos cabe ejercer el derecho de propiedad, no se trata en rigor de cualquier clase de propiedad la que debe ejercerse sobre los mismos, sino de una de características especiales, por tratarse de especies vivas, a las que se les reconoce una condición de seres sensibles.

5.19 En tal contexto debe señalarse que cuando la Constitución proclama en su artículo 70° que *"El derecho de propiedad es inviolable"* y que *"El Estado lo garantiza",* también deja en claro que dicho atributo *"**Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley**"* (el resaltado es mío), lo que evidentemente impone no solo ameritar la importancia de dicho derecho, sino los necesarios límites que han de corresponderle. Y siendo que uno de aquellos límites nace del marco constitucional antes descrito, así como de los principios y valores que lo inspiran, y, en términos específicos y propios, de la Ley de Protección y Bienestar Animal, que, como se ha visto, regula el deber general de protección animal y una serie de deberes específicos dada su especial condición de seres sintientes, está claro que la adecuada lectura constitucional que debe nacer de la norma fundamental, es una que auspicie un trato adecuado en torno de lo que representa toda especie viva. Trato que colisiona frontalmente con toda forma de maltrato y crueldad ejercidos contra los animales, que le ocasione sufrimiento innecesario, lesiones o muerte, causados directa o indirectamente por el ser humano.

5.20 Conviene en esta parte puntualizar, por ser de particular relevancia para el caso, que en el Capítulo II de la Ley de Protección y Bienestar Animal, referido a los deberes de las personas y del Estado, se deja claramente establecido, entre otros aspectos, los siguientes:

Artículo 5.2:

"La adquisición y tenencia de un animal es responsabilidad de una persona mayor de edad, que tenga plena capacidad de ejercicio. Esta debe cumplir las disposiciones que establece la presente Ley y las disposiciones complementarias" (el resaltado es mío)

Artículo 5.3:

"El propietario, encargado o responsable de un animal de compañía debe atender con carácter obligatorio las siguientes necesidades fundamentales:

a) Ambiente adecuado a sus hábitats naturales de vida y condiciones mínimas sanitarias que les permita expresar el comportamiento natural propio de su especie.

b) Alimentación suficiente y adecuada a los requerimientos biológicos de cada especie.

c) ***Protección del dolor, sufrimiento, ansiedad, heridas y enfermedades****.*

d) Atención médico-veterinaria especializada y vacunación, de ser necesario". (el resaltado es mío)

Artículo 5.4:

"Los animales silvestres que son mantenidos en cautiverio como mascotas, dentro de un domicilio, restaurante o en centros de cría, están sujetos a la norma específica del sector competente"

No menos importante es el artículo 7 de la misma norma que establece que:

"El Estado, a través de los sectores competentes, establece las medidas necesarias para la protección de los animales de compañía, de manera que se les garantice la vida, la salud y vivir en armonía con su ambiente; igualmente, asegura un adecuado y responsable trato y manejo zootécnico de los animales de granja, así como la conservación y el aprovechamiento sostenible de la fauna silvestre, de acuerdo con la legislación sobre la materia"

5.21 Particular interés para el caso de autos, presentan los artículos 16, 17 y 18 del Capítulo V de la misma Ley de Protección y Bienestar Animal, que señalan textualmente lo siguiente:

Artículo 16. Animales de granja

"Los transportistas, los propietarios, encargados y responsables de una granja o centros de beneficio están obligados a cumplir las medidas de protección y bienestar animal que establecen los ministerios de Agricultura y Riego, del Ambiente y de la Producción. Estas medidas están basadas en las buenas prácticas referentes a la crianza, transporte, sacrificio, faenamiento y al manejo poblacional e individual de animales de granja. El sacrificio debe causar la muerte instantánea o la inmediata inconsciencia animal".

Artículo 17. Animales silvestres en cautiverio

"Los propietarios, encargados y responsables de establecimientos de cría en cautiverio son responsables de cumplir las medidas de protección y bienestar animal que establece el ente rector".

Artículo 18. Vertebrados acuáticos en cautiverio

"Los propietarios, encargados y responsables de capitanías de puerto, centros de cría en cautiverio y acuarios son responsables de cumplir las medidas de protección y bienestar animal que establecen los ministerios de la Producción y del Ambiente durante las acciones de rescate, aclimatación, transporte, cuarentena, rehabilitación, reubicación, liberación, y a manejo poblacional e individual de los vertebrados acuáticos, con excepción de las especies definidas como fauna silvestre en la legislación específica, cuyo manejo es regulado por el Ministerio de Agricultura y Riego, a través de la Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre".

5.22 También conviene señalar que, con independencia de los diversos regímenes jurídicos que operan para los animales de acuerdo a la utilidad que tienen, está claro que

el deber de protección resulta transversal a todos ellos y, por ende, su propiedad o tenencia, no se desvincula en lo absoluto de la necesidad que se tiene por proteger su condición de seres sensibles. En tal sentido, es notable la incompatibilidad de la norma impugnada (la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407) con la Constitución y la propia Ley de Protección y Bienestar Animal, tanto es así que de su sola lectura es posible deducir que la misma resulta a todas luces incoherente con el esquema de principios, prescripciones y prohibiciones contenidas en la Ley de Protección y Bienestar Animal, habida cuenta que pretende crear una excepción carente de todo sustento o base razonable.

5.23 En efecto, lo que la citada norma invoca bajo el membrete de cultura no puede ser pretexto para vaciar de contenido lo que representa el deber de protección animal auspiciado por la misma ley que le sirve de parámetro y que, como se ha visto, se encuentra adscrito a una serie de normas constitucionales concernientes a la protección del medio ambiente y los recursos naturales, y el derecho de propiedad.

5.24 Aunque la Constitución reconoce un modelo de cultura con amplio espectro y basado en las costumbres, las tradiciones y la historia, de ninguna manera fomenta que a título del mismo se desnaturalicen otros valores constitucionales y bienes jurídicos de relevancia.

5.25 Con independencia que existan personas que hagan suyo un estilo de vida que desprecia o descategoriza la vida animal, ello de ninguna manera puede servir de argumento para validar una excepción como la propuesta, pues de ser así, no tendría ningún sentido haber legislado en favor de los animales reconociendo su valor y, sobre todo, su condición de seres sensibles.

5.26 Las excepciones legales, es bueno resaltarlo, se han hecho para confirmar una regla no así para desvirtuarla, tanto más cuando no solo existe una ley especial con indiscutibles perspectivas protectoras, sino un esquema constitucional que de manera reforzada le sirve de sustento, además de normas internacionales que no he referido en este voto pero que están en la misma dirección.

5.27 Por las consideraciones expuestas, mi voto es porque se declare la inconstitucionalidad directa e indirecta de la norma cuestionada.

5.28 Las normas constitucionales que directamente se han vulnerado son el artículo 2, incisos 1 y 22, y los artículos 67 y 70 de la Constitución.

5.29 Las normas legales que indirectamente y en su condición de parte integrante del bloque de constitucionalidad han sido vulneradas son todas las contenidas en la Ley de Protección y Bienestar Animal N° 30407, con excepción de la norma objeto de cuestionamiento.

6. El sentido de mi voto

Mi voto es porque se declare la inconstitucionalidad directa e indirecta de la norma cuestionada; en consecuencia, que se elimine del ordenamiento jurídico. Las normas constitucionales que directamente se han vulnerado son el artículo 2, incisos 1 y 22, y los artículos 67 y 70 de la Constitución. Las normas legales que indirectamente y en su condición de parte integrante del bloque de constitucionalidad han sido vulneradas son todas las contenidas en la Ley de Protección Animal, con excepción de la norma objeto de cuestionamiento.

S.
BLUME FORTINI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Me aparto respetuosamente de lo indicado en el proyecto de sentencia elaborado por el ponente de la causa. Como expliqué en la deliberación pública de febrero de este año, considero que la demanda de inconstitucionalidad que es materia de análisis debe ser declarada fundada en todos sus extremos, pues resulta inconstitucional la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407, "Ley de Protección y Bienestar Animal", en la medida que exceptúa indebidamente la corrida de toros, la pelea de gallos y otros espectáculos considerados culturales de la aplicación de la referida ley. Pasaré a desarrollar mis argumentos a continuación:

1. Como se ha señalado en más de una oportunidad, el juez(a) constitucional no es alguien que resuelve en función a simpatías o antipatías, o que recoge acríticamente posturas asumidas por otros(s) como argumento de autoridad. Lo que debe buscarse es la concretización de lo previsto en el texto constitucional o lo que razonablemente puede deducirse de su comprensión sistemática o incluso convencionalizada.

2. Aquello implica que, en un caso como este, al cual incluso se le podría calificar como "difícil", debe tenerse claro que la respuesta a dar no busca contentar a todo mundo, sino obtener respuestas conforme al parámetro constitucional. Es más, al respecto este mismo Tribunal ha tenido posturas cambiantes; así pues, en el caso "Lobatón Donayre" asumió una posición contraria a las corridas de toros. En cambio, en el caso "Colegio de Abogados de Lima Norte" desarrolló una comprensión más bien permisiva de las mismas.

3. En este caso se han dado situaciones de inconstitucionalidad en la configuración del trámite de la norma en comento como en el contenido de la misma. Se pasará entonces a realizar las precisiones respectivas al respecto.

4. En lo referido al trámite de esta ley, hasta hoy el órgano competente para ello (el Ministerio de Cultura) no ha calificado a la corrida de toros como espectáculo cultural. A pesar de la relevancia de lo que se discutía y de los múltiples actores (públicos y privados) que involucraba, no hubo una segunda deliberación del proyecto. Cierto es que cabe no contemplar segundos debates, pero la misma naturaleza de lo que se discutía y el sentido de la labor parlamentaria apuntan a lo contrario, a limitar este recorte de segunda deliberación a casos excepcionales.

5. Finalmente, la Ley de Protección y Bienestar Animal demandaba la dación de una ley especial para materializar los alcances de las excepciones, tan imprecisas como (por lo menos) de sospechosa constitucionalidad. Sin embargo, hasta hoy no se publica dicha ley. Los vicios a los cuales aquí he hecho referencia bien ameritan solicitar una

declaración de inconstitucionalidad ya que, en términos procesales, no podía plantearse una relación jurídica procesal válida. Pero ello no queda allí. Hay mucho más que decir con respecto al contenido de lo previsto en la ley y cuestionado por quienes interpusieron la presente demanda. A eso vamos de inmediato.

6. Y es que abordar estos temas también incluye tomar una posición frente a varias cuestiones vinculadas a la discusión propuesta por la presente demanda. Una primera tiene que ver con lo concerniente a la titularidad de los derechos fundamentales, y si, en todo caso, los animales (en especial los vertebrados, que son objeto de la regulación cuestionada[1]) son pasibles de alguna especie de protección que se derive de la Constitución o, más aún, si esta puede estar relacionada con ciertos bienes de relevancia iusfundamental. Además de ello, será necesario hacer alguna referencia a si las manifestaciones o tradiciones culturales pueden, finalmente, justificar una afectación legítima, o incluso convalidad una excepción, para el mandato de "garantizar el bienestar y la protección de todas las especies de animales vertebrados" que se prevé expresamente en la Ley de Protección y Bienestar Animal. Finalmente, también es necesario dejar planteadas algunas reflexiones sobre en qué medidas podrían ser consideradas aceptables algunas manifestaciones culturales que para muchos cabe considerar como violentas y hasta crueles, reflexiones que necesariamente deberán moverse dentro del orden marco habilitado por nuestra Constitución.

7. De este modo, una primera cuestión debe debemos abordar está relacionada con la titularidad de los derechos fundamentales y la cuestión de si los animales pueden ser considerados como titulares de estos. Al respecto, lo primero que podemos decir es que existen dos perspectivas sobre las razones o fundamentos para considerar qué sujetos pueden ser titulares de derechos fundamentales.

8. Desde la perspectiva que podemos denominar normativa, la titularidad depende de algún reconocimiento formal que haya realizado la autoridad pertinente. En el caso de los derechos fundamentales dicha autoridad suele ser, en primer lugar, el poder constituyente, que se expresa a través de las disposiciones contenidas en la Constitución, pero eventualmente puede ser el poder constituido a través de reformas constitucionales o el Tribunal Constitucional por medio de sus interpretaciones, al reconocer nuevos derechos o nuevas titularidades. Incluso más, en el marco de los actuales ordenamientos jurídicos convencionalizados, la titularidad de los derechos puede provenir de instancias supranacionales, por ejemplo, a través de tratados o de decisiones jurisdiccionales internacionales competentes.

9. De otra parte, desde una perspectiva relacionada con la fundamentación de los derechos, lo importante para reconocer si un determinado sujeto es titular de derechos fundamentales reside en su justificación, es decir, en las razones o argumentación moral

1 Por economía del lenguaje, en adelante me referiré a los animales objeto de protección por parte de la "Ley de Protección y Bienestar Animal" simplemente como "animales".

que se ofrece para fundamentar dicha titularidad. Como podrá apreciarse, puede existir una confluencia entre ambos enfoques, en la medida que suele reconocerse titularidades iusfundamentales a nivel normativo cuando estas, previamente, se consideran justificadas; y a su vez la existencia de una justificación sustantiva para la titularidad de derechos constituye una razón poderosa para su futuro reconocimiento jurídico (a través de la modificación de legislación constitucional o su reconocimiento a través de la jurisprudencia).

10. Lo anterior tiene estrecha relación con el hecho de que la titularidad de los derechos no es ni puede entenderse como un asunto es estático. En primer lugar, hoy se consideran derechos situaciones que no era perceptibles o que nadie le habría dado esa calificación. En segundo término, a nivel mundial progresivamente se ha ido potenciando dejar una visión "antropocéntrica" del Derecho y los derechos, para ir acercándose a una visión en donde se privilegia la integración de la persona con su entorno, frente al cual la persona reconoce titularidad de derechos (como en ciertos países a algunos animales) o por lo menos admite tener un especial deber de protección.

11. Pero no solamente aparecen nuevos derechos, o cambia la perspectiva que justifica su reconocimiento (con sujetos como las personas jurídicas parece imposible recurrir en todos los casos a la dignidad de la persona). Cambian los alcances de los elementos de los derechos (estructura, dimensiones o funciones, contenido, límites, titularidad). En ese escenario, la titularidad de los derechos es algo que ha venido evolucionando a lo largo del tiempo, siendo claro que, a la par de las nuevas exigencias y necesidades de nuestras sociedades, y de los nuevos concesos justificativos que se van consolidando, se ha venido reconociendo, como aquí ya se dijo, nuevos derechos y también nuevos titulares para estos bienes del máximo nivel.

12. En este orden de ideas, a nivel normativo (constitucional y jurisprudencial) encontramos que actualmente se considera en nuestro país que, además de los seres humanos, las personas jurídicas y las comunidades originarias son también titulares de derechos fundamentales. En sentido complementario, en el ámbito de la justificación, con el avance del tiempo, ha venido quedado claro que no solo las personas humanas pueden ser poseedoras de derechos con base en su dignidad (tal como puede verificarse, muy claramente, con el caso de las comunidades originarias). En este orden de ideas, en el ámbito comparado se ha reconocido diversas titularidades que no tienen relación con la idea de "dignidad humana": tal es el caso de los derechos de la humanidad (algunos que forman parte de los derechos de "tercera generación": a los avances científicos, al patrimonio cultural universal, al ambiente, a la paz, etc.), de las generaciones futuras, de la naturaleza (Ecuador, Bolivia). Se incluye, además, diversa jurisprudencia que reconoce a los ríos como sujetos de derechos (Colombia, India, Nueva Zelanda, etc.) En este orden de ideas, se discute actualmente si, mutatis mutandis, este puede ser el caso de los animales.

13. En efecto, las recientes discusiones en torno a ello apuntan a la posibilidad de que en un futuro próximo le sean reconocidos a nivel normativo, es decir de manera expresa,

derechos constitucionales a los animales, como titulares plenos de algunos de ellos. Con prescindencia de ello, lo que sí existe son razones, que justifican materialmente el deber de protección a los animales que, debido a que son seres sintientes, y por ende no pueden objeto de daños, maltratos y menos aún tratos crueles. En efecto, los animales pueden sentir dolor y sufrimiento, se estresan, luchan por su supervivencia, etc., y en tal sentido hay, cuando menos, un deber moral de evitar el dolor o el sufrimiento innecesario en los animales. Eso es claro en el Perú, cuando se lee de manera sistemática los artículos 2.2, 66, 67 y 68 de la Constitución vigente. Corresponde ahora corroborar cómo, o si de alguna manera, de nuestra Constitución puede desprenderse directamente algún nivel de protección a favor de los animales o, más aún, si esta se encuentra relacionada a algunos bienes de relevancia constitucional (por ejemplo, a algunos derechos fundamentales).

14. Al respecto, resulta innegable que nuestra Constitución, en tanto producto de su tiempo, tiene un carácter marcadamente antropocéntrico, tal como queda evidenciado con lo contenido en el artículo 1 de la Carta fundamental:

> "Artículo 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado."

15. No obstante ello, esto no significa que los animales carezcan de protección o de cobertura constitucional, sino que debe tenerse en cuenta lo que acabamos de indicar al momento de interpretar la Carta fundamental, en la medida que los magistrados y magistradas de este Alto Tribunal somos, por sobre todo, jueces y juezas de la Constitución, al margen de nuestros intereses o preferencias personales.

16. En este sentido, si bien nuestro constitucionalismo no es, por lo pronto, ecocentrista, sino antropocentrista; es claro que existen diversas disposiciones de la Norma fundamental vigente que se encuentran relacionadas con la defensa de los intereses de los animales. Estas disposiciones, además, deben leerse a la luz de los imperativos morales que hacen referencia a la prohibición de proferir a otros daños innecesarios o arbitrarios, así como de evitar el sufrimiento innecesario a los seres sintientes.

17. Al respecto, se ha hecho referencia por ejemplo a algunos artículos del Título III, capítulo II de la Constitución y, en especial, al artículo 68 que se refiere a la "conservación de la diversidad biológica":

> "Artículo 68.- El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas."

18. En este sentido, es claro que la Constitución prescribe que no solo los seres humanos, sino también la vida de las especies no humanas debe ser preservada y protegida. Se establece además un deber específico a cargo del Estado frente a ello.

19. Empero, además de este deber de preservación, existen diversos artículos que se encuentran vinculados a deberes con respecto de los animales, en especial en relación con la interdicción del sufrimiento y daño innecesario a ellos.

20. Así, tenemos por una parte el derecho a la integridad moral, establecido en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución. Este derecho ha sido entendido por este Tribunal Constitucional como una manifestación del derecho a la integridad, diferente a sus manifestaciones de "integridad física" (referida a "la integridad orgánica del ser humano") y a la "integridad psicológica" (relacionada con "la normalidad del estado mental"), y aludiría a la posibilidad de conducir tanto la vida personal, como la colectiva (autogobierno), con base a nuestras convicciones personal ("conforme con el fundamento que estimemos más valioso para nuestra vida personal y social"), sin que ningún tercero pueda interferir en ella de manera ilegítima (cfr. STC Exp. n.° 05312-2011-PA, f. j. 7).

21. En similar sentido, este órgano colegiado ha tenido ocasión de precisar lo siguiente:

> "El derecho a la integridad moral defiende los fundamentos del obrar de una persona en el plano de la existencia y coexistencia social.
>
> Dichos fundamentos manifiestan el conjunto de obligaciones elementales y primarias que el ser humano se fija por mandato de su propia conciencia, y los condicionamientos que ella recibe a través de la educación y cultura de su entorno [...] En efecto, la integridad moral se liga inescindiblemente al atributo de desarrollar la personalidad y el proyecto de vida en comunidad conforme a la convicción personal (religión, política, cultura, etc.)".

22. Siendo así, ocurre que la existencia de prácticas como las corridas de toros o peleas de gallos, que trasgreden el aludido deber moral de no infringir daño innecesario a los animales, constituyen una manifiesta lesión a la integridad moral de las personas –que, por cierto, son la gran mayoría en nuestra sociedad según la información disponible[2]–. En el sentido indicado, debe aceptarse entonces que se trata no solo de una mera aflicción o incomodidad, sino de una injerencia grave en el derecho a la integridad moral, pues estamos ante un trato cruel, que hace de la tortura o sufrimiento animal una fiesta, una actividad lúdica o incluso una actividad con un fin meramente comercial.

23. Por similares razones, la corrida de toros y pelea de gallos incide el derecho a la paz y la tranquilidad, reconocido en el artículo 2, inciso 22 de la Constitución. En efecto, de la misma forma en que se limita o proscribe distintas formas de intervención negativa en la tranquilidad (entre ellas, las de carácter visual o acústico, por ejemplo), la prohibición del maltrato animal también queda justificada en la necesidad de optimizar del derecho a vivir en un ambiente sin alteraciones que dañen la tranquilidad personal y social de los miembros de nuestra comunidad política. Al respecto,

2 Encuesta del Grupo de Opinión Pública de la Universidad de Lima del año 2007, en Lima y Callao (hasta octubre de 2007: 15% a favor de las corridas de toros y 83% en contra) y encuesta de Datum Internacional S.A del año 2013, a nivel nacional (el porcentaje a favor de las corridas de toros es el 15% y en contra a 78%).

se si bien en la ponencia se señala que prácticas como la corrida de toros o la pelea de gallos no puede ser prohibidas con base en el "rechazo", los "sentimientos" o los "pareceres" de las personas, estamos indicando que esta no se basa en meras incomodidades o intereses carentes de relevancia iusfundamental, sino que impacta en auténticos derechos fundamentales (sin perjuicio, como explicaremos luego, de que este tipo de prácticas siempre puedan limitarse, como de hecho han sido limitadas siempre, debido al repudio o los consensos sociales y éticos de las comunidades). Emparentado además está con todo lo expuesto, lo consignado también en los artículos 66 y 67 de la Constitución.

24. Más todavía, y siempre conforme al modelo constitucionalmente dispuesto (según señalamos, aun antropocéntrico), tenemos que una lectura posible de la noción de "dignidad humana", aludida en el ya mencionado artículo 1 de la Constitución, está relacionada con el valor especial de las personas humanas con respecto de los demás seres de la naturaleza. En este orden de ideas, afirmar el valor superior y particular de la dignidad humana implica asignarle a los seres humanos una importancia distintiva y diferenciadora, pero también conlleva el endilgarle a nuestra especie una responsabilidad mayor respecto de nuestros congéneres y del entorno en que nos desenvolvemos.

25. Inclusive, y ya saliendo del ámbito constitucional, esta idea de dignidad, con una menor carga antropocéntrica, ha sido acogida por algunos textos de carácter religioso, como es el caso de la Encíclica Laudato Si', "sobre el cuidado de la casa común", en la que se señala por ejemplo que:

> 92. [C]uando el corazón está auténticamente abierto a una comunión universal, nada ni nadie está excluido de esa fraternidad. Por consiguiente, también es verdad que la indiferencia o la crueldad ante las demás criaturas de este mundo siempre terminan trasladándose de algún modo al trato que damos a otros seres humanos. El corazón es uno solo, y la misma miseria que lleva a maltratar a un animal no tarda en manifestarse en la relación con las demás personas. **Todo ensañamiento con cualquier criatura «es contrario a la dignidad humana»** [énfasis agregado].

26. Y, en similar sentido, el catecismo de la Iglesia Católica prescribe que "Los *animales* son criaturas de Dios, que los rodea de su solicitud providencial (cf *Mt* 6, 16) (...). También los hombres les deben aprecio" (2416) y que **"Es contrario a la dignidad humana hacer sufrir inútilmente a los animales y sacrificar sin necesidad sus vidas"** (2418) [énfasis agregado]. En este sentido, me parece incongruente y, desde luego, una mala práctica para quienes comparten una idea similar de dignidad humana –que, entiendo, es a la que adscriben varios de mis colegas– el aceptar y normalizar la tortura animal.

27. En adición a lo anterior, la dignidad tiene relación con el trato que le debemos a los demás y, en tal sentido, no es difícil relacionarla con el deber de respeto hacia a los seres

que sufren y con la prohibición de toda forma de abuso o crueldad. La preocupación por la persona y su dignidad no se agota en el cuidado de la persona misma, sino implica también una clara inquietud y compromiso con el entorno. Así, es necesario tener en cuenta que, mientras aun permitamos diversas prácticas crueles y abusivas, además de degradarnos como seres dignos, estamos promoviendo y perennizando dicha degradación, normalizándola. El valor moral de una sociedad, se ha dicho, puede medirse, entre otras cosas, por cómo trata a sus animales.

28. Con todo lo indicado, queda claro que existen deberes constitucionales de especial protección a los animales y a evitar su daño o sufrimiento innecesario, los cuales encuentran amparo en el deber de conservar la diversidad de las especies vivas, y que a la vez se encuentra imbricado con los derechos a la integridad moral, a la paz y la tranquilidad, e incluso con la dignidad humana.

29. Incluso más, y con base en lo anterior, puede afirmarse que existe un deber estatal que puede calificarse como un "deber especial de protección". Esta idea de "deber especial", si bien inicialmente ha sido ideado como un deber estatal orientado a proteger los derechos constitucionales de las personas frente a una eventual agresión de terceros, con base a lo anotado incluye también la protección de animales sintientes frente a la eventual agresión de terceros, en caso se trasgreda el mandato de prohibición del daño, en caso se les inflija un dolor o trato cruel innecesario.

30. Este bien protegido justifica asimismo la legislación que sanciona el maltrato animal, la jurisprudencia comparada sobre la materia y, desde luego, la Ley de Bienestar Animal que es objeto del presente proceso de inconstitucionalidad. En efecto, este último cuerpo normativo establece que su finalidad es "garantizar el bienestar y la protección de todas las especies de animales vertebrados", tutelando por ello a los animales frente a la crueldad, entendida expresamente como "dolor, sufrimiento, lesiones o muerte innecesarias".

31. Sin embargo, a pesar de que es claro que existe este bien constitucionalmente protegido, que además genera un "deber especial de protección" por parte del Estado, la ponencia prevé la posibilidad de exceptuar de este deber de defensa de los animales frente al sufrimiento innecesario a ciertas "tradiciones" o "manifestaciones culturales".

32. Al respecto, la ponencia que tuve a la vista plantea un conjunto de consideraciones o criterios a tener en cuenta para, atendiendo a la relevancia de una supuesta tradición o manifestación cultural, se considere justificada la exclusión de determinada práctica del deber de proteger a los animales y no hacerles daño.

33. Bien visto, los mencionados criterios más bien describen alguna parte de lo que es una tradición cultural, planteando fórmulas demasiado abiertas, lo cual no ayuda a entender cuáles de las manifestaciones analizadas deben quedar dentro de la excepción conforme a dicho estándar, y cuáles fuera. Al respecto, lo que hubiera ayudado serían más la inclusión de criterios con carácter prescriptivos y graduales, que brinden un estándar

claro para reconocer cuándo es que, supuestamente, una práctica está debidamente exceptuada. Así, por ejemplo, el primer criterio hace referencia al ámbito geográfico en que se realiza una determinada práctica, pero tanto expresiones extendidas por varias partes del país (como la corrida de toros o pelea de gallos), como otras acotadas a un único sitio (como la pelea de toros) quedan igualmente exoneradas. Una circunstancia similar se da con la cuestión de las fechas (algunas prácticas excluidas por la ley tienen relación con ciertas festividades, otras no), del arraigo (algunas tradiciones excluidas tienen más tiempo que otras, algunas han sido prohibidas en algún momento y otras no) y, peor todavía, ocurre con el criterio de las actividades prohibidas (que incurre en la falacia de "petición de principio": implica que la práctica debe permitirse porque no está prohibida, cuando la constitucionalidad de esta falta de prohibición es, precisamente, lo que está en discusión).

34. Ahora bien, y con prescindencia de lo que finalmente pueda considerarse como "manifestación" o "tradición cultural", lo cierto que la existencia de prácticas que puedan calificarse de ese modo no justifica su permanencia ni que puedan considerarse, sin más, como una excepción a la regla de proteger a los animales frente al maltrato y la tortura. Parece que aquello no tiene vinculación alguna con el deber especial establecido por el bloque de constitucionalidad.

35. En similar sentido, debe rechazarse la tesis que afirma que las corridas de toros o las peleas de gallos no pueden prohibirse, debido a que forman parte de una "práctica cultural", con base en el malestar o la mera incomodidad que dichas actividades puedan causarle a algunas personas. Al respecto, habiendo reconocido que tanto la protección de los animales como la prohibición de hacerles daño son bienes constitucionalmente valiosos, el orden a plantearse debe ser el inverso: no se puede eludir este deber constitucional simplemente por el mero gusto de algunas personas por la crueldad o la tortura.

36. Es más, como ya fue adelantado, lo cierto es que a lo largo de la historia las sociedades han ido prohibiendo, precisamente, este tipo de prácticas crueles relacionadas con la lucha sangrienta entre animales (por ejemplo: el asedio de osos y toros, la lucha con leones, las peleas de perros, etc.). Señalado esto, entonces es verdad que los pueblos, por consideraciones morales y finalmente culturales ha prohibido y pueden prohibir este tipo de prácticas. Es más, tales prohibiciones forman parte del sentido común de las sociedades actuales, y por ello forman parte de avances que hoy resultan ya incuestionables, pero cuyos fundamentos son, en realidad, los mismos que deben aplicarse a prácticas análogas como las corridas de toros y las peleas de gallos[3].

3 Valga precisar que la pelea de gallos sin navaja, en cualquier caso, requiere que los animales sean criados para maximizar su agresividad, y son azuzados permanentemente para tornarlos más violentos. Son expuestos y alentados a que se peleen a muerte o para generarse un grave daño, de la misma manera como ocurre con la pelea de perros.

37. Lo señalado no descarta en absoluto que sea posible abordar, con responsabilidad y con base en la Constitución, el asunto del respeto a las prácticas culturales. En otras palabras, atendiendo a que el posible que existan tradiciones culturales que pueden ser polémicas, pero que a la vez podrían ser manifestaciones del derecho a la identidad cultural, es necesario establecer qué podría quedar finalmente permitido y que debe prohibirse conforme a la Constitución. Esto requiere trabajar con algunos criterios para resolver casos complejos, y no utilizar a las tradiciones como meras "reglas" de exclusión, incuestionables (de manera similar a lo que planteamos por ejemplo en nuestro fundamento de voto en el caso Zelada Riquelme, STC Exp. n.° 02765-2014-AA, entre otros).

38. Señalado esto, consideramos que es posible establecer diferencias entre los grupos de tradiciones culturales. Al respecto, encontramos un primer grupo de estas tradiciones que son positivos y reflejan la identidad, cosmovisión y prácticas de un pueblo o comunidad. En tales casos, podemos afirmar que estamos, efectivamente, ante una idea de cultura como "libertad", y que de sus manifestaciones surgen derechos como "inmunidades" frente a intromisiones arbitrarias, e incluso los deberes estatales de proteger o promover.

39. Además de ello, hay prácticas que podemos calificar como toleradas, en la medida que pueden trasgredir otros bienes constitucionales valiosos. Este tipo de práctica culturales a veces pueden tolerarse, o establecer una prohibición ex ante, cuando respecto de ellas (1) existe un gran arraigo, (2) hay voluntad o aceptación de los intervinientes y (3) existe respeto a los derechos de los involucrados (en el caso que analizamos, si existe respeto al principio de interdicción del daño: si no se genera dolor o sufrimiento innecesario en los animales). De esta manera, resultan controvertidas desde lecturas quizá citadinas, pero aceptables en términos constitucionales, prácticas como el Takanakuy, el Seccollo, el Kalipuy o incluso algunas sanciones físicas en el marco de la justicia comunal y restaurativa.

40. Finalmente, tenemos un tercer grupo de casos que podemos considerar como prácticas negativas, de los que se deriva daños o lesiones iusfundamentales, y en los que no existe autonomía. Como resulta evidente, en el marco de un Estado Constitucional dichos casos deben ser proscritos definitivamente por el Derecho.

41. Es indiscutible que la corrida de toros y la pelea de gallos se encuentran dentro de este último supuesto, por cierto, al igual que otras prácticas señaladas en la ponencia, y por tanto, constituyen manifestaciones inaceptables en términos constitucionales, que deben ser proscritas en la medida que trasgreden injustificadamente un bien constitucionalmente valioso.

42. En el sentido indicado, no cabe invocar a la libertad cultural o el derecho a la cultura con la finalidad de incluir y avalar prácticas cruentas respecto de seres sintientes que

no tienen autonomía y que, sin margen de duda, son violentados gratuitamente[4]. No hay pues un derecho a torturar o a ser cruel, dichas prácticas ni siquiera pueden ser concebidas como parte del derecho a la cultura o a la identidad cultural.

Por las razones expuesta entonces, considero que la demanda de inconstitucionalidad debe ser declarada fundada.

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

4 Por tratarse prácticas conocidas, y para no alimentar el morbo, nos eximiremos de describir tales prácticas cruentas y sangrientas.

VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el mayor respecto por nuestros colegas magistrados, el suscrito considera que la tauromaquia, la gallística y las peleas de toros son espectáculos culturales que pertenecen a nuestra tradición, por lo que la demanda debe ser desestimada.

La corrida de toros ha sido también entendida como herencia cultural por tribunales constitucionales del renombre del español, francés y colombiano, como destaca el voto del magistrado Ramos Núñez.

Coincidimos con el mencionado magistrado cuando se sustenta en lo que este Tribunal dijo hace nueve años, respecto de que la actividad taurina es en nuestro país una manifestación cultural, traída con la conquista española e incorporada a nuestro acervo cultural por una afición de siglos, que se manifiesta en fiestas conmemorativas en Lima y diversas provincias del Perú. De esto modo, puede decirse que, aunque española en su origen, la tauromaquia (el arte de lidiar toros, según la definición del Diccionario de la Real Academia) se ha incorporado a nuestra cultura mestiza y es una expresión artística que forma parte de la diversidad cultural del Perú, protegida por nuestra Constitución en su artículo 2, inciso 19 (cfr. STC 17-2010-PI/TC, fundamento 23).

Como dice el voto del magistrado Ramos Núñez, hay en el Perú "alrededor de 200 plazas firmes para realizar corridas de toros en casi veinte departamentos del país. La afición taurina no está compuesta solamente por una élite costeña, sino que tiene un carácter popular, y se extiende también al interior del país, por los Andes. Negar estos aspectos significaría negar las tradiciones culturales de diversas comunidades".

A ello podríamos sumar la opinión de nuestro Premio Nobel Mario Vargas Llosa, para quien "las corridas de toros forman parte de la historia cultural de nuestro país, al que llegaron desde los albores de nuestra historia colonial". Nuestro egregio autor destaca que el prestigioso antropólogo Juan Ossio, profesor de la Universidad Católica, explica la integración que ha experimentado la fiesta de los toros en las comunidades indígenas, pues hay más de trescientas fiestas patronales en los Andes peruanos que se celebran con corridas de toros (cfr. Mario Vargas Llosa, carta dirigida al Sr. Jorge Pérez Chávez, Presidente de la Asociación Cultural Taurina del Perú, Madrid, 24 de abril de 2019).

Vargas Llosa también hace la siguiente reflexión, que conviene no perder de vista en nuestro análisis:

> El toro bravo es un animal que recibe desde que nace un único tratamiento de favor, que no merece ningún otro animal. Es una gran equivocación creer que si desaparecerían las corridas de toros, los toros bravos andarían por el campo espantando mariposas con las colas. La verdad pura y simplemente es que desaparecerían ya que ellos existen única y exclusivamente en razón de las corridas (cfr. *Ibidem*).

Y respecto al toreo como arte, podemos citar la opinión de un literato de la talla de Abraham Valdelomar, quien explica su valor artístico y significado del modo siguiente:

> Si aceptamos que la danza es el arte supremo por excelencia porque ella encierra en sí la plasticidad, el ritmo y la sugerencia de todas las artes, hemos necesariamente de reconocer que el de los toros es superior aún, puesto que es la danza misma realizada ante la muerte, exaltada y sutilizada ante el peligro, adquiriendo un nuevo valor trascendental en el que interviene la más poderosa de las fuerzas humanas: el instinto, manejado por el guía y obligado a ser máximo y exacto so pena de la vida. Ningún arte puede llegar a ser más exaltado, elevado, completo que éste, ya que su naturaleza misma obliga al artista a elevar su espíritu y su cuerpo a un punto de sublimación que los demás artistas no pueden alcanzar casi nunca. El de torear es un arte que, concretando en sí todos los otros, aumenta y se acrecienta enormemente puesto que se realiza en condiciones excepcionales: ante la muerte (A. Valdelomar, *Belmonte, el trágico. Ensayo de una estética futura, a través de un arte nuevo*, Lima 1918, p. 69).

De otro lado, es un contrasentido que, al tiempo de reconocerse a la tauromaquia o la gallística como espectáculos culturales pertenecientes a nuestra tradición, seguidamente se señale que no existe impedimento alguno para que en el futuro el legislador las pueda prohibir.

"Tradición", según el Diccionario de la Real Academia Española, es transmisión de costumbres hecha de generación en generación, es decir, conservadas en un pueblo por transmisión de padres a hijos.

En otras palabras, quien tiene la tradición sobre costumbres, formas artísticas, etc., es un pueblo que las conserva y transmite de generación en generación.

Desde esta perspectiva, una costumbre social –que guarda conformidad con la Constitución– solo puede dejar de serlo si deja de transmitirse de padres a hijos, pero espontáneamente, no por imposición vertical de una ley que la prohíba. Lo contrario significaría una intromisión del legislador en el tejido social, violando el derecho a la identidad cultural que la Constitución reconoce con su artículo 2, inciso 19.

De otro lado, llama la atención que el voto del magistrado Ramos Núñez señale lo siguiente:

> La autoridad administrativa debe garantizar que se restrinja el acceso de menores de edad a las corridas de toros y a las peleas de gallos.

El verbo "restringir", de acuerdo al Diccionario de la Real Academia, significa "ceñir, circunscribir, reducir a menores límites". Esto quiere decir que no es intención del referido magistrado prohibir el acceso de los menores de edad a tales espectáculos, sino solo reducirlo, pero queda en la ambigüedad a cuánto asciende esa reducción.

En nuestra opinión, el voto del magistrado Ramos Núñez parte de un entendimiento equivocado de las recomendaciones del documento de fecha 2 de marzo de 2016 titulado "Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados del Perú", del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, que cita en su voto.

Leamos directamente el documento de dicho Comité, en su página 10:

> 42. [...] el Comité recomienda al Estado parte que:
>
> i) [...] garantice la protección de los niños espectadores [a espectáculos taurinos].

Como puede apreciarse, lo que el Comité recomienda es que el Estado "garantice" la protección de los niños espectadores de las corridas de toros. No recomienda restringir, ni mucho menos prohibir, el acceso de menores de edad.

Desde esta perspectiva, opinamos que, a propósito de la recomendación del Comité de Derechos del Niño, se garantiza la protección de los niños espectadores de corridas de toros peleas de gallos, si los menores de edad solo pueden asistir a dichos espectáculos en compañía de sus padres o tutores.

Por lo demás, postular la prohibición de que los niños concurran a las corridas de toros o peleas de gallos, resulta contradictorio con la condición de tradición cultural que se reconoce a estos espectáculos, pues, por definición, según hemos visto, la tradición es la costumbre que conserva un pueblo y se transmite de padres a hijos. Como es obvio, se cortaría tal transmisión si los hijos no pudieran ser partícipes de las tradiciones de sus padres.

Conviene recordar lo que ha dicho al respecto Diego García-Sayán, ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y ex Ministro de Relaciones Exteriores:

> Siempre agradecí a mi padre esas tardes extraordinarias de octubre cuando me llevaba a los toros, siendo niño, desde los 10 años [...]. No creo, en absoluto, que ir a los toros me haya vuelto violento ni nada semejante; he sido y seré toda mi vida fanático pacifista (entrevista concedida al cronista taurino Pablo Gómez Debarbieri en su prestigiosa página de "El Comercio" de Lima, 3 de febrero de 2020).

Podemos citar también las palabras del reconocido psiquiatra Max Hernández en dicha página, al ser consultado sobre la intención de prohibir a los niños asistir a las corridas de toros por el supuesto riesgo de volverse violentos:

> Fui de muy niño [a las corridas de toros] y mi padre también. Aparte de algunos arrebatos iracundos que suelo tener, no me creo para nada partidario de la violencia [...]. Plantear que la fiesta daña a los niños y que los aficionados nos volveremos militantes de la barbarie es absolutamente excesivo y sin ningún fundamento (Diario "El Comercio" de Lima, 4 de febrero de 2019).

Y para cerrar este tema quisiéramos referirnos al caso del joven matador peruano Andrés Roca Rey. Debutó como novillero a los 17 años y recibió la alternativa a los 19, en 2015. Su excepcional maestría fue reconocida por el empresario Guzmán Aguirre quien lo ha premiado económicamente en público en la feria taurina, y es actualmente la máxima figura del toreo mundial.

De otro lado, somos de la opinión que este Tribunal no debería tomar partido en un asunto altamente polémico para postular la existencia de la "dignidad animal". Cuanto más si la

Constitución es clarísima, en sus artículos 1 y 3, respecto a que la dignidad es propia del ser humano.

Como es evidente, no hablar de "dignidad animal" no justifica hacer sufrir inútilmente a los animales. Como ya dijo este Tribunal en la sentencia recaída en el expediente 17-2010-PI/TC, "producir sufrimientos innecesarios a los animales constituye una infracción al deber de respeto y protección al ambiente, que impone el artículo 2, inciso 22, de la Constitución" (STC 17-2010-PI/TC, fundamento 31).

Por último, consideramos que no corresponde a este Tribunal declarar de plano que determinados espectáculos con animales no son espectáculos culturales, pues no es un órgano especializado para pronunciarse sobre qué es cultural o no.

En efecto, la Ley 30407, Ley de Protección Animal, en su Primera Disposición Complementaria Final, objeto del presente proceso de inconstitucionalidad, señala lo siguiente:

> Exceptúense de la presente ley las corridas de toros, peleas de toros, peleas de gallos y demás espectáculos **declarados de carácter cultural por la autoridad competente**, las que se regulan por ley especial (énfasis añadido).

Como puede apreciarse, es la "autoridad competente", es decir, el Ministerio de Cultura, al que le corresponde declarar, luego del análisis especializado respectivo, si un espectáculo que involucre animales tiene "carácter cultural", a fin de exceptuarlo de la Ley de Protección Animal.

Lo contrario significaría que este Tribunal se arrogue competencias que la Ley de Protección Animal otorga al Ministerio de Cultura, como órgano técnico en materia cultura.

Por estas consideraciones, nuestro voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda.

S.
FERRERO COSTA

VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

En el presente caso, con el mayor respeto por mis colegas magistrados, soy de la opinión que la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407, Ley de Protección y Bienestar Animal debe ser declarada **INFUNDADA** en todos sus extremos. A continuación, expondré las razones que justifican mi decisión.

Cuestión previa

1. Viene a conocimiento de este Tribunal, un caso, que sin duda, es emblemático, por las opiniones y pasiones que generan dentro de nuestra sociedad y que, también ha sido materia de discusión y debate en otras latitudes: me refiero a la constitucionalidad de las corridas de toros y todos aquellos espectáculos similares realizados con animales que tienen calificativos de "culturales".

2. Antes de iniciar mi análisis, quisiera recordar que la función de este Tribunal Constitucional en el caso de autos consiste en determinar si la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407, Ley de Protección y Bienestar Animal, vulnera la Constitución, ya sea por la forma o por el fondo. Ello, con independencia de las simpatías o antipatías que despierta este tema en la ciudadanía y de las convicciones personales que cada magistrado pueda tener sobre los espectáculos con animales.

3. En otros términos, el debate constitucional se debe centrar estrictamente en si la disposición cuestionada, que establece excepciones al régimen general de protección a los animales, está amparada en la Constitución. Ello, con independencia de si dichas actividades que califican como excepciones son de nuestro agrado o no, o de si pueden tildarse de "crueles" o "salvajes", como lo sostiene un sector considerable de la población. Reitero, nuestro análisis es estrictamente jurídico, con apego a la Constitución.

No existen "derechos fundamentales" reconocidos a los animales o un "deber constitucional de protección" directo a favor de estos

4. Ahora sí, ya en el tema de fondo, en mi concepto considero que la Constitución Política del Perú establece una protección indirecta hacia los animales a partir de lo dispuesto por el artículo 68 de la Constitución, que señala que "*el Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas*"; así como por el artículo 2 inciso 22 de la misma Norma Fundamental, que consagra el derecho de toda persona "*a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida*". De alguna forma se puede interpretar que la protección hacia los animales: i) se subsume dentro de la exigencia de conservación de la diversidad biológica; ii) forma parte de la preservación del medio ambiente equilibrado.

5. Sin embargo, no entiendo cómo se pasa de afirmar que la Constitución brinda una protección indirecta a señalar que existe un deber *constitucional de protección hacia los animales que deriva de su condición de seres vivos sintientes*, como lo sugieren alguno de mis colegas en sus votos. Por el contrario, considero que de ningún articulado de la Constitución se puede inferir este deber de protección, ni que los animales son seres sintientes, a diferencia de otras experiencias como la brasileña o alemana, en donde la Norma Fundamental sí reconoce expresamente una tutela especial contra el maltrato animal.

La protección hacia los animales se produce en el ámbito de lo constitucionalmente posible

6. Lo anteriormente expuesto permite identificar que, en el caso peruano, es el legislador quien dentro de lo constitucionalmente posible, en el marco de sus competencias y sobre la base del desarrollo presente en la sociedad moderna, ha reconocido un bien jurídico de relevancia social como es el "bienestar animal", que se ve plasmado en la Ley 30407, Ley de Protección y Bienestar Animal.

7. Sobre lo que se entiende como "*constitucionalmente posible*", este Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

> 61 (...) El ámbito de lo constitucionalmente posible concede al legislador un cierto grado o margen de apreciación para el desarrollo de su función principal: la de dar leyes, interpretarlas, modificarlas o derogarlas (artículo 102.1 de la Constitución). Se trata de un ámbito en el que el legislador tiene varias posibilidades de configuración del contenido legal con relevancia constitucional, todas ellas constitucionalmente posibles, lo cual puede ser atendido en la forma en que crea conveniente e incluso en el tiempo que juzgue necesario. En resumen, el legislador ostenta la calidad de supremo intérprete en el marco —amplio, por cierto— de lo constitucionalmente posible [STC Exp. 0025-2013-PI/TC; 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-PI/TC (acumulados)].

8. Por tanto, se advierte que: i) la Constitución no establece una regulación expresa de protección a favor de los animales; ii) es el legislador quien, en el marco de sus competencias, reconoce un bien jurídico de relevancia social como es el "bienestar animal" que justifica la dación de la Ley 30407. De ello concluyo que en el Perú existe un enfoque antropocéntrico de la protección del medio ambiente y de los animales. Esto es, son valiosos y merecedores de protección porque permiten el desarrollo del ser humano y no por su condición de seres sintientes, ya que esto último no ha sido reconocido en ningún artículo de la Constitución y tampoco puede ser interpretado directamente. Hacer lo contrario implicaría que este Alto Tribunal exceda el marco de sus competencias y se constituya indebidamente como órgano constituyente.

9. Lo dicho permite afirmar además que la protección de los animales, reconocida directamente a nivel legal, no es absoluta y también puede ser limitada en determinadas

situaciones que deberán estar debidamente justificadas, atendiendo al caso concreto. Sin embargo, ello, no quiere decir que los animales estén sometidos a situaciones de abuso y maltrato, toda vez que existe, actualmente, un sentimiento de protección hacia estos, como se recoge en la Ley 30407. Ello se manifiesta, claramente, con la adopción de tipos penales que sancionan el maltrato animal.

Los espectáculos con animales calificados como "culturales"

10. Otro punto discutido en el presente caso se refiere al análisis sobre los supuestos de excepción de maltrato a animales señalados en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407, Ley de Protección y Bienestar Animal:

> (…) Exceptúanse de la presente Ley las corridas de toros, peleas de toros, peleas de gallos y demás espectáculos declarados de carácter cultural por la autoridad competente, las que se regulan por ley especial.

11. Al respecto, el colegiado anterior que conformó el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. 00017-2010-PI/TC, reconoció a las corridas de toros como espectáculos culturales, en los siguientes términos:

> 23. A juicio de este Tribunal, la actividad taurina es en nuestro país una manifestación cultural, traída con la conquista española e incorporada a nuestro acervo cultural por una afición de siglos, que se manifiesta en fiestas conmemorativas en Lima y diversas provincias del Perú, como veremos más adelante. De este modo, puede decirse que, aunque española en su origen, la tauromaquia (el "arte" de lidiar toros, según la definición del Diccionario de la Real Academia) se ha incorporado a nuestra cultura mestiza y es una expresión artística que forma parte de la diversidad cultural del Perú.
>
> 24. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que "como manifestación de la diversidad y pluralismo de la sociedad, la tauromaquia (...) ha sido reconocida a lo largo de la historia como una expresión artística y cultural de los pueblos iberoamericanos. Lo anterior ha sido registrado de diferentes maneras por artistas del mundo como Goya, Mariano Benlliure, José Ortega y Gasset, Pablo Picasso, García Lorca, Ernest Hemingway, Orson Welles y Vicente Blasco Ibáñez" (sentencia C-1192/05, consideración 12).

12. En mi concepción, la corrida de toros, más allá de las objeciones que puedan presentarse a su práctica, sí constituye una actividad de carácter cultural, por lo que coincido con la posición asumida por el anterior pleno del Tribunal Constitucional Lo mismo ocurre, a mi modo de ver, con la pelea de toros y la pelea de gallos. En ese punto, me adscribo al análisis detallado realizado por mi colega, el magistrado Carlos Ramos, en su voto para calificar a las actividades descritas como culturales.

13. Lo dicho permite afirmar además que estas actividades se sustentan en derechos fundamentales como la libertad de creación artística (Art. 2.8), la participación en la vida

cultural de la nación (Art. 2.17) y la identidad cultural (Art. 2.19), reconocidos en la Constitución. En consecuencia, a mi modo de ver, tanto la pelea de toros, la pelea de gallos y la corrida de toros configuran excepciones razonables al régimen previsto en la Ley 30407 de protección y bienestar animal.

14. Por lo expuesto, muestro mi oposición al voto del magistrado Carlos Ramos que considera fundada la demanda en el extremo referido a la pelea de gallos con navajas o espuelas. Ello, bajo el argumento de que constituye una actividad en la que interviene decisivamente el ser humano alterando las condiciones naturales de la pelea animal, lo que determina inevitablemente su inconstitucionalidad.

15. A mi parecer, esta conclusión resulta incongruente con declarar como espectáculo cultural la pelea de toros, en la que la persona también participa en la festividad al clasificar a los animales por su peso y experiencia, y con mayor razón en la corrida de toros, en la que la intervención del ser humano es vital desde el crecimiento del animal hasta su participación en el ruedo. Y es que, en el presente caso, no se cuestiona el tipo de intervención humana ni la intensidad de esta en actividades con animales porque en todos los casos señalados el ser humano participa de uno u otro modo en las mismas. Por el contrario, de lo que se trata es de determinar si estas constituyen espectáculos culturales y si pueden configurar excepciones razonables a la protección general a los animales establecida en la Ley 30407.

16. En consecuencia, la pelea de gallos en general, en la medida que cumple con las características expresadas en la ponencia para ser calificada como un espectáculo cultural, también es constitucional.

17. De lo expuesto, soy de la opinión que las peleas de toros y gallos, así como las corridas de toros, previstas en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407, Ley de protección y bienestar animal, son espectáculos culturales que no vulneran la Constitución, por cuanto:

    a) La Constitución no consagra derechos subjetivos a favor de los animales y, tampoco, existe un deber de protección expreso en dicha Norma Fundamental.

    b) Se amparan en los derechos fundamentales a la libertad de creación artística, la participación en la vida cultural de la nación y la identidad cultural.

La competencia del Ministerio de Cultura para determinar qué actividades con animales pueden constituir espectáculos "culturales"

18. De otro lado, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407, "Ley de Protección y Bienestar Animal", establece adicionalmente lo siguiente**:**

    (...) Exceptúanse de la presente Ley las corridas de toros, peleas de toros, peleas de gallos y **demás espectáculos declarados de carácter cultural por la autoridad competente, las que se regulan por ley especial** (énfasis agregado).

19. Al respecto, considero que en estos casos la ley, expresamente, está delegando a la autoridad técnica y especializada, que es el Ministerio de Cultura, la evaluación de todos aquellos espectáculos con animales -fuera de las peleas de toros y gallos y de las corridas de toros- que también pueden catalogarse de "culturales", conforme a los criterios establecidos en la Ley 30870, *"Ley que establece los criterios de evaluación para obtener la calificación de espectáculos públicos culturales no deportivos"* y su reglamento (aprobado por D.S. 004-2019-MC). Y es que, como lo señalamos precedentemente, este esquema de protección y excepciones previstas en la Ley de protección y bienestar animal ha sido diseñado por el legislador ordinario en el marco de lo constitucionalmente posible, por lo que no encuentro ningún vicio de inconstitucionalidad en ello.

20. Por tanto, considero que no compete a este Tribunal llevar a cabo ninguna evaluación sobre si otros espectáculos con animales pueden ser calificados como culturales, ya que ello corresponde realizar al Ministerio de Cultura, por mandato del propio legislador ordinario.

Sobre la práctica "excepcional" de espectáculos culturales con animales

21. Sin embargo, soy enfático en declarar que estos espectáculos con animales calificados de culturales, al configurar excepciones a la Ley 30407, *"Ley de protección y bienestar animal"* solo pueden ser practicados en aquellos lugares donde se acredite indubitablemente que son expresiones culturales.

22. A modo de ejemplo, el otrora Instituto Nacional de Cultura, al declarar a la "Festividad del Señor de los Milagros" como Patrimonio Cultural de la Nación el 2005, también reconoció a la corrida de toros como una tradición que forma parte de esta celebración. Se entiende, entonces, que dicha actividad está permitida excepcionalmente durante la festividad del Señor de los Milagros en los lugares donde se ha celebrado tradicionalmente.

23. De esta forma, el hecho que uno de los partícipes incorporados al presente proceso indique a este Tribunal que en el Perú existen 208 plazas para llevar a cabo corridas de toros, no significa bajo ningún escenario, que se permita dicho espectáculo en todos esos lugares. Por el contrario, es indispensable que el Ministerio de Cultura verifique indubitablemente que en los lugares señalados la corrida de toros constituye una tradición cultural, de acuerdo a los criterios establecidos en la Ley 30870 y su reglamento. Lo mismo deberá realizarse con las peleas de toros y gallos.

Sobre la presunta vulneración de derechos fundamentales invocados en la demanda

24. Los demandantes han alegado que la Primera Disposición Complementaria Final que prevé la Ley 30407, Ley de Protección y Bienestar Animal y que, a su vez, reconoce la práctica de determinadas actividades culturales con animales calificadas de "crueles" por los demandantes, vulnera diversos derechos fundamentales:

    a) Manifiestan que vulnera el principio-derecho de dignidad, en tanto *"el participar, ver y saber que una persona está torturando animales hasta ocasionarles la muerte*

y haciendo de esa acción un espectáculo es en sí, no solo un acto censurable sino también un acto agresor de la dignidad humana, al rebajarla y degradarla al punto de incapacitar a la persona de sentir empatía, compasión ni justicia hacia otro ser vivo, sea éste de cualquier especie" (f. 14).

Particularmente, no considero que los espectáculos con animales vulneren la dignidad de la persona, en los términos expuestos por los demandantes. Concretamente porque el ser humano a través de estos espectáculos no es tratado como objeto para obtener otro fin, ni es afectado de forma similar. El hecho que se alegue que las personas, a partir de visionar estos espectáculos, pierden la empatía y el sentimiento de piedad y compasión son evaluaciones subjetivas que no pueden ser atendidas en el presente caso. Por otro lado, como se señaló inicialmente, los animales no son sujetos de derechos, y si bien existe una Ley de protección y bienestar animal, los espectáculos culturales con animales, siempre que acrediten dicha condición, constituyen excepciones razonables a régimen general de protección animal diseñado por el legislador.

b) Los demandantes alegan también que a través de estos espectáculos se vulnera el artículo 2 inciso 22 de la Constitución, por cuanto la acción violenta contra los animales afecta la "psiquis" de las personas y perturba su paz y tranquilidad, lo que se acredita con el sentimiento de la mayoría de la población que está en contra de estas actividades. Al respecto, considero que este alegato, por un lado, también es subjetivo y no redunda directamente en el ser humano. El hecho que sentir indignación o mortificación no se traduce necesariamente en la vulneración de un derecho fundamental. Asimismo, como lo indiqué al inicio del voto, el análisis que realizamos los jueces constitucionales es estrictamente objetivo, con apego a la Constitución, con independencia de los sentimientos de agrado o desagrado e, inclusive, con las convicciones y sentimientos personales que podamos tener sobre determinados temas como el presente. Por ello, puede que una situación o un hecho personalmente no sea de mi agrado, pero mi evaluación como juez me exige determinar si el hecho puesto a mi conocimiento es constitucional o no, como ocurre en el presente caso.

c) Los demandantes alegan además que los espectáculos culturales calificados de "crueles" contra los animales vulneran también el artículo 2 inciso 24 de la Constitución, que garantiza que nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física. Desde mi opinión, este alegato tampoco acredita la vulneración del derecho alegado, por cuanto no se traduce en una situación de violencia física o psíquica directamente infligida a la persona, sino que, de manera indirecta, a partir del acto violento realizado al animal, se afirma categóricamente que violenta psíquicamente al ser humano, lo que no estaría acreditado en todos los casos

25. En suma, soy de la opinión que en el presente caso no se vulneran los derechos fundamentales invocados por los recurrentes.

Advertencia: abuso de las "exoneraciones" en el trámite del procedimiento parlamentario

26. Finalmente, quisiera llamar la atención de un hecho que no ha sido cuestionado por los demandantes en el presente caso pero que considero fundamental. Y es que el procedimiento parlamentario para la aprobación de la cuestionada Ley 30407 de protección y bienestar animal fue exonerado del requisito de segunda votación por decisión de 82 congresistas.

27. Sobre el particular, este Tribunal Constitucional ya ha señalado de que la exoneración del procedimiento parlamentario llevado a cabo por la Junta de Portavoces del Congreso si bien es discrecional, no debe ser aplicado de manera generalizada, ya que puede ser utilizada de modo arbitrario y terminar por tergiversar la finalidad del artículo 105 de la Constitución (STC. Exp. 0006-2018PI/TC, fundamento 22).

28. Asimismo, este Tribunal ha afirmado también la relevancia del debate público en el sistema democrático. Y es que la importancia o trascendencia de la deliberación se advierte, especialmente cuando se debaten cuestiones de marcado interés público (STC. Exp. 00011-2015-PI/TC, fundamento 23).

29. Por tanto, opino que en el presente caso no debió operar la exoneración de la segunda votación, dado que la materia en cuestión como es el bienestar y protección animal y, en especial, el tema referido a la corrida de toros, peleas de gallos, entre otros, es de marcado interés público.

30. De allí que considere necesario que este Tribunal Constitucional exhorte al Congreso de la República a que aplique las excepciones al procedimiento parlamentario de aprobación de leyes de manera restrictiva, privilegiando el debate público en el seno del parlamento.

Dicho esto, como lo señalé inicialmente, soy de la opinión que la demanda es **INFUNDADA** en todos sus extremos

S.
MIRANDA CANALES

VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Mi voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda en todos sus extremos.

En este caso, lo que está en discusión es si la excepción establecida en la Ley de Protección y Bienestar Animal –en favor de las corridas de toros, y de las peleas de gallos y de toros– contraviene la Constitución. Según la demanda, sí lo hace, ya que infringe su artículo 68. Sin embargo, este dice:

> El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.

Una cosa no tiene nada que ver con la otra. Las corridas de toros, y las peleas de gallos y de toros, no buscan desaparecer a estos animales. Más bien, deberíamos tener presente lo ocurrido en México. Allí, la prohibición en ciertos estados de las peleas de gallos está asociada a la extinción de estos. A veces, la forma como funciona el mundo es contraintuitiva.

En realidad, la demanda contiene un cuestionamiento de índole moral. Sin embargo, al Tribunal Constitucional no le corresponde dilucidar si las corridas de toros y las peleas de gallos son moralmente denigrantes o edificantes. El ámbito de la moral es el más íntimo que poseen las personas y se caracteriza por plantear arduos dilemas. Cada quien carga con los suyos y debe resolverlos como mejor puede, con el único límite de no perjudicar a los demás.

El Tribunal Constitucional debe constatar, más bien, que las corridas de toros y las peleas de gallos son actividades que se repiten en el tiempo, siendo transmitidas de generación en generación. Así, forman parte de la identidad de los pueblos, y deben ser respetadas. El inciso 19 del artículo 2 de la Constitución dice:

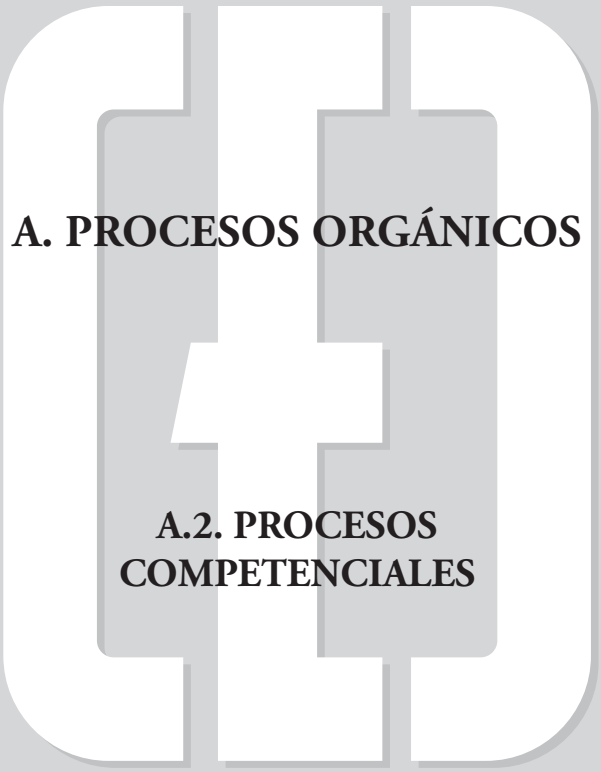
> El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

No se pueden utilizar los procesos constitucionales para pretender imponer un cambio cultural de este tipo. En la perspectiva constitucional, este cambio debe darse como fruto espontáneo de la interacción social. A nadie se le fuerza a ir a una corrida de toros o a una pelea de gallos. Si quiere hacerlo, es su derecho. Si no le gustan, es libre de no volver a hacerlo.

Los integrantes de este Tribunal Constitucional no somos moralmente superiores a los aficionados a los toros y a los gallos. Asumir ello es incompatible con la perspectiva pluralista y tolerante que es consustancial a la Constitución. Esta existe para limitar el poder del Estado, no para imponer un punto de vista moral sobre las cosas.

S.
SARDÓN DE TABOADA

A. PROCESOS ORGÁNICOS



A.2. PROCESOS COMPETENCIALES

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 0006-2019-CC/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

14 de enero de 2020

Caso sobre la disolución del Congreso de la República

Asunto

Demanda de conflicto competencial sobre la disolución del Congreso de la República

Magistrados firmantes:

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

TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

B.1. Demanda

B.2. Contestación

C. *AMICUS CURIAE*

II. FUNDAMENTOS

1. NATURALEZA DEL CONFLICTO COMPETENCIAL DE AUTOS
2. EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES Y LA IMPORTANCIA DEL EQUILIBRIO ENTRE PODERES
3. RELACIONES ENTRE LOS PODERES EJECUTIVO Y LEGISLATIVO EN LA HISTORIA DEL CONSTITUCIONALISMO PERUANO
4. CUESTIONES GENERALES SOBRE LA CUESTIÓN DE CONFIANZA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO
5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 14 días del mes de enero de 2020, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Ledesma Narváez (presidenta), Ferrero Costa (vicepresidente), Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera; con los fundamentos de voto de los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera; y los votos singulares de los magistrados Ferrero Costa, Blume Fortini y Sardón de Taboada, pronuncia la siguiente sentencia.

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 10 de octubre de 2019, el señor Pedro Carlos Olaechea Álvarez-Calderón, Presidente de la Comisión Permanente, interpuso demanda competencial contra el Poder Ejecutivo.

Mediante auto de fecha 29 de octubre de 2019 este Tribunal admitió las pretensiones de la demanda relacionadas con el pedido de cuestión de confianza del 30 de setiembre de 2019 y el acto de disolución del Congreso de la República contenido en el Decreto Supremo 165-2019-PCM.

En tal sentido, este Tribunal ha admitido las pretensiones referidas a que se declare:

(i) Que el Poder Ejecutivo no tiene competencia para realizar pedidos de cuestión de confianza respecto de la selección y elección de magistrados del Tribunal Constitucional (artículo 201 de la Constitución), ya que ello significa menoscabar atribuciones del Congreso de la República;

(ii) Que, cuando el Poder Ejecutivo, a través de la Presidencia del Consejo de Ministros realiza un pedido de cuestión de confianza, esta solo puede ser otorgada por el Congreso de la República de forma expresa, a través de una votación del Pleno, y no de manera tácita o "fáctica";

(iii) Que la cuestión de confianza debe plantearse, debatirse y someterse a votación, y debe respetar los procesos establecidos en el Reglamento del Congreso, en función a sus prerrogativas de autorregulación; y,

(iv) La nulidad del acto de disolución contenida en el Decreto Supremo 165-2019-PCM.

Al respecto, mediante auto de fecha 18 de noviembre de 2019, este Tribunal señaló que se encuentra habilitado para pronunciarse sobre el fondo de la controversia y delimitar

las competencias de los entes enfrentados respecto a la institución constitucional de la cuestión de confianza, así como para pronunciarse respecto a la legitimidad del acto de disolución del Congreso de la República contenido en el Decreto Supremo 165-2019-PCM.

Por su parte, con fecha 22 de noviembre de 2019, el señor Luis Alberto Huerta Guerrero, Procurador Público Especializado en Materia Constitucional, contestó la demanda en representación del Poder Ejecutivo, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

B.1. ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

Los argumentos expuestos en la demanda, son los siguientes:

- El demandante manifiesta que, conforme a la tipología de los conflictos de competencia establecida por este Tribunal en la Sentencia 0006-2006-CC/TC, en el presente caso existe un conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto. En este supuesto, cada órgano constitucional conoce perfectamente cuál es su competencia; sin embargo, uno de ellos realiza un indebido o prohibido ejercicio de la atribución que le corresponde, lo que repercute sobre el ámbito del que es titular el otro órgano constitucional.
- Así, señala que el Poder Ejecutivo no tiene competencia para realizar pedidos de cuestión de confianza respecto del procedimiento de selección y elección de magistrados, puesto que ello es una competencia exclusiva y excluyente del Congresode la República, contemplada en el artículo 201 de la Constitución.
- Además, sostiene que el otorgamiento o rechazo de la cuestión de confianza debe darse de manera expresa, a través de una votación del Pleno, conforme al artículo 133 de la Constitución, y no de manera tácita o fáctica, pues de lo contrario ocurriría un menoscabo de las competencias del Congreso de la República para aprobarla o denegarla, lo que atentaría contra el principio de separación de poderes.
- En tal sentido, argumenta que la presente controversia constituye un conflicto por menoscabo de competencias de atribuciones en sentido estricto, toda vez que, si bien el Poder Ejecutivo goza de legitimidad constitucional para plantear una cuestión de confianza, esta ha sido ejercida de manera indebida, ya que a través de ella se ha impedido que el Congreso de la República ejerza sus competencias exclusivas y excluyentes respecto de: (i) la elección de magistrados del Tribunal Constitucional; (ii) el desarrollo de sus actividades de acuerdo a su propio Reglamento; y, (iii) el otorgamiento o negación de confianza al Poder Ejecutivo a través de una votación expresa en el Pleno (artículos 201, 94 y 133 de la Constitución, respectivamente).
- Respecto al menoscabo de la atribución de elegir a los magistrados, el demandante señala que este Tribunal tiene resuelto en la Sentencia 0006-2018-PI/TC que la cuestión de confianza ha sido regulada en la Constitución de manera abierta, y que brinda

al Poder Ejecutivo un amplio campo de posibilidades en busca de respaldo político por parte del Congreso de la República, para llevar a cabo las políticas que su gestión requiera.

- Sin embargo, el demandante hace notar que en la referida sentencia se establecen límites a la discrecionalidad del Poder Ejecutivo para presentar la cuestión de confianza, ya que esta debe tener conexión con sus políticas y temas de gestión. De no existir tal conexión, o si la materia le está expresamente prohibida por la Constitución, la cuestión de confianza no podrá ser planteada.

- El demandante señala que la gestión del Poder Ejecutivo está conformada por el conjunto de atribuciones que la Constitución le otorga en sus capítulos IV y V y que no puede incluir funciones que están reservadas de manera exclusiva a otros poderes del Estado. Agrega que suponer lo contrario implicaría alterar el principio de separación de poderes y el equilibrio que debe existir entre ellos.

- Sostiene que este Tribunal ha establecido en reiterada jurisprudencia que el principio de separación de poderes es una exigencia ineludible en todo Estado democrático y social de Derecho, y que constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos y para limitar el poder frente al absolutismo. De igual forma, el referido principio debe ser entendido en clave de equilibrio de controles recíprocos de pesos y contrapesos y sobre la base de relaciones de coordinación y cooperación entre estos poderes.

- Así, señala que la Constitución estipula de manera expresa que los miembros de este Tribunal son elegidos por el Congreso de la República, con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. Esta competencia se replica también respecto de los mecanismos de elección de magistrados, detallado en el artículo 8 de la Ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

- Por ello, el demandante concluye que las atribuciones mencionadas son una competencia exclusiva y excluyente del Congreso de la República, que es el único órgano facultado para designar a los miembros de este Tribunal. En consecuencia, sostiene que esta atribución se ha visto menoscabada de dos maneras por la cuestión de confianza presentada el 30 de septiembre de 2019, primero porque se busca detener un proceso en marcha que es competencia exclusiva del Legislativo y, segundo, porque se vulneran los principios de equilibrio y separación de poderes.

- Añade que los cuestionamientos mencionados se evidencian con la presentación del Proyecto de Ley 4847-2019-PE, referido a la modificación del procedimiento de elección de magistrados del Tribunal. Afirma que el propósito del planteamiento de la cuestión de confianza con el referido proyecto de ley buscaba suspender el proceso de elección de magistrados en trámite, que llevaba 10 meses de iniciado.

- Para el demandante es importante distinguir entre:(i) hacer una cuestión de confianza sobre un proyecto de ley que, de aprobarse, cambiaría el proceso de elección a futuro;

y, (ii) hacer una cuestión de confianza sobre un proyecto de ley con la pretensión de que este sea aprobado y aplicado retroactivamente, con la finalidad de suspender un proceso en particular que ya está por concluir. A su juicio, en el primer caso el Poder Ejecutivo haría un uso permitido de la cuestión de confianza, mientras que en el segundo buscaría aprobar una ley bajo la amenaza de disolver el Congreso de la República.

- Respecto del menoscabo de la competencia del Congreso de la República para regir sus procesos de acuerdo a su Reglamento, sostiene que el artículo 94 de la Constitución estipula su autonomía como poder del Estado, lo cual se replica en el artículo 3 de su Reglamento.
- Manifiesta que la autonomía y prerrogativa de autorregulación ha quedado confirmada por este Tribunal en la Sentencia 0006-2018-PI/TC, al señalar que la Constitución consagra el principio de formación autónoma al Congreso de la República, con la finalidad de regular su propia actividad y su relación con otras instancias jurídicas e institucionales.
- Sostiene que al ser el Reglamento del Congreso el dispositivo que regula el trámite que se le da a la cuestión de confianza, este ha sido trasgredido por parte del Poder Ejecutivo el día 30 de septiembre de 2019, al pretender que se acepte bajo amenaza de disolución del Congresode la República, no solo la exposición de la cuestión de confianza, sino también que fuera debatida y sometida a votación en ese mismo momento, a pesar de que la Junta de Portavoces había establecido una agenda distinta para el Pleno de ese día.
- Por ello, refiere que la posibilidad de que el Poder Ejecutivo presente un proyecto de ley y lo haga objeto de una cuestión de confianza, no implica que el procedimiento parlamentario para el debate de la misma o para la aprobación de la iniciativa propuesta deba ser anulado o que no sea aplicable.
- Refuerza su argumento al señalar que el artículo 86 del Reglamento del Congreso detalla que este es competente para decidir si la cuestión de confianza se debate en la sesión que fue planteada o en la siguiente sesión del Pleno. Por ello, agrega que obligar al Congreso de la República a aceptar el planteamiento, debate y votación en la misma sesión, bajo amenaza de disolución, e incluso interpretar la negativa a hacerlo como una negación fáctica, atenta contra las competencias del Poder Legislativo y el principio de separación de poderes.
- Ahora bien, respecto al alegado menoscabo de la atribución que tiene el Poder Legislativo para decidir sobre la cuestión de confianza, el demandante señala que de la Constitución y el Reglamento del Congreso se desprende que la moción de confianza solo puede ser considera como admitida o rechazada si el Pleno del Congreso lleva a cabo expresamente una votación sobre el particular.
- Por ello refiere que no es posible considerar que una cuestión de confianza puede ser otorgada o denegada de manera implícita o fáctica. Puesto que si ese fuera el caso se desconocería las reglas previstas en el artículo 132 de la Constitución.

- Añade que en el presente caso es evidente que no se ha cumplido el supuesto regulado por el artículo 134 de la Constitución para disolver el Congreso de la República, por cuanto la cuestión de confianza fue debatida y aprobada. Sin embargo, en el Decreto Supremo 165-2019-PCM se asume que la cuestión de confianza fue fácticamente rechazada.
- En consecuencia, manifiesta que dejar al ámbito de la discrecionalidad del Poder Ejecutivo interpretar que una cuestión de confianza fue denegada fácticamente sin que exista un pronunciamiento expreso del Congreso de la República que deniegue dicha cuestión de confianza, es incompatible con un Estado constitucional y democrático de Derecho.
- Por las razones expuestas, sostiene que este Tribunal debe declarar la nulidad del acto de disolución del Congreso de la República contenido en el Decreto Supremo 165-2019-PCM.
- Finalmente, agrega que es deber de este Tribunal salvaguardar los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, a través del respeto de las competencias entre poderes, y puntualiza que al menoscabarse las atribuciones constitucionales del Congreso de la República no solo se le afecta a este como entidad, sino también a la ciudadanía que se expresó en las urnas por distintas tendencias y organizaciones políticas, por lo que su disolución devine (SIC) en un menoscabo en la representación de la ciudadanía y de la institucionalidad democrática.
- En consecuencia, manifiesta que es deber del Tribunal velar por el respeto y salvaguarda del principio de separación de poderes y, consecuentemente, de las competencias y atribuciones que el Poder Constituyente le otorga a cada poder público u organismo constitucional.

B.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Los argumentos expuestos en la contestación de la demanda son los siguientes:

- El demandado refiere que, desde una perspectiva constitucional, las competencias que ejercen el Legislativo y el Ejecutivo deben estar encaminadas a optimizar el ejercicio y protección de los derechos de las personas, a través de la legislación y las acciones de gobierno.
- Sostiene que este Tribunal debe analizar la relación entre el Legislativo y el Ejecutivo desde la perspectiva del reconocimiento de competencias que requieren de la interacción constante entre ambos órganos, en la dinámica de perfilar los pesos y contrapesos necesarios para adoptar las decisiones políticas que más beneficien el respeto y garantía de los derechos de las personas.
- Por otro lado, el demandado precisó que, respecto del presunto menoscabo de competencias del Congreso de la República para elección de magistrados y el mecanismo de selección de los mismos, dicho proceso de elección fue objeto de diversos cuestiona-

mientos, tanto a nivel interno como en el ámbito internacional, debido a la ausencia de garantías de transparencia.

- Añade que, del correcto funcionamiento del Tribunal depende la defensa de la Constitución y el fortalecimiento del Estado y el control constitucional, razón por la cual el proceso de elección de sus integrantes debe realizarse sobre principios de transparencia, que garanticen la legitimidad de las decisiones de la institución.
- El demandado sostiene que, debido a la gran relevancia de un Tribunal Constitucional en un Estado democrático, existía una grave preocupación respecto del proceso de elección de magistrados al mismo, por los cuestionamientos referidos a la ausencia de transparencia en dicho proceso.
- Sostiene que tal preocupación es compartida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por cuanto en un comunicado de fecha 26 de septiembre de 2019, expresó su preocupación por las denuncias de publicidad y transparencia en el proceso de selección de seis magistrados del Tribunal.
- De igual forma, agrega que la Defensoría del Pueblo, en su comunicado de fecha 30 de septiembre de 2019, exhortó a postergar la elección de magistrados del Tribunal, y señaló que se debía reafirmar el cumplimiento del principio deliberativo para otorgar máxima legitimidad al proceso de elección, puesto que tanto el Poder Ejecutivo como grupos parlamentarios y la sociedad civil habían manifestado su preocupación por la forma en la que se realizaba el mismo.
- El demandado sostiene que, a raíz de estos cuestionamientos, el 30 de septiembre de 2019 el Poder Ejecutivo presentó el Proyecto de Ley 4847-2019-PE, en el que propuso medidas para que dicho proceso se realice con transparencia en el que prime el interés general, a fin de garantizar la elección de magistrados independientes para el cargo.
- Agrega, también, que es a partir de los cuestionamientos al proceso de elección de magistrados, que el 30 de septiembre de 2019 el Presidente del Consejo de Ministros presentó una cuestión de confianza cuya finalidad era que se realice un proceso de elección con las debidas garantías de transparencia y participación ciudadana. Además, sostiene que la medida adoptada fue necesaria por cuanto la cuestión de confianza no tiene un límite temporal, ya que se formula en atención al particular análisis que realice el Poder Ejecutivo respecto de determinadas circunstancias.
- En tal sentido, el demandado señala que se presentó la cuestión de confianza no para desconocer las competencias del Congreso de la República, sino con la finalidad de que el proceso de elección de magistrados de este Tribunal se lleve a cabo con garantías de transparencia, por ello, sostiene que se trató de una medida necesaria para que el Legislativo debatiera nuevas reglas aplicables a dicho procedimiento, planteadas en el Proyecto de Ley 4847-2019-PE, por lo que no se menoscaba la atribución constitucional del Congreso de la República respecto de la selección y nombramiento de magistrados del Tribunal.

- Por otro lado, manifiesta que no existió menoscabo de la competencia del Congreso de la República para regir sus procesos de acuerdo a su Reglamento, dado que en el Diario de Debates de la sesión de la tarde del 30 de septiembre de 2019 ningún congresista formuló cuestionamiento sobre los términos o la forma en que fue planteada la cuestión de confianza.
- Refuerza su argumento al señalar que el propio Pleno del Congreso procedió al debate de la cuestión de confianza, sin declararla improcedente o cuestionarla por haber sido planteada en contra de las reglas del procedimiento parlamentario sobre el momento de su exposición, debate y votación. Por ello, concluye que el Poder Ejecutivo expuso la cuestión de confianza respetando la Constitución y el Reglamento del Congreso.
- Respecto al supuesto menoscabo de la competencia del Congreso de la República para decidir una cuestión de confianza, señala que el Presidente de la República expuso de manera pública, en su mensaje del 28 de julio de 2019, la posición del Poder Ejecutivo, en el sentido de considerar negada la confianza por parte del Poder Legislativo si este realizaba acciones contrarias al contenido del pedido de confianza.
- Añade que, a pesar de que el Poder Ejecutivo entendió que la confianza había sido otorgada formalmente respecto del pedido formulado el 4 de junio de 2019, esta fue denegada al desnaturalizarse el contenido de la propuesta sobre la inmunidad parlamentaria. Pero en tal oportunidad el Presidente de la República decidió no disolver el Congreso de la República.
- Por ello, sostiene que el Congreso de la República tuvo conocimiento desde el 28 de julio de 2019 de la posición jurídica del Poder Ejecutivo sobre la interpretación del artículo 134 de la Constitución, en el sentido de no considerar aceptada o denegada la confianza solo en atención a la votación formal de la misma.
- El demandante agrega que la negativa a la cuestión de confianza presentada el 30 de septiembre de 2019, para que la elección de magistrados del Tribunal se desarrolle de acuerdo a un proceso transparente, se manifestó de forma indubitable cuando decidió continuar con un proceso de elección que no se desarrolló con las reglas mínimas de transparencia.
- Advierte que, de aceptar que la cuestión de confianza solo puede considerarse como aceptada o negada por el Congreso de la República a través de la votación expresa del Pleno, este Tribunal optaría por una interpretación formal de la Constitución, dejaría de lado los fundamentos constitucionales de la disolución del Congreso de la República y avalaría que este haga un uso indebido de su facultad para decidir en torno a las cuestiones de confianza.
- Por ello, agrega que se debe buscar que la interpretación de las normas constitucionales permita alcanzar la finalidad para la cual han sido previstas. Y añade que, en la presente controversia, lo que se busca es que la salida a la crisis política sea decidida por la ciudadana (SIC) a través de las urnas con la elección de un nuevo Congreso de la República.

- En consecuencia, puntualiza que para que se considere cumplida la condición prevista en la Constitución para que se proceda a la disolución del Congreso de la República, la denegatoria de la confianza no solo se manifiesta cuando formalmente se vota en contra de lo propuesto por el Poder Ejecutivo, sino, también, cuando se realizan acciones o se toman decisiones parlamentarias contrarias a dicho planteamiento.
- Finalmente, precisa que el demandante ha cuestionado de manera general el contenido del Decreto Supremo 165-2019-PCM por lo que se debe entender como una pretensión accesoria.
- Añade, además, que el demandante no ha invocado el artículo 113 del Código Procesal Constitucional, referido a los efectos de las sentencias en los procesos competenciales, o alguna otra norma o jurisprudencia que habilite al Tribunal Constitucional a dejar sin efecto una norma como consecuencia de haberse identificado un menoscabo en las competencias de un órgano constitucional por el uso indebido de una competencia por parte de otro.

Informe jurídico elaborado por el abogado Cesar Landa Arroyo a solicitud del Poder Ejecutivo y anexado a la contestación de la demanda

- El informe jurídico detalla la constante tensión existente entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo desde el periodo presidencial del 2016, en el cual resalta la decisión de este último de acelerar el proceso de renovación de seis magistrados de este Tribunal.
- Añade que, por ese motivo, el Presidente del Consejo de Ministros hizo cuestión de confianza, el 30 de septiembre de 2019, respecto de la modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, referida a la elección de magistrados, con el fin de permitir un proceso abierto y plural, a efectos de renovar la composición del Tribunal bajo principios de publicidad, pluralidad y participación ciudadana, que facilite seleccionar como magistrados a profesionales honestos, independientes, neutrales y con trayectoria democrática.
- Afirma que tras la culminación del discurso del Presidente del Consejo de Ministros en el que se sustentó la cuestión de confianza y el rechazo de la cuestión previa presentada por la congresista Indira Huilca Flores para que se debata el pedido presentado, se configuró un rechazo a la cuestión de confianza implícito o tácito, el mismo que fue reiterado cuando se eligió a uno de los candidatos como magistrado. Por este motivo, el Presidente de la República declaró la disolución del Congreso de la República, al haberse producido el segundo rechazo a la confianza del Gobierno.
- Señala que la votación posterior a la frustrada elección de los magistrados, en la que el Pleno del Congreso aprobó el otorgamiento de la confianza solicitada, fue una mera formalidad que buscó impedir que se produjese la disolución constitucional del Congreso de la República, puesto que la confianza solicitada expresamente consistía en la suspensión del proceso de elección iniciado y en la deliberación de la propuesta normativa presentada por el Poder Ejecutivo.

- El informe puntualiza además que en contextos de tensión política entre el gobierno y la oposición se requiere de legitimidad constitucional para el procedimiento de elección de magistrados, sobre la base de una convocatoria pública y abierta, que genere confianza en la sociedad de la elección de los magistrados de este Tribunal.
- Finaliza sus argumentos con la siguiente afirmación: que el uso de la cuestión de confianza para que el Congreso de la República revise, debata y reforme la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, antes de seleccionar y elegir a los nuevos magistrados, constituyó un uso legítimo de la cuestión de confianza como instrumento de equilibrio y balance entre los poderes Ejecutivo y Legislativo.

C. *AMICUS CURIAE*

Con fecha 3 de diciembre de 2019, este Tribunal admitió como *amicuscuriae* al Defensor del Pueblo, el señor Walter Francisco Gutiérrez Camacho; al señor Juan Pablo Felipe Chanco, a la señora Celia Beatriz Mejía Mori, al señor Adrián Barrientos Vargas, en representación del "Frente de lucha contra la corrupción de la sociedad civil organizada", y al señor Alberto Núñez Herrera, en representación del movimiento político "Abre tu mente por un Nuevo Perú".

Informe presentado por el Defensor del Pueblo

Cabe destacar que, conforme al artículo 162 de la Constitución, corresponde al Defensor del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

Como fue señalado *supra*, el Defensor del Pueblo presentó un informe escrito como *amicuscuriae* en el presente proceso, cuyos argumentos son los siguientes:

- Señala que, de las atribuciones que le han sido asignadas por la Constitución se desprende que puede emitir opiniones y/o recomendaciones de oficio sobre actos u omisiones de entidades púbicas que afecten o pongan en peligro la vigencia plena de los derechos fundamentales.
- Agrega que debe velar por el correcto cumplimiento de las labores que llevan a cabo todas las instituciones del Estado, ya que el ejercicio arbitrario de alguna competencia o función puede incidir negativamente en el ejercicio y/o goce de los derechos fundamentales de las personas.
- Refiere que la totalidad de la clase política del país, en especial la que tiene el poder público por elección, tienen el deber de concretar los mandatos constitucionales por medio de los canales institucionales previstos en la Constitución, como una garantía de respeto a los derechos fundamentales, y deben sumar esfuerzos para legitimar nuestra democracia ante la ciudadanía.
- Señala además que las situaciones de confrontación política generan niveles de inestabilidad que afectan el goce efectivo de los derechos fundamentales. Añade que un

Estado Constitucional orientado al bien común debe sustentarse en una distribución de poderes, con independencia en su funcionamiento, regida bajo un sistema de pesos y contrapesos que permita limitar el ejercicio del poder y garantizar así, las libertades ciudadanas y los derechos fundamentales.

- Ahora bien, respecto de las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo,sostiene que el principio de separación de poderes es uno de los pilares esenciales de nuestro modelo de Estado constitucional y democrático de Derecho, el cual exige que los poderes del Estado no interfieran con el ejercicio de las atribuciones y competencias de otros.Exige también la aplicación de la teoría de los pesos y contrapesos, la cual reconoce que entre estos poderes debe existir un control reciproco para que ninguno se exceda de sus atribuciones constitucionales.

- El Defensor del Pueblo argumenta que el principio de cooperación exige que las funciones y competencias de los poderes y demás entidades estatales respondan a la ejecución de los fines y valores constitucionales del Estado. Refiere que en la Constitución existen ejemplos palpables de la aplicación práctica de este principio, como la delegación de facultades legislativas, la concurrencia del Consejo de Ministros o los ministros por separado para participar en las sesiones del Congreso de la República, y el mecanismo de elaboración de la Ley del Presupuesto.

- Añade, por otro lado, que, conforme al principio de solución democrática, de no conseguirse una solución por medidos institucionales, las vías adecuadas para resolver las controversias entre podres que puedan devenir en graves crisis políticas institucionales serán el diálogo y la deliberación. Señala que esto se visibiliza en el artículo 134 de la Constitución, por cuanto permite la realización extraordinaria de elecciones para la conformación de un nuevo Congreso de la República, cuando este ha sido disuelto por negarle la confianza a dos Consejos de Ministros.

- Argumenta también que el principio de separación de poderes exige que no deben existir presiones e injerencias en el cumplimiento autónomo e independiente de las funciones constitucionales encargadas a los poderes y órganos constitucionales del Estado, pero que, en aplicación del principio de balance y control entre poderes como mecanismo de pacificación democrática, se debe alcanzar un consenso institucional para lograr una salida constitucional a esta crisis.

- Por otro lado, refiere que es indispensable que este Tribunal determine los asuntos que válidamente pueden ser objeto de una cuestión de confianza, de manera que no se desvirtué en un mecanismo que le permita al Poder Ejecutivo suprimir o sustraer de forma constante las atribuciones del Poder Legislativo.

- El Defensor del Pueblo advierte que la censura ministerial habría sido empleada por los congresistas como un mecanismo de presión para propiciar la renuncia de los ministros. De igual forma, detalla que el uso de la figura de la vacancia presidencial como respuesta a un ataque o contraataque del Poder Ejecutivo, supone un ejercicio abusivo y arbitrario de esta figura constitucional.

- Sostiene, además, que el desarrollo del mecanismo político de la cuestión de confianza requiere la realización de competencias coordinadas entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República, y que se trata de una relación horizontal, aunque contrapuesta, entre estos poderes públicos, entre los que no existe una relación jerárquica.
- Ahora bien, respecto de la posibilidad de plantear una cuestión de confianza para suspender un trámite parlamentario, señala que la práctica ha admitido que puedan suspender procedimientos tales como la censura ministerial. Afirma que ello se evidencia en los hechos ocurridos en septiembre de 2017, cuando Fernando Zavala presentó una cuestión de confianza con la finalidad de evitar la censura de Marilú Martens, Ministra de Educción en la referida fecha.
- Refiere también que la cuestión de confianza presentada para la modificación del mecanismo de elección de magistrados a este Tribunal se condice con el fin que persigue el Poder Ejecutivo con la política de lucha contra la corrupción y fortalecimiento institucional para la gobernabilidad, contenidas en la Política General al 2021 aprobada mediante Decreto Supremo 056-2018-PCM.
- Detalla además que, si bien el debate y votación de la cuestión de confianza debe efectuarse por el Congreso de la República, su ejercicio debe ir acompañado de una conducta acorde con los principios de cooperación y solución democrática, además de respetar las instituciones que forman parte del principio de balance entre poderes públicos.
- Por ello, refiere que las actuaciones del Congreso de la República no deben estar dirigidas a convertir en ineficaz la cuestión de confianza planteada por los ministros o por el Presidente del Consejo de Ministros, pues ello atentaría contra el principio de balance entre poderes establecido en nuestra Constitución. En ese sentido, estima que en la presente controversia debe tenerse en cuenta que al posponer el debate parlamentario sobre la cuestión de confianza y proceder con la elección de los magistrados a este Tribunal, el Congreso de la República habría eliminado la eficacia de la cuestión de confianza.
- Añade también que la aprobación de la cuestión de confianza supone que existe un compromiso de respetar las finalidades propuestas, lo que tampoco implica que no se puedan hacer los cambios que el Congreso de la República considere pertinentes, sin que ello suponga la desnaturalización de los proyectos.
- Por otro lado, sostiene que la legitimidad del ejercicio de la disolución del Congreso de la República no depende únicamente de que se hayan producido dos censuras o rechazos de confianza al Gabinete, sino que su decisión tenga como finalidad restaurar la gobernabilidad afectada por las actuaciones de los congresistas.
- Ahora bien, respecto de la alegada figura del rechazo fáctico de la cuestión de confianza, el Defensor del Pueblo argumenta que, de una interpretación literal de la Constitución se desprende que el otorgamiento o rechazo de la cuestión de confianza se produce a través de la votación en el Pleno del Congreso.

- No obstante ello, refiere que, como se ha indicado en el Informe Defensorial sobre la crisis política, cuestión de confianza y disolución del Congreso de la República, publicado el 25 de noviembre de 2019, otorgarle un margen de discrecionalidad al Ejecutivo a fin de determinar, sin más criterio que el suyo, en qué casos se ha denegado o concedido la confianza supondría un peligro para el equilibrio de poderes, es decir, aclara que podría generar un precedente de acuerdo al cual los mandatarios podrían concluir, cuando convenga a sus intereses, que existió un rechazo fáctico de la cuestión de confianza, lo que les permita emplear arbitrariamente el mecanismo de disolución del artículo 134 de la Constitución.
- Sostiene además que, al ser posible que se den situaciones en las que el Congreso de la República, a través de determinadas acciones, vuelva ineficaz el pedido de confianza planteado por el Poder Ejecutivo, es necesario que este Tribunal determine si tal conducta puede interpretarse como una denegatoria de la cuestión de confianza.
- Agrega que la decisión que emita el Tribunal debería tener un carácter prospectivo que permita superar las eventuales desavenencias que se hayan generado durante el interregno parlamentario, y debe precisar las funciones correspondientes a los poderes Ejecutivo y Legislativo durante el periodo en el que se encuentra disuelto el Congreso de la República.
- Finalmente, Defensor del Pueblo concluye que es un deber de este Tribunal establecer los límites a la facultad legislativa durante el interregno parlamentario, así como las funciones de la Comisión Permanente.

II. FUNDAMENTOS

§1. NATURALEZA DEL CONFLICTO COMPETENCIAL DE AUTOS

1. Conforme a lo establecido en el inciso 3 del artículo 202 de la Constitución, corresponde a este Tribunal conocer los conflictos de competencias o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley. La legitimación en el proceso competencial alcanza a las entidades estatales previstas en la Constitución, y en él pueden oponerse: (i) el Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o municipales; (ii) dos o más gobiernos regionales o municipales entre sí; y, (iii) cualesquiera poderes del Estado u órganos constitucionales entre sí.
2. De acuerdo con el artículo 110 del Código Procesal Constitucional, el conflicto competencial se produce cuando alguna de las referidas entidades estatales adopta decisiones o rehúye deliberadamente actuaciones que afectan las competencias o atribuciones que de acuerdo con el marco constitucional y legal corresponden a otra.
3. Este Tribunal ha sostenido que los conflictos competenciales pueden ser alternativamente típicos —positivos o negativos— o atípicos —por menoscabo de atribuciones constitucionales o por omisión de cumplimiento de un acto obligatorio—. Pero tal descripción no agota las formas en las que puede manifestarse un conflicto competencial.

4. Los conflictos positivos se presentan cuando dos o más entidades estatales se consideran competentes para ejercer una misma competencia o atribución. Por el contrario, el conflicto negativo se produce cuando dos o más entidades estatales se niegan a asumir una competencia o atribución por entender que ha sido asignada a otra entidad estatal, o cuando mediante la omisión de un determinado acto estatal obligatorio se afecta el ejercicio de las atribuciones o competencias de otra.

5. Por su parte, los conflictos por menoscabo de atribuciones se presentan cuando una entidad estatal, al ejercer indebidamente sus competencias, entorpece la labor de otra sin haber invadido, en rigor, la esfera de sus competencias. En este supuesto, no se discute la titularidad de una competencia determinada sino la forma en la que ésta se ejerce material o sustancialmente.

6. Este tipo de conflicto puede presentar, a su vez, dos modalidades distintas:

   (i) Conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto: se produce cuando, a pesar de estar perfectamente delimitadas las competencias de las entidades estatales intervinientes, una de éstas las ejerce de manera inadecuada o prohibida, e impide a las demás ejercer las suyas a cabalidad.

   (ii) Conflicto constitucional por menoscabo de interferencia: se produce cuando las competencias de dos o más entidades están relacionadas entre sí hasta el punto en que una de éstas no puede ejercer las suyas sin que la otra realice determinadas actuaciones.

7. En el caso de autos, la Comisión Permanente alega en su demanda de conflicto competencial que existe un conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. Señala que ambos poderes conocen perfectamente sus competencias, pero, sin embargo, uno de ellos ha realizado un indebido o prohibido ejercicio de la competencia que le corresponde, lo que repercute sobre el ámbito del que es titular el otro órgano constitucional.

8. El proceso competencial resulta de importancia justamente para dirimir las controversias que se susciten en torno a las atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado y, en consecuencia, el desarrollo del sistema democrático requiere que los casos como el presente sean deliberados y resueltos por este órgano de control de la Constitución.

9. Como este Tribunal ya pusiera de relieve, una controversia que gira en torno a la legitimidad de la disolución del Congreso de la República constituye uno de los más importantes y urgentes conflictos constitucionales que podrían ser materia del proceso competencial establecido en el inciso 3 del artículo 202 de la Constitución.

10. Así, este Tribunal, como órgano de cierre de la interpretación constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, evaluará la actuación del Poder Ejecutivo a fin de determinar si en el presente caso la disolución del Congreso de la República fue dispuesta en concordancia con las competencias de los poderes involucrados y de conformidad con la Constitución.

11. Para adoptar dicha decisión, este Tribunal analizará el principio de separación de poderes en nuestro sistema constitucional, así como las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, dentro de las cuales se encuentran la institución de la cuestión de confianza y la potestad para la disolución del Congreso de la República.

§2. EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES Y LA IMPORTANCIA DEL EQUILIBRIO ENTRE PODERES

12. Nuestra Constitución señala en su artículo 43, que da inicio al Título II referido al Estado y la Nación, que: "(l)a República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes".

13. Los conceptos de democracia y limitación o separación de poderes, esenciales para los Estados constitucionales modernos, tienen sus orígenes en los antecedentes de la cultura occidental, Grecia y Roma, cuyas sociedades implementaron mecanismos para limitar el poder y así garantizar la libertad y los derechos de sus ciudadanos. La democracia en Atenas se desarrolló progresivamente entre los siglos VII y V a.C., a partir de las reformas implementadas por Dracón, Solón, Clístenes y Efialtes. Asimismo, filósofos como Sócrates, Platón y Aristóteles se ocuparon, entre otros temas, de determinar cuál era la mejor forma de gobierno. Aristóteles, el último de ellos cronológicamente, se decantó en sus escritos por un sistema de gobierno que tuviera una Constitución mixta, es decir, una que combinara elementos de los diferentes tipos de gobierno con el objeto de limitar el poder.

14. Por otro lado, la República romana, establecida en el año 509 a.C. tras una revolución contra los abusos del rey, tenía un sistema de gobierno con una Constitución mixta. Efectivamente, el historiador griego Polibio, que vivió en el siglo II a.C., señaló en su libro *Historias* que los romanos combinaron con éxito en su constitución republicana elementos de tres formas de gobierno: democracia, aristocracia y monarquía. En la República romana el poder estaba dividido entre la asamblea, que representaba al pueblo, el senado y los diferentes magistrados, como los cónsules y los tribunos.

15. Los conceptos de libertad y limitación del poder estuvieron desde entonces siempre presentes en la cultura occidental, aun cuando parecieran debilitarse en las diferentes épocas y lugares en que se impuso o se trató de imponer una forma de absolutismo monárquico o un régimen tiránico o dictatorial. Así, durante la Edad Media también ocurrieron progresos relevantes en materia de limitación del poder, como la firma de la Carta Magna en Inglaterra en el año 1215, mediante la cual los barones buscaron limitar el poder creciente del rey. En esa época aparecieron en Europa asambleas y parlamentos que evolucionaron paulatinamente hasta incluir la representación de todos los estamentos de la sociedad.

16. Todo esto sirvió de inspiración para que, siglos después, en la Europa de la Edad Moderna, durante el auge del absolutismo monárquico, diversos filósofos escribieran

nuevamente sobre cuál era la mejor forma de gobierno y los mecanismos para limitar el poder. Las tensiones sociales y políticas, así como las tendencias liberales y anti absolutistas entonces imperantes llevarían a las revoluciones inglesa, francesa y americana, que pusieron coto al absolutismo y permitieron implementar reformas políticas inspiradas en las ideas de los grandes filósofos de la época, que condujeron finalmente al establecimiento de gobiernos constitucionales en los cuales el poder se encuentra limitadoy los derechos de las personas garantizados.

17. Así, en Inglaterra, durante el siglo XVII, a raíz de una serie de guerras civiles y revoluciones se daría inicio al tránsito del absolutismo a la monarquía constitucional, en la cual el poder del rey se encuentra limitado. En todo ese proceso tuvo especial influencia el pensamiento del filósofo inglés John Locke, quien en el segundo tratado de su obra *Dos tratados sobre el gobierno civil* (1689), hizo notar la importancia de que el Legislativo y el Poder Ejecutivo estén en diferentes manos "como lo están en todas las Monarquías moderadas, y en los Gobiernos bien enmarcados". Justificaba tal separación del poder con el siguiente argumento:

> (…) debido a que puede ser una tentación demasiado grande para la fragilidad humana, apta para alcanzar el poder, que las mismas personas, que tienen el poder de hacer leyes, tengan también en sus manos el poder de ejecutarlas, porque podrían eximirse de obediencia a las leyes que hacen, y ajustar la ley, tanto en su elaboración como en su ejecución, para su propio beneficio privado (…).

18. La obra de John Locke, junto con los sucesos ocurridos en Inglaterra inspiraron a su vez al Barón de Montesquieu, filósofo francés que estableció con la mayor claridad, en el Libro XI de su obra *El Espíritu de las Leyes* (1743), los principios rectores que han inspirado la concepción moderna de la separación de poderes:

> En cada gobierno existen tres tipos de poderes: el legislativo; el ejecutivo con respecto a las cosas que dependen de las leyes de las naciones; y el ejecutivo en relación con las materias que dependen de la ley civil.
>
> En virtud del primero, el príncipe o magistrado promulga leyes temporales o perpetuas, y enmienda o abroga aquellas que ya han sido promulgadas. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía o recibe embajadas, establece la seguridad pública, y provee contra las invasiones. Por el tercero, castiga a los criminales, o determina las disputas que surgen entre los individuos. Al último le llamaremos el poder judicial, y al otro, simplemente, el poder ejecutivo del estado.
>
> (…)
>
> Cuando los poderes legislativo y ejecutivo están unidos en la misma persona, o en el mismo cuerpo de magistrados, no puede haber libertad; porque pueden surgir temores, de que el mismo monarca o senado puedan promulgar leyes tiránicas, para ejecutarlas de una manera tiránica.

> Nuevamente, no hay libertad si el poder judicial no se separa del legislativo y el ejecutivo. Si se uniera con el legislativo, la vida y la libertad del sujeto estarían expuestas a un control arbitrario; porque el juez sería entonces el legislador. Si se uniera con el poder ejecutivo, el juez podría comportarse con violencia y opresión.
>
> Habría un final para cada cosa, si el mismo hombre, o el mismo cuerpo, ya sea de los nobles o del pueblo, ejerciera esos tres poderes, el de promulgar las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas, y el de juzgar las causas de los individuos.

19. La separación de poderes de Montesquieu tenía entonces como propósito limitar el poder, evitar su concentración en manos de una sola persona u órgano de gobierno, como garantía frente al absolutismo y la opresión, para asegurar la preservación de la libertad. Las ideas de Montesquieu tuvieron gran influencia en la Revolución francesa de 1789, realizada contra el absolutismo del rey y el sistema estamental del Antiguo Régimen. Como reflejo de ello, en el artículo XVI de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se expresa con contundencia que: "(t)oda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución".

20. En 1789 también entraría en vigencia la Constitución de los Estados Unidos de América, país que surgió como consecuencia de la revolución de las Trece Colonias contra el dominio británico. Este documento refleja la influencia del pensamiento de John Locke y de Montesquieu. Cabe notar que *El Federalista*(1787-1788), colección de 85 ensayos escritos por James Madison, Alexander Hamilton y John Jay para promover la ratificación de la Constitución de Estados Unidos, ha sido considerado históricamente una fuente contemporánea autoritativa para analizarla.

21. En el *Federalista 51*, titulado *La estructura del gobierno debe proveer los controles y equilibrios apropiados entre los diferentes departamentos*, James Madison desarrolló por primera vez el concepto conocido en inglés como "checks and balances" como elemento fundamental de la separación de poderes, según el cual los diferentes poderes del Estado deben controlarse y equilibrarse entre sí en un sistema de pesos y contrapesos.

22. Así, James Madison, mediante un análisis que toma en cuenta la naturaleza humana de quienes habrán de dirigir cualquier gobierno, articula la idea de "checks and balances" de la siguiente manera:

> Pero la gran seguridad contra una concentración gradual de los diversos poderes en el mismo departamento, consiste en dar a quienes administran cada departamento, los medios constitucionales necesarios, y motivos personales, para resistir usurpaciones de los demás. La provisión para la defensa debe ser, en este, como en todos los demás casos, hecha acorde al peligro de ataque. La ambición debe contrarrestar la ambición. El interés del hombre, debe estar conectado con los derechos constitucionales del lugar. Puede ser una reflexión sobre la naturaleza humana, que tales dispositivos deben ser necesarios para controlar los abusos del gobierno.

> Pero, ¿qué es el gobierno mismo, sino la mayor de todas las reflexiones sobre la naturaleza humana? Si los hombres fueran ángeles, no sería necesario ningún gobierno. Si los ángeles gobernaran a los hombres, no serían necesarios controles externos ni internos sobre el gobierno. Al enmarcar un gobierno que será administrado por hombres sobre hombres, la gran dificultad radica en esto: primero debes permitir al gobierno controlar a los gobernados; y en el siguiente lugar obligarlo a controlarse a sí mismo. Una dependencia en las personas es, sin duda, el principal control sobre el gobierno; pero la experiencia ha enseñado a la humanidad la necesidad de precauciones auxiliares.
>
> Esta política de suministrar, por intereses opuestos y rivales, el defecto demejores motivos, podría rastrearse a través de todo el sistema de asuntos humanos,tanto privados como públicos. Lo vemos particularmente exhibido en todas las distribuciones de poder subordinado; donde el objetivo constante es, dividir y organizar varias oficinas de manera tal que cada una pueda ser un control sobre la otra; que el interés privado de cada individuo pueda ser un centinela sobre losderechos públicos. Estos inventos de la prudencia no pueden ser menos necesarios en la distribuciónde los poderes supremos del estado.

23. Como puede apreciarse, la idea de los "checks and balances" sirve para que los diferentes poderes (compuestos por diferentes personas) al tener intereses contrapuestos, se controlen entre sí, lo que llevará a la limitación y equilibrio del poder como garantía de los derechos y libertades de las personas.

24. Las ideas de Montesquieu fueron fundamentales para implementar un sistema republicano y presidencialista en los Estados Unidos de América, basado en la división tripartita del poder (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), como modelo alternativo al sistema parlamentario de origen británico. Este nuevo modelo de gobierno consagró los ideales antiguos de una constitución mixta. Ambos modelos inspirarían a otros países a adoptar variantes propias de los mismos.

25. La posterior historia del constitucionalismo fue tumultuosa, y tuvo idas y venidas en la mayoría de países. Pero el concepto de limitación o separación del poder, implementado de una u otra manera en los modelos de gobierno parlamentario y presidencialista, ha sido desde entonces un elemento esencial en todos los Estados constitucionales modernos. Efectivamente, sin un mecanismo de limitación o separación del poder no puede existir una Constitución. En palabras de Antonio-Carlos Pereira Menaut, una Constitución:

> En sentido material es una *limitación del poder, llevada a cabo por medio del Derecho (y también de la Política) y afirmando una esfera de derechos y libertades en favor de los ciudadanos*. El aspecto de "limitación del poder" da lugar a la separación o división de poderes, que ello se haga "por medio del Derecho" genera el Imperio del Derecho o Estado de Derecho, y la "esfera de derechos y libertades" da lugar a los que toda Constitución contiene, bien en el propio texto, como la mayoría, o bien en

> una declaración o carta añeja, como en el caso norteamericano y en la Unión Europea.[Pereira Menaut, Antonio-Carlos (2016). Lecciones de Teoría Constitucional y otros escritos.Santiago de Compostela: Andavira Editora, p. 22].

26. Al respecto, este Tribunal ha señalado que la existencia de este sistema de equilibrio y de distribución de poderes, con todos los matices y correcciones que impone la sociedad actual, constituye, en su idea central, una exigencia ineludible en todo Estado Constitucional. La separación de estas tres funciones básicas del Estado, limitándose de modo recíproco, sin entorpecerse innecesariamente, constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos e, idénticamente, para limitar el poder frente al absolutismo y la dictadura [Sentencia 0023-2003-AI/TC, fundamento 5].

27. Asimismo, este Tribunal ha señalado que lo concerniente a la separación de poderes y al régimen político diseñados por la Constitución es un límite para su reforma, por ser parte de una especie de "núcleo duro" conformado por aquellos valores y principios básicos que dan identidad a nuestro texto constitucional [Sentencia 0006-2018-PI/TC, fundamento 49].

28. Pero nuestro sistema de división de poderes tiene ciertas particularidades, que no son más que adaptaciones a nuestra propia realidad y necesidades. Como ha sido notado por este Tribunal, el principio de separación de poderes reconocido en el artículo 43 de la Constitución posee un contenido más amplio que aquel que asumía la separación del poder del Estado únicamente en poderes como el legislativo, ejecutivo y judicial. En efecto, la propia Constitución ha establecido la existencia de órganos constitucionales, así como de los gobiernos regionales y los gobiernos locales [Sentencia 0005-2007-PI/TC, fundamento 21].

29. Por otro lado, cabe destacar que, como será explicado en mayor detalle en la sección siguiente, el modelo de gobierno constitucional en la República del Perú tiene una base presidencial sobre la cual se han agregado algunas instituciones propias del parlamentarismo, las cuales alteran la división de poderes que distingue al sistema presidencial [Sentencia 0006-2018-PI/TC, fundamento 53].

30. Ahora bien, tampoco debe entenderse la separación de poderes como un antagonismo o ausencia de colaboración. Los mecanismos de control (*checks and balances*) pueden coexistir con mecanismos de colaboración entre poderes. De acuerdo con Karl Loewenstein:

> (…) la diferencia del proceso político en el Estado constitucional y en la autocracia radica en que las diferentes actividades estatales están distribuidas entre varios e independientes detentadores del poder, que están obligados constitucionalmente a cooperar en la formación de la voluntad estatal. Esta dinámica del interjuego e interacción de los diversos detentadores del poder en el proceso político constituye los controles interórganos. Son fundamentalmente de dos clases. *Primero*: los detentadores del poder estarán de tal manera acoplados constitucionalmente que sólo conjuntamente podrán llevar a cabo determinadas tareas; (…). *Segundo*: el

> detentador individual del poder está autorizado por la constitución a intervenir discrecionalmente en la actividad de otro detentador del poder, y de esta manera frustrar su acción; (…).En el primer caso, la cooperación de los detentadores del poder es indispensable si el acto estatal tiene que realizarse; en el segundo caso, la intervención del detentador del poder es optativa, pero el efecto es el mismo: el otro detentador del poder queda sometido a un control. Ambas clases funcionan como controles interórganos. [Loewenstein, Karl (1979). Teoría de la Constitución. Barcelona: Editorial Ariel, pp. 252-253].

31. En ese orden de ideas, este Tribunal ha señalado que la separación de poderes que configura nuestra Constitución no es absoluta, porque de la estructura y funciones de los Poderes del Estado regulados por ella también se desprende el principio de colaboración de poderes [Sentencia 0004-2004-CC/TC, fundamento 24]. Es decir, las relaciones entre diferentes poderes contienen mecanismos de control y de colaboración. Y el ejercicio de tales poderes tiene por fin principal la defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad, conforme al artículo 1 de la Constitución.

32. En tal sentido, este Tribunal ha señalado, en el fundamento 56 de la Sentencia 0006-2018-PI/TC que, conforme a lo establecido en el artículo 43 de la Constitución, nuestra forma de gobierno tiene los siguientes rasgos de identidad:

> **Principio de separación de poderes propiamente dicho:** Hace referencia a la autonomía funcional y a las diferentes competencias que cada poder estatal (y también cada órgano constitucional autónomo) tiene, pero también a las distintas funciones (sociales y políticas) que cada uno cumple tendencialmente (tales como representar, legislar y fiscalizar en el caso del Legislativo, o de gobernar y hacer cumplir las leyes en el caso del Ejecutivo). Este principio, desde luego, conlleva a reconocer las eventuales tensiones que puedan surgir entre los poderes públicos.
>
> Con base al principio de separación de poderes, es claro que nuestro modelo no aspira —a diferencia de lo que ocurre en un régimen parlamentario— a la confusión o subordinación entre los poderes, o a la asunción de que existe una suerte de un "primer poder" del Estado. Se reconoce la división de poderes y se prevén formas razonables para resolver o superar las diferencias entre ellos.
>
> **Principio de balance entre poderes:** Se refiere a la existencia de mecanismos de coordinación (tales como la delegación de facultades, el respaldo a políticas de gobierno a través de la cuestión confianza, las coordinaciones o negociaciones políticas para la aprobación del presupuesto público, la reglamentación de las leyes, la iniciativa legislativa por parte del Poder Ejecutivo o los órganos constitucionales autónomos, etc.); *mecanismos de control recíproco* (control jurídico y jurídico-político entre los poderes y órganos constitucionales autónomos); y *mecanismos de equilibrio entre poderes* (respeto a la autonomía de los otros poderes y órganos constitucionales autónomos, regulación de las competencias y funciones ajenas

sin desnaturalizarlas, debida asignación presupuestaria para los poderes estatales u órganos constitucionales autónomos, etc.).

Además de que no hay poderes subordinados, a lo cual se refería el principio anterior, el balance entre poderes permite destacar que en nuestro modelo constitucional los poderes públicos se conciben en una dinámica de equilibrio o contrapeso, lo cual exige reconocer y respetar los mecanismos de control constitucionalmente previstos.

Como corolario de lo anterior, se tiene que la regulación, el ejercicio e incluso la interpretación de los alcances de los mecanismos de coordinación, de control recíproco o de equilibrio entre poderes no pueden realizarse alterando o desnaturalizando el balance que ha buscado asegurar la Constitución, y que es parte medular de nuestro modelo.

Principio de cooperación: Conforme a este principio, las competencias y funciones de los poderes y órganos constitucionales autónomos deben estar orientadas al cumplimiento de los fines del Estado (artículo 44 de la Constitución), a la concreción del conjunto de bienes y valores constitucionales (pudiéndose mencionar, a modo de ejemplo, lo señalado en los artículos 1, 3, 38, 43 o 45 de la Constitución), y siempre teniendo como horizonte la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad (artículo 1 de la Constitución).

De esta manera, entre los poderes públicos resulta de aplicación el principio de "lealtad constitucional", el cual, además del respeto a las competencias y funciones ajenas, orienta el comportamiento de los actores estatales hacia la consecución del bien común, que debe ser el fin último de la política.

Así visto, sobre la base de este *principio de cooperación* deben evitarse conductas obstruccionistas, desleales o egoístas por parte de los poderes políticos. Si bien la política tiene una faz confrontacional inevitable, las instituciones y competencias constitucionales deben ser interpretadas y ejercidas en el sentido de fomentar la integración social, la unidad política y optimización de los fines y principios constitucionales, entre otros. Lo anterior, desde luego, resulta especialmente cierto en el caso del análisis que le corresponde realizar el Tribunal Constitucional en los asuntos sometidos a su conocimiento, atendiendo al rol moderador y pacificador de conflictos que le caracteriza.

Principio de solución democrática: Este principio pone de relieve que frente a un entrampamiento o crisis política o institucional que no puede superarse a través de los medios institucionales habituales debe preferirse, en primer lugar, las salidas deliberadas, es decir, mediante el diálogo institucional o a través de los espacios de deliberación pertinentes y adecuados para enfrentar los conflictos políticos.

33. Así las cosas, tenemos que nuestra Constitución dedica un capítulo especial a las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo que se refieren a la cuestión de

confianza y la disolución del Congreso de la República por parte del Presidente de la República (artículos 130 y siguientes). Es en el marco de tales relaciones que se produce el conflicto de competencias materia del presente caso.

34. Por tanto, en la medida que la cuestión de confianza es una institución que forma parte de las relaciones entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, resulta necesario, a fin de resolver la presente controversia, analizar primero cómo se han desarrollado esas relaciones en la historia del constitucionalismo peruano, para así entender cabalmente cómo es que es que se ha insertado y articulado en nuestro sistema constitucional la cuestión de confianza.

35. En ese sentido, y a fin de entender la naturaleza y el origen de esta institución, una prolija interpretación de los artículos 132 y 134 de la Constitución requerirá, como no podía ser de otro modo, indagar respecto de las razones históricas que justificaron, en nuestra experiencia nacional, la inserción de la cuestión de confianza. Es por ello que, para este Tribunal, resulta fundamental explorar la evolución de nuestro constitucionalismo en todo lo concerniente a las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo, pues ello permitirá comprender en su real dimensión la institución de la cuestión de confianza.

§3. RELACIONES ENTRE LOS PODERES EJECUTIVO Y LEGISLATIVO EN LA HISTORIA DEL CONSTITUCIONALISMO PERUANO

36. Este Tribunal advierte que en la demanda se han señalado distintas atribuciones que el Poder Ejecutivo habría asumido en desmedro de las competencias constitucionalmente asignadas al Congreso de la República, lo cual menoscabaría sus funciones. Ahora bien, determinar la distribución de las competencias asignadas a ambos órganos demanda el conocimiento de la forma de gobierno estipulada en la Constitución de 1993. No se trata, y es importante decirlo, de una tarea de sencilla dilucidación, ya que distintas instituciones contenidas en su articulado son, al menos en nuestro constitucionalismo, empleadas de forma poco frecuente, tal y como ocurre con la cuestión de confianza y la potestad del Presidente de la República de disolver el Congreso de la República.

37. En ese sentido, y a fin de poder comprender dichas instituciones en sus reales dimensiones, este Tribunal no puede ignorar el origen y desenvolvimiento histórico de las distintas formas parlamentarias que, progresivamente, se han desarrollado en nuestro constitucionalismo, y que han permitido insertar una serie de importantes mecanismos de fiscalización a la labor del Poder Ejecutivo. Tampoco debe perder de vista que el hecho de intentar encajar nuestra forma de gobierno en el modelo presidencialista o parlamentarista es un esfuerzo que, en buena medida, no cuenta con un puerto seguro, y ello porque nuestro diseño institucional ha sido fruto de nuestra propia realidad y se ha configurado en un entorno político y social diferente a lo ocurrido en otras latitudes.

38. Se trata, pues, de un modelo *sui generis*, lo cual, como no podía ser de otro modo, obliga a que las respuestas en torno a los alcances de las atribuciones de los principales órganos del Estado deban ser hallados en nuestro constitucionalismo histórico y no necesariamente en las constituciones o jurisprudencia de otros países. En efecto, y aunque el constitucionalismo de cuño occidental tiene sus raíces en las experiencias forjadas en Inglaterra, Estados Unidos y Francia, lo cierto es que el desarrollo y el reconocimiento de las principales instituciones que forjaron nuestra particular forma de gobierno solo es posible de ser identificado en nuestra propia experiencia histórica.

39. Este proceso inicia, como no podía ser de otra forma, con la independencia, ya que este episodio generó en distintos pensadores nacionales la necesidad de elucubrar alguna fórmula política que permitiera una adecuada convivencia en la convulsa sociedad de aquella época. Descartada la propuesta monarquista de José de San Martín, se optó por una república. No fue una decisión sencilla, ya que se trataba de la administración de un espacio geográfico habituado a las costumbres y usanzas españolas. Era, en esencia, una *tabula rasa*, pero lo que sí era evidente era que el Perú no era una continuación de España o una réplica del antiguo Imperio Incaico: ese nuevo país, "el Perú mestizo, el Perú definitivo, hay que reconocerlo en esta transformación que se va a desarrollar en todos los campos de la vida" [De la Puente Candamo, José A. (1971). Notas sobre la causa de la independencia del Perú. Lima: Sesquicentenario de la Independencia, p. 28].

40. De este modo, entender la forma de gobierno vigente no es una tarea viable si es que no se conoce, en su verdadera dimensión, el proceso histórico en que las formas parlamentarias fueron introducidas. Y es que ellas "no fueron producto de una ley importada, ni menos de una ingeniería constitucional, sino de una práctica propia que se fue moldeando, imponiendo y consolidando en el siglo [XIX]" [Planas Silva, Pedro (1998). Democracia y tradición constitucional en el Perú. Lima: Editorial San Marcos, p. 52]. Corresponde, en ese sentido, que este Tribunal efectúe un recuento de los principales hitos que, además de marcar nuestra vida republicana, son importantes para entender la implantación de distintas instituciones en nuestra Constitución vigente.

3.1. La doctrina rígida de la separación de poderes y su incidencia en las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo en los inicios del constitucionalismo peruano

41. La primera respuesta a las fórmulas absolutistas fue el reconocimiento del principio de separación de poderes. Sin embargo, al igual que en el escenario francés, ocurrió en el Perú que su estricta observancia terminó por generar, al menos en los momentos iniciales de la república, un sometimiento del Poder Ejecutivo por parte del Poder Legislativo, que se basaba en el temor y las remembranzas que aquel generaba por las analogías que solían realizarse entre los presidentes y los monarcas.

42. Es así que nuestro primer constitucionalismo optó por el reconocimiento de una suerte de concepción rígida del principio de separación de poderes, la cual supuso que no

existieran canales de conducto entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, y que, además, este sometiera a aquel con el propósito de evitar el surgimiento de potenciales tiranos y autócratas. Este primer momento de tensión entre ambos órganos se reflejó en la conocida propuesta del diputado Mariano José de Arce, quien, ante la retirada de José de San Martín del territorio peruano, sostuvo que "como quiera que el Congreso debe retener cuanta autoridad sea dable para hacer cumplir sus determinaciones y corriendo el riesgo de que un Poder Ejecutivo extraño, aislado y separado de él, aunque hechura suya, le pueda formar partido de oposición, era necesario que el Congreso conserve el Poder Ejecutivo".

43. Producto de esta propuesta fue creada la Junta Gubernativa, que no tuvo los resultados deseados por la presencia española en territorio nacional, y que demandaba la existencia de un Ejecutivo ágil y con un importante margen de maniobra. La primera Constitución estrictamente peruana, que fue la de 1823, también generó una dependencia similar, en la medida en que el Presidente de la República era designado por el Congreso de la República, que era el único órgano llamado a proponer y aprobar leyes. Se dijo en aquel momento que "(s)i el Poder Ejecutivo era una sombra, el Presidente de la República vino a resultar la sombra de una sombra" [Basadre, Jorge (1968). Historia de la República del Perú. Tomo I. Lima: Editorial Universitaria, p. 68]. La reacción a este nulo poder, materializada en la Constitución de 1826, fue la de un jefe de carácter vitalicio, lo que supuso adoptar una fórmula contraria, pero no por ello menos autoritaria.

44. En efecto, la lógica inicial de los constituyentes peruanos fue la de evitar cualquier mecanismo de diálogo y cooperación entre el Ejecutivo y el Legislativo. Esta cuestión, en todo caso, empezó a ser paulatinamente dejada de lado desde la Constitución de 1828. Y es que "(e)l mérito principal de la Constitución del 28 es haberse alejado, al organizar los Poderes, de los excesos opuestos en que cayeron las constituciones del 23 y 26 (…). La una debilitaba demasiado al gobierno, la otra al Congreso. Era necesario un punto medio, una solución de equilibrio" [Villarán, Manuel Vicente(1962). Páginas Escogidas. Lima: Talleres Gráficos P.L. Villanueva S.A, p. 49]. El balance que encontró este documento se fundamentó en el otorgamiento de potestades al Ejecutivo con las que no contó en el texto de 1823, como ocurrió con el caso de la iniciativa en materia legislativa a través de los ministros, la posibilidad de poder observar las leyes, e incluso el que pueda recibir, por parte del Congreso de la República, atribuciones excepcionales en caso de invasión o sedición. Del mismo modo, esta carta constitucionalizó el deber de los ministros de dar cuenta a las Cámaras del Congreso en relación con el estado de su respectivo ramo, así como de responder los informes que ellas pidieran. Se trataba, pues, del inicio de una lenta pero progresiva inserción de canales de comunicación y colaboración entre el Ejecutivo y el Legislativo.

45. Sin perjuicio de ello, es importante recordar que aquella rígida noción de la separación de poderes, bastante presente en los primeros años de la república peruana, desembocó en constantes episodios de anarquía en la primera mitad del siglo XIX. Tampoco faltó

la presencia de presidentes y/o autoridades con marcada vocación autoritaria, cuestión que se reflejó en el hecho que el Congreso de la República, "idólatra de la libertad y del sistema republicano, hubo de claudicar más de tres veces, voluntariamente, de sus quimeras democráticas, para ceder a las necesidades imperiosas de la guerra", lo cual se presentó cuando, pese a la conocida aversión al Ejecutivo unipersonal, entregó el mando a Riva Agüero, a Sucre, a Torre Tagle y a Bolívar [Porras Barrenechea, Raúl (1974). Ideólogos de la emancipación. Lima: Editorial Milla Batres, p. 105]. Si, por un lado, el Congreso intentó reducir considerablemente las atribuciones del Presidente de la República, por el otro existieron personajes que intentaron someter al máximo al órgano deliberativo del Estado.

46. Lo que, en todo caso, se desea reflejar es que el principio de separación de poderes, aplicado a nuestra realidad, inició por brindarnos una noción de no colaboración entre los órganos estatales, y esto supuso, las más de las veces, que la pugna entre ellos era por determinar quién terminaba por someter al otro. La Constitución de 1828 inauguró la instalación de formas de colaboración mutua, las cuales también generaron la inserción de distintas formas parlamentarias en un modelo que se caracterizaba por acercarse en cierta medida al presidencialismo norteamericano. De esta inicial mixtura empezó a forjarse nuestra forma de gobierno autóctona.

3.2. El inicio de la inserción de mecanismos de colaboración entre el ejecutivo y el legislativo en la segunda mitad del Siglo XIX y durante el Siglo XX

47. Las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo fueron, ciertamente, bastante tensas en la primera mitad del siglo XIX. En ese contexto, las constituciones de 1828 y 1834 brindaron oportunidades para el inicio del diálogo a través de la inserción de figuras como las de las memorias de informes de gestión, las cuales eran presentadas por los ministros al iniciarse las sesiones en el Congreso de la República. En el caso especial de la Carta de 1834, esta incorporó el derecho de estos últimos de concurrir libremente a cualesquiera de las Cámaras para participar en los debates con la sola condición de retirarse antes del acto de votación.

48. Estos iniciales conductos de acercamiento entre ambos órganos supusieron, en los hechos, una sana y fructífera forma de introducir frenos y contrapesos entre ellos. Sin embargo, y ello será importante para entender el desenvolvimiento histórico de la forma de gobierno peruana, también se incorporaron, sobre todo a través de la convención constitucional, distintas instituciones propias del parlamentarismo, aunque, evidentemente, con rasgos estrictamente nacionales.

49. En efecto, comprender la forma histórica de gobierno peruana no se reduce únicamente al repaso histórico de las constituciones. Será fundamental, además, comprender la forma en que los políticos, en el quehacer diario, insertaron distintos mecanismos para el balance del poder. Uno de los ejemplos más paradigmáticos de esta modalidad se presentó con el empleo del voto de censura, el cual era empleado pese a que las constituciones de la época no hacían ninguna referencia a ella. Se ha indicado que,

ya en 1847, la Cámara de Diputados había proclamado su facultad, en el nombre del pueblo, de negarle la confianza a un ministro. El parlamentario Manuel Toribio Ureta lo había asumido como un derecho de las cámaras, y no sorprenderá por ello que el diputado Pedro Quintana presentara un proyecto que disponía que se haga presente al gobierno la resolución del Congreso de la República de remover al ministro José Gregorio Paz Soldán .[Sobre ello, revisar: Manzanilla, José Matías (1903). El Poder Legislativo en el Perú. Tomo 31. Lima: Anales Universitarios, p. 18]. Similar cuestión ocurriría, poco después, con el ministro Manuel del Río, y aquella propuesta –en el sentido de hacerle saber al Presidente de la República el retiro de la confianza al ministro por parte del Congreso de la República– fue aceptada por el gobierno de Ramón Castilla.

50. La incorporación del voto de censura en la práctica política supuso un importante equilibrio de poder con la cada vez más independiente y fuerte figura del Presidente de la República. Ahora bien, otra institución que, en el afán de limitar las considerables atribuciones del Presidente de la República, sería introducida en el Perú es el Consejo de Ministros. Y es que, aunque los ministros ya existían desde los albores de la república, ellos no se habían presentado como un adecuado equilibrio en el interior del Poder Ejecutivo. La reunión en una suerte de consejo ya existía, especialmente desde el primer gobierno de Ramón Castilla (1845-1851). Es por ello que, independientemente que se hayan expedido leyes en 1856 y 1862 para su regulación, su empleo parecía una realidad en los hechos. Uno de los gestores de estas iniciativas, el general Mendiburu, afirmaba que:

> En el período anterior de S.E. el Presidente desempeñé dos ministerios y puedo asegurar que no existiendo entonces Consejo de Ministros, el Presidente reunía a éstos en todos los casos y para todos los asuntos que se puntualizaban en el artículo 22 del proyecto. Recuerdo mucho que el nombramiento de Prefectos, de Vocales de la Corte, de miembros del cuerpo diplomático, presentación de Obispos, etc., los contratos, el presupuesto, las memorias de los Ministros, todo se consultaba y acordaba con el Ministerio reunido. Esto mismo se hace actualmente. No hay asunto de los mencionados en esta ley que no se trate y discuta en el Consejo, fuera de otros negocios que no han tenido presentes en el proyecto.[Ver: Planas Silva, Pedro (1998). Democracia y tradición constitucional en el Perú. Lima: Editorial San Marcos, p. 55].

51. No fue casual la inserción del Consejo con el propósito de otorgar un mayor nivel de impacto y trascendencia a los ministros. Se ha afirmado, al respecto, que las leyes de ministros que fueron aprobadas en 1856, 1862 y 1863 se debieron "al deseo generalizado, entonces, de hallar remedio a los excesos de poder que caracterizaban el imperio de los caudillos".[Villarán, Manuel Vicente (1994). Posición constitucional de los ministros en el Perú. Lima: Cultural Cuzco S.A, p. 42].

52. La creación del Consejo de Ministros también generó la necesidad de articular nuevos mecanismos de articulación entre el Ejecutivo y el Legislativo. Uno de ellos fue el de la exposición, por parte del Ejecutivo, del programa de gobierno que iba a implementarse. Se trató, también, de una práctica parlamentaria que paulatinamente iría institucionalizándose en nuestro ordenamiento, y que empezó cuando el conocido jurista Pedro Gálvez asumió la Presidencia del Consejo de Ministros en el primer "gabinete" de José Balta. La razón de este proceder, explicado por el mismo Gálvez, radicaba en que la representación nacional tenía que estar al corriente del programa que iría a aplicarse.

53. Por otro lado, no puede dejar de resaltarse que el Consejo de Ministros también fue creado para evitar la concentración de las funciones ejecutivas en manos del Presidente de la República. De ahí que, de manera sucesiva, se desarrollarían, tanto en las leyes como en las constituciones, distintas materias que requerirán que el mandatario obtenga la aprobación del Consejo de Ministros. Ciertamente, este órgano no estaba diseñado para vetar o paralizar la iniciativa presidencial, pero sí ha generado la necesidad de encontrar espacios de debate y consensos al interior del Poder Ejecutivo.

54. Otro de los aspectos en los que se pudo advertir el creciente temor a la figura presidencial se dio con la potestad, en manos del Congreso de la República (o de una de sus cámaras) de acusar al Presidente de la República por disolverlo o impedir su reunión. Sería la Constitución de 1856 la que reconociera, por primera vez, esta posibilidad. En todo caso, esas previsiones no impidieron que, en noviembre de 1857, el coronel Pedro Arguedas, en un hecho insólito en la historia republicana, desalojara, acompañado de un grupo de soldados, a los integrantes de la Convención Nacional. Los miembros del Congreso de la República, que fueron electos con posterioridad, se encargarían de declarar su separación del ejército nacional. Se trató, pues, de un mecanismo que buscó limitar las amplias atribuciones presidenciales que se habían reconocido en la Constitución de 1839.

55. Ahora bien, el desarrollo de las instituciones presidencialistas y parlamentarias y su desenvolvimiento en nuestra especial realidad generó paulatinamente una forma de gobierno que no puede identificarse plenamente con alguno de dichos modelos paradigmáticos, a lo que contribuyó, evidentemente, la inserción del Consejo de Ministros. Es así que instituciones como la censura o el voto de confianza tuvieron una particular configuración en la historia constitucional peruana. Este último, por ejemplo, no siempre se ha empleado en situaciones de quiebre institucional en las que sea necesario dirimir qué órgano ha actuado en resguardo de la ley o la Constitución. En efecto, el voto de confianza se ha empleado, también, como muestra de solidaridad entre la Cámara y el Ministerio, como ocurrió el 23 de febrero de 1922, cuando se acordó reiterar la confianza al Gabinete presidido por Germán Leguía y Martínez, o con el propósito de desvanecer apreciaciones adversas hechas en el curso de una interpelación, como ocurrió con el voto de confianza brindado al Gabinete presidido por Rafael Villanueva el 12 de agosto de 1909.[Ver, al respecto: Villarán, Manuel Vicente. (1994). Posición constitucional de los ministros en el Perú. Lima: Editorial Cuzco, p. 177].

56. Este Tribunal también advierte que la práctica ministerial también es un insumo que no puede ser dejado de lado para comprender, en su debido contexto histórico, distintas instituciones que han sido forjadas en la república peruana. Y es que, pese al vacío o defecto de la ley, la forma en que tanto los congresistas como los integrantes del ejecutivo asumieron el uso de distintos mecanismos propios de los modelos parlamentarios o presidencialistas es la principal referencia para determinar si nuestra constitución histórica avala (o no) determinadas prácticas. Una cuestión de bastante trascendencia ha sido la de la desaprobación de algún proyecto de ley por parte del Congreso de la República como una causal para la dimisión de algún ministro. Es cierto que ello nunca ha sido implementado en alguna normatividad particular, pero de eso no se desprende que haya sido prohibido por la práctica ministerial y/o parlamentaria. Por ejemplo:

> Pedro Mariano García, Ministro de Hacienda de Pezet, renunció el 21 de noviembre de 1864 por el rechazo de un proyecto sobre consignaciones de Guano. El Gabinete presidido por el Contralmirante Melitón Carbajal renunció el 13 de agosto de 1914, porque en la Cámara de Senadores fue rechazado un proyecto gubernativo sobre emisión de cheques circulares. El Ministro de Hacienda Francisco Tudela renunció el 10 de septiembre de 1914 por un desacuerdo con la Cámara de Diputados, que había modificado el proyecto del Gobierno sobre aumento de la referida emisión. El Gabinete presidido por el mismo Tudela renunció el 16 de abril de 1918 porque el Senado insistió en una ley vetada por el Ejecutivo sobre ferrocarriles.[Ver, al respecto: Villarán, Manuel Vicente (1994). Posición constitucional de los ministros en el Perú. Lima: Editorial Cuzco, p. 175].

57. Otra de las herramientas fundamentales para el establecimiento de mecanismos de coordinación y fiscalización ha sido el establecimiento de la figura de la interpelación, la cual, al igual que en los otros casos, empezó por ser usada en la práctica parlamentaria antes de su reconocimiento oficial en la Constitución. Como se conoce, fueron tensas las relaciones entre Ramón Castilla y los integrantes de la Convención Nacional de 1855-1856, y esto se materializó en distintos incidentes, uno de los cuales fue el constante empleo de esta figura la cual, curiosamente, no estuvo regulada en la Constitución de 1856. Sería, pues, la Constitución de 1860 la primera que reconociera esta institución.

58. Por otro lado, nuestro constitucionalismo también presentó una particular evolución en lo referente a la posibilidad que concurran, en una sola persona, la calidad de congresista y ministro. Esta posibilidad, bastante usual en los modelos de cuño parlamentario, había sido dejada de lado en los inicios de la república en estricta aplicación de la idea de separación rígida de poderes. Fue así que nuestras primeras constituciones oscilaron entre la fórmula de la prohibición de asumir la investidura y el cese del cargo de congresista para asumir el de ministro, tal y como ocurrirá en el conocido caso de Hipólito Unanue, al ser elegido Secretario de Hacienda de José de San Martín, ya que su nombramiento fue calificado como incompatible por parte del Congreso de la

República. Recién, con la reforma constitucional de 1887, se declaró que no vacaban los cargos de Senador y Diputado por admitir el de Ministro de Estado. Esta fórmula será repetida en las constituciones de 1920 y 1933, pues ya formaba parte de nuestro constitucionalismo histórico.

59. Es así que, en las primeras décadas del siglo XX, nuestra forma de gobierno brindaba importantes visos de consolidación. De hecho, las cuestiones que serán debatidas en las cartas de 1920, 1933 y 1979 tendrán más que ver con la posibilidad de insertar mecanismos de equilibrio entre los órganos que alguna tentativa de bloquear cualquier cauce de colaboración. Esto, al menos, era lo que obraba en el papel, pues son ya conocidos los distintos episodios de fricción entre el Ejecutivo y el Legislativo que se han presenciado a lo largo de nuestra historia republicana.

60. Sin embargo, no serán las únicas reformas de envergadura en el siglo XX. En el seno de las tensiones políticas acaecidas en los gobiernos de Bustamante y Rivero y Belaúnde Terry empezó a elucubrarse la incorporación de alguna herramienta de reacción del Ejecutivo frente a posibilidad que el Congreso de la República pueda usar de forma desmedida instituciones parlamentarias como la censura y la interpelación. Es así como la Constitución de 1979 introdujo la facultad del Presidente de la República de disolver la Cámara de Diputados en el escenario que se censure o deniegue la confianza a tres consejos de ministros. El contexto político fue determinante para el reconocimiento de esta potestad, ya que, como bien recuerda Pareja Paz Soldán, el Congreso de la República de aquella época se caracterizó por:

> (…) abusar de la potestad de censurar Ministros tal como ocurrió [durante] los gobiernos constitucionales de los Presidentes Bustamante y Rivero (1945-1948) y de Fernando de Belaúnde (1963-68) (…). Para evitar ese abuso de poder censurar a los Ministros y con el objeto de facilitar su estabilidad, la Carta de 1979 ha dispuesto, por primera vez en nuestra historia constitucional, que "el Presidente de la República está facultado para disolver la Cámara de Diputados si ésta ha censurado o negado confianza a tres Consejos de Ministros" [Pareja Paz Soldán, José (1981). Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979. Lima: Justo Valenzuela Ediciones y Distribuciones, p. 280].

61. Importante es destacar que, durante la vigencia de la Constitución de 1979 ningún Presidente de la República la invocó para ejercer su potestad de disolver la Cámara de Diputados. Y es que, en su contenido, existían importantes restricciones para poder hacer uso de ella. Se trataba, en buena cuenta, de brindar una herramienta de defensa al Poder Ejecutivo, y no un instrumento para la coerción del Legislativo. De esta forma, se preveía en dicho documento que el Presidente de la República solo podía hacer uso de esta atribución en una sola oportunidad durante el período en el que ejercía el cargo. Del mismo modo, se le vedaba el empleo de dicho instrumento durante el último año de mandato de la Cámara y mientras se encuentre en vigor algún régimen de excepción.

62. Ocurre algo similar con la Constitución de 1993, con la excepción, claro está, del caso que nos convoca. Ahora bien, debe precisarse que, a pesar de que el Presidente de la República invocó, en su mensaje a la nación, diversas cláusulas constitucionales como sustento de sus actos, este Tribunal debe analizar ahora si tales cláusulas fueron interpretadas de forma compatible —y, por tanto, si tales actos se realizaron en conformidad—con la Constitución. Lo que sí es posible afirmar, al menos en este momento, es que se trata del primer caso, en nuestra historia republicana, en que se judicializa ante una alta corte de justicia la disolución del Congreso de la República. La responsabilidad que se ha otorgado a este Tribunal no puede ejercerse sin el adecuado conocimiento de nuestra constitución histórica, pues, como se ha podido advertir, ella es indispensable para entender la lógica subyacente a la problemática de nuestra forma de gobierno.

63. Independientemente de lo hasta aquí expuesto, este Tribunal considera necesario recordar que la fórmula que, finalmente, hayan decidido incorporar los constituyentes no es determinante para comprobar el buen o mal accionar de los congresistas o de los integrantes del Ejecutivo. Han existido, en el Derecho comparado, experiencias en las que la convivencia entre ambos órganos ha sido pacífica, pese al eventual peso superior que haya sido asignado a uno u otro de ellos. Y es que, como lo recordaba nuestro historiador Jorge Guillermo Leguía, refiriéndose al convulso Perú de la primera mitad del siglo XIX, "no son malos los sistemas que se adoptan sino los hombres que en vez de practicarlos se prestan abyectamente a mixtificarlos y desacreditarlos".[Leguía, Jorge Guillermo. Estudios Históricos. Santiago de Chile: Ediciones Arcilla, p. 192].

64. En ese sentido, no han faltado severas tensiones políticas en nuestra realidad, unas de ellas desarrolladas dentro del margen de lo permitido por la Constitución y otras, como no podía ser de otro modo, con su absoluto desconocimiento. Las primeras suelen presentarse y, de hecho, permiten demostrar la funcionalidad y relevancia de las prácticas democráticas. Las segundas, por el contrario, solo han demostrado poca voluntad y apego a un bien escaso en el Perú: la institucionalidad.

3.3. Principales tensiones políticas entre el ejecutivo y el legislativo en la historia de la república peruana

65. Las tensiones, fricciones, e incluso pugnas entre el Ejecutivo y el Legislativo han sido bastante frecuentes, aunque no por ello deseables en las democracias. El modelo peruano no podía ser una excepción, y ello se ha visto reflejado en la actual crisis política que envuelve a dos de los principales órganos del Estado. Ahora bien, este Tribunal considera que, previo a la evaluación del contexto del caso que nos ocupa, corresponde hacer una breve pero necesaria referencia a los constantes escenarios de conflicto que en nuestra historia ha envuelto tanto al Congreso de la República como al Poder Ejecutivo. Algunas de estas tensiones se desarrollaron en el marco de conductas amparadas en la respectiva Constitución, mientras que otras, como es ya conocido, supusieron su notoria inobservancia e, incluso en algunos escenarios, ruptura del orden constitucional.

66. Es sintomático, al menos para el análisis histórico de las relaciones entre Ejecutivo y Legislativo, que, poco tiempo después de la proclamación de José de San Martín, el Perú haya presenciado el "motín de Balconcillo", episodio que permitió a José de la Riva Agüero hacerse del poder con apoyo de los militares. Y, si a ello se agrega que, en plena conflicto con España, se dispuso su retiro del cargo por parte del Congreso de la República, es posible ver en qué medida esta fricción pudo tener consecuencias catastróficas para la causa de la independencia. La destitución de Riva Agüero a través de un decreto del Congreso de la República no fue acatada, ya que, según él entendía, las atribuciones de los congresistas habían permanecido en suspenso luego de la última sesión en el Callao, así como por el traslado a Trujillo del mismo órgano legislativo y de los tribunales. Parece ser que, en todo caso, se trató de una medida para propiciar el ingreso de Simón Bolívar a territorio nacional. [Paz Soldán, Mariano Felipe (1972). Historia del Perú Independiente. En: Centro de Estudios Históricos y Militares. El Perú y su independencia. Antología. Volumen III, p. 81]. Es importante destacar que la figura de la vacancia presidencial no se encontraba regulada en la Constitución de 1823, la cual solamente hacía una referencia indirecta en el artículo 76 a la posibilidad de destituirlo, sin que se precisen los supuestos en lo que ello procedería.

67. Por otro lado, en nuestra historia republicana han existido numerosos pasajes en los que, mediante el uso de herramientas y procedimientos constitucionales, se materializó esta pugna. Uno de los primeros momentos se presenció en el célebre discurso de "Yo debo acusar, yo acuso" de Francisco de Paula Gonzáles Vigil, realizado el 7 de noviembre de 1832. Se debatía en ese entonces en la Cámara de Diputados la acusación al Presidente de la República, Agustín Gamarra. En aquella oportunidad, y en virtud del artículo 22 de la Constitución de 1828 —que facultaba a dicha cámara de acusar ante el Senado al Presidente de la República por las infracciones de la Constitución—, el conocido clérigo tacneño fue consciente de la magnitud de lo que se decidía en el Congreso de la República, pues se trataba de una ocasión histórica en la que podía reconocerse límites a las aparentemente ilimitadas atribuciones del Presidente. En ese sentido, sostuvo que felicitaba a su patria por las "honorables personas de sus representantes por hallarse ocupada la Cámara en una discusión que debe contarse entre los progresos del sistema americano".[El discurso se puede consultar en: Bákula, Cecilia (compiladora). Textos y testimonios para comprender el Perú en el Bicentenario. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, pp. 377-383]. La acusación fue rechazada por la mayoría de votos del Senado.

68. Otro asunto que supuso una fuerte tensión entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo se presenció durante el mandato de Ramón Castilla en 1859. El Congreso de la República había acordado que el Consejo de Ministros debía acudir con el propósito de escuchar la lectura del acta respectiva de la sesión en la que sus miembros habían dejado constancia de su deferencia al Legislativo, cuestión que no fue acatada. Ello generó fuertes reacciones en el Congreso de la República, y una de ellas fue un pedido de vacancia del Presidente de la República firmado por Toribio Casanova, Fernando Casós, Manuel C. Torres, Luciano Benjamín Cisneros y Manuel Seminario Váscones,

el cual, sin embargo, fue rechazado por 42 votos en contra y 33 a favor.[Basadre, Jorge (1969). Historia de la República del Perú. Tomo IV. Lima: Editorial Universitaria, p. 196].

69. En 1867 se dio la primera caída de un Gabinete por acción del Congreso de la República. Fue el conocido "Gabinete Tiberópolis", el cual ostentó ese nombre por el título del obispo monseñor Pedro José Tordoya, quien era Ministro de Justicia e Instrucción. El caso se inició a raíz de unos incidentes callejeros en contra de algunos integrantes del Congreso Constituyente de ese año, lo que generó distintos reclamos por la ineficiencia del gobierno. Luego de un altercado entre los congresistas y los ministros del Presidente Prado —de tal magnitud que ocasionaron el retiro del recinto de estos últimos—, se aprobó un voto de censura, que fue aprobado por 38 votos contra 31. El gabinete, por ello, presentó su renuncia, la cual no fue aceptada por el Jefe de Estado. Con posterioridad a estos hechos, se aprobó una ley que prohibía al Presidente de la República despachar con los ministros que hubiesen sido censurados. Frente a esta nueva ley, se presentó un segundo pedido de renuncia de los ministros involucrados, la cual fue aceptada. Como bien refiere Basadre, "(e)ra una victoria del sistema parlamentario, pues una de sus piezas había sido incrustada en el régimen presidencial peruano. Victoria que, sin embargo, aparecía pequeña ante el sector extremista del Congreso cuyo propósito era, como se ha visto, obtener la vacancia de la Presidencia de la República". [Basadre, Jorge. (2005). Historia de la República del Perú. Tomo VI. Lima: Empresa Editora el Comercio S.A, p. 250].

70. Uno de los momentos en que la tensión entre Legislativo y Ejecutivo alcanzó su punto más álgido fue entre el conflicto suscitado entre el Congreso de la República y el Presidente Guillermo Billinghurst, quien, de hecho, llegó a formular un proyecto con el objeto de disolver el Congreso de la República para convocar a un plebiscito nacional y disponer la elección de uno nuevo con facultades constituyentes. En su discurso, el Presidente de la República justificó esta medida en que la nación peruana tenía derecho a poner término a una parte de los mandatos legislativos:

> (…) a fin de que coincidan las elecciones legislativa y presidencial si no quiere encerrar la constitucionalidad, el derecho democrático y el orden público en extremos igualmente peligrosos e inaceptables: la disolución del Congreso por el gobierno o la prórroga inconstitucional y absurda de un tercio parlamentario, autorizando la rebelión contra la soberanía nacional que ningún pueblo debe tolerar ya venga del Congreso o ya del Poder Ejecutivo. [En: Diario La Crónica. Edición de 6 de febrero de 1914].

71. La respuesta por parte del Congreso de la República no se hizo esperar. El 4 de febrero de 1914, el Poder Legislativo sostuvo que el accionar presidencial, consistente en cancelar los poderes del Congreso de la República y convocar a elecciones generales para sustituir al Parlamento de la época, era un delito en contra de la soberanía nacional. También precisó que no se le debía ya obediencia porque, según entendía, ya no estaba capacitado para ejercer el cargo. El artículo 88 de la Constitución de 1860 permitía, de

hecho, que el Congreso de la República tuviera competencia para declarar la vacancia presidencial. Este caso será distinto al de Riva Agüero, ya que, en aquella oportunidad, no estaba regulada en estricto la figura de la vacancia presidencial.

72. Un conflicto relativamente más reciente, y que de hecho fue una de las razones que ameritaron que la Constitución de 1979 estableciera dentro de sus disposiciones la facultad del Presidente de la República de disolver la Cámara de Diputados, fue el gobierno sin mayoría parlamentaria de Fernando Belaúnde Terry. Como es posible recordar, el arquitecto tuvo que convivir, durante su mandato, con un Congreso de la República dominado por la alianza entre el APRA y el UNO, lo que terminó por generar diversos roces con los ministros del régimen, que iniciaron con la censura a Oscar Trelles en 1963, al rechazo de la investidura de Edgardo Seoane, y el retiro de confianza a Raúl Ferrero Rebagliati.[Durand Florez, Luis (1993). La República: 1900-1933. En: Compendio Histórico del Perú. Tomo VI. Lima: Editorial Milla Batres, p. 388].

73. Finalmente, y no por ello menos importante, en 1992 el expresidente Alberto Fujimori Fujimori disolvió el Congreso de la República para, posteriormente, convocar a un Congreso Constituyente, el cual terminaría por elaborar la Constitución hoy vigente. En su discurso sostuvo que el cierre obedecía a la inoperancia del Congreso de la República y a la corrupción del Poder Judicial, a lo que debía sumarse la evidente actitud obstruccionista contra los esfuerzos de su gobierno por parte de algunas cúpulas partidarias. Las tensiones empezaron a advertirse, particularmente, desde el año 1991, ya que el Presidente de la República procedió, con relativa frecuencia, a legislar distintas cuestiones que, según el Congreso de la República de la época, eran de su competencia, tales como las cuestiones económicas y laborales. [Klarén, Peter (2005). Nación y Sociedad en la historia del Perú. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, p. 497].

74. Como ha sido posible de advertir, las tensiones políticas han sido moneda frecuente en nuestra vida republicana. Y ello independientemente de si la fórmula adoptada por los distintos constituyentes diera preeminencia al Ejecutivo y al Legislativo. El buen manejo de las instituciones, finalmente, depende de la madurez y la responsabilidad de las personas que ostentan altos cargos en la administración pública. Con cierto nivel de pesimismo, sostenía Francisco García Calderón en 1907 que, en el Perú, "(s)e ensayó la dictadura y la confederación, el despotismo de las asambleas y el despotismo militar. Pero no existía nada seguro en este tanteo hacia lo desconocido" [García Calderón, Francisco (2001). El Perú Contemporáneo. Obras Escogidas I. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, p. 153]. Hoy, y a diferencia de los momentos históricos que se han reseñado en esta sentencia, este Tribunal tiene la oportunidad y la responsabilidad de resolver esta controversia y, con ello, apuntar a un futuro que permita la consolidación de las instituciones democráticas. Para ello, nos toca evaluar si es que el Presidente de la República ha obrado o no dentro del marco de lo constitucionalmente posible o, por el contrario, lo ha hecho de forma contraria al espíritu y literalidad de la Constitución de 1993. Para determinar ello, este Tribunal estima que es necesario examinar el contexto que generó el conflicto entre el Ejecutivo y el Legislativo en el período 2016-2019.

3.4. Las fricciones políticas entre el poder ejecutivo y el poder legislativo en el período 2016-2019

75. Las tensiones políticas entre ambos poderes del Estado se remontan a las elecciones generales del año 2016. En aquella oportunidad, el partido Fuerza Popular obtuvo 73 de los 130 escaños en el Congreso de la República. Sin embargo, para el cargo de Presidente de la República ningún candidato obtuvo la mayoría exigida por ley para declarar a un ganador. Fue así que los candidatos Keiko Sofía Fujimori Higuchi y Pedro Pablo Kuczynski pasaron a la segunda vuelta electoral, la cual fue realizada el 9 de junio del mismo año. Luego de culminado el escrutinio, se dio como ganador a este último, quien asumiría el cargo de Jefe de Estado acompañado de su primer vicepresidente, Martín Vizcarra, y de la segunda vicepresidenta, Mercedes Aráoz.

76. Las tensiones al interior de la clase política empezaron a ser visibles el 14 de octubre de 2016, fecha en la que se publicó en el Diario Oficial *El Peruano* la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR, cual reformaba algunas disposiciones del Reglamento del Congreso. A través de la modificación se prohibió que sus integrantes renuncien a sus grupos parlamentarios. Esta enmienda fue declarada inconstitucional por parte del Tribunal mediante la Sentencia 0006-2017-PI/TC de fecha 29 de agosto de 2017, ya que se consideró que era contraria a los derechos a la libertad de conciencia y participación política de los congresistas. La decisión fue publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el día 14 de septiembre de ese mismo año. Ese mismo día, el Congreso de la República adoptó una nueva reforma con el propósito de evitar la renuncia a los grupos parlamentarios, lo que se materializó en la Resolución Legislativa 003-2017-2018-CR. Frente a esta nueva decisión, el Tribunal Constitucional emitió sentencia con fecha 10 de julio de 2018, y dispuso que la reforma era compatible con la Constitución siempre que se interprete en el sentido que no está prohibida la denuncia por supuestos de disidencia por razones de conciencia debidamente justificadas, por lo que podrían conformar un nuevo Grupo Parlamentario, adherirse a uno ya existente o recurrir a la fórmula de configurar un Grupo Parlamentario mixto (Sentencia 0001-2018-PI/TC).

77. Por otro lado, el día 9 de diciembre de 2016, la bancada de Fuerza Popular presentó una moción de censura en contra del Ministro de Educación, Jaime Saavedra. El pedido se justificaba, según se indicó, en que no se admitirían actos de corrupción en dicho sector, y en que se buscaba la protección de los niños y la defensa de la reforma universitaria. El 14 de diciembre de 2016 el Ministro de Educación, Jaime Saavedra, fue censurado por parte del Congreso de la República. Frente a este acto, asumió como nueva ministra en el sector la educadora Marilú Martens.

78. Las relaciones entre el Ejecutivo y Legislativo empezaron a complicarse, particularmente, en el año 2017. El 22 de mayo de ese año, el primer vicepresidente, Martín Vizcarra, renunció al cargo de Ministro de Transportes y Comunicaciones ante las acusaciones del Congreso de la República relacionadas con presuntas irregularidades en la adenda a favor de KunturWasi para la construcción de un aeropuerto en Chincheros, en la ciudad del Cusco.

79. El 19 de junio de 2017, y ante distintos cuestionamientos por haber entablado comunicación con el contralor Edgar Alarcón en el marco del caso del aeropuerto en la ciudad de Chincheros, Alfredo Thorne, Ministro de Economía y Finanzas, planteó una cuestión de confianza ante el Congreso de la República, la cual fue rechazada dos días después con 88 votos en contra, 11 a favor y dos abstenciones. En virtud de la denegación, Thorne presentó su renuncia al cargo.

80. El 12 de septiembre de 2017, la bancada de Fuerza Popular acordó presentar una nueva moción de censura en contra de la Ministra de Educación, lo cual, según los proponentes, se justificaba en que el gobierno no había resuelto los asuntos que generaron la huelga de maestros. Frente a este nuevo pedido, el día 13 de septiembre de 2017, el entonces Presidente del Consejo de Ministros, Fernando Zavala, decidió presentar una cuestión de confianza ante el Congreso de la República. Según refirió, ello se realizaba con el propósito de mantener la línea trazada por el gobierno en relación con la política educativa. Un día después, el día 14 de septiembre de 2017, el Congreso de la República, por 22 votos a favor, 77 en contra y 16 abstenciones decidió negar la confianza al gabinete presidido por Fernando Zavala, produciéndose, de esta forma, la crisis total de gabinete.

81. La tensión encuentra uno de sus puntos más álgidos en el mes de diciembre de ese mismo año. El día 15 se difunde, en diversos medios de comunicación, información relacionada con los pagos, efectuados por parte de la empresa Odebrecht a la consultora Westfield Capital, de diversas asesorías realizadas entre los años 2004 y 2007 por una suma total ascendiente a 782.000 dólares. Según las fuentes que propalaron dicha información, la consultora era propiedad del entonces Presidente de la República, Pedro Pablo Kuczynski. Por ello, el Congreso de la República decidió iniciar el debate para la destitución del Jefe de Estado, al que se le atribuyó, según consta en los registros de los debates, "incapacidad moral permanente".

82. El día 21 de diciembre de 2017, el Congreso de la República procedió a la votación respectiva. La solicitud de vacancia presidencial fue rechazada. La cantidad de votos no fue suficiente para cumplir con la mayoría exigida por la Constitución debido a que diez congresistas del partido político Fuerza Popular, entre ellos, Kenji Fujimori Higuchi, decidieron no votar a favor de la propuesta de su agrupación. Unos días después, concretamente el 24 de diciembre, Pedro Pablo Kuczynski decidió indultar al expresidente Alberto Fujimori Fujimori, quien había sido condenado en el año 2009 a 25 años de prisión por la comisión de diversos delitos. De esta forma, el exmandatario recobró su libertad.

83. En el año 2018 continuaron las fricciones políticas. Es así que, el día 7 de marzo de ese año, distintos congresistas decidieron presentar una nueva solicitud de vacancia presidencial en contra de Pedro Pablo Kuczynski por supuestas nuevas evidencias respecto de sus vínculos con la empresa Odebrecht. Por otra parte, el 20 de marzo fueron revelados ante la opinión pública unos videos en los que, a juicio del congresista de Fuerza Popular Moisés Mamani, se acreditaría que le ofrecieron obras para no votar a favor de

la vacancia presidencial. Los congresistas que aparecen en estos videos, muchos de los cuales votaron en contra del pedido de vacancia que fuera formulado en diciembre de 2017, fueron los principales involucrados. Ellos denunciaron una supuesta emboscada por parte de Fuerza Popular.

84. Ante estos hechos, se incrementaron los pedidos para que el Presidente de la República presentara su renuncia. Esto generó que, el día 21 de marzo, Pedro Pablo Kuczynski dimitiera a su cargo. Al hacerse operativa la renuncia, asumió la presidencia Martín Vizcarra el día 23 de ese mismo mes. El 2 de abril del 2018, juramentó el entonces congresista César Villanueva como Presidente del Consejo de Ministros.

85. Mientras estos eventos se desarrollaban, el día 9 de marzo de 2018 se publicó en el Diario Oficial *El Peruano* la Resolución Legislativa 007-2017-2018-CR, a través de la cual el Congreso de la República dispuso la reforma de su reglamento con la finalidad de restringir los supuestos en los que el Poder Ejecutivo podía presentar la cuestión de confianza. De conformidad con la modificación efectuada, no procedía la interposición cuando la misma "esté destinada a promover, interrumpir o impedir la aprobación de una norma o un procedimiento legislativo o de control político". El Tribunal Constitucional, a través de la Sentencia 0006-2018-PI/TC, de fecha 6 de noviembre de 2018, declaró, por unanimidad, que esta reforma era contraria a la Constitución.

86. La crisis se agudiza y empieza a generalizarse el día 7 de julio de 2018, ya que se propagaron en los medios de comunicación una serie de audios que revelarían la existencia de redes de corrupción que involucrarían a personas vinculadas al sistema de justicia con distintos sectores empresariales. Ante esta situación, el 28 de julio el Presidente de la República, Martín Vizcarra, presentó seis proyectos de ley. En virtud de estas iniciativas, se creaba la Junta Nacional de Justicia, órgano que reemplazaría al Consejo Nacional de la Magistratura; se prohibía el financiamiento privado de los partidos políticos; se vedaba la reelección para el cargo de congresistas y se promovía el retorno al sistema bicameral dentro del órgano legislativo. El Presidente del Consejo de Ministros, César Villanueva, planteó cuestión de confianza para la aprobación de estos proyectos.

87. El Congreso de la República brindó la confianza solicitada e inició la deliberación de los proyectos presentados: el 18 de septiembre se aprobó la creación de la Junta Nacional de Justicia; el 25 de septiembre se aprobó la reforma sobre financiamiento de partidos; el 4 de octubre aprobó la propuesta para la no reelección del cargo de congresista y la del retorno a la bicameralidad. Para culminar el procedimiento, se requería la aprobación por referéndum de las propuestas, lo cual se realizó el domingo 9 de diciembre de 2018. Una gran cantidad de la población respaldó las medidas propuestas por el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República.

88. Por otro lado, el 31 de octubre de 2018 el Poder Judicial dispuso la aplicación de la medida de prisión preventiva por un espacio de 36 meses en contra de la excandidata presidencial Keiko Sofía Fujimori Higuchi, a quien se le atribuyó la presunta comisión

del delito de lavado de activos en el financiamiento de la empresa Odebrecht a sus campañas electorales, particularmente desde el año 2011.

89. En el año 2019 continuaron distintos actos que revelaban la existencia de una crisis general a nivel de la clase política. El 8 de marzo de ese año, el entonces Presidente del Consejo de Ministros, César Villanueva, renunció a su cargo, y fue reemplazado por Salvador del Solar. En la actualidad, el exfuncionario cumple con una orden de prisión preventiva en el marco del proceso penal que se sigue en su contra por presuntos actos de corrupción vinculados con la empresa Odebrecht. También tiene en una investigación abierta por la posible comisión del delito de tráfico de influencias.

90. El 10 de abril de 2019, el Poder Judicial ordenó la detención, por un período de 10 días, del expresidente Pedro Pablo Kuczynski, quien es investigado por presuntos actos de corrupción relacionados con la empresa Odebrecht. Con posterioridad, el Poder Judicial ordenó su prisión preventiva por 36 meses. Esta medida, posteriormente, sería modificada a arresto domiciliario. Durante este rango de días, concretamente el 17 de abril de 2019, el expresidente Alan García Pérez se suicidó en su hogar mientras se desarrollaba una diligencia fiscal en el marco de una investigación que lo vinculaba con la presunta comisión de los delitos de lavado de activos, tráfico de influencias y colusión.

91. El 4 de junio del año 2019, el entonces Presidente del Consejo de Ministros, Salvador del Solar, presentó una cuestión de confianza ante el Congreso de la República para la aprobación de seis proyectos de ley vinculados, especialmente, a la lucha anticorrupción: (1) iniciativa de reforma constitucional sobre impedimentos para ser candidato; (2) reforma legal para la democracia interna, y promueve la participación ciudadana en el proceso de selección de candidatos; (3) reforma a la Ley Orgánica de Elecciones respecto del Sistema Electoral Nacional; (4) reforma a la Ley de Organizaciones Políticas, Ley de Elecciones Regionales y la Ley Orgánica de Elecciones, sobre inscripción y cancelación de partidos políticos y organizaciones políticas regionales; (5) reforma de la Ley de Organizaciones Políticas y de la Ley 30424, que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, e incorpora artículos en el Código Penal respecto al financiamiento de organizaciones políticas; y, (6) propuesta de reforma constitucional en relación con el proceso para el levantamiento de la inmunidad parlamentaria.

92. Al día siguiente de presentados estos proyectos, el Congreso de la República, por 77 votos a favor, 44 en contra y 3 abstenciones, otorgó la confianza solicitada, y empezó a analizar la viabilidad de las propuestas formuladas. Todas las iniciativas terminaron de ser deliberadas y aprobadas el día 25 de julio de 2019.

93. En el mensaje a la nación del día 28 de julio de 2019, el Presidente de la República propone el adelanto de elecciones generales como una forma de culminar con la crisis política que envuelve al Ejecutivo y al Legislativo. Presentó, a tales efectos, un proyecto de ley que solicitó que sea examinado por el Congreso de la República. El 26 de septiembre del mismo año, dicha propuesta fue archivada por la Comisión de

Constitución. Al día siguiente, el Poder Ejecutivo planteó una cuestión de confianza relacionada al proceso de elección de los magistrados de este Tribunal, ya que, según afirmaba, se había hecho de una forma inusualmente célere y sin adoptar medidas que garanticen la transparencia del proceso.

94. El Congreso de la República continuó con la elección de los candidatos, por lo que el Presidente de la República, al entender como denegada la confianza, dispuso su disolución a través de un mensaje a la nación. Con posterioridad a dicho acto, el Poder Legislativo dispuso la suspensión del Presidente de la República para el ejercicio de sus funciones, medida que no tuvo efecto al ejecutarse el cierre del Congreso de la República.

95. Una vez expuesto el contexto previo de tensión entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República, este Tribunal considera necesario efectuar algunas consideraciones en torno a la cuestión de confianza en nuestro ordenamiento constitucional, ya que ello será primordial para examinar el fondo de la presente controversia.

§4. CUESTIONES GENERALES SOBRE LA CUESTIÓN DE CONFIANZA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO

96. En el ordenamiento constitucional peruano la cuestión de confianza se encuentra regulada en los artículos 130 y 133 de nuestra norma suprema. Ahora bien, este Tribunal considera que, si bien el otorgamiento de confianza tiene una marcada impronta histórica en los regímenes parlamentarios, es necesario precisar que su naturaleza y límites en el ordenamiento constitucional peruano tienen que ser examinados desde la óptica de nuestra especial forma de gobierno.

97. En ese sentido, el artículo 130 de la Constitución establece que "(d)entro de los treinta días de haber asumido sus funciones, el Presidente del Consejo concurre al Congreso, en compañía de los demás ministros, para exponer y debatir la política general del gobierno y las principales medidas que requiere su gestión. Plantea al efecto cuestión de confianza". Esta disposición regula lo que se ha denominado como cuestión de confianza obligatoria, y que se relaciona con el acto de investidura. En los regímenes parlamentarios, ello es una cuestión lógica que se deriva de dicha forma de gobierno, y esto en la medida en que el gobierno en estos modelos procede del mismo Parlamento. De hecho, en otras experiencias en las que se desea recalcar que el gobierno no ostenta dicho origen, simplemente se opta por suprimir este acto o simplemente no regularlo.

98. Esta situación suele presentarse en los regímenes parlamentarios, en los cuales el gobierno procede del partido político que cuenta con mayoría en el Congresode la República. En esta clase de modelos, el acto de investidura sería un acto irrelevante, pues el desarrollo de nexos y vínculos entre el Ejecutivo y el Legislativo ya se materializaría con la designación del líder del partido político con mayoría en el Parlamento como Primer Ministro. En efecto, cuando la elección del gobierno "se confía al cuerpo electoral que predetermina una mayoría parlamentaria, el *leader* del partido mayoritario

es nombrado formalmente por el Jefe de Estado sin necesidad de un ulterior voto parlamentario de confianza" [De Vergottini, Giuseppe (1983). Derecho Constitucional Comparado. Madrid: Editorial Espasa-Calpe S.A, p. 311].

99. En el caso peruano, en el que propiamente no nos encontramos en un régimen parlamentario, la finalidad del artículo 130 de la Constitución radica en establecer puentes de comunicación y diálogo entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo, pues ello puede materializarse en el desarrollo de una articulada política general de gobierno que beneficie a la población. Lo que se pretende, de esta forma, es que los ministros electos para el cargo cuenten con un nivel aceptable de aprobación por parte del Congreso de la República.

100. Por otro lado, el Tribunal también advierte que nuestros constituyentes han optado por regular, en el artículo 133 de la Constitución, una suerte de cuestión de confianza facultativa, en la que el Presidente del Consejo de Ministros plantea al Congresode la República un pedido a nombre del mismo Consejo. Esta disposición se encarga de precisar que, si "la confianza le es rehusada, o si es censurado, o si renuncia o es removido por el Presidente de la República, se produce la crisis total del gabinete".

101. El artículo 132 de la Constitución, en esta misma línea, también regula una cuestión de confianza facultativa, aunque vinculada con un pedido efectuado por un ministro en particular. Las consecuencias, en este caso, serían exactamente las mismas que una eventual denegación de confianza en el contexto del artículo 133: el ministro al que no se le brinde está obligado a presentar su dimisión. Según se había advertido *supra*, dentro de la práctica parlamentaria del siglo XIX ya se habían presentado casos en los que el Poder Ejecutivo aceptaba la dimisión de ministros que no contaban con la confianza o el respaldo del Congreso de la Públicao de alguna de sus cámaras.

102. A diferencia del acto de investidura, en el que el Presidente del Consejo de Ministros expone la política general del gobierno o hace referencia a las principales medidas que adoptará su gestión, en este segundo escenario —esto es, el previsto en los artículos 132 y 133 de la Constitución— se presenta un supuesto particular, y que, de hecho, ha sido sometido a conocimiento de este Tribunal. En efecto, lo que este supremo intérprete de la Constitución debe dilucidar es si la postergación del proceso de elección de los magistrados de este Tribunal, así como la necesidad de adoptar medidas que permitan garantizar la transparencia de dicho procedimiento, es una materia que puede ser sometida a cuestión de confianza ante el Congreso de la República.

103. En ese sentido, y a fin de determinar la constitucionalidad del accionar del Poder Ejecutivo, es necesario recordar algunos aspectos centrales que fueron esbozados en la Sentencia 0006-2018-PI, pues ello permitirá determinar la naturaleza y los alcances de la cuestión de confianza en los términos previstos en el artículo 133 de la Constitución.

4.1. Consideraciones acerca de la cuestión de confianza en la Sentencia 0006-2018-PI/TC

104. Este Tribunal tuvo la oportunidad, a propósito de unas reformas realizadas al Reglamento del Congreso, de hacer algunas precisiones en torno a la cuestión de confianza en el ordenamiento constitucional peruano. En aquella oportunidad, se precisó que su razón de ser radicaba en ser una institución que, en manos del Ejecutivo, fue introducida en nuestro constitucionalismo "como un contrapeso al mecanismo de la censura ministerial asignado al Poder Legislativo, por lo que debe ser entendida a partir del *principio de balance entre poderes*" [Sentencia 0006-2018-PI/TC, fundamento 61].

105. La existencia de esta institución se remonta a la Constitución de 1933, y, en el momento en que fue reconocida por primera vez, se tenía serias dudas en cuanto a la viabilidad de su aplicación. Se estimó, en aquel entonces, que difícilmente los ministros plantearían una cuestión de confianza en un modelo en el que los orígenes del Ejecutivo y el Legislativo se dan por cuerdas separadas. Sobre ello, se sostuvo que, en nuestro sistema, "los Gabinetes son obra del Presidente, y las Cámaras, que no los forman, no hacen considerables esfuerzos para sostenerlos. Los ministros que insinúan la amenaza de irse encontrarán comúnmente facilidades para cumplirla y preferirán, por lo tanto, no hacerla sino en casos extremos" [Villarán, Manuel Vicente (1994). La posición constitucional de los ministros en el Perú. Lima: Cultural Cuzco S.A Editores, p. 176].

106. Del mismo modo, hemos tenido la oportunidad de precisar que la cuestión de confianza que pueden plantear los ministros "ha sido regulada en la Constitución de manera abierta, con la clara finalidad de brindar al Poder Ejecutivo un amplio campo de posibilidades en busca de respaldo político por parte del Congreso, para llevar a cabo las políticas que su gestión requiera" [Sentencia 0006-2018-PI/TC, fundamento 75].

107. La pluralidad de escenarios en los que puede ser planteada la cuestión de confianza justifica, como no podía ser de otra forma, que no exista alguna disposición constitucional que regule los supuestos en los que ella puede ser presentada. Y ello es, además, una tendencia mayoritaria en el Derecho Constitucional comparado. En efecto, si es que la *norma normarum* diseñara esos casos hipotéticos, la cuestión de confianza dejaría de ser una potestad discrecional del Ejecutivo para pasar a ser un mecanismo de utilización tasada.

108. Este extenso marco de escenarios no debe ir de la mano con uso indiscriminado de la cuestión de confianza, y es que, como es evidente, el que ello ocurra generaría consecuencias perniciosas para el Ejecutivo, el Legislativo, y para la población misma, que sería testigo de una constante pugna que no necesariamente se traduciría en un mejor uso de dicha institución.

109. En ese orden de ideas, importante es recordar que nuestro ordenamiento constitucional vigente ha previsto, de manera cercana a lo que se hizo enlaConstitución de 1979, que la denegación de confianza alConsejo de Ministros vaya aparejada con la

potestad del Presidente de la República de, si así lo estimare conveniente, disolver el Congreso de la República. Tal posibilidad fue reconocida como una reacción a las constantes mociones de censura presentadas durante el primer gobierno de Fernando Beláunde Terry (1963-1968).

110. De esta forma, el uso constante de la cuestión de confianza puede generar no solo un palpable escenario de ingobernabilidad, en la medida en que las fricciones estarían más presentes que los conductos de diálogo y cooperación entre ambos órganos. Esto se traduciría en el hecho que, en el caso del Poder Ejecutivo, el Presidente de la República y el Presidente del Consejo de Ministros tengan que cambiar de forma recurrente —en el supuesto que no se les brinde la confianza— a los ministros que integran el Consejo —lo que, claro está, perjudica el desarrollo y la continuidad de las políticas trazadas por la gestión respectiva—; mientras que, en el caso del Congreso de la República, particularmente cuando la confianza es solicitada por el Presidente del Consejo de Ministros, la denegación respectiva a dos consejos puede culminar en la disolución del órgano legislativo. Cualquiera de los dos escenarios genera inestabilidad e incertidumbre en cuanto a nuestro desarrollo como nación.

111. Ahora bien, en un intento de evitar el uso excesivo de la cuestión de confianza por parte del Presidente del Consejo de Ministros, la Constitución de 1993 ha introducido una serie de límites de carácter formal, los cuales pretenden evitar que dicha institución sea empleada con el único propósito de propiciar el cierre del Congreso de la República. Estos, que se encuentran contenidos en el artículo 134 de la Constitución, son: (i) que no puede disolverse el Congreso de la República en el últimoaño de su mandato; (ii) no puede ser disuelto bajo estado de sitio; y que,(iii) la Comisión Permanente del Congreso no puede ser disuelta.

112. Es interesante apreciar que, a diferencia de la Constitución vigente, el texto de 1979, en un intento de evitar que la disolución sea una medida constante a ser empleada por el Ejecutivo, introdujo supuestos tales comoque:(i) la disolución operaba únicamente cuando se hubiese denegado la confianza a tres consejos de ministros (artículo 227); (ii) tampoco se permitía esta posibilidad en estados de emergencia, y no solo en los de sitio (artículo 229); y,(iii) solo podía ser empleada por el Presidente de la República en una sola oportunidad durante su mandato (artículo 229). Sobre ello, se sostuvo que "la disolución parlamentaria puesta simple y llanamente al arbitrio o a la discreción del Poder Ejecutivo, es muy peligrosa para la Cámara, porque significa una Espada de Damocles permanente sobre el Congreso o la Cámara de Diputados" [Intervención del asambleísta Ramírez del Villar. En: Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente de 1978, Tomo VII, p. 314].

113. Sin embargo, esta regulación no impidió que, el 5 de abril de 1992, el Congreso de la República fuera disuelto. Y es que, en buena cuenta, el uso moderado de estas instituciones, que son esencialmente de naturaleza política, encuentra un límite principal en el *self-restraint*, esto es, en el autocontrol que los mismos órganos deben procurar en aras de favorecer la gobernabilidad en el seno de una sociedad democrática.

114. Este Tribunal, en consecuencia, no puede sino exhortar a que ambos órganos estatales velen por emplear los conductos más drásticos de sanción, esto es, la censura y los pedidos de confianza, para asuntos que revistan un considerable impacto para la administración y el desarrollo de la sociedad peruana, pues de ello dependerá el inicio de políticas de concertación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.

4.2. Cuestión de confianza, partidos políticos y democracia

115. Expuesto lo anterior, este Tribunal estima necesario efectuar algunas consideraciones en torno al empleo de la cuestión de confianza en nuestro sistema político, con el propósito de desarrollar criterios que permitan dilucidar la constitucionalidad del cierre del Congreso de la República.

116. Se ha sostenido, particularmente en el desarrollo de la audiencia pública, que la disolución del Congreso de la República es una herramienta de *ultima ratio* que, al confiar en el criterio del pueblo como titular de la soberanía, permite que sea este el que termine por decidir si muestra su respaldo a la decisión de cerrar el órgano legislativo. Esta afirmación, en el ordenamiento constitucional peruano, ostenta matices que es obligación de este Tribunal destacar.

117. La idea según la cual la disolución del Congreso de la República (o de una de sus cámaras, en las experiencias que cuentan con parlamentos bicamerales) es una forma de otorgar a la población la posibilidad de dirimir el conflicto entre los poderes tiene un mayor sentido en experiencias cercanas al gobierno parlamentario, particularmente en aquellas en las que esencialmente se disputan el poder dos o tres partidos políticos. Convocar al pueblo a las urnas en estos casos fue ciertamente un proceso que fue de la mano con la paulatina democratización del derecho electoral, ya que se entendió que existía una configuración tripartita del poder, en la cual el electorado decidía acerca del partido político que le tocará gobernar en los escenarios en los que se presenten tensiones muy agudas entre el Ejecutivo y el Legislativo.

118. Del mismo modo, en el Derecho Constitucional comparado se han presentado escenarios en los que se ha concedido a una parte de los ciudadanos el derecho de solicitar la disolución de la cámara de representación popular [Schmitt, Carl (2011). Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza Editorial, p. 339]. No sorprende, por ello, que se haya sostenido que, en estos escenarios, se conduce al pueblo a un auténtico referéndum.

119. Sin embargo, para que la decisión de disolver el Congreso de la República cuente con un genuino veredicto popular, es necesario considerar la existente estructura de los partidos políticos. En ese sentido, en un sistema multipartidista, como lo es ciertamente el peruano "el resultado es dudoso, ya que raramente permite una interpretación clara y definitiva de la voluntad del electorado [*cfr*. Loewenstein, Karl (2018). Teoría de la Constitución. Madrid: Editorial Ariel, p. 281]. El que esto sea así depende, evidentemente, de la responsabilidad con la que la clase política aborde la

situación de los partidos. Ya este Tribunal, en una anterior oportunidad, ha sostenido que "la adecuada protección de la democracia representativa implica una reforma de carácter integral, por lo que las modificaciones parciales, y que son visibles solo en el corto plazo no terminan de resolver los males endémicos que afectan a nuestro sistema político" [Sentencia 0006-2017-PI/TC, fundamento 17].

120. Del mismo modo, la excesiva cantidad de partidos políticos —los cuales, en muchos casos, incluso no ostentan una ideología palpable para el ciudadano elector—, también genera la necesidad de forjar alianzas, sea al interior del Congreso de la República o en el mismo Poder Ejecutivo. De hecho, el acto de investidura es una forma de incentivar que la composición del Consejo de Ministros se encuentre en sintonía con la mayoría de integrantes del Poder Legislativo. Sin embargo, ese sistema, a veces degenerado en la práctica, termina también por crear coaliciones endebles. No sorprende, en ese sentido, que en los países en los que existen gabinetes de un solo partido estos tiendan "a ser más duraderos que los gabinetes de coalición. Cambio de gabinete de coalición es solo un retoque". [Lijphart, Arend (1999). Las democracias contemporáneas. Madrid: Editorial Ariel, p. 129].

121. Otro asunto que tiene que ver con el principio democrático y los partidos políticos en lo atinente a la cuestión de confianza es el relacionado con la reiteración con la que el Ejecutivo recurre a este mecanismo. En los regímenes parlamentarios, a los cuales debe la cuestión de confianza en su origen, esta situación no ha sido necesariamente frecuente, y ello en la medida en que es usual que tanto el Gobierno como el Parlamento deriven de la misma agrupación política. De hecho, un factor que explica que, en nuestro modelo, la disolución no haya sido empleada bajo la vigencia de la Constitución de 1993 es el que el Presidente de la República haya pertenecido a la misma agrupación política —o al menos a una con la que tenga un importante grado de afinidad— de la mayoría de integrantes del Congreso de la República.

122. En ese sentido, los mecanismos de fiscalización y control eran ejercidos, en esencia, por los grupos parlamentarios que eran minoría al interior del órgano legislativo. Esta lógica, entendida desde la coincidencia de los partidos políticos a los que pertenecían el Poder Ejecutivo y la mayoría congresal, explica la razón por la cual, en los gobiernos anteriores, en muy pocas oportunidades se planteó la cuestión de confianza por parte del Presidente del Consejo de Ministros. Se ha señalado, al respecto, que el control parlamentario "ha de insertarse en los Parlamentos de América Latina no —como suele suponerse— dentro de la lógica de confrontación entre Ejecutivo y Legislativo, sino principalmente en una lógica gradual entre mayorías y minorías, al interior del Congreso" [Planas Silva, Pedro (2001). Parlamento y gobernabilidad democrática en América Latina. Tomo II. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, p. 694].

123. De hecho, el caso peruano es bastante especial, ya que podría incluso asumirse que una votación de no confianza del Legislativo a un Ejecutivo elegido por vía popular sería vista como un desafío a la voluntad popular y a la legitimidad democrática. En algunas experiencias del Derecho comparado esta es la razón por la cual la denega-

toria de confianza va ligada con la potestad de disolver el Congreso de la República o, al menos, la de una de sus caámaras [*cfr*. Lijphart, Arend (1999). Las democracias contemporáneas. Madrid: Editorial Ariel, p. 121].

124. La situación es aún más compleja en los escenarios en los que el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo cuentan con integrantes de distintas agrupaciones políticas. En estos casos, puede darse el escenario que el Congreso de la República haga un reiterado uso de las herramientas de control parlamentario. De este modo, es frecuente que, en los supuestos en los que el Ejecutivo pertenezca a una agrupación minoritaria o endeble, este empleará de manera frecuente la cuestión de confianza como una herramienta de protección [Blondel, Jean (1972). Introducción al estudio comparativo de los Gobiernos. Madrid, p. 427]. El uso de la institución, en consecuencia, suele estar ligado a la correlación de fuerzas políticas que integran el órgano legislativo.

125. Es así que la disolución del Congreso de la República, aunque sea ciertamente una medida de *ultima ratio* en el marco de nuestra Constitución vigente, no debe ser vista como una práctica anómala o antidemocrática. De hecho, en los países adscritos a la fórmula parlamentaria de gobierno, particularmente los europeos, han aumentado los escenarios en los que se ha planteado la cuestión de confianza, lo que ha supuesto que incluso se hayan aumentado los propósitos perseguidos por ella.

126. Sin embargo, como se ha advertido *supra*, el hecho que se trate de una medida permitida por nuestra Constitución no debe suponer que se trate de una figura que deba ser de uso común o reiterado. Este Tribunal advierte que, en nuestro ordenamiento, el Poder Ejecutivo—particularmente a través de la figura del Presidente de la República, la cual ha sido moldeada bajo la noción de irresponsabilidad política—, ostenta una posición privilegiada, la cual debe ser asumida con moderación y responsabilidad, en la medida que se trata del funcionario de más alto rango y que, en ese sentido, representa a la nación peruana.

127. Por ello, en sintonía con el principio de balance o equilibrio de poderes, se deben buscar otras formas de solución de las tensiones políticas, y solo cuando ellas se hayan agotado, acudir a mecanismos como el de la disolución del Congreso de la República. En este contexto, lo que corresponde a este Tribunal es determinar si es que el uso que ha hecho el Poder Ejecutivo de la cuestión de confianza en los casos que han sido presentados en el escrito de la demanda se condicen, o no, con el espíritu y la esencia de la Constitución.

4.3. Consideraciones acerca del otorgamiento y denegación de la cuestión de confianza en el ordenamiento constitucional peruano

128. En los acápites anteriores este Tribunal ha efectuado algunas consideraciones en torno a la cuestión de confianza y cómo ha ido implementándose progresivamente en la historia constitucional nacional. Resta, sin embargo, analizar la forma cómo el

Congreso de la República opta por brindar la confianza en nuestro ordenamiento constitucional. En ese sentido, es pertinente distinguir el otorgamiento de confianza según se trate de los supuestos obligatorios del artículo 130, o de los facultativos regulados en los artículos 132 y 133 de la Constitución.

A) Otorgamiento y denegación de la cuestión de confianza en el supuesto contenido en el artículo 130 de la Constitución

129. El artículo 130 de la Constitución regula lo que aquí se ha denominado como el acto de investidura, el cual permite que el Consejo de Ministros presente la política general de su gestión y las principales medidas para implementarla. Se trata, ciertamente, de una presentación, en términos considerablemente amplios, de las medidas y el rumbo que adoptará la gestión respectiva. En ese sentido, por el especial carácter que reviste el acto de investidura, y tratarse de un intercambio general que en esencia busca iniciar y enlazar al Ejecutivo y al Legislativo, la forma en la que es posible advertir la aprobación o la denegación de confianza es, como no podía ser de otra forma, a través del acto de votación en el Pleno del Congreso.

130. En efecto, esta presentación inicial que formula el Presidente del Consejo de Ministros permite establecer puentes de coordinación entre el Ejecutivo y el Legislativo. Se ha señalado que en este acto se desarrolla un importante "debate técnico y científico, pero también político, porque las distintas fuerzas representadas en el Parlamento tendrán la ocasión de oponer sus reparos críticos, denunciar lo que son intereses prioritarios tras un programa general y formular ante el país sus concepciones alternativas. Un debate de este tipo es altamente esclarecedor y sirve para profundizar la conciencia política del país" [Bernales, Enrique y Rubio, Marcial (1985). Constitución y Sociedad Política. Lima: Mesa Redonda Editores, p. 386].

131. La denegatoria de confianza de esta propuesta general significará que el Presidente de la República deba optar por una fórmula más amplia de consenso con la línea política trazada por la mayoría del Congreso de la República. En estos casos, la denegatoria de la confianza suele estar plasmada en un acto expreso del órgano legislativo, el cual es la votación. No suele presentarse, en los escenarios a los que se refiere el artículo 130, algún problema respecto de la posibilidad de una *denegación tácita* de la confianza, ya que no es objeto de debate una propuesta particular, sino el eje mismo de las medidas a ser empleadas por el gobierno.

132. Y es que, al menos en lo que respecta al acto de investidura, los grupos parlamentarios tendrán bastante marcado el sentido de su votación, el cual se fundamentará, principalmente, en el perfil de las personas que integran el gabinete, así como en la esencia de las medidas a ser empleadas en su gestión. De esta forma, para este Tribunal difícilmente existirá la posibilidad, en lo que respecta a la presentación efectuada por el Consejo de Ministros en virtud del artículo 130 de la Constitución, que exista alguna aceptación o denegación tácita de la confianza. El acto expreso que reflejará la voluntad congresal será el de la votación.

B) Otorgamiento y denegación de la cuestión de confianza en el supuesto contenido en los artículos 132 y 133 de la Constitución

133. El otorgamiento y la denegación de la cuestión de confianza no es, sin embargo, tan sencillo de dilucidar en relación con los pedidos basados en los artículos 132 y 133 de la Constitución, y esto obedece al amplio espectro de medidas que pueden ser sometidas a consideración del Congreso de la República por parte del Consejo de Ministros.

134. En efecto, a diferencia de lo que ocurre en el acto de investidura, en estos casos suelen someterse a confianza del Congreso de la República la adopción de una considerable cantidad de medidas. Sin embargo, no puede dejar de considerarse que, lo que será objeto de análisis por el órgano legislativo es una cuestión que, de ser planteada así por el Presidente del Consejo de Ministros, puede generar la crisis total del gabinete. De este modo, decidir algo tan esencial para la gestión del Poder Ejecutivo, y cuya negación supone la existencia de una crisis total del Gabinete, es algo que amerita que la decisión tenga que ser, en principio, de carácter expreso y a través del acto de la votación.

135. La necesidad que la manifestación sea, en principio, de carácter expreso se justifica en que nuestra forma de gobierno no se fundamenta, a diferencia de las experiencias estrictamente basadas en los esquemas de los regímenes parlamentarios, en que el origen del gobierno provenga del mismo ente legislativo. En esos modelos, en la medida en que los jefes de gobierno suelen provenir de la mayoría parlamentaria, tiene sentido que exista un importante margen de flexibilización para determinar cuándo el Ejecutivo ha perdido la confianza de las cámaras, o de alguna de ellas. No ocurre lo mismo en el caso peruano, en el que el uso de la denegación de confianza tiene una connotación especial debido a que los ministros son designados por parte del Presidente de la República con previo acuerdo con el Presidente del Consejo de Ministros, y aquel, a diferencia de lo que ocurre en otras latitudes, es también electo por sufragio popular para ostentar dicho cargo.

136. Ahora bien, el que esto sea así no supone que este Tribunal sea ajeno a advertir la posibilidad de que, en un afán de evitar asumir su respectiva responsabilidad política, el Congreso de la República pueda, al menos formalmente, votar a favor de la confianza pese a que, en los hechos, no adopte ninguna medida que materialice dicha manifestación de voluntad. En realidad, las mismas circunstancias en las que se desenvuelve la política no hacen sino reafirmar que este Tribunal deba introducir la posibilidad que se planteen excepciones a la regla general según la cual la denegación debe ser expresa a través de un acto de votación por parte del Congreso de la República.

137. De hecho, este amplio abanico de supuestos hace recomendable que este Tribunal no establezca reglas perennes e inmutables en torno a las formas en las que se deniega o aprueba la confianza. En efecto, no queda ninguna duda que el acto de votación

es un signo considerable respecto de la decisión del Congreso de la República, pero ello no puede impedir que, en supuestos excepcionales —como el presentado en este caso—, sea posible asumir que incluso una votación favorable puede disfrazar una intención de no brindar la confianza solicitada.

138. Es importante precisar que, al menos en nuestra forma de gobierno, no existe el mismo grado de flexibilidad para el análisis de la voluntad del Congreso de la República que suele presentarse, por ejemplo, en los modelos adscritos al régimen parlamentario. En realidad, es bastante usual que, en esas experiencias, los gabinetes o los ministros dimitan ante la no aceptación de algún proyecto de ley o propuesta formulada ante los órganos legislativos. Esto obedece a que, según entienden, ya no gozan de su confianza. Y esto suele presentarse aun cuando no se haya presentado alguna moción de censura en su contra. Por ejemplo, se ha recordado que, en países como Inglaterra, se han presenciado casos como el del Primer Ministro Robert Walpole, el cual, en 1742, dimitió luego que la Cámara de los Comunes rechazara una iniciativa suya. Esto suponía que había perdido no la confianza del Rey, sino la del Parlamento, pese a que este no había hecho una manifestación expresa en ese sentido. Se dice que esta decisión se adoptó con el propósito de que dicha cámara "tomara conciencia de su poder para influir o modificar las decisiones del gabinete; y luego, para obligar a formar un nuevo gabinete que encarne mejor la tendencia mayoritaria en la Cámara" [Planas Silva, Pedro (2001). Parlamento y gobernabilidad democrática en América Latina. Tomo II. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, pp. 708-709]. De hecho, en ese país, se ha admitido una suerte de "censura implícita" cuando se rechazan los proyectos de ley formulados por el gobierno, y ello porque, pese a que ningún parlamentario ha planteado alguna moción en particular, se asume que la no aceptación de la iniciativa puede interpretarse como una ruptura en la relación de confianza que se estableció con la mayoría que integra las cámaras.

139. De hecho, esta clase de prácticas, en las que el rechazo o aceptación del pedido de confianza se advierte con los hechos desplegados por el órgano legislativo, no han sido ajenas a la dinámica política peruana. En agosto del año 2012, el entonces Presidente del Consejo de Ministros, Pedro Cateriano, acudió ante el Pleno del Congreso con la finalidad de obtener facultades delegadas en distintas materias. Para ello, decidió plantear una cuestión de confianza respecto de un proyecto vinculado con la implementación de una nueva estructura salarial y pensionaria en las Fuerzas Armadas y Policiales. Pese a los reiterados pedidos de los congresistas —quienes solicitaban el retiro de la cuestión presentada—, el Poder Legislativo decidió brindar las facultades solicitadas, pese a que, formalmente, no se votó para aceptar o denegar la confianza que había sido planteada. En aquella oportunidad, los hechos demostraron que el Congreso de la República compartía la línea trazada por el Poder Ejecutivo.

140. Ahora bien, y a diferencia de otras experiencias en el Derecho comparado, en el caso peruano nos encontramos ante una forma de gobierno*sui generis*, ya que, como fuera señalado *supra*, parte de una base presidencialista sobre la cual se han agregado algu-

nas instituciones propias del parlamentarismo. De hecho, ambos órganos, Ejecutivo y Legislativo, gozan de un importante nivel de legitimidad popular en la medida en que ambos son electos de manera directa por parte de la ciudadanía.

141. Es importante para este Tribunal dejar en claro que ello no supone el otorgamiento de un cheque en blanco a favor del Presidente de la República. En realidad, en el caso que se pretenda, de manera reiterada, interpretar que las cuestiones de confianza que han sido votadas a favor del Presidente del Consejo de Ministros se asuman como denegadas —con el propósito de poder disolver el Congreso de la República— ello solo generará un serio desgaste para el mismo gobierno, así como el eventual cuestionamiento del respeto al equilibrio de poderes. Es bastante improbable que un gobierno que demuestre, de manera recurrente, que le es sumamente dificultoso adoptar medidas de coordinación con el Congreso de la República pueda gozar de un importante nivel de lealtad popular.

142. En todo caso, es también bastante claro que, frente al uso de esta clase de excepciones por parte del Poder Ejecutivo, este Tribunal tendrá competencia para determinar si su proceder fue o no acorde con la Constitución. Que el supremo intérprete constitucional pueda, también, intervenir en este proceso es un límite importante, ya que podrá determinar, en los supuestos que así lo ameriten, la incompatibilidad del accionar del Poder Ejecutivo con la Constitución, con todas las consecuencias políticas y jurídicas que ello conlleva.

143. En virtud de lo expuesto, corresponde a este Tribunal analizar el caso concreto, a fin de determinar si el acto de disolución del Congreso de la República realizado mediante el Decreto Supremo 165-2019-PCM, fue o no conforme con la Constitución.

§5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

A) Argumentos de las partes

144. La parte demandante ha sostenido que la figura de la "denegación fáctica" no tiene ninguna clase de cabida de conformidad con nuestra Constitución. Ha sostenido, al respecto, que la única forma de evidenciar la voluntad congresal es a través del acto de votación. De este modo, al votarse, a través de una mayoría simple, por brindar la cuestión de confianza al Consejo de Ministros encabezado por Salvador del Solar, no existía motivo alguno para que el Presidente de la República interpretara que ella había sido denegada.

145. Por su parte, el Poder Ejecutivo, parte demandada en este caso, alega que la disolución se basó en que, al continuar con el procedimiento de elección de magistrados de este Tribunal, se ha entendido que el Congreso de la República denegó la cuestión de confianza planteada. En ese sentido, al ser la segunda oportunidad en que ello ocurría, procedió a disolver el Congreso de la República a través del procedimiento previsto en el artículo 134 de la Constitución.

B) Determinación de los hechos

146. Ahora bien, para que este Tribunal examine la viabilidad constitucional de lo planteado por el Poder Ejecutivo, es indispensable examinar los hechos que generaron la denegatoria de la segunda cuestión de confianza.

147. El día 30 de septiembre de 2019, el entonces Presidente del Consejo de Ministros acudió al reciento del Congreso de la República con el propósito de plantear la cuestión de confianza ante el Pleno en relación con la posibilidad de postergar el proceso de elección de magistrados de este Tribunal, así como de proponer una serie de lineamientos en relación con la implementación de una serie de mecanismos que garanticen la transparencia del mismo. Luego de algunas dificultades, pudo ingresar a la sala de deliberaciones y, en el espacio de tiempo concedido por un congresista, presentó el pedido de confianza respectivo. Esto ocurrió a las 11:45 horas.

148. En su presentación, el entonces Presidente del Consejo de Ministros hizo referencia al contexto político. Precisó que el procedimiento de elección de magistrados de este Tribunal debía realizarse con importantes signos de transparencia, pues se trata de una corte que conoce los asuntos más importantes a nivel nacional. Del mismo modo, enfatizó que era consciente que el acto de elección es una competencia exclusiva del Pleno del Congreso, por lo que, según afirmó, su pedido de cuestión de confianza no había sido formulado con el propósito de irrogarse una competencia que no le corresponde al Ejecutivo, sino que su finalidad era postergar la selección con el propósito de promover la realización de un procedimiento abierto, en el que sea posible conocer a los candidatos que integrarían el Tribunal y que se pueda, del mismo modo, formular las tachas respectivas a las candidaturas.

149. Es así que, en su pedido, planteó la cuestión de confianza en relación con el procedimiento de elección de magistrados de este Tribunal, para lo cual presentó un proyecto de reforma a la ley orgánica que rige a la institución. En los términos en los que fue planteado el pedido por el Presidente del Consejo de Ministros, se advierte que el pedido fue formulado en relación con dos aspectos: (i) la aprobación de un proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; y, (ii) la paralización del procedimiento de elección de los magistrados, con el propósito que el mismo pueda continuar en un momento posterior, y luego que se permita la participación de la sociedad civil y, de esta manera, se pueda fiscalizar el procedimiento respectivo.

150. En relación con el primer punto, el Presidente del Consejo de Ministros sostuvo, tal y como se puede advertir de la grabación de la sesión del Pleno del Congreso del día 30 de septiembre de 2019, que "debido a nuestra preocupación hemos presentado un proyecto de ley para un proceso transparente, un proyecto de ley ya presentado a este Congreso, y por el cual, en nombre del Consejo de Ministros, hago cuestión de confianza en este mismo momento" [Sesión del Pleno del Congreso del día 30 de septiembre de 2019, a las 11:44 horas].

151. En lo que respecta al segundo punto, también agregó el Presidente del Consejo de Ministros que su intervención se hacía con el propósito de "que el Parlamento decida si nos otorga la confianza y considera, por lo tanto, que hay que hacer uso de transparencia, o para que nos la niegue, si considera que va a seguir adelante con ese procedimiento" [Sesión del Pleno del Congreso del día 30 de septiembre de 2019, a las 11:44 horas]. Una vez planteada la cuestión de confianza, el entonces Presidente del Congreso sostuvo que el pedido sería debatido luego de elegir a los magistrados de este Tribunal, o, en su defecto, en la siguiente sesión [Sesión del Pleno del Congreso del día 30 de septiembre de 2019, a las 11:49 horas].

152. Es en ese contexto que se dio inicio al proceso de elección de magistrados a este Tribunal. Para ello, se brindó el uso de la palabra a los voceros de distintos grupos parlamentarios. Una vez rechazada la cuestión previa planteada por la congresista Indira Huilca Flores, por 34 votos a favor y 80 en contra, se continuó con el proceso. Fue así que, a las 13:33 horas, se dio inicio al acto de votación. A las 13:35 horas, se votó a favor de la candidatura de Gonzalo Ortiz de Zevallos Olaechea, quien obtuvo 88 votos favorables, 3 en contra y 2 abstenciones.

153. Posteriormente, se procedió a votar la candidatura de Manuel Sánchez-Palacios Paiva, quien obtuvo 73 votos favorables, 6 en contra y 13 abstenciones, por lo que no contó con la mayoría exigida por la Constitución y por la ley para ser electo como magistrado de este Tribunal. Ante esta situación, el entonces Presidente del Congreso de la República precisó que la sesión para continuar con la elección se reanudaría el día martes 1 de octubre de 2019 [Sesión del Pleno del Congreso del día 30 de septiembre de 2019, a las 13:42 horas].

154. La sesión del Pleno del Congreso se reanudó, según consta en los registros, a las 16:15 horas. En ese momento, los congresistas debatieron sobre la cuestión de confianza, ya que varios legisladores sostenían que, con el acto de la votación, debería entenderse como denegada la confianza, por lo que el Presidente de la República debería proceder a disolver el Congreso de la República. A las 17:33 horas, el Jefe de Estado anunció que daría un mensaje a la nación peruana, lo cual ocurría de manera paralela al debate sobre la cuestión de confianza en el Palacio Legislativo.

155. Durante su mensaje, el Presidente de la República precisó que:

> Nuestro proyecto de ley busca generar un mecanismo más transparente y participativo en la elección de los miembros del Tribunal Constitucional para evitar las repartijas y la utilización de las instituciones para que unos pocos se sirvan de ellas. Ante esto, desde el Congreso se intentó impedir al premier ingresar al hemiciclo, se desconoció el artículo 129 de la Constitución Política del Perú, no se dio la prioridad que la cuestión de confianza merece y, luego, se aprobó el primer miembro de un tribunal *express* en una dudosa votación, vaciando de contenido la cuestión de confianza planteada.

> Ante la denegación fáctica de la confianza, y en respeto irrestricto de la Constitución Política del Perú, he decidido disolver constitucionalmente el Congreso y llamar a elecciones de congresistas de la República.
>
> Este es un acto constitucional previsto en el artículo 134 de la constitución. Como lo mencionó el jurista Marcial Rubio, la disolución de un congreso tiene como función lograr una nueva elección parlamentaria y que sea finalmente el pueblo quien defina a quien le da la razón: Si a la mayoría parlamentaria que hoy disuelvo y se ha opuesto al ejecutivo o si le da la razón al ejecutivo eligiendo una nueva mayoría.

156. De esta forma, a las 17:41 horas, el Presidente de la República procedió a anunciar la disolución del Congresode la República. Para este momento, el órgano legislativo, por 50 votos a favor, 31 en contra y 13 abstenciones, había votado a favor de la cuestión de confianza planteada por el Presidente del Consejo de Ministros.

C) Análisis de constitucionalidad de la cuestión de confianza planteada a propósito de la elección de magistrados del Tribunal Constitucional

C.1) La posibilidad de plantear cuestión de confianza para reformar el procedimiento de elección de magistrados del Tribunal Constitucional

157. Como se ha podido advertir en el presente caso, la cuestión de confianza planteada por el Poder Ejecutivo el 30 de setiembre de 2019 estuvo dirigida a buscar que se garantice un proceso transparente en la elección de los nuevos magistrados del Tribunal Constitucional. Para tal efecto, presentó el Proyecto de Ley 4847-2019-PE que buscaba reformar el artículo 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, respecto del cual el Presidente del Consejo de Ministros planteó la referida cuestión de confianza.

158. Ahora bien, sobre la posibilidad de plantear una cuestión de confianza respecto de un proyecto de ley que busca reformar un artículo de una ley orgánica, es oportuno recordar que este Tribunal ha señalado que "la cuestión de confianza que pueden plantear los ministros ha sido regulada en la Constitución de manera abierta, con la clara finalidad de brindar al Poder Ejecutivo un amplio campo de posibilidades en busca de respaldo político por parte del Congreso, para llevar a cabo las políticas que su gestión requiera" [Sentencia 0006-2018-P1/TC, fundamento 75]. En ese sentido, el día 30 de setiembre de 2019, el Presidente del Consejo de Ministros sustentó en el Congreso de la República la importancia que para el Poder Ejecutivo significaba que el proceso de elección de los magistrados del Tribunal Constitucional se llevará a cabo con márgenes amplios de transparencia y participación ciudadana. Al respecto, señaló lo siguiente:

> La crisis política que atravesamos se ha convertido en una crisis de legitimidad que ha herido profundamente la confianza de la ciudadanía en todos nosotros. De ahí la razón por la cual el gobierno planteó el 28 de julio un proyecto de adelanto de elecciones, para que juntos nos fuéramos y se abriera un nuevo capítulo en nuestro país.

Estamos aquí porque consideramos, si recordamos, que en el 2014 pasaron tres meses, entre la instalación de la Comisión Especial y la presentación al Pleno, y en el 2017 pasaron apenas 6 días para el mismo lapso, para elegir a un integrante, este año han pasado solo 5 días. ¿Tienen derecho nuestros ciudadanos o no a conocer si, por ejemplo, los postulantes, independientemente de su inclinación política, que la pueden tener, por ejemplo, son militantes de un partido?

¿Tienen derecho a saber, por ejemplo, si alguno o alguna de los postulantes ha sido abogado de algún líder político, de un partido político? No tendría nada de malo. ¿No tenemos derecho a saber?

¿Tiene derecho la ciudadanía a saber, por ejemplo, qué posiciones públicas han asumido las personas que postulan al Tribunal Constitucional respecto de los casos más difíciles?

Tenemos derecho.

No estamos permitiendo que la ciudadanía sepa quiénes son los que van a acceder a la más alta magistratura de interpretación constitucional. Eso pensamos, señor Presidente.

Hiere la legitimidad de un proceso que en el pasado ha sabido lo que es eso y ha tenido que ser revertido. No le hagamos eso al país. Estamos en una crisis de confianza que necesita altas dosis de transparencia. No seamos apresurados. No lo hagamos sin audiencias públicas, tengamos la posibilidad de que se interpongan tachas, ¿por qué no hacerlo?, ¿por qué la prisa? ¿Por qué nos tiene que ver el país como apresurados?

(…)

Consideramos, señor presidente, que es tanta la importancia de la conformación del Tribunal Constitucional, un tribunal que efectivamente el Congreso tiene derecho a elegir, no lo discutimos, pero consideramos que debe usarse un procedimiento transparente, que garantice a la ciudadanía que elegiremos bien, con los votos de los representantes del pueblo, que son ustedes.

Debido a nuestra preocupación, hemos presentado un proyecto de ley para un proceso transparente, un proyecto de ley ya presentado ante este Congreso, por el cual en nombre del Consejo de Ministros hago cuestión de confianza en este mismo momento, para que el Parlamento decida si nos otorga la confianza y considera, por lo tanto, que hay que hacer uso de transparencia, o para que nos la niegue si considera que va a seguir adelante con ese procedimiento.

Muchas gracias, señor presidente.

(Congreso de la República. Diario de Debates, fecha 30 de setiembre de 2019, 12° Sesión – Matinal).

159. En esa misma línea, al sustentar la importancia que suponía garantizar la transparencia en la elección de los miembros de este Tribunal, que justificaba la cuestión de confianza planteada el 30 de septiembre de 2019, en las páginas 28-29 de suescrito de contestación de demanda, el Poder Ejecutivo expuso que "del correcto funcionamiento del Tribunal depende el fortalecimiento del Estado Constitucional, la defensa de la Constitución y el control constitucional, razón por la cual el proceso de elección de sus integrantes debe realizarse sobre principios de transparencia, que garanticen la legitimidad de las decisiones de la institución".

160. Al respecto, además, es preciso tener en cuenta que la Política General de Gobierno al 2021, aprobada mediante Decreto Supremo 056-2018-PCM, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 24 de mayo de 2018, establece como algunos de sus lineamientos prioritarios asegurar la transparencia en las entidades y fortalecer las instituciones para la gobernabilidad. Por ello, tal y como se indicó *supra*, desde la perspectiva del Poder Ejecutivo, resultaba indispensable un proceso de elección de magistrados que se conduzca con verdadera transparencia, al cual concurran personas calificadas para el cargo y con un altísimo compromiso con los valores democráticos que el cargo demanda.

161. A propósito de lo expuesto, es pertinente hacer referencia a la vital importancia que este Tribunal tiene en el mantenimiento de nuestro Estado Constitucional. Al respecto, como bien señala el artículo 201 de nuestra Constitución, este Tribunal es un órgano autónomo e independente. De esa manera, en la dinámica que propone nuestro sistema constitucional, se constituye en el organismo llamado a garantizar la supremacía normativa de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales [*cfr*. Sentencia 0014-2014-PI/TC; Sentencia 03228-2012-PA/TC, entre otras].

162. En ese sentido, y a partir de la interpretación del artículo 201 de la Constitución, se ha dicho que este Tribunal, en cuanto a la interpretación constitucional, se sitúa en la cúspide del Poder Jurisdiccional del Estado [c*fr.* Sentencia 0020-2005-PI/TC, fundamento 157]. En efecto, aun cuando el artículo 201 no confiere a este órgano una función exclusiva y excluyente, sí le confiere una función "suprema" en cuanto a la interpretación de nuestra Carta Magna [*cfr*. Sentencia 0001-2018-PI/TC, fundamento 5]. Ello, además, se sustenta en el propio artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que de manera expresa señala que "el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad".

163. Por ello, en virtud de la crucial importancia que ostenta este Tribunal, y porque le ha sido asignada la labor de controlar la constitucionalidad de los actos tanto de los poderes públicos como de las actuaciones de los particulares, se requiere de aquel una total y real independencia y autonomía frente a cualquier manifestación de poder. En ese sentido ha interpretado la naturaleza de esta clase de tribunales la Corte Interamericana de Derechos Humanos al referir que, si bien es necesario garantizar la independencia de la judicatura en general, los Estados deben garantizar especialmente la independencia de los jueces constitucionales [*cfr.* Corte IDH. Caso Tribunal Constitucional vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001, párrafo 75].

164. En igual sentido, además, se debe poner de relieve que la demanda de un proceso de elección de magistrados para este Tribunaldotado de las garantías suficientes de transparencia había sido puesta en atención tanto por organismos internos (la Defensoría del Pueblo), como por organismos internacionales (la Comisión Interamericana de Derechos Humanos). La Defensoría del Pueblo se pronunció respecto de la forma en que el Congreso de la República elegía entonces a los futuros magistrados de este Tribunal. Así, a través de un comunicado en su cuenta de Twitter, exhortó al Poder Legislativo "a postergar la elección (…) con el fin de reafirmar el cumplimiento del principio deliberativo que permita dar a la elección la máxima legitimidad" (ver publicación del 30 de setiembre de 2019 en la cuenta oficial de Twitter de la Defensoría del Pueblo).

165. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió el Comunicado de Prensa 241/19, de fecha 26 de septiembre de 2019 (ver: https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/241.asp), el cual señaló lo siguiente:

> (…) los riesgos que conllevan en sí mismos los nombramientos a cargo de órganos políticos, se incrementan por la falta de especificación de criterios objetivos de selección que garanticen que los operadores de justicia sean personas íntegras, las más idóneas, que cuenten con la formación y calificaciones jurídicas apropiadas, de acuerdo con la singularidad y especificidad de la función que van a desempeñar. Este requerimiento, como ya lo ha señalado la CIDH, resulta esencial para garantizar que la elección no se hace por motivos o razones políticas, sino solo basada en el mérito y la competencia profesional y que, además, la ciudadanía lo percibe así.
>
> (…)
>
> (…) se deben asegurar que tales procesos no sean realizados o puedan ser percibidos por la ciudadanía como decididos con base en razones de carácter político afectando la convicción de los justiciables en su actuar independiente. Para lograr lo anterior, resulta indispensable que se cumplan principios tales como la difusión previa de las convocatorias, plazos y procedimientos; la garantía de acceso igualitario e incluyente de las y los candidatos; la participación de la sociedad civil y la calificación con base en el mérito y capacidades profesionales.

166. Bajo esa lógica, una de las formas elementales de garantizar la independencia de los jueces de las altas cortes —como lo es un Tribunal Constitucional— es a través de un procedimiento transparente de selección de sus miembros que garantice que quienes lleguen a ostentar tan alta magistratura sean personas verdaderamente idóneas para el ejercicio del cargo. Esto quiere decir que, desde la perspectiva institucional de la garantía de la independencia judicial, un adecuado proceso de nombramiento y selección resulta ser un elemento básico e indispensable para contar con jueces realmente independiente, autónomos e imparciales.

167. Por lo tanto, es preciso recordar la forma de elección diseñada en nuestro ordenamiento jurídico para ocupar el cargo de magistrado en este Tribunal.En primer orden, tenemos que el tercer párrafo del artículo 201 de la Constitución establece que es el Congreso de la República que, con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros, elige a los siete magistrados de este Tribunal para que ejerzan el cargo por un periodo de cinco años sin posibilidad de ser reelegidos de manera inmediata. El procedimiento que se debe seguir para la elección de sus miembros se encuentra detallado en el artículo 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y, de igual forma, el Reglamento del Congreso también tiene algunas previsiones al respecto.

168. El mencionado artículo 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que la Comisión Especial del Congreso encargada del procedimiento de selección podrá optar por dos modalidades para llevar a cabo el mismo: la modalidad ordinaria y la modalidad especial. En el caso de la modalidad ordinaria se hace una convocatoria a través del Diario Oficial *El Peruano* para la presentación de propuestas para integrar el Tribunal y se publica la relación de las personas que son propuestas a fin de que se puedan formular las tachas, de ser el caso. En el segundo caso, es decir, en la modalidad especial, la convocatoria se realiza mediante invitación, modalidad que fue introducida con la Ley 29882, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 7 de junio de 2012. La modalidad a seguir es elegida por la Junta de Portavoces del Congreso y, en ambos casos, es la Comisión Especial del Congreso la que selecciona a los candidatos que, a su juicio, deben ser declarados aptos para pasar a la votación ante el Pleno del Congreso. Por último, es importante recordar que el artículo 64 del Reglamento del Congreso detalla que el procedimiento parlamentario para la elección de los miembros del Tribunal es uno de carácter especial.

169. Como se aprecia, el procedimiento de elección de los magistrados de este Tribunal es una tarea que en nuestro país es encargada únicamente al Congreso de la República. En efecto, es el Poder Legislativo el único poder del Estado que se ve involucrado en la decisión sobre quiénes integrarán finalmente el máximo ente de interpretación constitucional en nuestro sistema. Esto, a modo de ilustración, difiere radicalmente respecto del diseño de elección que fue contemplado por la Constitución de 1979 —texto constitucional del cual emergió el otrora Tribunal de Garantías Constitucionales—, en el que 3 miembros de dicho órganode 9 miembros eran elegidos por el Congreso de la República, otros 3 por el Poder Ejecutivo y los 3 restantes por la Corte Suprema de Justicia. Sobre esta cuestión en particular, es preciso recordar lo expuesto por Hans Kelsen, quien fue un autor fundamental en el desarrollo de los tribunales constitucionales:

> (…) no se puede proponer una solución uniforme para todas las Constituciones posibles. La organización de la jurisdicción constitucional deberá modelarse sobre las particularidades de cada una de ellas. He aquí, sin embargo, algunas consideraciones de alcance y valor generales. El número de miembros no debe-

ría ser muy elevado, considerando que es sobre cuestiones de derecho a lo que está llamada a pronunciarse, la jurisdicción constitucional cumple una misión puramente jurídica de interpretación de la Constitución. Entre los modos de designación particularmente típicos, no podría pregonarse sin reservas ni la simple elección por el Parlamento ni el nombramiento exclusivo por el Jefe de Estado o por el gobierno. Posiblemente se les podría combinar, así, por ejemplo, elegir los jueces al Parlamento a propuesta del gobierno, quien podría designar varios candidatos para cada puesto o inversamente.

Es de gran importancia otorgar, en la composición de la jurisdicción constitucional, un lugar adecuado a los juristas de profesión. Podría llegarse a esto concediendo, por ejemplo, a las facultades de derecho de un país o a una comisión común de todas ellas el derecho a proponer candidatos, al menos para una parte de los puestos. Podría, asimismo, atribuírsele al propio tribunal el derecho a proponer aspirantes para cada puesto vacante o de proveerlo por elección, es decir, por cooptación. El tribunal tiene, en efecto, el más grande interés en reforzar su autoridad llamando a su seno a especialistas eminentes.[Kelsen, Hans (2016). La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). Trad.: Rolando Tamayo. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 57-58].

170. Así las cosas, no se puede dejar de advertir que la actual forma de elección de los miembros del Tribunal Constitucional en nuestro país es muy particular en comparación con los procedimientos de selección diseñados en otros países de nuestro continente que también cuentan con un tribunal o corte constitucional. En efecto, tal y como se detalla a continuación, los integrantes de estas altas cortes suelen ser elegidos a través de un procedimiento que no recae únicamente en un poder u organismo del Estado, como si ocurre en el caso peruano.

País	Número de miembros	Forma de elección	Duración en el cargo
Bolivia (Tribunal Constitucional Plurinacional)	9 miembros titulares y 9 miembros suplentes	Son elegidos por sufragio universal, previo proceso de preselección que es llevado a cabo por la Asamblea Legislativa Plurinacional.	6 años
Chile (Tribunal Constitucional)	10 miembros	3 miembros son designados por el Presidente de la República. 4 miembros son elegidos por el Congreso Nacional (2 por el Senado directamente y 2 a propuesta de la Cámara de Diputados). 3 miembros son elegidos por la Corte Suprema.	9 años (se renuevan por parcialidades de cada tres)

Colombia (Corte Constitucional)	Número impar determinado por ley. Actualmente la Ley 270 establece que se compone de 9 miembros.	Son elegidos por el Senado de la República de acuerdo con las ternas que presentan el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.	8 años
Ecuador (Corte Constitucional)	9 miembros	Son designados (a través de un proceso de concurso público) por una comisión calificadora integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones: Legislativa, Ejecutiva, y de Transparencia y Control Social.	9 años (se renuevan por tercios cada 3 años)
Guatemala (Corte de Constitucionalidad)	5 miembros titulares y 5 miembros suplentes	1 miembro es elegido por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia. 1 miembro es elegido por el Pleno del Congreso de la República. 1 miembro es elegido por el Presidente de la República en Consejo de Ministros. 1 miembro es elegido por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala. 1 miembro es elegido por la Asamblea del Colegio de Abogados. **Los miembros suplentes son elegidos de igual forma que los miembros titulares.*	5 años
República Dominicana (Tribunal Constitucional)	13 miembros	Son designados porel Consejo Nacional de la Magistratura, a partir de las propuestas formuladas por las organizaciones de la sociedad civil, de los ciudadanos, y entidades públicas y privadas.	9 años (la composición se renueva de manera gradual cada 3 años)

171. Como se observa, incluso en aquellos países en los que la designación en sí misma recae en un único ente, los otros poderes del Estado e inclusive la sociedad civil tienen un rol activo en el procedimiento previo de preselección o presentación de candidatos (Colombia y República Dominicana) o en la conformación del ente encargado de la designación (Ecuador). Es decir, no se deja en manos de una única corporación la decisión sobre los posibles candidatos y los finalmente designados a ocupar el cargo. Hay, en todo caso, una participación plural en todo el procedimiento.

172. De igual forma, aun cuando no sean tribunales o cortes constitucionales en sentido estricto, tenemos algunos ejemplos de otras altas cortes en nuestro continente que, en sus respectivas jurisdicciones, detentan facultades similares a las de un tribunal constitucional; claro está, con sus respectivos matices y salvedades. En todo caso, si algo tienen en común estas cortes es que son los tribunales más importantes de sus países

y el mecanismo para la propuesta de candidatos y la designación de sus miembros tampoco recae en un único ente.

173. Así, por ejemplo, tenemos el caso de Brasil. En dicho país, los miembros del Supremo Tribunal Federal —que son 11 y son llamados ministros— son elegidos por el Senado Federal previa nominación realizada por el Presidente de la República. En este caso, la duración en el cargo no tiene un límite fijo, por lo que los miembros de dicho tribunal estarán en el cargo hasta su jubilación según las normas aplicables.

174. En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación —que formalmente es parte del Poder Judicial de dicho país—, está integrada por 11 miembros cuyos mandatos duran 15 años. Los miembros de esta alta corte son designados por el Senado a partir de una terna que es propuesta por el Presidente de dicho país.

175. En el caso de Estados Unidos de América, tenemos que la Corte Suprema, máxima corte federal del país, está compuesta por 9 miembros con cargos vitalicios. En este sistema el Presidente tiene el poder exclusivo para designar o nominar a los jueces, pero su confirmación requiere la aprobación de la mayoría del Senado, que tiene el poder exclusivo para confirmar o rechazar a los candidatos propuestos.

176. También, desde una perspectiva muy similar, la forma de elección de los miembros de otras cortes o tribunales constitucionales en diversas latitudes, demuestra que en la realización de dicho procedimiento concurren, por lo general, dos poderes u organismos del Estado:

País	Número de miembros	Forma de elección	Duración en el cargo
Alemania (Tribunal Constitucional Federal)	16 miembros	8 miembros son designados por el *Bundestag* (Parlamento Federal). 8 miembros son designados por el *Bundesrat* (Consejo Federal).	12 años
Austria (Tribunal Constitucional)	14 miembros titulares y 6 miembros suplentes	8 miembros titulares más 3 miembros suplentes son elegidos por el Gobierno Federal. Los 6 miembros restantes son nominados en parte por el Consejo Nacional y en parte por el Consejo Federal.	El mandato termina al final del año en que quien ejerce el cargo cumple setenta años.
Bulgaria (Corte Constitucional)	12 miembros	4 miembros son designadospor la Asamblea Nacional. 4 miembros son designados por el Presidente de Bulgaria. 4 miembros son designados por los jueces de la Corte Suprema de Casación y de la Corte Administrativa Suprema.	9 años

Chequia (Tribunal Constitucional)	15 miembros	Los miembros son designados por el Presidente de Chequia con el consentimiento del Senado según el artículo 84 de su Constitución.	10 años
Corea del Sur (Corte Constitucional)	9 miembros	3 miembros son designados por la Asamblea Nacional. 3 miembros son designados por el Presidente de Corea del Sur. 3 miembros son designados por el Presidente de la Corte Suprema.	6 años (con posibilidad de reelección)
Eslovaquia (Tribunal Constitucional)	13 miembros	Son nombrados por el Presidente de la República Eslovaca a propuesta del Consejo Nacional de la República Eslovaca.	12 años
España (Tribunal Constitucional)	12 miembros	Son nombrados por el Rey de acuerdo con el siguiente esquema: 4 miembros son designados a propuesta del Congreso de los Diputados. 4 miembros son designados a propuesta del Senado (elegidos entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas). 2 miembros son designados a propuesta del Gobierno. 2 miembros son designados a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.	9 años (se renuevan por tercios cada tres años)
Italia (Corte Constitucional)	15 miembros	5 miembros son designados por el Presidente de la República. 5 miembros son designados por el Parlamento. 5 miembros son designados por los magistrados supremos ordinarios y administrativos.	9 años
Portugal (Tribunal Constitucional)	13 miembros	10 miembros son designados por la Asamblea de la República. 3 miembros son escogidos por los otros 10 miembros elegidos.	9 años
Rumania (Tribunal Constitucional)	9 miembros	3 miembros son designados por la Cámara de Diputados. 3 miembros son designados por el Senado. 3 miembros son designados por el Presidente de Rumania.	9 años
Rusia (Tribunal Constitucional)	19 miembros	Son designados por el Consejo de la Federación Rusa a propuesta del Presidente de la Federación Rusa.	12 años

177. Lo anteriormente señalado evidencia el contraste de lo que ocurre en otros sistemas constitucionales con respecto a lo que tenemos en el diseño de selección de miembros de nuestro Tribunal Constitucional. Mientras que en los ejemplos descritos *supra* los procedimientos de presentación de candidatos y designación de miembros cuentan con la participación de al menos dos poderes u organismos estatales (o inclusive de la propia sociedad civil), en el caso peruano todo el procedimiento —tanto la presentación de los candidatos como la elección final— recae en un único poder que es el Poder Legislativo.

178. Se advierte, de lo expuesto, que en el Derecho comparado existen distintas fórmulas para la selección y nombramiento de los magistrados del Tribunal Constitucional, y se ha llegado a la conclusión que, en general, participan en estos procedimientos por lo menos dos entidades. Ahora bien, de ello no debe inferirse que la fórmula por la que han optado los constituyentes de 1993 sea, en sí misma, contraria a estándares ideales para las altas cortes de justicia. Lo que, en todo caso, es importante precisar es que, en la medida en que solo interviene en nuestro modelo un órgano para la selección y nombramiento de magistrados del Tribunal Constitucional, se torna en indispensable la presencia de un conjunto de garantías que reflejen la independencia e imparcialidad de sus integrantes.

179. Esta situación, que ciertamente se encuentra así prevista en nuestra Constitución, hace necesario que el proceso de selección —en vista de que recae en un único ente— deba ser dotado del mayor grado de transparencia y pulcritud posible a fin de garantizar, precisamente, la independencia judicial, en su faceta institucional, de los miembros de este Tribunal. A este objetivo ciertamente podría conducir la modalidad ordinaria de elección que prevé el artículo 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que permitiría posibilidades mucho más amplias de escrutinio y de participación ciudadana en el mecanismo de elección de magistrados.

180. De hecho, de la simple lectura del Proyecto de Ley 510-2011-CR, que finalmente derivó en la Ley 29882, que modificó la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional e incorporó la modalidad de elección por invitación, se puede advertir que la intención de la introducción de esta última modalidad fue establecer un "procedimiento que tenga carácter alternativo para la selección y elección de candidatos a (…) Magistrados del Tribunal Constitucional"; esto quiere decir, en buena cuenta, que no se pensó en la modalidad por invitación como la regla que anule por completo la modalidad ordinaria para llevar a cabo este crucial procedimiento.

181. Incluso, para conseguir los fines de una mayor transparencia y participación, podría plantearse una forma combinada de elección en la que se utilice tanto la modalidad ordinaria como la especial que contempla el artículo 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. De hecho, la elección de los primeros miembros de este Tribunal tuvo dicha particularidad, pues los magistrados Manuel Aguirre Roca y Francisco Acosta Sánchez fueron elegidos por la modalidad ordinaria y los magistrados Ricardo Nugent López-Chávez, Guillermo Rey Terry, José García Marcelo, Luis Díaz Velarde

y Delia Revoredo Marsano mediante invitación. Esto se debió a que luego de la elección de los magistrados Aguirre Roca y Acosta Sánchez, se modificó el entonces artículo 7 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, debido a los problemas que habían dificultado la elección de sus miembros, que quedóentonces con el siguiente texto: "(c)uando existan razones que lo justifiquen, y a petición de no menos del 20% de los Congresistas, podrá efectuarse, por acuerdo del Pleno, una convocatoria complementaria por invitación para elegir a candidatos a los cargos de Magistrados del Tribunal Constitucional cuyas vacantes no hubieran sido cubiertas. En tal caso, la votación será por lista cerrada, completa y mediante voto público en el Pleno del Congreso" (artículo único de la Ley 26662, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 14 de junio de 1996). Naturalmente que la decisión sobre cuántos magistrados deben ser elegidos mediante una y otra modalidad en un determinado proceso de selección, es un asunto que le competería definir, de ser el caso, al Congreso de la República.

182. Finalmente, es importante recordar también que, a lo largo de la historia de este Tribunal, se ha podido evidenciar una suerte de falta de uniformidad en cuanto a los elementos que deben componer el proceso de selección de sus miembros. Esto, naturalmente, ha ocasionado que se tengan que vivir antecedentes tristemente célebres que, en perspectiva, redundan en una erosión sobre la institucionalidad del Tribunal. Solo por recordar algunos de estos episodios, tenemos que:

- En el año 2005, a pesar de que la Comisión Especial había elaborado un orden de mérito en razón a las calificaciones obtenidas por los candidatos, la propuesta llevada al Pleno del Congreso no coincidió con tal orden de mérito. Por el contrario, la referida Comisión Especial adujo que, luego de un proceso deliberativo, había llegado a un acuerdo a fin de proponer dos ternas distintas, sin respetar el orden de mérito previamente elaborado por la propia comisión. (Ver:http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/cat_uibd.nsf/primero/9977C230BB74174805257BAA000C0D40?opendocument).

- En el año 2007, tras ser elegido como magistrado el señor Javier Ríos Castillo, éste tuvo que poner a disposición del Congreso de la República su declinación al nombramiento mediante carta de fecha 14 de junio de 2007, luego de que se difundiera en los medios de comunicación una fotografía en la que aparecía en un conocido restaurante junto a Agustín Mantilla y Óscar López Meneses, entre otros personajes. Luego, inclusive, el señor Ríos Castillo intentó anular su inicial declinación y consiguió, mediante una medida cautelar en un proceso de amparo,que se ordenara su designación como miembro del Tribunal, aunque tal decisión fue posteriormente revertida. Finalmente, la Junta de Portavoces del Congreso acordó dejar sin efecto la elección (ver: Congreso de la República. Acta de la 56º Sesión de la Junta de Portavoces, 18 de junio de 2007).

- En el año 2013, tras la elección de miembros para ocupar el cargo de magistrados del Tribunal, el Congreso de la República tuvo que dejar sin efecto la misma

debido a la difusión de algunos audios entre algunos parlamentarios involucrados en el proceso de selección en el cual disponían cómo se ocuparían las plazas vacantes en el Tribunal Constitucional, en la Defensoría del Pueblo y en el Banco Central de Reserva. Este lamentable episodio, que incluso tuvo repercusión internacional, fue coloquialmente conocido como "*la repartija*".

183. Estas consideraciones no hacen más que poner en evidencia que la elección de los miembros del Tribunal en nuestro país ha sido constantemente marcada por controversias y episodios que indefectiblemente debilitan la posición institucional de este alto tribunal. Solo un proceso de selección que sea conducido con transparencia y que esté dotado de un mayor escrutinio público sobre quiénes serán los futuros magistrados de este Tribunal, hará posible que se extirpe el temor general de que ocurra lo que en Italia se conoce como "*lotizzazione*" o "el reparto del botín" [*cfr.* Rubio Llorente, Francisco (2004). El Tribunal Constitucional. Revista Española de Derecho Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Número 71, Año 24, p. 16].

184. Por las consideraciones expuestas, este Tribunal considera que la presentación de un proyecto de ley relacionado con la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, específicamente en lo relacionado al procedimiento para la selección de sus magistrados, se encuentra dentro del ámbito de las competencias del Poder Ejecutivo, por tratarse de un asunto de un marcado interés nacional. No se ha presentado, así, alguna lesión de la Constitución en este extremo de la demanda.

185. Distinto sería el escenario si es que el planteamiento de la cuestión de confianza fuera sobre materias que comprometan el principio de separación de poderes, y, con ello, las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo. Para este Tribunal, estos supuestos, sin ánimo de exhaustividad, son los siguientes:

    (i) que el planteamiento de la cuestión de confianza esté relacionado con la supresión de la esencia de alguna cláusula de intangibilidad de la Constitución (forma de gobierno republicana y representativa; principio de separación de poderes, cláusula de Estado de Derecho, principio democrático, protección de los derechos fundamentales, etc.);

    (ii) que el planteamiento de la cuestión de confianza se relacione con el condicionamiento del sentido de alguna decisión que, de conformidad con la Constitución, sea competencia de otro órgano estatal; y,

    (iii) que el planteamiento de la cuestión de confianza, en el caso de proyectos de ley, no se realice respecto de materias que permitan concretar u operativizar las propuestas planteadas por el gobierno o que carezcan de un marcado interés público.

186. Ciertamente, y como se puede advertir de una revisión preliminar, se trata, en muchos casos, de conceptos jurídicos indeterminados. Y es que, como es evidente, re-

sultaría materialmente imposible establecer una lista taxativa respecto de los casos concretos en los que sería constitucionalmente inválido plantear una cuestión de confianza. Es, en ese sentido, que este Tribunal brinda, sin ánimo de exhaustividad, los siguientes supuestos a fin que la cuestión de confianza no sea planteada de forma ilimitada.

187. En relación con el escenario (i), este Tribunal advierte que, en el seno de los actuales Estados Constitucionales, suele existir una suerte de *patrimonio común*, el cual permite diferenciar modelos democráticos de los que ostentan un perfil autocrático. La esencia de las constituciones propias de los Estados Constitucionales radica tanto en la limitación del ejercicio arbitrario del poder como en la tutela de los derechos fundamentales. De este modo, las constituciones no son documentos del más alto rango únicamente porque, desde la perspectiva del sistema de fuentes, no pueden ser derogadas o alteradas por disposiciones de menor jerarquía, sino también porque reconocen los más trascendentales valores en el ámbito de una sociedad democrática.

188. No sorprende, en este orden de ideas, que se hayan establecido contenidos inalterables de la norma suprema, y que, por lo demás, también han sido recordados por este Tribunal al hacer referencia a una suerte de *Constitución histórica*. Así, se ha recordado que, dentro de estos primeros contenidos, se encuentran el principio de que la soberanía "reside en el pueblo, que su forma de gobierno es republicana (artículo 4°) y representativa (artículo 7°); [y] que en ella ocupan un lugar privilegiado el reconocimiento y promoción de los derechos" [Sentencia 00014-2002-AI/TC, fundamento 37].

189. En esta misma línea, y a propósito del fenómeno que cierto sector de la doctrina ha denominado como "internacionalización del Derecho Constitucional", se han ido empleando en distintos instrumentos internacionales conceptos y herramientas afines a las constituciones de los Estados. Por ejemplo, el Estado peruano ha reconocido la Carta Democrática Interamericana, instrumento que dispone que existen varios elementos esenciales de la democracia representativa, entre los que figuran "el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos" (artículo 3).

190. Así, el Poder Ejecutivo no podría plantear una cuestión de confianza que suponga un desconocimiento manifiesto de los principios que, asentados en nuestra historia republicana, perfilan la *identidad* de la Constitución peruana. No sería válido, por ejemplo, plantear una cuestión de confianza para suprimir la cláusula de Estado de Derecho, del principio democrático, la separación de poderes, o para despojar de cualquier contenido a los derechos fundamentales de la persona.

191. El escenario (ii) se relaciona con la imposibilidad de plantear la cuestión de confianza cuando ella se relacione con el condicionamiento del sentido de alguna decisión

que, de conformidad con la Constitución, se encuentre asignada a otro órgano estatal. En efecto, al identificar las obligaciones, prohibiciones y permisos que se derivan de nuestra norma suprema, este Tribunal ha desarrollado distintos principios de interpretación que no solamente pretenden desarrollar su contenido normativo, sino que también tienen la función elemental de impedir que las funciones o responsabilidades que la Constitución ha asignado a las entidades estatales se desvirtúen. Así, a través del principio de corrección funcional, se ha exigido al juez constitucional —y este Tribunal no puede ser una excepción— que, "al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales" [Sentencia 05854-2005-PATC, fundamento 12.C].

192. De esta forma, no sería viable, desde el punto de vista constitucional, que, por ejemplo, se plantee una cuestión de confianza con el propósito que una denuncia constitucional, que está siendo tramitada en el Congreso de la República, sea forzosamente aprobada o rechazada. Del mismo modo, no se podría exigir que el Congreso de la República designe, para su Mesa Directiva, a legisladores que ostenten un perfil cercano al del Jefe de Estado. La Constitución dispone que el órgano encargado para esa labor es el Poder Legislativo. Permitir lo contrario supondría alterar considerablemente el equilibrio de poderes.

193. Ahora bien, esto no quiere decir que se impida la posibilidad de plantear una cuestión de confianza para que el Poder Legislativo ejerza sus competencias respecto de cuestiones que incidan sobre asuntos o aspectos que conciernen, también, al Poder Ejecutivo. Así, por ejemplo, el Gobierno podría hacer cuestión de confianza con la finalidad de obtener una ley del Congreso de la República que sea necesaria para desarrollar una determinada política pública, o incluso con ese mismo propósito obtener una delegación de competencias legisferantes. En este orden de ideas, entonces, una cuestión es plantear, por ejemplo, una cuestión de confianza respecto de la posibilidad de transparentar el proceso de elección de altos funcionarios del Estado (como ha ocurrido en este caso) y una muy distinta es que, por ejemplo, se pretenda elegir, de manera obligatoria, a ciertos candidatos para dichos puestos. Lo segundo se encuentra dentro del ámbito de lo *constitucionalmente prohibido*.

194. Finalmente, en lo que respecta al escenario (iii), no se podrá presentar cuestión de confianza respecto de cualquier proyecto de ley. La idea es que, en estos casos, el Poder Ejecutivo brinde una prolija explicación respecto del interés público que reviste la propuesta, la cual, además, tiene que relacionarse conla implementaciónde una política general de gobierno. En este caso, como se ha expuesto, la cuestión de confianza se sustentó en la necesidad de transparentar el proceso de elección de magistrados de este Tribunal, lo cual, evidentemente, se encuentra inserto en el marco de una de las políticas del gobierno. Una situación notoriamente distinta sería si es que el Poder Ejecutivo pretendiera nombrar a los magistrados de esta corte, lo cual es una cuestión que no se encuentra dentro de sus competencias de

conformidad con la Constitución. De hecho, la misma parte demandada así lo ha entendido.

195. Reconocer que, en general, se pueda plantear cuestión de confianza respecto de cualquier proyecto de ley, generaría una seria alteración del equilibrio de poderes, y supondría, por lo demás, que el Congreso de la República pueda verse continuamente expuesto a pedidos de confianza en relación con propuestas que no son indispensables para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer sus atribuciones o cumplir con las metas trazadas por el gobierno. Ya se ha indicado, en esta decisión, que nuestra forma histórica de gobierno se caracteriza por ostentar una base presidencialista con la paulatina inserción de formas y mecanismos propios del parlamentarismo. En esa medida, tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo gozan de un importante nivel de legitimidad política, pues ambos órganos son electos por sufragio universal.

196. Si a la considerable cantidad de atribuciones y facultades que ostenta el Presidente de la República en nuestra forma de gobierno se agregara la posibilidad de exigir la aprobación de cualquier proyecto de ley, es evidente que se despojaría al órgano legislativo de su esencia, que es precisamente la deliberación. De hecho, hemos sido enfáticos en sostener que "son notas distintivas de la democracia representativa, de un lado, que los representantes no son meros portavoces de sus representados, sino conformantes de un órgano con capacidad autónoma e independiente de decisión, previa deliberación; y de otro, que lo son no de simples intereses particulares (*policys*), sino generales (*politics*)" [Sentencia 0030-2005-PI/TC, fundamento 7].

197. Un escenario particular se presenta con los proyectos de reforma constitucional. En el auto de fecha 29 de octubre de 2019, este Tribunal declaró como improcedente un extremo de la demanda competencial —concretamente, en el que se cuestionaba la cuestión de confianza en estos escenarios—, y ello debido a que no se identificó, concretamente, un conflicto entre las dos entidades involucradas. En efecto, se precisó que el mismo Congreso de la República, en la práctica parlamentaria, había permitido y aceptado la presentación de cuestiones de confianza sobre posibles reformas a la Constitución. Sin embargo, y considerando la magnitud y relevancia de esta temática, este Tribunal estima necesario efectuar una serie de precisiones.

198. En primer lugar, el Congreso de la República debe evaluar la inserción de mecanismos de votación cualificados para los casos en los que la confianza sea planteada para reformar alguna disposición constitucional. En el escenario actual, puede que, con una mayoría no necesariamente cualificada, el Congreso de la República termine por brindar la confianza respecto de algún proyecto de reforma constitucional; pero, una vez debatido el proyecto, se advierta que no existe la mayoría especial que exige la Constitución para una reforma de sus contenidos. En estos casos, aunque se haya brindado —a través de un acto de votación— la confianza respectiva, lo cierto es que, al menos en la práctica, no se podría materializar la propuesta planteada. En efecto, lo que ocurrirá es que el Poder Ejecutivo asuma que ha operado, en los hechos, un

supuesto de denegación. A fin de evitar estos escenarios, este Tribunal considera que el Poder Legislativo debe examinar en qué medida se deben exigir mayores consensos a fin de otorgar la confianza en esta clase de escenarios.

199. Por otro lado, aunque se haya abierto la posibilidad de presentar proyectos de ley para la reforma de la Constitución, ello solamente será válido en la medida en que se trate de aspectos vinculados con alguna función o competencia (sea exclusiva o compartida) del Poder Ejecutivo. Ya se ha indicado *supra* que no sería constitucionalmente válido que un pedido de confianza pueda ser presentado para que este órgano del Estado se irrogue competencias que, de manera específica,corresponden a otras entidades. Es importante precisar, en todo caso, que es muy distinta la supresión total de una competencia asignada a un órgano estatal a la posibilidad —que se ha presentado en este caso— de solicitar transparentar un proceso de elección, sin que por ello se desconozca la atribución brindada a otra entidad del Estado.

200. Por otro lado, aunque se haya abierto la posibilidad de presentar proyectos de ley para la reforma de la Constitución, debe precisarse que no sería constitucionalmente válido que un pedido de confianza pueda ser presentado para que este órgano del Estado se irrogue competencias que, de manera específica, corresponden a otras entidades, trasgrediendo con ello la forma de Estado, la forma de gobierno o el sistema político constitucionalmente dispuesto. Es importante precisar, en todo caso, que es muy distinta la supresión total de una competencia asignada a un órgano estatal a la posibilidad —que se ha presentado en este caso— de solicitar transparentar un proceso de elección, sin desconocer la atribución brindada a otra entidad del Estado.

201. Los supuestos que aquí se han abordado no pretenden ser taxativos. De hecho, ya la realidad política ha demostrado lo poco recomendable que sería establecer escenarios específicos en los que la confianza puede ser (o no) presentada. De hecho, cuando este Tribunal, en la Sentencia 0006-2018-PI/TC, declaró la inconstitucionalidad del artículo 86.e) del Reglamento del Congreso, que regulaba los supuestos en los que no se podía presentar la cuestión de confianza, ello lo hizo precisamente considerando el principio de equilibrio de poderes y el de autonormatividad parlamentaria.

202. Del mismo modo, no podría este Tribunal —por ser fácticamente imposible— hacer explícitos todos los casos en los que una cuestión de confianza se estime como inconstitucional. Mucho dependerá, para que ello no ocurra, de la responsabilidad con la que se desenvuelven los altos funcionarios del Estado, los cuales están llamados, en muchas ocasiones, a zanjar sus diferencias en aras de encontrar fórmulas que pretendan salvaguardar el bien común.

203. Nuestro diseño institucional será cada vez más óptimo cuando todos los órganos estatales sean conscientes respecto de los límites de sus atribuciones. Sin embargo, y en caso ello no ocurra, este Tribunal es competente para recibir cualquier demanda relacionada con algún posible ejercicio arbitrario del poder y, en el caso que sea necesario, declarará su inconstitucionalidad.

204. Ahora que este Tribunal ha esclarecido que la materia planteada en la cuestión de confianza del 30 de setiembre de 2019 se encuentra dentro de lo constitucionalmente permitido, corresponde analizar si esta fue aceptada o denegada fácticamente por el Congreso de la República.

C.2) ¿Se denegó, de conformidad con la Constitución, la cuestión de confianza en el presente caso?

205. Corresponde, finalmente, que este Tribunal dilucide si es que, en el presente caso, el Congreso de la República denegó la cuestión de confianza al Presidente del Consejo de Ministros. Que esto se determine guarda una especial relevancia para el análisis de constitucionalidad del accionar del Poder Ejecutivo, ya que, de entenderse que operó una denegatoria, el Presidente de la República se encontraba facultado para disolver el Congreso de la República de conformidad con lo dispuesto en el artículo 134 de la Constitución. Si, por el contrario, ello no hubiese ocurrido, se entendería que el Jefe de Estado habría actuado de manera contraria a los preceptos de nuestra norma suprema al momento de ordenar el cierre del órgano legislativo.

206. Este Tribunal ya ha precisado que, de conformidad con los artículos 132 y 133 de la Constitución, el Presidente del Consejo de Ministros está facultado a plantear una cuestión de confianza facultativa. En este caso, tal y como ha sido precisado *supra*, el pedido planteado pretendía que el Congreso de la República realice dos acciones: (i) deliberar en relación con un proyecto de reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional con el propósito de garantizar que, en los procesos de elección de magistrados, se observen aspectos vinculados con el principio de transparencia; y (ii) que se paralice, hasta una ocasión posterior, el proceso de elección de magistrados que llevaba a cabo el Congreso de la República, a fin que el mismo pueda ser efectuado con un mayor nivel de legitimidad.

207. En relación con el primer punto, ya se han precisado las razones por las que es posible defender la posibilidad de presentar y vincular proyectos de ley a un pedido de cuestión de confianza por parte del Consejo de Ministros. Tampoco debe pasar inadvertido el hecho que, una vez reanudada la sesión del Pleno del Congreso el día 30 de septiembre de 2019, se procedió a votar a favor de la iniciativa planteada. En consecuencia, este Tribunal entiende que, a través de dicho acto de votación, el órgano legislativo manifestó su voluntad de deliberar la propuesta legislativa presentada por el Presidente del Consejo de Ministros.

208. Una situación distinta ocurre con el pedido vinculado a la paralización del procedimiento de elección de magistrados de este Tribunal que se desarrollaba en ese momento. Y es que, pese a la solicitud planteada por el Presidente del Consejo de Ministros —en el sentido de suspender el proceso de elección de magistrados del Tribunal—, el Pleno del Congreso decidió continuar con la agenda programada para dicha sesión.

209. Ahora bien, se podría considerar que el Presidente del Congreso, al postergar la deliberación de la cuestión de confianza, actuó dentro del marco de lo permitido por el artículo 82 del Reglamento del Congreso, el cual establece que "(l)a cuestión de confianza que plantee el Presidente del Consejo de Ministros a nombre del Consejo en su conjunto, será debatida y votada en la misma sesión **o en la siguiente**(…)" (negritas agregadas). En efecto, al menos desde una perspectiva formal, el Pleno del Congreso de la República podía continuar con el debate respecto de la cuestión de confianza planteada en la siguiente sesión.

210. Sin embargo, para este Tribunal no pasa inadvertido el hecho que, en los términos en los que la confianza fue planteada, era evidente que las circunstancias ameritaban que dicho asunto fuera resuelto primero. De este modo, al continuar con el procedimiento de elección de magistrados, el Congreso de la República demostró que no tenía intención de cumplir con lo solicitado por el Presidente del Consejo de Ministros. Esto se corrobora si se considera que, pese a que la congresista Indira Huilca Flores presentó una cuestión previa para postergar el proceso de elección y debatir sobre la cuestión de confianza, el Pleno del Congreso decidió continuar con la votación, y rechazar, de esta manera, lo solicitado.

211. Sobre este punto, la parte demandante ha argumentado que procedió a votar a favor de la cuestión de confianza en los términos en los que fue planteada por el Presidente del Consejo de Ministros. De este modo, según ha indicado en su escrito de demanda, no se puede brindar al Presidente de la República la potestad de determinar cuándo, pese al voto favorable en la sesión del Pleno del Congreso, se ha entendido aceptada o denegada la confianza. Al respecto, este Tribunal advierte que, si bien es cierto que, en la mayor cantidad de escenarios, la verificación del otorgamiento o denegación de la cuestión de confianza se puede advertir con el acto de la votación en el Congreso de la República, también es importante considerar que existen supuestos extraordinarios en los que es evidente que, por su accionar, el órgano legislativo ha decidido rechazar la confianza planteada.

212. De este modo, aunque ya hemos precisado que la regla general para determinar el otorgamiento de confianza en estos casos es el acto de votación, ello no impide que, en algunos supuestos particulares, sea posible que se presente algún supuesto que justifique el apartamiento de ella. En lo que respecta a la presente controversia, ya se ha advertido que, en su presentación, el Presidente del Consejo de Ministros planteó la cuestión de confianza no solo en relación con la deliberación de un proyecto de reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sino también con el propósito de postergar el proceso de elección de los magistrados que se desarrollaba en ese momento. Así, la votación efectuada por el Congreso de la República manifestó la aceptación del primer punto planteado, mas no del segundo, ya que el Pleno del Congreso procedió a continuar con el acto de la elección de los magistrados.

213. Ahora bien, el pedido presentado por el Presidente del Consejo de Ministros no debía ser interpretado como una conducta caprichosa o arbitraria, ya que, en realidad,

como fue señalado *supra*, diversos órganos comprometidos con la defensa de los derechos fundamentales habían formulado solicitudes similares, tales como la Defensoría del Pueblo y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que emitió el ya citado Comunicado de Prensa 241/19, de fecha 26 de septiembre de 2019.De lo expuesto en el referido comunicado de prensa se advierte que, a criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con el propósito de garantizar una elección que se base en la calificación en función del mérito y las capacidades profesionales, los órganos nacionales debían postergar dicho acto, ya que era necesario que el procedimiento se guíe por el principio de transparencia. En una línea similar se encontraba la Defensoría del Pueblo, cuando, como fuera citado *supra*, exhortó al Congreso de la República "a postergar la elección (…) con el fin de reafirmar el cumplimiento del principio deliberativo que permita dar a la elección la máxima legitimidad".

214. Advertida esta preocupación —y que no residía únicamente en el Poder Ejecutivo, sino también en otros organismos de defensa de los derechos fundamentales—, corresponde a este Tribunal determinar si es que dicha materia podía (o no) ser sometida a una cuestión de confianza.

215. Sobre ello, este Tribunal nota que la elección de los magistrados es una competencia que corresponde, de conformidad con nuestra Constitución, al Congreso de la República. No ha existido, ni en los escritos presentados ni en la audiencia pública, controversia alguna en relación con este punto. En efecto, lo que fue objeto del pedido de cuestión de confianza fue la postergación del procedimiento de elección, lo cual obedeció, como se ha expuesto, a la legítima preocupación de distintas entidades en relación con la falta de transparencia del procedimiento.

216. Ahora bien, la selección de los integrantes de este Tribunal es un asunto que reviste una meridiana importancia, en la medida de que se trata del supremo intérprete de la Constitución. Al desarrollar la labor de custodio de nuestra norma suprema, asume un rol trascendental tanto en el quehacer jurídico como político del país. Es, pues, el órgano no solamente llamado a examinar las contiendas de competencia entre los distintos órganos estales (como la controversia de autos), sino que también tiene entre sus funciones la de controlar la constitucionalidad de las leyes y demás disposiciones que integran nuestro ordenamiento, así como de tutelar, en última y definitiva instancia, los derechos fundamentales de las personas. En ese sentido, sus decisiones ocasionan un considerable impacto en el desarrollo de políticas públicas y en la adopción de todas aquellas medidas que inciden en la persona. Las sentencias que este Tribunal ha adoptado, desde su creación, han permitido que la Constitución sea un documento palpable para los ciudadanos, y ha generado que su contenido se actualice con el propósito de solucionar los problemas que aquejan a nuestra aun débil democracia.

217. No se advierte, en ese sentido, que el pedido planteado por el Presidente del Consejo de Ministros fuera sobre alguna cuestión ajena a lo desarrollado en la Sentencia 0006-2018-PI/TC. En efecto, si se toma en consideración que según el artículo 118,

inciso 9, de nuestra Constitución, le corresponde al Presidente de la República "cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales", resulta coherente y legitima la preocupación del Poder Ejecutivo en que el supremo intérprete de la Constitución —como órgano jurisdiccional que es— esté integrado por miembros elegidos a través de un procedimiento dotado de la transparencia indispensable a fin de garantizar la legitimidad de las sentencias y resoluciones que, precisamente, está llamado a cumplir y hacer cumplir.

218. Por lo expuesto, el Tribunal nota que, pese a la votación formalmente favorable al pedido de cuestión de confianza planteado, lo cierto es que materialmente no se cumplió con uno de los extremos solicitados. No se trató, ciertamente, de un accionar expreso materializado en un acto de votación en la sesión del Pleno del Congreso, pero sí de una forma manifiesta de no aceptar lo solicitado. De hecho, en la sesión del 30 de septiembre de 2019, el Presidente del Consejo de Ministros precisó que se entendería denegada la confianza si es que se continuaba con la selección pese a los reiterados pedidos de suspender dicho acto. El Congreso de la República, en consecuencia, actuó con claro conocimiento de los términos de la solicitud planteada.De esta forma, este Tribunal concluye que el Poder Ejecutivo no ha obrado de una forma contraria a la Constitución en el presente caso.

219. Determinado ello, este Tribunal considera oportuno hacer referencia a ciertas cuestiones vinculadas con las consecuencias ligadas a la segunda denegación de confianza, esto es, la disolución del Congreso de la República.

C.3) Denegación de cuestión de confianza y disolución del Congreso de la República

220. La segunda denegación de la cuestión de confianza generó que el Presidente de la República, a través del mensaje a la nación del 30 de septiembre de 2019, manifestara que había decidido disolver el Congreso de la República. Al respecto, cabe precisar que cuando el artículo 134 de la Constitución señala que "(e)l Presidente de la República está facultado para disolver el Congreso si éste ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros", hace referencia a la facultad del Presidente de la República de realizar un acto presidencial que luego habrá de ser formalizado en un decreto de disolución que, además y como requisito de validez, deberá contener como un segundo elemento con la convocatoria a elecciones para un nuevo Congreso dentro de los cuatro meses de la fecha de disolución, sin que pueda alterarse el sistema electoral preexistente.

221. En tal sentido, la disolución del Congreso de la República regulada en el artículo 134 ocurre, en estricto, mediante un acto, no mediante una norma, aun cuando es un requisito de validez que tal norma exista de forma inmediata posterior. Así, si bien la disolución fue plasmada en el Decreto Supremo 165-2019-PCM, el extremo referido a la disolución del Congreso de la República refleja un acto presidencial. De ahí que, justamente, la vía correspondiente para revisar la constitucionalidad de tal acto presidencial sea el conflicto competencial (y no la acción popular), conforme a

lo dispuesto en los artículos 110 y 113 del Código Procesal Constitucional. Así lo entendió el mismo Presidente de la República, quien en su mensaje de disolución señaló lo siguiente:

> Ante la denegación fáctica de la confianza, y en respeto irrestricto de la Constitución Política del Perú, he decidido disolver constitucionalmente el Congreso y llamar a elecciones de congresistas de la República.
>
> Este es un **acto constitucional** previsto en el artículo 134 de la Constitución (…).[Negritas agradas].

222. Por tanto, al tratarse de un acto del Presidente de la República, se encuentra regido por lo dispuesto en el artículo 120 de la Constitución, pues como todo acto presidencial, será nulo si carece de refrendo ministerial. En el presente caso, este Tribunal advierte que el acto de disolución se llevó a cabo cuando el Presidente de la República dio su mensaje a la nación, no cuando fue publicado el decreto de disolución en el Diario Oficial *El Peruano*. No obstante, cabe notar que en ese momento no existía Consejo de Ministros, pues, conforme ya señaló este Tribunal, el Poder Ejecutivo había interpretado válidamente que se le había denegado la confianza fácticamente.

223. Al respecto, este Tribunal debe hacer dos precisiones importantes. En primer lugar, el refrendo ministerial a que hace referencia el artículo 120 de la Constitución debe realizarse por escrito, de forma que exista constancia indubitable del mismo; de la misma forma y por motivos de publicidad y certeza, es que se exige su emisión y publicación como decreto. De esta manera, si bien el acto presidencial de disolución se realizó en el momento del mensaje, el requisito del refrendo por escrito debía ser necesariamente posterior, es decir, debía realizarse recién con la emisión del decreto de disolución. En ese sentido, el refrendo perfecciona el acto de forma inmediata posterior, al haberse realizado el mismo día.

224. En segundo lugar, cabe destacar que tal perfeccionamiento inmediato posterior debe entenderse en el contexto político y constitucional de una disolución del Congreso de la República que amenaza con suspender o vacar al Presidente de la República que lo está disolviendo. Exigir que el Presidente de la República juramente un Consejo de Ministros antes de realizar el acto de disolución podría llevar a la imposibilidad fáctica de realizarla posteriormente, lo que implicaría desnaturalizar, inutilizar y hasta eliminar la figura de la disolución del Congreso de la República de nuestro ordenamiento constitucional. Además, en atención a las circunstancias especiales de una situación como la presente, resulta razonable y necesario entender el refrendo ministerial como un elemento de validez que perfecciona el acto y permite la conservación de su validez desde el origen. En tal sentido, el acto de disolución del Congreso de la República goza además de validez formal.

225. Por otro lado, este Tribunal estima indispensable formular algunas consideraciones en torno a esta atribución del Jefe de Estado para disolver el Congreso de la República. La introducción de esta facultad presidencial obedeció, para los constituyentes

que elaboraron el texto de 1979, a que la Constitución de 1933 no había brindado al Poder Ejecutivo alguna herramienta de contrapeso frente a la censura ministerial. Se ha observado, en ese sentido, que esta clase de conflictos "pueden entrañar peligros evidentes para la vida y normalidad democrática del país. Conflicto de poderes que se produjo en el año 1914 con Billinghurst; conflicto de poderes que se produjo en el año 1947 con Bustamante y Rivero, y el mismo que se produjo a partir del año 1963, en el gobierno del arquitecto Belaúnde" [Intervención del asambleísta Chirinos Soto. En: Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente de 1978, Tomo VII, p. 306].

226. La Constitución de 1993, al regular la facultad del Presidente de la República de disolver el Congreso de la República, ha introducido una herramienta que, a consideración del Tribunal, debe ser de *ultima ratio* y de uso excepcional. Ciertamente, y a diferencia de su antecesora, la Constitución de 1979, la carta actual no dispone de algún límite en cuanto al número de ocasiones en las que el Jefe de Estado pueda acudir a ella.

227. Es necesario precisar que esta discrecionalidad se relaciona con la potestad del Presidente de la República de disolver el Congreso de la República solo en el escenario en el que se haya denegado, por lo menos en dos oportunidades, la cuestión de confianza. En efecto, de conformidad con la Constitución, el Jefe de Estado *puede* hacer uso de dicha atribución en ese supuesto. Esto supone, como no puede ser de otro modo, que no se encuentre ni constitucionalmente *obligado* ni *prohibido* de hacerlo si es que se ha denegado la confianza en más de una ocasión. Cuestión distinta es establecer, como se ha hecho *supra* (fundamentos 184 a 203), una serie de límites en cuanto al planteamiento mismo de la cuestión de confianza, lo cual sí se relaciona, en estricto, con los principios de equilibrio y balance de poderes.

228. En efecto, ello se deriva del hecho que la Constitución no obliga al Presidente de la República a, de manera automática frente a la segunda denegación de confianza, cerrar el Congreso de la República. De hecho, el artículo 134 es claro al establecer que el Jefe de Estado "está facultado" a hacerlo, lo cual, evidentemente, dependerá de la apreciación y juicio de las circunstancias políticas que advierta el Presidente de la República. Ya en esta sentencia hemos observado lo negativo que sería, para el orden y estabilidad de la nación, que la disolución sea empleada como una fórmula ordinaria para la solución de los impases entre el Ejecutivo y el Legislativo.

229. Así, este supremo intérprete de la Constitución aprecia que emplear la disolución del Congreso de la República como una herramienta común frente a cualquiera tensión política —las cuales, por cierto, están presentes en cualquier sistema democrático— ocasionaría un fuerte desgaste que sería advertido por la ciudadanía, ya que la apelación constante a elecciones podría generar la sensación que el gobierno no es capaz de encontrar mecanismos de solución que permitan la libre confluencia de todas las fuerzas políticas en aras de favorecer el desarrollo institucional del país. Es en ese sentido que, como se expuso *supra*, el texto constitucional haya establecido algunos límites expresos a esta atribución, como el que se prohíba su utilización durante el

último año de mandato del órgano legislativo o mientras se encuentre vigente un estado de sitio. Por ejemplo, el actual Presidente de la República no podría disolver el Congreso de la República desde fines del mes de julio del presente año, pues ya en ese momento estaría iniciando el último año de su mandato.

230. También es una importante forma de evitar la acumulación de poder por parte del Presidente de la República el que se disponga la inmediata convocatoria a elecciones. La finalidad de este acto radica en impedir que la disolución sea empleada como un instrumento, en manos del Ejecutivo, para deshacerse de una mayoría congresal que le sea adversa o incómoda. Como bien expuso el asambleísta Rodríguez Figueroa, al comentar la reciente incorporación de la facultad de disolver la Cámara de Diputados en la Constitución de 1979, "(l)a disolución es un instrumento de la democracia y una forma efectiva de resolver "impases" políticos de esta envergadura en la vida del país; de lo contrario, la disolución se convierte en una especie de venganza política o en un problema de alta burocracia, pero no de solución de un conflicto serio de carácter político" [Intervención del asambleísta Rodríguez Figueroa. En: Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente de 1978, Tomo VII, p. 296].

231. De hecho, en algunas experiencias del Derecho comparado, como ocurrió en el caso de la República de Weimar, la disolución "no sirvió prácticamente nunca para dar a conocer la voluntad del pueblo y, mucho menos, para que ésta fuera acatada. Fue un arma contra el propio Parlamento para, mediante sucesivas disoluciones muy próximas en el tiempo, ignorar y presionar sobre la voluntad popular para acabar configurando una Cámara completamente dócil a los deseos del ejecutivo" [Martínez, Eva (1984). La disolución del *Bundestag*. Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, de 16 de febrero de 1983. En: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 4, Número 12, p. 174]. La situación era aún más delicada en el seno de las monarquías, ya que el otorgamiento al Rey o la Reina de la potestad de disolver las Cortes reposaba en la otrora autoridad absoluta del monarca. No sorprendió, por lo tanto, que algunas autoridades como Fernando VII reaccionaran frente al establecimiento de límites constitucionales a esa potestad. Como es conocido, este monarca absolutista disolvió las Cortes en 1814, una vez promulgada la Constitución de Cádiz, en respuesta al recorte de sus atribuciones.

232. En el caso nacional, los constituyentes tanto de 1979 como de 1993 se preocuparon en dejar en claro que la disolución no podía ser una herramienta ordinaria a ser empleada por el Poder Ejecutivo, como suele ser la usanza de los modelos parlamentarios. Y es que, tal y como lo demuestra la tradición constitucional nacional, el propósito de la inserción de ciertas condiciones para el acto de la disolución pretende justamente reflexionar en torno a la posibilidad que se trate de una medida de *ultima ratio* para solucionar un conflicto severo dentro de la clase política. De esta forma, acudir a ella de manera reiterada puede generar un preocupante afán de concentración del poder, que este Tribunal no puede sino condenar.

233. Hoy, sin embargo, existe la posibilidad de que en el Perú la ciudadanía pueda, a través de un uso responsable de sus derechos políticos, tener la oportunidad de colaborar a solucionar las tensiones políticas que generaron la disolución del Congreso de la República. Ciertamente, nuestro modelo excesivamente multipartidista no es el más propicio para poder identificar, con claridad, cuál de las dos posiciones cuenta con un mayor respaldo popular. En todo caso, es un deber del electorado informarse adecuadamente respecto de las posiciones que los partidos políticos tengan sobre este asunto, a fin que el resultado en las urnas pueda, de algún modo, reflejar la aprobación o el rechazo a la medida adoptada por el Presidente de la República.

234. En efecto, la desmedida cantidad de partidos políticos en nuestro medio genera una fragmentación que tiene como consecuencia que no sea posible, al menos no de una manera manifiesta, dilucidar en qué medida el electorado ha respaldado la decisión del Poder Ejecutivo. De hecho, en el escenario nacional, que también se ha decantado por el voto preferencial, no es inusual que, dentro de una misma agrupación política, existan desavenencias sobre este trascendental asunto.

235. Evidentemente, si la mayoría se decanta por aprobar el acto de la disolución, ello tendría que verse materializado en la composición del siguiente Congreso de la República.

236. En efecto, no es negativo para este Tribunal que, frente a una tensión política recurrente e insubsanable, se convoque al titular de la soberanía para que brinde una suerte de veredicto respecto del futuro del país, lo cual se ha materializado en el Decreto Supremo 165-2019-PCM. De hecho, es saludable que, en una democracia, se llame a las urnas a la población para renovar (o rechazar) la confianza depositada en las autoridades políticas. Sin embargo, un uso reiterado de esta institución podría despojarle de ese halo de excepcionalidad que ostenta, y, con ello, su utilidad.

237. Finalmente, este Tribunal no puede sino recordar a la ciudadanía que ella, mediante un voto informado, tiene la posibilidad de manifestar su voluntad en las urnas y, de este modo, contribuir a solucionar la tensión política que se ha generado particularmente desde las elecciones presidenciales y congresales del año 2016. Y es que, aunque en las condiciones actuales el sistema multipartidario y proporcional, tal y como se ha aplicado y distorsionado en la práctica, puede que no necesariamente contribuya a reflejar si la población ha respaldado o no la decisión del Presidente de la República, no es menos cierto que, a través de un ejercicio responsable de su deber cívico, el ciudadano debe informarse sobre las posiciones políticas que las distintas agrupaciones tienen en torno a la disolución del Congreso de la República acaecida el 30 de septiembre de 2019. Solo de esta manera existirá la real posibilidad que el resultado de las urnas pueda, por lo menos, acercarse a ser un reflejo respecto de la aprobación (o no) de este acto.

238. Evidentemente, lo que aquí ha juzgado este Tribunal no pasa por establecer qué decisión deba adoptar el electorado en las elecciones del 26 de enero de 2020. A lo que

se ha constreñido es a determinar jurídicamente si es que la disolución efectuada por el Presidente de la República el 30 de septiembre de 2019 ha sido compatible con la Constitución. Corresponderá a la ciudadanía el deber de indagar las posturas y posiciones de las agrupaciones políticas de su preferencia en torno a la disolución para determinar, con su voto, si es que aprueba (o no) políticamente la medida adoptada por el Presidente de la República. En efecto, ante la cada vez más abultada cantidad de partidos políticos en los procesos electorales —cuestión que deberá ameritar una seria y profunda reflexión por parte de nuestra clase política— tendrá que ser la ciudadanía la que vele por reflejar su verdadera voluntad en las urnas.

239. Por las consideraciones expuestas en esta sentencia, el Poder Ejecutivo, en este caso, contaba con competencia para plantear una cuestión de confianza tanto para proponer una reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional como para solicitar la postergación de la elección de los magistrados, lo cual obedeció a la especial coyuntura política que aun atraviesa el país y que, por lo demás, también había sido solicitada por la Defensoría del Pueblo y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, y en la medida en que el Congreso de la República decidió no suspender dicho acto, es evidente que decidió denegar la confianza al Poder Ejecutivo, por lo que, al tratarse de la segunda oportunidad en la que ello ocurría, facultaba al Presidente de la República a disolver el Congreso de la República. En consecuencia, corresponde confirmar la validez de dicho acto, el cual se encuentra contenido en el Decreto Supremo 165-2019-PCM.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda competencial interpuesta por el Presidente de la Comisión Permanente.

Publíquese y notifíquese

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

PONENTE RAMOS NÚÑEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

El primer debate público del Pleno del Tribunal Constitucional, marca un hito en la historia de la judicatura peruana. Una mayor publicidad y transparencia de los actos estatales promueve una ciudadanía vigilante y una mayor deliberación social.

1. Si bien coincido con los fundamentos y puntos resolutivos de la sentencia, quiero agregar algunos argumentos relacionados con la interpretación del artículo 134 de la Constitución, en razón de que considero que allí se encuentra una de las principales fuentes de conflicto entre quienes, en los últimos días, han expresado su opinión respecto de la disolución del Congreso de la República, producida el 30 de setiembre de 2019.

2. Previamente es necesario citar a quien fue uno de los más destacados especialistas en materia de interpretación constitucional: el profesor alemán Konrad Hesse. Él sostenía que la interpretación constitucional es concretización, pues "precisamente lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución es lo que debe ser determinado mediante la incorporación de la 'realidad' de cuya ordenación se trata (...) En ese sentido, la interpretación constitucional tiene carácter creativo: el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación (...)".[1]

3. En ese sentido, existen determinadas disposiciones en la Constitución peruana que no tienen un contenido normativo definitivo, sino un contenido normativo abierto, valorativo o indeterminado. Cuando nuestros constituyentes redactaron el artículo 134 de la Constitución de seguro que tenían la idea de los supuestos a los que se aplicaría el texto elaborado, pero de seguro también que en dicho contexto era difícil imaginar el 100% de supuestos futuros que podían presentarse. Es por ello que en el año 2020, 27 años después de redactado dicho artículo, aparece una realidad (los hechos del 30 de setiembre de 2019) que exige darle respuesta jurídica (si está permitida, prohibida, obligada), basándonos para ello en la interpretación del citado artículo 134 de la Norma Fundamental. Veamos:

1 HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2012, p. 63.

Controversia principal

4. El 30 de setiembre de 2019, el Presidente de la República decidió disolver el Congreso de la República, en aplicación del artículo 134 de la Constitución. Dicho artículo establece que "El Presidente de la República está facultado para disolver el Congreso si éste ha (…) negado su confianza a dos Consejos de Ministros".

5. El Presidente de la República Martín Vizcarra asumió que la denegación de confianza podía ser expresa pero también "fáctica", y que este último supuesto se produjo cuando, en los hechos, el Congreso manifestó claramente su voluntad de no otorgar la confianza planteada por el Poder Ejecutivo (Presidente del Consejo de Ministros) respecto de la suspensión del procedimiento de elección de magistrados del Tribunal Constitucional por su falta de transparencia. En tal sentido, para el Presidente de la República resultó legítima la disolución producida.

6. La parte contraria, en este caso el Congreso de la República, asumió que "toda denegación de confianza es expresa", que siempre ha sido así y que no existe la figura de la denegación "fáctica". Por ello, asume que para otorgar la denegación expresa el Parlamento debe realizar una sesión especial en la que se vote por no otorgar tal cuestión de confianza, de modo tal que al no haberse producido tal denegación "expresa", no resulta legítima la disolución producida.

Interpretación de la expresión "negado su confianza" del artículo 134 de la Constitución

7. Puestas así las posiciones enfrentadas, queda claro que la disputa en este caso no es sobre si en realidad todas las denegaciones de confianza en la historia constitucional del Perú siempre han sido "expresas" o no lo han sido, o si han sido en parte "expresas" o en parte "fácticas", o si existe la denegación "fáctica".

8. La solución de la controversia planteada en este caso exige previamente interpretar la frase "negado su confianza" del artículo 134 de la Constitución. Dicha frase exige que exista una **clara e indubitable manifestación de voluntad del Congreso de la República** en el sentido de negar la confianza planteada por el Presidente del Consejo de Ministros. No existen en dicho artículo 134 las expresiones "denegación únicamente expresa", "denegación únicamente tácita" o "denegación fáctica". Lo único que existe son las frases "negado su confianza" en el artículo 134 y "si la confianza le es rehusada" del artículo 133 de la Constitución.

9. Ahora, frecuentemente la denegación de confianza se ha manifestado en el Perú mediante un acto formal (programación específica de una sesión del Pleno del Congreso, un debate y votación específicos sobre la denegación de confianza, etc.). A este tipo de denegación podríamos llamarla **denegación formal o expresa.** Ello nos indica que ¿ésta será la única forma de interpretar el artículo 134 de Constitución? Estimo que no. También se podría identificar un tipo de denegación que podríamos llamar **denegación tácita**, aquella que si bien no es expresa se produce cuando determinados actos

constituyen claras y manifiestas declaraciones de voluntad en el sentido de no aceptar la cuestión de confianza. Tanto la denegación formal o expresa, como la denegación tácita, son especies de lo que podríamos entender como **denegación manifiesta**. Eso es lo que en esencia nos pide el artículo 134 de la Constitución: que la denegación de confianza sea manifiesta, ya sea indubitablemente formal o expresa, o indubitablemente tácita.

10. En este caso concreto, dicha manifestación clara e indubitable se produjo el 30 de setiembre cuando, pese a la solicitud planteada por el Presidente del Consejo de Ministros en el extremo de "suspender el proceso de elección de magistrados del Tribunal Constitucional", el Pleno del Congreso decidió continuar con la agenda programada para dicha sesión. Es más (...) ante la presentación de una cuestión previa por parte de una Congresista para que se postergue el proceso de elección y se debata la cuestión de confianza, el Pleno del Congreso decidió continuar con la votación.

11. Al respecto, nos preguntamos ¿era claro uno de los extremos de la cuestión de confianza planteada respecto de "paralizar el proceso de elección de magistrados del Tribunal Constitucional en curso"? Respuesta: si. ¿Era clara la manifestación de voluntad del Pleno del Congreso de la República en el sentido de no paralizar el proceso de elección de magistrados del Tribunal Constitucional en curso? Respuesta: si. Entonces, queda clara e indubitablemente manifestada la denegación de confianza.

12. Cabe agregar que no se puede interpretar que la frase "negado su confianza" del artículo 134 de la Constitución siempre debe ser "expresa" pues cuando el Poder Constituyente ha querido que en todos los casos se cumpla con una formalidad "expresa", lo ha previsto así. Por ejemplo:

    > Artículo 53: … La nacionalidad peruana no se pierde, salvo por renuncia **expresa** ante autoridad peruana.
    >
    > Artículo 60: … Sólo autorizado por **ley expresa**, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial…
    >
    > Artículo 79:… Sólo por **ley expresa,** aprobada por dos tercios de los congresistas, puede establecerse selectiva y temporalmente un tratamiento tributario especial para una determinada zona del país

13. Un problema distinto es si se podía plantear una cuestión de confianza respecto de la paralización del proceso de elección de magistrados del Tribunal Constitucional, pero esto ya no tiene que ver con el argumento sobre si la denegación debía ser "expresa", "fáctica" u otras expresiones.

14. Precisamente, a fin de de identificar el problema real en este caso es importante distinguir entre **la FORMA DE MANIFESTAR la denegación de confianza** (si la denegación es "expresa", "tácita", "fáctica", etc.) y la **MATERIA que puede ser objeto de la cuestión de confianza** (sobre proyectos de ley, proyectos de reforma constitucional, procedimientos parlamentarios en curso, etc.)

15. Conforme a lo expuesto en este caso, respecto de la **FORMA DE MANIFESTAR** la cuestión de confianza, no hay duda que hubo una clara manifestación de voluntad del Pleno del Congreso de la República en el sentido de no paralizar el proceso de elección de magistrados del Tribunal Constitucional en curso (como se ha detallado en el fundamento 10 *supra*). Por lo tanto, era clara e indubitablemente manifiesta la denegación de confianza.

16. Por otra parte, sobre la **MATERIA** que puede ser objeto de la cuestión de confianza, específicamente si se podía plantear cuestión de confianza a fin de paralizar el proceso de elección de magistrados del Tribunal Constitucional, cabe mencionar que los incisos 1 y 9 del artículo 118 de la Constitución establecen que "corresponde al Presidente de la República: 1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución (...) 9. Cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales". Conforme a tales disposiciones constitucionales, estimo que resulta permitida la materia sobre la que se planteó la cuestión de confianza (paralizar el proceso de elección de magistrados del Tribunal Constitucional en curso) pues mediante ella el Poder Ejecutivo expresó su legítima preocupación, al igual que instituciones como la Defensoría del Pueblo y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de que un órgano jurisdiccional tan importante como el Tribunal Constitucional, realice su función de control de la Constitución (artículo 201), mediante magistrados elegidos a través de un procedimiento dotado de la transparencia indispensable, garantizando así la legitimidad de las sentencias y resoluciones que está obligado a cumplir y hacer cumplir.

17. En efecto, el 30 de setiembre de 2019, la Defensoría del Pueblo emitió comunicaciones en los que refiere que "el Ejecutivo está legitimado constitucionalmente para proponer reforma del proceso de elección de magistrados y hacer cuestión de confianza sobre ella, respetando la capacidad del Congreso para decidir" y "exhorta a postergar la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional con el fin de reafirmar el cumplimiento del principio deliberativo que permita dar a la elección la máxima legitimidad".

18. De igual modo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió un comunicado de prensa el 26 de setiembre de 2019, en el que expresó "su preocupación por las denuncias de falta de publicidad y transparencia en el proceso de selección de seis magistrados del Tribunal Constitucional del Perú", agregando "que, los riesgos que conllevan en sí mismos los nombramientos a cargo de órganos políticos, se incrementan por la falta de especificación de criterios objetivos de selección que garanticen que los operadores de justicia sean personas íntegras, las más idóneas, que cuenten con la formación y calificaciones jurídicas apropiadas, de acuerdo con la singularidad y especificidad de la función que van a desempeñar. Este requerimiento, como ya lo ha señalado la CIDH, resulta esencial para garantizar que la elección no se hace por motivos o razones políticas, sino sólo basada en el mérito y la competencia profesional y que, además, la ciudadanía lo percibe así".

19. En dicho comunicado de la CIDH refiere que el 20 de setiembre de 2019, la Asamblea Nacional de Gobernadores Regionales (ANGR) del Perú exhortó al Poder Legislativo a no llevar a cabo la elección de los miembros del Tribunal Constitucional, señalando que dicha elección podría generar convulsión social e ilegitimidad de los candidatos elegidos.

20. Por ello, si bien no es típica la materia vinculada con la cuestión de confianza sobre paralizar un proceso de elección de magistrados del Tribunal Constitucional en curso, queda claro que era legítima la preocupación del Poder Ejecutivo por el proceso que se venía llevando a cabo el 30 de setiembre y legítimo también el cumplimiento de sus obligaciones previstas en los incisos 1 y 9 del artículo 118 de la Constitución, de modo que resultaba permitida la materia sobre la que se planteó la cuestión de confianza.

21. Así también, sobre la materia que puede ser objeto de una cuestión de confianza, no comparto algunas de las expresiones de los fundamentos 197 a 200. Respecto de lo expresado en algunos votos de mis colegas, estimo legítimo su punto de vista en el sentido de preservar y defender el principio constitucional de separación de poderes de cara a eventos políticos futuros. Sin embargo, considerando que esos casos pueden llegar a esta instancia, me abstengo de emitir pronunciamiento por el momento.

22. En suma, al haberse denegado la confianza por segunda vez, de forma clara y manifiesta, el 30 de setiembre de 2019, no resultaba inconstitucional la disolución del Parlamento prevista en el artículo 134 de la Constitución.

S.
LEDESMA NARVÁEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

En el presente caso, si bien me encuentro de acuerdo con el sentido del fallo, considero pertinente expresar algunas consideraciones adicionales:

1. La presente sentencia no tiene por qué agotar el debate ni la evolución de la institución constitucional de la cuestión de confianza. Definir el modo como se configuran estas instituciones corresponde, en primer lugar, al diseño institucional, a través de las reformas constitucionales y legislativas pertinentes. Como se ha explicado de manera bastante detallada en la ponencia, la actual regulación es producto de una evolución. Es por ello que de ninguna manera esta sentencia determina de modo definitivo todos los alcances de la cuestión de confianza y la disolución del Congreso.

2. En cuanto a la posibilidad de plantear cuestión de confianza para reformar el procedimiento de elección de magistrados del tribunal constitucional, en la demanda se alega que en tanto la elección de magistrados del Tribunal Constitucional, constituye un procedimiento en el que solo participa el Congreso de la República, constituye una materia que no puede ser objeto de cuestión de confianza.

3. Considerar que, en tanto el procedimiento de elección de magistrados del Tribunal Constitucional está a cargo únicamente del Congreso de la República, y, por tanto, no permite al Poder Ejecutivo impulsar una cuestión de confianza relativa al mismo, se inscribe en una concepción desfasada del concepto de separación de Poderes.

4. Como ha señalado este Tribunal Constitucional de manera sostenida, la separación de poderes que configura nuestra Constitución, no es absoluta, porque de la estructura y funciones de los Poderes del Estado regulados por ella, también, se desprende el principio de colaboración de poderes. Es decir, las relaciones entre diferentes poderes contienen mecanismos de control y de colaboración.

5. Como se ha establecido en la sentencia recaída en el expediente 6-2018-PI (caso cuestión de confianza y crisis total del gabinete), la cuestión de confianza que pueden plantear los ministros ha sido regulada en la Constitución de manera abierta, con la clara finalidad de brindar al Poder Ejecutivo un amplio campo de posibilidades en busca de respaldo político por parte del Congreso, para llevar a cabo las políticas que su gestión requiera. Asimismo, se señaló que es posible plantear cuestiones de confianza respecto de proyectos de ley.

6. De otro lado, si bien la impartición de justicia está a cargo del Poder Judicial, y otros órganos constitucionales autónomos, como el Tribunal Constitucional, la legitimidad de las resoluciones jurisdiccionales no es ajena al Poder Ejecutivo. En este sentido, el artículo 118, inciso 1 de la Constitución establece que le corresponde al Presidente de

la República "cumplir y hacer cumplir la Constitución", por lo que resulta legítima la preocupación por que la elección de miembros del Tribunal Constitucional se lleve a cabo respetando estándares de transparencia. Es en el ejercicio de dichas competencias que el Poder Ejecutivo presentó un proyecto de ley relacionado con la reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, con la intención de dotar a dicho procedimiento de la mayor transparencia, lo que resulta válido.

7. No obstante que concuerdo con la ponencia en este extremo, soy de la opinión de que entre los fundamentos 179 al 181 se incurre en un exceso. Ciertamente, el proyecto de ley presentado por el Ejecutivo pretendía dotar de mayor transparencia la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional, no obstante, no nos corresponde en esta sentencia opinar si la modalidad ordinaria de elección es mejor que la modalidad por invitación, ni mucho menos sugerir un mecanismo combinado como se hace en el fundamento 181. Ello le corresponde al legislador. Tampoco concuerdo con lo referido entre los fundamentos 197 al 200.

8. También concuerdo con la ponencia respecto de lo decidido en cuanto a si en el caso, el considerar que se había denegado la cuestión de confianza resultaba acorde con la Constitución. En especial, me parece sensato lo señalado en el fundamento 226 de la sentencia, en el sentido de que la disolución del Congreso no puede ser una herramienta ordinaria a ser empleada por el Poder Ejecutivo, sino más bien como una medida de *ultima ratio* para solucionar un conflicto severo dentro de la clase política.

9. Por último, considero importante reiterar que esta sentencia no agota el debate ni la regulación de la cuestión de confianza, por lo que la respuesta que dé el Tribunal Constitucional, no impide futuros ajustes de la institución a través de modificaciones del reglamento del Congreso y de la propia Constitución.

S.
MIRANDA CANALES

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

§1. Una explicación inicial

1. Si bien me encuentro de acuerdo con lo resuelto por mis colegas magistrados en el sentido de la ponencia emitida (y hoy sentencia), en tanto y en cuanto declara infundada la competencial presentada por el Presidente de la Comisión Permanente, Pedro Olaechea Álvarez Calderón, creo, además, que se hace necesario hacer algunas precisiones adicionales sobre las labores propias de un Tribunal Constitucional. Procederé a efectuar ello a continuación:

§2. Tareas y funciones de un Tribunal Constitucional y sus alcances: la existencia de lo constitucionalmente posible y lo constitucionalmente obligatorio

2. Lo primero que hay que señalar es que actualmente nos encontramos en un escenario de constitucionalizarían y convencionalización, en los que se enmarca la comprensión contemporánea del rol de los jueces y juezas constitucionales. Esta comprensión es imprescindible para poder reconocer las potencialidades, pero también los límites de los tribunales constitucionales en casos como el presente.

3. En efecto, la labor de un juez o jueza constitucional consiste en la de interpretación del Derecho de acuerdo con parámetros constitucionales, y más propiamente de una "Constitución convencionalizada". En este orden de ideas, le corresponde realizar labores de "constitucionalización del Derecho", ya sea en sus efectos directos ("constitucionalización judicialización", referida a la relación entre y con las diferentes instituciones estatales; "constitucionalización elevación", relacionada con el sistema de fuentes o la producción de normas dentro de un Estado; y "constitucionalización transformación", vinculada a las diversas disciplinas jurídicas y sus distintas instituciones), o también a sus efectos indirectos (modernización del Derecho, unificación del orden jurídico, simplificación del ordenamiento).

4. Junto a ello, compete al juez(a) constitucional, asimismo, desarrollar una labor de "constitucionalización de la política", pues el quehacer político (así como el social o el económico) no puede manejarse al margen de lo dispuesto en los diferentes preceptos constitucionales y lo que se infiere de ellos. Aquello, ciertamente, permite dejar de lado el mantenimiento de figuras arcaicas —previas al proceso de constitucionalización— como es el caso de las *political questions*, "actos políticos" o de gobierno" y lo que ellas involucran: la subsistencia de decisiones que buscaban sustraerse de ser revisadas bajo parámetros jurídicos en sede jurisdiccional. Esto, bien entendido, habilita incluso a que jueces y juezas constitucionales no solamente controlen, sino que hasta se permi-

tan hacer sugerencias y tener iniciativas frente a la configuración de políticas públicas, para así asegurar la constitucionalidad de las mismas.

5. Esta referida "constitucionalización de la política" permite entender que, en tanto y en cuanto la legitimación del poder en un Estado Constitucional es jurídica, y ello básicamente se tutela en sede jurisdiccional, al mismo tiempo, se le reclama a jueces y juezas constitucionales que asuman labores de integración social, las cuales, siquiera enunciativamente, aluden a apuntalar elementos de cohesión social (búsqueda de que toda persona pertenezca a una comunidad donde pueda realizar sus proyectos de vida), inclusión social (esfuerzo para incorporar a quienes se encuentran excluidos del sistema político, de la configuración de lo económico o de la capacidad de ejercer sus derechos o su cultura a cabalidad), reconciliación social (apuntalamiento de una superación colectiva de períodos asumidos como difíciles dentro de la historia de nuestros países) o prevención social (intento de consolidación de un clima con ausencia de conflictos, o con una solución rápida y eficaz de los ya existentes).

6. Sin embargo, esto no es lo único a tomar en cuenta si se habla sobre cuáles debieran ser los actuales parámetros de la actuación de un(a) juez(a) constitucional. Ya habíamos dicho que ello partía de comprender su quehacer desde el parámetro de una Constitución "convencionalizada" o, dicho con otras palabras, dentro de una lógica de "convencionalización del Derecho". En todo caso, corresponde concebir la labor de estos(as) juzgadores(as) (y no solamente las de ellos, sino también la del conjunto de las entidades estatales, en el marco de sus competencias), en una dinámica de verdadero diálogo, destinado a la construcción de un Derecho común, cuyo sustento es el de la comprensión de los derechos conforme a los tratados sobre Derechos Humanos suscritos por cada Estado o a las pautas sobre derechos que hoy se nos presentan como normas de *ius cogen*.

7. Lo anterior, por cierto, viene de cara con ciertas funciones que son propias de dicho Tribunal. Estos roles o funciones son los de *mediación*, entendiendo que las cortes constitucionales cumplen con una función moderadora, reguladora y preservadora de la unidad política nacional, buscando la armonía social, no obstante las diferencias propias de sociedades cada vez más plurales y complejas; los de *integración social*, que aluden a la búsqueda de cohesión social, de inclusión y reconocimiento, de reconciliación y de prevención social (clima de ausencia de conflictos); y los de *orientación*, referidos a la tarea de afirmar los valores constitucionales y de consolidar una identidad ciudadana sobre la base de lo recogido en la Constitución.

8. Es dentro de ese escenario que a todo Tribunal Constitucional, a toda alta Corte hace sus veces, y a todo juez(a) constitucional, le toca desempeñar una labor de concretización de la Constitución. Dicho con otras palabras, una tarea de desarrollo de los principios, valores, derechos, deberes y demás prescripciones que contiene una Constitución, las cuales no se circunscriben a su lectura estrictamente literal. Como bien señalaba García de Enterría, toda Constitución contemporánea propia de un Estado Constitución es en rigor un conjunto normativo. Aquello reclama su interpretación

sistemática con todo el mismo texto constitucional, con los parámetros convencionales vigentes (tratados, jurisprudencia vinculante y normas de *ius cogens*, por lo menos), y lo que objetivamente se puede deducir como implícito a ello.

9. La concretización de la Constitución, como bien señalaba Hesse, y quienes han seguido esa línea de pensamiento, no puede entonces ser comprendida de una manera estática y cerrada. Una Constitución no es hoy una camisa de fuerza, sino un punto de partida para generar o recrear respuestas (según fuera el caso) a problemas que se presentan en la realidad misma de un Estado Constitucional (o por lo menos, que apunte a hacerlo). En muchos casos, como ya lo ha dicho este mismo Tribunal en casos como Lizana Puelles (STC Exp. n.° 05854-2005- AA/TC), recurrir a una interpretación literal de la Constitución sería realmente lo inconstitucional, o lo ajeno a lo constitucionalmente conforme (necesario o posible).

10. Esta última definición nos lleva también a una comprensión bastante más amplia de lo "constitucional" que lo asumido a nivel interpretativo o lo hecho suyo por parámetros interpretativos más propios de un contexto decimonónico. Es cierto que no todo es constitucional. Es cierto también que hay aspectos que son claramente constitucionales, con un reconocimiento a nivel de las Constituciones, unidas al plano convencional y a lo asumido como *ius cogens*, como ya fue explicado. Pero es cierto también que, al ser la Constitución un punto de partida para una interpretación dinámica frene a los graves y variables problemas de una sociedad, las disposiciones constitucionales, que son de diversa naturaleza (algunas principiales, otras con vocación de reglas otras y un largo etcétera), permiten más de una comprensión de lo que se puede o debe hacer.

11. Aquí entramos entonces al mundo de lo "constitucionalmente posible", donde los diferentes operadores jurídicos (y sobre todo, los vinculantes), tienen un margen de acción con cierta discrecionalidad, más no arbitrariedad. Las diferentes disposiciones de una Constitución, como bien ha dicho entre otros Guastini, cuentan con diferentes sentidos o comprensiones normativas. Aquello le otorga un amplio, más no ilimitado e incontrolable margen de acción a los intérpretes vinculantes de la Constitución, así como a los poderes públicos e incluso a los particulares, pero siempre de ciertos parámetros, pues, caso contrario, la discrecionalidad se convierte en arbitrariedad, y por ende, en la negación de lo que corresponde a un Estado Constitucional.

12. Lo que se acaba de señalar tiene enorme importancia dentro de la interpretación constitucional contemporánea. Miles son los ejemplos que podrían ponerse al respecto, pero aquí solamente mencionaremos dos; en primer término, la interpretación, hecha dentro de lo constitucionalmente posible, que ha permitido en el Perú comprender como ámbito de acción del "amparo contra resoluciones judiciales" no solamente al derecho a la tutela procesal efectiva (dentro de la cual se ha comprendido a la tutela judicial efectiva y debido proceso), tal como lo haría una lectura literal del artículo 4 del Código Procesal Constitucional. Hoy cabe la interposición de amparos contra resoluciones judiciales incluso buscando evitar la violación o amenaza de violación de los denominados "derechos implícitos".

13. Y por si lo expuesto no fuese suficiente, es interesante resaltar aquí lo sostenido entre otros casos por el magistrado Blume, quien en el caso Dicapi (STC Exp. n.° 00001-2014-PI), señaló, con gran convencimiento, que la interpretación conforme de los derechos y los parámetros de limitación a esos derechos no puede circunscribirse a lo que dice una norma reglamentaria, sino que debe comprenderse, seguirse y actuarse de acuerdo con lo que recoge o se infiere de la misma Constitución, y no constreñirse a un reglamento que, en el mejor de los casos, puede ser una comprensión constreñida, inexacta o incompleta de ese parámetro constitucional.

§3. La materia aquí a enfrentar: las imprecisiones de nuestro sistema de gobierno peruano, y la determinación de que puede entenderse como constitucionalmente posible en ese escenario.

14. Cuando hablamos de sistema de gobierno nos referimos a la categoría jurídica mediante la cual se establece, dentro de una configuración orgánica del poder (límites, estructura organizativa y la justificación de esas limitaciones y esa organización (la cual en el Estado Constitucional se identifica con la tutela de un conjunto de principios, derechos y valores)).

15. El Perú, desde su fundación, y por razones que ya no corresponde detallar aquí, optó por un modelo presidencial, con un Presidente que es a la vez jefe de Estado y jefe de Gobierno, y por ende, puede contar con mucho poder, máxime si en alguno de los limites existentes tradicionalmente reconocidos en los Estados Unidos no le son exigidos al Presidente peruano. En el Perú cabe veto parcial de leyes; el presidente tiene iniciativa legislativa con carácter preferente; cuenta además con capacidad legislativa propia (decretos legislativos y decretos de urgencia); y. por no ser muy exhaustivos, tiene competencias impensables para un presidente de los Estados Unidos, pues en estas actividades el margen del control EXP. N.° 0006-2019-CC/TC del Congreso es mucho más amplio (dictado de Estados de Excepción, un mayor manejo del impulso de transferencias presupuestales, y un gran etcétera).

16. En cualquier Estado del mundo, la complejidad de las relaciones entre un Gobierno y un Parlamento o Congreso (según en qué tradición jurídica nos encontremos) siempre es grande. Aun cuando se haya optado por un sistema presidencial "puro" o uno parlamentario "puro", siempre habrá tensiones sobre hasta dónde llega la competencia de uno y dónde llega la competencia de uno y dónde llega la competencia de uno y dónde termina la del otro, y en qué contexto y condiciones caben competencias compartidas. Ahora bien, la materia se hace aún más compleja cuando, y dentro del llamado "presidencialismo latinoamericano", se ha optado desde muy pronto introducir en un contexto básicamente presidencial elementos propios de una dinámica propia del parlamentarismo, Aquello genera una serie de problemas donde, dentro de lo "constitucionalmente posible" (que no necesariamente es lo más técnico o lo que más agrada), hay que buscar respuestas nuevas y reformular las alternativas "viejas" a lo que se presenta y, peor aún, a lo que se puede presentar.

§4. El Derecho Constitucional y las relaciones entre los poderes Ejecutivo (Gobierno) y Legislativo (Congreso)

17. En cualquier caso, resulta evidente que las relaciones entre los poderes Ejecutivo y el Legislativo, y sin duda también las posibles tensiones entre ambos poderes, pueden manifestarse de distinto modo dentro de un Estado, y pueden expresarse incluso de maneras que no han sido previstas o reguladas expresamente por la Constitución. Como es evidente, estas situaciones no podrían manejarse únicamente manejarse con base en reglas o procedimientos jurídicamente prestablecidos y detallados, sino que, en varias situaciones, y muy a despecho de lo incluído dentro del amplio marco de la interpretación constitucional (y en ella, lo "constitucionalmente posible"), dichas relaciones o tensiones habitualmente quedan, en un primer momento y en buena medida, condicionadas por la negociación o coordinación política que puedan realizar los propios actores involucrados.

18. En cualquier caso, y como este Tribunal ha tenido ocasión de expresar en más de una ocasión, no debe perderse de vista que toda Constitución democrática establece un conjunto de mandatos de prohibición y otros de obligación. Así, delimitan lo que el Estado y las personas pueden hacer o dejar de hacer. La Carta fundamental establece asuntos que deben realizarse necesariamente, así como otros que proscribe en definitiva. Es pues en ese escenario, y circunscrito por tales exigencias que cabe hablar de lo "constitucionalmente posible" o "permitido":

> "[L]as diferentes disposiciones constitucionales pueden prever un contenido normativo 'constitucionalmente necesario' (lo que está ordenado por la Constitución y no se puede dejar de hacer, respetar o acatar), 'constitucionalmente imposible' (lo que está prohibido por la Constitución y no se puede hacer de ningún modo), o 'constitucionalmente posible' (lo que está delegado por la Constitución por ejemplo al legislador porque no está ordenado ni está prohibido)" (STC Exp. n.° 00013-2010-PI, f. j. 2)

19. Al respecto, y en atención a los casos que le ha tocado resolver a este órgano colegiado, el Tribunal Constitucional se ha referido, por lo general, a los límites y el margen de acción con que cuenta el Congreso de la República al ejercer sus competencias legislativas. No obstante ello, *mutatis mutandis*, lo mismo puede decirse respecto a los demás poderes públicos y sus propias competencias, como bien puede desprenderse de lo que consignamos a continuación:

> "En este esquema metodológico, puede establecerse que el control de la acción positiva del legislador está en directa relación con lo que es `constitucionalmente imposible'. Cuando la actividad del legislador a través de la ley incursiona dentro de este ámbito, la actuación del Tribunal se orienta a eliminar dicha intromisión prohibida por la Constitución. En cambio el control de las omisiones al legislador se ubicaría en lo que es 'constitucionalmente necesario' y no obstante no ha sido atendido por el legislador. Finalmente aquello que es 'solo constitucionalmente

> posible' se ubica en terreno propio del legislador y por tanto puede ser atendido en la forma en que lo crea conveniente e incluso en el tiempo que lo juzgue necesario. De este modo, la acción del Tribunal Constitucional se legitima, tanto para el control de lo que está constitucionalmente prohibido, así como para exigir aquello que resulta `constitucionalmente necesario' (STC Exp. n.° 00006-2008-PI, f. j. 39)
>
> "[E]1 rol del legislador u otra autoridad estatal en el desarrollo normativo de la Constitución no es una mera labor de órgano ejecutor de los mandatos dispuestos por la Norma Fundamental; le cabe pues al órgano normativo un margen amplio de *configuración* de las disposiciones constitucionales, con los límites que la Constitución impone, e incluso una cierta *discrecionalidad* en el *momento* en el cual realizar la labor de desarrollo normativo; sin embargo, este Tribunal también asume que dicho desarrollo discrecional de la competencia normativa no puede suponer tampoco una absoluta libertad normativa, pues ello sería tanto como dejar los propios derechos fundamentales en manos del legislador, sobre todo cuando estos derechos requieren para su plena vigencia del desarrollo normativo llevado a cabo por este o cuando requieren su actuación normativa para frenar situaciones de grave y manifiesta inconstitucionalidad" (SIC Exp. n.° 05427-2009-PC, f. j. 17)

20. En este mismo sentido, puede afirmarse que las competencias de los poderes públicos, y la forma en que estos se relacionan, tienen un amplio margen de acción para poder desplegarse, siempre y cuando estas se encuentren dentro de lo constitucionalmente posible. En dicho orden de ideas, el Tribunal Constitucional no es quien dictamina todo aquello que pueden hacer o no los poderes públicos dentro del libre margen de acción constitucional. Su rol consiste, más bien, en controlar que tales poderes no se excedan en sus funciones, sin transgredir aquello que les viene constitucionalmente impuesto como obligatorio o prohibido, y respetando lo que puede asumirse como constitucionalmente posible.

21. Conforme a lo indicado, queda claro que, a pesar del mencionado margen de acción amplio con el que cuentan los poderes públicos, incluso en situaciones de crispación o enfrentamiento, dichos poderes no pueden exceder los límites y salvaguardas previamente establecidos (o por lo menos esbozados) por la Constitución y las leyes de desarrollo constitucional. De esta manera, la política debe desenvolverse dentro de los causes que, por ejemplo, brinda el sistema de partidos políticos, el método previsto para la asignación de escaños en las elecciones parlamentarias, la regulación existente en torno a la organización de los partidos políticos y a los grupos parlamentarios, las competencias y funciones de los poderes del Estado, entre otros factores. En similar sentido, existen asimismo otras instituciones más directamente referidas a la relación entre Gobierno y Congreso, como las que aparecen reguladas expresamente en el Título IV, Capítulo VI, de la Constitución (artículos 130 al 136), las cuales circunscriben y limitan nuestro sistema de gobierno.

22. Sobre esto último, la historia y la experiencia de nuestro país han requerido que nuestro sistema de gobierno se vaya ajustando paulatinamente, lo que servido para delinear su particular identidad que, sin perjuicio de lo que indicaremos luego, es la de un régimen presidencial al cual se le han introducido instituciones inicialmente generadas en regímenes parlamentarios. Y es que ha sido precisamente con base en lo que algunos denominan nuestra Constitución histórica ha venido apareciendo en nuestras normas fundamentales más recientes un marcado énfasis en el establecimiento de frenos y cortapisas entre los tradicionalmente denominados "poderes del Estado", y que en dicho marco han terminado acogiéndose instituciones de orígenes diversos, los cuales incluso pueden considerarse como funcional y conceptualmente antagónicas entre sí.

23. Al respecto, el hecho de que hayamos asumido una forma de gobierno basado en controles recíprocos, pesos y contrapesos, implica, desde luego, aceptar que existen tensiones y discrepancias políticas que son inherentes al sistema democrático. Estas tensiones, no cabe duda, pueden ser más o menos agudas, más o menos duraderas, pero, en todo, caso, se encuentran latentes en la dinámica política y —en el marco de un Estado Constitucional como el nuestro— deben necesariamente ser canalizadas a través de los mecanismos constitucionales existentes. En este sentido, la Constitución, repetimos, no debe entenderse como una especie de "camisa de fuerza", que aprisione y ahogue las relaciones políticas, pero tampoco como un mero "papel mojado en tinta", carente de eficacia jurídica real para encausar y limitar a los poderes. Así visto, los poderes políticos pueden actuar con libertad, pero dentro del "orden marco constitucional": es decir, circunscribiendo su accionar a lo constitucionalmente posible o permitido, cuyos contornos infranqueables están constituidos por lo constitucionalmente prohibido y lo constitucionalmente obligatorio o exigible.

24. Señalado esto, ya que las relaciones y tensiones entre los poderes políticos se encuentran jurídicamente acotadas dentro de un orden marco infranqueable, es absurdo —a la vez que inconstitucional— despotricar contra la juridificación y la judicialización de la política. Más aun, debe tenerse en cuenta que uno de los principales y más elevados propósitos de la Constitución (y, más ampliamente, del mismo Estado Constitucional) es subordinar al poder político, atajando cualquier posible forma de arbitrariedad, y, en ese sentido, el de garantizar que el quehacer político respete caracteres constitucional y convencionales, cabe señalar lo siguiente:

> "[A]firmar que existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional, supone sostener, con el mismo énfasis, que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder (...)
>
> (...) La judicialización de la Constitución o, para ser más exactos, la de todo acto que a ella contravenga, es la máxima garantía de que su exigibilidad (...) no está

sujeta a los pareceres de intereses particulares; por el contrario, todo interés individual o colectivo, para ser constitucionalmente válido, debe manifestarse de conformidad con cada una de las reglas y principios, formales y sustantivos, previstos en la Carta Fundamental" (STC Exp. n.° 5854-2005-PA, ff. jj. 7 y 8)

25. Anotado lo anterior, no es difícil entender que (i)pueden existir situaciones de tensión entre los poderes frente a las cuáles la Constitución no ha previsto un desarrollo respecto a los procedimientos que deben seguirse, y que, asimismo, (ii) de primera impresión puede no ser claro el significado de ciertas expresiones que usa la Norma Fundamental, las cuales podrían resultar aplicables a la solución de, por ejemplo, un conflicto político. Al respecto, en primer lugar, (i) debe indicarse que es normal y hasta deseable que las relaciones políticas no queden circunscritas a unas pocas habilitaciones detalladas expresamente: por el contrario, parece más bien necesario que éstas se desenvuelvan dentro de ámbitos de discrecionalidad y deliberación política, que tal vez podrían verse asfixiados por exceso de reglamentación. De esta forma, si bien es necesaria la constitucionalización y la juridización de la política, quizá pueda considerarse como contraproducente su hiperjuridización.

26. En segundo lugar, (ii) en cuanto a la apertura interpretativa de Constitución, relacionada a la ambigüedad o vaguedad de algunas de sus cláusulas, a esa amplitud de sentidos normativos con que cuentan las disposiciones constitucionales, justo es anotar que esta característica de los términos constitucionales puede terminar desencadenando una verdadera "disputa interpretativa" a nivel de la sociedad y los especialistas. Aquello, que es propio de todas las democracias pluralistas, no solo tiene relación con aquellos argumentos técnicos-jurídicos que ofrecen por quienes intervienen en el intercambio de puntos de vista, sino que tienen relación asimismo, sobre todo en los casos política o moralmente más controvertidos, con las opiniones o preferencias políticas e ideológicas de cada quien.

27. Frente a ello, precisamente le corresponde al Tribunal Constitucional, en su condición de órgano de cierre de la interpretación vigente y vinculante de la Constitución, resolver ese tipo de controversias, brindando respuestas que tiendan a la racionalización del conflicto político y a la superación posturas antagónicas, máxime si, *prima facie*, estas aparecen como irreductibles entre sí, debido sobre todo a las diferencias políticas o ideológicas que están detrás de ellas.

28. La respuesta que podría brindar el Tribunal Constitucional en un caso como este, entonces, no puede tener como objetivo poner fin a la discusión política entre los actores políticos involucrados. Lo que puede pretender, legítimamente, atendiendo a sus funciones de mediación, integración social y orientación que le son propias a los tribunales constitucionales, así como a la luz del rol moderador y pacificador de las controversias sociales que las cortes constitucionales cumplen, es esclarecer que, en controversias como esta, se pone especialmente de manifiesto el carácter no solo normativo-regulatorio, sino también político institucional de la Constitución. Ese carácter particular de la Norma Fundamental implica, en ocasiones, que puede existir

una insuficiente o deficiente regulación constitucional (pues la realidad política excede con creces lo que puede ser regulado) y ello exige a la judicatura constitucional no solo completar los vacíos o las imprecisiones jurídico-constitucionales que pudieran detectarse en la Constitución (por ejemplo, las llamadas lagunas normativas, lagunas de conocimiento o las lagunas axiológicas inclusive) a través del uso de técnicas jurídicas, sino que dicha integración debe realizarse teniendo como base los principios que subyacen en nuestro sistema de gobierno y a nuestro sistema político, y apostando, al propio tiempo, por fórmulas de respuesta que aseguren la integración social.

29. Es precisamente con miras a cumplir lograr este rol de integración social y de pacificación de las controversias que este órgano colegiado, el Tribunal Constitucional, debe resolver la presente controversia constitucional, sin dejar de explicitar, ciertamente, los márgenes constitucionales que deben respetar en todo caso los poderes públicos en conflicto. No solamente entonces se limita a resolver un caso, sino pasa a fijar criterios que, en términos de interpretación, van a ser de especial utilidad para atender si posteriormente se presentan casos con elementos similares.

§4. Sistema de gobierno y principio de separación de poderes en la Constitución de 1993

30. A efectos de analizar y resolver adecuadamente el fondo la presente controversia es necesario establecer, cuando menos de manera general, cuál es el sistema de Gobierno que ha adoptado el Perú, así como alcances del principio de separación de poderes en ese contexto, máxime si nos referimos a aspectos con reconocimiento o desarrollo en nuestra propia Constitución. Lo recientemente dicho tiene vital relevancia, debido a que únicamente en dicho marco es que pueden entenderse a cabalidad los contornos constitucionales de las relaciones entre los llamados poderes del Estado (e incluso entre éstos con los órganos constitucionales autónomos), y más específicamente, que debe comprenderse las relaciones entre los diferentes Gobiernos y los Congresos.

31. Respecto a lo indicado, lo primero que corresponde señalar es que esta no es la primera oportunidad en la que el Tribunal Constitucional peruano se refiere a este tema. Por el contrario, y precisamente atendiendo a su función moderadora del poder y pacificadora de conflictos, este órgano colegiado ha tenido la oportunidad de pronunciarse y de esclarecer algunas cuestiones referidas a este tema con anterioridad.

32. Así, ha señalado, por ejemplo y en primer lugar, el valor de la separación de poderes dentro del marco del constitucionalismo contemporáneo. Efectivamente, este Tribunal Constitucional ha recordado que la separación de poderes es una técnica que tiene como finalidad evitar la concentración del poder (y a la vez, añadiríamos nosotros, organizarlo y justificarlo) y, en tal sentido, se encuentra encaminada a garantizar que los "poderes" y órganos constitucionalmente autónomos del Estado puedan ejercer sus competencias o atribuciones. Asimismo, busca evitar cualquier trasgresión de los derechos fundamentales de las personas que derive de un eventual ejercicio abusivo o incontrolado del poder político:

> "La existencia de este sistema de equilibrio y de distribución de poderes, con todos los matices y correcciones que impone la sociedad actual, sigue constituyendo, en su idea central, una exigencia ineludible en todo Estado Democrático y Social de Derecho. La separación de estas tres funciones básicas de Estado, limitándose de modo recíproco, sin entorpecerse innecesariamente, constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos e, idénticamente, para limitar el poder frente al absolutismo y la dictadura." (STC Exp. n.° 0023-2003-A1, f. j. 5).

33. Por otra parte, se ha señalado que la separación de poderes no debe entenderse hoy en día —a diferencia de lo que tal vez se concibió en algún momento— como una división tajante entre las funciones del Estado, sin puntos de contacto o interrelación entre los denominados poderes del Estado y los distintos organismos constitucionalmente autónomos. Debe ser más bien considerada en clave de equilibrio entre órganos, de controles recíprocos, de frenos y contrapesos. Pero no solo ello: también con base en relaciones de lealtad, coordinación y de cooperación entre esas entidades:

> "[L]a separación de poderes que configura nuestra Constitución no es absoluta, porque de la estructura y funciones de los Poderes del Estado regulados por la Norma Suprema, también se desprende el principio de colaboración de poderes. Al respecto, encontramos una colaboración de poderes cuando el artículo 104 de la Constitución establece que el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa. Del mismo modo, existe una colaboración de poderes cuando el artículo 129 de la Constitución dispone que el Consejo de Ministros en pleno, o los ministros por separado, pueden concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates con las mismas prerrogativas que los parlamentarios, salvo la de votar si no son congresistas. Ocurre lo mismo con las normas constitucionales relativas al proceso de elaboración de la Ley de Presupuesto" (STC Exp. n.° 00004-2004-CC, f. j. 24)

> "Uno de esos principios constitucionales que el Poder Judicial debe respetar, como todo Poder del Estado y todo órgano constitucional, es el de separación del poder, reconocido en el artículo 43 de la Constitución. Este principio no debe ser entendido en su concepción clásica, esto es, en el sentido que establece una separación tajante y sin relaciones entre los distintos poderes del Estado; por el contrario, exige que se le conciba, por un lado, como control y balance entre los poderes del Estado —*checks and balances of powers*— y, por otro, como coordinación y cooperación entre ellos. Esto explica el hecho de que si bien la Constitución establece que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones (artículo 138° inciso 2), dimana de ella también la prescripción de que el Poder Judicial no ha de turbar, ilegítimamente, el ejercicio de las atribuciones de otros poderes del Estado" (STC Exp. n.° 00006-2006-CC, f. j. 15).

34. Finalmente, el Tribunal Constitucional ha precisado asimismo que la distribución de poderes, o de funciones desde una perspectiva más amplia, no se reduce a tomar en cuenta tan solo a los tres "poderes del Estado", sino que debe considerarse asimismo el papel que repetimos, juegan los organismos constitucionalmente autónomos en dicha configuración de funciones constitucionalmente relevantes para el contrapeso y el control del poder:

> "[E]l principio de separación de poderes reconocido en el artículo 43 de la Constitución posee un contenido más amplio que aquel que asumía la separación del poder del Estado únicamente en poderes como el legislativo, ejecutivo y judicial. En efecto, la propia Norma Fundamental ha establecido órganos constitucionales tales como el Tribunal Constitucional (artículo 201 y ss.), Jurado Nacional de Elecciones (176 y ss.), Ministerio Público (artículo 158 y ss.), Consejo Nacional de la Magistratura (artículo 150 y ss.), Defensoría del Pueblo (artículo 161 y ss.), Gobiernos locales y Gobiernos regionales (artículo 190 y ss.), entre otros.
>
> Como se aprecia, el Poder Constituyente ha divido el poder no solo entre el Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial, sino también entre órganos constitucionales, sin desconocer, inclusive, que también es posible explicar la moderna materialización del principio de separación de poderes con la división entre órganos de decisión política (parlamento y gobierno) y los órganos de decisión jurisdiccional (judicatura ordinaria y constitucional, entre otros). Pese a la extensión del número de instituciones que administran el poder, se mantiene el núcleo esencial del principio, el mismo que consiste en evitar la concentración del poder en un solo ente" (STC Exp. n. 00005-2007-AI, f. j. 21)

35. Formulado este marco, es necesario hacer algunas precisiones sobre el sistema de gobierno que viene regulada actualmente en nuestro texto constitucional. Al respecto, y como habitualmente se sabe, existen dos modelos "clásicos" de forma de gobierno, formulados idealmente, que son el modelo "parlamentario" y otro "presidencial".

36. En el caso del régimen presidencial, este se caracteriza básicamente porque hay un jefe de Gobierno, denominado por lo general Presidente. Este proviene de una elección popular, hace simultáneamente las veces de jefe de Estado, y no es nombrado ni (en principio) removido discrecionalmente por el Congreso.

37. En el caso del régimen parlamentario, por el contrario, tenemos que el jefe de gobierno es elegido por el Parlamento, que lo puede remover discrecionalmente y, además, por lo general la jefatura del Estado recae en un órgano distinto al jefe de Gobierno (el cual puede ser un monarca constitucional o un Presidente, por ejemplo).

38. En el caso peruano, partimos de un modelo inicialmente presidencial, en la medida que nuestro Jefe de Gobierno se denomina Presidente de la República, es electo popularmente, cumple las funciones de jefe de Estado y no es nombrado ni removido discrecionalmente por el Congreso de la República. Sin embargo, progresivamente nuestras constituciones han incorporado al modelo algunas instituciones del parla-

mentarismo, las cuales dejan de lado una tradicionalmente más estricta división de poderes que distingue al modelo ideal presidencial. En el Perú, entonces, que el Gobierno requiera de aprobación política del Congreso para la conformación de parte del mismo (el gabinete), así como para su eventual cambio. Entre estas instituciones de origen parlamentario incorporadas en el caso peruano tenemos al voto de confianza, la censura ministerial y las cuestiones de confianza, por solamente mencionar algunas.

39. En efecto, al regular nuestro sistema de gobierno, nuestra Constitución ha recogido diferentes instituciones que, en perspectiva, permiten distinguirla de los modelos ideales o clásicos presidencial y parlamentarista.

40. Frente a ello, la doctrina se ha referido a nuestro régimen o forma de gobierno de diferentes modos. Por ejemplo, hay quienes le han llamado régimen "semipresidencial", en el sentido de que no es uno en estricto presidencial, pues se incorpora, como ya fue indicado, mecanismos de control y límites propios del régimen parlamentarista. También se ha considerado que el nuestro régimen puede calificarse asimismo como "hiperpresidencialista", en atención a los descomedidos poderes con los que, aparentemente, contaría el Presidente, en especial cuando tiene mayoría oficialista en el Congreso, y también en atención a nuestras experiencias de caudillismo y autoritarismo.

41. En similar sentido, y atendiendo a las particulares y a veces abultadas atribuciones establecidas a favor de los presidentes en nuestra región, se ha hablado asimismo de un "presidencialismo latinoamericano"; el cual, como señala reconocida doctrina, viene siendo replanteado a través de la inclusión de elementos de balance y contrapeso propios del parlamentarismo, en un modelo que cabría calificar como "semiparlamentarismo". En esa línea, hubo quienes, tomando en cuenta nuestra base presidencial, pero también las incorporaciones traídas del parlamentarismo, hablaban, como Pedro Planas, de un régimen "semiparlamentario". También se ha hecho uso de los calificativos "mixto" o "híbrido", o incluso "presidencialismo parlamentarizado". Todo lo expuesto permite dar cuenta de sobre la dificultad para encasillar nuestra forma de gobierno en alguno de los modelos clásicos, pero eludiendo finalmente definirla o calificarla en atención a sus propios contornos y especificidades.

42. Ahora bien, nuestro modelo de gobierno nace de la propia Constitución y, por ende, únicamente puede ser con base en dicho parámetro constitucional que puede intentar comprenderse a cabalidad los contenidos y alcances de nuestro régimen de gobierno en la presente sentencia. En el igual sentido, los poderes públicos, al momento de ejercer sus funciones y competencias, solo pueden actuar conforme a lo que nuestra norma Fundamental ha establecido. En este orden de ideas, cualquier distorsión o trasgresión del modelo de gobierno adoptado constitucionalmente, a través de actos normativos (mediante la dación de normas, básicamente legales) o de actos materiales (mediante trasgresiones de hecho), deberá reputarse como inconstitucional.

43. Llegados a este punto, no debemos olvidar que la separación de poderes es un rasgo identitario no solo de nuestra actual Constitución, sino del constitucionalismo en general. En dicho sentido, este mismo Tribunal Constitucional (STC Exp. n.° 0023-2003-AL f. j. 4) ha recordado por ejemplo cómo, en la emblemática obra *El espíritu de las Leyes*, Montesquieu sostuvo que:

> "No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y vida de los ciudadanos; como que el juez sería el legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes. El de dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones judiciales y el de juzgar los delitos o pleitos entre particulares".

44. En este mismo sentido, a la separación de poderes se le ha entendido desde el siglo XVIII como un contenido mínimo imprescindible que hace reconocible al constitucionalismo, tal como en su momento fue dispuesto por el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en Francia, el año 1789:

> "Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución"

45. Precisamente, y con base a este rasgo de identidad de nuestro constitucionalismo este Tribunal ha expresado, de manera categórica, que lo concerniente a la "separación de poderes" —como parte de nuestro sistema de gobierno— constituye un límite para, por ejemplo, la reforma ordinaria de la Constitución, pues forma parte de una especie de "núcleo duro", que comprende a los "principios y presupuestos básicos de la organización política, económica y social" contenidos en nuestra carta Fundamental. Por ende, dicho ámbito no puede ser objeto de una reforma constitucional apelando únicamente a las competencias de reforma con las que cuenta el Congreso (un poder constituido), sino que dicho cambio más bien sería expresión de una "reforma total" de la Constitución, la cual requiere de la anuencia del poder constituyente soberano, por ejemplo, a través de una consulta o referéndum:

> "Aunque toda Constitución se caracteriza por ser un cuerpo normativo integral, donde cada disposición cumple un determinado rol, ciertas cláusulas asumen una función que resulta mucho más vital u omnicomprensiva que las del resto. Se trata de aquellos valores materiales y principios fundamentales que dan identidad o que constituyen la esencia del texto constitucional (la primacía de la persona, la dignidad, la vida, la igualdad, el Estado de Derecho, la separación de poderes, etc.). Sin ellos, la Constitución sería un texto formalmente supremo pero, en cambio, materialmente vacío de sentido" (STC Exp. n.° 00014- 2002-A1, f. j. 75)

> "Los límites materiales [a la reforma constitucional], están constituidos por aquellos principios supremos del ordenamiento constitucional que no pueden ser to-

> cados por la obra del poder reformador de la Constitución (...) [Los 1]ímites materiales implícitos, son aquellos principios supremos de la Constitución contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aun cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría la "destrucción" de la Constitución. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado" (STC Exp. n.° 00014-2002-A1, f. j. 76)
>
> "[L]a elaboración del proyecto de la nueva Constitución [o la "reforma total"] en sede parlamentaria, necesaria e inexorablemente deba concluir con su sometimiento a referéndum, so pena de declararse la inconstitucionalidad de dicho proceso. Es preciso, pues, que de continuarse como se está haciendo el proceso de cambio de Constitución, la aprobación de la nueva Norma Fundamental tenga que realizarse a través del referéndum, la única forma como puede expresarse directamente el Poder Constituyente. Y es que cuando mediante referéndum se aprueba sólo una reforma parcial de la Constitución, en tal caso la intervención del pueblo se presenta como un elemento que incide exclusivamente sobre la eficacia. Lo que no sucede, por cierto, cuando el pueblo actúa en calidad de Poder Constituyente, en cuyo caso la aprobación de la Constitución la realiza él mismo y su decisión es un elemento constitutivo de su elaboración" (STC Exp. n.° 00014-2002-A1, f. j. 115)

46. Señalado todo esto, y siendo clara entonces la importancia del sistema de gobierno constitucionalmente establecido en el Perú y sus particularidades, es necesario que el Tribunal Constitucional precise o desarrolle una descripción o definición, cuando menos general, sobre algunos de sus contornos, siempre a partir de lo constitucionalmente previsto.

47. Al respecto, una primera cuestión podría encontrarse relacionada con la nomenclatura que mejor permitiría calificar o denominar a nuestro régimen de gobierno. Si bien es cierto que el nombre no es lo más importante a efectos de reconocer los contornos del modelo, atribuir uno, sin duda, ayuda a reconocer sus rasgos de identidad, sus alcances, potencialidades y límites. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado similares calificaciones, siempre precisando sus alances, al referirse, por ejemplo, a nuestra forma de Estado (Estado unitario y descentralizado), a nuestro régimen político-económico (Economía social de mercado), a las relaciones entre Estado y religión (Estado laico), a nuestro actual estadio de constitucionalismo (Estado Constitucional), entre varios otros supuestos.

48. Ahora bien, e independientemente de lo que acabamos de anotar, es importante expresar cómo en el Perú, en primer lugar, las relaciones entre el Gobierno y el Congreso, tanto atendiendo a lo que dice la Constitución, como a la concreción de sus instituciones en la práctica reciente, pueden ser de distinto tipo y con diferentes efectos, siendo incluso hasta diametralmente opuestos entre sí en algunos contextos.

49. Efectivamente, en el marco de lo constitucionalmente previsto, hay dos escenarios o supuestos extremos, en los cuales nuestro modelo se manifiesta de modo muy diferente. En el primer escenario lo tenemos cuando un gobierno cuenta una mayoría parlamentaria absoluta (escenario de "oficialismo robusto"), mientras que también existe el escenario opuesto, el del gobierno con una oposición parlamentaria arrolladora (supuesto que podemos denominar de "oposición robusta").

50. Cuando estamos ante un gobierno que cuenta con un "oficialismo robusto", como puede preverse, al ponerse en riesgo la separación de poderes debido a un eventual fortalecimiento excesivo e irrefrenado del gobierno de turno, los mecanismos que permiten el control político por parte de las minorías parlamentarias adquieren una relevancia especial, como es el caso, por ejemplo, de la interpelación ministerial, la moción de censura. De otro lado, el uso de las demandas de inconstitucionalidad toma también un rol importante.

51. En el segundo caso, de "oposición robusta", si se quiere trabajar dentro de parámetros democráticos, adquieren relevancia más bien los mecanismos de diálogo y coordinación, de contrapeso político o, finalmente, de solución de controversias políticas en contextos de crisis de gobernabilidad o institucional. En este contexto de gobierno con "oposición robusta", y de enfrentamiento entre poderes o crisis institucional, pueden presentarse dos supuestos que cabe considerar extremos. De una parte, el del impulso de la vacancia del Presidente de la República, generalmente por "incapacidad moral", y por otra, el del eventual cierre del Congreso de la República como consecuencia de que se haya producido dos crisis totales del gabinete por denegatoria de confianza o por censura al Presidente del Consejo de Ministros.

52. Visto así, no es posible calificar a nuestro sistema de gobierno únicamente poniendo énfasis en uno de los escenarios: es decir, ni solo atendiendo a la posible concentración del poder en manos del Ejecutivo en escenarios de "oficialismo robusto", ni necesariamente en una actitud obstruccionista, que hace imposible la gobernabilidad, en el marco de Ejecutivos que se enfrentan a una "oposición robusta" al interior del Congreso. Más aun, es necesario considerar que, además, de los supuestos extremos ya esbozados, puede existir entre ellos escenarios variopintos, tales como gobiernos con una primera mayoría parlamentaria, gobiernos con una segunda mayoría congresal, gobiernos con mayoría parlamentaria a través de alianzas con otras agrupaciones (cogobierno), gobiernos con minoría parlamentaria y gobernabilidad a través de acuerdos coyunturales, gobiernos con minoría congresal y sin gobernabilidad por dispersión política (no existen coincidencias políticas o programáticas entre las diferentes agrupaciones políticas), etc.

53. Con base en lo señalado, es posible constatar en nuestro sistema de gobierno una suerte de "Presidencialismo Asimétrico" o "Intermitente", en atención a que las instituciones, e incluso el propio régimen de gobierno, no operan siempre del mismo modo o con la misma intensidad. Por ende, en diferentes contextos algunas instituciones, sus alcances y límites adquieren diferente entidad, y por ende, plantean cuestiones y

problemas de carácter constitucional que correspondería enfrentar teniendo en cuenta el contexto indicado.

54. Señalado esto, es claro que una descripción o delimitación de nuestro modelo en manos de la judicatura constitucional debe ser tomada con especial cuidado, evitando o previniendo los excesos, las desviaciones y la desnaturalización del régimen. En otras palabras, buscando actuar siempre dentro de los términos constitucionalmente dispuestos. Al respecto, y como ya ha sido señalado, el Tribunal Constitucional a estos efectos debe hacer uso de su rol de "poder moderador", conforme al cual trata de evitar o apaciguar los posibles conflictos que puedan dañar la institucionalidad del país, aunque desde luego sin invadir competencias que le sean ajenas.

55. En este orden de ideas, es posible intentar definir los contornos de nuestro régimen de gobierno sobre la base de los siguientes elementos:

    Principio de separación de poderes: Hace referencia a la autonomía funcional y a las diferentes competencias que cada poder estatal (y también cada órgano constitucional autónomo) tiene, pero también a las distintas funciones (sociales, políticas) que cada uno cumple tendencialmente (tales como representar, legislar y fiscalizar en el caso del Congreso, o de gobernar y hacer cumplir las leyes en el caso del Gobierno). Este principio, desde luego, conlleva a reconocer las eventuales tensiones que puedan surgir entre los poderes políticos.

    Con base al principio de separación de poderes es claro que nuestro modelo no aspira entonces, a diferencia de lo que ocurre en un régimen parlamentarista, a la confusión o subordinación entre los poderes, o a la asunción de que existe algo así como un "primer poder" de Estado. Se reconoce, pues, la división de poderes, y se prevén formas razonables para resolver o superar las diferencias entre ellos.

    Principio de balance entre poderes: Alude a la existencia de *mecanismos de coordinación* (tales como la delegación de facultades, el respaldo a políticas de gobierno a través de la cuestión confianza, las coordinaciones o negociaciones políticas para la aprobación del presupuesto público, la reglamentación de las leyes, la iniciativa legislativa por parte del Poder Ejecutivo o los órganos constitucionales autónomos, etc.); de control recíproco (control jurídico y jurídico-político entre los poderes y órganos constitucionales autónomos); y *de equilibrio entre poderes* (respeto a la autonomía de los otros poderes y órganos constitucionales autónomos, regulación de competencias y funciones ajenas sin desnaturalizarlas, debida asignación presupuestaria para los poderes estatales u órganos constitucionales autónomos, etc.)

    Además de que no hay aquí poderes subordinados, a lo cual sí se refería el principio anterior, el principio de balance entre poderes permite destacar que en nuestro modelo constitucional los poderes estatales, como también los órganos constitucionalmente autónomos, se conciben en una dinámica de balance o contrapeso, lo cual exige reconocer y respetar los mecanismos de equilibrio y control constitucionalmente previstos.

Como corolario de lo anterior, se tiene que la regulación, el ejercicio e incluso la interpretación de los alcances de los mecanismos de coordinación, de control recíproco o de equilibrio entre poderes no pueden realizarse alterando o desnaturalizando el balance que ha buscado asegurar la Constitución, lo cual es parte medular de nuestro modelo.

Principio de cooperación: Conforme a este principio, la interpretación de las competencias y las funciones de los poderes y órganos constitucionales autónomos deben estar orientadas al cumplimiento de los fines del Estado (artículo 44 de la Constitución), o a la concreción del conjunto de bienes y valores constitucionales (pudiéndose mencionar, a modo de ejemplo, lo señalado en los artículos 3, 38, 43 o 45 de la Constitución), y siempre teniendo como horizonte la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad (artículo 1 de la Constitución).

De esta manera, entre los poderes públicos y los organismos u órganos constitucionales autónomos resulta de aplicación el principio de "lealtad constitucional", lealtad que, además del respeto a las competencias y funciones ajenas, orienta el comportamiento de los actores estatales hacia la consecución del bien común, que debe ser el fin último de la política.

Así visto, con base en este *principio de cooperación* deben evitarse conductas obstruccionistas, desleales o egoístas por parte de los poderes o actores políticos. Al respecto, si bien la política tiene una faz agonal inevitable, es decir, relativa a la confrontación o lucha entre actores, las instituciones y competencias constitucionales deben ser interpretadas y ejercidas en el sentido de fomentar la integración social, la unidad política, y la optimización de los fines y principios constitucionales, entre otros. Lo anterior, desde luego, resulta especialmente relevante en el caso del análisis que le corresponde realizar el Tribunal Constitucional en los casos sometidos ante él, atendiendo a su rol moderador y pacificador de conflictos.

Principio de solución democrática: Este principio pone de relieve que frente a un entrampamiento o crisis política o institucional que no puede superarse a través de los medios institucionales habituales, debe preferirse, en primer lugar, las salidas deliberativas (es decir, mediante el diálogo institucional, o a través de los espacios de deliberación pertinentes y adecuados para enfrentar los conflictos políticos) y, únicamente en su defecto, apelar a la elección popular como *ratio final* y superior.

De esta manera, este sistema de gobierno, así como las relaciones entre los poderes públicos, deben tender a establecer y preferir mecanismos de dialogo que permitan resolver las controversias sin apelar, en primer término, a formas plebiscitarias o meramente mayoritarias de democracia. En ese sentido, corresponde a los actores políticos e institucionales, y desde luego en ello juega también un rol central el Tribunal Constitucional, promover que en las instancias de discusión institucional se produzcan diálogos robustos e inclusivos, lo cual comprende, desde luego, la

necesidad de incorporar a los ciudadanos, en especial a los directamente afectados por un medida, y a los especialistas, en el proceso de toma de decisiones, y solo si dicho diálogo fracasa, y se produce una crisis política o institucional irresoluble, será posible y hasta necesario apelar al depositario originario del poder político: los ciudadanos, el pueblo.

56. Al tratarse, todos estos, de principios que identifican a nuestra forma de gobierno, y que permiten delimitar debidamente las relaciones entre los denominados poderes del Estado (y las de ellos con los organismos constitucionalmente autónomos), su regulación y ejercicio deben estar entonces encaminados siempre al respeto de las mencionadas señas de identidad previstas en la Constitución, sin desnaturalizarlas ni vaciarlas de contenido. Son parte, pues, del ya referido "núcleo duro" de nuestra Norma Fundamental, en los términos ya recordados en esta sentencia.

57. Asimismo, es necesario insistir en que los poderes públicos y los organismos constitucionalmente autónomos deben operar siempre bajo el ya enunciado principio de "lealtad constitucional", el cual ha tenido una indudable importancia al delimitar las relaciones entre los niveles de gobierno en otras latitudes, y al cual nuestro Tribunal Constitucional también se ha referido en diversas ocasiones (por ejemplo, al hacer referencia a la reforma constitucional, en la STC Exp. n.° 00050-2004-PI; a nuestra forma de Estado y a la relación entre los gobiernos nacional y regional, en la STC Exp. n.° 00034-2009-AI; o a la forma de gobierno y la relación entre los poderes públicos, en la STC Exp. n.° 00006-2018-A1).

    La "lealtad constitucional", ciertamente, no implica únicamente tener en cuenta las competencias que hayan sido formal o literalmente establecidas a cada quien, sino que el ejercicio de tales competencias, así como el comportamiento de los actores involucrados en dicho ejercicio, debe ser respetuoso de los principios de identidad de nuestro régimen de gobierno antes enunciados. Esto con el propósito de poder alcanzar, como comunidad política, el bien común en el marco de un modelo de Estado constitucional.

§6. La cuestión de confianza y la discusión que plantea el presente caso[1]

58. Este Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de pronunciarse de manera específica sobre la cuestión de confianza. Más concretamente, este Tribunal declaró la inconstitucionalidad de la resolución legislativa Resolución Legislativa n.° 007 2017-2018-CR, norma que buscó modificar al Reglamento del Congreso de la República.

1 Una explicación muy clara y didáctica de la incorporación, evolución y diferentes alcances de la cuestión de confianza en el Perú la encontramos en CAIRO, Omar – "La cuestión de confianza en el Derecho Constitucional Peruano". En: Pensamiento Constitucional N. 23. Pucp, Maestría de Derecho Constitucional, 2018, p. 37 – 49.

Allí se había regulado que el Presidente del Consejo de Ministros no podía hacer cuestión de confianza respecto de la aprobación de leyes ni de procedimientos de control político.

59. Entre lo principal, en dicha oportunidad el Tribunal Constitucional señaló que la cuestión de confianza fue introducida en el constitucionalismo peruano como un mecanismo destinado a realizar labores de contrapeso de los gobiernos de turno, con la finalidad de hacerle frente a la censura ministerial que el Congreso tiene en sus manos, por lo que debe ser entendida con base en el ya mencionado *principio de balance entre poderes.*

60. En aquella oportunidad este órgano colegiado indicó, asimismo, que. Y conforme con la Constitución, se presentan dos situaciones distintas en las cuales aparece la figura de la cuestión de confianza: la llamada *cuestión de confianza obligatoria*, que consiste en la solicitud por parte del Gobierno al Congreso de la República, cuando se conforma un nuevo gabinete, de un voto de confianza (y no de investidura) para que este legitime la conformación del Consejo de Ministros (artículo 130 de la Constitución). Esta debe diferenciarse de la *cuestión de confianza facultativa*, que es aquella que puede plantear ante el Congreso, tanto el Presidente del Consejo de Ministros a nombre del Consejo, como cada ministro de manera individual, para así pedir anuencia o respaldo político respecto de algún asunto que considere pertinente plantear (artículos 132 y 133 de la Constitución).

61. Asimismo, en tal ocasión el Tribunal Constitucional precisó que "la cuestión de confianza que pueden plantear los ministros ha sido regulada en la Constitución de manera abierta, con la clara finalidad de brindar al Poder Ejecutivo un amplio campo de posibilidades en busca de respaldo político por parte del Congreso, para llevar a cabo las políticas que su gestión requiere".

62. Se sostuvo, asimismo, que resulta contrario al *principio de balance entre poderes* el restringir, indebidamente, la facultad que tienen los ministros para poder plantear al Congreso cuestiones de confianza respecto de los asuntos que la gestión del Ejecutivo requiera, por lo cual es posible solicitar cuestiones de confianza orientadas, por ejemplo, a la aprobación de normas legales o para interrumpir procedimientos legislativos o de control político.

63. En el presente caso, los demandantes cuestionan que el Gobierno haya formulado cuestión de confianza respecto al proceso de elección de magistrados del Tribunal Constitucional. Se solicitó al Congreso de la República que discuta prioritariamente un proyecto de reforma del procedimiento de elección y que, a tales efectos, suspenda la elección de magistrados que se encontraba en marcha. Con base en este proceder inicial, que no implicaba un retiro de la titularidad constitucionalmente otorgada al Congreso de elegir a magistrados y magistradas del Tribunal Constitucional, sino la revisión de un trámite procedimental (y, por ende, de aplicación inmediata) que buscaba hacer más transparente el procedimiento, ya cuestionado por entidades interna-

cionales, el quehacer del Gobierno generó diversas consecuencias que también son cuestionadas en esta causa (entre ellas, principalmente, el cierre del Congreso), las cuales luego analizaremos.

64. Al respecto, y conforme a lo explicado ampliamente en la STC n.° 0006-2018-PI, es claro que el Gobierno podía hacer cuestión de confianza respecto a proyectos de ley, como finalmente lo hizo el Presidente del Consejo de Ministros ante el Congreso de la República, en la sesión del Pleno del 30 de setiembre de 2019. Además de ello, no debe olvidarse la misma práctica parlamentaria reciente (el congreso había concedido cuestiones de confianza incluso para plantear reformas constitucionales sometidas a referéndum). Finalmente, y si bien dentro de un escenario más discutible, cierto es que, como parte de lo ocurrido el 30 de setiembre de 2019, el Congreso finalmente, y con las precisiones que se harán luego, otorga "formalmente" la cuestión de confianza solicitada.

65. Además, y contrariamente a lo que ha sostenido los demandantes, el Gobierno no planteó su pedido en términos impositivos, sino a modo de una propuesta que debía discutirse en el seno del Congreso, la cual por cierto era respetuoso de la competencia constitucionalmente asignada al Congreso en relación con la elección de magistrados y magistradas del Tribunal Constitucional. En este orden de ideas, y a mayor abundamiento, se encuentra que el proyecto de ley no contenía alcances que pudieran considerarse como invasivo de las competencias del Congreso, pues tan solo establece estándares relacionados con el procedimiento de elección de jueces o jueces del Tribunal Constitucional, con base en los usos internacionales y las prácticas previas relacionada con la elección de magistrados constitucionales (en buena medida, los utilizados cuando se nos designó jueces(zas) constitucionales).

66. Sin embargo, y estando claro que era posible plantear cuestión de confianza respecto de iniciativas legislativas, existen aún algunas cuestiones que merecen ser esclarecidas por este órgano constitucional, y que han sido objeto de diversos debates en la opinión pública y entre quienes se reclaman especialistas en la materia, las cuales pueden reconducirse, en lo esencial, a los siguientes tres asuntos:

    (a) ¿El Poder Ejecutivo podía hacer cuestión de confianza sobre la elección de magistrados del Tribunal Constitucional, interrumpiendo el proceso ya iniciado? En similar sentido, y de manera más genérica: ¿Sobre qué puede hacerse cuestión de confianza y sobre qué no?;

    (b) ¿Puede haber denegatorias de confianza "fácticas" o "implícitas"?; y por último, con base en lo anterior,

    (c) ¿El Ejecutivo estaba facultado para disolver el Congreso, como ocurrió el 30 de setiembre de 2019, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 134 de la Constitución?

En lo que sigue procederemos a desarrollar tales cuestiones, una por una.

(a) ¿El Poder Ejecutivo podía hacer cuestión de confianza sobre respecto a la elección de magistrados del Tribunal Constitucional, interrumpiendo el proceso ya iniciado? ¿Sobre qué puede hacerse cuestión de confianza y sobre qué no?

67. Estas primeras interrogantes nos plantean la duda respecto a sobre qué materias, finalmente, es posible hacer cuestión de confianza, y si cabe plantar cuestiones de confianza sobre, por ejemplo, asuntos tales como la interrupción del procedimiento de elección magistrados del Tribunal Constitucional.

68. Al respecto, es claro que la llamada *cuestión de confianza obligatoria* (es decir, aquella que debe solicitarse obligatoriamente tras la conformación de un nuevo gabinete) debe plantearse básicamente respecto de políticas de gobierno; en tal sentido, en este supuesto hay algunas materias sobre las cuales es claro que puede (y debe) plantearse cuestión de confianza ante el Congreso. Por otra parte, como ya fue reseñado, estamos ante un supuesto diferente en relación con la *cuestión de confianza facultativa* (es decir, aquella confianza planteada por los ministros, o por quien preside el Gabinete, respecto de un asunto específico) que se encuentra regulada de manera abierta y, por ende, puede tratar sobre diversos temas.

69. Con base a esta apertura inicial, vale la pena distinguir entre las materias y los actos parlamentarios que pueden ser objeto de un pedido de cuestión de confianza, abordando la problemática relacionada con cada uno de estos supuestos.

70. Con respecto, a los actos parlamentarios que pueden ser objeto de un pedido de cuestión de confianza, como ya fue recordado, en la STC Exp. n.° 00006-2018-PI este Tribunal declaró inconstitucional la Resolución Legislativa n.° 007-2017- 2018-/CR, en el extremo que indicaba que "No procede la interposición de una cuestión de confianza cuando esté destinada a promover, interrumpir o impedir la aprobación de una norma o un procedimiento legislativo o de control político." En este orden de ideas, quedó claro que el mecanismo de la cuestión de confianza puede ser utilizado para "promover, interrumpir o impedir" la aprobación de *normas legales*, la tramitación de *procedimientos legislativos* (parlamentarios) y de *procedimientos de control político*. Entonces, de manera general se puede colegir que puede plantearse cuestiones de confianza con la finalidad de "promover, interrumpir o impedir" el ejercicio de competencias propias del Congreso de la República, materializadas a través de diversos los procedimientos parlamentarios.

71. Al respecto, es claro que un tipo de procedimiento parlamentario es el procedimiento de elección o ratificación de altos funcionarios por parte del Congreso (llamado "procedimiento especial" por el Reglamento del Congreso), procedimiento de elección política que se perfecciona con la publicación de las concernientes resoluciones legislativas en el Diario Oficial. En suma, conforme a lo resuelto ya en la STC Exp. n.° 00006-2018-PI, es constitucionalmente posible que el Gobierno formule cuestiones de confianza con el objeto de "interrumpir" o "impedir" diversos procedimientos

parlamentarios, entre ellos el de elección de altas autoridades, como es el caso de los magistrados o magistradas del Tribunal Constitucional. Ello, máxime, repetimos, si los procedimientos de variación de un trámite en curso (sobre todo, si se busca mayor transparencia) son de aplicación inmediata.

72. Ahora bien, respecto a los actos legislativos pasibles de cuestión de confianza, debe precisarse entonces, a mayor abundamiento, que es absurdo cuestionar que el Gobierno plantee cuestiones de confianza respecto de actos o asuntos que son de competencia exclusiva o excluyente del Congreso de la República. Ello es así, porque la cuestión de confianza precisamente está diseñada para que el Gobierno, en el contexto de nuestro sistema de gobierno, pueda poner a consideración del Congreso asuntos que este no puede o debe llevar a cabo en solitario, sino que estemos ante asuntos donde se requiere del concurso y acompañamiento de otro "Poder del Estado", lo que sin duda va en la línea del ya mencionado *principio de cooperación* entre poderes.

73. En similar sentido, es irrazonable sostener que el Gobierno solo puede plantear cuestiones de confianza respecto de cuestiones que forman parte de las competencias del propio Gobierno, pues, si ese fuera el caso, sería innecesario que el Gobierno formule pedido alguno al Congreso de la República, debido a que podría ejercer tales competencias por su cuenta, sin plantear alguna cuestión de confianza al referido poder público.

74. Ahora bien, y no obstante esta posibilidad de que las cuestiones de confianza puedan formularse respecto de muy diversos actos parlamentarios, debemos preguntarnos aun si existe alguna limitación en relación con los temas o las materias sobre las que puede presentarse una cuestión de confianza. Al respecto, es claro que dicha facultad debe contar con algunos límites. Ello con la finalidad de evitar que, con su ejercicio, se produzcan eventuales abusos o incluso trasgresiones a nuestro modelo constitucional de régimen de gobierno.

75. En este sentido, si bien la cuestión de confianza debe entenderse, en principio, de manera amplia, pues se trata de un mecanismo de naturaleza política, con un gran margen de discrecionalidad para plantearse o no plantearse (en este sentido, también tienen esta naturaleza, por ejemplo, la censura ministerial o el nombramiento de ministros). Por ende, no podría estar sujeto a un reglamentarismo excesivo que desnaturalice su función de contrapeso político, ni podría derivarse tampoco la permanente judicialización de su uso, salvo en situaciones excepcionales que, en principio, tendrían que determinarse por o con el concurso de este Tribunal. De lo anterior, pues, no se deduce que se trate de un mecanismo carente de límites, pues ello sería contrario a los principios de separación de poderes, cooperación entre poderes y de solución democrática.

76. Ciertamente, el riesgo puede considerarse mayor aún si se toma en consideración los graves efectos que pueden generarse tras dos denegaciones de confianza al Presidente del Consejo de Ministros. Dicho escenario, en caso fuere mal utilizado, puede acarrear excesos al plantearse indebidamente cuestiones de confianza y, con ello, destruir el equilibrio de poderes que pretende asegurar nuestra Carta Fundamental.

77. En ese contexto, consideramos que, entre los límites más claros que puede tener la cuestión de confianza, podemos encontrar, entre otros:

    (a) La proscripción de cuestiones de confianza "ficticias" (o "en blanco"), cuando estas, atendiendo a que se trata de una herramienta de contrapeso del Gobierno frente al Congreso, cuya finalidad está orientada al equilibrio entre poderes, se usen de manera desnaturalizada y constituyan esencialmente un fraude a la Constitución, mediante las cuales se busque forzar indebidamente su cierre, infringiendo así principios como los de balance y de separación de poderes.

    No obstante, lo indicado, debemos precisar que, de todos modos, sí sería posible admitir, de manera excepcional, cuestiones de confianza planteadas con el único propósito de gatillar el procedimiento de disolución del Congreso. Tal situación de excepción podría darse, por ejemplo, en el caso en el de que exista consenso o acuerdo entre los diferentes actores políticos para acortar periodos de mandato, lo cual sería compatible con los principios de cooperación entre poderes y de solución democrática de controversias. Sin embargo, y conforme a lo indicado, tal posibilidad quedaría claramente proscrita cuando el uso de estas cuestiones de confianza encubra fines fraudulentos, protervos o puramente individuales, carentes de sustento constitucional.[2]

    (b) La prohibición de cuestiones de confianza orientadas a la disminución o desaparición de derechos fundamentales. Al respecto, de acuerdo con el artículo 1 de la Constitución la "defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado", y conforme al artículo 44 es un deber fundamental del Estado "garantizar la plena vigencia de los derechos humanos". Desde esta perspectiva, debe considerarse como manifiestamente inconstitucional cualquier iniciativa que vaya en contra precisamente de este "fin supremo de la sociedad y del Estado", con lo cual se defraude un "deber primordial" del poder público.

    (c) La proscripción de cuestiones de confianza manifiestamente inconstitucionales. Se trata aquí del caso en que la cuestión de confianza se realiza respecto de contenidos o medidas que resulten contrarias a la Constitución, además de los derechos fundamentales. Tal sería el caso, por ejemplo, si el Ejecutivo impulsara reformas constitucionales únicamente con doble votación del

2 El Tribunal Federal Constitucional Alemán se pronunció en un caso sobre la cuestión de confianza destinada solo al adelanto de elecciones señalando que esta era admisible siempre que estuviera orientada a lograr un gobierno viable. Ver: VILLENA, Dilmar. "Es viable constitucionalmente presentar una cuestión de confianza con la única intención de disolver el parlamento?" En. EnfoqueDerecho.com (https://www.enfoquederecho.com/2019/06/11/es-viable-constitucionalmente-presentar-una-cuestión-de-confianza-con-la-unica-intencion-de-disolver-el parlamemto/) [11/10/19]

Congreso (artículo 206), pero respecto de contenidos que forman parte del denominado "núcleo duro" de la Constitución, trasgrediendo de este modo los "límites materiales" de la reforma constitucional, como es el caso de nuestro modelo constitucional de forma de Estado, forma de gobierno, régimen republicano, sistema político democrático, etc. (cfr. STC Exp. n.° 00014-2002-A1), o si el Gobierno planteara que se lleve a referéndum cuestiones sobre las cuáles no se puede consultar (artículo 32)[3].

78. Señalado lo anterior, y volviendo a la cuestión de confianza que fue planteada el 30 de setiembre de 2019 y, más específicamente, en relación con la interrupción del procedimiento de elección de magistrados, debe tenerse en cuenta, además de lo ya indicado sobre los asuntos respecto a los cuales es posible formular cuestión de confianza, que la presentación de un proyecto de ley para mejorar el procedimiento de elección de magistrados del Tribunal Constitucional, promoviendo su transparencia y legitimación, se encuentra directamente relacionado con los ejes de gobierno (contenidos en los ejes de la "Política General de Gobierno al 2021", aprobada mediante Decreto Supremo N° 056- 2018-PCM) que, en su momento, justificaron que el Gobierno planteara la reforma constitucional relacionada con el ex Consejo Nacional de la Magistratura (este es el caso de las políticas de "lucha contra la corrupción" y de "fortalecimiento de la institucionalidad"), práctica que en su momento fue aceptada por el Congreso de la República.

79. En este sentido, y con independencia de las alegaciones que se han formulado de que no podría hacerse cuestiones de confianza respecto de competencias exclusivas del Congreso (como es el caso de reformas legales o constitucionales) o que los temas vinculados a lo jurisdiccional no son cuestiones que le competan al Gobierno, lo cierto es que el Congreso de la República con anterioridad ya ha aceptado la tramitación y ha aprobado cuestiones de confianza con dicho tenor, precisamente en el marco de lo constitucionalmente posible, lo cual constituye un hito en la configuración de nuestra forma de gobierno y la construcción de nuestra Constitución histórica.

80. Con base en todo lo indicado, entonces, es claro que el Gobierno podía plantear cuestión de confianza al Congreso de la República respecto del procedimiento de elección de magistrados del Tribunal Constitucional, y más específicamente respecto a su procedimiento de elección (procedimiento de elección política), máxime si dicha elección se encuentra vinculada a ejes de gobierno ("lucha contra la corrupción" y de "fortalecimiento de la institucionalidad") que, en su momento, justificaron para el propio Congreso la presentación, e incluso la aprobación, de otra cuestión de confianza.

81. Señalado todo lo anterior, y habiendo confirmado que era posible plantear una cuestión de confianza como la que fue sustentada el 30 de setiembre de 2019 ante el Pleno

3 De este modo, no compartimos lo indicado en el fundamento 199, *ab initio*, del proyecto de sentencia.

del Congreso de la República, todavía queda por discutir si el Ejecutivo podía asumir o interpretar, como finalmente ocurrió, que la confianza fue denegada, no formalmente, sino debido al comportamiento del Congreso.

(b) ¿Puede haber denegatorias de confianza "fácticas" o "implícitas"?

82. Inicialmente, es claro que una cuestión de confianza facultativa —es decir, aquella planteada por propia iniciativa del Presidente del Consejo de Ministros o por cualquier ministro— debe ser programada y luego votada en el Pleno del Congreso. Ahora bien, la cuestión compleja se presenta cuando existen decisiones o procedimientos iniciados por el Congreso de la República y que el Gobierno considera que deban ser atendidos con premura o urgencia, en el marco del contrapeso entre poderes y nuestro diseño institucional. Al respecto, conforme a nuestro diseño constitucional, el Congreso cuenta con diversas herramientas para limitar el accionar de un gobierno, o para responsabilizarlo políticamente con premura. Ello no ocurre igual en sentido contrario, cuando menos expresamente o conforme a las prácticas usuales.

83. Ahora bien, y no obstante de tratarse de un asunto infrecuente, lo cierto es que, en el caso concreto, el Gobierno primero pidió un trámite preferente del proyecto, al amparo del artículo 105 de la Constitución. Luego, a pesar de una injustificable resistencia, que bien pudo apreciarse incluso a través de los medios de comunicación, el Presidente del Consejo de Ministros hizo uso de la previsión constitucional (artículo 129) que permite expresa e indubitablemente a dicho Presidente del Consejo de Ministros, o a cualquier ministro, participar en toda sesión del Pleno del Congreso en los mismos términos que lo haría cualquier congresista (salvo el derecho de votar, en caso el ministro no sea congresista). Al tratarse de una prerrogativa constitucional a favor del Presidente del Consejo de Ministros (o de cualquiera de sus ministros(as) inclusive) admitir su participación ante el Pleno no se trataba de una mera "cortesía" o una cuestión de "protocolo", sino de una facultad constitucional que debe ejercerse sin cortapisas, en los mismos términos en que lo haría cualquier congresista, tal como prevé la Constitución.

84. Es precisamente en ejercicio de dicha prerrogativa que el Presidente del Consejo de Ministros planteó, el 30 de setiembre de 2019, una cuestión de confianza ante el Pleno del Congreso, "en ese mismo instante", "para que el Parlamento decida si nos otorga la confianza y considera por lo tanto que hay que hacer uso de transparencia [en el procedimiento de elección de magistrados del Tribunal Constitucional] o que nos la niegue, si considera que va a seguir adelante con ese procedimiento". Al respecto, es indubitable que el Presidente del Consejo de Ministros tenía el derecho de poder participar en esa o en cualquier otra sesión del Pleno del Congreso de la República. Asimismo, que dicho funcionario tenía la potestad de poder plantear cuestión de confianza en relación con el procedimiento de elección de magistrados. Ambas son prerrogativas constitucionales que, en todo caso, debieron ser respetadas y facilitadas por el Congreso, y no, como finalmente ocurrió, obstaculizadas y hasta obviadas por parte del órgano parlamentario.

85. Al respecto, es necesario insistir en que los mecanismos de contrapeso, si bien han de resultar incómodos para los órganos que serán objeto de control o de enfrentamiento, ellos deben ser respetados y garantizados a pesar de cualquier malestar, pues de esto depende que perviva la institucionalidad contenida en la Constitución. Así, entonces, pese al fastidio o la irritación que puede generar que se utilicen los mecanismos políticos de *extrema ratio*, como pueden ser los procedimientos de vacancia presidencial o de disolución del Congreso de la República, es necesario resguardar el correcto funcionamiento de tales instituciones, pues ello permite garantizar la separación y el balance entre poderes y, en última instancia, en caso de crisis profundas e irresolubles, en las que haya fracasado cualquier mecanismo de coordinación o de diálogo; asimismo, llegado el caso, le otorga al soberano la decisión final a través de la cual puede producirse la recomposición del escenario político (esto opera frente a la disolución constitucional del Congreso, y en el caso de vacancias o renuncias presidenciales, cuando estas comprenden a todos los sucesores constitucionales).

86. Volviendo a lo ocurrido el 30 de setiembre de 2019, tal como fue indicado, el Gobierno, a través del Presidente del Consejo de Ministros, propuso al Congreso un cambio en el procedimiento de elección de magistrados. Al respecto, como se ha dicho aquí en varias ocasiones, las eventuales modificaciones de carácter procesal o procedimental deben ser aplicadas de manera inmediata, incluso a los procedimientos en trámite, que es la indubitable regla a seguir frente a ese tipo de cambios. Siendo así, la cuestión de confianza que fue formulada por el Gobierno, y cuyo propósito que se discutan las pautas procedimentales referidas a elección de magistrados del Tribunal Constitucional, en ese mismo momento, promoviendo una mayor transparencia del proceso, debería haberse atendido tomando en cuenta que los cambios eventualmente aprobados deberían aplicarse de manera inmediata. Dicho con otras palabras, incluso a la elección de magistrados en curso. En este orden de ideas, se desnaturalizaría el propósito de la cuestión de confianza si se postergaba su eventual aprobación —como finalmente ocurrió— hasta después de que se haya llevado a cabo las elecciones siguiendo las pautas y procedimientos que se plantea modificar.

87. Señalado ello, y a mayor abundamiento de que no se tenía la intención de siquiera discutir lo planteado por el Gobierno, se constata que, luego de formulada la cuestión de confianza por el Presidente del Consejo de Ministros, el Congreso votó expresamente en contra de la "cuestión previa" que presentó una congresista de la República, cuyo propósito era precisamente que se discuta, antes de la elección de magistrados del Tribunal Constitucional, la cuestión de confianza que acababa de presentarse, salida saludable, pero lamentablemente desaprovechada. Asimismo, y de manera contraria a la cuestión de confianza que fue sustentada ante el Pleno, el Congreso de la República prosiguió con la elección de magistrados, llevando finalmente a votación dos candidaturas (una de las cuáles tuvo una serie de impugnaciones no resueltas y la otra no alcanzó los votos requeridos). No había intención de discutir, y menos de acoger, la cuestión de confianza planteada.

88. Horas después de todo ello, es decir, tras haberse desestimado la cuestión previa, la cual planteaba que se discuta y vote primero la cuestión de confianza, antes de la elección programada para la fecha, y tras haberse continuado con el procedimiento de elección de magistrados, que el Presidente del Consejo de Ministros pidió que se detenga, el Congreso recién discutió formalmente la "cuestión de confianza", votándose a favor de otorgarla, ya cuando la intención que la motivaba había sido rehusada o rechazada.

89. En ese marco, debe esclarecerse entonces si la confianza fue finalmente debe considerarse como denegada u otorgada.

90. En cualquier caso, debemos indicar que no es contraria a la Constitución una interpretación (o, en sentido estricto, una "calificación jurídica") que considere que la votación formal a favor de una "cuestión de confianza", pero que ha sido desestimada en los hechos, sea considerada como una denegación.

91. Volvemos entonces al ámbito de lo constitucionalmente posible, y allí nos preguntamos si la denegatoria a una cuestión de confianza (mejor dicho, a una segunda cuestión de confianza), debe ser expresa, o sí, dentro de lo constitucionalmente posible, puede, haciéndose el seguimiento de una situación concreta, como la aquí descrita, entenderse que está en el margen de lo "constitucionalmente posible" entender que aquí se ha denegado o rehusado la segunda cuestión de confianza planteada (en este caso, a un gabinete del gobierno del presidente Vizcarra, quien completa el periodo del presidente Kuczynski, el cual renunció al cargo presidencial).

92. ¿Puede hablarse de cuestión de confianza denegada cuando indefinidamente no se atiende el tema planteado o cuando se actúa en sentido contrario a lo solicitado, aun si posteriormente, de manera formal, se concede lo solicitado? ¿No son estos últimos supuestos también escenarios de denegatoria, rechazo o rehuso de la confianza solicitada?

93. Por cierto, una interpretación sobre "rehusar" o "denegar" la confianza puede entenderse como análoga a la interpretación que viene haciendo el Tribunal Constitucional respecto a la expresión "resoluciones denegatorias", la cual aparece en el artículo 202, inciso 2 de la Constitución, referido a la procedencia del recurso de agravio constitucional. Al respecto, y como es por todos(as) conocido, la Norma Fundamental regula que el recurso de agravio constitucional únicamente procede frente a resoluciones consideradas "denegatorias" y, a modo de desarrollo, el artículo 18 del Código Procesal Constitucional indica que tendrían tal condición aquellas "que declaran infundada o improcedente la demanda". No obstante ello, el Tribunal Constitucional peruano, a lo largo del tiempo —y con diferentes composiciones de magistrados— ha llegado a interpretar que puede considerarse como una "denegatoria" a aquella resolución que, pese a declarar fundada la demanda de manera formal o expresa, finalmente "deniega" justicia por ser materialmente contraria a la Constitución.

94. En este sentido último nos hemos expresado inclusive la mayoría de magistrados que hoy integramos el Tribunal Constitucional. Esto ocurrió en la STC Exp. n.° 05811-2015-PHC, f. j. 7, donde indicamos que:

> "[N]o debe descartar *ab initio* que una sentencia estimatoria de segundo grado pueda ser lesiva de otros bienes constitucionales. Su calidad de estimatoria no implica necesariamente que sea conforme a la Constitución. Su verificación está por tanto abierta al control por parte del Tribunal Constitucional a través del recurso de agravio constitucional; más aún, cuando se trata de preservar el orden constitucional. De acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, dicho recurso procede también, inclusive cuando se trate de sentencias estimatorias de segundo grado, de manera excepcional, en los siguientes casos: a) tráfico ilícito de drogas, b) lavado de activos, c) terrorismo (STC 01711-2014-PHC/TC, FJ 4)"

95. Desde luego, debe señalarse, además, que el Tribunal Constitucional, en diversos casos, ha procedido a interpretar el texto de normas legales de conformidad con la Constitución (y con los diversos sentidos que puede dar una interpretación constitucional), yendo más allá de lo literalmente dispuesto. Hay decenas de casos en lo que esto ha ocurrido. Esto ha sido suscrito por varios magistrados que hoy se adscriben al voto de minoría en el presente caso. Ello, más específicamente, ha ocurrido, por ejemplo, en el caso Ley de Servicio Civil 1, STC Exp. n.° 00025- 2013-PI y otros (acumulados), en el cual se interpretó la constitucionalidad de la ley tan solo si se entiende como incorporada una expresión inexistente ("condiciones de trabajo o condiciones de empleo"). Asimismo, está el caso Dicapi, STC Exp. n.° 00001-2014-PI, en el que el Tribunal Constitucional en general, y con una justificación muy abierta del magistrado Blume en particular, estableció límites para la actividad supervisora de la Dirección General de Capitanías y Guardacostas que no aparecían en la ley, enfatizando el carácter vinculante de lo resuelto por el mismo Tribunal desde una lectura directa del parámetro constitucional y los diferentes sentidos que razonablemente pueden entenderse de él.

96. Señalado esto, es necesario indicar que circunscribirse en estos casos a una interpretación de carácter meramente legalista, o "paleopositivista", podría incluso admitir un fraude a la Constitución, el cual consiste en la manipulación de una institución que, si bien es utilizada formalmente, su real propósito es perseguir un objetivo distante de su finalidad. Al respecto, debe señalarse con firmeza que el fraude a la Constitución, y en general toda forma de "ilícitos atípicos"3, se encuentran proscritos, con claridad, por el artículo 103 de la Constitución, a través de la prohibición expresa del abuso del Derecho, cuando allí se señala que: "La Constitución no ampara el abuso del derecho".

97. Asimismo, es necesario indicar que una interpretación en sentido contrario, puramente legalista o "paleopositivista" en los términos de Luigi Ferrojoli[4] (SIC), implicaría admitir un grave riesgo de fraude a la Constitución. Dicho en otros términos, podría avalar la manipulación de una regulación, convalidando con ello una supuesta aprobación formal de la cuestión de confianza, mientras que en los hechos el Congreso en

4 Cfr. FERRAJOLI, Luigi. "El *Constitucionalismo garantista.* Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo". En: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho.* N.° 34, Lima, 2011.

realidad le está denegando, de manera clara, lo solicitado. Si hay rasgos claros, inobjetables de no cumplir (o de ni siquiera atender) lo que era la intención de una cuestión de confianza, cabe entonces dentro de lo constitucionalmente posible, y buscando evitar un fraude a la Constitución, asumir que nuevamente se ha denegado una cuestión de confianza y que, con ello, se configura un supuesto para la disolución del Congreso.

98. Ahora bien, y entendiendo que el Congreso de la República puede manifestar su voluntad de otorgar o rehusar confianza a través de manera no expresa, es necesario explicitar algunos recaudos para que ello no se haga de manera irresponsable o abusiva, de tal modo que el Gobierno se considere habilitado para interpretar cualquier acto del Congreso como una denegación de la confianza solicitada. A efectos de delimitar y limitar esta posibilidad, es necesario definir entonces de qué estamos hablando y en qué supuestos esta es admisible.

99. Respecto a esta situación de denegatoria no expresa, puede entenderse que se produce cuando median actos concluyentes, que pueden expresarse como hechos u omisiones deliberadas, los cuales de manera cierta (y no dudosa o solo probable), además de objetiva (no meramente subjetiva) e inobjetable, otorgan certeza sobre la voluntad denegatoria del Congreso respecto de los asuntos planteados por el Gobierno, en el marco de un pedido de confianza.

100. Por otra parte, y en relación con los supuestos en los que puede considerarse que estamos ante actos concluyentes que pueden constituir una denegatoria no expresa de cuestiones de confianza planteadas, podemos enumerar de manera meramente enunciativa, y no exhaustiva, los siguientes:

    (a) El rechazo continuo a discutir la cuestión de confianza planteada. Esto puede darse tanto por la negativa permanente a empezar la tramitación del pedido de cuestión de confianza, por posponer *sine die* la presentación que le correspondería hacer el ministro solicitante ante el Pleno del Congreso, por diferir *ad infinitum* la votación correspondiente, por no discutirse y votarse en el Pleno la cuestión antes de que el pedido formulado se desnaturalice o se torne inútil, etc.

    (b) El rechazo, en los hechos, de la cuestión de confianza, pese a su posterior aprobación formal. En este supuesto, se producen actos concluyentes que dan cuenta acerca de la voluntad del Congreso de denegar la confianza solicitada, de una forma tal que la posterior discusión o incluso la aprobación formal de la cuestión planteada sería manifiestamente inconducente, pues la cuestión que había sido planteada por el Gobierno ya no podría cumplir con su objetivo (el estado de cosas que se pretendía obtener) o finalidad (los principios o valores que se buscaba defender o promover).

    (c) La aprobación formal de la cuestión de confianza planteada, pero el rechazo, en los hechos, de lo solicitado. De este modo, cabe considerar como actos concluyentes que equivalen a una denegación de confianza si, pese a que el Congreso apruebe lo solicitado a través de una votación, jamás llega a concre-

tizarse lo acordado o si, al pretenderse avanzar en ello, finalmente se desnaturaliza o desvirtúa lo planteado por el Gobierno.

Ahora bien, de lo anterior no se desprende que el Gobierno pueda formular cuestiones de confianza que tengan como finalidad obligar al Congreso a decidir en un determinado sentido cuando dicho Congreso ejerce sus competencias exclusivas, es decir, buscando forzar el sentido de alguna decisión sobre las cuales le corresponde deliberar o decidir al propio Congreso (este sería el caso en que, por ejemplo, si el Gobierno hace cuestión de confianza para que se elija a un determinado candidato en un puesto público para imponer a alguien como integrante de la Mesa Directiva del Congreso, o para que se apruebe un proyecto de ley sin que intermedie ninguna discusión o eventual modificación de sus términos).

Como complemento de lo anterior, lo que sí puede ocurrir, en el marco de los principios constitucionales que delimitan nuestro sistema de gobierno, es que el Gobierno impulse al Congreso a ejercer sus competencias a través de una cuestión de confianza. Corresponderá en este caso al Congreso desempeñarlas en el marco de sus atribuciones constitucionales (de este modo, el Gobierno puede hacer cuestión de confianza con la finalidad de obtener una ley del Congreso necesaria para desarrollar una determinada política pública, o incluso, con ese mismo propósito, buscar obtener una delegación de competencias legisferantes).

101. En el marco planteado, y a partir de una evaluación integral del comportamiento del Congreso de la República durante el 30 de setiembre de 2019, puede desprenderse entonces, con meridiana claridad, que en los hechos se produjo una denegatoria de la confianza que fue solicitada por el Gobierno. Efectivamente, hubo una serie de actos que muestran, sin margen de duda, que el Congreso estaba denegando la confianza solicitada actos que, en el caso concreto, consisten en una votación expresa en contra de lo que fue pedido por el Presidente del Consejo de Ministros (que se discuta primero la propuesta legislativa para mejorar el procedimiento de elección), así como otros comportamientos que mostraron la voluntad denegatoria del Congreso, como es el caso del impedimento para que el Presidente del Consejo de Ministros ingrese al hemiciclo, no darle carácter urgente a la propuesta que fue planteada, votar finalmente por los candidatos a magistrados, etc.

102. De este modo, y a mayor abundamiento, se aprecia que el Congreso de la República no respetó el tratamiento preferente que requería la propuesta planteada (artículo 105 de la Constitución) atendiendo a que se trataba de una normativa de carácter procedimental, y por ende de aplicación inmediata, y más bien programó su discusión para la tarde, desconociendo así el carácter urgente de lo propuesto. En similar sentido, y como ya fue indicado aquí, el Congreso rechazó la cuestión previa que había sido planteada para que se discuta la propuesta del Gobierno antes de continuar con el procedimiento de elección. De este modo, en suma, ha quedado totalmente de manifiesto que no se le dio ningún trato urgente o preferente a la propuesta sobre la cual se hizo cuestión de confianza y, en suma, que esta fue rechazada.

103. Más aun, el Congreso (o parte de él) ni siquiera permitió, pese a la habilitación expresa contenida en la Constitución (artículo 129 de la Constitución), que el Presidente del Consejo de Ministros ingrese al hemiciclo y pueda, por propio derecho, hacer uso de la palabra. En este mismo sentido, se verifica que la regulación actualmente existente no prevé alguna restricción a la facultad constitucional (y no acto de mera cortesía) del Presidente del Consejo de Ministros de participar en cualquier sesión y hacer uso de la palabra, ni por razones formales (no se requiere permiso o invitación previa) ni por razones materiales (no existe ninguna restricción sobre los temas o materias sobre los cuáles se puede intervenir).

104. Todo lo antes descrito (la denegatoria de lo solicitado por el Presidente del Consejo de Ministros) hace irrelevante, entonces, la formalidad de que haya existido una votación aparentemente a favor de otorgar una confianza, pues, al tratarse de una herramienta de contrapeso político, es importante que esta no sea utilizada fraudulentamente, únicamente con la finalidad de evitar los efectos constitucionales que se desprenden del ejercicio de dicha institución. Lo contrario, según fue explicado, constituiría un fraude a la Constitución, proscrito expresamente en la Carta fundamental.

(c) ¿El Ejecutivo estaba facultado para disolver el Congreso de acuerdo con lo estipulado en el artículo 134 de la Constitución?

105. Señalado lo anterior, y en la medida que el Gobierno podía plantear una cuestión de confianza en relación con el procedimiento de elección de magistrados, y a que la calificación jurídica de la denegatoria de confianza se ubica dentro de lo constitucionalmente posible, la disolución del Congreso de la República, contenida en el Decreto Supremo n.° 165-2019-PCM, se encuentra dentro del supuesto previsto en el artículo 134 de la Constitución.

106. Al respecto, es menester indicar que, en el marco de sus competencias constitucionales, en muchas ocasiones el Gobierno es un aplicador vinculante de la Constitución. Por ejemplo, cuando le corresponde interpretar, calificar jurídicamente o realizar actos conforme a las previsiones constitucionales que regulan sus atribuciones o competencias. De hecho, en general, cualquier operador del Derecho para aplicarlo necesita interpretar las disposiciones jurídicas, determinar los supuestos fácticos previstos en las normas, para posteriormente calificarlos jurídicamente, completando la operación de subsunción que, de manera simple, corresponde a la actividad jurídica.

107. Esto mismo puede precisarse con respecto de la interpretación o calificación jurídica de la denegatoria de la confianza, que, dentro del marco de los criterios antes establecidos, y como última ratio en el marco del principio de solución democrática, le corresponde realizar al Gobierno. Cuando ello ocurre, y dentro los recaudos formulados, tal como ha ocurrido en el presente caso, el Gobierno estaría actuando dentro del marco de lo constitucionalmente posible. Por ende, no existe algún problema o incertidumbre en relación con la juricidad de la medida.

108. Por lo expuesto, en suma, la disolución del Congreso de la República, en la medida que se encuentra en el supuesto regulado en el artículo 134 de la Constitución: "El Presidente de la República está facultado para disolver el Congreso si éste ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros" no es lesivo de alguna competencia del Congreso de la República y se ha dado en el marco de nuestra forma de gobierno prevista en la Constitución. No existe, en nuestra opinión, el conflicto por menoscabo alegado en este caso.

109. Algunas expresiones finales: hay quienes han cuestionado el acto de disolución presidencial. Para nosotros, queda claro que el anuncio presidencial se perfecciona y materializa normativamente con la publicación del Decreto de disolución firmado por el ministro que lo firma.

110. También queda claro que en ningún acápite de la Constitución se obliga contar con un refrendo de todo el Consejo de Ministros para avalar la validez y eficacia de este Decreto.

111. Por último, cierto es que entre la divulgación de la decisión de disolver y la publicación del Decreto de disolución correspondiente ocurrieron situaciones que aquí no vamos a discutir, pero que convendría no se repitan. Ahora bien, corresponderá en principio a otros fueros y no a este Tribunal Constitucional determinar si dichas conductas generaron responsabilidad de cualquier índole por lo sucedido o por lo que puede sostenerse en base a lo ocurrido en esos momentos.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO SINGULAR EMITIDO POR LOS MAGISTRADOS AUGUSTO FERRERO COSTA Y ERNESTO BLUME FORTINI EN EL PROCESO COMPETENCIAL PROMOVIDO POR EL PODER LEGISLATIVO CONTRA EL PODER EJECUTIVO A RAÍZ DE LA DISOLUCIÓN DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DECRETADA EL 30 DE SETIEMBRE DE 2019

Con el mayor respeto por nuestros colegas magistrados firmantes de la sentencia de mayoría que declara infundada la demanda competencial, emitimos el presente voto singular por cuanto discrepamos de la decisión adoptada, ya que consideramos que la demanda debe declararse fundada, sin que ello signifique la anulación de la convocatoria a elección a un nuevo Congreso de la República dispuesta para el 26 de enero de 2020, la cual proseguirá conforme al cronograma correspondiente; y deben establecerse criterios relacionados con la cuestión de confianza y su denegatoria.

Fundamentamos nuestro voto singular en las siguientes razones:

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO DE LA DEMANDA COMPETENCIAL

El Tribunal Constitucional, mediante el auto de fecha 29 de octubre de 2019, admitió a trámite la demanda competencial interpuesta por el Poder Legislativo contra el Poder Ejecutivo, pretendiendo los siguientes extremos: 7

i. Que se establezca que el Poder Ejecutivo no tiene competencia para realizar pedidos de cuestión de confianza respecto de la selección y elección de magistrados del Tribunal Constitucional (artículo 201 de la Constitución), ya que ello significa menoscabar atribuciones del Congreso de la República;

ii. Que cuando el Poder Ejecutivo, a través de la Presidencia del Consejo de Ministros realiza un pedido de cuestión de confianza, esta solo puede ser otorgada por el Congreso de la República de forma expresa, a través de una votación del Pleno, y no de manera tácita o "fáctica";

iii. Que la cuestión de confianza debe plantearse, debatirse y someterse a votación, y debe respetar los procesos establecidos en el Reglamento del Congreso, en función a sus prerrogativas de autorregulación; y,

iv. La nulidad del acto de disolución contenida en el Decreto Supremo 165-2019-PCM.

Asimismo, mediante auto de fecha 18 de noviembre de 2019, este Tribunal señaló que se encuentra habilitado para pronunciarse sobre el fondo de la controversia y delimitar

las competencias de los entes enfrentados respecto a la institución constitucional de la cuestión de confianza, así como para pronunciarse respecto a la legitimidad del acto de disolución del Congreso de la República contenido en el Decreto Supremo 165-2019-PCM.

B. ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

La parte demandante sostiene que las acciones que el Poder Ejecutivo ha adoptado luego que se le otorgara la confianza respecto a sus propuestas de reforma constitucional representan un menoscabo a la atribución del Poder Legislativo por las siguientes razones:

- El artículo 206 de la Constitución Política del Perú establece claramente que la aprobación de reformas constitucionales es una prerrogativa exclusiva y excluyente del Congreso de la República. Asimismo, si bien es cierto que el Poder Ejecutivo puede presentar proyectos de reforma constitucional, esta atribución se limita a la iniciativa. Es decir, que luego de la presentación de su propuesta, no procede que intervenga en el procedimiento legislativo de aprobación o rechazo de la misma.
- Agrega que los artículos 104 y 101 de la Constitución establecen que el Congreso no puede delegarle al Poder Ejecutivo materias que son indelegables a la Comisión Permanente, entre las que se encuentran las relativas a la reforma constitucional (artículo 101.4 de la Constitución). En tal sentido, argumentar que el Poder Ejecutivo puede forzar una reforma constitucional con condicionamientos de contenido y plazo a través de una cuestión de confianza; y, al mismo tiempo sostener que este no puede observar una ley de reforma constitucional o que esta no puede ser objeto de delegación de facultades legislativas en materia constitucional, supone un problema lógico que altera profundamente la lectura orgánica y unitaria de nuestra Constitución.
- Refiere que en la Sentencia 006-2018-PCC/TC, el Tribunal Constitucional señaló que la Constitución ha regulado la cuestión de confianza de manera abierta con la clara finalidad de brindar un amplio campo de posibilidades para que el Ejecutivo busque respaldo político en el Congreso, para llevar a cabo las políticas que su gestión requiera.
- En tal sentido, señala que en virtud de los artículos 101, 104 y 206 de la Constitución Política, la facultad de reformar la Constitución no solo está expresamente asignada al Poder Legislativo, sino que incluso, no le está constitucionalmente permitido cumplir esta función al Poder Ejecutivo. Por ello, el Tribunal Constitucional en su fallo de la mencionada sentencia competencial le ha impuesto un límite al Poder Ejecutivo en su discrecionalidad para presentar una cuestión de confianza: que esta verse sobre las políticas que su gestión requiera. Por tanto, señala que, si no existe conexión entre la materia de la cuestión de confianza y las competencias, políticas y gestión del Poder Ejecutivo, o si la materia le está expresamente prohibida por la Constitución, la cuestión de confianza no podría ser planteada. Añade que la gestión del Poder Ejecutivo está conformada por el conjunto de atribuciones que la Constitución le otorga en sus capítulos IV y V, las mismas que no pueden incluir funciones que están reservadas de manera exclusiva a otros poderes del Estado. Suponer lo contrario implicaría alterar el

principio de separación de poderes y el equilibrio que debe existir entre ellos, principio que ha sido identificado como parte del núcleo inviolable de la Constitución conforme así ha sido señalado en el considerando 75 de la Sentencia 00014-2002-AI/TC.

- Asimismo, refiere que el principio de separación de poderes, de acuerdo con la Sentencia 00023-2003-AI/TC, es una exigencia ineludible en todo Estado Democrático y Social de Derecho, que implica separar las tres funciones básicas del Estado, limitándose de modo recíproco, sin entorpecerse innecesariamente, pues constituye una garantía de los derechos constitucionalmente reconocidos e, idénticamente, para limitar el poder frente al absolutismo y la dictadura. En dicho sentido, señala que, conforme a lo resuelto en la Sentencia 00004-2004CC/TC, la separación de poderes no debe ser entendida como una separación tajante, sino más bien como un equilibrio de controles recíprocos, de pesos y contrapesos, e incluso como relaciones de coordinación y cooperación entre estos poderes, lo cual no puede entenderse como una autorización para el menoscabo de las atribuciones de cada Poder del Estado. Por ello, señala que no se puede permitir que, a través del ejercicio indebido de las atribuciones constitucionales de un poder del Estado, se termine menoscabando o anulando las del otro.

- Por otro lado, señala que el mecanismo de selección de los magistrados del Tribunal Constitucional es una competencia exclusiva y excluyente del Congreso de la República, contemplada en el artículo 201 de la Constitución, razón constitucional por la cual el Poder Ejecutivo no tiene competencia para realizar pedidos de cuestión de confianza para modificar dicho procedimiento; más aún, cuando es el único poder del Estado constitucionalmente facultado para efectuar tal designación. Así, señala que el pedido de cuestión de confianza presentado el 30 de setiembre de 2019 menoscaba esta atribución exclusiva del Poder Legislativo, pues buscó detener un proceso en marcha, solicitando, inclusive, la aplicación retroactiva de la norma que buscaba que se aprobara; interfiriendo ilegítimamente, en el desarrollo de esta facultad exclusiva y excluyente de este poder del Estado, más aun cuando el referido procedimiento de selección se había iniciado hace diez meses.

- Sostiene que es importante distinguir entre formular una cuestión de confianza de un proyecto de ley que, de aprobarse, cambiaría el proceso de elección a futuro; y, hacer una cuestión de confianza de un proyecto de ley con pretensión de que este sea aprobado y aplicado retroactivamente, con la finalidad de suspender un proceso particular que está por concluir. En el primer caso, sí se estaría haciendo un uso legítimo de esta figura, mientras que en el segundo caso, se estaría intentando la aprobación de una ley, bajo la amenaza de disolver el Congreso. En tal sentido, remarca que el Poder Ejecutivo formuló una cuestión de confianza para socavar la autonomía del Congreso de la República y una de sus competencias exclusivas, al pretender obligarlo, bajo la amenaza de disolución, a anular el procedimiento de selección de magistrados del Tribunal Constitucional que se encontraba casi concluido, lo cual es a todas luces inconstitucional, por pretender la aplicación retroactiva de normas y vulnerar el principio de equilibrio y separación de poderes.

- Además, señala que solo el Congreso es competente para decidir si la cuestión de confianza se debate en la sesión que fue planteada o en la siguiente. Por ello, no se puede obligar al Poder Legislativo a aceptar el planteamiento, el debate y la votación en la misma sesión, bajo amenaza de disolverlo, e incluso interpretar su negativa de hacerlo como una "negación fáctica", pues ello atenta contra la competencia que tiene el Poder Legislativo de determinar su propia agenda y decidir cuándo somete a debate la cuestión de confianza. Agrega que para que el proyecto del Ejecutivo, presentado con carácter de urgencia, fuese exonerado del trámite de envío a comisiones, de pre publicación y debatido como único punto de agenda, ello debía aprobarse por la mayoría de congresistas presentes en la Junta de Portavoces, lo cual no ocurrió en este caso, pero aun cuando ello hubiese ocurrido, resulta contrario al principio de razonabilidad pretender que el Pleno del Congreso se pronuncie a favor o en contra de un proyecto presentado esa misma mañana, con la finalidad de que tenga aplicación inmediata, y se detenga un proceso en marcha, sin haberse previamente pasado por un mínimo análisis de la propuesta.
- Por otra parte, y con relación al otorgamiento o rechazo de la cuestión de confianza, señala que esta debe darse de manera expresa, a través de una votación del Pleno, conforme al procedimiento regulado en el artículo 132 de la Constitución. En tal sentido, agrega que no es posible considerar una cuestión de confianza como otorgada o denegada de manera tácita o fáctica, pues ello contraviene el texto del artículo 132 antes mencionado, menoscabando así, esta competencia del Congreso, lo que atentaría contra el principio de separación de poderes.
- En esa dirección, argumenta que la presente controversia constituye un conflicto por menoscabo de competencias de atribuciones en sentido estricto, toda vez que, si bien el Poder Ejecutivo goza de legitimidad constitucional para plantear una cuestión de confianza, esta ha sido ejercida de manera indebida, ya que a través de ella se ha impedido que el Congreso de la República ejerza sus competencias exclusivas y excluyentes respecto de: (i) la elección de magistrados del Tribunal Constitucional; (ii) el desarrollo de sus actividades de acuerdo a su propio Reglamento; y, (iii) el otorgamiento o negación de confianza al Poder Ejecutivo a través de una votación expresa en el Pleno (artículos 201, 94 y 133 de la Constitución, respectivamente).
- Respecto del menoscabo de la competencia del Congreso de la República para regir sus procedimientos de acuerdo a su Reglamento, sostiene que el artículo 94 de la Constitución estipula su autonomía como poder del Estado, lo cual se replica en el artículo 3 de su Reglamento. Agrega que esta autonomía y prerrogativa de autorregulación del Poder Legislativo ha quedado confirmada por este Tribunal Constitucional en la Sentencia 0006-2018-PI/TC, al señalar que la Constitución consagra el principio de formación autónoma del Congreso de la República, con la finalidad de regular su propia actividad y su relación con otras instancias jurídicas e institucionales.
- Por los argumentos antes citados, la parte demandante considera que el Poder Ejecutivo no ha cumplido el supuesto regulado por el artículo 134 de la Constitución

para disolver el Congreso de la República, pues pese a que la cuestión de confianza fue debatida y aprobada, el Presidente de la República, a través del Decreto Supremo 165-2019-PCM, asumió que la cuestión de confianza fue fácticamente rechazada. En tal sentido, refiere que dejar al ámbito de la discrecionalidad del Poder Ejecutivo interpretar que una cuestión de confianza fue denegada fácticamente sin que exista un pronunciamiento expreso del Congreso de la República que deniegue dicha cuestión de confianza, resulta incompatible con un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, razón por la que solicita al Tribunal Constitucional declarar la nulidad del acto de disolución del Congreso de la República contenido en el Decreto Supremo 1652019-PCM.

- Finalmente, sostiene que es deber de este Tribunal salvaguardar los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, a través del respeto de las competencias entre poderes, y puntualiza que, al menoscabarse las atribuciones constitucionales del Congreso de la República, no solo se le afecta a este como entidad, sino también a la ciudadanía que se expresó en las urnas por distintas tendencias y organizaciones políticas, por lo que su disolución deviene en un menoscabo en la representación de la ciudadanía —desarrollado a través del proceso legislativo y la voluntad del debate de los distintos grupos parlamentarios— y de la institucionalidad democrática, más aun cuando el Poder Ejecutivo pretendió alterar dicho proceso y coaccionar al Congreso a que apruebe una norma bajo determinado resultado, lo cual vulnera flagrantemente el principio democrático.
- En consecuencia, manifiesta que es deber del Tribunal Constitucional velar por el respeto y la salvaguarda del principio de separación de poderes y, consecuentemente, de las competencias y atribuciones que el Poder Constituyente le otorga a cada poder público u organismo constitucional.

C. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Los argumentos expuestos en la contestación de la demanda son los siguientes:

- El demandado refiere que, desde una perspectiva constitucional, las competencias que ejercen el Legislativo y el Ejecutivo deben estar encaminadas a optimizar el ejercicio y protección de los derechos de las personas, a través de la legislación y las acciones de gobierno, antes que responder a los intereses particulares de quienes ostentan el poder en un momento determinado. Siendo uno de estos derechos el de participación de las personas, de forma individual o colectiva en los asuntos públicos, una de cuyas manifestaciones es ejercida para elegir a los integrantes del Congreso, que también se ejerce cuando, tras la disolución constitucional de este último, se convoca a elecciones para elegir un nuevo Congreso.
- Alude que la parte demandante invoca la violación del principio de separación de poderes —recientemente analizado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 00006-2018-CC/TC desde una perspectiva más amplia—, al cuestionar el uso de

la cuestión de confianza por parte del Poder Ejecutivo. Sin embargo, señala que tal invocación lo hace desde una perspectiva clásica y desfasada, que presupone una nula interacción para alcanzar los fines del Estado Constitucional, sin considerar las nuevas perspectivas de las relaciones entre los poderes del Estado, que promueven el desarrollo de acciones conjuntas en beneficio de la persona y de la sociedad.

- Agrega que es desde esta perspectiva amplia de reconocimiento de competencias que requieren de la interacción constante entre los poderes del Estado —sostenida por el profesor César Landa Arroyo—, con la que el Tribunal Constitucional debe analizar el presente caso, a fin de que, en la dinámica de perfilar los pesos y contrapesos necesarios para las decisiones políticas, se beneficie el respeto y garantía de los derechos de las personas.
- De otro lado, el demandado sostiene que la cuestión de confianza es una facultad del Poder Ejecutivo que no puede ser objeto de restricciones indebidas a través del Reglamento del Congreso, conforme lo ha precisado el Tribunal Constitucional en sus fundamentos 41 y 75 de la Sentencia 00006-2018PCC/TC. Por ello, señala que el Poder Legislativo no puede invocar una competencia exclusiva y excluyente para restringir el uso de esta facultad del Poder Ejecutivo, negando la posibilidad de que se presenten cuestiones de confianza respecto a reformas constitucionales y la elección de magistrados del Tribunal Constitucional.
- Por ello, y sobre la base de la opinión citada, el emplazado sostiene que la cuestión de confianza regulada en el artículo 134 de la Constitución, es de naturaleza facultativa, y su alcance es una cuestión política discrecional en la medida de que el Poder Ejecutivo tiene la competencia para priorizar las políticas de Estado, por lo que el Presidente de la República a través del Presidente del Consejo de Ministros ha tratado de reforzar dichas políticas. Sin embargo, más allá de que esta facultad no puede emplearse en el último año de mandato gubernamental, su uso debe estar ceñido a los principios de oportunidad, razonabilidad y proporcionalidad para evitar la arbitrariedad.
- En tal sentido, el demandado solicita al Tribunal Constitucional desarrollar los alcances de la cuestión de confianza como facultad del Poder Ejecutivo para concretar sus políticas en materia de lucha contra la corrupción, reforma de la justicia y reformas políticas. Asimismo, solicita que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la norma del Reglamento del Congreso que determina el momento en que se puede debatir la cuestión de confianza, aunque la materia central de la demanda es reconocer la facultad del Presidente de la República para interpretar el artículo 134 de la Constitución a fin de considerar denegada una cuestión de confianza cuando el Congreso adopta conductas contrarias a lo solicitado o aprobado. De este modo, se brindarán pautas para evitar que la cuestión de confianza devenga en ineficaz por la manera estrictamente formal en que el Congreso ha interpretado el procedimiento para su aprobación o denegatoria.
- Agrega que el derecho a la participación política de la ciudadanía es el fundamento de la facultad presidencial para disolver el Congreso de la República y la convocatoria

a elecciones congresales. Sostiene que la finalidad de disolución del Congreso no es promover una situación en la que el Poder Ejecutivo gobierne de forma permanente al Poder Legislativo sin la presencia de este último, sino que se trata de una potestad otorgada al Presidente para que, ante una crisis política, disuelva al Congreso con la finalidad de convocar a elecciones para que se elija uno nuevo, a fin de completar el periodo del anterior, conforme al artículo 136 de la Constitución. Esta alternativa brinda un escenario para que la ciudadanía se pronuncie sobre la correlación de fuerzas entre el Ejecutivo y el Congreso. Refiere que la ciudadanía también participa en la renovación del Congreso, para ver expresada su voluntad popular en las decisiones del Gobierno, si es que el Parlamento no las representa con lealtad a la Constitución.

- Enfatiza la parte demandada refiere que, al ser la disolución del Congreso una facultad del presidente para resolver una crisis política, la misma no puede estar condicionada a interpretaciones rígidas o formalistas del artículo 134 de la Constitución sobre cómo debe entenderse una denegatoria de confianza de dos Consejos de Ministros, forma de interpretación que considera contraria a los derechos políticos de las personas, ya que hacerlo así impediría salidas constitucionales a las crisis políticas.

- Por otro lado, señala que la demanda no ha ido debidamente fundamentada pues plantea un pedido genérico de interpretación de la Constitución basado en sus artículos 9, 10 y 11, sin mencionar hechos concretos con los que el Poder Ejecutivo habría menoscabado la competencia del Poder Legislativo.

- Adicionalmente, afirma que, en la medida que las reformas constitucionales pueden ser materia de revisión a través de procesos de inconstitucionalidad, corresponde al Tribunal Constitucional analizar el proceso de reforma constitucional en su integridad, a efectos de desestimar la pretensión de la parte demandante de considerar que el Poder Ejecutivo solo está restringido a proponer reformas constitucionales y no puede intervenir en el procedimiento legislativo de aprobación o rechazo de la misma, correspondiendo en ese sentido, desestimar los argumentos que pretende limitar el alcance y contenido de las cuestiones de confianza. Así, señala que el pedido de cuestión de confianza en materia de reforma constitucional debe ser planteado con los límites propios que tiene este tipo de reformas, debiendo resultar estas razonables y proporcionales a los ejes de la política de gestión gubernamental del Poder Ejecutivo.

- En esa línea, el demandado sostiene que pese a que el Congreso tiene la amplia libertad de aprobar o rechazar una reforma, tal facultad no es absoluta, y está sujeta a límites en el tiempo de su deliberación, uno de los cuales vendría establecido por el ejercicio de la cuestión de confianza que, frente a la dilación parlamentaria, estratégica o maliciosa, podría afectar las políticas gubernamentales urgentes como la lucha contra la corrupción política y judicial. Agrega que, presentar un proyecto de ley de reforma constitucional como hacer una cuestión de confianza del mismo, constituye una medida legítima de orden constitucional; más aún si en las democracias maduras cuando se producen tensiones irresueltas entre el Gobierno y la oposición parlamentaria, corresponde al pueblo dirimir la crisis de gobernabilidad constitucional, mediante un proce-

so electoral. Por ello, refiere que no se ha presentado un menoscabo de competencias, ni afectación del principio de separación de poderes.

- Por otro lado, el demandado precisó que, respecto del presunto menoscabo de competencias del Congreso de la República para elección de magistrados y el mecanismo de selección de los mismos, dicho proceso de elección fue objeto de diversos cuestionamientos, tanto a nivel interno como en el ámbito internacional, debido a la ausencia de garantías de transparencia. Añade que, del correcto funcionamiento del Tribunal Constitucional depende la defensa de la Constitución y el fortalecimiento del Estado y el control constitucional, razón por la cual el proceso de elección de sus integrantes debe realizarse sobre principios de transparencia, que garanticen la legitimidad de las decisiones de la institución.
- Sostiene que tal preocupación es compartida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por cuanto en un comunicado de fecha 26 de setiembre de 2019, expresó su preocupación por las denuncias de publicidad y transparencia en el proceso de selección de seis magistrados del Tribunal.
- De igual forma, agrega que la Defensoría del Pueblo, en su comunicado de fecha 30 de setiembre de 2019, exhortó a postergar la elección de magistrados del Tribunal Constitucional, y señaló que se debía reafirmar el cumplimiento del principio deliberativo para otorgar máxima legitimidad al proceso de elección, puesto que tanto el Poder Ejecutivo como grupos parlamentarios y la sociedad civil habían manifestado su preocupación por la forma en la que se realizaba el mismo.
- El demandado sostiene que, a raíz de estos cuestionamientos, el 30 de setiembre de 2019 el Poder Ejecutivo presentó el Proyecto de Ley 4847-2019-PE, en el que propuso medidas para que dicho proceso se realice con transparencia en el que prime el interés general, a fin de garantizar la elección de magistrados independientes para el cargo. Por ello, propuso la modificación del artículo 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a fin de adecuar la fórmula de selección de los magistrados de dicho organismo a una que garantice la elección de personas independientes e idóneas para el cargo, fórmula que se sostiene en el principio de transparencia. Agrega que existe una necesidad de establecer reglas claras más allá de la selección por invitación, a fin de obtener mayor legitimidad de la población ante la elección de sus autoridades, quienes resolverán causas relativas a la protección de sus derechos.
- Por otro lado, refiere que el demandante parte de un enfoque errado cuando señala que el objetivo de la cuestión de confianza era suspender el proceso de elección de los magistrados del Tribunal Constitucional, pues lo que se buscaba era que este proceso se desarrollara con las garantías de transparencia que aseguren su legitimidad. Por ello, indica que existe una falta de comprensión del Congreso respecto del objetivo de la cuestión de confianza del 30 de setiembre de 2019, que no buscaba que se aceptara dar un trámite formal a una propuesta legislativa.

- Agrega que la cuestión de confianza no tiene un límite temporal. La oportunidad de presentación dependerá de las circunstancias propias del entorno político, determinada por diversas variables (políticas públicas, por ejemplo). Por ello, refiere que la cuestión de confianza pudo presentarse desde el momento en que se inició el procedimiento de selección de magistrados hasta el momento previo a la votación, opciones compatibles con el texto constitucional.
- También señala que la cuestión de confianza no fue presentada para aplicar normas de manera retroactiva al procedimiento de selección de magistrados. Suponer que en atención a la única disposición complementaria final establecida en la fórmula normativa del proyecto de ley promovido, se aplicaría de manera retroactiva, implicaría asumir hipotéticamente una ley que el Congreso no ha llegado a aprobar. Lo que correspondía era someter dicha propuesta al procedimiento legislativo de producción normativa para conocer la decisión del órgano legislativo sobre la aplicación de las nuevas reglas de transparencia al proceso de selección de magistrados en curso. Todos los otros aspectos procedimentales legislativos, quedaban en la exclusiva competencia del Congreso.
- Respecto al supuesto menoscabo de la competencia del Congreso de la República para decidir una cuestión de confianza, señala que el Presidente de la República expuso de manera pública, en su mensaje del 28 de julio de 2019, la posición del Poder Ejecutivo, en el sentido de considerar negada la confianza por parte del Poder Legislativo si este realizaba acciones contrarias al contenido del pedido de confianza.
- Añade que, a pesar de que el Poder Ejecutivo entendió que la confianza había sido otorgada formalmente respecto del pedido formulado el 4 de junio de 2019, esta fue denegada al desnaturalizarse el contenido de la propuesta sobre la inmunidad parlamentaria. Pero en tal oportunidad el Presidente de la República decidió no disolver el Congreso de la República.
- Por ello, sostiene que el Congreso de la República tuvo conocimiento desde el 28 de julio de 2019 de la posición jurídica del Poder Ejecutivo sobre la interpretación del artículo 134 de la Constitución, en el sentido de no considerar aceptada o denegada la confianza solo en atención a la votación formal de la misma.
- El demandante agrega que la negativa a la cuestión de confianza presentada el 30 de setiembre de 2019, para que la elección de magistrados del Tribunal Constitucional se desarrolle de acuerdo a un proceso transparente, se manifestó de forma indubitable cuando decidió continuar con un proceso de elección que no se desarrolló con las reglas mínimas de transparencia.
- Advierte que, de admitir que la cuestión de confianza solo puede considerarse como aceptada o negada por el Congreso de la República a través de la votación expresa del Pleno, este Tribunal optaría por una interpretación formal de la Constitución, dejaría de lado los fundamentos constitucionales de la disolución del Congreso de la República y avalaría que este haga un uso indebido de su facultad para decidir en torno a las cuestiones de confianza.

- Por ello, sostiene además que se debe buscar que la interpretación de las normas constitucionales permita alcanzar la finalidad para la cual han sido previstas. Y añade que, en la presente controversia, lo que se busca es que la salida a la crisis política sea decidida por la ciudadanía a través de las urnas con la elección de un nuevo Congreso de la República.
- En consecuencia, puntualiza que para que se considere cumplida la condición prevista en la Constitución para que se proceda a la disolución del Congreso de la República, la denegatoria de la confianza no solo se manifiesta cuando formalmente se vota en contra de lo propuesto por el Poder Ejecutivo, sino, también, cuando se realizan acciones o se toman decisiones parlamentarias contrarias a dicho planteamiento.
- Finalmente, precisa que el demandante ha cuestionado de manera general el contenido del Decreto Supremo 165-2019-PCM por lo que se debe entender como una pretensión accesoria.
- Añade, además, que el demandante no ha invocado el artículo 113 del Código Procesal Constitucional, referido a los efectos de las sentencias en los procesos competenciales, o alguna otra norma o jurisprudencia que habilite al Tribunal Constitucional a dejar sin efecto una norma como consecuencia de haberse identificado un menoscabo en las competencias de un órgano constitucional por el uso indebido de una competencia por parte de otro.

Informe presentado por el Defensor del Pueblo

El Defensor del Pueblo presentó un informe escrito como *amicus curiae* en el presente proceso. Entre sus argumentos, hace referencia al Informe Defensorial sobre la crisis política, cuestión de confianza y disolución del Congreso de la República, publicado el 25 de noviembre de 2019, donde se señala que otorgarle un margen de discrecionalidad al Ejecutivo a fin de determinar, sin más criterio que el suyo, en qué casos se ha denegado o concedido la confianza supondría un peligro para el equilibrio de poderes. Es decir, aclara que podría generar un precedente de acuerdo al cual los mandatarios podrían concluir, cuando convenga a sus intereses, que existió un rechazo fáctico de la cuestión de confianza, lo que les permitiría emplear arbitrariamente el mecanismo de disolución del artículo 134 de la Constitución.

II. FUNDAMENTOS

§ 1. PROCESO COMPETENCIAL Y TIPOS DE CONFLICTO

1. Tal como establece el artículo 110 del Código Procesal Constitucional, el conflicto competencial "se produce cuando alguno de los poderes o entidades estatales [legitimados para ser parte en el proceso] adopta decisiones o rehúye deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro".

2. Este órgano de control de la Constitución tiene resuelto que el "objeto del proceso competencial es la vindicación o, en su caso, la determinación de una competencia o una atribución. Persigue que el Tribunal Constitucional precise el poder, órgano o ente estatal al que corresponde la titularidad de las competencias o atribuciones objeto del conflicto" (cfr. STC 0011-2009-CC/TC, fundamento 1).

3. Debe enfatizarse que no cualquier clase de afectación de competencias o atribuciones da lugar a este tipo de procesos. Y es que en el referido artículo del Código Procesal Constitucional se precisa que la afectación ha de recaer sobre competencias o atribuciones asignadas "por la Constitución o la Ley Orgánica".

4. Como se entiende de la norma constitucional citada, pueden presentarse distintos tipos de conflictos, y estos pueden ser típicos (positivos y negativos) o atípicos (conflictos constitucionales por menoscabo o por omisión de cumplimiento de acto obligatorio).

5. El conflicto positivo se genera cuando más de un órgano constitucional reclama para sí la titularidad de una misma competencia o atribución. En contraposición a ello, un conflicto negativo ocurre cuando más de un órgano constitucional se considera incompetente para llevar a cabo un concreto acto estatal (cfr. STC 0001-2010-CC/TC, fundamento 2).

6. Sin embargo, no son estos los únicos supuestos que pueden desencadenar un conflicto competencial susceptible de ser dirimido por este Tribunal, pues también cabe referirse a los conflictos constitucionales por menoscabo de atribuciones constitucionales (cfr. SSTC 0005-2005-CC/TC, 0006-2006-CC/TC y 0001-2010CC/TC).

7. En el caso de estos conflictos atípicos no se trata de la disputa por titularizar o no una misma competencia, sino de aquella que se suscita cuando, sin reclamarla para sí, un órgano constitucional, por omitir un deber constitucional o de relevancia constitucional, afecta el debido ejercicio de las competencias constitucionales de otro.

8. En el caso de autos, la parte demandante alega que existe un conflicto constitucional por menoscabo de atribuciones en sentido estricto entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. Señala que ambos poderes conocen perfectamente sus competencias, pero uno de ellos ha realizado un indebido o prohibido ejercicio de la competencia que le corresponde, lo que repercute sobre el ámbito del que es titular el otro órgano constitucional.

9. El proceso competencial resulta de importancia justamente para dirimir las controversias que se susciten en torno a las atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado y, en consecuencia, el desarrollo del sistema democrático requiere que los casos como el presente sean deliberados y resueltos por este órgano de control de la Constitución.

10. Como este Tribunal ya pusiera de relieve en el auto de admisión de la demanda competencial, una controversia que gira en torno a la legitimidad de la disolución del

Congreso de la República constituye uno de los más importantes y urgentes conflictos constitucionales que podrían ser materia del proceso competencial establecido en el inciso 3 del artículo 202 de la Constitución.

11. Así, corresponde al Tribunal Constitucional, como órgano de cierre de la interpretación constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, evaluar la actuación del Poder Ejecutivo a fin de determinar si en el presente caso la disolución del Congreso de la República fue dispuesta en concordancia con las competencias de los poderes involucrados, el principio de separación de poderes y la normativa establecida en la Constitución.

§ 2. LA SEPARACIÓN Y EQUILIBRIO DE PODERES

12. Este Tribunal en su jurisprudencia ha señalado lo siguiente:

> Conforme a los artículos 3 y 43 de la Constitución, la República del Perú se configura como un Estado Democrático y Social de Derecho, y su gobierno se organiza según el principio de separación de poderes. Al respecto, hemos expresado que la existencia de este sistema de equilibrio y de distribución de poderes, con todos los matices y correcciones que impone la sociedad actual, sigue constituyendo, en su idea central, una exigencia ineludible en todo Estado Democrático y Social de Derecho. La separación de estas tres funciones básicas del Estado, limitándose de modo recíproco, sin entorpecerse innecesariamente, constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos e, idénticamente, para limitar el poder frente al absolutismo y la dictadura (STC 00004-2004PCC/TC, fundamento 23).

13. La separación de poderes es un principio que pertenece al núcleo duro del Estado Constitucional, y si bien no es un fin en sí mismo, constituye el soporte del equilibrio de poderes. A través de este, se garantiza la limitación del poder político, en la idea de que ello hace a la esencia de una sociedad en la que se respeten los derechos fundamentales.

14. Ahora bien, la Constitución de cada país distribuye las funciones de gobierno entre los diferentes poderes del Estado para establecer un sistema de pesos y contrapesos equilibrado, que evita el exceso y el abuso de poder, y proscribe la arbitrariedad.

15. La distribución del poder debe ser consistente con la naturaleza de cada uno de los denominados poderes del Estado. Así, al Poder Legislativo, le corresponde en esencia las funciones normativas y fiscalizadoras; mientras que al Poder Ejecutivo, las funciones de administración y gestión; y, al Poder Judicial, las funciones de administrar justicia.

§ 3. LA CONCURRENCIA DEL PRESIDENTE DEL CONSEJO DE MINISTROS AL CONGRESO DE LA REPÚBLICA EL 30 DE SETIEMBRE DE 2019

16. Entrando ya al análisis de los hechos del caso, el viernes 27 de setiembre de 2019, el Presidente del Consejo de Ministros, mediante Oficio N° 213-2019-PCM/DM, se dirigió al Presidente del Congreso con la siguiente solicitud:

> [...] en la primera oportunidad que se reúna el Pleno del Congreso a partir de la fecha, se me permita plantear, a nombre del Consejo de Ministros, una cuestión de confianza ante el Congreso de la República, de acuerdo a los artículos 132 y 133 de la Constitución Política del Perú y del literal c) del artículo 86 del reglamento del Congreso.

17. El lunes 30 de setiembre de 2009, a las 9 horas con 09 minutos, el Presidente de la República presentó al Congreso, con carácter de urgencia, un proyecto de ley modificatorio del artículo 8 de la Ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, relativo al procedimiento de selección de magistrados del Tribunal Constitucional.

18. Ese mismo 30 de setiembre, a partir de las 10 horas y 25 minutos, el Pleno del Congreso de la República se reunió con un único punto de Agenda: "Elección de Magistrados del Tribunal Constitucional", convocado al efecto con diez días de anticipación: el 19 de setiembre de 2019.

19. Luego de registrarse la asistencia y verificarse que se contaba con quórum de ley, el Presidente del Congreso señaló lo siguiente:

> Se informa a la representación nacional que la Junta de Portavoces ha accedido a la petición formulada por escrito el pasado viernes 27 de setiembre por el presidente del Consejo de Ministros, en el sentido de recibirlo en la fecha para que pueda plantear una cuestión de confianza ante el pleno. Para este efecto, el acuerdo de Portavoces ha sido invitarlo a sustentar al término del acto electoral para el cual hemos sido convocados (Congreso de la República, Diario de los Debates, Primera Legislatura Ordinaria de 2019, 30 de setiembre de 2019, p. 2).

20. No obstante que la Junta de Portavoces había accedido a invitar al Presidente del Consejo de Ministros a sustentar la petición formulada al término de la "elección de magistrados del Tribunal Constitucional", este se presentó antes del inicio de dicho acto aproximadamente a las 11 horas y 30 minutos del citado 30 de setiembre de 2019, ingresando sin previa autorización y haciendo uso de la palabra, utilizando indebidamente la circunstancia en que el congresista Gino Costa empezó hacer uso de la palabra y, antirreglamentariamente, le permitió intervenir ante el Pleno, frente a lo cual el Presidente del Congreso "por cortesía", le dio la palabra. Entonces, Presidente del Consejo de Ministros señaló lo siguiente:

> [...] un reconocimiento, señor presidente, a la cortesía que me brinda para hablar, que, sin embargo, me lleva a tener que decir que es el artículo 129 de la Constitución el que me faculta a hacer uso de la palabra con independencia de su tan ama-

> ble cortesía (Congreso de la República, Diario de los Debates, Primera Legislatura Ordinaria de 2019, 30 de setiembre de 2019, p. 11).

Y es en ese momento que el Presidente del Consejo de Ministros plantea la cuestión de confianza, en los siguientes términos:

> [...] hemos presentado un proyecto de ley para un proceso transparente, un proyecto de ley ya presentado ante este Congreso, por el cual en nombre del Consejo de Ministros hago cuestión de confianza en este mismo momento, para que el Parlamento decida si nos otorga la confianza y considera, por lo tanto, que hay que hacer uso de transparencia, o para que nos la niegue si considera que va a seguir adelante con ese procedimiento (Congreso de la República, Diario de los Debates, Primera Legislatura Ordinaria de 2019, 30 de setiembre de 2019, p. 13).

21. Como puede apreciarse, el 30 de setiembre el Presidente del Consejo de Ministros y sus ministros irrumpieron en el hemiciclo del Congreso, pretendiendo cambiar la agenda de la sesión que se había convocado para elegir a los magistrados de este Tribunal.

22. A consideración nuestra, es clara la infracción constitucional cometida en detrimento de las competencias del Congreso de la República, con la irrupción del Presidente del Consejo de Ministros en la sesión del 30 de setiembre de 2019. Tal acto no puede justificarse en el primer párrafo del artículo 129 de la Constitución.

23. La Constitución señala en su artículo 129, primer párrafo:

El Consejo de Ministros en pleno o los ministros por separado pueden concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates **con las mismas prerrogativas que los parlamentarios**, salvo la de votar si no son congresistas (énfasis añadido).

24. Nótese que los ministros no pueden tener más prerrogativas que los parlamentarios. Ningún congresista está habilitado constitucionalmente para cambiar a última hora la agenda de la sesión del Pleno.

25. En efecto, ningún parlamentario puede conseguir, a su sola petición, cambiar la agenda de una sesión en curso aprobada por su Consejo Directivo. El artículo 53 del Reglamento del Congreso señala que, en el curso del debate, la agenda solo puede modificarse de la siguiente manera:

> [...] por acuerdo de la Junta de Portavoces, con el voto que represente un mínimo de tres quintos de los miembros del Congreso [...].

26. De otro lado, que el proyecto de ley remitido por el Presidente de la República tenga carácter de urgencia y, por tanto, trámite preferente (artículo 105 de la Constitución), no significa que para su atención tenga que alterarse la agenda preestablecida de una sesión del Congreso, ya que lo único que permite esa condición de urgente es que el proyecto de ley pueda ser exonerado de los trámites de envío a comisiones y prepublicación o de algún requisito formal (cfr. Artículos 31-A y 77 del Reglamento del Congreso).

27. Consecuentemente, el hecho de que la Constitución dé a los ministros la posibilidad de concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates, no significa que los releve de sujetarse al orden o agenda establecidos previamente por el Congreso.

28. Lo contrario significaría que la Constitución faculta a los ministros para arrogarse una atribución propia de la función legislativa del Congreso (artículo 102, inciso 10, de la Constitución), como es el orden de su trabajo, establecido en una agenda que aprueba su Consejo Directivo.

29. En el caso, en respuesta al pedido (presentado el viernes 27 de setiembre de 2019) del Presidente del Consejo de Ministros para ser recibido por el Parlamento y plantear una cuestión de confianza, el Presidente del Congreso, el lunes 30 de setiembre, informó a la representación nacional que la Junta de Portavoces (a la que corresponde decidir al respecto, según los artículos 31-A.3 y 53 del Reglamento del Congreso) había acordado invitarlo a sustentar al término del acto de elección de magistrados del Tribunal Constitucional agendado para esa mañana del 30 de setiembre. Por tanto, el Presidente del Consejo de Ministros debía sujetarse a esa decisión tomada por el Congreso en ejercicio de sus competencias constitucionales y presentarse en el momento que se le había indicado.

30. Por estas consideraciones, somos de la opinión que el Presidente del Consejo de Ministros violó la Constitución por la forma y oportunidad en que presentó la cuestión de confianza, en menoscabo de las competencias del Congreso de la República expresadas en su Reglamento (artículo 94 de la Constitución).

§ 4. EL CONTENIDO DE LA CUESTIÓN DE CONFIANZA PRESENTADA POR EL PRESIDENTE DEL CONSEJO DE MINISTROS

31. Como señala la ponencia (fundamento 149), el Presidente del Consejo de Ministros, el 30 de setiembre de 2019, planteó cuestión de confianza sobre dos aspectos:

    i. La aprobación de un proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; y,

    ii. La paralización del procedimiento de elección de los magistrados.

32. Empezaremos analizando si es constitucionalmente posible que el Presidente del Consejo de Ministros haga cuestión de confianza sobre un proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

33. En la Sentencia recaída en el expediente 0006-2018-PI/TC, este Tribunal describió los posibles contenidos de la cuestión de confianza del modo siguiente:

> Este Tribunal Constitucional encuentra que la cuestión de confianza que pueden plantear los ministros ha sido regulada en la Constitución de manera abierta, con la clara finalidad de brindar al Poder Ejecutivo un amplio campo de posibilidades en busca de respaldo político por parte del Congreso, para llevar a cabo las políticas que su gestión requiera (fundamento 75).

34. Asumir que cuando el Tribunal Constitucional habla de la regulación "abierta" de las materias que pueden ser objeto de cuestión de confianza, significa que el Ejecutivo puede plantearla por cualquier materia o invocando conceptos indeterminados como el "interés nacional", constituye una lectura parcial y, por tanto, una distorsión del criterio sentado por este órgano de control de la Constitución.

35. Como puede fácilmente apreciarse de la cita que antecede, la apertura en la regulación constitucional de la cuestión de confianza está referida exclusivamente a las medidas que el Ejecutivo requiera para "su gestión".

36. Según el Diccionario de la Real Academia Española, "gestionar" es "acción y efecto de administrar".

37. Es decir, los ministros pueden hacer uso de la cuestión de confianza sobre toda medida que juzguen necesaria (inclusive la aprobación de proyectos de ley), con toda amplitud. Pero tales medidas no pueden versar sobre cualquier materia, sino sobre aquellas que atañen a su tarea de administración de los servicios públicos cuya dirección y gestión está confiada al Consejo de Ministros por la Constitución (cfr. artículo 119).

38. Desde esta perspectiva, un proyecto de ley sobre el procedimiento de selección de magistrados del Tribunal Constitucional corresponde a la regulación de un órgano constitucional autónomo que nada tiene que ver con la administración de los servicios públicos a cargo de los ministros de Estado.

39. La conformación del Tribunal Constitucional no es un asunto vinculado a la gestión del gobierno, sino un asunto de Estado que trasciende a cualquier gobierno.

40. Por supuesto, esto no perjudica la iniciativa legislativa que ostenta el Presidente de la República (artículo 107 de la Constitución). El Presidente de la República puede presentar un proyecto de ley para modificar el procedimiento de selección de magistrados del Tribunal Constitucional, pero sus ministros no pueden hacer cuestión de confianza sobre este.

41. Por ello, plantear una cuestión de confianza sobre una propuesta para modificar este procedimiento implicó menoscabar las atribuciones del Congreso de la República y vulneró el principio de separación de poderes establecido en el artículo 43 de la Constitución.

42. La ponencia (fundamento 160) parecería justificar el planteamiento de la cuestión de confianza en la "integridad y lucha contra la corrupción", que es un "eje" de la Política General de Gobierno al 2021 (cfr. artículo 3.1 del Decreto Supremo 0562018-PCM). Sin embargo, como señala el magistrado Sardón de Taboada en su voto singular, en la perspectiva constitucional, "resulta un contrasentido pretender luchar contra la corrupción vulnerando la separación de poderes. En esta perspectiva, la separación de poderes y la continuidad del proceso democrático son la política anticorrupción y de control del abuso del poder más importante que se puede tener. No puede combatirse

la corrupción y el abuso del poder disolviendo el Congreso y concentrando poderes en una sola mano a base de una interpretación forzada de la Constitución".

43. En efecto, bajo la bandera de la lucha contra la corrupción, en la cual todos estamos comprometidos, sin excepción alguna, no cabe lesionar competencias de instituciones básicas del Estado Constitucional, ya que en puridad la lucha contra la corrupción es una gesta nacional y patriótica, en la que todos estamos empeñados, y no una gestión de gobierno.

44. En consecuencia, opinamos que el Presidente del Consejo de Ministros violó las competencias del Congreso de la República al plantear cuestión de confianza sobre el proyecto de ley relativo al procedimiento de selección de magistrados del Tribunal Constitucional.

45. Toca ahora analizar la constitucionalidad de la cuestión de confianza planteada con el fin de que se paralice el procedimiento de elección de los magistrados que el Congreso estaba llevando a cabo en sesión convocada para la mañana de ese 30 de Setiembre.

46. El Congreso había emprendido el procedimiento de selección de candidatos bajo modalidad Especial efectuando la convocatoria por invitación, conforme al artículo 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

47. A diferencia de la modalidad Ordinaria de designación de magistrados del Tribunal Constitucional, en la modalidad Especial la citada Ley Orgánica no prevé presentación de propuestas ni período de tachas de candidatos. Por lo demás, en las últimas elecciones de magistrados del Tribunal Constitucional, incluyendo las del actual colegiado, el Congreso ha empleado la modalidad Especial por invitación, sin entrevistas ni etapa de tachas *mandatorias*.

48. En aplicación de esa modalidad Especial, el Pleno del Congreso aprobó el 22 de noviembre de 2018, por 86 votos a favor, ningún voto en contra y ninguna abstención, la propuesta de la Junta de Portavoces de conformar una Comisión Especial encargada de la selección por invitación.

49. La Comisión Especial se reunió entre el 13 y el 18 de setiembre de 2019 a fin de cumplir su encargo. El 18 de setiembre se concluyó, por mayoría, proponer ante el Pleno del Congreso a 11 candidatos para cubrir seis plazas vacantes en el Tribunal Constitucional.

50. El 19 de setiembre el Pleno del Congreso de la República fue convocado para el 30 de setiembre de 2019, con un único punto de Agenda: "Elección de Magistrados del Tribunal Constitucional". Con ello se daba cumplimiento al artículo 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que señala que, presentada la propuesta de candidatos, el Pleno del Congreso es convocado en un término no inferior a siete días para que se proceda a la elección de los magistrados.

51. Es, entonces, un procedimiento regulado en el artículo 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y en el Reglamento del Congreso lo que se estaba llevando a cabo la mañana del 30 de setiembre de 2019, cuando el Presidente del Consejo de Ministros irrumpió en el Pleno del Congreso sin haber sido convocado.

52. A nuestro juicio, el Presidente del Consejo de Ministros no podía hacer cuestión de confianza sobre la paralización del procedimiento de elección de los magistrados que el Congreso había convocado para el 30 de setiembre de 2019.

53. Como ya hemos sustentado, en modo alguno compete a la gestión del Ejecutivo pretender, a su discreción, modificar la agenda de una sesión convocada con anticipación legal y reglamentaria y, en ejecución de una competencia que la Constitución (artículo 201) atribuye al Congreso de modo exclusivo y excluyente, como es la elección de magistrados del Tribunal Constitucional.

54. Al respecto, no queda sino concluir que el Presidente del Consejo de Ministros violó las competencias del Congreso de la República cuando planteó cuestión de confianza a fin de que el Congreso paralice el procedimiento de elección de los magistrados convocado y agendado para la mañana del 30 de setiembre de 2019.

§ 5. SOBRE LA DENEGATORIA DE LA CUESTIÓN DE CONFIANZA

55. El Decreto Supremo 165-2019-PCM, por el cual el Presidente de la República disuelve el Congreso de la República y convoca a elecciones para un nuevo Congreso, hace, en su parte considerativa, un recuento de los hechos que llevaron a la disolución. En su cuarto párrafo da cuenta de la cuestión de confianza planteada por el Presidente del Consejo de Ministros la mañana del 30 de setiembre de 2019, indicando que:

> [...] esta no se sometió a debate ni a votación, sino que se continuó con la elección, pese a la falta de transparencia y de mecanismos para la plena participación de la ciudadanía, advertida por el Poder Ejecutivo. **Por esta negativa de suspender el procedimiento de selección de magistrados** y de brindar las garantías suficientes para que esta selección garantice la mayor legitimidad posible al Tribunal Constitucional, el Congreso negó la confianza presentada por el Presidente del Consejo de Ministros en la fecha (énfasis añadido).

56. Como puede apreciarse, para el Presidente de la República la negación de confianza por parte del Congreso no se da producto de un debate y votación de esta, sino por actos del Parlamento que para el Presidente demuestran el rechazo de la cuestión de confianza: no haber sido esta debatida y votada en el mismo momento en que fue planteada por el Presidente del Consejo de Ministros y no haberse suspendido el procedimiento de selección de magistrados agendado para esa fecha.

57. Sobre este tópico hay que partir de la consideración que, en armonía con la Constitución y el Reglamento del Congreso de la República, la cuestión de confianza por iniciativa ministerial exige una declaración expresa del Parlamento, al punto que, el

Reglamento del Congreso (artículo 86, inciso "c") manda que esta sea debatida en la misma sesión en la que se plantea o en la siguiente. En tal sentido, lo enfatizamos, no caben aquí interpretaciones tácitas de la voluntad del Parlamento.

58. Para el Presidente de la República fue suficiente la denegación "fáctica" de la cuestión de confianza, a partir de la interpretación que él realiza de los actos del Congreso, sin considerar que debe haber una negativa expresa a través de una votación, que es como el Parlamento expresa su voluntad.

59. Por tanto, el Presidente de la Republica interpreta la actuación parlamentaria, ejecutada en virtud de su agenda previamente aprobada por las fuerzas políticas del Congreso de la República y conforme a sus facultades constitucionales y reglamentarias, como actos contrarios a los fines que el Presidente persigue con la cuestión de confianza, concluyendo que ha existido una denegación fáctica. Tal lógica es a todas luces inconstitucional y lesiona las competencias constitucionales del Congreso de la República, que el primer mandatario está en el inexcusable deber de respetar y garantizar, en armonía con el juramento que prestó al asumir su cargo de respetar y cumplir la Constitución.

60. Por otro lado, la ponencia (fundamento 210) señala que el rechazo de la cuestión planteada por la congresista Huilca Flores luego de la presentación del Presidente del Consejo de Ministros en la sesión del Congreso del 30 de setiembre de 2019, constituyó el rechazo material de la cuestión de confianza.

61. La congresista Huilca Flores presentó dicha cuestión previa en los términos siguientes:

> [N]osotros por eso creemos que tiene que, esta moción que hemos presentado, debatirse acá, en el Pleno. Hemos planteado que se suspenda este proceso porque no tiene garantías.
>
> [...]
>
> Por eso, Presidenta, ratificamos el pedido y lo planteamos vía una cuestión previa, que se vea y que se cancele y deje sin efecto esta elección de los magistrados del Tribunal Constitucional [...] (Congreso de la República, *Diario de los Debates*, Primera Legislatura Ordinaria de 2019, 30 de setiembre de 2019, pp. 21-22).

62. Como puede apreciarse, la cuestión previa de la congresista Huilca Flores no fue por debatir o votar la cuestión de confianza planteada por el Presidente del Consejo de Ministros. Tuvo un pedido muy concreto: suspender el proceso de selección de magistrados del Tribunal Constitucional agendado para la sesión del 30 de setiembre de 2019 que se estaba llevando a cabo.

63. Tal cuestión previa no fue otra cosa que un pedido de modificación de la agenda de una sesión en curso, que, por tanto, requería del acuerdo de la Junta de Portavoces, con el voto que represente un mínimo de tres quintos de los miembros del Congreso, según lo establece puntualmente el artículo 53 de su Reglamento, como hemos visto *supra*.

64. La referida cuestión previa recibió 34 votos a favor, 81 en contra y cero abstenciones, por lo que fue desestimada (Congreso de la República, *Diario de los Debates*, Primera Legislatura Ordinaria de 2019, 30 de setiembre de 2019, p. 46).

65. Sobre este particular, hacemos especial hincapié que la cuestión previa planteada por la congresista Huilca Flores no tuvo efectos, ya que no consiguió modificar la agenda de la sesión del 30 de setiembre de 2019, como lo perseguía amparándose en el Reglamento del Congreso de la República.

66. En este punto dejamos constancia, que dar a la votación denegatoria de dicha cuestión previa un efecto distinto al previsto en el Reglamento del Congreso de la República, sosteniendo que fue una negación material, tácita, fáctica o manifiesta de la cuestión de confianza, es contrariar el principio de legalidad, que es esencial en un Estado Constitucional.

67. Por ello, consideramos que, en este punto, también el Poder Ejecutivo contrarió las atribuciones que la Constitución reserva y asigna al Congreso, por lo que el Presidente de la República infringió el principio de separación de poderes.

§ 6. DE LA CUESTIÓN DE CONFIANZA SOBRE PROYECTOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL

68. El Tribunal Constitucional, en el auto del 18 de noviembre de 2019 recaído en el presente expediente suscrito por todos los magistrados que integramos el actual Colegiado, sin excepción alguna, precisó lo siguiente (fundamento 4):

> [E]ste Tribunal considera que el auto de calificación de la demanda ha sido suficientemente claro, al precisarse en los fundamentos 14 y 15 del mismo que **no es materia de conocimiento de este proceso competencial la cuestión de confianza referida a la aprobación de normas de reforma constitucional**. En tal sentido, no ha sido admitida la pretensión a que se hace referencia en el extremo a) del fundamento 14 del auto de calificación de la demanda (énfasis añadido).

69. No obstante que este auto deja meridianamente claro que este Tribunal no se pronunciará en este proceso por la constitucionalidad de la cuestión de confianza sobre proyectos de reforma constitucional, los magistrados que suscriben la sentencia en mayoría, yendo contra sus propios actos, emiten pronunciamiento sobre esta materia (en sus fundamentos 197 a 200), llegando a decir que se ha "abierto la posibilidad" de que se formule cuestión de confianza sobre reformas constitucionales (fundamento 200).

70. El pronunciamiento de la sentencia de mayoría sobre esta materia no solo contraviene dicho auto, sino que no toma en cuenta que la ponencia que fuera entregada a los magistrados de este Tribunal y publicada en la página web institucional, no contenía referencia alguna a la cuestión de confianza sobre reforma constitucional ni que tam-

poco fue objeto de debate en la audiencia pública de la presente causa (4 de diciembre de 2019), ni en la deliberación que tuvimos el 14 de enero de 2020 en sesión pública del Pleno de este Tribunal.

§ 7. EFECTOS DE LA PRESENTE DECISIÓN

71. El artículo 113 del Código Procesal Constitucional señala lo siguiente:

> La sentencia del Tribunal vincula a los poderes públicos y tiene plenos efectos frente a todos. Determina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. Asimismo resuelve, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos.

72. Siendo esto así, al estimar la presente demanda corresponde anular el Decreto Supremo 165-2019-PCM, que disuelve el Congreso de la República y convoca a elecciones para un nuevo Congreso.

73. Pero también el citado artículo del Código Procesal Constitucional dice que este Tribunal resuelve lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base del acto administrativo viciado de incompetencia.

74. En tal sentido, tenemos que dicho Decreto Supremo convocó a elecciones a un nuevo Congreso para el 26 de enero de 2020, a fin de que se complete el período constitucional del Congreso disuelto. Este proceso electoral se encuentra actualmente en curso.

75. Uno de los principios que debe regir la labor del juez constitucional es la "previsibilidad de las consecuencias" de sus decisiones y la función pacificadora de la jurisdicción constitucional (cfr. SSTC 025-2005-PI/TC, fundamento 108; 005-2005- CC/TC, fundamento 59). Esto es, el juez debe ser consciente del impacto de sus pronunciamientos en la sociedad y el ordenamiento jurídico.

76. Desde esta perspectiva, que la anulación del Decreto Supremo 165-2019-PCM acarree la anulación de la convocatoria a elecciones para un nuevo Congreso y que el que fue elegido el 2016 reasuma funciones, podría tener consecuencias negativas en la estabilidad jurídica y política del país, especialmente si se tiene en cuenta lo ya avanzado que se encuentra el actual proceso electoral, en el que distintas fuerzas políticas (incluso las presentes en el Congreso disuelto) vienen participando.

77. Entonces, en aplicación de los principios de "previsibilidad de las consecuencias" y de "función pacificadora", debe concluirse que estimar la presente demanda no puede implicar anular la convocatoria a elecciones de un nuevo Congreso de la República para el 26 de enero de 2020.

Por estos fundamentos, nuestro voto es por:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda competencia) interpuesta por el Poder Legislativo contra el Poder Ejecutivo, por la disolución del Congreso de la República decretada

por el Presidente de la República el 30 de setiembre de 2019, por infracción a las competencias constitucionales del Congreso de la República; sin que ello signifique la anulación de la convocatoria a elecciones de un nuevo Congreso de la República dispuesta para el 26 de enero de 2020; elecciones que continuarán conforme al cronograma establecido.

2. **ESTABLECER** los siguientes criterios:

   a) No hay denegación tácita o fáctica de la cuestión de confianza.

   b) La denegatoria de la cuestión de confianza debe ser expresada a través de una votación especial del Congreso de la República.

   c) No cabe solicitar cuestión de confianza sobre materias de competencia del Congreso de la República.

   d) No cabe plantear cuestión de confianza sobre materias que no estén referidas a medidas que el Poder Ejecutivo requiera para su gestión.

   e) De conformidad con el artículo 129 de la Constitución, el Consejo de Ministros en pleno o los ministros por separado no están habilitados para modificar la agenda de las sesiones del Pleno del Congreso de la República. De ser el caso, el pedido de modificar la agenda de sesiones del Pleno debe observar los procedimientos establecidos en el Reglamento del Congreso de la República.

Publíquese y notifíquese.

SS.
FERRERO COSTA
BLUME FORTINI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

No estoy de acuerdo con la sentencia de mayoría, que declara infundada la demanda competencial planteada por el Congreso de la República, por haber sido disuelto el 30 de setiembre de 2019. En mi opinión, existen razones de forma y de fondo que llevan a concluir, más bien, que dicha disolución fue inconstitucional. Por tanto, la demanda debe ser declarada **FUNDADA**.

1. Razones de forma

La forma en la que el presidente de la República disolvió el Congreso infringió el principio de separación de poderes. El lunes 30 de setiembre pasado, sus ministros irrumpieron en su hemiciclo, pretendiendo cambiar la agenda de la sesión de Pleno, que había sido convocada diez días antes. Esta agenda tenía un solo punto: elegir a los magistrados del Tribunal Constitucional. El Ejecutivo dijo que tenía una mejor idea sobre cómo hacerlo.

El artículo 129 de la Constitución dice:

> El Consejo de Ministros en pleno o los ministros por separado pueden concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates *con las mismas prerrogativas* que los parlamentarios, salvo la de votar si no son congresistas [énfasis añadido].

Los ministros tienen *las mismas prerrogativas que los parlamentarios*, no mayores. Ninguno de estos puede pedir, a última hora, que se cambie la agenda de la sesión de Pleno porque cree que tiene una mejor idea al respecto. Según el artículo 53 del Reglamento del Congreso, la agenda de la sesión del Pleno del Congreso solo puede modificarla la Junta de Portavoces:

> con el voto que represente un mínimo de tres quintos de los miembros del Congreso.

Al final de la tarde del viernes 27 de septiembre —es decir, menos de un día hábil antes de que se realizara la sesión— el presidente del Consejo de Ministros envío al presidente del Congreso una solicitud para plantear "una cuestión de confianza" a la brevedad posible. Ella no fue acompañada, sin embargo, del proyecto de ley que la sustentaría. Solo el mismo lunes 30 de setiembre se conoció dicho proyecto.

El proyecto del Ejecutivo proponía modificar el artículo 8 de la Ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en dos aspectos. Por un lado, eliminaba la modalidad de selección de magistrados por invitación. Aunque, seguramente, ello merece ser discutido, todos los actuales magistrados fuimos seleccionados así. Por tanto, no podríamos aceptar que ello sea clamorosamente indebido.

Por otro, establecía que, si el Congreso no completaba la elección de los nuevos magistrados, se quedaban en el Tribunal Constitucional los magistrados de colegiatura más reciente. Esta propuesta invertía, pues, el criterio de precedencia por antigüedad, que se aplica en todos los tribunales u órganos colegiados del Estado. En realidad, la propuesta era incongruente. Decía:

> En caso de que el mandato de varios magistrados concluya *simultáneamente*, la renovación de los miembros del Tribunal Constitucional se realiza *seg*ún la mayor *antigüedad de su designación* o, en su defecto, la mayor antigüedad de la colegiatura [énfasis añadido].

Cabe preguntarse: si el mandato de varios magistrados concluye *simultáneamente*, ¿cómo su renovación puede realizarse *según la mayor antigüedad de su designació*n? La norma propuesta contenía una contradicción lógica entre su premisa y la primera de sus consecuencias. Si se realizaba el supuesto de la norma, esta primera consecuencia era imposible. *Non sequitur*.

A pesar de ello, el Ejecutivo consideró que esta iniciativa era no solo importante sino también "urgente". Ciertamente, según el artículo 105 de la Constitución, los proyectos de ley que remite el Poder Ejecutivo con el carácter de urgente deben ser debatidos preferentemente, pero ello no implica que tal debate no deba ser agendado por el Consejo Directivo del Congreso.

Como ya indiqué, según el Reglamento del Congreso, solo la Junta de Portavoces —con una mayoría calificada— puede modificar la agenda de las sesiones del Pleno. Suponer que el Ejecutivo puede modificar dicha agenda por una idea que se le ocurre a última hora es vaciar de contenido el principio de separación de poderes. El artículo 105 de la Constitución debe ser leído junto con el artículo 43 de la Constitución, que dice que el gobierno del Perú:

> se organiza según el principio de la separación de poderes.

El contenido del principio de separación de poderes no está reflejado en el fondo de la caverna que describe Platón en *La República*. No es, pues, universal. Este contenido varía de país a país, según se tenga un sistema de gobierno presidencial o uno parlamentario. Sin embargo, ninguno permite que el Ejecutivo pueda imponerse al Congreso de la forma como sucedió aquí.

En los Estados Unidos —paradigma del presidencialismo—, los integrantes del Gabinete solo pueden ingresar al Congreso acompañando al presidente, cuando presenta anualmente "el estado de la unión".

En el Reino Unido —paradigma del parlamentarismo—, la Reina no puede ingresar a la Cámara de los Comunes. Para dirigirse a ellos, los convoca a la Cámara de los Lores, a través del *Black Rod*. Cuando este les lleva la convocatoria de la Reina, recibe un portazo en las narices, como *recordaris* de la independencia del Parlamento respecto de la Soberana. Solo a su insistencia, golpeando tres veces la puerta de la Cámara, ellos lo reciben y atienden.

A pesar de lo insólito de la petición formulada por el presidente del Consejo de Ministros, antes de que se iniciara la sesión del 30 de setiembre, la Junta de Portavoces acordó invitarlo a que planteara la cuestión de confianza *al término* del acto electoral agendado. Para él, no fue suficiente. Asumió que podía ingresar al hemiciclo *antes* de la votación y paralizarla, bajo amenaza de dar por denegada la confianza solicitada.

El Reglamento del Congreso no solo impide el cambio de la agenda del Pleno —con la excepción referida. Además, su artículo 77 señala que el carácter de urgente de un proyecto de ley presentado por el Ejecutivo solo significa que la Junta de Portavoces puede exonerarlo de algún requisito en forma excepcional. Asimismo, según el artículo 31-A, puede exonerarlo de los trámites de envío a comisiones y prepublicación.

El íter legislativo es, pues, un procedimiento altamente regulado, para asegurar un amplio y cuidadoso debate de toda iniciativa legislativa. El Ejecutivo no podía pretender que su iniciativa burlara toda esa regulación, y fuera debatida y aprobada el mismo día que la presentaba; ni menos aún, aplicada a un procedimiento en trámite. Ello significó menoscabar las atribuciones del Congreso y soslayar el proceso deliberativo propio de la democracia.

Dado su carácter colegiado, el Congreso de la República es la institución que encarna el ideal del "gobierno por discusión", que es consustancial a la democracia. Se puede discrepar sobre cuán amplia o acotada debe ser la concurrencia de perspectivas para que la discusión sea constructiva, pero no negarse la importancia del procedimiento deliberativo para la formulación de las leyes.

Resulta claro, pues, que la irrupción del presidente del Consejo de Ministros Salvador del Solar en la sesión del Pleno de 30 de septiembre de 2019 —pretendiendo que se suspendiera el procedimiento de elección de los magistrados del Tribunal Constitucional— vulneró la Constitución. Una lectura aislada del primer párrafo de su artículo 129 no justifica dicho acto, como él asumió.

2. Razones de fondo

La conducta seguida por el Ejecutivo el 30 de setiembre pasado fue inconstitucional por consideraciones no solo de forma sino también de fondo. Por un lado, no podía plantear una cuestión de confianza sobre una materia que era responsabilidad exclusiva del Congreso de la República. Por otro, no podía asumir que este le había denegado *fácticamente* la confianza solicitada. El artículo 201 de la Constitución establece, en efecto, que:

> Los miembros del Tribunal Constitucional *son elegidos por el Congreso de la República* con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros.

Aquí, el Ejecutivo no participa en el procedimiento de elección de los magistrados del Tribunal Constitucional. El que lo haga en otros países —como lo reseña la sentencia en mayoría— puede servir de base para presentar un proyecto de reforma constitucional que así lo establezca, pero no justificar de ninguna manera la disolución del Congreso realizada el 30 de setiembre.

Siendo una atribución exclusiva del Congreso, el Ejecutivo podía sugerir mejoras a dicho procedimiento, a través de los canales legales correspondientes, como su iniciativa legislativa. Sin embargo, no podía hacer cuestión de confianza sobre ellas, tratando de imponerle su opinión al Congreso. En el fundamento 75 de la sentencia emitida en el caso Cuestión de Confianza, expediente 00006-2018-PI/TC, este Tribunal Constitucional dijo:

> la cuestión de confianza que pueden plantear los ministros ha sido regulada en la Constitución de manera abierta, con la clara finalidad de brindar al Poder Ejecutivo un amplio campo de posibilidades en busca de respaldo político por parte del Congreso, para llevar a cabo *las políticas que su gestión requiera*.

La conformación del Tribunal Constitucional no es un asunto vinculado a la gestión del gobierno. Es un asunto de Estado, que trasciende a cualquier gobierno. Aparentemente, el Ejecutivo entendió que cabía plantear cuestión de confianza sobre este procedimiento considerando que, según el artículo 3.1 del Decreto Supremo 056-2018-PCM, la "integridad y lucha contra la corrupción" sería un "eje" de la política general de gobierno.

En la perspectiva constitucional, sin embargo, resulta contradictorio pretender luchar contra la corrupción vulnerando la separación de poderes. En esta, la separación de poderes y la continuidad del proceso democrático es la política anticorrupción más importante que se puede tener. No puede combatirse la corrupción disolviendo el Congreso y concentrando poderes en una sola mano, con base en una lectura sesgada de la Constitución.

Adicionalmente, el Ejecutivo tampoco podía asumir que la cuestión de confianza planteada había sido denegada tácitamente, al continuar el Congreso con la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional. De hecho, el 15 de setiembre de 2017, la primera denegatoria de confianza a este gobierno —al gabinete Zavala— fue expresa. La segunda también debía serlo, por la razón que se expresa a continuación.

Como regla general, la manifestación de la voluntad de los entes estatales debe ser expresa, para que pueda ser cierta y debidamente conocida por la ciudadanía. Por excepción, una norma jurídica puede establecer, previamente y con carácter general, un sentido determinado a su silencio o sus actos. En este caso, no existía ni existe dicha norma; el Ejecutivo no podía inventársela a última hora, para condicionar la actuación del Congreso.

Por demás, el Congreso continuó solo parcialmente con la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional. Solo dos de las once candidaturas que se tenían para ocupar las seis plazas vacantes fueron votadas por el Pleno. La primera, del señor Gonzalo Ortiz de Zevallos Olaechea, obtuvo los votos requeridos por el artículo 201; la segunda, del señor Manuel Sánchez Palacios, no.

Al concluir esta segunda votación, el presidente del Congreso suspendió la sesión. Al reanudarla en horas de la tarde, el Pleno pasó a debatir la cuestión de confianza presentada por el presidente del Consejo de Ministros. Estando en plena votación de esta, el presidente de la República anunció su disolución mediante un mensaje a la nación televisado. Esta fue oficializada mediante Decreto Supremo 165-2019-PCM.

En su parte considerativa, dicho dispositivo presenta un recuento de los hechos que, según el Ejecutivo, llevaron a la disolución del Congreso. En su segundo párrafo, da cuenta de la cuestión de confianza planteada por el presidente del Consejo de Ministros la mañana del 30 de septiembre de 2019, indicando que:

> Por esta negativa de suspender el procedimiento de selección de magistrados y de brindar las garantías suficientes para que esta selección garantice la mayor legitimidad posible al Tribunal Constitucional, el Congreso negó la confianza presentada por el Presidente del Consejo de Ministros en la fecha.

Para el presidente de la República, la negación de confianza no se dio producto de un debate y votación del Congreso sino por actos suyos que, para él, evidenciaron tal negación: no haber sido ella debatida y votada en el momento en que fue planteada por el presidente del Consejo de Ministros, y no haber suspendido el procedimiento de elección de magistrados del Tribunal Constitucional agendado para ese día.

Lamentablemente, la sentencia en mayoría avala este razonamiento y señala, además, que el rechazo de la cuestión previa planteada por la congresista Huilca Flores, luego de la presentación del presidente del Consejo de Ministros, constituyó el rechazo material de la cuestión de confianza. Dicha congresista presentó una cuestión previa en los términos siguientes:

> Hemos planteado que se suspenda este proceso porque no tiene garantías.
>
> […].
>
> Por eso, Presidenta, ratificamos el pedido y lo planteamos vía una cuestión previa, que se vea y que se cancele y deje sin efecto esta elección de los magistrados del Tribunal Constitucional

Esta cuestión previa tuvo, pues, un objetivo concreto: suspender el proceso de elección de magistrados del Tribunal Constitucional que se estaba llevando a cabo. Fue un pedido de modificación de la agenda de una sesión en curso. Sin embargo, insistimos, según el Reglamento del Congreso, ello requería el acuerdo de la Junta de Portavoces a través de una votación calificada.

En este caso, la decisión fue tomada por el Pleno. El pedido recibió 34 votos a favor, 81 en contra y cero abstenciones, por lo que fue desestimado. Dar a dicha votación un efecto distinto al previsto en el Reglamento del Congreso —interpretándolo como una negación material, tácita, fáctica o manifiesta de la cuestión de confianza— es contravenir el principio de legalidad y, por ende, el principio de seguridad jurídica, esenciales en un estado de Derecho.

En suma, el Ejecutivo menoscabó las atribuciones que la Constitución asigna al Congreso e infringió el principio de separación de poderes, tanto al plantear una cuestión de confianza sobre una atribución constitucional exclusiva del Congreso como al interpretar que ella había sido denegada *fácticamente*.

3. Previsión de consecuencias

No tengo duda, pues, de que la actuación del Ejecutivo fue inconstitucional, por razones de forma y de fondo. Sin embargo, no puedo votar por la restitución del Congreso disuelto y por la anulación de la convocatoria a elecciones extraordinarias para el próximo 26 de enero. El artículo 113 del Título IX, Proceso Competencial, del Código Procesal Constitucional dice lo siguiente:

> La sentencia del Tribunal vincula a los poderes públicos y tiene plenos efectos frente a todos. Determina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. Asimismo resuelve, en su caso, lo que procediere *sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos* administrativos [énfasis agregado].

La jurisprudencia constitucional le llama a ello "principio de previsión de las consecuencias". En un proceso competencial, no cabe una aplicación meramente restitutoria de las atribuciones o competencias vulneradas o afectadas. Necesariamente, deben evaluarse los efectos de la decisión que se tome. En consideración al mismo, no debo soslayar, pues, la situación política preexistente.

En las elecciones generales de 2016, la agrupación política del expresidente de la República Pedro Pablo Kuczynski obtuvo solo 16% del Congreso. A la luz de nuestra historia, ello hacía inviable su gestión. A lo largo del siglo XX, nunca un gobierno sin mayoría en el Congreso pudo completar su mandato. Las interrupciones al proceso constitucional de 1914, 1948, 1962, 1968, 1992 e incluso 2000 son muestras de ello.

Entre el 2001 y el 2016, no se cumplió esa regla. Los tres gobiernos que se tuvo en esos quince años completaron sus mandatos, a pesar de no tener mayoría en el Congreso. Sin embargo, ninguno de ellos tuvo un respaldo congresal tan exiguo como el del expresidente Pedro Pablo Kuczynski. Alejandro Toledo consiguió 38%; Alan García, 30%; y, Ollanta Humala, 36% de los asientos del Congreso.

Desde el retorno a la democracia en 1980, nunca se había tenido una situación política similar. Una renovación parcial del Congreso, a mitad del período presidencial, habría permitido que el pueblo resuelva esta situación, pero la Constitución no prevé la renovación escalonada de los poderes elegidos. La viabilidad de la relación Ejecutivo-Legislativo, así, estaba comprometida.

Estas consideraciones me obligan a votar por la validez de la convocatoria a elecciones para un nuevo Congreso —máxime, cuando faltan pocos días para su realización. Sin embargo, en observancia al mismo principio de previsión de las consecuencias de nuestros actos, voto además por declarar que el actual presidente de la República no puede postular en las elecciones generales de 2021.

El actual presidente de la República fue elegido por el voto popular como integrante de una plancha presidencial que tenía tres miembros, por un período de cinco años (2016-

2021). Es por ello, precisamente, que él ejerce la presidencia de la República desde el 23 de marzo de 2018. Cuando se realicen tales elecciones, él tendrá ya más de tres años en el cargo. Indudablemente, le es aplicable la prohibición contenida en el artículo 112 de la Constitución:

> no hay re- elección inmediata.

Este pronunciamiento no es *extra petita*. El fin constitucional más relevante del petitorio contenido en la demanda es restablecer la plena vigencia del principio de separación y equilibrio de poderes. A mi criterio, esto requiere declarar lo indicado, ya que el elemento esencial de dicho principio es el cumplimiento irrestricto de los mandatos de cada uno de los poderes elegidos.

Por demás, este pronunciamiento se entronca con aquel que, hasta ahora, es reconocido ampliamente como el más importante que ha emitido este Tribunal Constitucional en sus casi 25 años de historia: el voto singular del 16 de enero de 1997 de los magistrados Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano en el caso Ley de Interpretación Auténtica.

Cuando dicho voto fue emitido, Alberto Fujimori no había inscrito aún su candidatura para participar en las elecciones generales del año 2000. Empero, el 5 de abril de 1992 había disuelto inconstitucionalmente el Congreso, en el que tenía solo 21% de respaldo. Dicha medida contó con el aplauso de una abrumadora mayoría de ciudadanos, pero nuestros antecesores supieron decir que Fujimori no podría ser entonces candidato, como terminó siéndolo.

Al pronunciarse sobre una situación hipotética, dichos magistrados fueron duramente vilipendiados por la mayoría del Congreso y hasta destituidos de sus cargos por esta el 28 de mayo de 1997. Sin embargo, la tormenta pasó y hoy su voto es considerado un símbolo de lo que debe representar todo Tribunal Constitucional: un freno a los excesos del poder.

Nada me complacería más que ser desmentido por los hechos el próximo año. No obstante, prefiero correr el riesgo de equivocarme ahora a soslayar la posibilidad de que se dé entonces un escenario flagrantemente inconstitucional.

Además, tanto en las elecciones congresales extraordinarias a realizarse el próximo 26 de enero como en las de 2021 participarán veinticuatro agrupaciones políticas. Dicho número es el mismo que se tuvo en las elecciones generales de 1995 y que marcaron el récord de fragmentación política en el Perú. Tal fragmentación favoreció, por contraste, la consolidación del régimen autoritario de entonces. Esto puede, pero no debe, repetirse.

4. Decisión

Por todas estas razones, mi voto es por declarar **FUNDADA** la demanda; y, en consecuencia, la inconstitucionalidad de la disolución del Congreso realizada el 30 de setiembre; pero también la validez de las elecciones del próximo 26 de enero, y el impedimento para que el actual presidente de la República postule a ser reelegido en las elecciones generales de 2021.

Adicionalmente, mi voto es también por establecer los siguientes lineamientos para las relaciones Ejecutivo-Legislativo:

1. El Poder Ejecutivo no puede plantear cuestión de confianza sobre proyectos de ley referidos a atribuciones constitucionales exclusivas del Congreso de la República, de otro poder u organismo constitucionalmente autónomo.
2. El Poder Ejecutivo no puede considerar que el Congreso de la República le ha denegado *fácticamente* una cuestión de confianza; esta denegatoria debe ser votada y acordada explícitamente por el Congreso.
3. El carácter de "urgencia" que pueden tener los proyectos de ley que presente el Poder Ejecutivo al Congreso de la República no implica que sean debatidos ese mismo día; su discusión debe tramitarse conforme al Reglamento del Congreso.
4. El Consejo de Ministros en pleno o los ministros por separado no pueden pretender cambiar la agenda de las sesiones de Pleno del Congreso de la República, sin observar los procedimientos establecidos en su Reglamento.

S.
SARDÓN DE TABOADA

RAZÓN DE RELATORÍA

Con fecha 19 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 dio origen al Expediente 00002-2020-CC/TC, promovida por el Poder Ejecutivo contra el Congreso de la República.

El resultado de la votación fue el siguiente:

- Los magistrados Ferrero, Miranda, Blume y Sardón votaron, en mayoría, por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda. Asimismo, los magistrados mencionados formularon fundamentos de voto.
- La magistrada Ledesma (ponente) y el magistrado Ramos votaron por declarar, entre otros aspectos, **FUNDADA en parte** e **IMPROCEDENTE en un extremo** la demanda de conflicto competencial.
- El magistrado Espinosa-Saldaña votó por declarar **FUNDADA** la demanda de conflicto competencial.

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 interpuesta en el presente conflicto competencial.

La Secretaría del Pleno deja constancia de 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

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 0002-2020-CC/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

19 de noviembre de 2020

Caso de la vacancia del presidente de la República por incapacidad moral

PODER EJECUTIVO
c.
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Asunto

Demanda de conflicto competencial sobre la moción de vacancia del presidente de la República por permanente incapacidad moral

Magistrados firmantes:

SS.
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
SARDÓN DE TABOADA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de noviembre del 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, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de votos de los magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini y Sardón de Taboada, y votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera.

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 14 de setiembre de 2020, Luis Alberto Huerta Guerrero, Procurador Público Especializado en Materia Constitucional del Poder Ejecutivo, interpuso demanda competencial contra el Congreso de la República.

Por su parte, con fecha 11 de noviembre de 2020, Manuel Eduardo Peña Talavera, Procurador Público de la Defensa de los Asuntos Judiciales del Poder Legislativo, contestó la demanda.

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

B-1. DEMANDA

El demandante sostiene que el Congreso de la República ha ejercido indebidamente su competencia para iniciar el trámite de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, ya que afecta las atribuciones del presidente de la República para dirigir la política general del Gobierno y la facultad de los ministros para llevarla a cabo. Así, sostiene que en el presente caso existe un conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto. En ese sentido, manifiesta que los actos concretos del Congreso de la República que afectan las competencias del Poder Ejecutivo son:

i) la admisión a trámite de una moción de vacancia contra el presidente de la República por permanente incapacidad moral (Moción de Orden del Día 12090); y,

ii) el desarrollo del procedimiento de vacancia como resultado de la admisión a trámite de la moción.

El demandante refiere que un elemento esencial de todo Estado Constitucional es el respeto al principio de separación de poderes. Por ello, el uso indebido por parte del Congreso de la República de su competencia para tramitar la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral contraviene el principio de separación de poderes.

El procurador público del Poder Ejecutivo manifiesta que, de acuerdo con el artículo 118 inciso 3 de la Constitución, corresponde al presidente de la República "dirigir la política general del gobierno". Por su parte, el artículo 119 del texto constitucional reconoce la competencia de los ministros para ejecutar dicha política.

Alega que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 112 de la Constitución, todas las entidades del Estado deben respetar el período de duración del mandato presidencial. Sostiene que, aquellos mecanismos a través de los cuales se pueda constitucionalmente determinar que dicho período de gobierno debe concluir antes de lo previsto, deben cumplir determinados requisitos tanto de fondo como de procedimiento.

Añade que, una de las garantías para el adecuado desempeño de las competencias que corresponden al presidente de la República, se encuentra establecida en el artículo 117 de la Constitución. Dicha disposición constitucional tiene por objetivo garantizar que el más alto funcionario del Estado pueda ejercer adecuadamente el cargo sin que sus competencias se vean entorpecidas como consecuencia del trámite de denuncias presentadas en su contra. Refiere así que las competencias asignadas por la Constitución al Congreso de la República no pueden ser utilizadas para impedir que el presidente de la República dirija la política general del gobierno durante los cinco años por los cuales ha sido elegido, ni para impedir que los ministros de Estado la ejecuten.

Sostiene que el artículo 113 de la Constitución establece los supuestos en los cuales se produce la vacancia presidencial. Señala que dicha disposición constitucional tiene como finalidad identificar aquellas situaciones objetivas que den cuenta de un hecho concreto que impida que una persona pueda seguir ejerciendo el cargo de presidente de la República. Sin embargo, dicha institución no implica un mecanismo de control político. Pues de lo contrario se estaría afectando el modelo de frenos y contrapesos que rige en nuestro sistema constitucional. Por ello, señala que la aplicación de esta causal de vacancia debe ser restrictiva, únicamente cuando el presidente de la República se encuentre imposibilitado de ejercer el cargo por haberse configurado su permanente incapacidad moral. Alega que dicha causal no debe ser utilizada para evaluar acciones u omisiones del presidente de la República durante el período de gobierno, ya que de hacerlo se desnaturalizaría la institución de la vacancia presidencial lo cual supondría una afectación del equilibrio de poderes.

Si bien el Reglamento del Congreso establece reglas de procedimiento relacionadas con las etapas correspondientes, no define cuáles son los supuestos o criterios que deben tomarse en cuenta para identificar aquellas conductas (acciones u omisiones) por parte del presidente de la República que puedan ser calificadas como permanente incapacidad moral. Señala entonces que le corresponde al Tribunal Constitucional disponer que la vacancia presidencial por la causal de permanente incapacidad moral no puede ser considerada como un mecanismo de control político respecto del presidente de la República.

Advierte que, del contenido de la Moción de Orden del Día 12090, se desprende que la causal de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral no se sustenta en algún hecho objetivo que le impida al presidente de la República continuar ejerciendo sus

funciones, sino que, por el contrario, se basa en argumentos sujetos a debate e interpretación tanto desde un punto de vista jurídico como político, lo que reflejaría la intención del Congreso de emplear dicha causal como un mecanismo de control político.

B-2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

El Procurador Público encargado de la defensa de los asuntos judiciales del Poder Legislativo sostiene que la demanda ha devenido en improcedente por incurrir en la causal de sustracción de la materia. Refiere que la sustracción de la materia, "solo se puede dar *ex post* de interpuesta la demanda; esto es, debe surgir la causal de la sustracción de la materia después de que se admita la demanda hasta –por lo general– antes de expedirse la sentencia final".

Añade que "la desaparición del interés para obrar, tiene estrecha relación con la pretensión como objeto del proceso, en la medida que es sobre este último que recaerá la afectación del interés para obrar, bien debido a la satisfacción extraprocesal o a cualquier otro evento que provoque un efecto idéntico". En ese sentido, señala que según el artículo 110 del Código Procesal Constitucional, el conflicto competencial se produce cuando alguno de los poderes o entidades estatales adopta decisiones o rehúye deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro. Por ello, si no existe un conflicto, no puede ser procedente una demanda competencial.

Por otro lado, manifiesta que, en el presente caso, la demanda no ha sido interpuesta en defensa de una potestad concreta del Poder Ejecutivo cuyo ejercicio esté impedido o se encuentre disminuido por causas imputables al Congreso de la República, sino que ha sido presentada en defensa del señor Martín Vizcarra Cornejo, como presidente de la República, con la finalidad de que no sea vacado del cargo por aplicación del artículo 113, inciso 2, de la Constitución.

Se sostiene que la presente demanda no tiene carácter competencial puesto que no está en discusión el ejercicio de ninguna de las competencias constitucionales que corresponden al Poder Ejecutivo, sino únicamente la continuidad en el cargo del señor Vizcarra Cornejo como presidente de la República.

Manifiesta que, las controversias que verdaderamente tienen carácter competencial suponen una discusión respecto a la titularidad y/o la forma de ejercer las competencias constitucionales, lo que es independiente de cualquier consideración *intuito personae.* Desde el punto jurídico constitucional, el alcance y la capacidad de ejercer las competencias del Poder Ejecutivo es independiente de la identidad del presidente de la República, de los ministros o de cualesquiera otros funcionarios públicos. En tal sentido, la potestad presidencial reconocida en el artículo 118 inciso 3 de la Constitución, no se configura constitucionalmente en función de las personas o de los periodos de gobierno: le corresponde al presidente de la República por imperio de la Constitución, independientemente de quien ocupe el cargo y del periodo de gestión del que se trate.

Con relación a la causal de vacancia presidencial por incapacidad moral permanente, refiere que su finalidad es impedir que el presidente de la República continúe en el ejercicio del cargo debido a circunstancias valoradas como especialmente graves, según la tipología establecida en el artículo 113 de la Constitución, la incapacidad moral como causal debe interpretarse en el sentido de un quebrantamiento de los parámetros de conducta admitidos en una época y por una sociedad determinadas que afectan gravemente la dignidad del cargo y, además, son fuente de potenciales o concretos conflictos políticos que pueden hacer inviable el normal desenvolvimiento de la comunidad política.

A la luz de estas razones, sostiene que la correcta interpretación de la incapacidad moral como causal de vacancia de la presidencia de la República es aquella que la identifica con "la falta de aptitud legal para continuar ejerciendo el cargo, por haberse acreditado objetivamente una conducta pública o social gravemente venal, corrupta, licenciosa u ofensiva a las convicciones ética de la ciudadanía, que deja constancia de una atrofia de las nociones de corrección e integridad de ánimo". Por ello, la incapacidad moral es, en definitiva, una situación pública que hace evidente la incapacidad hasta el extremo de interferir las funciones presidenciales y hacer aconsejable su remoción. Para estos efectos, señala que la permanente incapacidad moral declarada por el Congreso tiene que ser puesta en sus justos términos: es una decisión política, no técnica, que toma el Congreso, pero en función de una realidad existente que es atribución suya valorar.

Por lo tanto, manifiesta que claramente el Constituyente ha confiado al Parlamento ser intérprete de esta causal ante la comunidad política, de modo exclusivo y excluyente. A él le corresponderá determinar la existencia o no de una situación política que califique como incapacidad moral del presidente de la República suficientemente grave como para justificar vacancia de la presidencia.

B-3. *AMICUS CURIAE*

Con fechas 16 de octubre y 16 de noviembre de 2020, este Tribunal admitió la intervención de los siguientes sujetos como *amicus curiae:*

- Don César Landa Arroyo y otros.
- Instituto de Defensa Legal.
- Don Natale Amprimo Plá.
- Clínica Jurídica en Discapacidad y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Coordinadora Nacional de Derechos Humanos.
- Doña Patricia Donayre Pasquel.

FUNDAMENTOS

1. Conforme se desprende de la demanda competencial de autos, la pretensión demandada ha sido dirigida contra:

   > Los **actos concretos** del Congreso de la República que afectan las competencias del Poder Ejecutivo son: i) la admisión a trámite de una moción de vacancia contra el presidente de la República por permanente incapacidad moral (Moción de Orden del Día N.° 12090, aprobada por el Pleno del Congreso el viernes 11 de setiembre de 2020, y ii) el desarrollo del procedimiento de vacancia según lo previsto en el artículo 89-A del Reglamento del Congreso de la República como resultado de la admisión a trámite de la moción (sic. pag, 3 de la demanda, énfasis añadido).

2. En dicho sentido, el Poder Ejecutivo solicitó lo siguiente:

   > [...] en el presente caso se solicita al Tribunal Constitucional que, como consecuencia de determinar que el Congreso de la República ha hecho un uso indebido de su competencia respecto a la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, declare la nulidad de la admisión a trámite de la Moción de Orden del Día N.° 12090, así como de los siguientes actos adoptados por el Congreso de la República en base a esta decisión, archivando en forma definitiva el procedimiento de vacancia (p. 4 de la demanda, énfasis añadido).

3. El primer párrafo del artículo 110 del Código Procesal Constitucional, establece que el conflicto que puede dar lugar a un proceso competencial −contemplado en el artículo 202, inciso 3, de la Constitución− «se produce cuando alguno de los poderes o entidades estatales [...] **adopta decisiones** o rehúye deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro» (énfasis añadido).

4. Al respecto, el proceso competencial aquí planteado es uno donde se reclama por la adopción de una decisión del demandado, por lo que contiene un *acto concreto* del emplazado sobre el que este Tribunal ha de pronunciarse y eventualmente anular, en caso declare fundada la demanda (cfr. artículo 113 del Código Procesal Constitucional).

5. Como es de público conocimiento, la Moción de Orden del Día 12090, fue debatida y votada por el Pleno del Congreso de la República el 18 de setiembre de 2020, y no prosperó porque alcanzó únicamente treinta y dos (32) votos conformes, rechazándose así el pedido de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral vinculada con los presuntos actos en los que habría intervenido el ex presidente Martín Vizcarra Cornejo para la contratación del señor Richard Cisneros.

6. En tal sentido, no corresponde a este Tribunal emitir un pronunciamiento sobre la pretensión objeto del presente proceso, por cuanto a la fecha se ha producido la sustracción de la materia controvertida. Cabe precisar que, en anterior pronunciamiento, este Tribunal ha optado por emitir una decisión similar en un proceso competencias,

debido a que la duración de los plazos procesales, igualmente generaron la imposibilidad de emitir un pronunciamiento sobre el fondo respecto de un extremo (Cfr. sentencia emitida en el expediente 00004-2004-CC/TC). Tal forma de resolución de este proceso orgánico no resulta ajena en la jurisprudencia, pues, de hecho, sucede frecuentemente que durante el trámite del proceso pueden producirse hechos que permiten resolver el conflicto extraproceso.

7. En tales circunstancias lo que se ha venido haciendo en el ámbito de nuestra jurisprudencia es declarar la existencia de la sustracción de la materia (Cfr. sentencias emitidas en los procesos 00016-2005-AI/TC, 0020-1996-AI/TC y 00024-2006-PI/TC).

8. Sin perjuicio de ello, es importante señalar que la improcedencia por sustracción de la materia aquí declarada, no implica en forma alguna que este Tribunal Constitucional abdique de su rol de garante de los derechos fundamentales y de la primacía normativa de la Constitución, sino que, en esa misma línea, se trata de una decisión que cierra el presente proceso conforme a la Constitución y a la ley, poniendo fin a la incertidumbre sobre el sentido y las consecuencias que, en el momento actual, una decisión de este Tribunal podría tener sobre la titularidad del Poder Ejecutivo y la gobernabilidad del país.

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

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

SS.
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
SARDÓN DE TABOADA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Coincidimos con la sentencia en mayoría en que la demanda es improcedente por sustracción de la materia, debido a las razones que pasamos a exponer.

Conforme al primer párrafo del artículo 110 del Código Procesal Constitucional, el conflicto que puede dar lugar a un proceso competencial −contemplado en el artículo 202, inciso 3, de la Constitución− «se produce cuando alguno de los poderes o entidades estatales [...] **adopta decisiones** o rehúye deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro» (énfasis añadido).

En el caso de autos, la demanda versa sobre el primero de los supuestos arriba citados: la adopción de una decisión por parte del demandando (Congreso de la República) con la que el demandante (Poder Ejecutivo) entiende que se afectan sus competencias. Tal decisión está contenida en el acto reclamado en la demanda de autos: la Moción de Orden del Día 12090, que admitió a trámite la moción de vacancia contra el presidente de la República. Así lo expresa la propia demanda (p. 3):

> Los **actos concretos** del Congreso de la República que afectan las competencias del Poder Ejecutivo son: i) la admisión a trámite de una moción de vacancia contra el presidente de la República por permanente incapacidad moral (Moción de Orden del Día N.° 12090, aprobada por el Pleno del Congreso el viernes 11 de setiembre de 2020, y ii) el desarrollo del procedimiento de vacancia según lo previsto en el artículo 89-A del Reglamento del Congreso de la República como resultado de la admisión a trámite de la moción
>
> (énfasis añadido).

Dicho lo anterior, la demanda solicita lo siguiente (p. 4):

> [...] en el presente caso se solicita al Tribunal Constitucional que, como consecuencia de determinar que el Congreso de la República ha hecho un uso indebido de su competencia respecto a la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, declare la **nulidad de la admisi**ón **a trámite de la Moci**ón **de Orden del Día N.° 12090**, así como de los siguientes actos adoptados por el Congreso de la República **en base a esta decisió**n, archivando en forma definitiva el procedimiento de vacancia (énfasis añadido).

El proceso competencial aquí planteado es, pues, uno donde se reclama por la adopción de una decisión del demandado, por lo que contiene un *acto concreto* del emplazado sobre el

que este Tribunal ha de pronunciarse y eventualmente anular, en caso declare fundada la demanda (cfr. artículo 113 del Código Procesal Constitucional).

Tanto se dirige el presente proceso contra un acto concreto, que el demandante solicitó (sin éxito) una medida cautelar frente a éste, al amparo del artículo 111 del Código Procesal Constitucional, que autoriza a pedir «la suspensión de la disposición, resolución o acto objeto de conflicto».

Pues bien, en el presente caso, como ya se ha dicho, el acto o decisión objeto de conflicto, según la demanda, es la Moción de Orden del Día 12090, aprobada por el Pleno del Congreso el viernes 11 de setiembre de 2020, que admitió a trámite la moción de vacancia contra el presidente de la República por permanente incapacidad moral, conforme al artículo 89-A del Reglamento del Congreso de la República. Y el petitorio de la demanda también es muy concreto: que este Tribunal declare la nulidad de la admisión a trámite de la Moción de Orden del Día 12090, así como de los siguientes actos adoptados por el Congreso de la República en base a esta decisión, archivando en forma definitiva el procedimiento de vacancia.

Según señala el demandado, y es de público conocimiento, la vacancia presidencial contenida en la citada Moción de Orden del Día 12090, fue debatida y votada el 18 de setiembre de 2020, y «alcanzó únicamente treinta y dos (32) votos conformes, rechazándose así la declaración de la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral» (p. 17 de la contestación de la demanda).

El artículo 321 (inciso 1) del Código Procesal Civil −de aplicación supletoria conforme al artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional−, contempla la llamada *sustracción de la materia*, en los términos siguientes:

> **Artículo 321.-** Concluye el proceso sin declaración sobre el fondo cuando:
>
> 1. Se sustrae la pretensión del ámbito jurisdiccional.

En el caso de autos ha ocurrido la sustracción de la materia, pues el acto reclamado por el demandante como lesivo a sus competencias (la Moción de Orden del Día 12090), y cuya nulidad pretendía, fue votado y archivado por el demandado el 18 de setiembre de 2020, al no alcanzarse los votos necesarios para vacar al presidente de la República por permanente incapacidad moral.

Esta votación del Congreso de la República determina, entonces, que la pretensión haya sido sustraída del ámbito jurisdiccional, por lo que la demanda debe declararse improcedente, de conformidad con el artículo 321, inciso 1, del Código Procesal Civil, ya citado.

Antes de proseguir, es preciso recordar que la presente demanda competencial (contra la decisión adoptada con la Moción de Orden del Día 12090 del 11 de setiembre de 2020) fue interpuesta el 14 de setiembre del presente año. Este Tribunal admitió a trámite la demanda por Auto del 17 de setiembre, notificado al demandado el **30 de setiembre de 2020** a fin de que conteste la demanda. De esta forma, este Tribunal calificó positivamente

la presentación de la demanda, por lo que confirió traslado al demandado para que comparezca al proceso. Es decir, el demandante ejercitó su derecho de acción, lo que propició que este Tribunal dé lugar a que el demandado ejercite su derecho de contradicción **en base a los términos de la demanda planteada**.

Como es de dominio público, luego de interpuesta la demanda de autos, se presentó en el Congreso de la República, el **20 de octubre de 2020**, la Moción de Orden del Día 12684, con una nueva declaración de vacancia de la Presidencia de la República por permanente incapacidad moral de su titular. Dicha Moción fue votada el 9 de noviembre de 2020 y aprobada por 105 votos a favor, 19 en contra y 4 abstenciones. A consecuencia de ello, por Resolución del Congreso 001-2020-2021-CR, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 10 de noviembre de 2020, se declaró la vacancia de la Presidencia de la República por la causal de permanente incapacidad moral del Jefe del Estado (artículo 113, inciso 2, de la Constitución).

Alguno de nuestros colegas magistrados podría señalar que existe una supuesta «relación de identidad» entre la Moción de Orden del Día 12090, del 11 de setiembre de 2020, materia de la presente demanda, y la Moción de Orden del Día 12684, del 20 de octubre de 2020, que desembocó en la vacancia de la Presidencia de la República, y considerar que un pronunciamiento de este Tribunal también debería alcanzar a esta última. Discrepamos, muy respetuosamente, con este criterio.

Como ya hemos sustentado, la demanda competencial de autos fue planteada contra la decisión del Congreso de la República de admitir a trámite la vacancia contra el presidente de la República por permanente incapacidad moral, mediante la Moción de Orden del Día 12090, del 11 de setiembre de 2020; y en dicha demanda se pretendía que se «declare la nulidad de la admisión a trámite de la Moción de Orden del Día 12090, así como de los siguientes actos adoptados por el Congreso de la República en base a esta decisión, archivando en forma definitiva el procedimiento de vacancia» (p. 4 de la demanda). Sin embargo, dicha Moción fue archivada el 18 de setiembre 2020, al no alcanzar los votos necesarios para declarar la vacancia de la Presidencia de la República, por lo que se sustrajo la pretensión del ámbito jurisdiccional, deviniendo la presente demanda en improcedente.

La posibilidad de establecer esa «relación de identidad» entre una y otra Moción de Orden del Día en el presente proceso competencial, carece de sustento normativo en nuestro ordenamiento procesal constitucional.

Más aún, que este Tribunal se pronuncie por la Moción de Orden del Día 12684 del 20 de octubre de 2020, agraviaría el derecho al debido proceso del demandado, pues es una decisión no demandada en el presente proceso, adoptada casi un mes después de corrido traslado al emplazado con la demanda de autos (30 de setiembre de 2020), razón por la cual éste no ha podido ejercitar su derecho de defensa (derecho de contradicción).

Sólo una nueva demanda competencial contra la Moción de Orden del Día 12684, del 20 de octubre de 2020, habría permitido al Tribunal Constitucional pronunciarse sobre ésta.

Actuar de otra manera implicaría que este Tribunal entra de oficio a resolver sobre un acto no demandado, lo cual no sólo agravia el derecho de defensa del emplazado, sino que es imposible a la luz de los procesos constitucionales contemplados en nuestra Ley fundamental, que siempre operan a pedido de parte, nunca de oficio.

Por estas consideraciones, nuestro voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

S.
FERRERO COSTA

FUNDMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Si bien concuerdo con la opinión de mis colegas en el sentido de que debe declararse la improcedencia de la demanda, el presente caso requiere que exprese fundamentos adicionales, lo que paso a detallar:

1. En la propia demanda competencial se describen los actos concretos del Congreso de la República que afectarían las competencias del Poder Ejecutivo:

   > "Los actos concretos del Congreso de la República que afectan las competencias del Poder Ejecutivo son i) la admisión a trámite de una moción de vacancia contra el presidente de la República por permanente incapacidad moral (Moción de Orden del Día N° 12090), aprobada por el Pleno del Congreso el viernes 11 de setiembre de 2020, y ü) el desarrollo del procedimiento de vacancia según lo previsto en el artículo 89-A del Reglamento del Congreso de la República como resultado de la admisión a trámite de la moción".

2. Es por ello que la parte demandante solicitaba lo siguiente:

   > "...en el presente caso se solicita al Tribunal Constitucional que, como consecuencia de determinar que el Congreso de la República ha hecho un uso indebido de su competencia respecto a la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, **declare la nulidad de la admisi**ón a **trámite de la Moci**ón **de Orden del Día N° 12090**, así como de los siguientes actos adoptados por el Congreso de la República en base a esta decisión, archivando de forma definitiva el procedimiento de vacancia." (énfasis agregado).

3. Como es de público conocimiento, el pedido de vacancia que fue tramitado a través de la moción de orden del día 12090, que ha sido materia de la presente demanda, fue debatida y votada por el Pleno del Congreso de la República el día 18 de septiembre de 2020 y fue desestimado por no contar con el número de votos requeridos para declarar la vacancia.

4. Como es de verse, el acto concreto que se cuestionaba en la demanda, relativo a un concreto pedido de vacancia, ha cesado, lo que determina la sustracción de la materia en el presente caso.

5. Conforme a lo expuesto, debo precisar que la razón por la que declaro improcedente la demanda competencial se basa exclusivamente en la sustracción de la materia, por lo que me aparto de las consideraciones expresadas en el fundamento 8 de la sentencia.

S.
MIRANDA CANALES

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
ERNESTO BLUME FORTINI

Considero que la demanda **ES IMPROCEDENTE POR HABERSE PRODUCIDO LA SUSTRACCIÓN DE LA MATERIA**, en razón que el inicio y la prosecución del procedimiento de declaración de vacancia que dio origen a la demanda concluyó con el archivamiento de la solicitud de vacancia al no haberse obtenido el número de votos mínimos exigido por el artículo 89-A del Reglamento del Congreso de la República (87 votos equivalentes a los 2/3 del número legal de congresistas).

Sin perjuicio de ello, estimo importante enfatizar lo siguiente:

1. En primer lugar, que la forma de conclusión del presente proceso (sustracción de la materia) constituye una solución definitiva a la controversia sub litis, generada entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, que ha sido sometida a dilucidación, y responde al rol pacificador del Tribunal Constitucional; máxime en el marco de las situaciones políticas y sociales que viene atravesando el país.

2. Sobre esto último, la ponencia que en su momento presentó la Magistrada Ledesma Narváez para resolver el presente caso y que no alcanzó el voto favorable de la mayoría de miembros del Colegiado Constitucional, comprendió propuestas que no contribuían a la pacificación del país y olvidó que en casos como el presente los jueces que integramos el Tribunal Constitucional tenemos la obligación de sopesar las consecuencias políticas, sociales y jurídicas que nuestra decisión podría generar; sobre todo si se tiene en cuenta que una de las finalidades que tiene el Tribunal Constitucional, además de contribuir a la pacificación del país, es la de fortalecer el Estado Constitucional, así como a las instituciones que lo integran y fortaleces el respeto a sus respectivas competencias.

3. Por lo demás, en tal dimensión deben tenerse en cuenta el conjunto de hechos y situaciones que se han producido después del archivamiento de la solicitud de vacancia materia de este proceso y que han desembocado en una segunda solicitud de vacancia, autónoma e independiente de la anterior, y en su aprobación; en la aceptación de la misma por parte del ex presidente Martín Vizcarra Cornejo; y en la aplicación de la fórmula de sucesión presidencial establecida en el artículo 115 de la Constitución hasta en dos ocasiones, para finalmente la asunción de la primera magistratura de la Nación por parte del actual mandatario Francisco Sagasti Hochhausler.

4. En segundo término, estando a que la propuesta de la Magistrada Ledesma Narváez comprendió todo un desarrollo sobre los alcances de la figura de la permanente incapacidad moral e, inclusive, perseguía acotarla, constreñirla y limitarla, desnaturalizándola y afectando en parte las competencias del Poder Legislativo y las reglas del equilibrio

de poderes contenidas en la Norma Suprema de la República, debo dejar sentada mi posición discrepante de tal postura y resumir las razones de mi disidencia.

5. Al respecto, soy de la opinión de que la Constitución establece esta causal como una de carácter abierto, para atender situaciones de graves actos en los que ha incurrido el presidente de la República, quien ostenta el más alto cargo de la Nación y es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Frente a esos actos, la mencionada causal se comporta como un mecanismo de control de poder, que habilita a que el Congreso adopte una decisión política con 87 votos.

6. En tal sentido, discrepo de aquellas posiciones que pretenden restringirla por las siguientes consideraciones:

   6.1. La Comisión Revisora de la Reforma Constitucional, que tuve el honor de integrar, debatió sobre la vacancia presidencial por la causal de incapacidad moral, llegándose a concluir que su contenido se identificaba claramente con una fórmula abierta referida a toda "conducta incompatible con la dignidad del cargo" de presidente de la República, lo cual fue así plasmado en el documento emitido como resultado de dicho debate y aparece como propuesta de causal de vacancia presidencial.

   6.2. Ahora bien, para referirnos a la incapacidad moral permanente, debemos tener en cuenta, en primer lugar, el uso que tradicionalmente se le ha dado a dicha figura y, en segundo orden, la forma o régimen de gobierno que ha contemplado nuestra Constitución.

   6.3. En cuanto a lo primero, está claro que la referida figura no es una novedad en nuestro constitucionalismo. Recogida como tal por las Constituciones de 1839 (artículo 81), 1856 (artículo 83, inciso 2), 1860 (artículo 88, inciso 1), 1867 (artículo 80, inciso 2), 1920 (artículo 115, inciso 1), 1933 (artículo 144 inciso 1), 1979 (artículo 206, inciso 1) y, finalmente, 1993 (artículo 113, inciso 2), siempre ha sido considerada una facultad indiscutible del Congreso especialmente reconocida como instrumento de control político sobre la figura del Presidente de la República. No es, pues, una invención de la actual Constitución, sino parte inobjetable de lo que vendría a ser nuestra Constitución histórica o tradicional.

   6.4. Si nos atenemos a la práctica, que muy ocasionalmente se le ha dado, esta hace alusión a todo aquel comportamiento asumido por el presidente de la República que, visto desde los parámetros del Congreso, pueda resultar contrario a lo moral, término que no se encuentra vinculado a lo mental, como en algún momento se ha llegado a sostener, pues se trata de aspectos totalmente diferentes. Mientras que lo mental se encuentra ligado al discernimiento y raciocinio de una persona, lo moral en cambio se fundamenta en un contexto de carácter ético o rigurosamente valorativo.

   6.5. Por lo demás, la prueba de que el término mental tampoco se encuentra asociado a lo moral, la constituyen importantes normas de nuestra Constitución que con todo acierto hacen distingo entre lo físico, lo mental y lo moral (cfr. Artículo 2, incisos 1 y

24, acápite h, de la Constitución), lo que adicionalmente viene reforzado por el artículo 5, inciso 1, de la Convención Americana de Derechos Humanos, que hace una clara diferenciación entre cada una de dichas categorías.

6.6. Ahora bien, lo moralmente inaceptable es todo aquello que desde la perspectiva de la ética o de los valores de trascendencia general, pueda resultar reprochable en cabeza del presidente de la República, dada su condición de Jefe de Estado y personificador de la Nación, correspondiendo al Congreso de la República determinar qué comportamientos son los que pueden sujetarse a dicho estándar de evaluación.

6.7. Siendo el Congreso de la República un órgano de naturaleza eminentemente política, el juicio que ha de efectuar en la determinación de las citadas conductas reñidas con lo moral no puede ser otro que uno de naturaleza esencialmente política, muy distinto del juicio propiamente judicial, en el que son otros los referentes a tomarse en cuenta, los que, por lo general, se encuentran regulados y reconocidos en el ordenamiento jurídico.

6.8. En tal sentido, en mi opinión no resulta de recibo que se pretendan tasar en un catálogo formal o matemáticamente exacto los supuestos de una hipotética conducta reñida con la moral, pues ello no solo resultaría contrario a la característica de amplitud y dinamismo esenciales en la vida, la realidad política o la coyuntura del tiempo y espacio social, sino un vano intento por circunscribir algo que por su propia naturaleza resulta imposible colocar dentro de parámetros estrictamente objetivos.

6.9. Naturalmente, lo dicho no significa que lo político se encuentre exento de seguir los valores constitucionales, pues siendo la Constitución la norma Suprema del Estado, a la que se encuentran sujetos tanto detentadores como destinatarios del poder, está claro que los valores que propugna condicionan y legitiman toda actuación en la vida política.

6.10. Sin embargo, aun aceptando la vinculación que todos tenemos para con la Constitución (incluyendo el Congreso de la República), no puede dejarse de anotar el inevitable y acaso necesario espectro de posibilidades abiertas con las que debe operar todo protagonista político. De no ser así, la política desaparecería del escenario para ser reemplazada por conductas absolutamente predeterminadas que impedirían la libertad de opción en los enfoques de cada medida o decisión política.

6.11. En esa dirección, mi posición va de la mano con quienes sostienen que los actos políticos son abiertos y están sujetos a la norma constitucional. Y si esta última contempla la figura de la incapacidad moral como causal de vacancia presidencial es porque nuestro legislador constituyente, siguiendo la Constitución histórica, ha querido establecer un mecanismo de control político abierto para, repito, atender situaciones de graves actos en los que incurra el presidente de la República, quien ostenta el más alto cargo de la Nación; actos que agravian a la Nación y hacen desmerecer el cargo.

6.12. Lo segundo, que a su vez es consecuencia de la propia evolución constitucional peruana, es el hecho de que no somos en estricto un modelo presidencialista puro, con absoluta primacía del Poder Ejecutivo sobre el resto de poderes, sino uno de características semi presidencialistas[1] en el que el constituyente se decanta por un riguroso equilibrio de poderes y en el que si bien el protagonismo mayor ciertamente lo tiene el Poder Ejecutivo, ello no supone de ninguna forma ignorar o minimizar los adecuados y necesarios mecanismos de fiscalización que son expresión directa de los frenos y contrapesos que todo esquema republicano y democrático de gobierno supone.

6.13. En el contexto señalado, la existencia de instituciones como la vacancia presidencial no responde a un propósito de sobre empoderar al Congreso de la República, sino de fortalecer el necesario control que de manera ocasional requiere un modelo en el que se dota al presidente de la República de importantes facultades que, si bien deben estar adecuadamente garantizadas, no deben suponer un mal uso en el ejercicio del poder. La razón por la que la vacancia presidencial por incapacidad moral permanente existe como una causal abierta no se atribuye pues a un deseo de permitirle al Congreso aplicarla de manera indiscriminada o abusiva, sino a la necesaria compaginación de lo que representa el control como instrumento de fortalecimiento constitucional.

6.14. Ahora bien, el hecho de que la citada causal pueda ser utilizada excepcionalmente y por razones perfectamente justificadas, tampoco supone, como ya lo hemos adelantado, un desconocimiento de su procedencia dentro de los estrictos parámetros constitucionales.

6.15. Finalmente y aunque no es materia de la controversia, dejo en claro que acorde con lo señalado en los considerandos precedentes, no encuentro viable pretender establecer un quorum distinto o mucho mayor al expresamente previsto en el artículo 89A del Reglamento del Congreso de la República y que ya establece *per se* una mayoría rigurosamente calificada para que dicho Poder del Estado adopte una decisión de vacancia presidencial por incapacidad moral, no solo porque dicha norma precisamente fue adoptada como consecuencia de una exhortación realizada por el Tribunal Constitucional, a través de la sentencia emitida en el expediente 0006-2003-AI/TC (lo que dice mucho de su origen razonable), sino porque limitar una atribución de modo exagerado convertiría dicha facultad congresal en una fórmula carente de todo efecto práctico, permitiendo que quienes asuman en el futuro el alto cargo de presidente de la República puedan abusar del poder que ostentan en evidente menosprecio del control auspiciado desde la propia Constitución.

1 El diseño de nuestro sistema de gobierno no es un sistema presidencialista propiamente dicho. Y ello es así porqué de acuerdo con Domingo García Belaúnde, Enrique Bernales Ballesteros, Cesar Delgado Güembes, entre otros, tenemos un régimen de gobierno que requiere necesariamente del voto de investidura del gabinete ministerial del Congreso, más tal voto de investidura carece de efectos con relación a la política general que pudiera implementar el presidente la República durante su gestión, entre otras diferencias.

6.16. Por lo demás, está claro que el Tribunal Constitucional no es tampoco un órgano legislativo que deba actuar con manifiesto decisionismo. Si bien puede recomendar formulas vía exhortación ello lo puede hacer en la medida de que las mismas no supongan invadir otros fueros o competencias legítimamente reconocidas sobre el resto de poderes y órganos constitucionales.

S.

BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Para evitar que otros interpreten y modifiquen mi voto, dejo constancia de que suscribo totalmente los argumentos y el fallo de la sentencia de mayoría, que declara **IMPROCEDENTE** la demanda por haberse producido la sustracción de la materia. Sin embargo, emito este fundamento de voto porque, en mi opinión, en este caso hay una razón adicional para declarar su improcedencia. El petitorio de la demanda exige también un pronunciamiento respecto a una cuestión sustancialmente igual a la que ya fue resuelta por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente 00006-2003-AI/TC. Me explico:

La presente demanda competencial fue planteada el 14 de setiembre, ante la admisión de la Moción de Orden del Día 12090, Caso Richard Cisneros. Sin embargo, días después de planteada la demanda, dicha moción fue debatida y votada en el Pleno del Congreso de la República, donde no obtuvo los votos requeridos por el artículo 89-A de su Reglamento para ser aprobada; por tanto, tal moción fue archivada. De esta manera, ocurrió la sustracción de la materia controvertida en este proceso. En un proceso competencial, la materia a evaluarse debe ser un acto concreto de alguna entidad estatal que menoscaba las atribuciones constitucionales de otra entidad estatal. Al desaparecer dicho acto, ya no hay nada que analizar.

Ahora bien, ocurre que el petitorio de la demanda no es claro o preciso, y pretende ir más allá de la Moción de Orden del Día 12090. La demanda, en efecto, asegura que no busca defender al expresidente Martín Vizcarra frente a dicha moción sino que solicita que el Tribunal Constitucional "precise" la causal de vacancia del presidente de la República por "permanente incapacidad moral", establecida en el inciso 2 del artículo 113 de la Constitución, para evitar su uso arbitrario:

> La presente demanda no tiene por objetivo establecer argumentos de defensa del presidente de la República con relación a los hechos e imputaciones contenidas en la Moción de Orden del Día Nº 12090, sino lograr que el Tribunal Constitucional, a partir de la *precisión sobre los alcances constitucionales de la competencia del Congreso para declarar una vacancia presidencial por permanente incapacidad moral*, garantice el ejercicio de las competencias que la Constitución Política de 1993 le otorga al Poder Ejecutivo durante el período de cinco años para el cual ha sido elegido, *evitando a su vez que sea empleada de forma arbitraria como mecanismo de control político y sanción para dar por concluido un mandato presidencial* [*énfasis* añadido].

Este asunto, sin embargo, es sustancialmente igual al que resolvió el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente 00006-2003. Dicha sentencia precisó el uso

de la vacancia por incapacidad moral, sugiriéndole al Congreso incluir en su Reglamento un procedimiento *ad-hoc* para el trámite de tales mociones. El Tribunal Constitucional también sugirió elevar a dos tercios del número legal de miembros del Congreso la votación requerida para la aprobación de las mismas. Ambas sugerencias fueron recogidas por el Congreso el año 2004, introduciendo el artículo 89-A a su Reglamento. El Tribunal Constitucional no puede ir más allá, como pretenden mis colegas que acogen la presente demanda. El Tribunal Constitucional, vía interpretación, no puede reescribir la Constitución. El inciso 2 del artículo 113 de la Constitución le otorga al Congreso la atribución de declarar la vacancia por permanente incapacidad moral del presidente de la República en cualquiera de los cinco años de su mandato. El Tribunal Constitucional no puede introducir reglas que hagan inviable el ejercicio de esta atribución.

En realidad, de la revisión de los debates constitucionales de 1993 resulta claro que los constituyentes eran conscientes de que el término "incapacidad moral" podía ser interpretado de distintas maneras. Esta preocupación también está registrada en los debates que alumbraron la Constitución de 1979. A pesar de ello, los constituyentes tanto de 1993 como de 1978-79 decidieron mantener este término en el texto constitucional, considerando que estaba presente en nuestra Constitución histórica desde 1839, sin que hubiese sido prácticamente utilizado. La inclusión de la vacancia por incapacidad moral en la Constitución no fue, pues, un descuido; fue una decisión deliberada. Los constituyentes *decidieron* otorgarle al Congreso ese *mecanismo de control*, y lo hicieron:

> **Artículo 113.- La Presidencia de la República vaca por:**
>
> (…)
>
> 2. Su permanente incapacidad moral o física, *declarada por el Congreso* [*énfasis* añadido].

El 2001, la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional Peruana, convocada por Valentín Paniagua, propuso sustituir el término "permanente incapacidad moral" por el de "conducta incompatible con la dignidad del cargo", que no es menos indeterminado. El 2002, al avanzar el proceso de reforma constitucional, en el "Anteproyecto de Ley de Reforma Constitucional", la Comisión de Constitución del Congreso optó por la fórmula de "conducta incompatible con la dignidad del cargo o incapacidad moral", dejando claro que ambos términos eran sinónimos. Ni siquiera en ese momento, en el que se intentaba hacer una reforma total de la Constitución, se pensó retirarle dicha atribución al Congreso.

Llama la atención la conducta del procurador público especializado en materia constitucional del Poder Ejecutivo. El año pasado, al contestar la demanda contenida en el Expediente 00006-2019-CC/TC, caso disolución del Congreso, nos solicitó que realizáramos una interpretación *amplia* de la facultad del Poder Ejecutivo de plantear cuestiones de confianza, de modo que incluyera competencias exclusivas del Congreso y su denegación fáctica. Hoy pretende que realicemos una interpretación *estrecha* de la atribución del Congreso de

declarar la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral. El Tribunal Constitucional no debe prestarse a hacer interpretaciones *ad hoc*.

Finalmente, cabe recordar también que la vacancia por incapacidad moral está recogida en Constituciones de países tanto parlamentaristas como presidencialistas. Un ejemplo de los primeros es Italia, donde su sola amenaza llevó a la dimisión de Francesco Cossiga, en sus últimos meses de mandato en 1992. En los Estados Unidos de América, un ejemplo de los segundos, su uso ha sido más frecuente. En los últimos cincuenta años, han habido allí tres procesos de vacancia por incapacidad moral: en 1975, contra Richard Nixon; en 1998, contra Bill Clinton; y, en 2019, contra Donald Trump. Nixon renunció, al igual que Cossiga, ante su sola amenaza (como, por cierto, lo hizo aquí Pedro Pablo Kuczynski). Empero, en los casos de Clinton y Trump lo que evitó la vacancia fue la intervención del Senado.

Por ello, para evitar enfrentamientos políticos y sociales tan dramáticos como el presente, el Perú –cuyo sistema de gobierno combina elementos parlamentaristas y presidencialistas– debería volver a tener un Senado. Me atrevo a sugerir que el Congreso de la República pondere esta reforma constitucional puntual, que contribuiría a la afirmación de la democracia peruana. En un Congreso unicameral, pueden cometerse errores más fácilmente que en uno bicameral; una cámara de revisión, por definición, contribuye a que se reflexione más las decisiones que se adoptan. Karl Loewenstein dijo:

> El control intraorgánico más importante consiste en la división de la función legislativa, que, como tal, está distribuida entre dos ramas separadas de la asamblea que se controlan y limitan mutuamente. Este es el significado del sistema bicameral.

Por tanto, ya que esto es lo que pienso sobre la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

S.
SARDÓN DE TABOADA

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ Y DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

> *Lo que la experiencia de la justicia constitucional ha revelado es, justamente, la aparición de un reino nuevo donde extender el imperio del Derecho, un reino hasta entonces dejado al capricho y al arbitrio de los políticos, el reino de la Constitución, concebida no como una simple decisión existencial, consumada en un momento único y remitida en su suerte a todos los avatares y las pasiones de la lucha política ulterior, sino como una norma jurídica efectiva, que articula de manera estable los elementos básicos del orden político y social y que es capaz de funcionar normativamente como clave, de bóveda del sistema jurídico entero. El sistema de la justicia constitucional ha conquistado, pues, nuevas tierras al imperio del Derecho para extender a ellas naturalmente la función pacificadora e integradora que el Derecho asegura como el primero de sus logros.*
>
> *Eduardo García de Enterría*

Conforme a nuestro irrenunciable deber de magistrada y magistrado constitucionales, elaboramos el presente voto porque no compartimos, de ninguna forma, ni las razones ni la decisión adoptada por la mayoría de nuestros colegas. La demanda no debió declararse improcedente por sustracción de la materia, sino más bien debió ingresarse al fondo del asunto y declararla **FUNDADA**, pues está acreditado el uso indebido de la vacancia presidencial por parte del Poder Legislativo, así como la afectación de las competencias de la Presidencia de la República para dirigir la política general de gobierno.

En los últimos años el Congreso de la República ha apelado frecuentemente a la noción de la incapacidad moral para justificar pedidos de vacancia presidencial, lo que ha generado escenarios de graves tensiones políticas, que hacían imprescindible e impostergable un pronunciamiento de fondo del Tribunal Constitucional sobre esta causal. Sólo así se hubiera hecho prevalecer sus funciones de valoración, ordenación y pacificación, y acabar de este modo con la incertidumbre e inseguridad jurídica generadas por las referidas tensiones políticas. Lamentablemente la mayoría del Tribunal ha decidido rechazar la improcedencia de la demanda por argumentos formales que carecen de justificación.

Estructuraremos nuestro pronunciamiento abordando los siguientes tópicos: 1) antecedentes del caso; 2) delimitación de la controversia competencial; 3) la vacancia del Presidente de la República por incapacidad moral en el constitucionalismo peruano:

3.1. Historia constitucional de la vacancia presidencial por causal de incapacidad moral y 3.2. La incapacidad moral como causal de vacancia presidencial en la historia reciente; 4) La causal de vacancia presidencial por causal de incapacidad moral en la Constitución Política de 1993: 4.1. Sobre la naturaleza de la vacancia presidencial, 4.2. La norma constitucional contenida en el artículo 113 inciso 2 de la Constitución, y 4.3. Sobre las garantías procedimentales para que la causal de permanente incapacidad moral sea utilizada en un sentido conforme con la Constitución; 5) Análisis del caso concreto; y 6) Efectos de la sentencia en el presente caso.

§1. ANTECEDENTES DEL CASO

Demanda

Los argumentos expuestos en la demanda son los siguientes:

- El demandante sostiene que el Congreso de la República ha ejercido indebidamente su competencia para iniciar el trámite de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, ya que afecta las atribuciones del Presidente de la República para dirigir la política general del Gobierno y la facultad de los ministros para llevarla a cabo.
- Argumenta que en el presente caso existe un conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto. En este supuesto, cada órgano constitucional conoce perfectamente cuál es su competencia; sin embargo, uno de ellos realiza un indebido o prohibido ejercicio de la atribución que le corresponde, lo que repercute sobre el ámbito del que es titular el otro órgano constitucional.
- En ese sentido, manifiesta que los actos concretos del Congreso de la República que afectan las competencias del Poder Ejecutivo son:

  i) la admisión a trámite de una moción de vacancia contra el presidente de la República por permanente incapacidad moral (Moción de Orden del Día 12090); y,

  ii) el desarrollo del procedimiento de vacancia como resultado de la admisión a trámite de la moción.
- Alega que existen antecedentes, tanto a nivel interno como internacional, de acciones de control a través de instancias jurisdiccionales, sobre la actuación del Congreso de la República respecto al ejercicio de competencias que le han sido reconocidas por la Constitución.
- El procurador público de la parte demandante acota que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en el caso Tribunal Constitucional vs. Perú, determinó que el procedimiento de acusación constitucional llevado a cabo por el Congreso de la República contra los magistrados denunciantes en la controversia, afectó las garantías del debido proceso reconocidas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH).

- Añade que, en el 2018, la Corte IDH en la resolución de medidas provisionales del caso Durand y Ugarte vs. Perú realizó un control sobre el proceso de acusación constitucional seguido por el Congreso de la República contra cuatro magistrados del Tribunal Constitucional y ordenó el archivo del referido proceso.
- El demandante refiere además que un elemento esencial de todo Estado constitucional es el respeto al principio de separación de poderes. Alega que el Tribunal Constitucional ha señalado que las dimensiones de dicho principio son la solución democrática, cooperación, balance entre poderes y el principio de separación de poderes propiamente dicho.
- Argumenta que, en el presente caso, el uso indebido por parte del Congreso de la República de su competencia para tramitar la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral contraviene el principio de separación de poderes.
- El procurador público del Poder Ejecutivo manifiesta que, de acuerdo con el artículo 118 inciso 3 de la Constitución, corresponde al presidente de la República "dirigir la política general del gobierno". Por su parte, el artículo 119 del texto constitucional reconoce la competencia de los ministros para ejecutar dicha política.
- Asevera que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 112 de la Constitución, todas las entidades del Estado deben respetar el período de duración del mandato presidencial. Sostiene que, aquellos mecanismos a través de los cuales se pueda constitucionalmente determinar que dicho período de gobierno debe concluir antes de lo previsto, deben cumplir determinados requisitos tanto de fondo como de procedimiento.
- Aduce que, una de las garantías para el adecuado desempeño de las competencias que corresponden al Presidente de la República, se encuentra establecida en el artículo 117 de la Constitución. Dicha disposición constitucional tiene por objetivo garantizar que el más alto funcionario del Estado pueda ejercer adecuadamente el cargo sin que sus competencias se vean entorpecidas como consecuencia del trámite de denuncias presentadas en su contra.
- Por ello, concluye en este aspecto que las competencias asignadas por la Constitución al Congreso de la República no pueden ser utilizadas para impedir que el Presidente de la República dirija la política general del gobierno durante los cinco años por los cuales ha sido elegido, ni para impedir que los ministros de Estado la ejecuten.
- Sostiene que el artículo 113 de la Constitución establece los supuestos en los cuales se produce la vacancia presidencial. Señala que dicha disposición constitucional tiene como finalidad identificar aquellas situaciones objetivas que den cuenta de un hecho concreto que impida que una persona pueda seguir ejerciendo el cargo de presidente de la República.
- Sin embargo, alega que dicha institución no implica un mecanismo de control político. Pues de lo contrario se estaría afectando el modelo de frenos y contrapesos que rige en nuestro sistema constitucional.

- Por ello, señala que la aplicación de esta causal de vacancia debe ser restrictiva, únicamente cuando el Presidente de la República se encuentre imposibilitado de ejercer el cargo por haberse configurado su permanente incapacidad moral.
- Sostiene que dicha causal no puede ser empleada por el Congreso de la República como un mecanismo de control político respecto del Poder Ejecutivo. Es decir, alega que no debe ser utilizada para evaluar acciones u omisiones del presidente de la República durante el período de gobierno, ya que de hacerlo se desnaturalizaría la institución de la vacancia presidencial lo cual supondría una afectación del equilibrio de poderes.
- El demandante advierte que el procedimiento de vacancia presidencial ha sido establecido en el Reglamento del Congreso de tal manera que se asemeja a un proceso sancionatorio contra el Presidente de la República.
- Añade que, si bien dicha norma establece reglas de procedimiento relacionadas con las etapas correspondientes, no define cuáles son los supuestos o criterios que deben tomarse en cuenta para identificar aquellas conductas (acciones u omisiones) del Presidente de la República que puedan ser calificadas como permanente incapacidad moral.
- Así las cosas, alega que le corresponde al Tribunal Constitucional disponer que la vacancia presidencial por la causal de permanente incapacidad moral no puede ser considerada como un mecanismo de control político respecto del Presidente de la República.
- Advierte que, en el presente caso, del contenido de la Moción de Orden del Día 12090, se desprende que la causal de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral no se sustenta en algún hecho objetivo que le impida al presidente de la República continuar ejerciendo sus funciones, sino que, por el contrario, se basa en argumentos sujetos a debate e interpretación, tanto desde un punto de vista jurídico como político y que, dicha situación, reflejaría la intención del Congreso de emplear la vacancia presidencial como un mecanismo de control político.
- Finalmente, el demandante enfatiza que la presente controversia debe ser analizada tomando en cuenta el actual escenario político, a fin de hacer prevalecer los límites impuestos por la Constitución a la competencia del Congreso de la República.

Contestación de la demanda

En la contestación de la demanda, se exponen los siguientes argumentos:

- El procurador público encargado de la defensa de los asuntos judiciales del Poder Legislativo sostiene que la demanda ha devenido en improcedente por incurrir en la causal de sustracción de la materia. Refiere que, según Manuel Valverde, la sustracción de la materia, "solo se puede dar *ex post* de interpuesta la demanda; esto es, debe surgir la causal de la sustracción de la materia después de que se admita la demanda hasta –por lo general– antes de expedirse la sentencia final".

- Añade que, según Eugenia Ariano, "la desaparición del interés para obrar, tiene estrecha relación con la pretensión como objeto del proceso, en la medida que es sobre este último que recaerá la afectación del interés para obrar, bien debido a la satisfacción extraprocesal o a cualquier otro evento que provoque un efecto idéntico".
- En ese sentido, señala que según el artículo 110 del Código Procesal Constitucional, el conflicto competencial se produce cuando alguno de los poderes o entidades estatales adopta decisiones o rehúye deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro.
- Argumenta que, a diferencia de lo ocurre en los procesos de inconstitucionalidad y de acción popular, el proceso competencial no está dirigido a evaluar la compatibilidad abstracta de normas jurídicas con el ordenamiento constitucional o legal.
- Refiere que, al resolver este tipo de procesos, el Tribunal Constitucional a menudo ejerce su función ordenadora y, de esa manera, contribuye a clarificar la distribución de competencias establecida por la Constitución Política del Estado. Alega que si no existe un conflicto, que debe basarse necesariamente en cuestiones de hecho, no puede ser procedente una demanda competencial.
- Sostiene que, es evidente que el proceso competencial está diseñado para evaluar hechos y situaciones jurídicas concretas. Por lo tanto, desde ese punto de vista, anota que este proceso es más próximo a los procesos de la libertad (habeas corpus, amparo y habeas data) que a los de control abstracto (inconstitucionalidad y acción popular).
- Argumenta que la posibilidad de plantear una demanda competencial se encuentra supeditada a la existencia de un conflicto, ya que de lo contrario este proceso devendría en un mecanismo a través del cual los sujetos legitimados para demandar podrían solicitar que el Tribunal Constitucional se pronuncie, en cualquier momento, sobre una presunta ambigüedad en la distribución de competencias establecida por nuestra Constitución.
- El procurador público encargado de la defensa de los asuntos judiciales del Poder Legislativo sostiene que, si ello ocurriera, no estaríamos ante un proceso destinado a resolver una controversia sino, más bien, ante un mecanismo vinculante de consulta en el cual el Tribunal Constitucional estaría llamado a resolver casos hipotéticos y/o a realizar interpretaciones en abstracto, lo cual no es admisible en nuestro sistema constitucional.
- Refiere que, si se permitiera que el proceso competencial se configure como un mecanismo vinculante de consulta, se alteraría profundamente el equilibrio de poderes, reconocido en el artículo 43 de la Constitución.
- Sobre esta base, manifiesta que, a través del proceso competencial, el Tribunal Constitucional, únicamente está autorizado para resolver los conflictos que efectivamente se producen entre los sujetos legitimados para demandar y ser demandados. Alega que,

por regla general, no puede emplearse este proceso para resolver conflictos que no existen, o que han desaparecido durante la tramitación del proceso.

- Respecto al caso concreto, el procurador público encargado de la defensa de los asuntos judiciales del Poder Legislativo manifiesta que se debe considerar que en la sesión de fecha 18 de setiembre de 2020, la moción de vacancia obtuvo solo 32 votos, con lo cual se acredita que el conflicto específico que dio origen a la interposición de la demanda ha desaparecido, y, por lo tanto, la demanda deviene improcedente por haberse producido la sustracción de la materia.
- Por otro lado, sin perjuicio de ello, manifiesta que, en el presente caso, la demanda no ha sido interpuesta en defensa de una potestad concreta del Poder Ejecutivo cuyo ejercicio esté impedido o se encuentre disminuido por causas imputables al Congreso de la República. Por el contrario, ha sido presentada en defensa del señor Martín Vizcarra Cornejo, como presidente de la República, con la finalidad de que no sea vacado del cargo por aplicación del artículo 113, inciso 2, de la Constitución.
- Por ello, alega que la presente demanda no tiene carácter competencial puesto que no está en discusión el ejercicio de ninguna de las competencias constitucionales que corresponden al Poder Ejecutivo, sino únicamente la continuidad en el cargo de un funcionario público, concretamente, el señor Martín Vizcarra Cornejo como Presidente de la República.
- Manifiesta que, como resulta evidente, las controversias que verdaderamente tienen carácter competencial suponen una discusión respecto a la titularidad y/o la forma de ejercer las competencias constitucionales, lo que es independiente de cualquier consideración *intuito personae*.
- Añade que, desde el punto jurídico constitucional, el alcance y la capacidad de ejercer las competencias del Poder Ejecutivo es independiente de la identidad del presidente de la República, de los ministros o de cualesquiera otros funcionarios públicos.
- Refiere que, la potestad presidencial reconocida en el artículo 118 inciso 3 de la Constitución, no se configura constitucionalmente en función de las personas o de los periodos de gobierno: le corresponde al presidente de la República por imperio de la Constitución, independientemente de quien ocupe el cargo y del periodo de gestión del que se trate.
- Por otro lado, subraya que, la doctrina entiende por capacidad a la aptitud o posibilidad jurídica de gozar y obrar los derechos, o la aptitud para adquirir y contraer deberes jurídicos, y también, como la aptitud otorgada por el ordenamiento jurídico, para ser titular de relaciones jurídicas.
- En esta línea, asevera que existe un consenso que tiende a identificar a la capacidad jurídica como la aptitud para ser titular de situaciones jurídicas, mientras que la capacidad de ejercicio es la aptitud para ponerlas en actuación. Por ello, ambas, constituyen el momento estático y dinámico de la categoría jurídica denominada sujeto de derecho.

- Manifiesta que, la incapacidad moral es una expresión que proviene del derecho canónico y del derecho privado francés, en oposición a la incapacidad física y equivalente de incapacidad intelectual.
- Añade que, la interpretación de la incapacidad moral formulada desde el derecho civil se corresponde con una de las acepciones recogidas del vocablo moral en el Diccionario de la Real Academia Española, que la identifica como el "conjunto de facultades del espíritu, por contraposición a físico".
- Argumenta que esta interpretación civilista de la incapacidad moral como causal de vacancia de la presidencia de la República presenta, no obstante, una importante limitación: ya que no alcanza a cubrir todos los aspectos de lo que debe entenderse como lo moral, en especial, en su relación con la aptitud del presidente de la República para ejercer la más alta magistratura de la Nación.
- Por ello, se adhieren a la postura de Paul Ricoeur, que concibe a la moral en su relación con el campo de lo obligatorio, marcado por las normas, las obligaciones, las prohibiciones, caracterizadas a la vez por una exigencia de universalidad y por un efecto de coerción. Añade que, desde este enfoque, toda referencia que se haga a la moral está indudablemente relacionada con las costumbres, las reglas de conducta admitidas en una época y en una sociedad determinada.
- Para el procurador público encargado de la defensa de los asuntos judiciales del Poder Legislativo, hablar de lo moral es aludir a un parámetro obligatorio de conducta fijado por una sociedad determinada que, como tal, es susceptible de ser transgredido debido a diversos factores y no, únicamente, por deficiencias psíquicas de un sujeto dado.
- Refiere que, si se tiene en cuenta que la finalidad de la vacancia presidencial es impedir que el presidente de la República continúe en el ejercicio del cargo debido a circunstancias valoradas como especialmente graves, según la tipología establecida en el artículo 113 de la Constitución, la incapacidad moral como causal debe interpretarse en el sentido de un quebrantamiento de los parámetros de conducta admitidos en una época y por una sociedad determinadas que afectan gravemente la dignidad del cargo y, además, son fuente de potenciales o concretos conflictos políticos que pueden hacer inviable el normal desenvolvimiento de la comunidad política.
- A la luz de estas razones y citando a Emile Durkheim, sostiene que la correcta interpretación de la incapacidad moral como causal de vacancia de la presidencia de la República es aquella que la identifica con "la falta de aptitud legal para continuar ejerciendo el cargo, por haberse acreditado objetivamente una conducta pública o social gravemente venal, corrupta, licenciosa u ofensiva a las convicciones éticas de la ciudadanía, que deja constancia de una atrofia de las nociones de corrección e integridad de ánimo".
- Refiere que, la incapacidad moral es, en definitiva, una situación pública que hace evidente la incapacidad hasta el extremo de interferir las funciones presidenciales y

hacer aconsejable su remoción. Para estos efectos, señala que la permanente incapacidad moral declarada por el Congreso tiene que ser puesta en sus justos términos: es una decisión política, no técnica, que toma el Congreso, pero en función de una realidad existente que es atribución suya ameritar.

- Por lo tanto, asevera que claramente el Constituyente ha confiado al Parlamento ser el intérprete de esta causal ante la comunidad política, de modo exclusivo y excluyente. A él le corresponderá determinar la existencia o no de una situación política que califique como incapacidad moral del Presidente de la República suficientemente grave como para justificar vacancia de la presidencia de la República.
- Por otro lado, aduce que, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se desprende que la vacancia presidencial por incapacidad moral permanente se relaciona con el voto de censura ministerial, ya que ambos constituyen procedimientos de control político.
- A partir de ello, señala que, desde una interpretación acorde con los criterios jurisprudenciales establecidos por el propio Tribunal Constitucional, el artículo 113 inciso 2 de la Constitución, debe interpretarse en el sentido que el Congreso de la República puede declarar la vacancia de la presidencia por permanente incapacidad moral cuando el titular del Poder Ejecutivo incurre en conductas reprochables que resultan incompatibles con la dignidad de su cargo, independientemente de si tales conductas corresponden a las descritas en el artículo 117 de la Constitución.
- Arguye que nuestra tradición constitucional, que ha reconocido desde la Constitución de 1839 la potestad del Congreso de la República para declarar la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, ha admitido en modo uniforme su intrínseca relación con la comisión por parte del presidente de la República de conductas reñidas con la dignidad de su cargo, con prescindencia de si constituyen o no delitos previstos y penados por la legislación vigente
- Refiere que esta figura no tiene nada que ver con el desequilibrio y/o incapacidad mental de la persona que ejerce el cargo presidencial, ya que dicho supuesto se ha trasladado a la permanente incapacidad física, que también es una causa de declaración de vacancia presidencial, conforme lo establece el mismo artículo 113 inciso de la Constitución (SIC).
- Alega que, la propia aplicación de la vacancia presidencial en nuestra historia republicana revela que las razones que motivaron la vacancia presidencial partieron de una evaluación política de la idoneidad moral de los presidentes de la República involucrados y no de la pérdida de la integridad psíquica o mental.
- Finalmente, enfatiza que la Moción de Orden del Día 12090 fue admitida a trámite, discutida y desestimada dentro de los márgenes de un debido proceso en sede parlamentaria. Refiere que la vacancia presidencial solicitada obedeció a una evaluación política de los graves hechos que suscitaron la presentación de la moción de vacancia.

- Agrega que, habiéndose fijado el 18 de septiembre de 2020 como fecha para el debate y votación del pedido de vacancia, se presentaron en esa fecha, tanto el presidente de la República, Sr. Martín Vizcarra, como su abogado defensor, los cuales hicieron uso de la palabra y luego de un extenso debate se terminó rechazando la moción de vacancia, con lo cual se acredita también la sustracción de la materia en el presente proceso competencial.

§2. DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA COMPETENCIAL

1. De lo expuesto precedentemente, se desprende para resolver la presente controversia debe determinar:

   i) Si el acto de admitir a trámite una moción de vacancia presidencial por incapacidad moral realizado por el Congreso de la República fue irregular; y, solo en el caso de que lo haya sido, verificar si esa actuación irregular afectó el ejercicio de las competencias del Poder Ejecutivo; lo que exige, a su vez, determinar,

   ii) Cuáles son los alcances normativos de la disposición constitucional establecida en el artículo 113 inciso 2 sobre la vacancia presidencial originada en la causal de permanente incapacidad moral.

2. El Congreso de la República sostiene que la demanda debe ser declarada improcedente por incurrir en causal de sustracción de la materia, toda vez que en la sesión del Pleno de fecha 18 de setiembre de 2020, el pedido de vacancia fue desestimado ya que solo contó con el respaldo de 32 votos. Por ello, sostiene el demandado que carece de objeto emitir un pronunciamiento sobre el supuesto conflicto competencial incoado.

3. No compartimos tal criterio y ratificamos la competencia jurisdiccional que le asiste al Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre el fondo de la discusión en el presente caso, principalmente, por las siguientes razones:

   i) De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 112 del Código Procesal Constitucional, el procedimiento en el proceso competencial se sujeta, en lo que resulte pertinente, a las reglas propias del proceso de inconstitucionalidad. En consecuencia, resulta aplicable el artículo 106 del Código Procesal Constitucional, y, por lo tanto, corresponde concluir que, una vez admitida la demanda competencial, independientemente de la actividad o interés de las partes, el Tribunal Constitucional, atendiendo al interés público de la pretensión discutida, impulsa el proceso y este solo concluye con la emisión de la sentencia;

   ii) La resolución de un conflicto competencial no depende de que el procedimiento en el que se enmarca el acto presuntamente viciado haya concluido, porque, como establece el artículo 113 del Código Procesal Constitucional, la sentencia estimatoria "anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia". Es decir, que si el Tribunal Constitucional considera que un acto se encuentra viciado dicha resolución supondría también la nulidad de todos los actos acaecidos con posterioridad que sean resultado o consecuencia de aquel primero;

iii) Si como aduce el demandado, el Tribunal Constitucional se encontrase impedido de abordar la cuestión controvertida porque el pedido de vacancia fue finalmente desestimado con anterioridad a la emisión de la sentencia, ello conllevaría a sostener que bastará que un procedimiento viciado se lleve a cabo con suficiente celeridad como para frustrar la intervención de este órgano de control de la Constitución. Por otra parte, debe tomarse en cuenta que sería suficiente con que la actuación que manifiesta el presunto menoscabo a las competencias de un poder del Estado u órgano constitucional cese antes de la expedición de la sentencia para que carezca de objeto el pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Un razonamiento en ese sentido resulta contrario a los fines que cumple este Tribunal, que integra, ordena y pacifica las relaciones entre los poderes públicos entre sí, como lo exige la naturaleza del caso de autos.

4. Por todo lo expuesto, concluimos que independientemente del resultado del procedimiento de vacancia derivado de la Moción de Orden del Día 12090, es decir, aun cuando finalmente dicha iniciativa hubiese sido desestimada con anterioridad a la expedición de esta sentencia o, en todo caso, luego de la admisión a trámite de la demanda, el Tribunal Constitucional mantiene su competencia para emitir una decisión sobre el fondo de la controversia en atención a los principios y reglas que rigen los procesos constitucionales y que, en particular, son aplicables al conflicto competencial.

§3. LA VACANCIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA POR INCAPACIDAD MORAL EN EL CONSTITUCIONALISMO PERUANO

5. Como ha quedado establecido, en el caso de autos, la controversia a resolver es una de carácter competencial que requiere tomar en cuenta la interpretación que el Tribunal Constitucional ha de realizar sobre los alcances normativos de la disposición constitucional establecida en el artículo 113, inciso 2 sobre la vacancia presidencial originada en la causal de permanente incapacidad moral.

6. Sin perjuicio de ello, consideramos indispensable determinar los términos en que fuera incorporada esta causal al ordenamiento constitucional peruano, ya que se ha conservado en el artículo 113.2 de la Constitución vigente con ligeras variantes y, su desarrollo en la constitución histórica, puede colaborar a determinar su alcance.

3.1. HISTORIA CONSTITUCIONAL DE LA VACANCIA PRESIDENCIAL POR CAUSAL DE INCAPACIDAD MORAL

7. La historia de la incapacidad moral en el constitucionalismo peruano aparece incluso antes de que este exista propiamente. En efecto, la Constitución española de 1812 es una norma extranjera que se juró en territorio peruano y establecía que el gobierno sería asumido por la Regencia cuando el Rey "se halle imposibilitado de ejercer su autoridad por cualquier causa física o moral".

8. La Constitución Política de la República Peruana de 1823 y la Constitución para la República Peruana de 1826 no incluyeron previsión alguna respecto de la vacancia por incapacidad moral. Sin embargo, ello no impidió la existencia de considerables tensiones entre el Ejecutivo y el Congreso. Sobre ello, uno de los primeros enfrentamientos entre ambos poderes se pudo advertir a propósito de los constantes conflictos entre José de la Riva Agüero y el Congreso de la República en el año 1823, el cual generó desde la expedición de un decreto para la disolución del Congreso hasta la declaración de exoneración para que el Presidente de la República deje su cargo. El primero de estos actos se había justificado en la "seguridad de la obra independizante que se estaba realizando y la remoción de los obstáculos que se opusieran a lograr la libertad" [De Rávago, Enrique (1999). El Gran Mariscal Riva Agüero, primer Presidente y Prócer de la peruanidad. Lima: Edición privada, p. 138]. Por otro lado, en relación con lo dispuesto por el Poder Legislativo, en el "Decreto del Congreso Constituyente exonerando a Riva Agüero del Gobierno del Perú" se indicaba que

> "[t]eniendo en consideración lo expuesto verbalmente por el Presidente de la República a los Señores Presidente y dos diputados del Soberano Congreso, asegurando que estaba llano a dimitir el mando y retirarse al punto que la Representación Nacional designase, y siendo indispensable tomar las medidas necesarias para conservar la unión y activar la cooperación de todas las autoridades y ciudadanos para el grande objeto de salvar la patria y afianzar la libertad; ha venido en decretar y decreta: 1. Que el Gran Mariscal D. José de la Riva Agüero queda exonerado del gobierno".

9. Otro de los episodios en los que se va a presenciar una fuerte pugna entre el Presidente de la República y el Congreso -esta vez, en el marco de la vigencia de la Constitución de 1828- se presentará a raíz de una fuerte polémica que involucraría a Agustín Gamarra y a Francisco de Paula Gonzáles Vigil. La Constitución de 1828 establecía que le correspondía a la Cámara de Diputados acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, y otros altos funcionarios por diversos delitos e infracciones a la ley fundamentales. De este modo, el Consejo de Estado había enviado a la Cámara de Diputados una lista de todas aquellas infracciones cometidas en las administraciones de Gutiérrez de la Fuente y Agustín Gamarra. El procedimiento iniciado en el Congreso en contra de este último tuvo como protagonista, por ser la persona que sustentó la acusación, a Francisco de Paula Gonzáles Vigil. En su conocido discurso, y al hacer referencia a la acusación, sostuvo que

> en las infracciones declaradas por la Cámara hay algunas en que el Ejecutivo ha puesto contribuciones, ha impedido a las juntas departamentales el libre ejercicio de sus funciones, y ha atacado las garantías individuales. El Ejecutivo ha doble el impuesto sobre el papel sellado, ha disuelto en esta ciudad la junta departamental mandando salir a fuera tres de sus miembros, y ha expulsado del país sin preceder sentencia judicial al ciudadano Jaramillo, siendo de notarse que ésta última infracción ha sido declarada tal por las dos Cámaras. Estos hechos (o uno que fuera) aun cuando no hubiese otros, serían bastantes para proceder con toda justicia y entablar

la acusación" [Gonzáles Vigil, Francisco (2019). Yo debo acusar, yo acuso. En: Bákula, Cecilia (compiladora). Textos y testimonios para comprender el Perú en el bicentenario. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, p. 378].

10. Pese a lo elocuente del discurso, en aquella oportunidad no prosperó la acusación en contra de Agustín Gamarra al no contarse con los votos suficientes para dicha empresa.

11. Con la Constitución Política de la República Peruana de 1834 se incorporó a nuestro ordenamiento constitucional un listado de causales de vacancia presidencial al establecer en su artículo 80 que:

    "La presidencia de la República vaca por muerte, admisión de su renuncia, perpetua imposibilidad física, destitución legal y término de su período constitucional".

12. En tanto que la causal específica de vacancia presidencial por incapacidad moral se estableció por primera vez en la Constitución Política de 1839, al disponer en su artículo 81 que "[l]a presidencia de la República vaca de hecho por muerte, o por cualquier pacto que haya celebrado contra la unidad e independencia nacional y de derecho, por admisión de su renuncia, **perpetua imposibilidad física o moral,** y término de su período constitucional" (énfasis nuestro). Al respecto, Toribio Pacheco, el que quizás sea uno de los principales comentaristas de este texto, sostenía que "[e]l presidente puede ser acusado por la cámara de representantes por traición, dilapidación del tesoro público, por otros grandes crímenes (indeterminados) o por mala conducta (*misdemeanors*)" [Pacheco, Toribio (2015). Cuestiones Constitucionales. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, p. 270]. Este procedimiento era considerablemente complejo, ya que iniciaba en la Cámara de Diputados, y luego era el Senado el encargarse de derivar este enjuiciamiento a la Corte Suprema de Justicia. Se puede perfilar que ya existía en la doctrina de la época una aparente distinción entre la determinación de supuestos de responsabilidad penal y aquellos supuestos en los que podía advertirse la existencia de actos graves que pudieran comprometer gravemente la imagen del Presidente de la República. Sin embargo, también se puede destacar que existía la necesidad de establecer un procedimiento riguroso y detallado para la determinación de responsabilidad del Jefe de Estado.

13. Por su parte, la Constitución de 1856 amplió los supuestos, ya clasificados como de hecho y de derecho por el texto fundamental anterior, que configurarían una vacancia presidencial:

    "Art. 83. La Presidencia de la República vaca de hecho:

    1° Por muerte.

    2° Por celebrar cualquier pacto contra la independencia ó integridad nacional.

    3° Por atentar contra la forma de Gobierno.

    4° Por impedir la reunión del Congreso, suspender sus sesiones ó disolverlo.

    Vaca de derecho:

1° Por admisión de su renuncia.

2° Por **incapacidad moral o física.**

3° Por destitución legal.

4° Por haber terminado su período" (énfasis nuestro).

14. La Constitución de 1860, sin embargo, redujo las causales en virtud de las cuales se podía declarar la vacancia. Así, se limitó a establecer en su artículo 88 que:

"La Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte:

1° Por **perpétua incapacidad, física** ó **moral del Presidente.**

2° Por la admisión de su renuncia.

3° Por sentencia judicial que lo declare reo de los delitos designados en el artículo 65.

4° Por terminar el período para que fué elegido" (énfasis nuestro).

15. Bajo la vigencia de este mismo texto constitucional, José María Químper, al referirse al Poder Ejecutivo, señalaba en 1877 que

> [e]l pueblo debe además ser muy reflexivo y muy justo apreciador de los méritos de sus conciudadanos, para designar como jefe ejecutivo al que más garantías preste, por sus virtudes y por su carácter. Se necesita pues buena organización y hombre competente: garantías legales y garantías personales. olo así será bien desempeñado el Poder Ejecutivo [Químper, José María (2017). Derecho Político General.Tomo II. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, p. 200].

16. La regulación constitucional fijada por la Constitución Política de la República de 1867 regresó a la distinción entre causales de hecho y de derecho planteada en 1839, disponiendo que:

"Art. 79. La Presidencia de la República vaca de hecho:

1° Por muerte del Presidente.

2° Por celebrar cualquier pacto contra la Independencia ó integridad nacional.

3° Por atentar contra la forma de gobierno.

4° Por impedir la reunión del Congreso, suspender sus sesiones ó disolverlo.

Art. 80. Vaca de derecho:

1° Por admisión de su renuncia.

2° Por **incapacidad moral** ó **física.**

3° Por haber terminado su período.

4° Por sentencia judicial que lo declare reo del delito que motivó su suspensión conforme al artículo 79, incisos 2°, 3° y 4°." (énfasis nuestro)

17. Otro fuerte enfrentamiento entre estos dos poderes del Estado se pudo apreciar en el episodio relacionado con la censura al Ministerio "Tiberiópolis" en 1867. Este tuvo lugar a propósito del Gabinete del que formaba parte el General Pedro Bustamante, el Reverendo Pedro José Tordoya, Obispo de Tiberiópolis, el Coronel Juan Miguel Gálvez, el Dr. Simón Gregorio Paredes y el Dr. José Narciso Campos. Luego de una tensa reunión, los integrantes de este colegiado procedieron a abandonar el salón, lo cual fue apreciado como una afrenta por parte del Poder Legislativo. A ello se agregó que, en un posterior oficio del Ministerio de Gobierno, se había solicitado enjuiciar al congresista Casós, el cual había realizado severas críticas en contra de los ministros. Luego de ello, serían nuevamente convocados, negándose a concurrir porque, según alegaban, solamente se iba a repetir el altercado.

18. Todos estos sucesos generaron que el Congreso envíe una comisión para interpelar al Presidente. Las tensiones terminaron con la presentación de la dimisión del Gabinete, y con el intento de vacancia presidencial (presentado por el mismo Casós), este último rechazado debido a que existieron solo 27 votos a favor y 42 en contra de la referida propuesta [*cfr*. Villarán, Manuel Vicente (1994). Posición Constitucional de los Ministros en el Perú. Lima: Cultural Cuzco S.A, p. 153].

19. Por su parte, los cuatro textos constitucionales que rigieron el siglo pasado – incluida la vigente Constitución de 1993– mantuvieron una regulación de la vacancia presidencial bastante similar a la ya establecida en las cartas previas. No obstante ello, a partir del primer texto constitucional del siglo XX se incorporó expresamente la regla de que la vacancia por permanente incapacidad física o moral debía ser declarada por el Congreso.

20. Así, y ya durante el siglo XX, uno de los casos más conocidos relativos a pugnas entre el Ejecutivo y el Legislativo se pudo apreciar en la administración de Guillermo Billinghurst. Sobre ello, recuerda el historiador peruano Jorge Basadre que "[n]o existía precedente en el país de una pugna tan grave, salvo en el caso de Riva Agüero en 1823. Parlamentos hubo que, en momentos de gran agitación política, pretendieron fulminar al Presidente con una acusación como en 1832 o con la declaración de vacancia de la Jefatura de Estado en 1858 y 1867, pero sin lograr esos radicales objetivos" [Basadre, Jorge (1970). Historia de la República del Perú. Tomo XII. Lima: Editorial Universitaria, pp. 274 y 275]. En aquella oportunidad, el intento de disolver el Congreso de la República, para la posterior iniciación de un proceso de consulta popular, fueron los que motivaron el *impasse* entre ambos órganos. De este modo, el Congreso de la República elaboró un comunicado en los siguientes términos:

> […] si el Presidente de la República, no ha sabido aprovechar en beneficio del Perú, la enorme fuerza ocasional que lo llevó al poder, si su Gobierno, con pasmosa fecundidad para el mal, ha empequeñecido y desorganizado todo, la causa es exclusivamente suya y su responsabilidad le alcanza á él sólo.

No es menester repetirlo porque está en la conciencia pública: este desquiciamiento y esta anarquía, este desgobierno y esta ruina legal y social del Perú, es el producto desventurado, pero ineludible, de una voluntad personalista que, falta de control propio, rehacia al consejo, rebelde á la cultura é insujeta á la ley, maltrata y daña los intereses del Estado.

[…]

En presencia de situación tan grave, el Congreso asume sin vacilar la defensa de la República, y hace un llamamiento al civismo de la Nación, para que reivindique los fueros de su cultura, reconquiste su constitucionalidad, defienda el honor de la Patria y salve el honor del territorio y su integridad.

[…]

El momento es decisivo para la Nación, el Presidente de la República, colocándose fuera del régimen constitucional y legal, la precipita por pendiente pavorosa. Es preciso salvarla.

Con este propósito el Congreso Nacional asume la defensa de la República.

Y teniendo en consideración la serie de delitos perpetrados por el Jefe del Poder Ejecutivo, que causan irreparable daño á la nación y que revelan absoluta incapacidad moral para regir los destinos del Perú, el Congreso ejerce la atribución que le confiere el inciso 12 del artículo 59 de la Constitución y de conformidad con el artículo 88 de la misma, declara:

1°.- Que ha vacado la Presidencia de la República, porque don Guillermo Billinghurst, está absolutamente incapacitado para continuar ejerciendo el mando que le confirió el Congreso en 1912 y en el cual cesa desde este momento;

2°.- Que don Guillermo Billinghurst queda fuera de la Constitución y de las leyes, conforme al precedente parlamentario de 23 de julio de 1872.

3°.- Que las fuerzas de mar y tierra no deben obediencia á don Guillermo Billinghurst; y

4°.- Que mientras el Congreso resuelve lo conveniente al ejercicio del Poder Ejecutivo, inviste de autoridad bastante para que en su nombre ejecute cuantos actos fueren necesarios al restablecimiento del régimen constitucional á una junta de representantes presidida por el Diputado por Lima doctor don Augusto Durand. Las autoridades y funcionarios públicos, el Ejército, la Armada y las fuerzas de policía de la Nación, acatarán en consecuencia sus disposiciones" [Diario El Comercio. Lima, 4 de enero de 1914].

21. Superado este episodio, con posterioridad asumió el poder Augusto B. Leguía, quien promoverá la aprobación de la Constitución de 1920. El artículo 115 de este documento establecía que

La Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte:

1° Por **permanente incapacidad física o moral del Presidente declarada por el Congreso**;

2° Por admisión de su renuncia;

3° Por sentencia judicial que lo declare reo de los delitos designados en el artículo 96 (énfasis nuestro).

22. Por su parte, la Constitución Política de la República de 1933, en el artículo 144, estableció que:

La Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte:

1° Por **permanente incapacidad física o moral del Presidente, declarada por el Congreso**;

2° Por la aceptación de su renuncia;

3° Por sentencia judicial que lo condene por los delitos enumerados en el artículo 150°;

4° Por salir del territorio de la República sin permiso del Congreso; y

5° Por no reincorporarse al territorio de la República vencido el permiso que le hubiere concedido el Congreso (énfasis nuestro).

23. Ahora bien, en el debate constituyente realizado durante el siglo XX sobre el tema que se viene abordando, se expresará preocupación sobre el alto grado de indeterminación semántica que caracteriza al concepto de incapacidad *moral*. Así puede observarse de la Sesión realizada el 4 de abril de 1932 por el Congreso Constituyente que aprobó la Constitución de 1933:

El señor **Paredes.-** […] En efecto, el término moral, de suyo genérico, creo que ha sido tomado por la Comisión de Constitución, en el sentido de incapacidad mental, como acaba de explicar el señor Arca Parró; por lo que juzgo, como él, que debe emplearse la palabra mental, en vez de moral […].

El señor **Bustamante de la Fuente.-** Yo creo que hay que mantener la redacción del Artículo propuesto por la Comisión de Constitución, dejando al congreso la facultad de apreciar la incapacidad del Presidente. No podemos entrar en detalles; y por esos es preferible usar un término general […].

El señor Guevara.- […] Teniendo en cuenta la incapacidad física, en el seno de la Comisión se había propuesto el término; pero, con el objeto de contemplar una mayor afluencia de facultades para el Congreso, se ha adoptado el otro término de incapacidad moral, que es mucho más amplio […]. La incapacidad moral puede ser consecuencia de enajenación mental. Hay ciertas formas de enajenación mental que se traducen en manifestaciones inmorales. En el terreno de la moralidad, es frecuente que esas manifestaciones inmorales produzcan la vesania o alguna otra

> forma de locura. El criterio del Congreso será, pues, fuera de sus antecedentes y de los hechos realizados, resolver si se trata de una incapacidad moral o de una incapacidad física. Si la locura es una forma tan grave como, por ejemplo, la locura paranoica, que incapacita fisiológicamente al individuo, esta incapacidad no sólo será incapacidad mental son incapacidad física.
>
> Es claro que estos casos de incapacidad moral tienen relación con las buenas costumbres, y entre las buenas costumbres, con la forma como deben administrarse las rentas públicas, es decir, con la debida honradez, con la necesaria honorabilidad, tal como deben acatarse los principios constitucionales y el principio de las libertades (…).
>
> El señor **Cuculiza.-** Refiriéndome a la ampliación propuesta por el señor Escardó alazar, para que se diga: "incapacidad psíquica, física y moral", debo manifestar que, en mi concepto, el término psíquico comprende la incapacidad moral, puesto que dicho vocablo comprende todo el espíritu, con sus tres facultades bien definidas, que son: pensamiento, sentimiento y voluntad. Por consiguiente, encuentro que estaría de más la palabra moral.

24. Finalmente, la Constitución Política del Perú de 1979 al regular la incapacidad moral, al igual como lo hicieran en su momento los constituyentes de 1856 y de 1867, no exigió que dicha incapacidad sea permanente. Así, dispuso en el artículo 206 que:

> La Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte por:
>
> 1.- **Incapacidad moral o permanente incapacidad física declarada por el Congreso.**
> 2.- Aceptación de la renuncia por el Congreso.
> 3.- Salir del territorio nacional sin permiso del Congreso o no reincorporarse al cargo al vencimiento de éste. Y
> 4.- Destitución al haber sido sentenciado por alguno de los delitos mencionados en el artículo 210° (énfasis nuestro).

25. También existió en torno a esta carta un importante nivel de preocupación en la Asamblea Constituyente de 1979. En el debate llevado a cabo en el marco de la Vigésimo Tercera Sesión Permanente de la Comisión Principal de Constitución celebrada el 22 de febrero de 1979[2], los constituyentes expresaron:

> El señor CORNEJO CHÁVEZ.- Pregunto, señor Presidente, si es deliberada la posibilidad de que un enfermo mental pueda ser Presidente de la República, porque

2 Diario de los Debates de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979. Tomo IV. Disponible en el sitio web del Congreso de la República: http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const79DD/Comiprin/TomoCompleto/TomoIV.pdf Consulta realizada el 5 de noviembre de 2020.

dice "por incapacidad física o moral". ¿Así que el enfermo mental sí puede serlo? ¿Qué razones ha tenido la Comisión para proponer esta innovación?

[…]

El señor MELGAR.- No se ha puesto el término de enfermedad mental, porque la psiquiatría, feliz o lamentablemente, ahora ha ampliado su catálogo de diagnóstico de tal manera que no es posible hablar de una enfermedad mental. De repente el hombre más sano resulta con el diagnóstico de enfermo mental. Por eso hemos tenido el cuidado de no usar ese término.

[…]

El señor CHIRINOS SOTO (Enrique).- […] En cuanto a la incapacidad moral que está considerada en la Constitución, es evidentemente difusa, la califica el Congreso por supuesto. Declarada por el Congreso es el tipo de incapacidad que se vio en Estados Unidos para precipitar la renuncia de Nixon. No había cometido tales o cuales delitos, pero había tenido una conducta inmoral. Entonces, a un hombre de esa conducta inmoral se le amenazó con el juicio constitucional. En este caso sería un tipo de incapacidad que, sin haber llegado el Presidente a la perpetración de delitos, moralmente lo inhabilita por razón muy difícil de determinar, pero que tendría que ser declarada.

Es de advertir que nunca en nuestra historia constitucional se han dado estos casos, pero podrían darse. Yo no sé si el señor Melgar estaría de acuerdo en poner, "por incapacidad física, mental o moral permanente".

[…]

El señor VALLE RIESTRA.- El inciso está mal redactado de todas maneras, señor Presidente. Porque interpretándolo textualmente, se deduce lo siguiente: "Por incapacidad física o moral permanente", de donde una incapacidad moral transitoria o accidental no sería causa de destitución. Quiere decir que, si el Presidente se redime de su inmoralidad o alguien la considera tal, entonces ya no hay una incapacidad permanente sino subjetiva.

Ahora lo de la "incapacidad física", tal como está redactado, podría haber significado que Roosevelt no habría sido Presidente de los Estados Unidos. Tiene que ser, como dice el señor Aramburú: Incapacidad que lo imposibilite para el ejercicio de su cargo. Esto es cierto en la Constitución actual, pero está redactado mejor, porque dice, "por permanente incapacidad física o moral del Presidente". Se está haciendo énfasis en la incapacidad física permanente y lo de la moral no lo pone.

El señor CHIRINOS SOTO (Enrique).- (…) Por ejemplo, en el caso de un ebrio, no comete delito; y el caso se ha dado en Ecuador, con el Presidente Arosemena;

> hasta en un escándalo, no hay delito, no puede ser enjuiciado, pero hay una incapacidad moral.
>
> Yo estoy de acuerdo con que la expresión es vaga, pero es indispensable, porque el Presidente podría incurrir en incapacidad moral".

26. Asimismo, en el debate llevado a cabo en el marco de la 76° esión de la Comisión Principal de Constitución realizada el 27 de junio de 1979[3] se sostuvo lo siguiente:

> El señor RAMÍREZ DEL VILLAR.- […] El primer problema que tenemos es que no hay permanente incapacidad inmoral; la incapacidad es física o mental, pero no es moral; y el segundo que, en nuestro concepto, debe decirse: "el Congreso por una votación calificada". Esa debe ser los dos tercios o algo por el estilo, porque no puede el Congreso por simple mayoría de asistentes declarar la incapacidad del Presidente de la República.
>
> […]
>
> El señor CHIRINOS SOTO (Enrique).- Así es, hay incapacidad moral. La incapacidad moral consiste en que el Presidente de la República pueda incurrir en algún tipo de actos que no estén considerados en el artículo por el cual se pueda acusar; determinados tipos de actos que lo hacen moralmente incapaz; tipo "Watergate". Ahora, el ponerle un quórum a esto, es alterar absolutamente nuestra tradición constitucional. Este artículo siempre está en todas las constituciones tal cual. Y la razón es muy sencilla: si el Presidente de la República va en un caso de incapacidad moral al Congreso, creo que el solo hecho de que vaya al Congreso hará que el Presidente se retire; (…). Nada de quórum, el quórum no salva al Presidente.

27. De todo lo expuesto, se infiere que el constitucionalismo histórico del Perú ha considerado entre los supuestos para vacar al Presidente de la República, el hecho de que este padezca una incapacidad física o que su comportamiento personal adolezca de falta de corrección moral, es decir, que sea tan reprobable que ya no es digno de seguir personificando a la Nación tal como establece el artículo 110 de la Constitución. Para nuestra Constitución histórica, al Presidente se le puede vacar por actos o por conductas, que, a pesar de no configurarse como delitos de función o infracciones a la *ley fundamental,* ponen en entredicho el valor que representa para la Nación el cargo de Presidente de la República.

28. Y, finalmente, el artículo 113 inciso 2 de la actual Constitución Política del Perú precisa que

3 Diario de los Debates de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979. Tomo VIII. Disponible en el sitio web del Congreso de la República: http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const79DD/Comiprin/TomoCompleto/TomoVIII.pdf Consulta realizada el 5 de noviembre de 2020.

"La Presidencia de la República vaca por:

1. Muerte del Presidente de la República.
2. **Su permanente incapacidad moral o física, declarada por el Congreso.**
3. Aceptación de su renuncia por el Congreso.
4. Salir del territorio nacional sin permiso del Congreso o no regresar a él dentro del plazo fijado. Y
5. Destitución, tras haber sido sancionado por alguna de las infracciones mencionadas en el artículo 117 de la Constitución" (énfasis nuestro).

29. Tal como se observa de este recuento, salvo las constituciones de 1856, 1867 y 1979, el resto determinan el carácter permanente de la incapacidad moral como causal de vacancia presidencial. Por ello, resultaba necesario precisar cuál ha sido el significado de este supuesto y la importancia de la tradición constitucional preexistente, a pesar de que, como se verá más adelante, la aplicación práctica de esta figura constitucional en nuestra vida republicana haya sido escasa.

3.2 LA INCAPACIDAD MORAL COMO CAUSAL DE VACANCIA PRESIDENCIAL EN LA HISTORIA RECIENTE

30. En aplicación de la Constitución de 1993, desde el año 2000 a la fecha en que se presentó la Moción de Orden del Día 12090 sobre el pedido de vacancia presidencial en contra de Martín Alberto Vizcarra Cornejo, se han tramitado en el Congreso de la República tres procedimientos de vacancia presidencial invocando la causal de incapacidad moral establecida en el artículo 113, inciso 2.

31. El 19 de noviembre de 2000, Alberto Kenya Fujimori Fujimori envió desde Japón una comunicación al despacho presidencial a través de la cual presentaba su renuncia al cargo. Fujimori había sido autorizado para viajar desde el 11 de noviembre de ese año, a fin de participar en la Cumbre de Líderes del Foro de Cooperación Económica Asia Pacífico (APEC) que se realizaría en Brunei y luego se dirigiría a Panamá para asistir a la Décima Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado. Sin embargo, el 15 de noviembre, luego de realizar unas escalas no contempladas en el itinerario autorizado por el Congreso[4], llegó a Brunei y abandonó la Cumbre antes de su culminación para dirigirse a Tokio.

4 En el Informe Final de la Subcomisión Investigadora designada por la comisión permanente para investigar las denuncias constitucionales 57, 58 y 87, respecto del delito de abandono de cargo se sostiene que "… el ex Presidente hizo escalas en Acapulco (México), an Francisco (EE.UU) y Manila (Filipinas) que no fueron debidamente explicadas, dejando el avión presidencial en San Francisco para continuar su recorrido de San Francisco a Filipinas en una nave de "Philippine Airlines" y de Filipinas a Brunei en un vuelo comercial de "Royal Brunei", donde llegó el día 15 de Noviembre a la 1:30 de la madrugada, hora local de Burnei". Disponible en el sitio web del Congreso de la República: http://www4.congreso.gob.pe/congresista/2001/destrada/denuncias/informe-final-57.pdf

32. El Congreso de la República, mediante Moción de Orden del Día 251, promovió su vacancia y la aprobó luego de haber rechazado su renuncia. Así, luego de un debate que se centró en la forma cómo había ejercido el poder durante su gestión presidencial y cómo había renunciado al cargo, a través de la Resolución Legislativa 009-2000-CR, de fecha 21 de noviembre de 2000, se declaró su permanente incapacidad moral y la consecuente vacancia de la Presidencia de la República, disponiéndose la aplicación de las normas de sucesión contenidas en el artículo 115 de la Constitución.

33. Casi dos décadas después, el 15 de diciembre de 2017 se presentó ante el Congreso de la República el pedido de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral contra Pedro Pablo Kuczynski Godard a través de la Moción de Orden del Día 4710, considerándose que antepuso sus intereses personales a los del Estado Constitucional de Derecho. Así pues, para los congresistas que presentaron la moción, Kuczynski:

> (…) realizó un conjunto de actos reñidos con la moral, que evidencian un abierto comportamiento mitómano y un grave conflicto de intereses que favorecieron tanto a él como a una corrupta empresa privada [Odebrecht], en detrimento de los intereses del Perú[5].

34. La falta a la verdad, de honestidad y de transparencia al ocultar sus vínculos contractuales con empresas investigadas en el marco del caso de corrupción internacional Lava Jato, en particular, con la empresa Odebrecht, fueron las razones que a juicio de los congresistas sustentaban la declaración de su vacancia por incapacidad moral. Pero, como es conocido, el pedido fue finalmente rechazado al no alcanzar los votos necesarios para tal efecto.

35. Sin embargo, unos meses después, el 8 de marzo de 2018, se presentó un segundo pedido de vacancia (Moción de Orden del Día 5295[6]) en contra de Kuczynski. Días previos, a través de medios periodísticos, se dieron a conocer las relaciones del expresidente con representantes de la empresa Odebrecht, así como del movimiento de capitales a paraísos fiscales. No obstante, el procedimiento de vacancia quedó inconcluso y se aceptó la renuncia de Kuczynski tras ser difundidos unos audios que evidenciaban una concertación para rechazar la vacancia.

---

5 Moción de Orden del Día 4710, de fecha 15 de diciembre de 2017. Disponible en el sitio web del Congreso de la República: http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/5AFBFAFA4D598CCC052585E00032F3E7/$FILE/MC0471020171215.pdf

6 Moción de Orden del Día 5295, de fecha 8 de marzo de 2018. Disponible en el sitio web del Congreso de la República: http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/D2EEE-33CFC595394052585E000303D98/$ FILE/MC0529520180308.PDF

§4. LA CAUSAL DE VACANCIA PRESIDENCIAL POR INCAPACIDAD MORAL EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

36. Hasta el momento, la vacancia presidencial originada en la causal de permanente incapacidad moral establecida en el artículo 113, inciso 2 de la Constitución no ha sido objeto de interpretación constitucional por el Tribunal Constitucional. No obstante ello, en el año 2003 el Tribunal publicó su sentencia recaída en el Expediente 0006-2003-AI en la que analizó la constitucionalidad del inciso j) del artículo 89 del Reglamento del Congreso, referido al procedimiento de acusación constitucional contenido en los artículos 99 y 100 de la Constitución, y advirtió sobre la ausencia de regulación legislativa sobre el procedimiento de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral.

37. Así, en el fundamento 26 de la referida sentencia, dejó establecido lo siguiente:

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

38. Y, en virtud a la exhortación citada que hiciera el Tribunal, mediante Resolución Legislativa 030-2003-CR, publicada el 4 de junio de 2004, el Congreso de la República modificó su reglamento e incorporó el artículo 89-A con el objeto de establecer las reglas para tramitar el pedido de vacancia presidencial por la causal específica de permanente incapacidad moral:

    a) El pedido de vacancia se formula mediante moción de orden del día, firmada por no menos del veinte por ciento del número legal de congresistas, precisándose los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta, así como de los

documentos que lo acrediten o, en su defecto, la indicación del lugar donde dichos documentos se encuentren. Tiene preferencia en el Orden del Día y es vista antes que cualquier otra moción pendiente en la agenda. Recibido el pedido, copia del mismo se remite, a la mayor brevedad, al Presidente de la República.

b) Para la admisión del pedido de vacancia se requiere el voto de por lo menos el cuarenta por ciento de Congresistas hábiles. La votación se efectúa indefectiblemente en la siguiente sesión a aquella en que se dio cuenta de la moción.

c) El Pleno del Congreso acuerda día y hora para el debate y votación del pedido de vacancia, sesión que no puede realizarse antes del tercer día siguiente a la votación de la admisión del pedido ni después del décimo, salvo que cuatro quintas partes del número legal de Congresistas acuerden un plazo menor o su debate y votación inmediata. Si fuera necesario se cita, para este efecto, a una sesión especial. El Presidente de la República cuya vacancia es materia del pedido puede ejercer personalmente su derecho de defensa o ser asistido por letrado, hasta por sesenta minutos.

d) El acuerdo que declara la vacancia de la Presidencia de la República, por la causal prevista en el inciso 2) del artículo 113 de la Constitución, requiere una votación calificada no menor a los 2/3 del número legal de miembros del Congreso y consta en Resolución del Congreso.

e) La resolución que declara la vacancia se publica en el Diario Oficial dentro de las veinticuatro horas siguientes al de la recepción de la transmisión remitida por el Congreso. En su defecto, el Presidente del Congreso ordena que se publique en uno de los diarios de mayor circulación nacional, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar.

f) La resolución que declara la vacancia rige desde que se comunica al vacado, al Presidente del Consejo de Ministros o se efectúa su publicación, lo que ocurra primero.

39. A continuación, se analizará la naturaleza de esta figura a la luz del texto incorporado en la carta política vigente.

4.1. SOBRE LA NATURALEZA DE LA VACANCIA PRESIDENCIAL

40. **La vacancia presidencial por incapacidad moral es un mecanismo de control institucional** que el constituyente puso en manos del Parlamento para que, frente a la conducta personal altamente reprobable de quien ejerce la Presidencia de la República, pueda declararla y apartar al Presidente de su cargo.

41. En modelos de gobierno de base presidencial, como es el régimen político peruano, el Presidente de la República es el Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, personifica a la Nación y es elegido popularmente.

42. El titular del Poder Ejecutivo es Jefe de Gobierno, pero no es ni nombrado, ni removido discrecionalmente por el Congreso, como ocurre en los sistemas parlamentarios donde la figura del Jefe de Gobierno se sostiene en la confianza otorgada por el Parlamento.

43. El Presidente de la República asume sus funciones con poderes plenos como consecuencia de la elección popular y sin que para mantenerse en el cargo dependa de la confianza del Congreso, como sucede en el caso del Presidente del Consejo de Ministros de acuerdo con lo establecido por el artículo 130 de la Constitución.

44. Este diseño orgánico obliga, entonces, a que en la Constitución existan mecanismos de control institucional con el propósito de garantizar un ejercicio razonable y responsable del poder, salvaguardar una legítima representatividad y estabilidad democrática, así como garantizar el equilibrio de poderes. Pero, también que se establezcan mecanismos que aseguren el comportamiento cívico que se espera de todos los ciudadanos, y, sobre todo, de las autoridades que los representan.

45. La estabilidad de la comunidad política constituye un pilar de la democracia en un Estado constitucional. Solo si se respeta los acuerdos básicos que la sociedad adopta y plasma en la Constitución que aprueba con el objeto de asegurar su regular funcionamiento, es posible la estabilidad democrática de un país. Y dicho respeto es exigible de los ciudadanos, pero sobre todo de las autoridades representativas, porque son estas quienes están constitucionalmente comprometidas con el bien común. De ahí que nuestra propia *ley fundamental* señala que quiénes ejercen el poder "lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen" (artículo 45).

4.2 LA NORMA CONSTITUCIONAL CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 113 INCISO 2 DE LA CONSTITUCIÓN

46. El artículo 113, inciso 2 de la Constitución Política del Perú de 1993 precisa que:

> "La Presidencia de la República vaca por: (…)
>
> 2. Su permanente incapacidad moral o física, declarada por el Congreso (…)".

47. Una lectura sistemática y preliminar del texto constitucional, permite concluir que la norma que se infiere de esta disposición constitucional es aquella que expresa la decisión política del Congreso de la República en virtud de la cual se aparta al Presidente de la República de su cargo por razones distintas a:

i) los supuestos expresamente establecidos en el artículo 117 de la Constitución (traición a la patria; impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; disolver el Congreso, salvo los casos previstos en el artículo 134, y por impedir su reunión o funcionamiento; o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral); y

ii) la comisión de un delito de función o al hecho de haber incurrido en una infracción constitucional, conforme ordena el artículo 99 de la Constitución.

48. No podría inferirse otra norma del citado artículo 113, inciso 2, porque quien ostenta la más alta magistratura en nuestro país, como es la Presidencia de la República (artículo 110), al tener la responsabilidad de dirigir el gobierno nacional con el compromiso de alcanzar el bienestar general para todos los ciudadanos (artículo 44), está vinculado por el deber de lealtad a la patria (artículo 38) y su comportamiento personal no puede restarle legitimidad al importante cargo que ejerce (artículo 118).

49. Como ya se ha afirmado *supra*, el régimen político peruano regulado por la Constitución se asienta en un modelo de gobierno presidencial, pero que incluye adaptaciones propias de nuestra realidad política y de la práctica constitucional. En dicho contexto se incluyó la vacancia presidencial por incapacidad moral declarada por el Congreso de la República, la que además forma parte de nuestra Constitución histórica.

50. Este mecanismo, ha sido recogido no con el objeto de perturbar el equilibrio de poderes que la Constitución persigue conforme al principio de separación de poderes, ni mucho menos para restarle relevancia a la institución de la Presidencia de la República que personifica a la Nación, sino con el propósito de garantizar la gobernabilidad del país, la legítima representatividad y la estabilidad democrática que se asienta en el correcto funcionamiento institucional.

51. Ahora, es cierto que la causal de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral contiene un alto grado de indeterminación semántica –lo que fuera una preocupación del constituyente peruano durante el siglo pasado, tal como ha quedado expuesto–; pero, también es cierto que esta indeterminación solo está referida a aquellos casos que propiamente se configuran como un hecho reprobable e incompatible con la dignidad de la función, con lo cual su aplicación solo se enmarca a este supuesto.

52. Al respecto, debe entenderse que cuando la Constitución Política de 1993 establece que al Presidente de la República se le puede vacar por su permanente incapacidad moral, lo que está disponiendo es que la razón que sustenta esa vacancia está referida a su comportamiento personal, que adolece de falta de corrección moral, es decir, que es tan reprobable que le impide seguir representando a la ciudadanía que lo eligió para que ejerza la más alta magistratura del país.

53. En ese sentido, cuando se invocan hechos realizados por quien detenta el cargo de Presidente de la República como expresión de un comportamiento altamente reprobable e incompatible con la dignidad de la función, el análisis que de aquellos vaya a realizar el Parlamento con la finalidad de declarar la vacancia presidencial, consistirá en verificar, cuando menos:

    i) que se trate de hechos de la mayor gravedad que atentan contra los valores éticos comúnmente compartidos en nuestra sociedad, que deterioran en gran magnitud la dignidad presidencial y que hacen insostenible la permanencia en tan importante cargo público, independientemente de que con posterioridad pueda determinarse que tales conductas tuvieran, además, relevancia penal; y,

ii) que estén claramente evidenciados ante la opinión pública y generen un notorio desequilibrio social, de modo tal que en esa extraordinaria circunstancia, dado nuestro modelo presidencialista y democrático, la valoración del Congreso sobre su verificación, no puede hacerse al margen de interpretar un sentimiento social que mayoritariamente y de forma patente ha consolidado un repudio hacia la figura presidencial, haciendo insostenible para la estabilidad social y el orden público su mantenimiento en el poder.

54. El análisis del caso que realice el Parlamento, a su vez, no puede estar librado de la previsión de consecuencias de la decisión política que vaya a adoptar. En efecto, para declarar la vacancia presidencial por incapacidad moral, el Congreso de la República también deberá tomar en consideración las circunstancias fácticas que describen la realidad del país en ese momento.

55. De otro lado, es importante enfatizar también que el texto constitucional no solo hace referencia a la "incapacidad moral", sino que enfatiza una característica relevante, que es su "permanencia". De ello se desprende que no cualquier cuestionamiento efectuado en contra del Presidente de la República puede ser catalogado, por la simple imposición de los votos, como una razón válida desde la Constitución para poder solicitar su vacancia. Esta apreciación no solo se deduce de las constantes preocupaciones que los propios constituyentes, en diversos momentos históricos, demostraron por un eventual uso arbitrario de esta figura, sino que además encuentra una especial lógica en el régimen político que es posible desprender de la Ley Fundamental.

56. En efecto, la Constitución de 1993 ha dispuesto el reconocimiento de diversas garantías para que el Presidente de la República solo pueda ser acusado en supuestos específicos. Ello se deriva tanto de la lógica que subyace a la forma de gobierno en la Constitución de 1993, como en la propia necesidad de garantizar un importante nivel de estabilidad institucional. Lo contrario sería asumir que la noción de moral quedará expuesta a la mayoría legislativa de turno, la cual bien puede calificar un acto como contrario a la moral dependiendo de si el Jefe de Estado es (o no) aliado a las posiciones políticas trazadas. En el caso concreto de un Presidente de la República con un grupo parlamentario minoritario en el Congreso -o, peor aún, en caso no lo tenga- esto supondría un recurrente escrutinio de "moralidad" por parte del Poder Legislativo.

57. A diferencia de otros modelos, la forma de gobierno peruana se caracteriza por contar con un Jefe de Estado y de Gobierno de origen popular -esto es, a través de las elecciones-, y esta condición debería generar un importante nivel de deferencia por parte del Congreso de la República al momento de decidir iniciar una moción de vacancia por incapacidad moral. Evidentemente, esto no supone que este órgano se encuentre vedado de emprender esta clase de medidas, pero de la estructura constitucional de la Carta de 1993 se desprende que ello solo puede realizarse ante un escenario que comprometa, severamente, la dignidad del cargo.

58. En este punto, es importante destacar que la fórmula de "incapacidad moral" a la que se refiere la Constitución de 1993 no es una que suponga un simple agregado de preferencias o simpatías personales. Si, como se indica en el artículo 93, "los congresistas representan a la Nación", entonces ellos no pueden activar recurrentemente esta clase de mociones para solicitar un posible apartamiento de alguna moral en particular o algún cuadro de valores específico. La vaguedad que caracteriza a la fórmula empleada en nuestro texto constitucional no puede suponer que la regla sea el cuestionamiento moral a las conductas del Presidente de la República, ya que esta indeterminación solo desea resaltar que es aquello que pueda ser razonablemente entendido como algo pernicioso lo que puede ser pasible de iniciar una vacancia. Como se pudo apreciar *supra*, la recurrente preocupación de nuestros constituyentes (tanto de los actuales como los de los textos anteriores del siglo XX) no hace más que confirmar la necesidad de que esta fórmula no sea entendida como un cheque en blanco a favor del Poder Legislativo, a través del cual pueda constantemente someter al Presidente de la República a mociones de vacancia en caso este cargo no esté ocupado por alguien que sea de su simpatía o preferencia.

59. La referencia a una situación de incapacidad moral permanente se vincula, en consecuencia, con aquellas conductas que cualquier persona racional y razonable pueda aprehender como incorrecta, y que justificarían el hecho que una alta autoridad no deba desempeñarse más en el cargo. En este orden de ideas, esta conducta debe ser probada más allá de alguna duda razonable, ya que la consecuencia de la declaración de incapacidad moral es una restricción al derecho a participar en la vida política del país que debe encontrarse, por ello mismo, claramente justificada. En ese sentido, las especulaciones, las declaraciones no corroboradas o la falta de pruebas contrastables sobre la vinculación del Jefe de Estado con alguna conducta reprochable no deberían justificar una decisión tan severa como la declaración de la incapacidad moral.

60. De todo lo hasta aquí expuesto se desprende la necesidad de precisar que la incapacidad moral permanente refleja no cualquier acto criticable desde la perspectiva de la moral social, sino que debe ser entendida como aquella conducta que impide que el Jefe de Estado tenga la mínima aptitud de dirigir los designios del país. Nuestra historia constitucional corrobora este entendimiento. A ello es importante agregar que no debe tratarse de una simple especulación, sino que debe ser una conducta atribuida al Presidente cuya realización no esté expuesta a conjeturas o controversias. Si esta no fuera la interpretación del Tribunal Constitucional, cualquier autoridad pública, independientemente de su jerarquía, podría ser separada de la función pública ante hechos no corroborados. No es ese el propósito de nuestra estructura constitucional.

61. Ahora bien, es ciertamente una tarea idealista asumir que este entendimiento de lo que debería ser una suerte de moral crítica sea respetado, en todos los casos, por el Poder Legislativo. Sin embargo, en determinados casos, puede ser palpable que una conducta del Presidente de la República deba ser inmediatamente analizada por parte del Poder Legislativo, ya que ella ha comprometido la dignidad del principal cargo estatal. Ello

es importante porque, si esta clase de condiciones se cumplen para el caso de otras altas autoridades del Estado (las cuales, incluso, pueden seguir desempeñando sus cargos pese a la existencia de múltiples denuncias en el Ministerio Público o en el Poder Judicial), también deberían serlo para la autoridad del más alto rango.

62. En ese sentido, y a fin de evitar calificaciones abruptas, es importante diseñar un procedimiento para la declaración de incapacidad moral que pueda aproximarse, razonablemente, a una alternativa válida que justifique la vacancia. Por ello, en esta decisión se desarrollarán un conjunto de garantías que permitan resguardar que la calificación del Congreso de la República no sea un simple agregado de preferencias personales, sino que se aproxime, realmente, al cuestionamiento de una conducta sobre la cual exista un importante nivel de consenso sobre su gravedad.

4.3 SOBRE LAS GARANTÍAS PROCEDIMENTALES PARA QUE LA CAUSAL DE PERMANENTE INCAPACIDAD MORAL SEA UTILIZADA EN UN SENTIDO CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN

63. El procedimiento establecido en el artículo 89-A del Reglamento del Congreso para tramitar el pedido de vacancia presidencial por causal de permanente incapacidad moral tiene las siguientes particularidades:

    i) Consta de tres etapas: (1) la presentación de la moción, (2) la admisión de la misma y (3) el debate con la consecuente votación del pedido de vacancia;

    ii) Las exigencias para su regularidad constitucional se centran en verificar que los fundamentos de hecho, de derecho y los medios probatorios tengan una relación directa con la causal de vacancia por permanente incapacidad moral;

    iii) Los plazos previstos para cada etapa son perentorios;

    iv) La votación para declararla es calificada; y,

    v) El derecho garantizado a quien ejerce el cargo de Presidente de la República, es el derecho a la defensa técnica.

64. Al respecto, estimamos que, de una interpretación sistemática de los artículos 43 (principio de separación de poderes), 112 (el mandato presidencial es de 5 años), 113.2 (causal de vacancia de la Presidencia de la República por permanente incapacidad moral), 103 (la Constitución no ampara el abuso del Derecho), 139.3 (garantías del debido proceso), 139.14 (derecho de defensa), 201 (el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución), 202.3 (el Tribunal Constitucional conoce los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución), de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como de sus funciones de valoración, ordenación y pacificación, entre otros, es indispensable establecer, además, los siguientes criterios, a fin de que la causal de permanente incapacidad moral sea utilizada en un sentido conforme con la Constitución. Tales criterios serían los siguientes:

i) congruencia entre lo que se pide y lo que se resuelve, es decir, que los fundamentos de hecho y de derecho del pedido de vacancia, deben ser los mismos que sean objeto de pronunciamiento en el respectivo debate y votación por el Pleno del Congreso;

ii) los documentos o medios probatorios que acrediten o corroboren los hechos deberán ser examinados por una Comisión Especial de Investigación que presenta un informe dentro del plazo que fije el Pleno del Congreso de Investigación (al igual que en otros procedimientos parlamentarios); y,

iii) del otorgamiento del tiempo y los medios necesarios para la preparación de la defensa de quien ostente la Presidencia de la República.

iv) no procede dicha causal de vacancia en el último año de ejercicio de la Presidencia de la República. Ello tiene pleno sentido a partir del principio de seguridad jurídica y efectos de evitar graves situaciones de inestabilidad política, económica y social. Además es plenamente con lo dispuesto en el artículo 134 cuando establece que "No puede disolverse el Congreso en el último año de su mandato".

v) Se requiere una segunda votación. Esto como mecanismo adicional de reevaluación y reflexión dada la magnitud de las consecuencias que la vacancia de la Presidencia de la República representa, y,

vi) La vacancia presidencial no puede utilizarse como mecanismo de control político ni para discutir la posible comisión de delitos.

En efecto, la vacancia presidencial es un mecanismo de control inter- orgánico previsto en la Constitución de 1993, y que se deriva de nuestra forma histórica de gobierno. En efecto, ya en otra oportunidad habíamos destacado que el modelo de la carta vigente es de fuerte tendencia presidencialista, pero con la inserción de distintas formas de control parlamentario [STC 0006-2019-CC]. Ahora bien, cierto es que la explicación de esta fórmula se explica en la idea, que proviene desde el siglo XIX, de los parlamentarios como representantes de la nación. Así, en uno de los primeros manuales de derecho constitucional -publicado en 1855- ya sostenía Felipe Masías que

> [e]l derecho que tienen las personas investidas con el poder Legislativo, para acusar en el seno de sus respectivas cámaras a uno o a todos los ministros, y para proponerlas que exijan la responsabilidad de tales funcionarios, y aun la del presidente o jefe supremo del poder Ejecutivo en las repúblicas, así como también la de cualquiera de los funcionarios del poder Judicial, el derecho pues de acusación se funda, según lo hemos indicado, en el principio general de que siendo dichos legisladores verdaderos representantes de la nación, en virtud del poder que ejercen, y debiendo en tal calidad velar por el respeto de todos los derechos reconocidos, están perfectamente obligados a entablar semejante acusación contra los ministros o contra el presidente, o contra los funcionarios del poder Judicial, que se hagan merecedores de ella, puesto que entablándola llenan en parte los deberes de su mandato [Masías,

Felipe (2019). Breves nociones de la ciencia constitucional. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, pp. 173 y 174].

Evidentemente, muchas cosas han cambiado desde el lejano siglo XIX. Acaso uno de las modificaciones más relevantes sea que, en el modelo de la Constitución de 1993, tanto el Congreso como el Poder Ejecutivo provienen de mandato popular. De hecho, en el caso de este último, su condición de Jefe de Estado implica que deba representar a la nación peruana en su conjunto. En ese sentido, ambos poderes cuentan con grado de *legitimidad de origen* que es ciertamente relevante y que genera, de hecho, que cualquier decisión que suponga algún eventual quebrantamiento de sus mandatos deba obedecer a situaciones especialmente sensibles.

Es por ello que, por ejemplo, la Constitución solo permite la disolución del Congreso luego de la denegación de la confianza en dos oportunidades al Consejo de Ministros, y se añaden garantías adicionales como la que dispone que ello no puede operar en el último año del mandato legislativo. De similar forma, se insertan mecanismos de control inter-orgánico del Congreso hacia el Ejecutivo. Ahora bien, de conformidad con la lógica de equilibrio de poderes que se ha desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, resulta evidente que también tengan que existir diversas garantías para evitar que la vacancia presidencial pueda transformarse simplemente en un instrumento de responsabilidad política.

Este último punto es de considerable relevancia. A través de la vacancia presidencial el Congreso de la República no debe medir la aprobación de la gestión realizada por el Poder Ejecutivo. Del mismo modo, no es un instrumento a través del cual se deban reflejar simpatías o antipatías por el programa de gobierno. Ello se desprende no solo de la lógica subyacente a un modelo predominantemente presidencialista, sino que además es posible deducirlo del principio de la proscripción del ejercicio arbitrario del poder. Tampoco pasa desapercibido que el Presidente de la República sea la principal autoridad dentro del Estado peruano, lo cual supone que su mandato deba estar impregnado de un conjunto de garantías que permitan estabilidad en la gestión. Esto, evidentemente, no implica que no se le pueda exigir algún nivel de rendición de cuentas, sino que el control que eventualmente pueda activarse -tal y como ocurre en el caso de la vacancia presidencial- obedezca solo a contextos en los que el nivel de consenso sobre la realización de conductas que hagan indigno el cargo se encuentre fuera de toda duda. Privar al Congreso de esta facultad de control impediría sancionar todos aquellos casos en los que sea insostenible la permanencia del Presidente de la República en su cargo. Sim embargo, la severidad de la medida adoptada debe, a su vez, generar que se implementen diversas garantías para evitar el simple apasionamiento en esta clase de procedimientos.

65. En cuanto a los plazos fijados para el desarrollo del procedimiento de vacancia, si bien es cierto son cortos, ello tiene explicación en la situación de inestabilidad gubernamental que genera un escenario como es el de la vacancia presidencial por incapacidad moral. Por ello, la determinación de si se ha configurado o no el supuesto que habilita la vacancia de la Presidencia de la República, debe absolverse en un plazo breve pero razonable.

66. Sobre la votación para declarar la vacancia presidencial, el Tribunal Constitucional en su oportunidad dejó establecido que a efectos de no incurrir en aplicaciones irrazonables del artículo 113, inciso 2 de la Constitución, debía estipularse una votación calificada *no menor* a los 2/3 del número legal de miembros del Congreso de la República [cfr. STC 0006-2003-AI, fundamento 26]. Y, ello, debía ser así porque el más alto cargo de la Nación no podía quedar vacante como consecuencia de una mayoría simple que sea incapaz de representar a esa voluntad popular que directamente eligió al Presidente; pero, también porque una votación calificada, opera como una garantía procedimental capaz de asegurar la preservación del funcionamiento democrático de la sociedad y garantizar la estabilidad y gobernabilidad del país.

67. Sin embargo, cabe precisar que cuando el Tribunal Constitucional estableció que la votación para aprobar la vacancia presidencial por incapacidad moral *no debe ser menor* a los 2/3 del número legal de miembros del Congreso de la República, no dejó establecido que sea igual a ese número de votos; sino, que dicha votación, debía ser considerada como la mínima a exigir para el efecto.

68. En ese sentido, consideramos la votación exigible para declarar la vacancia presidencial por incapacidad moral debería ser igual o mayor a los 4/5 del número legal de Congresistas, y, básicamente por dos razones:

    La primera, atendiendo a que el cargo de la Presidencia de la República es uno de elección popular y representa a la Nación, por tanto, la votación para impedir el desempeño de dicho cargo por el ciudadano electo también debe ser expresión de la mayor representatividad nacional.

    La segunda razón, es porque el propio Congreso de la República ha entendido que esta fórmula numérica opera como una garantía procedimental, toda vez que en el inciso c) del artículo 89-A de su Reglamento ha establecido que para modificar el plazo en el trámite del procedimiento de vacancia (debate y votación del pedido) se requiere del acuerdo de las cuatro quintas partes del número legal de parlamentarios.

§5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

69. De acuerdo a lo establecido en el inciso 3 del artículo 202 de la Constitución, corresponde al Tribunal Constitucional conocer los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley. La legitimación en el proceso competencial alcanza a las entidades estatales previstas en la Constitución, y en él pueden oponerse:

    i) el Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o municipales;

    ii) dos o más gobiernos regionales o municipales entre sí; y,

    iii) cualesquiera poderes del Estado u órganos constitucionales entre sí.

70. El artículo 110 del Código Procesal Constitucional establece que el conflicto competencial se produce cuando alguna de las referidas entidades estatales adopta decisiones o rehúye deliberadamente actuaciones que afectan las competencias o atribuciones que de acuerdo con el marco constitucional y legal corresponden a otra.

71. El proceso de conflicto competencial encuentra justificación material en el principio de separación de poderes, y, a su vez, opera como un mecanismo para su garantía en el Estado constitucional, contribuyendo al proceso de juridificación de las relaciones de poder.

72. Tal como el proceso de conflicto competencial ha sido concebido en nuestra Constitución, y, de recibo en el Código Procesal Constitucional, la labor que realiza el Tribunal Constitucional en el marco de este proceso está orientada a la resolución de las controversias concretas que se susciten entre los distintos poderes y órganos constitucionales como consecuencia del ejercicio de sus competencias, así como a la interpretación que de estas corresponda realizar conforme hayan sido establecidas por la Constitución.

73. En efecto, la tarea del Tribunal Constitucional no puede ser otra, porque en un conflicto constitucional de competencias la existencia de una controversia concreta y su resolución mediante la interpretación de la norma constitucional, como sucede en el caso de autos, están unidas. Entender lo contrario, sería desconocer la naturaleza del Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional que resuelve controversias constitucionales concretas. De ahí que, el proceso de conflicto competencial presupone la existencia de una relación jurídico constitucional entre las partes del conflicto, donde este se sustenta en las posibles consecuencias que resultan de esa relación jurídica.

74. Por tanto, en un proceso de conflicto competencial no basta con que se someta al Tribunal Constitucional una cuestión constitucional abstracta originada en diferencias interpretativas. El conflicto competencial surge en torno al ejercicio de las competencias (facultades y obligaciones) de determinados órganos y es la instancia de la jurisdicción constitucional la que deberá dilucidar la controversia con el objeto de que se preserve el orden competencial constitucional.

75. Ello explica que, en el presente caso, el Poder Ejecutivo haya promovido una demanda de conflicto competencial con el objetivo de garantizar la competencia del Poder Ejecutivo elegido en el año 2016 para llevar a cabo, durante cinco años, su política general de gobierno, conforme lo señalan los artículo112º y 118º, inciso 3, de la Constitución de 1993. Así en la demanda precisó:

> "1. (…) el Poder Ejecutivo interpone demanda competencial contra el Congreso de la República por el uso indebido de la competencia para declarar la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, prevista en el artículo 113º, inciso 2, de la Constitución, por cuanto afecta la competencia del presidente de la República para dirigir la política general del Gobierno durante el período de cinco años para el que ha sido elegido (artículos 112º y 118º, inciso 3 de la Constitución) y la competencia de los ministros para ejecutar dicha política en el mismo período (artículo 119º de la Constitución).

> 2. La presente demanda no tiene por objetivo establecer argumentos de defensa del Presidente de la República con relación a los hechos e imputaciones contenidas en la Moción de Orden del Día Nº 12090, sino lograr que el Tribunal Constitucional, a partir de la precisión sobre los alcances constitucionales de la competencia del Congreso para declarar una vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, garantice el ejercicio de las competencias que la Constitución Política de 1993 le otorga al Poder Ejecutivo durante el período de cinco años para el cual ha sido elegido, evitando a su vez que sea empleada de forma arbitraria como mecanismo de control político y sanción para dar por concluido de forma anticipada un mandato presidencial" (página 1 de la demanda competencial).

76. Esto se ha pedido y precisado mejor en el escrito presentado por el Procurador Público Especializado en Materia Constitucional con fecha 16 de noviembre de 2020.

77. El Poder Ejecutivo considera que la atribución del Presidente de la República para dirigir la política general del Gobierno establecida en el artículo 118 se ha visto interferida inconstitucionalmente por la decisión del Congreso de la República.

78. La Moción de Orden del Día 12090, de fecha 10 de setiembre de 2020, tal como señala el Procurador Público de la Defensa de los Asuntos Judiciales del Poder Legislativo, fue notificada al Presidente de la República mediante Oficio N° 078-2020-2021-ADP/PCR, suscrito en la misma fecha, para su conocimiento. Y, con fecha 11 de setiembre de 2020, el Pleno del Congreso de la República admitió a trámite la moción de vacancia, la misma que fue aprobada con sesenta y cinco (65) votos a favor, treinta y seis (36) en contra y veinticuatro (24) abstenciones.

79. El Procurador Público Especializado en Materia Constitucional del Poder Ejecutivo, con fecha 14 de setiembre de 2020, promovió la presente demanda competencial, la misma que fue admitida por el Tribunal Constitucional con fecha 29 de setiembre de 2020.

80. Como es de público conocimiento, el 18 de setiembre de 2020, el Pleno del Congreso de la República, luego de la presentación del Presidente Martín Alberto Vizcarra Cornejo y de su abogado defensor, rechazó la Moción de Orden del Día 12090 por setenta y ocho (78) votos en contra, treinta y dos (32) a favor y quince (15) abstenciones.

81. No obstante que la tramitación del presente proceso competencial se había iniciado, que el Poder Legislativo aún no había contestado la demanda y, por tanto, estaba pendiente el pronunciamiento definitivo del Tribunal Constitucional sobre la causa; el Congreso de la República, con fecha 20 de octubre de 2020, presentó la Moción de Orden del Día 12684[7] promoviendo otra vez la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral de Martín Vizcarra, cuya admisión a trámite fuera aprobada mediante votación nominal el 2 de noviembre de 2020 [sesenta (60) votos a favor,

7 Disponible en el sitio web del Congreso de la República: http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Expvirt_2011.nsf/mociones20162021/12684?OpenDo cument

cuarenta (40) en contra y dieciocho (18) abstenciones], y declarándose la vacancia presidencial el 9 de noviembre de 2020, después del debate realizado el mismo día, con ciento cinco (105) votos a favor, diecinueve (19) en contra y cuatro (4) abstenciones.

82. Ahora bien, el Tribunal Constitucional, en reiteradas oportunidades, ha sostenido que la jurisdicción constitucional "no es simple pacificadora de intereses de contenido y alcance subjetivos, sino del orden público en su conjunto. Con relación a la Constitución, la jurisdicción constitucional no actúa ni puede actuar como un órgano *neutro,* sino, por el contrario, como su principal promotor" [STC 0005-2005-CC, fundamento jurídico 4]. En efecto, cuando este supremo intérprete de la norma fundamental activa su competencia –particularmente en los procesos de control orgánico–, no solo se encarga de analizar la validez constitucional de las leyes o el adecuado reparto de competencias de conformidad con nuestra ley fundamental, sino que también contribuye a la protección del orden público.

83. El adecuado resguardo de la supremacía de la Constitución permite preservar el justo equilibrio entre los distintos actores políticos. Ello es un corolario no solo del principio de separación y del equilibrio de poderes, sino que se relaciona con el deber de este intérprete de la norma fundamental de armonizar la vida en comunidad.

84. Lo político y lo social no se desenvuelven en compartimentos estancos, y ello genera que los casos sometidos a control del Tribunal Constitucional generen incertidumbre en la ciudadanía respecto de aquello que cuenta (o no) con respaldo constitucional. e ha destacado, en este sentido, que "[l]a supremacía constitucional tiene el mismo fundamento que la constitución misma, un principio de eficacia externo al propio sistema que a su vez remite a las prácticas de reconocimiento institucional y de los propios ciudadanos" [Prieto, Luis (2013). *El constitucionalismo de los derechos.* Madrid: Editorial Trotta, p. 157].

85. Esta función de custodia del orden público constitucional tiene considerables repercusiones de índole procesal, las cuales han sido destacadas a lo largo de nuestra jurisprudencia.

86. El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de declarar la inconstitucionalidad de leyes que, inicialmente, no habían sido impugnadas en una demanda de inconstitucionalidad al constatarse la reproducción de su contenido en normas anuales sucesivas [cfr. STC 0003-2013-PI, 0004-2013-PI y 0023-2013-PI (acumulados), fundamento 99]; a examinar la validez constitucional de disposiciones que, al momento de su cuestionamiento, habían superado el plazo para su control a través del proceso de inconstitucionalidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 100 del Código Procesal Constitucional, y ello en aras de "consolidar los márgenes del ejercicio de sus competencias en materia de control constitucional de normas, [lo cual] fortalece la seguridad jurídica, pues le permite, en los procesos de inconstitucionalidad, optimizar su rol de supremo intérprete de la Constitución, integrando y unificando interpretaciones que, en caso contrario, podrían permanecer discordantes y antinómicas en el marco de la labor de la justicia ordinaria [cfr. RTC 00024-2010-PI, considerando 3].

87. En el caso de los procesos competenciales, el Tribunal Constitucional también ha tenido la ocasión de pronunciarse a propósito de reglamentos que, a la fecha de la deliberación de la causa por parte del Pleno, ya no se encontraban vigentes, y ello en aras de contribuir a la pacificación de las relaciones entre órganos estatales [cfr. STC 00002-2011-PCC, fundamentos 61 y 62].

88. En esta oportunidad, es nuevamente dicha necesidad de preservar el orden público y el adecuado equilibrio entre los actores políticos el que justifica la posibilidad de emitir un pronunciamiento de fondo a propósito de todos los actos desarrollados a partir de la presentación y admisión a trámite de la Moción de Orden del Día 12684, y que culminaron con la aprobación de la Resolución del Congreso 001-2020-2021-CR de vacancia presidencial por incapacidad moral del señor Martín Vizcarra Cornejo. A dicha se justificación se suma la habilitación del artículo 113 del Código Procesal Constitucional cuando posibilita que el Tribunal Constitucional anule "las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia" y que "resuelve, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos".

89. Ello resulta una cuestión inaplazable en el contexto de la prolongada crisis política que ha aquejado al país. Si bien es cierto que la Constitución otorga un margen de discrecionalidad a los órganos políticos, también lo es que no precisar los conceptos o el rol que desempeñan ciertas instituciones coloca a la Nación en general en una situación de zozobra, y ello perjudica la misión estabilizadora de la norma fundamental. En ese sentido, "[l]a Constitución debe contener indicaciones practicables, a fin de que tras la fase constituyente puedan evitarse luchas de competencia costosas" [tern, Klaus (1987). Derecho del Estado de la República Federal Alemana. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 240].

90. Siendo así, teniendo en cuenta entre las dos mociones de orden del día referidas existe una *relación de identidad* (naturaleza de los hechos, sujetos involucrados y competencias) y además que, como ya se ha mencionado, el objetivo de la demanda de autos es garantizar la competencia del Poder Ejecutivo elegido en el año 2016 para llevar a cabo, durante cinco años, su política general de gobierno, estimamos que el pronunciamiento de esta causa también alcanza a la Moción de Orden del Día 12684.

91. En el caso de la **Moción de Orden del Día 12090,** se observa que los fundamentos fácticos de la incapacidad moral invocada estaban referidos a una falsedad reiterada en las declaraciones del Presidente de la República y a la utilización del aparato estatal para obstruir la investigación sobre la contratación pública del señor Richard Cisneros.

92. Sin embargo, estos hechos que para el Congreso de la República resultaban constitutivos de la incapacidad moral del Presidente de la República, requerían de una interpretación previa, a efectos de que pudieran ser determinados con claridad; así como de una justificación probatoria más sólida y que no solo estuviera basada en un reportaje periodístico.

93. En tal sentido, consideramos que el Congreso de la República hizo un ejercicio irregular de su competencia cuando admitió a trámite la Moción de Orden del Día 12090, porque esta se basó en hechos interpretables, sustentados únicamente en información periodística. Por tanto, dicho acto devino en inconstitucional, ya que, al no tratarse de hechos claramente determinados, el Presidente de la República no podía ejercer una debida defensa a su favor a fin de demostrar que en su caso no se había configurado el supuesto de incapacidad moral.

94. Por su parte, en el caso de la **Moción de Orden del Día 12684** se observa que los hechos que sustentan la incapacidad moral invocada estaban referidos a distintos actos de corrupción en que habría incurrido el Presidente de la República cuando ejerció el cargo de Gobernador Regional de Moquegua. Además, como es de público conocimiento, el debate y votación del referido pedido de vacancia, incluyó otros hechos, muchos de ellos en nada relacionados con los que se consignaron inicialmente en la aludida moción.

95. Al igual que en el caso de la Moción de Orden del Día 12090, se trataba de un conjunto de hechos interpretables de los cuales también se tomó conocimiento solo a través de un reportaje periodístico difundido en los medios de comunicación.

96. Por tanto, consideramos que el Congreso de la República hizo un ejercicio irregular de su competencia cuando tramitó la Moción de Orden del Día 12684, porque esta se basó, como ya se ha mencionado, en un conjunto de hechos controvertidos y diferentes a los referidos en la aludida moción de orden del día. En consecuencia, dicho acto estuvo viciado de inconstitucionalidad, ya que al no tratarse de hechos claramente determinados, no permitía que quien ejercía la Presidencia de la República pudiese ejercer una debida defensa a su favor.

97. Como ha quedado establecido *supra,* las exigencias de la fundamentación de hecho y de derecho del pedido de vacancia, así como la exigencia de su sustento a través de medios probatorios, encuentran justificación en el principio de interdicción de la arbitrariedad y razonabilidad, así como en las garantías del debido proceso extensibles a los procedimientos parlamentarios, los que deben guiar toda actuación de los poderes públicos en un Estado constitucional.

98. De ahí que, el cumplimiento de estos requisitos deba verificarse desde el momento de la presentación de la moción, en la misma que deberán quedar claramente delimitados los hechos sobre los cuales el Presidente de la República ejercerá su defensa. Caso contrario, este ejercicio competencial del Congreso de la República, esto es, admitir mociones de vacancia por incapacidad moral que no tienen la justificación y garantías suficientes, terminará interfiriendo en el ejercicio de las funciones de la Presidencia de la República, que tiene a su cargo la ejecución de las políticas públicas que orientan el gobierno del país.

§6. EFECTOS DE LA SENTENCIA EN EL PRESENTE CASO

99. Conforme a lo establecido en el artículo 113 del Código Procesal Constitucional, la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en un proceso competencial:

> "vincula a todos los poderes públicos y tiene plenos efectos frente a todos. Determina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anulan las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. **Asimismo resuelve, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos**". [resaltado agregado]

100. En el presente caso, se ha determinado que la tramitación de las Mociones de Orden del Día 12090 y 12684 realizados por el Congreso de la República estuvieron viciados de inconstitucionalidad al haber ejercido irregularmente su competencia reconocida en el artículo 113, inciso 2 de la Constitución.

101. Ahora bien, teniendo en cuenta lo previsto en el último extremo del citado artículo 113 del Código Procesal Constitucional, estimamos que los efectos de la presente sentencia deben modularse tomando en cuenta el principio de previsión de consecuencias, a fin de evitar mayores distorsiones en el sistema de competencias de los órganos en conflicto.

102. Por tanto, dada la forma en que se ha configurado el presente conflicto competencial, el Tribunal Constitucional estima que los efectos de la presente sentencia deben establecerse a futuro, específicamente los criterios de interpretación del artículo 113 inciso 2 de la Constitución, no correspondiendo atender al extremo en que se solicita garantizar el ejercicio de las competencias como Presidente de la República de Martín Alberto Vizcarra Cornejo.

103. Finalmente, cabe precisar que en ningún caso podrá interpretarse que se ha afectado el respectivo calendario electoral aprobado, el mismo que ha previsto Elecciones Generales para el día domingo 11 de abril del año 2021.

Por estos fundamentos, nuestro voto es por:

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda competencial y, en consecuencia, declarar que el Poder Legislativo ha hecho un uso indebido de su competencia respecto a la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral.

2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo que se solicita garantizar el ejercicio de las competencias como Presidente de la República de don Martín Alberto Vizcarra Cornejo.

3. Establecer, como interpretación constitucional de obligatoria aplicación, que la competencia del Poder Legislativo para declarar la **vacancia presidencial por permanente incapacidad moral**, sólo será conforme a la Constitución, siempre y cuando se

interprete que el artículo 113 inciso 2 de la Constitución y las disposiciones del Reglamento del Congreso de la República, conforme a los siguientes criterios, entre otros:

a. Sólo será aplicable a aquellos hechos de la mayor gravedad que atentan contra los valores éticos comúnmente compartidos en nuestra sociedad y que hacen insostenible la permanencia en tan importante cargo público.

b. La denunciada conducta reñida con la moral de quien ostente la Presidencia de la República, para considerarse incursa dentro de la causal tratada, debe además estar ocasionando un notorio desequilibrio social.

c. Esta causal no puede ser utilizada como mecanismo de control político o para debatir la posible comisión de delitos.

d. Se respeten escrupulosamente garantías del debido procedimiento tales como: i) congruencia entre lo que se pide y lo que se resuelve, es decir, que los fundamentos de hecho y de derecho del pedido de vacancia, deben ser los mismos que sean objeto de pronunciamiento en el respectivo debate y votación por el Pleno del Congreso; ii) los documentos o medios probatorios que acrediten o corroboren los hechos deberán ser examinados por una Comisión Especial de Investigación que presenta un informe dentro del plazo que fije el Pleno del Congreso (al igual que en otros procedimientos parlamentarios); y, iii) se otorgue el tiempo y los medios necesarios para la preparación de la defensa de quien ostente la Presidencia de la República.

e. La votación para proceder a declarar la vacancia por la causal de permanente incapacidad moral deba ser igual o mayor a los 4/5 del número legal de Congresistas.

f. Se requiere una segunda votación.

g. No procede el pedido de vacancia en el último año de ejercicio de la Presidencia de la República.

Dichos criterios serán obligatorios a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano

4. Declarar que en ningún caso podrá interpretarse que se ha afectado el calendario electoral aprobado, el mismo que ha previsto Elecciones Generales para el día domingo 11 de abril del año 2021.

Publíquese y notifíquese.

SS.
LEDESMA NARVÁEZ
RAMOS NÚÑEZ

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Con el debido respeto, me aparto de lo resuelto por la mayoría de mis colegas, por las razones que a continuación expongo:

§1. Respecto a la posibilidad de emitir un pronunciamiento sobre el fondo

1. Discrepo de lo decidido en este caso por la mayoría de mis colegas, quienes han declarado improcedente esta demanda, la cual, quizás, era la más importante que le ha tocado resolver este Tribunal en toda su historia, y ciertamente, sin duda, la más relevante desde que se cambió sustancialmente su composición el año 2014.

2. En efecto, considero que el Tribunal Constitucional no solo estaba habilitado, sino que su deber era, con base en una adecuada compresión del rol que te toca cumplir a este órgano en el marco de los Estados Constitucionales, pronunciarse sobre el contenido y alcances de la pretensión planteada (lo que habitualmente se denomina el fondo de la demanda), determinando en primer lugar el contenido que le corresponde a la causal de vacancia presidencial intitulada "permanente incapacidad moral", con el objeto de ayudar a pacificar y a racionalizar la cuestión sometida a litigio.

3. Tal como he explicado en varios pronunciamientos, sostengo consistentemente que el papel de un juez o jueza constitucional dentro de un Estado Constitucional ha cambiado, y se espera que hoy asuma roles distintos a los tradicionales, destacando entre otros un rol de "integración social" (v. gr. en mis votos en las SSTC Exp. n.° 00025-2013-PI (acumulados), 03376-2016-PA y 00019-2013-PI, 00889-2017-PA, 05501-2014-PA, entre otros). Se busca , en síntesis un rol integrador (de búsqueda de generación de consensos y eliminación de exclusión de alguien en la generación de los mismos), pacificador (composición de conflictos y actuación previsora para que no vuelvan a generarse nuevos conflictos) y ordenador(generador de pautas predecibles para poder desenvolvernos dentro de lo considerado constitucionalmente posible o respetando lo constitucionalmente necesario).Esta afirmación, que no puede ser considerada como una muestra de mero voluntarismo o hiperactivismo judicial, en realidad se sustenta en una evolución jurídica y política de lo que la más calificada doctrina y jurisprudencia de la actualidad entiende por Constitución, Estado y por la labor de los jueces y juezas en general.

4. Y es que si se analizan las primeras concepciones que se tuvieron sobre la jurisdicción o justicia constitucional, podemos encontrar que se ha pasado de concebirla como un contrapeso político dentro de un constitucionalismo de límites a afirmar su carácter jurisdiccional en el escenario que va desde un constitucionalismo de los derechos a un

constitucionalismo de la satisfacción de necesidades humanas básicas y del desarrollo de capacidades para atenderlas. Por ende, la labor de jueces y juezas constitucionales es la de interpretar (en clave de concretización) una Constitución que es norma jurídica que se sustenta en grandes acuerdos o consensos políticos. Aquello, en consecuencia, le permite legitimar su rol de mediación bajo parámetros jurídicos en los conflictos más importantes en la sociedad. Esta transformación de la jurisdicción o justicia constitucional se da de la mano de otros importantes acontecimientos como, por ejemplo, la constitucionalización del Derecho, la constitución de la política, y la convencionalización del Derecho. Es en mérito a todo lo expuesto que se asume la juridicidad de la Constitución, y, como consecuencia de ello, la irradiación de sus disposiciones, preceptos, derechos y valores a todas las ramas del Derecho, así como a la labor de las diversas instituciones (públicas o privadas) y al quehacer político.

5. Además de lo indicado, es necesario anotar que la singularidad de la interpretación constitucional ha llevado también a que esta tarea interpretativa no pueda entenderse de forma simplista, sin tomar en cuenta la complejidad y la textura abierta del texto constitucional que debe buscar concretizar. Y es que la Constitución no solamente contiene reglas que responden al clásico silogismo jurídico, sino que fundamentalmente contiene principios y valores que orientan el alcance de su interpretación. Por ende, no suele existir en la interpretación un resultado unívoco, sino que se proyecta un espectro de diversas posibilidades interpretativas, y dentro de las cuales se construye una respuesta con las herramientas que otorga la propia Constitución, así como los tratados y las normas que conforman un bloque de constitucionalidad en diversos tópicos o materias.

6. Ahora bien, lo indicado, insisto, no debe ser considerado solo como una cuestión de mero voluntarismo que, por ser tal, permitiría llegar a cualquier resultado con base en los valores o principios, como parecen considerar algunos críticos que creen que el Derecho puede ser entendido como moral o justicia, al margen de las disposiciones autoritativas o de las formalidades en las que también consiste el fenómeno jurídico.

7. De otro lado, el planteamiento del presente proceso competencial tenía por objeto delimitar los alcances de una atribución del Congreso que, por ser planteada en términos absolutamente laxos, podían originar un menoscabo en la actuación del Presidente de la República (el desarrollo de su plan de Gobierno). Aquello excede con amplitud lo que puede involucrar la existencia de un caso concreto. Más bien, una lectura del Código Procesal Constitucional apoyada supletoriamente por lo señalado en el Código Procesal Civil obliga a que, en el análisis del ejercicio de competencias que ha sido cuestionado, se proceda a tomar en cuenta situaciones planteadas por la entidad demanda sobre la institución demandante, máxime si la causal alegada para incidir en la continuidad de la labor de la institución demandante era la misma referencia a una "grave incapacidad moral permanente". Dicho en términos simples, este no es un caso entre unos congresistas y un Presidente de la República, sino más bien un debate sobre cómo el ejercicio de una competencial, desempeñada según quien demanda en

términos inconstitucionales, podía menoscabar el ejercicio regular de las atribuciones de la Presidencia de la República.

8. Luego de lo expuesto, y en lo que concierne al caso, considero que se entienden las razones por las cuales la demanda no debía haber sido rechazada como improcedente, sino ser declarada más bien **FUNDADA**, lo cual a su vez hubiese requerido que se regulen los eventuales efectos nulificantes del fallo.

9. Y es que, como es de conocimiento general, el artículo 113 del Código Procesal Constitucional prescribe literalmente que:

> **"Artículo 113.-** Efectos de las Sentencias
>
> La sentencia del Tribunal vincula a los poderes públicos y tiene plenos efectos frente a todos. **Determina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas** y anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. Asimismo resuelve, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos."

10. De otro lado, y como bien puede constatarse, la sentencia en los procesos competenciales tiene dos efectos: determinar los alcances o contornos de una competencia conforme a la Constitución (efecto delimitador de la competencia) y declarar la nulidad de diversos actos fácticos o normativos que se hubieran emitido en el marco que un ejercicio indebido de las competencias (efecto nulificante).

11. Siendo así, como he venido explicando reiteradas veces, lo que le tocaba responder al Tribunal en esta controversia es, muy claramente, delimitar lo relacionado con el adecuado ejercicio de la competencia del Congreso de vacar a un presidente por la causal de incapacidad moral permanente contenida en el artículo 113, inciso 2 de la Constitución, y luego, con base en lo anterior, pronunciarse sobre los posibles efectos nulificantes respecto de actos que pudieran encontrarse viciados.

12. En este punto, y debido a algunas acciones ya tomadas por el Congreso de la República, corroboradas con lo que la misma Procuraduría del Poder Ejecutivo planteó y justificó en la audiencia pública, de manera expresa, a este Tribunal ya no le correspondía pronunciarse en torno a alguna eventual reposición sobre el expresidente vacado, al momento de abordar los posibles efectos nulificantes de esta sentencia. Ya el propio Congreso había materializado varias acciones tendientes a la reparación del vicio alegado (cambio de la mesa directiva que encabezó Manuel Merino, nombramiento de una mesa directiva encabezada por Francisco Sagasti (y por ende, el establecimiento de un encargado de la Presidencia de la República conforme a los parámetros constitucional y legalmente establecidos), conformación de una Comisión Investigadora responsable de revisar la actuación de Manuel Merino y otros altos funcionarios). Es más, el mismo Martín Vizcarra públicamente acató la moción de vacancia en su contra (aun cuando también la calificó de inconstitucional), y luego, envió una felicitación pública

a Francisco Sagasti por su elección como Presidente de la República. Por ende, siendo así, únicamente subsisten como objeto de este proceso los extremos relacionados con la determinación del contenido y alcances de la causal de vacancia por permanente incapacidad moral y los efectos de la sentencia en el acto (y resolución del Congreso) de vacancia.

13. En este orden de ideas, voy a analizar ampliamente los alcances de dicha causal, para lo cual es necesario contextualizar la discusión en el marco de las instituciones y principios que rigen nuestra forma de gobierno.

§2. Forma de gobierno en la Constitución de 1993

14. Para analizar y resolver adecuadamente la presente controversia es necesario partir, cuando menos de manera general, cuál es la forma de Gobierno que ha adoptado el Perú, así como alcances del principio de separación de poderes, ambos con reconocimiento o desarrollo en nuestra Constitución. Lo anterior es importante, debido a que es en ese marco que podrá entenderse debidamente los contornos constitucionales de las relaciones entre los llamados "poderes del Estado" (e incluso entre y con los órganos constitucionales autónomos), y más específicamente, el margen de las relaciones entre el Poder Ejecutivo(Gobierno) y el Poder Legislativo(Congreso).

15. Al respecto, lo primero que debe señalarse es que esta no es la primera oportunidad en la que el Tribunal Constitucional va a referirse a este tema. Por el contrario, debido a su función de moderadora del poder y pacificadora de conflictos, ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre ello y esclarecer algunas cuestiones.

16. Así, se ha referido por ejemplo al valor de la separación de poderes en el marco del constitucionalismo. En efecto, este Tribunal ha recordado que la separación de poderes es una técnica que tiene como finalidad evitar la concentración del poder y, en ese sentido, se encuentra encaminada asimismo a salvaguardar los derechos fundamentales de algún eventual ejercicio abusivo del poder político:

> "La existencia de este sistema de equilibrio y de distribución de poderes, con todos los matices y correcciones que impone la sociedad actual, sigue constituyendo, en su idea central, una exigencia ineludible en todo Estado Democrático y Social de Derecho. La separación de estas tres funciones básicas del Estado, limitándose de modo recíproco, sin entorpecerse innecesariamente, constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos e, idénticamente, para limitar el poder frente al absolutismo y la dictadura." (TC Exp. n.º 0023-2003-AI, f. j. 5).

17. Por otra parte, este Tribunal ha señalado que la separación de poderes no debe entenderse como una división tajante, sin puntos de contacto o interrelación entre los denominados poderes del Estado, sino que esta debe ser considerada incluso en clave de equilibrio, de controles recíprocos, de freno y contrapesos, e incluso más, que debe ser entendida sobre la base de relaciones de coordinación y cooperación estos poderes:

> "[L]a separación de poderes que configura nuestra Constitución no es absoluta, porque de la estructura y funciones de los Poderes del Estado regulados por la Norma Suprema, también se desprende el principio de colaboración de poderes. Al respecto, encontramos una colaboración de poderes cuando el artículo 104 de la Constitución establece que el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa. Del mismo modo, existe una colaboración de poderes cuando el artículo 129.° de la Constitución dispone que el Consejo de Ministros en pleno, o los ministros por separado, pueden concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates con las mismas prerrogativas que los parlamentarios, salvo la de votar si no son congresistas. Ocurre lo mismo con las normas constitucionales relativas al proceso de elaboración de la Ley de Presupuesto" (TC Exp. n.º 00004-2004-CC, f. j. 24)

> "Uno de esos principios constitucionales que el Poder Judicial debe respetar, como todo Poder del Estado y todo órgano constitucional, es el de separación del poder, reconocido en el artículo 43 de la Constitución. Este principio no debe ser entendido en su concepción clásica, esto es, en el sentido que establece una separación tajante y sin relaciones entre los distintos poderes del Estado; por el contrario, exige que se le conciba, por un lado, como control y balance entre los poderes del Estado –*checks and balances of powers*– y, por otro, como coordinación y cooperación entre ellos. Esto explica el hecho de que si bien la Constitución establece que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones (artículo 138º inciso 2), dimana de ella también la prescripción de que el Poder Judicial no ha de turbar, ilegítimamente, el ejercicio de las atribuciones de otros poderes del Estado" (TC Exp. n.º 00006-2006-CC, f. j. 15).

18. Finalmente, este Tribunal Constitucional ha precisado que la distribución de poderes, o de funciones desde una perspectiva más amplia, no se reduce a tomar en cuenta tan solo a los tres "poderes del Estado", sino que debe considerarse asimismo el papel que juegan en dicha configuración de funciones constitucionalmente relevantes para el contrapeso y control del poder, a los órganos constitucionales autónomos:

> "[E]l principio de separación de poderes reconocido en el artículo 43 de la Constitución posee un contenido más amplio que aquel que asumía la separación del poder del Estado únicamente en poderes como el legislativo, ejecutivo y judicial. En efecto, la propia Norma Fundamental ha establecido órganos constitucionales tales como el Tribunal Constitucional (artículo 201 y ss.), Jurado Nacional de Elecciones (176 y ss.), Ministerio Público (artículo 158 y ss.), Consejo Nacional de la Magistratura (artículo 150 y ss.), Defensoría del Pueblo (artículo 161 y ss.), Gobiernos locales y Gobiernos regionales (artículo 190 y ss.), entre otros.
>
> Como se aprecia, el Poder Constituyente ha divido el poder no solo entre el Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial, sino también entre órganos

constitucionales, sin desconocer, inclusive, que también es posible explicar la moderna materialización del principio de separación de poderes con la división entre órganos de decisión política (parlamento y gobierno) y los órganos de decisión jurisdiccional (judicatura ordinaria y constitucional, entre otros). Pese a la extensión del número de instituciones que administran el poder, se mantiene el núcleo esencial del principio, el mismo que consiste en evitar la concentración del poder en un solo ente" (TC Exp. n. 00005-2007-AI, f. j. 21)

19. Expresado este marco, es necesario hacer algunas precisiones sobre nuestra forma de gobierno. A saber, conforme a los modelos "clásicos" formulados idealmente, se suele distinguir entre un modelo parlamentario y otro presidencial.

20. En el caso del régimen presidencial, este se caracteriza básicamente porque hay un jefe de Gobierno, denominado por lo general Presidente, que proviene de una elección popular, y que cuenta simultáneamente con la condición de jefe de Estado. Por ende, y no es nombrado por el Congreso, entidad que solamente podrá removerlo en circunstancias especiales , y a través de mecanismos particulares (como, por ejemplo, el impeachment).

21. En el caso del régimen parlamentario, por el contrario, tenemos que el jefe de gobierno es elegido por el Parlamento, que lo puede remover discrecionalmente, y por lo general la jefatura del Estado recae en alguien distinto al jefe de Gobierno (que puede ser un monarca constitucional o un Presidente, por ejemplo).

22. En el caso peruano, si bien partimos de un modelo inicialmente presidencial, en la medida que nuestro Jefe de Gobierno se denomina Presidente de la República, es electo popularmente, cumple las funciones de jefe de Estado y no es nombrado por el Congreso de la República, nuestras diversas Constituciones han incorporado al modelo algunas instituciones del parlamentarismo, las cuales desdibujan la estricta división de poderes que distingue al modelo ideal presidencial, pues implican, por ejemplo, que el Presidente de la República requiera de la aprobación política del Congreso para la conformación del gobierno y para su eventual cambio. Lo expuesto que en el Perú contemos con instituciones de control político interórganos. Entre ellas tenemos a la interpelación, el voto de confianza, la censura ministerial y las cuestiones de confianza, por referirnos a cuestiones que se plantean en este primer punto.

23. En efecto, nuestra Constitución, al regular nuestra forma de gobierno, recoge diferentes instituciones que permiten distinguirla de los modelos ideales o clásicos presidencial o parlamentario. Frente a ello, la doctrina se ha referido a nuestro régimen o forma de gobierno de diferentes modos. Por ejemplo, al nuestro se le ha llamado régimen "semipresidencial", en el sentido de que no es uno en estricto presidencialista, pues se incorpora, como ya fue indicado, mecanismos de control y límites propios del régimen parlamentario. Sin embargo, esto es erróneo, pues el semipresidencialismo parte más bien de bases propias de un régimen parlamentario a las cuales matiza con

la incorporación de aspectos propios del sistema presidencial. En nuestro país ocurre exactamente lo inverso, pues a un modelo presidencial se les han incorporado elementos de un régimen parlamentario, no siempre necesariamente con mucha fortuna.

24. También se ha considerado que el nuestro puede calificarse más bien de un régimen "hiperpresidencialista", en atención a los descomedidos poderes con los que aparentemente cuenta el Presidente, en especial cuando tiene mayoría oficialista en el Congreso, y también en atención a nuestras experiencias de caudillismo y autoritarismo. Adicionalmente, se ha hecho uso también de los calificativos "mixto" o "híbrido" con lo cual, si bien se da cuenta de sobre la dificultad para encasillar nuestra forma de gobierno en alguno de los modelos clásicos, se elude afrontar la necesidad de definir o calificar lo existente en atención a sus propios contornos y especificidades.

25. Ahora bien, nuestro modelo de gobierno nace de la propia Constitución y, por ende, únicamente es con base en el referido parámetro constitucional que en esta sentencia podría desarrollarse sus contenidos y alcances. En el mismo sentido, solo podría ser a partir de lo que nuestra norma Fundamental ha establecido que a nivel legislativo se podría regular, tanto lo concerniente a nuestra forma de gobierno, como a las competencias y funciones de los poderes públicos y los órganos constitucionales autónomos, así como a las relaciones entre estas instituciones u órganos.

26. En este orden de ideas, adicionalmente, es claro que cualquier deseo o intención de modificar o incidir en el modelo de gobierno adoptado constitucionalmente requeriría de una reforma constitucional.

27. De hecho, la separación de poderes es un rasgo identitario, no solo de nuestra actual Constitución, sino del constitucionalismo en general. En dicho sentido, este mismo Tribunal Constitucional (STC 00023-2003-AI, f. j. 4) ha recordado cómo, en la emblemática obra *El espíritu de las Leyes*, Montesquieu sostuvo que:

> "No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y vida de los ciudadanos; como que el juez sería el legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes. El de dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones judiciales y el de juzgar los delitos o pleitos entre particulares".

28. Y en este mismo sentido es que se ha entendido como un contenido mínimo, el cual hace reconocible al constitucionalismo desde el siglo XVIII, lo dispuesto en su momento en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en Francia el año 1789:

> "Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución"

29. Con base precisamente a este rasgo de identidad de nuestro constitucionalismo el Tribunal ha expresado de manera categórica que lo concerniente a la "separación de poderes" (e incluso al "régimen político") constituye un límite para la reforma ordinaria de la Constitución. Esto es, forma parte de una especie de, si cabe, un "núcleo duro", el cual comprende a los "principios y presupuestos básicos de la organización política, económica y social" de nuestra Carta Fundamental. Por ende, dicho ámbito no puede ser objeto de una reforma constitucional apelando únicamente a las competencias de reforma con las que cuenta el Congreso, el cual es un poder constituido, sino que dicho cambio sería expresión de una "reforma total" de la Constitución, la cual requiere de la anuencia del poder constituyente soberano, por ejemplo, a través de una consulta o referéndum:

> "Aunque toda Constitución se caracteriza por ser un cuerpo normativo integral, donde cada disposición cumple un determinado rol, ciertas cláusulas asumen una función que resulta mucho más vital u omnicomprensiva que las del resto. Se trata de aquellos valores materiales y principios fundamentales que dan identidad o que constituyen la esencia del texto constitucional (la primacía de la persona, la dignidad, la vida, la igualdad, el Estado de Derecho, la separación de poderes, etc.). Sin ellos, la Constitución sería un texto formalmente supremo pero, en cambio, materialmente vacío de sentido" (TC Exp. n.º 00014-2002-AI, f. j. 75)
>
> "Los límites materiales [a la reforma constitucional], están constituidos por aquellos principios supremos del ordenamiento constitucional que no pueden ser tocados por la obra del poder reformador de la Constitución (...) [Los l]ímites materiales implícitos, son aquellos principios supremos de la Constitución contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aun cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría la "destrucción" de la Constitución. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado" (TC Exp. n.º 00014-2002-AI, f. j. 76)
>
> "[L]a elaboración del proyecto de la nueva Constitución [o la "reforma total"] en sede parlamentaria, necesaria e inexorablemente deba concluir con su sometimiento a referéndum, so pena de declararse la inconstitucionalidad de dicho proceso. Es preciso, pues, que de continuarse como se está haciendo el proceso de cambio de Constitución, la aprobación de la nueva Norma Fundamental tenga que realizarse a través del referéndum, la única forma como puede expresarse directamente el Poder Constituyente. Y es que cuando mediante referéndum se aprueba sólo una reforma parcial de la Constitución, en tal caso la intervención del pueblo se presenta como un elemento que incide exclusivamente sobre la eficacia. Lo que no sucede, por cierto, cuando el pueblo actúa en calidad de Poder Constituyente, en cuyo caso la aprobación de la Constitución la realiza él mismo y su decisión es un elemento constitutivo de su elaboración" (TC Exp. n.º 00014-2002-AI, f. j. 115)

30. Señalado todo esto, y siendo clara entonces la importancia de la forma de gobierno constitucionalmente establecida, es necesario que el Tribunal Constitucional precise o desarrolle una descripción o definición, cuando menos general, sobre sus contornos, siempre a partir de lo constitucionalmente previsto.

31. Al respecto, una primera cuestión tiene que ver con la nomenclatura que mejor permitiría calificar o denominar a nuestro régimen. Desde luego, si bien el nombre no es lo más importante a efectos de reconocer los contornos del modelo, atribuir uno sin duda ayuda a reconocer sus rasgos de identidad, sus alcances, potencialidades y límites. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado similares calificaciones, siempre precisando sus alances, al referirse, por ejemplo, a nuestra forma de Estado (Estado unitario y descentralizado), a nuestro régimen político-económico (Economía social de mercado), a las relaciones entre Estado y religión (Estado laico), a nuestro estadio constitucional (Estado Constitucional o Estado constitucional de Derecho), entre varias otras.

32. Señalado esto, es importante expresar, en primer lugar, que las relaciones entre el Poder Ejecutivo(Gobierno) y el Poder Legislativo(Congreso), tanto atendiendo a lo que dice la Constitución, como a la concreción de sus instituciones en la práctica reciente, pueden ser de distinto tipo y con diferentes efectos, hasta diametrales entre sí.

33. Efectivamente, en el marco de lo constitucionalmente previsto, hay dos escenarios o supuestos extremos, en los cuales nuestro modelo se manifiesta de modo muy diferente. En el primer escenario tenemos a un gobierno que cuenta una mayoría parlamentaria absoluta (escenario de "oficialismo robusto"), mientras que el opuesto es el del gobierno con una oposición parlamentaria arrolladora (supuesto de "oposición robusta").

34. Cuando estamos ante un gobierno que cuenta con un "oficialismo robusto", como puede preverse, al ponerse en riesgo la separación de poderes debido a un eventual fortalecimiento excesivo del Poder Ejecutivo o Gobierno, juegan un especial papel los mecanismos que permiten el control político por parte de las minorías parlamentarias, como es el caso, verbigracia, de la interpelación ministerial, la moción de censura o las demandas de inconstitucionalidad.

35. En el segundo caso, de "oposición robusta", más bien adquieren relevancia los mecanismos de diálogo y coordinación, de contrapeso político, o, finalmente, los de solución de controversias políticas en contextos de crisis de gobernabilidad o institucional. Siempre en un contexto de gobierno con "oposición robusta", y de enfrentamiento entre poderes o crisis institucional, pueden presentarse dos supuestos totalmente extremos: el del impulso de la salida del Presidente de la República por mecanismos como el de la vacancia por incapacidad moral (entendida erróneamente en base a escenarios que son más bien propios de un juicio político ya previsto en nuestra Constitución, pero que es bastante más complejo de seguir y materializar), y de un eventual cierre del Congreso de la República como consecuencia de que se haya producido dos crisis

totales del gabinete por denegatoria de confianza o por censura al Presidente del Consejo de Ministros.

36. Visto así, no es posible calificar a nuestro sistema de gobierno solo poniendo énfasis en uno de estos dos escenarios, es decir, solo atendiendo a la posible concentración del poder en manos del Ejecutivo en escenarios de "oficialismo robusto", ni a una supuesta actitud obstruccionista, o que hace imposible la gobernabilidad, en el marco de Ejecutivos que se enfrentan a una "oposición robusta" en el Congreso. Más aun, es necesario considerar que, además de los supuestos extremos esbozados, entre ellos puede haber escenarios variopintos, tales como gobiernos con primera mayoría parlamentaria, gobiernos con segunda mayoría congresal, gobiernos con mayoría parlamentaria a través de alianzas con otras agrupaciones (cogobierno), gobiernos con minoría parlamentaria y gobernabilidad a través acuerdos coyunturales, gobiernos con minoría congresal y sin gobernabilidad por dispersión política (no existen coincidencias políticas o programáticas), etcétera

37. Con base a lo señalado, es posible calificar nuestra forma de gobierno como "presidencialismo asimétrico" o "intermitente", en atención a que las instituciones, e incluso el propio régimen de gobierno, no operan siempre del mismo modo o con la misma intensidad. Por ello, en diferentes contextos algunas instituciones, sus alcances y límites adquieren diferente entidad; y además, plantean cuestiones y problemas de carácter constitucional que deberán ser enfrentados teniendo en cuenta el contexto indicado.

38. Señalado esto, es claro que una descripción o delimitación de nuestro modelo en manos de la jurisdicción o la justicia constitucional debe ser realizado evitando o previniendo los excesos, las desviaciones y la desnaturalización del régimen, lo cual implica actuar siempre dentro de los términos constitucionalmente dispuestos. Al respecto, y tal como ya ha sido señalado, el Tribunal Constitucional a estos efectos debe hacer uso de su rol de "poder moderador", conforme al cual trata de evitar o apaciguar los posibles conflictos que puedan dañar la institucionalidad del país, aunque desde luego sin invadir competencias que le sean ajenas.

39. En este orden de ideas, es posible definir los contornos de nuestro régimen de gobierno sobre la base de los siguientes principios de identidad:

    Principio de separación de poderes: hace referencia a la autonomía funcional y a las diferentes competencias que cada poder estatal (y también cada órgano constitucional autónomo) tiene, pero también a las distintas funciones (sociales, políticas) que cada uno cumple tendencialmente (tales como representar, legislar y fiscalizar en el caso del Legislativo (Congreso), o de gobernar y hacer cumplir las leyes en el caso del Ejecutivo (Gobierno)). Este principio, desde luego, conlleva a reconocer las eventuales tensiones que puedan surgir entre los denominados poderes políticos.

    Con base al principio de separación de poderes es claro que nuestro modelo no aspira entonces –a diferencia de lo que ocurre en un régimen parlamentario– a la

confusión o subordinación entre los poderes, o a la asunción de que existe algo así como un "primer poder" de Estado. e reconoce, pues, la división de poderes y se prevé formas razonables para resolver o superar las diferencias entre ellos.

Principio de balance entre poderes: alude a la existencia de *mecanismos de coordinación* (tales como la delegación de facultades, el respaldo a políticas de gobierno a través de la cuestión confianza, las coordinaciones o negociaciones políticas para la aprobación del presupuesto público, la reglamentación de las leyes, la iniciativa legislativa por parte del Poder Ejecutivo(Gobierno) o los órganos constitucionales autónomos, etc.), *de control recí*proco (control jurídico y jurídico-político entre los poderes y órganos constitucionales autónomos), y *de equilibrio entre poderes* (respeto a la autonomía de los otros poderes y órganos constitucionales autónomos, regulación de las competencias y funciones ajenas sin desnaturalizarlas, debida asignación presupuestaria para los poderes estatales u órganos constitucionales autónomos, etc.)

Además de que no hay poderes subordinados, a lo cual se refería el principio anterior, el principio de balance entre poderes permite destacar que en nuestro modelo constitucional los poderes estatales, como también los órganos constitucionales autónomos, se conciben en una dinámica de balance o contrapeso, lo cual exige reconocer y respetar los mecanismos de equilibrio y control constitucionalmente previstos.

Como corolario de lo anterior, se tiene que la regulación, el ejercicio e incluso la interpretación de los alcances de los mecanismos de coordinación, de control recíproco o de equilibrio entre poderes no pueden realizarse alterando o desnaturalizando el balance que ha buscado asegurar la Constitución, y que es parte medular de nuestro modelo.

Principio de cooperación: conforme a este principio, la interpretación de las competencias y las funciones de los poderes y órganos constitucionales autónomos deben estar orientadas al cumplimiento de los fines del Estado (artículo 44 de la Constitución), a la concreción del conjunto de bienes y valores constitucionales (todos ellos, pudiéndose mencionar a modo de ejemplo lo señalado en los artículos 3, 38, 43 o 45 de la Constitución), y siempre teniendo como horizonte la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad (artículo 1 de la Constitución).

De esta manera, entre los poderes públicos y órganos constitucionales autónomos resulta de aplicación el principio de "lealtad constitucional", lealtad que, además del respeto a las competencias y funciones ajenas, orienta el comportamiento de los actores estatales hacia la consecución del bien común, que debe ser el fin último de la política.

Así visto, con base en este *principio de cooperación* deben evitarse conductas obstruccionistas, desleales o egoístas por parte de los poderes o actores políticos. Al respecto, si bien la política tiene una faz confrontacional inevitable, vinculada a

la lucha entre los diversos actores involucrados, las instituciones y competencias constitucionales deben ser interpretadas y ejercidas en el sentido de fomentar la integración social, la unidad política, y la optimización de los fines y principios constitucionales, entre otros aspectos. Lo anterior, desde luego, resulta especialmente cierto en el caso del análisis que le corresponde realizar el Tribunal Constitucional en los casos sometidos ante él, atendiendo al su rol moderador y pacificador de conflictos.

Principio de solución democrática: este principio pone de relieve que frente a un entrampamiento o crisis política o institucional que no puede superarse a través de los medios institucionales habituales, debe preferirse, en primer lugar, las salidas deliberativas (es decir, mediante el diálogo institucional, o a través de los espacios de deliberación pertinentes y adecuados para enfrentar los conflictos políticos) y, únicamente en su defecto, apelar a la elección popular como *ratio final* y superior.

De esta manera, el sistema de gobierno, así como las relaciones entre los poderes públicos, deben tender a establecer y preferir mecanismos de dialogo que permitan resolver las controversias sin apelar, en primer término, a formas plebiscitarias o meramente mayoritarias de democracia. En ese sentido, corresponde a los actores políticos e institucionales, y desde luego en ello juega también un rol central el Tribunal Constitucional, promover que en las instancias de discusión institucional se produzcan diálogos robustos e inclusivos, lo cual comprende la necesidad de incorporar a los ciudadanos, en especial a los directamente perjudicados por alguna medida, y a los especialistas, en el proceso de toma de decisiones. Cuando dicho diálogo fracasa, y se produce una crisis política o institucional irresoluble, será necesario apelar al depositario originario del poder político: los ciudadanos, el pueblo.

40. Al tratarse todos estos de principios que identifican a nuestra forma de gobierno presidencialista asimétrico, y que permiten delimitar debidamente las relaciones entre los denominados poderes del Estado, su regulación y ejercicio deben estar siempre encaminados al respeto de estas señas de identidad previstas en la Constitución, sin desnaturalizarlas ni vaciarlas de contenido. Son parte, pues, del ya referido "núcleo duro" de nuestra Norma Fundamental, en los términos ya recordados en esta sentencia.

§3. La vacancia presidencial y la causa de permanente incapacidad moral en el constitucionalismo peruano

41. Si bien pueden tener diversas manifestaciones, las relaciones entre los Poderes Ejecutivo (Gobierno) y el Legislativo(Congreso) siempre deben darse dentro de los márgenes establecidos por la Constitución, es decir, dentro de lo constitucionalmente posible. Al respecto, como ha sido expresado ya, la regulación constitucional de dichas relaciones ha ido cambiando con el tiempo, con base a coyunturas o necesidades históricas específicas. En el marco de estas relaciones, aparece precisamente en nuestro constitucionalismo la figura de la vacancia por "incapacidad moral".

42. Al respecto, y como se destaca en varios textos de lectura obligatoria del profesor Omar Cairo sobre la materia, así como en el informe de *amicus curiae* presentado por profesor Leysser León, es necesario empezar señalando que la noción de incapacidad moral fue importada del Derecho francés y replicada tanto en los códigos civiles peruanos como en las constituciones del siglo XIX. Implicaba identificar a la incapacidad moral con incapacidad de tipo mental.

43. Sobre la expresión *morale*, en primer lugar, se detecta que en el marco de la referida doctrina francesa tiene actualmente dos acepciones principales: la primera para hacer referencia a *incapacité physique* y *morale*, es decir, básicamente a la capacidad física e intelectual; la segunda para hacer referencia a la *persone physique* y a la *persona morale*, que en español alude a la persona natural y la persona jurídica[8].

44. Como se desprende del informe de *amicus curiae* y los textos antes indicados, es necesario precisar que el origen francés de la incapacidad moral surge en el derecho eclesiástico, "devenido luego del derecho civil de la familia, donde la expresión *incapacité morale*, se volvió común para graficar una hipótesis de nulidad de matrimonio, la referida a la incapacidad mental congénita o sobrevenida de uno de los contrayentes". Esta referencia de contenido jurídico estuvo en sintonía con obras dedicadas a las frenopatías (hoy psiquiatría), en las cuales se incluía a la *incapacité morale*[9].

45. Ciertamente, este lenguaje privatista francés en torno a la incapacidad moral no estuvo ajeno para la Constitución de Cádiz, que es el texto que sirve de base para las constituciones de las nacientes repúblicas de América Latina, y tampoco lo fue para los primeros constituyentes peruanos que la incorporaron como causal de vacancia del presidente de la república. En relación con la Constitución de Cádiz, en el artículo 25, inciso 1 se estipuló que el ejercicio de la ciudadanía española se perdía "en virtud de interdicción judicial por incapacidad física o moral", lo cual aludía claramente a ineptitud personal como a ineptitud mental o intelectual.

46. Esta discusión sobre incapacidad física o moral (mental) se mantendría inalterada hasta la Constitución de 1933. En el diario de debates del Constituyente de 1931 se puede constatar que se usaba y discutía a la incapacidad moral como incapacidad mental. Allí más bien la discusión se centró en determinar si la incapacidad física ya incluía a la mental (moral) y que por tanto debía prescindirse de dicho término en la Constitución como precisaré más adelante.

---

8 Ver: MEZA, Yelena. "Vacancia por «incapacidad moral» a la luz del derecho francés". En La Ley el ángulo legal de la noticia. (https://laley.pe/col/551). [22/09/2020]

9 El médico francés Guilain precisa que los dementes tienen una incapacidad especial, la cual es *incapacité morale*. Asimismo, señala que un demente no entiende sus intereses, apenas se concibe a sí mismo y comprende la realidad. Cfr. GUISLAIN, Joseph. Leçons orales sur les phrénopathies, ou traité théorique et pratique des maladies mentales: cours donné à la Clinique des établissements d'aliénés à Gand, Gand, 1852, p. 55.

47. Además de ello, resulta pertinente realizar algunas precisiones históricas ulteriores sobre la figura de incapacidad moral permanente, pues es mucho lo que ha sostenido o especulado al respecto. En este sentido, se ha señalado que, en la historia de nuestro país, la *exoneración* del cargo supone el primer antecedente histórico a lo que significó la incapacidad moral. Al respecto consideramos que en primer lugar debe tenerse en cuenta el acta de sesión de 23 de junio de 1823 del Congreso de la República, a partir del decreto de 19 de junio expedido por Riva- Agüero, en el cual se cesa de sus funciones al presidente de la República.

> "Que en fuerza de los decretos de 19 y 21 del que rige acerca de la creación de un supremo poder militar revestido de todas las facultades necesarias para salvar la república, *se declara haber cesado el Presidente de ella, D. José de la Riva Agüero, en el ejercicio de sus funciones*"[10] (resaltado nuestro).

48. Teniendo en cuenta el contexto convulso de esa época, Riva-Agüero expide el decreto de 19 de junio para que Sucre consolide poder en el Perú a fin de configurarse como antesala del arribo de Simón Bolívar. Este mencionado decreto surgió como producto de una negociación entre Riva-Agüero y el Congreso, y concluyó con la salida del primero del ejecutivo. Así, el Congreso emitió el decreto de 23 de junio, con el cual lo exoneró del cargo. Debido a que Sucre delegó el poder en Torre Tagle el 17 de julio, Riva-Agüero desde Trujillo se autoproclamó presidente del Perú y decretó la disolución del Congreso el 19 de julio, con el cual además desconoció el decreto de 23 de junio de 2020[11]. El Congreso, una vez reinstalado el 8 de agosto, confirmó el decreto de 23 de junio y declaró a José de la Riva Agüero como reo de alta traición[12].

49. Y es sobre los delitos que fueron expresados por el Congreso que la Corte Suprema evaluó posteriormente los cargos contra Riva Agüero, determinando inclusive el tiempo en el que ejerció legítimamente el poder[13]. Por ello, de esta pugna entre el Congreso y Riva Agüero, en una etapa convulsa para la consolidación de la independencia, no puede desprenderse que nos encontramos ante un caso histórico relacionado con la incapacidad moral, en el cual se haya evaluado la aptitud o dignidad en el cargo de Riva Agüero, a modo de antecedente vinculado con la mencionada causal objetiva de vacancia. Ello más aún si la Constitución de 1823 no se encontraba vigente durante los acontecimientos aquí revisados y tampoco regulaba una disposición semejante.

50. El segundo caso en que se alude la aplicación de vacancia por incapacidad moral fue el de Guillermo Billinghurst. En efecto, tras su propuesta de reforma en la cual convocaba

---

10 Ver: RIVA-AGÜERO Y SÁNCHEZ BOQUETE, José de la. *Memorias y documentos para la historia de la independencia del Perú y causas del mal éxito que ha tenido ésta*, Tomo I, Librería de Garnier Hermanos, París, 1858, pp. 219-220.

11 Íbidem, pp. 191-192.

12 Cfr. BASADRE, Jorge. *Historia de la República del Perú*. Empresa Editora El Comercio, Lima, 2005, p.69.

13 RIVA-AGÜERO Y SÁNCHEZ BOQUETE, Loc. Cit. p. 218

a un plebiscito para que las elecciones presidenciales y parlamentarias se realizasen en la misma fecha, los congresistas firmaron una petición de vacancia por incapacidad moral. Sin embargo, esta no se llevaría a cabo, pues Billinghurst sufrió un golpe de estado militar comandado por Oscar R. Benavides.

51. Además de lo indicado, debo precisar que durante el mandato de Billinghurst no se encontraba vigente la Constitución de 1867, como se afirma en el escrito de contestación de la demanda. En efecto, como se sabe, esta Carta fundamental duró cinco meses, lo cual se confirma con la dimisión de Prado el 5 de enero de 1868, para que luego se recupere la vigencia de la Constitución de 1860 planteada por el Presidente interino Diez Canseco, quien además convocó a elecciones según las disposiciones de esta última.

52. Por otra parte, siguiendo con las precisiones, encontramos que el término *incapacidad moral* estuvo acompañado, desde su génesis en la historia constitucional peruana, del adjetivo *permanente* o expresiones sinónimas. Lo anterior puede constatarse desde su incorporación a través de la Constitución de 1839, bajo los términos de "perpetua incapacidad moral" (art. 81), o en uno de los textos de mayor vigencia como es la Constitución de 1860, la cual la reguló como "perpetua incapacidad moral del Presidente" (art. 88). Ello, claro está, salvo las excepciones de la Constitución de 1856 (art. 83) y la Constitución de 1867 (art. 80).

53. Así las cosas, el adjetivo de *permanente* tampoco resulta trivial para los constituyentes del siglo XX. En los debates del Constituyente de 1931 se observa la preocupación por precisar la incapacidad moral, diferenciándose de incapacidad física, así como por mantener el adjetivo *permanente.*

> "El **Relator** leyó: Artículo 10º.- La presidencia de la República vaca, además del caso de muerte: 1.- Por permanente incapacidad física o moral del Presidente, declarada por el congreso. […]
>
> El señor **Gamarra:** […] i el Congreso ha de declarar la vacancia del Presidente de la República, no habrá de hacerlo arbitrariamente, sino que lo hará en vista de instrumentos, de documentos que acrediten esa incapacidad […][14].
>
> El señor **Arca Parr**ó: Señor Presidente: Creo que es conveniente que se aclare el término "incapacidad moral" que contiene el artículo en debate. Al hablar de incapacidad moral, deseamos que la Comisión aclare si dentro de este término está la rigidez mental; porque puede hacer la distinción entre la incapacidad física propiamente dicha y el hecho tangible de que una persona que se encuentra privada de una función cualquiera esté perfectamente capacitado para realizar sus funciones intelectuales. La incapacidad moral, tal como se dice simplemente, en el Artículo,

14 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Diario de los debates del Congreso Constituyente de 1931, 18ª sesión: debate constitucional, 4 de abril 1932, p. 2414.

puede ser materia de apreciaciones más o menos elásticas. Queremos saber, pues, si el término incapacidad moral es suficiente para comprender el estado de rigidez mental. En nuestro concepto, no lo es

El señor **Tirado**.- […] Ahora bien, si el Presidente adquiere una enfermedad que le imposibilita, material o mentalmente, para el ejercicio de sus funciones, es claro que está físicamente incapacitado […].

El secretario señor **Escardo Salazar**.- […] La palabra "Permanente" descarta, por completo, la posibilidad de que se rehabilite el sujeto para actuar posteriormente[15].

El señor **Arca Parr**ó.- La objeción fundamental se refiere a saber si dentro del término que se emplea el Artículo: "incapacidad moral", se comprende la incapacidad mental, porque nos resistimos a creer que ésta se comprenda dentro de la incapacidad física, […]. Insisto señor Presidente, en que el término incapacidad moral es demasiado elástico, porque si fuéramos a interpretarlo en su sentido corriente, su primera acepción se referiría, seguramente no al aspecto mental, sino, más que todo, a la conducta del sujeto. Por lo menos, ésta es la interpretación vulgar; e interpretar, es este aspecto, la vida de un sujeto y, más que todo la vida de un político, es susceptible de demasiada elasticidad; unas veces puede ser beneficioso, pero en otras puede ser con desmedro de los intereses nacionales […].

El señor **Paredes**.- […] En efecto, el término moral, de suyo genérico, creo que ha sido tomado por la Comisión de Constitución, en el sentido de incapacidad mental, como acaba de explicar el señor Arca Parró; por lo que juzgo, como él, que debe emplearse la palabra mental, en vez de moral […].

El secretario señor **Escardo Salazar**.- En realidad es importante la indicación del señor Arca Parró, y creo, por lo mismo, que se podría enmendar el artículo con la frase: "Permanente incapacidad física, psíquica y moral". El factor psíquico representa el estado mental del individuo.

El señor **Bustamante de la Fuente**.- Yo creo que hay que mantener la redacción del Artículo propuesto por la Comisión de Constitución, dejando al congreso la facultad de apreciar la incapacidad del Presidente. No podemos entrar en detalles; y por eso es preferible usar un término general: incapacidad […][16].

El señor **Guevara**.- […] La incapacidad no es una enfermedad pasajera, sino un defecto orgánico permanente del individuo […] Teniendo en cuenta la incapacidad física, en el seno de la Comisión se había propuesto el término; pero, con el objeto de contemplar una mayor afluencia de facultades para el Congreso, se ha adoptado el otro término de incapacidad moral, que es mucho más amplio […]

15 Íbidem, p. 2415
16 Íbidem, p. 2416

> La incapacidad moral puede ser consecuencia de enajenación mental. Hay ciertas formas de enajenación mental que se traducen en manifestaciones inmorales. En el terreno de la moralidad, es frecuente que esas manifestaciones inmorales produzcan la vesania o alguna otra forma de locura. El criterio del Congreso será, pues, fuera de sus antecedentes y de los hechos realizados, resolver si se trata de una incapacidad moral o de una incapacidad física. Si la locura es en una forma tan grave como, por ejemplo, la locura paranoica, que incapacita fisiológicamente al individuo, esta incapacidad no sólo será incapacidad mental, sino incapacidad física […]
>
> El señor **Cuculiza**.- Refiriéndome a la ampliación propuesta por el señor Escardó Salazar, para que se diga: "incapacidad psíquica, física y moral", debo manifestar que, en mi concepto, el término psíquico comprende la incapacidad moral, puesto que dicho vocablo comprende todo el espíritu, con sus tres facultades bien definidas, que son: pensamiento, sentimiento y voluntad. Por consiguiente, encuentro que estaría de más la palabra moral.
>
> El señor **Presidente**.- […] Se va a votar el Artículo, tal como ha sido propuesto en el proyecto de la Comisión del Constitución. […] (Votación).- Ha sido aprobado[17].

54. Como se puede observar respecto a este debate existen dos posiciones: mientras unos consideran que lo físico incluía lo mental [moral] (Tirado y Cuculiza); otros, por el contrario, consideraban que lo mental era independiente de lo físico e incluían la incapacidad mental dentro de lo moral (Arca Parró). En todo caso, se verifica además que el término permanente no era decorativo, implica el modo de la incapacidad que estaba condicionada a ser una definitiva. En este escenario, es evidente que se valoró el riesgo de incluir la incapacidad moral en dichos términos, aún cuando la mayoría consideró que por incapacidad moral se aludía a enajenación mental, se comenzaron a dar elementos que hubiesen podido relacionarse también a la conducta del mandatario.

55. Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, se entiende la redacción del artículo 144 de la Constitución de 1993[18]. Ahora bien, una situación distinta sucedió en el diario de debate del Constituyente de 1979, en el cual se dispuso la eliminación de *permanente* respecto de la incapacidad moral. Es pues necesario analizar el diario de debates sobre el particular:

> "El **Relator** leyó: "Artículo 7.- La Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte: 1.- Por permanente incapacidad física o moral del Presidente, declarada por el Congreso. (…)

17 Íbidem, p. 2417.

18 "La Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte: 1. Por permanente incapacidad física o moral del Presidente declarada por el Congreso;(…)"

El señor **Cornejo Chávez**.- Pregunto señor Presidente, si es deliberada la posibilidad que un enfermo mental pueda ser Presidente, porque dice "por incapacidad física o moral". ¿Así que el enfermo mental sí puede serlo?, ¿Qué razones ha tenido la Comisión para proponer esta innovación?

El señor **Melgar**.- No se ha puesto el término de enfermedad mental, porque la psiquiatría, feliz o lamentablemente, ahora ha ampliado su catálogo de diagnóstico de tal manera que no es posible hablar de una enfermedad mental. De repente el hombre más sano resulta con el diagnóstico de enfermo mental. Por eso hemos tenido el cuidado de no usar ese término.

El señor **Cornejo Chávez**.- […] [ ]i no se pone esa explicación científica o sudocientífica, resulta literalmente que la persona que no padece incapacidad física, ni moral, sino mental, un esquizofrénico declarado que tira piedras a la calle, puede ser Presidente de la República. Muy bien, debe ser "incapacidad física, mental o moral". La moral es lo que me parece más difícil de calificar.

El señor **Chirinos Soto**.- […] [E]n cuanto a la incapacidad moral que está considerada en la Constitución, es evidentemente difusa, la califica el Congreso por supuesto. Declarada por el Congreso es el tipo de incapacidad que se vio en Estados Unidos para precipitar la renuncia de Nixon. No había cometido tales o cuales delitos, pero había tenido una conducta inmoral. Entonces, a un hombre de esa conducta inmoral se le amenazó con el juicio constitucional. En este caso sería un tipo de incapacidad que sin haber llegado el Presidente a la perpetración de delitos, moralmente lo inhabilita por razón muy difícil de determinar, pero que tendría que ser declarada.

El señor **Valle Riestra**.- El inciso está mal redactado de todas maneras, señor Presidente. Porque interpretándolo textualmente, se deduce lo siguiente: "Por incapacidad física o moral permanente", de donde una incapacidad moral transitoria o accidental no sería causa de destitución. Quiere decir que si el Presidente se redime de su inmoralidad o alguien la considera tal, entonces ya no hay una incapacidad permanente sino subjetiva.

Ahora lo de la "incapacidad física", tal como está redactado, podría haber significado que Roosevelt no habría sido Presidente de los Estado Unidos. Tiene que ser, como dice el señor Aramburú: Incapacidad que lo imposibilite para el ejercicio de su cargo. Esto es cierto en la Constitución actual, pero está redactado mejor, porque dice, "por permanente incapacidad física o moral del Presidente" e está haciendo énfasis en la incapacidad física permanente y lo de moral no lo pone.

El señor **Chirinos Soto**.- Por ejemplo en el caso de un ebrio, no comete delito; y el caso se ha dado en el Ecuador, con el Presidente Arosemena; hasta en un escándalo, no hay delito, no puede ser enjuiciado, pero hay una incapacidad moral. Yo estoy de acuerdo con que la expresión es vaga, pero es indispensable, porque el Presidente podría incurrir en incapacidad moral.

> El señor **Melgar**.- Señor Presidente; el problema original es si lo mental se cubre de alguna manera. Hemos creído que lo mental se cubre con lo físico. No hemos querido connotar el término mental, porque es problemático. La psiquiatría, no obstante las informaciones últimas que nos ha dado el señor Cornejo Chávez, en este momento tiene una vastísima controversia respecto a qué es una enfermedad mental. Ahí sí podría haber argumentos para debilitar una posición o hacer prospera determinados intereses o intenciones. Lo físico cubre lo mental. Lo moral consideramos que es forzoso poder presentarnos con cierta pulcritud ante la opinión pública y consagrar en la Constitución ese objetivo de pulcritud, porque retirar lo moral va a ser un poquito raro máxime que la Constitución actual lo consagra. De modo, señor Presidente, que la Comisión mantiene el texto[19].

56. Al respecto, observo que, si bien los constituyentes discutieron en torno a los conceptos de incapacidad moral, física y mental, la principal diferencia con la Constituyente de 1931 fue que mientras esta última entendía la incapacidad moral dentro de lo mental, la Comisión de la Asamblea Constituyente de 1979 "consideró que la incapacidad física incluía la enfermedad mental"[20]. Asimismo, que finalmente se haya suprimido el adjetivo permanente para incapacidad moral es relevante, en tanto había el riesgo de que se pudiera relacionar a la conducta del mandatario (inmoralidad) debía apartarse de lo permanente o transitorio para no ser incongruente. La idea entonces que prevaleció fue de una causal abierta, una "salida política" en términos de Chirinos Soto, para que el Congreso evalúe políticamente la conducta del presidente que era reprobable sin configurarse en delitos[21].

57. Si bien la posición del Constituyente de 1979 era novedosa para la tradición histórica sobre *incapacidad moral*, esta fue rechazada por la mayoría del Constituyente de 1993 y, por el contrario, se retomó el sentido interpretativo del constituyente de 1931, plasmado en la Constitución de 1933.

> "El señor Presidente [**Torres y Torres Lara**].- Muy bien, hablaré a título personal indicando que la mayoría coincide conmigo.
>
> En cuanto al inciso 1), "Incapacidad permanente física o moral, declarada por el Congreso", nosotros consideramos que debe quedar como está, por las siguientes razones. Este inciso ha sido materia de modificación en la Constitución de 1979 y ha generado constantes conflictos y tensiones.

19 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Diario de los debates, Asamblea Constituyente 1978-1979, tomo IV, 1979, pp. 8-9.

20 EGUIGUREN, F. "La responsabilidad constitucional y penal del presidente de la república del Perú". Lima: Tesis para optar el grado académico de Doctor en Humanidades en la PUCP, 2007, p. 229.

21 Ídem

Durante el período de su aplicación, en muchas oportunidades, parlamentarios con poca prudencia han amenazado constantemente con la aplicación de este inciso, con lo cual generaron permanente inestabilidad en los gobiernos.

Este concepto se ha originado, en consecuencia, por el cambio que se estableció en la Constitución de 1979, donde se señaló, como se está planteando ahora, que por una simple incapacidad moral pueda ser removido el Presidente de la República. Como la incapacidad moral no está precisada, puede llegarse a situaciones extremas.

He tenido la oportunidad de leer, como siempre lo hago, los textos de los constitucionalistas más distinguidos, como es el doctor Chirinos Soto. Él menciona en su texto el caso del Presidente de un país vecino que incurría en algún tipo de excesos menores, pero que podrían haber sido calificados de incapacidad moral: un pequeño exceso de consumo de alcohol en alguna reunión que tuvo y que refiere el doctor Chirinos Soto en su obra.

El concepto de incapacidad moral, así señalado en la Constitución, muy genéricamente, puede desestabilizar a cualquier gobierno, y consideramos que esto no es prudente. Por eso creemos que debemos regresar al concepto de que la remoción del Presidente debe producirse cuando tiene incapacidad física o moral permanente; no por un acto con que dé la apariencia de incapacidad moral, sino que se presente como una persona que es permanentemente incapacitada moral.

Quiero referirme, en este sentido, a la Constitución de 1933, cuyo artículo 144 decía: "La Presidencia de la República vaca, además de caso de muerte: 1) Por permanente incapacidad física o moral del Presidente, declarada por el Congreso", que es un texto distinto del actual, el cual dice: Incapacidad moral o permanente incapacidad física. Nosotros queremos retornar al concepto establecido en la Constitución del año 1933"[22].

58. Ahora bien, es posible comprobar entonces, a partir de un tipo de interpretación histórica, que el inciso 113 inciso 2 al hacer referencia a *permanente incapacidad moral* se refiere a una enfermedad mental definitiva que padece el Presidente de la República del Perú y, por ello, es que terminaría siendo declarada por el Congreso. El método histórico que he evaluado tiene sentido en cuanto la institución de incapacidad moral permanente es de larga data en el Perú. Asimismo, ha estado contenida en ocho disposiciones constitucionales en la historia peruana. De allí que es imprescindible su análisis como punto de partida a partir de este método de interpretación.

22 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Diario de los debates del Congreso Constituyente Democrático, 33ª sesión, 24 de marzo de 1993, p. 1264.

§4. La causal vacancia al presidente por "permanente incapacidad moral" en el marco de la Constitución de 1993

59. Realizado este repaso histórico, es necesario abordar ya de manera directa la causal de "permanente incapacidad moral" en el marco de nuestra actual Constitución. En este orden de ideas, en primer término me encargaré de analizar más específicamente qué significa el contenido "moral" en la expresión incapacidad "moral".

60. Como ya fue indicado, desde diferentes especialidades (Derecho Comparado, Historia Constitucional, Derecho privado), la incapacidad "moral" hace referencia prima facie a una incapacidad "mental", en la medida que aparece de manera complementaria y junto a la "incapacidad física".

61. Como también fue precisado la expresión "moral" aparece como un galicismo que alude a la voz francesa *morale*, que se usa para hacer referencia a un contenido variado, pero que no se relaciona con los valores morales o éticos. Además de ello, es necesario tomar en cuenta que, en el idioma castellano, y más específicamente en el lenguaje jurídico, aparecen diversos usos de la palabra "moral" que podrían dar cuenta fácilmente de este uso: daño moral (daño emocional o sicológico), persona moral (persona jurídica), autonomía moral (discernimiento, capacidad de juicio), integridad moral (indemnidad de la autonomía personal), violencia moral, etc. En estos casos, resulta indubitable, la palabra "moral" no se refiere esencialmente a contenidos morales, en el sentido de "hacer lo debido" o del "razonamiento práctico".

62. En este sentido, además, es muy claro por qué la "incapacidad moral" se encuentra regulada junto con la vacancia por "incapacidad física". Efectivamente, la causal de la referencia dice que la Presidencia de la República vaca por " u permanente incapacidad moral o física, declarada por el Congreso". Esta relación entre las referidas incapacidades viene dada porque ambas deben ser entendidas en el marco de una situación de salud que constituyan un impedimento para el desempeño de las facultades del presidente.

63. No obstante, queda claro que si bien son muchas y muy diversas las situaciones que un estado de salud puede deteriorarse, no todas ellas podrían constituirse en justificación razonable para invocar a la así llamada "incapacidad moral", entendida como incapacidad mental. Y es que, si bien la incapacidad mental, de manera general, es pasible de ser comprobada objetivamente a través de una evaluación médica, no sucede lo mismo, en principio, con la relación existente entre los distintos niveles de incapacidad mental y las aptitudes necesarias y específicamente relacionadas con el ejercicio del cargo de presidente de la República.

64. En ese entendimiento, y para evitar una discrecionalidad tal que resulte ajena a lo advertido precedentemente, estimo que la denominada "incapacidad física y moral permanente" requiere no solo ser precisada en cuanto a sus alcances, sino también, y en base a una interpretación aditiva, ser comprendida en el sentido de que la misma deba ser declarada expresamente, para no otorgar margen de duda sobre su contenido y aplicación. Veamos esto con más detalle a continuación.

65. En línea con lo recientemente expuesto, es necesario indicar que la causal de vacancia contenida en el artículo 113, inciso 2 hace referencia a una incapacidad moral "permanente" y "declarada por el Congreso". Ambas nociones están relacionadas con la objetividad de la causal (que, como veremos luego, es una característica de todas las causales de vacancia) y, siendo así, debe quedar claramente delimitado que es lo que ellas exigen.

66. En primer lugar, encontramos que la incapacidad debe ser *declarada* por el Congreso de la República en el sentido de que tan solo resulta necesario constatar una situación fáctica, y por ende tampoco se trata de una situación jurídica que el Poder Legislativo(Congreso) pueda constituir al margen de los hechos del mundo. En este sentido, la incapacidad regulada hace referencia una realidad que es independiente de la voluntad política del Congreso y que a este solo le correspondería "declarar". No olvidemos que el concepto de vacancia apela, desde siempre, a la existencia de una circunstancia objetiva que demuestre que el Presidente o Presidenta de la República no se encuentra en condiciones de ejercer su cargo. Estamos hablando entonces de una constatación, y no de una evaluación subjetiva, y menos aún, sustentada en razones de cálculo político.

67. Al respecto, y en el caso de la incapacidad física, la situación no parece revestir mayor complejidad, pues bastaría con informes médicos emitidos por comisiones médicas del Ministerio de Salud y Essalud, en tanto que representan documentos públicos dotados de fe pública y que tendrían plena validez probatoria respecto al estado de salud del presidente. Obviamente, y para no contradecir los parámetros convencionales y constitucionales existentes, el grado de deterioro físico debe ser de tal magnitud que objetivamente resulte imposible que quien se venía desempeñando como presidente o Presidenta desempeñe la función que se le había encomendado.

68. En el caso de la llamada "incapacidad moral", y en la medida que debe ser entendida como incapacidad mental grave, ella prima facie también debe aparecer expresamente determinada en informes médicos o expertos emitidos con dicha finalidad. Y es que, como bien se ha señalado en el *amicus curiae* presentado por la Clínica Jurídica de Derechos Humanos y Discapacidad de la Facultad de Derecho de la PUCP, el solo hecho de tener una discapacidad mental no puede ser tomado como una excusa o razón suficiente para impedir el ejercicio del derecho fundamental a la participación política, consagrado en el artículo 31 de la Constitución Política, en relación con el principio-derecho de igualdad.

69. Lo anterior, desde luego, va de la mano con el reconocimiento de la capacidad de las personas con discapacidad a través de la modificación y derogación de, por ejemplo, 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.

70. Al respecto, en aras de precisar que no toda discapacidad mental resulta inhabilitante, sino que, por el contrario, el Estado (y la sociedad) no les debe restar indebidamente su autonomía, vale la pena mencionar algunos de los cambios más significativos introducidos por la referida normativa, los cuales, 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.

71. De este modo, lo que corresponde es más bien reivindicar 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 (cfr. STC 00194-2014-PHC y STC 05048-2016-PA).

72. En este orden de ideas, los informes médicos propuestos para sustentar una discapacidad mental dirigida a sustentar una posible vacancia solo resultarán atendibles si la referida discapacidad es expresa e indubitablemente grave, que inhabilite definitivamente a una persona para ejercer el cargo (en sentido similar a como se comprendería una incapacidad física permanente), pues solo en aquel supuesto no sería posible darle continuidad a las distintas labores y competencias que ejerce el Presidente o Presidenta de la República. Por lo demás, una interpretación como esta no solo sería respetuosa de los derechos fundamentales reconocidos en la actual Constitución, sino que también guarda concordancia con una lógica de convencionalización del Derecho, en donde debe tomarse en cuenta, para este caso en particular, lo señalado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

73. De otro lado, en cuanto al contenido vinculado con la expresión *permanente*, se trata de un concepto descriptivo que, se refiere a algo que podría ser determinado de manera

indubitable y comprobada, a través de medios objetivos y técnicos (como fue indicado, del modo análogo e igual de riguroso que al que permitiría acreditar una incapacidad física de carácter permanente).

74. Para aclarar el panorama al respecto, y como se ha señalado dentro de este proceso competencial, esta causal de vacancia se refiere "a los casos en que el primer mandatario, como consecuencia de una situación sobrevenida, se vea afectado en su salud mental o física, y *de manera irreversible, o sea, que no pueda ser objeto de tratamiento terapeú*t*ico*" (*amicus curiae* presentado por el abogado Leysser León Hilario, subrayado nuestro).

75. Como puede apreciarse entonces, lo permanente no depende de una correlación de votos, sino de una acreditación objetiva, no solo sobre un padecimiento de una incapacidad física o mental grave, sino también de que la misma no puede revertirse ni con un tratamiento médico al respecto. Una vez más, ello debe quedar fehacientemente acreditado en los informes médicos emitidos por comisiones médicas, por ejemplo, del Ministerio de Salud o Essalud, en tanto que ellas pueden emitir documentos públicos dotados de fe pública, convocadas para el particular.

76. Además de lo señalado, me parece importante mencionar que, de una lectura integral del artículo 113 de la Constitución, el cual regula las causales de vacancia presidencial, puede apreciarse que allí, en concordancia con el concepto de vacancia ya explicado en este mismo texto, se hace referencia a supuestos en los que solo se requiere constatar la ocurrencia de hechos objetivos, como son, por ejemplo: la muerte del presidente, su renuncia, que este haya salido del territorio nacional sin permiso del Congreso o que no haya vuelto en el plazo indicado, o que haya sido destituido por juicio político.

77. Como puede apreciarse, todos estos supuestos tan solo implican constatar situaciones de hecho en las que prácticamente no cabe mayor deliberación sobre lo ocurrido. Y ello es así, porque aquí de lo que se trata es de evitar una situación de vacío de poder en el ejercicio de la presidencia, ante la materialización fáctica de algunos de los supuestos establecidos en la referida disposición.

78. Por esta razón, entonces, ninguna de las causales establecidas en artículo 113 de la Constitución busca que los congresistas ingresen en un proceso de deliberación compleja orientado a remover un presidente por razones de conveniencia u oportunidad política, tomando en cuenta además que ello tendría que ser definido discrecionalmente por el Congreso de la República, algo que, como anoté en su momento, no resultaría coherente con nuestro modelo de gobierno.

79. Efectivamente, en el marco de nuestra forma de gobierno, en ningún caso podría interpretarse que estas causales representen una especie de "sanción" en contra de un presidente en ejercicio. Recordemos que, en efecto, en nuestro modelo el Presidente de la República no responde políticamente por sus actos (ello le corresponde a los ministros) y que son los ciudadanos quienes deciden quién ejerce la presidencia (y no el Congreso, como ocurre en los sistemas parlamentaristas).

80. Ahora, y no obstante lo indicado, queda claro también que dentro de las causales de vacancia establecidas en el artículo 113, se encuentra una peculiar, precisamente la referida a las ya mencionadas incapacidades "física" y "moral". Al respecto, si bien no ha sido puesta en duda la objetividad de la incapacidad física, sin embargo, sí se discute si ocurre lo mismo con la denominada "incapacidad moral".

81. Esta discusión cobra una relevancia fundamental y no puede ser soslayada por este Tribunal. Y es que, el hecho de que haya habido hasta tres intentos de vacancia en el presente quinquenio, en los cuales se ha invocado (debida o indebidamente) esta causal, nos habla de la relevancia que ha cobrado en la manera de cómo se articula el poder y las relaciones dentro del aparato institucional configurado en la Constitución vigente y, por ende, tomando en cuenta el rol del Tribunal Constitucional al que me he referido *anteriormente,* es necesario un pronunciamiento expreso y claro por parte de este Tribunal, que zanje el contenido problemático de dicha cláusula, el cual evite en el futuro interpretaciones antojadizas que lleven a escenarios de grave crisis institucional, pero a la vez (como dejare anotado al final de mi voto) que permita también dar una respuesta sensata frente a graves inconductas por parte de quien ejerce la presidencia.

82. Ahora bien, en función de lo señalado precedentemente, reitero que la causal de vacancia referida a la "permanente incapacidad moral" debería entenderse también como una causal objetiva, respaldada en una constatación fáctica, que no requiere una mayor complejidad interpretativa o argumentativa. Esto es así, no solo porque está al lado de otras causales que son objetivas, sino sobre todo porque la regulación del conjunto de causales da cuenta de lo que puede (y no puede) hacer el Congreso en el marco de nuestro régimen de gobierno. En otras palabras, no podría interpretarse como una causal de vacancia al presidente un supuesto a través del cual el Congreso pueda removerlo discrecionalmente, tan solo con base en contar con los votos necesarios para hacerlo (como podría ocurrir con la jefatura de gobierno en un régimen parlamentario).

83. Por tanto, me encuentro en desacuerdo con cualquier postura que pretenda asimilar la "incapacidad moral permanente" con algo así como una "moral pública", o vinculada con actos que riñan con lo que alguna persona o grupo de personas puedan considerar "buenas costumbres" (máxime si, como veremos, para esta causal se prevé un proceso sumamente célere). Una posición como esta no coadyuva a brindar la necesaria seguridad jurídica para el ejercicio del cargo del Presidente de la República, y lo deja más bien expuesto a los vaivenes de las correlaciones político-partidarias que pueda forjar al interior del órgano que lo podría vacar, esto es, el Congreso de la República.

84. Sin embargo, afirmar esto no equivale sin más a eximir de toda responsabilidad al presidente ante cualquier situación que pudiera tener consecuencias jurídico- constitucionales relevantes. Un escenario como este no resultaría acorde con las exigencias de un Estado Constitucional que se precie de brindar respuestas adecuadas frente a situaciones gravísimas e insostenibles que puedan presentarse en el ejercicio de cargos públicos.

85. Es por ello que considero que, tomando que pueden presentarse esos escenarios, y en aras de esclarecer lo aquí planteado, considero necesario explicitar una vía interpretativa posible que prevé la Constitución, de tal modo que no se genere ningún vacío indeseable. Esto, desde luego, sin perjuicio de que posteriormente esto sea regulado y perfeccionado de manera explícita por el legislador constituyente.

§5. Suspensión del presidente de la República por indignidad o mal desempeño

86. Como había señalado, si bien la incapacidad moral es incapacidad mental, a la vez sería indeseable descartar sin más la existencia de una vía constitucional que permita encausar supuestos en los que existan situaciones de grave inmoralidad o de mal e insoportable desempeño.

87. Al respecto, es menester tener en cuenta que la Constitución es clara en evitar que el presidente sea investigado o incluso removido de su cargo si no es por las causales establecidas en el artículo 117 de la Constitución (traición a la Patria, impedir elecciones, disolver indebidamente el Congreso, o impedir el funcionamiento del Congreso o los organismos del sistema electoral), y no por otras razones, lo que, prima facie, con base en la normativa que más utilizamos al respecto, excluiría la posibilidad de que un presidente sea removido pese a haber cometido actos indignantes que, consensuadamente, se entienda que haga imposible que continúe en el cargo.

88. Al respecto, es necesario señalar que, además de ser una forma incorrecta de entender la causal de vacancia de "incapacidad moral permanente", el procedimiento actualmente previsto (artículo 89-A del Reglamento del Congreso) es sumamente expeditivo, lo cual solo tendría sentido si se le considera (tal como hemos sostenido antes) como una causal objetiva, pero no lo tiene si se le considera como de una especie de "juicio político *express*", como parecen considerar quienes sostienen que la "incapacidad moral" es, finalmente, un cajón de sastre ético. Dicha comprensión es peligrosa, no solo porque lesiona nuestro régimen constitucional de gobierno, sino porque, tomando en consideración el procedimiento parlamentario hoy existente (que permite que la vacancia por incapacidad moral se delibere y vote en un solo día), hace que se incurra en un flagrante "déficit deliberativo", sobre el Tribunal Constitucional se ha referido ya en varias ocasiones (cfr. STC 00012-2018-AI y STC00006-2018-AI)

89. Frente a ello, considero que una alternativa constitucionalmente viable, y que no invade competencias del legislador orgánico modificando jurisprudencialmente el Reglamento del Congreso, surge al interpretar de manera amplia el artículo 114 de la Constitución. Allí se señala que "El ejercicio de la Presidencia de la República se suspende por (…) Incapacidad temporal del Presidente, declarada por el Congreso". En este artículo (que no alude en específico a alguna incapacidad "física" o "moral") podría considerarse incorporados aquellos casos en los que el Presidente haya afectado irremediablemente la dignidad del cargo o que este haya tenido un mal desempeño que le impida continuar ejerciendo la presidencia, o situaciones similares (no vinculadas con acusaciones por delitos, pues esto viene regulado y restringido por el artículo 117 de

la Constitución). De este modo, propongo una interpretación disociativa del artículo 114 de la Constitución, que permita distinguir los casos de suspensión por incapacidad física o mental, de la que podría denominar "suspensión-impeachment" o "suspensión-juicio político"

90. A efectos de la tramitación de este modo de suspensión (alejándonos del modelo de "juicio político *express*" que venía ocurriendo con la vacancia por incapacidad moral), considero que solo podría darse a través de lo dispuesto por los artículos 99 y 100 de la Constitución, que garantizan de mejor modo el debido proceso o la racionalidad de la discusión. Al respecto, el artículo 100 de la Constitución hace referencia explícita a que, en ese marco, corresponde al Congreso, entre otras consideraciones, "suspender al funcionario", que es precisamente lo que se busca con el artículo 114 de la Constitución (suspensión de la presidencia).

91. Este proceso, de activarse, podría empezar con un "reproche" de la Comisión Permanente (antes que, en sentido estricto, una "acusación" a la que hace referencia el artículo 117 de la Constitución) y para ello seguir el proceso establecido para las acusaciones. Asimismo, podría contar con una votación de 2/3 para suspender temporalmente al presidente mientras dure el procedimiento de juicio político, votación que es la que se encuentra prevista actualmente para el caso de la vacancia *express* por "incapacidad moral" . En este orden de ideas, la Comisión Permanente trabajaría este tipo de reproche como un supuesto particular de "infracción a la Constitución" (relacionado con los artículos 110 y 118, incisos 2 y 3), orientado únicamente a que el Pleno tome una decisión de suspensión por el tiempo que le falte al presidente para cumplir su mandato.

92. Asimismo, de llegar el caso al Pleno, este únicamente podría decidir sobre la suspensión por el tiempo restante del mandato presidencial, mas no pronunciarse respecto de otras medidas como la inhabilitación o la destitución, pues *prima facie* ellas solo pueden adoptarse en los supuestos de acusación previstos en el artículo 117 de la Constitución. Si el Pleno decide no suspender al presidente, este debería ser restituido en su cargo y no se podría volver a proponer su suspensión por los mismos hechos o por hechos sustancialmente análogos.

93. Así visto, con esta propuesta un presidente podría ser removido excepcionalmente, inclusive por razones de mal desempeño o por haber obrado de una manera que haga imposible su permanencia en el cargo, en un escenario más propio del juicio político (aunque con eventuales matices) procurándose que se respete el debido proceso parlamentario (y siguiendo la jurisprudencia del Tribunal sobre esta materia), Además, no se ncurriría en déficits deliberativos (cfr. STC 00012-2018-AI, STC 00006-2018-AI), tomando en consideración los principios de equilibrio, cooperación y solución democrática (cfr. STC 00006-2018-AI, STC 00006-2019-CC) y sin necesidad de proponer ninguna modificación del Reglamento del Congreso en torno a la votación (que tiene reserva de ley orgánica).

94. Básicamente, entonces, con esto solo estaríamos interpretando en un sentido posible la "suspensión", a la que hacen referencia los artículos 114 y 100 de la Constitución, y no arrogándonos el lugar del legislador, al regular totalmente un proceso como este. Sin perjuicio de ello, y precisamente con base a los principios de coordinación y solución democrática, considero que en términos de exhortación se debe conminar al Congreso a aumentar los votos que requieren lo que he denominado suspensión que se extienda hasta el final de la duración del cargo, en la medida que esa es una interpretación orientada a la Constitución (a consolidar y realizar la forma de gobierno constitucional).

§6. La evaluación de las situaciones recientemente acontecidas y las repercusiones que ello genera

95. Luego de lo expuesto, es evidente que en las dos últimas mociones de vacancia tramitadas por el actual Congreso de la República no se siguieron parámetros que están dentro de lo constitucionalmente posible y lo constitucionalmente necesario, sino que incluso se estuvo en el escenario de lo constitucionalmente prohibido. Y es que al desnaturalizar una causal de vacancia para lograr lo que en realidad era un juicio político encubierto, sin las garantías procedimentales que este juicio político tiene previstas, se realizaron acciones fuera del parámetro constitucional que, doloroso es decirlo, llegaron a romper el orden institucional previsto en nuestra Constitución, y nos llevaron a una situación que, independientemente de una legitimidad más bien formal que otorga un importante votación congresal, dejaba de lado la dinámica de separación de poderes y el equilibrio de poderes que reclama nuestra configuración como Estado y nos otorgó un gobierno lamentablemente al margen de lo que corresponde a un Estado Constitucional.

96. Ahora bien, necesario es anotar que nuestras sentencias no tienen efectos retroactivos, aún cuando en el ámbito de los procesos competenciales tienen un efecto nulificante de los actos dados con vicios de inconstitucionalidad. En ese sentido, bien puede reconocerse que las ya anotadas actuaciones del Congreso en estos últimos días (nombramiento de una nueva mesa directiva, y por ende, de un nuevo Presidente encargado de la Presidencia de la República, establecimiento de una comisión investigadora de la actuación de Manuel Merino y algunos de sus más cercanos colaboradores, por solamente mencionar algunas de las acciones tomadas), permiten subsanar la inconstitucionalidad incurrida por lo menos a nivel de la sucesión presidencial. Quedan sin embargo, otro tipo de responsabilidades que determinar frente a la actuación de quienes irregularmente asumieron el poder en base a una interpretación inconstitucional del artículo 113 inciso 2 de la Constitucional, y que así (lo que es importante para efectos de un proceso competencial, menoscabaron las atribuciones del Poder Ejecutivo (Gobierno), pues, independientemente de las personas, impidieron al Gobierno desarrollar, valga la redundancia, su plan de gobierno.

97. Sin embargo, justo es señalar que, dentro de su rol de control de regularidad constitucional, o, dicho de otra manera, de garantías que el comportamiento de todos y

todas se haga de acuerdo a parámetros constitucionales, el Tribunal estará atento a las acciones que en principio ya ha venido avanzando el Congreso de la República, a las acciones para determinación de eventual responsabilidad penal iniciadas por la Fiscalía de la Nación, y a las decisiones que tome el actual Gobierno constitucionalmente constituido frente a las diversas situaciones y relaciones jurídicas generadas antes de su asunción del mando.

98. Termino mi voto con una invocación al legislador. Y es que la gravedad de los temas que se abordan en algunos recientes procesos competenciales hace aconsejable alguna modificación en su regulación, sobre todo en lo referido al establecimiento para los plazos para la contestación de la demanda. La intensidad de los conflictos que se abordan en un proceso competencial demanda que el Tribunal esté más pronto en posibilidad de convocar a audiencia y resolver la controversia a la brevedad posible. Caso contrario, los conflictos pueden exacerbarse, y las posibilidades de actuación efectiva del Tribunal (y con ello, su propia legitimidad) reducirse.

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

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.