TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Centro de Estudios Constitucionales

# JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Tomo V**

(Enero 2013 · Mayo 2014)

**Carlos Ramos Núñez**
**(Editor)**

Centro de Estudios Constitucionales

**Jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional – Tomo Quinto**

Edición Oficial del Tribunal Constitucional del Perú
© Copyright: Tribunal Constitucional
Jr. Ancash 390, Cercado de Lima – Lima

Diciembre, 2016

Servicios Gráficos JMD S.R.L.
Av. José Gálvez 1549 - Lince
Telfs.: 470-6420 / 472-8273

# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

**Presidente**
Manuel Miranda Canales

**Vicepresidenta**
Marianella Ledesma Narváez

**Magistrados**
Óscar Urviola Hani
Ernesto Blume Fortini
Carlos Ramos Núñez
José Luis Sardón de Taboada
Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

## CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

**Director General**
Carlos Ramos Núñez

# ÍNDICE
## (TOMO V)

**A. PROCESOS ORGÁNICOS**

**AÑO 2013**


Sentencia 00008-2012-PI/TC

Ciudadanos

Caso delito de violación sexual contra víctima entre 14 y 18 años de edad

Se declaró la inconstitucionalidad del artículo 173, inciso 3, del Código Penal, modificado por la Ley 28704, sin que ello genere la excarcelación para los procesados y condenados por violencia, agresión o abuso sexual contra menores de edad entre 14 y 18 años ..... 15

Sentencia 00005-2012-PI/TC

Presidente de la República

Caso actividades económicas privadas en Junín

Se declaró fundada en parte la demanda y, en consecuencia, inconstitucional el artículo 3 de la Ordenanza Regional 10-2011-GRJ/CR, emitida por el Gobierno Regional de Junín, e infundada en lo demás que contiene .... 51

Sentencia 00002-2011-PI/TC

Ciudadanos

Caso privatización de mercados en Piura

Se declaró fundada en parte la demanda y, en consecuencia, inconstitucional parcialmente el artículo 11 de la Ordenanza 015-2007, emitida por la Municipalidad Provincial de Piura, debiendo interpretarse y aplicarse el texto subsistente conforme a lo estipulado en la sentencia, e infundada en lo demás que contiene..... 61

Sentencia 00014-2012-PI/TC

Colegio de Abogados de Puno

Caso Régimen CAS

Se declaró infundada la demanda interpuesta contra la Ley 29849, Ley que establece la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga derechos laborales, recordando al Congreso de la República que dicte la legislación que implemente el nuevo Régimen del Servicio Civil a que hace referencia el Decreto Legislativo 1057, modificado por la Ley 29849, así como la adecuación progresiva entre ambos regímenes ..... 73

Sentencia 00013-2012-PI/TC

Congresistas de la República

Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1

Se declaró infundada la demanda interpuesta contra el artículo 2 de la Ley 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, que incorpora los artículos 7-A, 14-A, 14-B y 24.d del Decreto Supremo 054-97-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, estableciéndose sentidos interpretativos respecto de los mencionados artículos 7-A, 24.d y 14-A ..... 87

Sentencia 00019-2011-PI/TC

Ciudadanos

Caso creación de la Universidad Nacional Autónoma Altoandina de Tarma

Se declaró fundada la demanda y, en consecuencia, inconstitucionales los artículos 1, 3, 4.a, 5, la Primera y Segunda Disposición Complementaria Transitoria y la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley 29652, la inconstitucionalidad por conexidad de la Ley 29780, y una *vacatio sententiae* para que la inconstitucionalidad declarada surta efectos en caso el Ministerio de Economía y Finanzas, en coordinación con el Congreso de la República, subsane las omisiones señaladas en la sentencia .... 137

Sentencia 00011-2012-PI/TC

Presidente del Gobierno Regional de Moquegua

Caso sobre demarcación territorial entre Moquegua y Puno

Se declaró fundada en parte la demanda y, en consecuencia, inconstitucionales los artículos segundo y tercero de la Ordenanza Regional 022-2011-GRP-CRP, emitida por el Gobierno Regional de Puno, e infundada en lo demás que contiene ..... 154

Sentencia 00020-2011-PI/TC

Colegio de Abogados de Arequipa

Caso Ley de Reactivación de la Marina Mercante Nacional

Se declaró infundada la demanda interpuesta contra el artículo 1 de la Ley 29475, Ley que modifica el artículo 7.2 de la Ley 28583, Ley de Reactivación de la Marina Mercante Nacional ..... 163

Sentencia 00002-2013-PCC/TC

Poder Ejecutivo

Caso administración de la hacienda pública

Se declaró fundada la demanda en el extremo referido a que se declare que el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Economía y Finanzas, es el poder competente para administrar la hacienda pública, así como la reserva de contingencia, e infundada e improcedente en lo demás que contiene, disponiéndose que los poderes públicos cumplan, según sus atribuciones, con la nivelación total de los jueces en el presupuesto para el ejercicio fiscal 2014..... 177

**AÑO 2014**

Sentencia 00019-2012-PI/TC

Colegio de Profesores del Perú

Caso Ley de Reforma Magisterial 1

Se declaró improcedente la demanda en el extremo que pretende que se modifique el artículo 18 de la Ley 29944, Ley de Reforma Magisterial, e infundada en lo demás que contiene..... 206

Sentencia 00020-2012-PI/TC

Congresistas de la República

Caso Ley de Reforma Magisterial 2

Se declaró infundada la demanda interpuesta contra el primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944, Ley de Reforma Magisterial, en todos sus extremos ..... 211

Sentencia 00018-2013-PI/TC

Congresistas de la República

Caso Ley del Servicio Civil

Se declaró la inconstitucionalidad parcial del segundo párrafo de la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria de la Ley 30057, Ley del Servicio Civil, e infundada en lo demás que contiene..... 231

Sentencia 00015-2013-PI/TC

Congresistas de la República

Caso Servicio Militar

Se declaró fundada en parte la demanda y, en consecuencia, inconstitucional parcialmente el artículo 78.9 de la Ley 29248, modificado por el Decreto Legislativo 1146, infundada en lo demás que contiene, y se exhortó al legislador a que regule un mecanismo alternativo dirigido a evitar que la sanción de suspensión de los efectos del DNI derive en una condena de muerte civil..... 275

Sentencia 00002-2013-PI/TC

Presidente de la República

Caso Vehículos M1 – Ayacucho

Se declaró fundada en parte la demanda y, en consecuencia, inconstitucional la Ordenanza Regional 010-2012-GRA/CR, expedida por el Gobierno Regional de Ayacucho, e improcedente el pedido de declarar sin efectos jurídicos las normas regionales y locales que desarrollen un contenido similar al de la citada ordenanza ..... 309

**B. PROCESOS DE TUTELA DE DERECHOS**

**AÑO 2013**

Sentencia 03964-2012-PA/TC

Caso Edita Flor Moreno Eustaquio

Sobre eliminación de sanciones en legajo de trabajador por falta de motivación de las resoluciones..... 319

Sentencia 02044-2009-PA/TC

Caso Juan Ricardo Leiva Salazar

Doctrina jurisprudencial vinculante en materia de embargo en forma de retención en procedimientos de cobranza coactiva tributarios..... 322

Sentencia 04184-2012-HC/TC

Caso José Oriol Anaya Oropeza

Sobre el antejuicio político..... 327

Sentencia 05496-2011-PA/TC

Caso Agustín Llantoy Palomino

Doctrina jurisprudencial vinculante en materia de actos lesivos homogéneos ..... 334

Sentencia 00470-2013-PA/TC
Caso María del Carmen Gloria Reátegui Rossello de Navarro y otros
Sobre el derecho a disfrutar de un medio ambiente equilibrado y el rol de los órganos técnicos de auxilio en el proceso constitucional ..... 339

Sentencia 03128-2011-PA/TC
Caso Lima Airport Partners S.R.L. - LAP
Sobre libertad de contratar ..... 348

Sentencia 02092-2012-HC/TC
Caso Antauro Igor Humala Tasso
Sobre debida motivación de las resoluciones judiciales y juez natural ... 359

Sentencia 00303-2012-PA/TC
Caso Janeth Cecy Cabellos Távara
Sobre descanso por maternidad ..... 374

Sentencia 00512-2013-HC/TC
Caso Jesús Giles Alipazaga y otros
Sobre juez independiente e imparcial ..... 378

Sentencia 02362-2012-PA/TC
Caso Gisela Elva Tejada Aguirre
Sobre derecho a la educación y a la igualdad ..... 394

Sentencia 02920-2012-HC/TC
Caso Óscar Luis Castañeda Lossio
Sobre la actuación de los fiscales ..... 404

Sentencia 00319-2013-PA/TC
Caso Sociedad Agrícola San Agustín S.A. (Sasa)
Sobre derecho de propiedad e indemnización justipreciada ..... 415

Sentencias 01034-2013-PA/TC y 00776-2014-PA/TC
Caso César José Hinostroza Pariachi
Sobre nombramiento de fiscales por el Consejo Nacional de la Magistratura ..... 438

Sentencias 01044-2013-PA/TC y 00791-2014-PA/TC
Caso Mateo Grimaldo Castañeda Segovia
Sobre nombramiento de fiscales por el Consejo Nacional de la Magistratura ..... 497

Sentencia 01573-2012-PA/TC
Caso Asociación Pro Vivienda Las Lomas
Sobre el derecho al agua potable..... 547

Sentencia 02598-2010-PA/TC
Caso Luis Alberto Lalupu Sernaqué
Sobre el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales y el especial deber de protección del Poder Ejecutivo ..... 551

Sentencia 02964-2011-HC/TC
Caso Mauricio Gilberto Ponce Núñez
Sobre la no concurrencia del acusado a audiencia y la pluralidad de instancias ..... 562

Sentencia 04267-2012-PA/TC
Caso Candelaria Ivonne Santana de Quispe
Sobre la desafiliación a una AFP..... 572

**AÑO 2014**

Sentencia 00978-2012-PA/TC
Caso Westher Leoncio Sotomayor Castañeda
Doctrina jurisprudencial vinculante sobre la procedencia de medidas cautelares ordinarias que suspenden la ejecución de sentencias judiciales ordinarias ..... 577

Sentencia 00005-2010-PA/TC
Caso Unitronic S.R.L.
Doctrina jurisprudencial vinculante en materia de quejas como vía previa para cuestionar el procedimiento de ejecución coactiva de la Sunat, la notificación conjunta de órdenes de pago y las resoluciones de ejecución coactiva, y medidas cautelares ..... 584

Sentencia 00937-2013-HD/TC
Caso Asociación Lumen Gentium
Sobre entrega de circulares de la Sunat sobre aplicación de multas..... 594

Sentencia 01711-2014-HC/TC

Caso Víctor Polay Campos Campos

Doctrina jurisprudencial vinculante conforme a la cual en los procesos constitucionales relacionados con el delito de terrorismo en los que se haya dictado sentencia estimatoria de segundo grado, la Procuraduría del Estado correspondiente se encuentra excepcionalmente habilitada para la interposición del recurso de agravio constitucional, el mismo que debe ser concedido por las instancias judiciales, conforme a lo señalado en el fundamento 7 de la sentencia ..... 599

Sentencia 04617-2012-PA/TC

Caso Panamericana Televisión

Sobre materia tributaria y nulidad de sentencias..... 612

Sentencia 02904-2011-PA/TC

Caso Felipe Humberto Aguirre Frisancho en derecho propio y como curador de Luis Humberto y Juan Carlos Aguirre Frisancho

Sobre derecho al trabajo y a la unidad de la familia..... 656

Sentencia 03700-2013-PA/TC

Caso Augusto Sipión Barrios

Sobre materia tributaria y nulidad de sentencias..... 672

Sentencia 02437-2013-PA/TC

Caso Jane Margarita Cósar Camacho y otros

Sobre acceso de perros guía de personas con discapacidad visual a instalaciones de supermercado demandado ..... 694

Sentencia 00139-2013-PA/TC

Caso P. E. M. M. representado(a) por Rafael Alonso Ynga Zevallos

Doctrina jurisprudencial vinculante en materia de derecho a la identidad y cambio de sexo en el DNI..... 708

Sentencia 04058-2012-PA/TC

Caso Silvia Patricia López Falcón

Doctrina jurisprudencial vinculante en materia de alimentos y derechos del niño y adolescente..... 737

**C. PRECEDENTES VINCULANTES**

**AÑO 2014**

Sentencia 04293-2012-PA/TC

Caso Consorcio Requena

Se dejó sin efecto el precedente vinculante contenido en la Sentencia 03741-2004-PA/TC, conforme al cual se autorizó a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública a inaplicar una disposición infraconstitucional cuando consideraba que esta vulneraba manifiestamente la Constitución por la forma o por el fondo ..... 747

**ÍNDICE TEMÁTICO** ..... 769

# A. PROCESOS ORGÁNICOS

***Sentencia 00008-2012-PI/TC*** *Proceso de Inconstitucionalidad interpuesto por ciudadanos. El Tribunal declaró la inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 28704, que modificó el artículo 173, inciso 3, del Código Penal, sobre delito de violación sexual contra víctima entre 14 y 18 años de edad.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 7 de enero de 2013

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda interpuesta contra el artículo 1 de la Ley 28704, que modificó el artículo 173, inciso 3, del Código Penal, sobre delito de violación sexual contra víctima entre 14 y 18 años de edad, por haberse acreditado la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad entre 14 y 18 años, pero infundada respecto a los demás derechos supuestamente afectados, como el derecho a la intimidad, a la salud y a la igualdad.

El Tribunal realizó un examen de la constitucionalidad del sentido interpretativo de la norma impugnada, en cuanto protegía la indemnidad sexual de los menores entre 14 y 18 años, haciendo irrelevante su consentimiento, para lo cual aplicó el test de proporcionalidad, concluyendo que la norma no supera el examen de necesidad, ni la proporcionalidad en sentido estricto, en tanto ha intervenido injustificadamente en el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores objeto de la norma.

A continuación, el Tribunal analizó si existía otro sentido interpretativo que, siendo compatible con la Constitución, evitara la declaratoria de inconstitucionalidad, sin embargo, no logró conciliar ningún posible sentido interpretativo de la norma con la Constitución.

Por otro lado, el Tribunal señaló que la inconstitucionalidad de la norma impugnada no implicaba la excarcelación para los procesados y condenados por violencia, agresión o abuso sexual contra menores de edad entre 14 y 18 años, conforme a lo estipulado en la sentencia, y exhortó al Congreso de la República para que legisle de forma sistemática, y con la gravedad de la pena que corresponda, todos aquellos casos que comprometan los derechos fundamentales de menores de edad y que se encuentren contenidos en el capítulo sobre violación de la libertad sexual del Código Penal.

**Temas Claves:** Derecho a la igualdad — derecho a la intimidad — interés superior del niño y el adolescente — interpretación de la ley penal — libre desarrollo de la personalidad — principio de legalidad — salud sexual y reproductiva — test de proporcionalidad.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**
**PLENO JURISDICCIONAL**
**00008-2012-PI/TC**

**SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Del 12 de diciembre de 2012

**PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD**

Diez mil seiscientos nueve ciudadanos contra el Congreso de la República

**Síntesis:**

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por diez mil seiscientos nueve ciudadanos contra el artículo 1° de la Ley N.° 28704 que modifica el artículo 173°, inciso 3°, del Código Penal, sobre delito de violación sexual contra víctima entre 14 y 18 años de edad.

Magistrados firmantes:

**ÁLVAREZ MIRANDA**
**URVIOLA HANI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**BEAUMONT CALLIRGOS**
**ETO CRUZ**

**EXP. N.º 00008-2012-PI/TC**
**LIMA**
**10609 CIUDADANOS**

**SUMARIO**

**I. ASUNTO**

**II. DISPOSICIÓN CUESTIONADA**

**III. ANTECEDENTES**

§1. Argumentos de la demanda

§2. Argumentos de la contestación de la demanda

§3. Argumentos del *amicus curiae* Fondo de Poblaciones de las Naciones Unidas (UNPFA) y Programa Conjunto de Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA)

§4. Informe de la Defensoría del Pueblo (Informe de Adjuntía N.° 020-2012-ANA/DP)

§5. Escrito presentado por Women's Link Worldwide

**IV. FUNDAMENTOS**

§1. Delimitación del petitorio

§2. Examen de constitucionalidad del sentido interpretativo del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal en cuanto protege la *indemnidad sexual* de los menores de 14 años y menos de 18 y hace irrelevante su consentimiento

- Primera fase: determinar el ámbito normativo del derecho fundamental
- Segunda fase: identificar la restricción en el ámbito *prima facie* garantizado por el respectivo derecho fundamental
- Tercera fase: verificar si la restricción al derecho fundamental se encuentra justificada
  - El artículo 173.3 del Código Penal ¿supera el subprincipio de idoneidad?
  - El artículo 173.3 del Código Penal ¿supera el subprincipio de necesidad?
  - El artículo 173.3 del Código Penal ¿supera el subprincipio de proporcionalidad en estricto o ponderación?

§3. Examen de constitucionalidad del sentido interpretativo del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal que cambia el contenido normativo establecido por el legislador penal y límites de la jurisdicción en la interpretación de la ley penal

3.1. Discrecionalidad judicial limitada por la Constitución y en especial por el principio de legalidad penal

3.2. Opción «interpretativa» que exime de responsabilidad penal a quien tiene relaciones sexuales consentidas con menores de edad entre 14 años a menos de 18. ¿Decisión interpretativa, aditiva o sustitutiva?

3.3. La opción «interpretativa» que exime de responsabilidad penal a quien tiene relaciones sexuales consentidas con menores de 14 años a menos de 18 ¿Es conforme con la Constitución?

§4. Examen de constitucionalidad del artículo 173.3 del Código Penal respecto de los derechos de los adolescentes a no ser privados de información, a la salud y a la intimidad

- Primera fase: determinar el ámbito normativo del derecho fundamental
- Segunda fase: identificar la restricción en el ámbito *prima facie* garantizado por el respectivo derecho fundamental

*§5.* Examen de constitucionalidad del artículo 173.3 del Código Penal respecto del derecho a la igualdad

*§6.* Efectos de la sentencia de inconstitucionalidad

**V. FALLO**

**EXP. N.º 00008-2012-PI/TC**
**LIMA**
**10609 CIUDADANOS**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 12 días del mes de diciembre de 2012, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Vergara Gotelli y Calle Hayen, que se agregan

## I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por diez mil seiscientos nueve ciudadanos contra el artículo 1° de la Ley N.° 28704 que modifica el artículo 173°, inciso 3°, del Código Penal, publicado con fecha 5 de abril de 2006 en el diario oficial El Peruano.

## II. DISPOSICIÓN CUESTIONADA

El artículo 1° de la Ley N.° 28704 establece lo siguiente:

> Modifícase los artículos (...) 173 (...) del Código Penal, cuyo texto en lo sucesivo será el siguiente:

(…)

Artículo 173.- Violación sexual de menor de edad

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

(…)

3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

(…)

## III. ANTECEDENTES

### §1. Argumentos de la demanda

Con fecha 3 de abril de 2012, diez mil seiscientos nueve ciudadanos interponen demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° de la ley 28704, que modifica el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, alegando que su contenido es incompatible con los derechos fundamentales de los adolescentes al libre desarrollo de la personalidad (en especial derechos sexuales), a la igualdad y no discriminación, de acceso a la información, a la salud (salud sexual y reproductiva) y a la vida privada e intimidad de los adolescentes, además de otros derechos de rango constitucional como la interdicción de la arbitrariedad en materia penal (*última ratio* en la aplicación del derecho penal) y la protección preferente del interés superior de los niños y los adolescentes.

En general, solicitan que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de la citada disposición y que por consiguiente, deje sin efecto la penalización de todo acto sexual consentido ocurrido entre personas adolescentes de 14 a 18 años, pues dicha penalización atenta contra:

*i)* El derecho al *libre desarrollo de la personalidad* y, dentro de su amplio contenido, específicamente el despliegue, la exploración y el ejercicio de la propia sexualidad (derechos sexuales), que integra su contenido protegido, pues dicha regulación no supera el test de proporcionalidad al derogar los derechos sexuales de los adolescentes estableciendo penas irrazonables.

*ii)* El derecho de *no ser privado de información* que permita el ejercicio responsable y saludable de la sexualidad y reproducción de los adolescentes (maternidad y paternidad responsable).

*iii)* El *derecho a la salud* (sexual y reproductiva), así como los derechos de *intimidad y vida privada* de los adolescentes, pues al penalizar las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes y entre adolescentes y adultos, impiden a los menores acercarse libremente a establecimientos de salud para solicitar información sobre enfermedades de transmisión sexual y métodos anticonceptivos, así como la atención oportuna en caso de gestación temprana y de infecciones por contagio sexual, lo que, según refieren, no sólo genera la inconstitucionalidad en abstracto, sino sobre la "norma inconstitucional viva" (sic), y además, la inconstitucionalidad normativa se ve confirmada con el análisis objetivo de su aplicación, lo que podría implicar incluso que se establezca un "estado de cosas inconstitucional".

*iv)* El *derecho de igualdad y a no ser discriminado*, pues la norma cuestionada establece una regulación carente de razonabilidad cuando diferencia entre adolescentes, adolescentes mayores de dieciocho años y adultos en general que deciden ejercer su sexualidad con libertad, no superando así el test de igualdad, pues existen medidas que sin penalizar la sexualidad ejercida libremente promueven su exploración saludable, así como su ejercicio responsable e informado.

*v)* El *principio de interés superior del niño y el adolescente* que genera diversos mandatos para el Estado y que éste viene incumpliendo sistemáticamente.

*vi)* Finalmente, alegan que se contraviene el principio de lesividad, de proporcionalidad y finalidad de las penas, así como el carácter subsidiario del derecho penal.

### §2. Argumentos de la contestación de la demanda

Con fecha 12 de junio de 2012 don Jorge Campana Ríos, debidamente apersonado como apoderado del Congreso de la República, contesta la demanda solicitando que se la declare INFUNDADA sosteniendo que no contraviene la Constitución por el fondo ni por la forma, total o parcialmente, tampoco directa o indirectamente.

Asimismo, solicita que se tenga en consideración que la parte demandante admite que existe al menos una interpretación de la disposición penal impugnada que es conforme con la Constitución y que ha sido realizada por la Corte Suprema de Justicia de la República mediante el Acuerdo Plenario N.° 4-2008/CJ-116, por lo que en aplicación de los principios constitucionales de conservación de la ley, de declaración de inconstitucionalidad como *ultima ratio e indubio pro legislatore*, no

puede considerarse que la disposición cuestionada sea inconstitucional.

Señala además que la solicitud de expulsión del ordenamiento de la disposición penal impugnada no es congruente con lo señalado en uno de los extremos de la demanda. En efecto la parte demandante señala, expresamente, que *"es constitucionalmente legitimo sancionar gravemente las relaciones sexuales realizadas con violencia, coerción o aprovechamiento de una posición dominante, mas aun si se tratan de adolescentes* (p.9), lo cual significa que existe una especial preocupación para que se sancione con más severidad las violaciones sexuales contra adolescentes, y que si se expulsa la disposición penal impugnada del ordenamiento, lo que va a ocurrir es que para tales casos se tendrá que aplicar los tipos penales establecidos para la violación sexual de mayores, los cuales contemplan sanciones menos severas.

**§3. Argumentos de los *amicus curiae* Fondo de Poblaciones de las Naciones Unidas (UNPFA) y Programa Conjunto de Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA)**

En su escrito de fecha 4 de julio de 2012, dichas instituciones apoyan la inconstitucionalidad del artículo 1° de la Ley N.° 28704, en el extremo que modifica el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal pues estiman que vulnera los derechos a la libertad, libre desarrollo de la personalidad, intimidad, igualdad y los derechos sexuales y reproductivos de los y las adolescentes (sic).

Refieren además que la norma cuestionada tipifica como delito de violación las relaciones sexuales libres y voluntarias (sin coacción o engaño) en las que participe una persona mayor de 14 y menor de 18 años. De este modo –sostienen– se estableció el límite de la indemnidad sexual en los 18 años, es decir, "la norma considera a los adolescentes entre los 14 y 18 años como incapaces de comprender el acto sexual y disponer de su realización, por lo que su consentimiento carece de valor".

Asimismo, mencionan que una de las consecuencias de la norma impugnada es que, "por ejemplo, cuando una menor de edad sale embarazada acude a una posta médica, hospital o clínica para atenderse de cualquier problema, el médico debe denunciar el hecho a las autoridades, motivando que la pareja de la menor –independientemente de su edad o su relación afectiva con ella– sea denunciado y detenido. De esta manera, la norma cuestionada tiene como efecto inhibir a los y las adolescentes de acudir a los establecimientos de salud para solicitar información, prevención y tratamiento de las enfermedades de transmisión sexual, métodos anticonceptivos y planificación familiar".

**§4. Argumentos de la Defensoría del Pueblo (Informe de Adjuntía N.° 020-2012-ANA/DP)**

En el informe presentado con fecha 11 de julio de 2012, la Defensoría del Pueblo opina que el inciso 3) del artículo 173° del Código Penal, modificado por la Ley N.° 28704, es inconstitucional por las siguientes razones: *a)* desconoce a los y las adolescentes como sujetos de derecho, contraviniendo la Constitución y la Convención sobre los derechos del niño; *b)* vulnera el derecho a la salud sexual y reproductiva, porque constituye una barrera para que los y las adolescentes puedan acceder a tratamientos destinados a evitar el embarazo adolescente y prevenir infecciones de transmisión sexual (ITS); *c)* vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues impide que los y las adolescentes puedan ejercer su sexualidad ignorando que ésta es un componente integral de la salud de todo ser humano; y, *d)* vulnera el derecho a la intimidad de los y las adolescentes porque implica una intromisión en el ámbito de su privacidad.

**§5. Escrito presentado por Women's Link Worldwide**

Con fecha 9 de agosto de 2012, la organización no gubernamental sin ánimo de lucro Women's Link Worldwide presenta un escrito en el que apoya la demanda de inconstitucionalidad de autos y expone argumentos que, según refiere, desde el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho comparado, coadyuvarán en el análisis del caso.

## IV. FUNDAMENTOS

### §1. Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se declare inconstitucional el artículo 1° de la Ley N.° 28704, que modifica el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, en la medida en que modifica los delitos de violación sexual de menor, estableciendo lo siguiente *"Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años"*.

2. Los demandantes alegan que dicha disposición penal vulnera los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a no ser privado de información, a la salud (sexual y reproductiva), a la igualdad y a no ser discriminado, y el principio de interés superior del niño y el adolescente, en la medida en que se sanciona a los adolescentes de 14 a 18 años que tienen relaciones sexuales pese al consentimiento de estos. Finalmente, alegan que la aludida disposición también contraviene el principio de lesividad, proporcionalidad y finalidad de las penas, así como el carácter subsidiario del derecho penal.

3. Atendiendo a la materia controvertida en el presente caso, es necesario precisar que en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha establecido que en todo precepto legal se puede distinguir entre *disposición y norma*. La *disposición* es "el texto o enunciado, es decir, el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal", mientras que la *norma* es "el contenido normativo, o sea el significado o sentido de ella" [*Cfr.* Expediente N.° 00010-2002-AI/TC FJ 34].

4. Tomando en consideración los argumentos expresados por las partes, se desprende que son dos los sentidos interpretativos que se le puede atribuir a una misma disposición como es el citado artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.° 28704: el primero, que refleja la voluntad del legislador penal y al que se refieren los demandantes, que denominaremos *sentido interpretativo 1* (*si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad, la pena para el autor, independientemente del consentimiento de aquella, será no menor de 25 ni mayor de 30 años*), considera que dicha disposición penal es incompatible con la Constitución, toda vez que al buscar proteger la *indemnidad sexual* de los menores de edad entre 14 años a menos de 18, asume que no están en condiciones de decidir sobre su libertad sexual y que por ello su consentimiento es irrelevante.

   El segundo sentido interpretativo, propuesto por el demandado, recogiendo acuerdos plenarios de la jurisdicción penal, que denominaremos *sentido interpretativo 2* (*si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad, la pena para el autor será no menor de 25 ni mayor de 30 años, salvo que aquella hubiera consentido, en cuyo caso se exime de responsabilidad al autor*), considera que dicha disposición es compatible con la Constitución, toda vez que al buscar proteger la *libertad sexual* de los menores de 14 a 18 años de edad, asume que están en condiciones de decidir sobre su libertad sexual y que, por ello, el consentimiento de dichos menores es relevante, siendo de aplicación el artículo 20°, inciso 10), del Código Penal, que exime de responsabilidad penal a quien actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición.

5. Al respecto, el Tribunal Constitucional estima que su labor de control en el presente caso debe realizarse mediante el siguiente *iter: i)* verificar si el sentido interpretativo 1 de la disposición penal impugnada es compatible o no con la Norma Fundamental. De considerarse compatible, la demanda deberá ser desestimada; *ii)* si se considera incompatible el sentido interpretativo 1, antes de declarar la inconstitucionalidad de dicha disposición y expulsarla del ordenamiento jurídico, deberá analizarse el sentido interpretativo 2 de la misma disposición penal, tal como lo exige la Segunda Disposición Final de la Ley N.° 28301, Orgánica del Tribunal Constitucional, a efectos de verificar si éste resulta conforme con la Constitución y la salva de su declaratoria de inconstitucional; y, *iii)* si el mencionado sentido interpretativo 2 no resulta conforme con la Norma Fundamental, entonces deberá declararse la inconstitucionalidad de la respectiva disposición penal.

**§2. Examen de constitucionalidad del sentido interpretativo del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal en cuanto protege la *indemnidad sexual* de los menores de 14 años y menos de 18, y hace irrelevante su consentimiento**

6. Corresponde examinar el *sentido interpretativo 1*¸ el que, como se ha mencionado, refleja la intención del legislador penal. Conforme a dicha interpretación (*si la víctima tiene entre 14 y 18 años de edad, la pena para el autor, independientemente del consentimiento de aquella, será no menor de 25 ni mayor de 30 años*), el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.° 28704, es inconstitucional por vulnerar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, toda vez que al buscar proteger la *indemnidad sexual* de los menores de 14 a 18 años de edad, asume que estos, en ningún caso, están en condiciones de decidir sobre su libertad sexual y que, por ello, su consentimiento es irrelevante.

   El análisis de la disposición penal cuestionada en el sentido interpretativo antes expuesto se hará conforme al examen escalonado de control de restricciones a los derechos fundamentales.

**Argumentos de los demandantes**

7. Alegan que cuando el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.° 28704, establece, en el caso de los delitos de violación sexual de menores, que si la víctima tiene entre 14 y 18 años de edad, la pena será no menor de 25 ni mayor de 30 años, está vulnerando el derecho de los adolescentes al libre desarrollo de la personalidad.

8. Asimismo, refieren que los derechos sexuales, en tanto manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, implican el derecho de las personas a decidir de manera libre sobre su sexualidad independientemente de la edad (sic), condición social, raza y

religión, y además, que "la regulación penal como está configurada ahora sólo refleja el desfase del legislador, que no entiende al adolescente como sujeto de derechos, obviando que ellos se relacionan también en el ámbito sexual, lo cual no tiene un solo aspecto físico, sino también psicológico cuando se trata de relaciones amorosas".

9. Finalmente, manifiestan que la cuestionada disposición penal no supera el principio de proporcionalidad, lo que termina por acreditar la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

   En cuanto a la idoneidad, refieren que "la finalidad de penalizar las relaciones sexuales con adolescentes es salvaguardar su indemnidad sexual, es decir, garantizar que su libertad sexual no sea violentada y padezcan agresiones sexuales, lo cual puede ser especialmente grave y sensible con respecto a niños y adolescentes". Así, "si bien se trata de proteger un bien de relevancia constitucional, la sanción establecida, que penaliza cualquier tipo de relación sexual sostenida con adolescentes, con prescindencia de su consentimiento, no ayuda a ello".

   En cuanto a la necesidad, pese a afirmar que no sería necesario continuar con este examen, refieren que una forma correcta de proteger la indemnidad sexual sería penalizar las relaciones no consentidas, incluso con penas gravísimas, pero que en ningún caso debe incidirse innecesariamente en el ejercicio libre de la sexualidad.

   En cuanto a la proporcionalidad en estricto, la disposición impugnada es una medida excesiva si se tiene en cuenta que la afectación del derecho a la libertad sexual es gravísima y que la optimización de la indemnidad sexual es nula dado que se trata de relaciones sexuales consentidas.

**Argumentos del demandado**

10. Afirma que un sujeto sólo podría ser sancionado por la comisión del delito previsto en el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal si se superan tres exámenes: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Respecto de la tipicidad objetiva en la que se verifica los requisitos como sujetos, conducta y objeto material, refiere que en la disposición impugnada el sujeto activo debe ser una persona mayor de edad, lo que excluye a los menores entre 14 y 18 años de edad.

11. Sostiene además que "la disposición penal impugnada no resulta aplicable a los adolescentes, por lo que no se puede sostener que se atenta contra su *facultad de determinar con quién se ha de mantener dichas relaciones*". Por tanto, no es posible sostener que la disposición penal impugnada vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad que tienen entre 14 y 18 años de edad, en lo que se refiere al ámbito de las relaciones sexuales.

12. En cuanto a la afectación del principio de proporcionalidad, manifiesta específicamente en cuanto a la idoneidad de la medida, que la parte demandante parece confundir la indemnidad o intangibilidad sexual con la libertad sexual como fin constitucionalmente legítimo. Asimismo, refiere que "si el fin constitucionalmente legítimo es proteger la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad, no se puede afirmar, tal como lo hace la parte demandante, que la "sanción establecida, que penaliza cualquier tipo de relación sexual sostenida con adolescentes, con prescindencia de su consentimiento, no ayuda a ello". Así pues, menciona: "la medida cuestionada es idónea para proteger tal fin al establecer como tipo penal el tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o realizar otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad que tiene entre 14 años y menos de 18", por lo que la medida analizada supera el subprincipio de idoneidad.

13. Respecto del examen de necesidad de la disposición penal cuestionada, menciona que en la demanda no se plantea una medida alternativa que, a la vez, sea: 1) idónea para proteger la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores de edad entre 14 años y menos de 18; y, 2) más benigna con el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los mayores de edad. Por tanto, la medida cuestionada supera el subprincipio de necesidad.

14. Respecto del principio de proporcionalidad en estricto, refiere que si se compara el grado de realización de la protección de la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores de edad entre 14 años y menos de 18; y el grado de afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los mayores de edad en el ámbito de su sexualidad, se puede concluir que la medida impugnada resulta proporcional en sentido estricto y que, por ende, supera el test de proporcionalidad.

**Consideraciones del Tribunal Constitucional**

15. El Tribunal debe juzgar si la disposición penal cuestionada constituye una intervención injustificada en el ámbito constitucionalmente

protegido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre otros. Tal control de constitucionalidad presupone un análisis del caso a partir de un examen escalonado compuesto de tres fases [Exp. N.° 00665-2007-PA/TC FJ 5]. Estas fases son las siguientes: *i)* determinar el ámbito normativo del derecho fundamental; *ii)* identificar la restricción en el ámbito *prima facie* garantizado por el respectivo derecho fundamental; y *iii)* verificar si la restricción al derecho fundamental se encuentra justificada.

➢ *Primera fase: determinar el ámbito normativo del derecho fundamental*

16. Se trata, en esta primera fase, de que el Tribunal indague sobre las posiciones iusfundamentales *prima facie* garantizadas por el derecho. Ello presupone dar respuesta a las interrogantes sobre cuáles son las posiciones iusfundamentales protegidas *prima facie* por el derecho, quién es el sujeto activo o titular del derecho; y quién o quiénes son sus sujetos pasivos o los obligados.

17. En el presente caso, en cuanto a las *posiciones iusfundamentales* protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, cabe mencionar que tal como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional [Exp. N.° 02868-2004-AA/TC FJ 14], dicho derecho, reconocido en el artículo 2°, inciso 1), de la Constitución, "garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad (…) es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres".

18. Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales.

19. Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra.

20. Evidentemente, uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es la libertad sexual. En efecto, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional "las relaciones amorosas y sexuales (…) se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad (…) se trata de una actividad estrictamente privada, consustancial a la estructuración y realización de la vida privada (…) de una persona, propia de su autonomía y dignidad [Exp. N.° 03901-2007-PA/TC, FJ 13 y Exp. N.° 01575-2007-PHC/TC FJ 13].

21. En general, la libertad sexual puede ser entendida como la facultad de las personas para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad. Tiene como contenido constitucional, una *dimensión negativa* vinculada con la exigencia dirigida hacia al Estado o cualquier persona de no interferir en el libre desarrollo de la actividad sexual de un ser humano, así como una *dimensión positiva* conformada por la libertad de decidir la realización del acto sexual, es decir, de decidir con quién, cómo y en qué momento se puede realizar acto sexual.

22. En cuanto a la *titularidad del derecho* a la libertad sexual como parte de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, queda claro que <u>son titulares todos los mayores de 18 años de edad</u>. En lo que al caso importa, el Tribunal Constitucional estima que, conforme a determinados elementos normativos y fácticos que operan en el ordenamiento jurídico peruano, *prima facie*, <u>los menores de edad entre 14 años y menos de 18 también pueden ser titulares de dicho derecho</u>. Las razones que justifican tal consideración son las siguientes:

    i) La Convención sobre los Derechos del niño, aprobada mediante Resolución Legislativa N.° 25278 de fecha 3 de agosto de 1990, establece lo siguiente: "artículo 1: Para los efectos de la presente Convención, se entiende por <u>niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad</u>, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad", y artículo 6°: "1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida", y "2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el <u>desarrollo del niño</u>".

El artículo 5° de dicha convención prevé que "Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención" [resaltado agregado], lo que, en términos de la Defensoría del Pueblo, en el informe adjuntado en autos, se encuentra vinculado fundamentalmente al *principio de evolución de facultades del niño y del adolescente*, el mismo que "ocupa un lugar central en la búsqueda del equilibrio entre el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como protagonistas activos de su propia vida, y la necesidad de recibir protección en correspondencia con su situación de vulnerabilidad, en la medida que las personas menores de edad, especialmente los y las adolescentes, siguen siendo vulnerables frente a diversas situaciones perjudiciales, entre ellos el abuso sexual".

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que "los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos" [Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 199].

ii) Los artículos I y II del Título Preliminar del Código de los niños y adolescentes prevén, respectivamente, que "se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad" y "el niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica (…)".

iii) La capacidad de los adolescentes entre 14 años y menos de 18 para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad en el ordenamiento jurídico peruano se encuentra acreditada, en general, por determinadas disposiciones legales en materia civil y penal, tal como lo resalta de manera acertada la jurisdicción penal en el Acuerdo Plenario N.° 4-2008/CJ-116:

7. (…) corresponde establecer, desde la Constitución y las normas legales vigentes, desde qué edad una persona tiene libertad para disponer de su sexualidad y, por consiguiente, hasta cuándo el Estado tiene el deber de criminalizar conductas asociadas a la vulneración de la indemnidad sexual.

El Código Civil, aparentemente, determina ese punto al establecer en sus artículos 44° [Son relativamente incapaces: 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad]; 46° [La incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio. La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste. Tratándose de mayores de catorce años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos: 1. Reconocer a sus hijos. 2. Reclamar o demandar por gastos de embarazo y parto. 3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos]; y 241° [No pueden contraer matrimonio: 1. Los adolescentes. El juez puede dispensar este impedimento por motivos justificados, siempre que los contrayentes tengan, como mínimo, dieciséis años cumplidos y manifiesten expresamente su voluntad de casarse]; que la persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad es incapaz relativa, y que está en condiciones de contraer matrimonio. Ese plexo normativo, de un lado, implicaría que quien tiene esa edad tiene la capacidad necesaria para autodeterminarse y dirigir sus decisiones de acuerdo a sentido respecto a su vida sexual; y, de otro lado, zanjaría la cuestión desde la perspectiva jurídico penal (…).

8. Sin embargo, es de señalar que existen otras normas, igualmente vigentes, que se refieren al tema e integran figuras jurídico penales clásicas de nuestro Derecho punitivo, (…). Así, el artículo 175° del Código Penal, que contempla el tipo legal de seducción, sanciona al que mantiene relaciones sexuales con una persona que se encuentra en una edad cronológica comprendida entre catorce años y dieciocho años, viciando su voluntad por medio del engaño. Esta norma trae como inevitable conclusión que la víctima tiene, en principio, libertad para disponer de su sexualidad, libertad que sin embargo ha sido afectada

por un consentimiento obtenido mediante un medio ilícito (engaño).

De igual manera, el artículo 176°-A del mismo Código, que tipifica el delito de atentado al pudor de menores, castiga a quien realiza sobre un menor de catorce años o le obliga a efectuar sobre sí mismo o tercero tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor (…).

El análisis sistemático de estas dos últimas normas [175° y 176-A del Código Penal] permite concluir que los mayores de catorce años, en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tales tocamientos (…).

iv) En el "Estudio Diagnóstico en Adolescentes en el Perú", elaborado por la Universidad Peruana Cayetano Heredia (2005), con una población de 2181 adolescentes de 15 a 19 años, de Lima Metropolitana, Huancayo e Iquitos, ciudades que, según se refiere, son "representativas de los tres ámbitos socio cultural y ecológico de nuestro país", se sostuvo lo siguiente: "La edad de inicio de relaciones sexuales reportada en el grupo de 15 a 19 años varía por ciudades, encontrándose las edades más tempranas en Iquitos. En este grupo etario alrededor del 20% de las mujeres y 40% de los varones reportan ya haber tenido relaciones sexuales" (p.30) [resaltado agregado].

v) En la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar (ENDES) 2011, elaborada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), se estableció, en cuanto a las *características de la población*, y específicamente a las "*Mujeres en edad fértil*", que "Las mujeres en edad fértil, de 15 a 49 años de edad, representaron el 25,3 por ciento de la población total del país y el 49,7 por ciento de la población femenina del país" [resaltado agregado].

vi) En el "Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021", elaborado por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y aprobado mediante Decreto Supremo N.° 001-2012-MIMP, se establece en el punto 2.4, denominado "la adolescencia de 12 a 17 años de edad", que "de acuerdo a los resultados de la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar –ENDES 2010, el 13,5% de las adolescentes de 15 a 19 años de edad tenían al menos una hija o hijo o estaban embarazadas de su primera hija o primer hijo" [resaltado agregado].

De lo expuesto, si bien se puede concluir que *prima facie*, los menores de edad entre 14 años y menos de 18, en tanto titulares del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (en el ámbito de la libertad sexual) pueden ejercerlo, también se debe concluir a su vez dos asuntos de la mayor importancia: i) que conforme al *principio de evolución de facultades del niño y del adolescente*, debe reconocerse que tales adolescentes irán desarrollando, *progresivamente*, el nivel psicofísico óptimo de ejercicio del mencionado derecho fundamental, para lo cual es indispensable la educación que sobre el particular puedan brindar los padres, el Estado y la sociedad en general; y, ii) que poseer dicha libertad sexual implica también conocer las consecuencias que puede originar su ejercicio, tal como se destaca en el mencionado "Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021", según el cual "existe consenso en que el embarazo en edad temprana es un evento que afecta la salud física, mental y social de la futura madre, así como del recién nacido. Para las adolescentes madres o embarazadas pobres, la maternidad viene acompañada de una serie de situaciones adversas que empeoran su condición. Estas madres a menudo sufren carencias y tensiones; además, su ambiente familiar se caracteriza frecuentemente por graves problemas económicos y sociales, pobreza, desempleo, subempleo, informalidad, alcoholismo, prostitución, bajos niveles de escolaridad o carencia de ella, violencia, entre otros".

23. En cuanto a quiénes son los sujetos pasivos u obligados por el derecho a la libertad sexual como parte de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, uno de los principales obligados es definitivamente el Estado, que tiene el deber de no intervenir desproporcionadamente en este derecho.

➢ *Segunda fase: identificar la restricción en el ámbito prima facie garantizado por el respectivo derecho fundamental*

24. Consiste en verificar si los actos que se representan como lesivos suponen una intervención en el ámbito normativo del derecho fundamental. De una intervención en el ámbito normativo de un derecho fundamental se habla cuando el acto reclamado supone una injerencia en las potestades *prima facie* garantizadas por el derecho. La relevancia de esta fase del análisis radica en lo siguiente: (i) si el Tribunal constata que el acto (o los actos) cuestionado(s) no constituye(n) una injerencia en el ámbito del derecho *prima facie* protegido, el análisis concluye que no se trata

de una controversia que atañe al contenido constitucionalmente protegido del derecho en cuestión; y, (ii) si el Tribunal constata que se ha producido una intervención en el ámbito normativo *prima facie* garantizado por el derecho, se pasa a la tercera fase.

25. En el presente caso, el cuestionado artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.° 28704, sanciona a todo aquel que tenga relaciones sexuales con menores de 14 años de edad a menos de 18, independientemente de que se manifieste consentimiento en dichas relaciones. Teniendo en cuenta el mencionado contenido prohibitivo, respecto de dichos menores de edad, es evidente que constituye una intervención en el ámbito *prima facie* garantizado por su libertad sexual como componente del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues al hacer irrelevante el consentimiento de los menores que tengan entre 14 años y menos de 18, interviene y limita la libertad de autodeterminación de estos en el ámbito de su sexualidad. Si esta intervención, restricción o limitación es legítima o justificada es un asunto que se verificará en la siguiente fase.

➢ *Tercera fase: verificar si la restricción al derecho fundamental se encuentra justificada*

26. Consiste en determinar si la intervención en el ámbito normativo del derecho fundamental se encuentra justificada, tanto desde una perspectiva formal como material. Dado que los derechos fundamentales, por regla general, no tienen la condición de derechos absolutos, una intervención en el ámbito *prima facie* garantizado por el derecho no puede considerarse como sinónimo de violación del mismo.

Tal situación jurídico-constitucional sólo se producirá si, en relación con el específico derecho fundamental de que se trate, el Tribunal observa que no se han respetado las diversas exigencias que la Constitución establece como criterios de justificación para su intervención (*v.g.* principio de legalidad o reserva de ley; reserva de jurisdicción; irretroactividad de la ley; principio de proporcionalidad, etc.).

En cuanto a dichos criterios de justificación en el ámbito penal, Palazzo sostiene que "en cierto sentido, la política criminal se ve afectada por un proceso de constitucionalización, especialmente evidente cuando se va más allá de la definición de los principios constitucionales en materia penal y la aclaración minuciosa de los posibles contenidos en ellos implícitos (legalidad, determinación de la ley penal, culpabilidad, reeducación), hasta arribar a la formulación de verdaderos y propios criterios constitucionales de ejercicio de la discrecionalidad legislativa (criterio de proporcionalidad y ponderación de los intereses penalmente en juego, criterio de última ratio de la tutela penal, etc.)" [PALAZZO, Francesco, "Costituzione e diritto penale (un appunto sulla vicenda italiana)". En: *Rivista de Diritto Costituzionale*, 1999, Giappichelli Editore, pp. 167-181].

27. En el presente caso, en cuanto a la verificación sobre si la restricción identificada cumple con la reserva de ley, cabe mencionar que dicho requisito es cumplido en la medida en que la restricción se encuentra contenida en la Ley N.° 28704, que modifica el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal.

28. Seguidamente corresponde examinar si la prohibición establecida por la disposición penal impugnada puede considerarse como una intervención válida o justificada constitucionalmente. Para tal efecto se utilizará el principio de proporcionalidad penal, el mismo que, siguiendo a Hassemer, se constituye en un principio central en un Derecho de la intervención como es el derecho penal, exigiendo que las intervenciones en este ámbito deben ser necesarias y adecuadas para lograr su objetivo y también deben ser razonables o proporcionadas en cada caso [Hassemer, Winfried. *Perspectivas del derecho penal futuro*. Revista Penal, N° 1, 1997, p.39].

29. Si la intervención o limitación que contiene la disposición penal impugnada supera este examen dicha intervención será válida constitucionalmente o, en caso contrario, inválida.

- *El artículo 173.3 del Código Penal ¿supera el subprincipio de idoneidad?*

30. Este examen exige, en primer término, la identificación de un fin de relevancia constitucional, y, una vez determinado tal fin, verificar si la medida legislativa es idónea o adecuada para lograr tal fin.

31. En cuanto a lo primero, se debe verificar la existencia de un fin de relevancia constitucional en la medida legislativa penal que limita un derecho fundamental. Esta verificación será uno de los ámbitos en los que se manifestará el aludido principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, así como el principio de lesividad. En efecto, la prohibición de una conducta mediante la limitación de derechos fundamentales sólo será constitucionalmente válida si ésta tiene como fin la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional, y siempre y

cuando la conducta prohibida lesione o ponga en peligro los referidos bienes jurídicos. Precisamente, esta relevancia constitucional del bien jurídico que se pretende proteger y la dañosidad social de la conducta que lesione o ponga en peligro tal bien jurídico justifican que este bien sea *merecedor* de protección por parte de Estado.

En este punto es importante distinguir entre el *objetivo* y la *finalidad* que persigue la disposición penal impugnada. El *objetivo* tiene que ver con el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través de una disposición penal. La *finalidad* comprende el bien jurídico de relevancia constitucional que el órgano productor de la norma ha pretendido alcanzar a través de una disposición penal.

Cabe destacar que en materia constitucional penal el *objetivo y la finalidad* de una disposición penal se relaciona directamente con los denominados fines de la pena (Expediente N.° 00012-2010-PI/TC FFJJ 17 a 19), en el siguiente sentido:

1) La actuación del legislador tiene por finalidad, entre otras, la de optimizar el fin *preventivo general de las penas en su vertiente negativa*, es decir, optimizar el efecto desmotivador que la amenaza de la imposición y ejecución de una pena severa genera en la sociedad, protegiendo preventivamente el bien tutelado por el derecho penal.

2) Asimismo, la medida tiene por finalidad que la imposición de la pena cumpla de manera efectiva con el fin de *prevención general en su vertiente positiva*. Claus Roxin describe este fin como el "'ejercicio de la confianza en el derecho' que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone; y finalmente, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho, y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado." (cfr. "Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad", en: Julio B. J. MAIER (compilador), *Determinación judicial de la pena*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 28).

3) La medida tiene también por propósito asegurar otro fin de la pena, cual es la denominada *prevención especial de efecto inmediato*, es decir, permitir al delincuente dar un firme paso en la internalización del daño social ocasionado por su conducta. Tal como ha señalado este Tribunal, "la grave limitación de la libertad personal que supone la pena privativa de libertad, y su *quantum* específico, son el primer efecto reeducador en el delincuente, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva, e inicia su proceso de desmotivación hacia la reincidencia (prevención especial de efecto inmediato)" (STC 0019-2005-PI/TC, FJ 40).

32. De otro lado, la adecuación consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin.

33. En el presente caso, en cuanto al examen de *idoneidad*, es indispensable revisar la actuación parlamentaria previa al dictado de la ley cuestionada a efectos de determinar el *objetivo y finalidad* de relevancia constitucional asumidos por el legislador.

34. En el Proyecto de Ley N.° 13390/2004-CR presentado el 18 de julio de 2005, que posteriormente fue aprobado y dio lugar a la cuestionada Ley N.° 28704, que modifica el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, se sostiene lo siguiente: "(…) bajo ciertas circunstancias especialmente graves, la violación sexual es un crimen de lesa humanidad, el cual deber ser castigado con todo el peso de la ley, y no con penas que al final terminan siendo un premio para el agresor en vez de una pena (…) esta nueva tipificación se ha producido después de constatar que las principales víctimas de violencia sexual son las mujeres y los niños y niñas (…)". Asimismo, en cuanto al análisis costo-beneficio de la futura norma legal, se sostiene que "(…) Los beneficios para la sociedad serán inconmensurables debido a que la población adulta percibirá que las autoridades se preocupan por su seguridad así como la de sus hijos (…) y los niños percibirán que al elevar los niveles de drasticidad sus autoridades tienden un manto de protección penal muy duro a fin de que sirva como elemento disuasivo a quienes no ponen freno a sus instintos delincuenciales (…) La aprobación de la presente norma va en beneficio de la sociedad que se encuentra inerme frente a los embates de quienes no respetan la vida humana, mucho menos a la niñez (…)".

35. De la revisión de los motivos que justificaban el mencionado proyecto de ley se observa que más allá de la voluntad política general de endurecer las penas para los autores de violación sexual y de buscar mecanismos

de protección a las mujeres y a los niños, en tanto víctimas de violación sexual, se desprende que, entre otros contenidos, el bien jurídico a proteger sería la *indemnidad sexual* de los "niños" en la medida en que se busca garantizar la preservación de la sexualidad de estos cuando *no se está en las condiciones de decidir sobre su actividad sexual*, de modo que resulta irrelevante que dichos menores otorguen o no otorguen su consentimiento.

Con la *indemnidad sexual* "se quiere reflejar el interés en que determinadas personas, consideradas especialmente vulnerables por sus condiciones personales o situacionales, queden exentas de cualquier daño que pueda derivar de una experiencia sexual, lo que aconseja mantenerles de manera total o parcial al margen del ejercicio de la sexualidad. A la hora de identificarse los perjuicios susceptibles de causarse, en relación a los menores se destacan las alteraciones que la confrontación sexual puede originar en el adecuado y normal desarrollo de su personalidad o, más específicamente, de su proceso de formación sexual, o las perturbaciones de su equilibrio psíquico derivadas de la incomprensión del comportamiento" [DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis, "El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual", en: *Anuario de Derecho Penal*, N.° 1999-2000, p.14].

36. En este punto es importante destacar que la diferencia entre *indemnidad sexual y libertad sexual* consiste, conforme lo ha afirmado el Fondo de Población de Naciones Unidas (UNFPA), *amicus curiae* en el presente proceso constitucional, en lo siguiente: "La libertad sexual está referida a la libertad de disponer de la sexualidad propia. Ésta comprende una faceta positiva, referida a la capacidad de disposición, sin más límite que la libertad ajena; y una faceta negativa, referida a la capacidad de rechazar proposiciones o actos no deseados. Por el contrario, la indemnidad sexual implica la ausencia de la libertad sexual. En efecto, la indemnidad sexual está referida a la incapacidad de disponer y ejercer la libertad sexual, por considerar que la persona no se encuentra en capacidad de comprender el acto sexual".

37. Asimismo, en cuanto al bien jurídico protegido por la disposición penal cuestionada, cabe mencionar que el apoderado del Congreso de la República ha sostenido en su escrito de contestación de la demanda que el fin constitucionalmente legítimo de dicha disposición penal es la protección de la *indemnidad o intangibilidad sexual*.

38. En suma, de la interpretación del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.° 28704, se desprende que esta disposición tiene como *objetivos* los siguientes: a) desmotivar la comisión del delito de violación sexual de menores de 14 años de edad a menos de 18; b) generar la confianza de la población en el sistema penal al apreciar que los derechos de los menores de 14 años de edad a menos de 18 son protegidos; y c) generar un primer efecto reeducador en el sujeto activo de la conducta reprochable. Tales objetivos tienen como *finalidad* o se justifican en el *deber de protección* del poder público, en este caso del Poder Legislativo con respecto al bien jurídico *indemnidad sexual* de los menores de 14 años de edad a menos de 18 en los casos de violación sexual. En síntesis, siendo el fin de la restricción la protección de este bien jurídico, hay un fin constitucional legítimo que ampara su adopción y *merece* protección por parte del Estado.

39. En cuanto a la adecuación, el Tribunal Constitucional estima que la medida legislativa cuestionada (artículo 173°, inciso 3, del Código Penal, en cuanto sanciona a quien cometa el delito de violación sexual de menores de edad entre 14 años y menos de 18) es adecuada para lograr los objetivos antes mencionados y, a su vez, estos resultan adecuados para conseguir el fin de relevancia constitucional que se pretende como es la protección del bien jurídico *indemnidad sexual* de dichos menores de edad.

- *El artículo 173.3 del Código Penal ¿supera el subprincipio de necesidad?*

40. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que "El principio de necesidad significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto **y** que sea más benigno con el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental" [Expediente N.° 00050-2004-AI/TC FJ 38].

41. En materia penal, el examen de necesidad, el cual exige que el legislador estime, ineludiblemente, aquel postulado de que el sistema penal debe representar el medio o recurso más gravoso para limitar o restringir el derecho a la libertad de las personas, y que por tanto, debe reservarse para las violaciones más intolerables, constituye una de las contribuciones fundamentales de la filosofía de la ilustración ya referida [Expediente N.° 00012-2006-PI/TC FJ 32].

42. En efecto, el derecho penal debe ser utilizado para reprimir las violaciones más graves. Como sostiene Hurtado Pozo,

> (...) el recurso limitado a la represión penal por parte del Estado es una exigencia a respetar debido a que la sanción penal afecta de manera grave los derechos fundamentales del individuo. Sólo debe recurrirse a este medio cuando sea en absoluto necesario; cuando la protección de los bienes jurídicos y la consolidación de ciertos esquemas de conducta no sea alcanzable mediante otras previsiones (...) Para que el derecho penal no sufra una hipertrofia engendrando las situaciones que busca evitar, para que el remedio no sea peor que el mal combatido, la represión penal debe intervenir sólo en la medida en que sea necesaria y si es conforme al objetivo perseguido [Hurtado Pozo, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General I. 3ª* Edición, Grijley, Lima, 2005, p. 47].

43. De este modo, en el Estado constitucional, el derecho penal, al encontrarse relacionado con la limitación de un derecho fundamental tan preciado como la libertad individual, entre otros derechos, sólo debe ser utilizado cuando ya no funcionen otros medios (disposiciones de derecho disciplinario, de derecho administrativo sancionatorio, etc.). Antes de criminalizar determinadas conductas o establecer determinadas penas, el Estado debe recurrir a otros medios, menos aflictivos, para proteger los bienes jurídicos que pretende cautelar mediante la aludida criminalización, teniendo siempre en consideración los fines de prevención de la pena, entre otros aspectos. Sólo si fracasan estos otros medios se deben penalizar tales conductas.

44. En el presente caso, se trata, entonces, de examinar si frente a la medida adoptada por la emplazada –sancionar penalmente a las personas adultas que tienen relaciones sexuales con menores de 14 años de edad y menos de 18, independientemente del consentimiento de estos–, existían medidas alternativas que, de un lado, hubiesen sido aptas para alcanzar los *objetivos* propuestos por el legislador penal (desincentivar la comisión del delito de violación sexual de menores de edad entre 14 años a menos de 18, entre otros); y, de otro, hubiesen sido más benignas con el derecho intervenido (a la libertad sexual como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad de dichos menores de edad).

    La respuesta es **positiva**. Si se pretenden los objetivos propuestos, un medio alternativo hipotético igualmente idóneo pero definitivamente más benigno para la libertad sexual como componente del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad entre 14 años y menos de 18, hubiese sido, entre otros, que el propio legislador penal sancione única y exclusivamente a aquellas personas adultas que tuviesen relaciones sexuales no consentidas con los aludidos menores de edad, pero no sancionando indistintamente todo tipo de relación sexual con dichos menores, sin que importe en absoluto el consentimiento que estos pudieran expresar en tanto titulares del mencionado derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.

    En ese sentido, no habiendo superado el examen de necesidad, la medida penal impugnada resulta incompatible con la Constitución.

45. Pese a que la disposición penal impugnada no ha superado el examen de necesidad, el Tribunal Constitucional estima pertinente verificar, además, si la medida legislativa cuestionada es proporcional en sentido estricto.

- *El artículo 173.3 del Código Penal ¿supera el subprincipio de proporcionalidad en estricto o ponderación?*

46. La denominada ley de ponderación material supone que "[c]uanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor [es decir, por lo menos equivalente] tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro" (*cfr*: SSTC 0045-2004-PI/TC, FJ 40; 0023-2005-PI/TC, FJ 75 c); 0033-2007-PI/TC, FJ 81; 0001-2008-PI/TC, FJ 19; 0017-2008-PI/TC, FJ 36; 0016-2009-PI/TC, FJ 12, entre otras). Esta ley implica que las *ventajas* que se obtengan mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios o *desventajas* que ésta acarrea para los titulares de dicho derecho y para la sociedad en general.

47. La estructura argumentativa del principio de proporcionalidad en sentido estricto tiene los siguientes pasos [*Cfr*: BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, CEPC, 2003, pp.759 y ss.]:

    1) Determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir: *i)* la importancia o peso de la intervención o limitación del derecho fundamental (grado de desventajas); y, *ii)* la importancia de la satisfacción del fin perseguido por la intervención legislativa (grado de ventajas).

En la determinación de dichos pesos, se pueden tomar en consideración elementos tales como la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración, entre otros, ya sea en la intervención del derecho fundamental o en la satisfacción del fin legislativo.

2) Comparar dichas magnitudes, a fin de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental.

3) Construir una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo.

48. En este caso, en cuanto al paso 1), cabe mencionar que el grado de intervención en la libertad sexual como componente del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad entre 14 años a menos de 18 *es de intensidad grave,* en la medida en que: *i)* en cuanto al *alcance*, desde su entrada en vigor, la disposición penal impide, dificulta por completo y anula el ejercicio de la libertad de autodeterminación de tales menores en el ámbito de su sexualidad, al hacer irrelevante su consentimiento ("la intervención legislativa en el derecho fundamental deberá ser considerada como una intervención más intensa, cuando elimina todas las posiciones adscritas al derecho, que cuando elimina sólo algunas de ellas" *Cfr.* Bernal, *op.cit.*p.766); y *ii)* en cuanto a la *probabilidad*, existe la mayor posibilidad verosímil y fundada de que la intervención legislativa cuestionada impida el ejercicio de dicha libertad de autodeterminación.

Por su parte, los bienes constitucionales que procuran ser optimizados por el Poder Legislativo, sancionando penalmente a las personas adultas que tengan relaciones sexuales con dichos menores de edad, son: a) desmotivar la comisión del delito de violación sexual de menores de 14 años de edad a menos de 18; b) generar la confianza de la población en el sistema penal al apreciar que los derechos de los menores de edad entre 14 años a menos de 18 son protegidos; y c) generar un primer efecto reeducador en el sujeto activo de la conducta reprochable. El grado de satisfacción de dichos bienes *no es de intensidad elevada*, en la medida en que: *i)* en cuanto a su *alcance*, no se evidencia en qué medida todos los fines inmediatos del legislador penal pueden ser alcanzados apenas producida la intervención legislativa; y, *ii)* en cuanto a la *probabilidad*, no existe la mayor probabilidad de que la intervención legislativa penal optimice los mencionados bienes constitucionales (desmotivar la comisión del delito, etc.), al tratarse de una *amenaza de restricción* que es una intervención menos intensa que las restricciones directas.

Asimismo, es importante tener en consideración una segunda variable: *el peso abstracto de los principios relevantes* (cuanto mayor sea la importancia material de un principio constitucional dentro del sistema de la Constitución, mayor será su peso en la ponderación). Al respecto, si bien, en abstracto, la política criminal a cargo del Poder Legislativo (argumentación *in dubio pro legislatore*) podría considerarse con un peso mayor respecto de determinados derechos fundamentales como la libertad de tránsito o la libertad personal (argumentación *in dubio pro libertate*), no sucede lo mismo cuando se intervenga o limite gravemente los derechos fundamentales de los menores de edad, pues atendiendo al principio constitucional de interés superior del niño y del adolescente (artículo 4° de la Constitución), según el cual los derechos fundamentales del niño y el adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas (Expediente N.° 02132-2008-PA/TC FJ 10), en estos casos, tienen un peso mayor respecto de aquella actuación del Poder Legislativo.

En efecto, conforme lo sostiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad". [Caso Gonzales y otras ("Campo Algodonero") vs. México, sentencia del 16 de noviembre de 2009, párrafo 408].

49. En cuanto al paso 2), conforme a lo expuesto en los parágrafos precedentes, se puede afirmar que la importancia de la realización de los fines perseguidos por el legislador mediante la disposición penal cuestionada no es mayor que la importancia de la intervención en el derecho de los adolescentes entre 14 años y menos de 18 a su libertad sexual como parte de su libre desarrollo de la personalidad.

50. En cuanto al paso 3), se puede determinar que en el presente caso la relación de precedencia condicionada otorga preferencia al derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de 14 años de edad a menos de 18, respecto de los fines perseguidos por el

legislador penal mediante la medida penal impugnada.

51. Por tanto, no habiendo superado el examen de necesidad, ni el examen de proporcionalidad en estricto, se acredita que el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.° 28704, en el *sentido interpretativo 1 (si la víctima tiene entre 14 años y menos de 18, la pena para el autor, independientemente del consentimiento de aquella, será no menor de 25 ni mayor de 30 años)*, ha intervenido injustificadamente en el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de 14 años de edad a menos de 18, por lo que resulta incompatible con la Constitución.

    Previamente a declarar su inconstitucionalidad y consecuente expulsión del ordenamiento jurídico, debe analizarse si existe otro sentido interpretativo que siendo compatible con la Norma Fundamental evite tal declaratoria de inconstitucionalidad.

**§3. Examen de constitucionalidad del sentido interpretativo del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal que cambia el contenido normativo establecido por el legislador penal y límites de la jurisdicción en la interpretación de la ley penal**

52. El apoderado del Congreso de la República sostiene en la respectiva contestación de la demanda que existe otra interpretación que puede evitar la declaratoria de inconstitucionalidad de la disposición penal cuestionada. En dicha interpretación, sin modificar el texto legislativo, se cambia el bien jurídico tutelado por dicha norma penal *(libertad sexual en lugar de indemnidad sexual)* y se establece que en estos casos sí puede operar el consentimiento de la agraviada como eximente de responsabilidad.

    Según el aludido *sentido interpretativo 2* del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, propuesto por el demandado, se puede asumir que *si la víctima tiene entre 14 años y menos de 18, la pena para el autor será no menor de 25 ni mayor de 30 años, salvo que aquella hubiera consentido, en cuyo caso se exime de responsabilidad al autor.* En ese sentido, corresponde analizar si el Tribunal Constitucional pueda identificar dicha interpretación conforme con la Constitución a efectos de que se pueda evitar la declaración de inconstitucionalidad de la respectiva disposición penal.

**Argumentos de los demandantes**

53. Alegan que la jurisdicción penal, interpretando el artículo 173° inciso 3) del Código Penal, estableció, según refieren, que "sólo podría penalizarse la trasgresión a la indemnidad sexual de los adolescentes (…) cuando se vicia el consentimiento en la relación carnal con personas entre 14 y 18 años de edad (esto es violaciones de la libertad sexual), y no en caso de relaciones perfectamente consentidas (o sea, relaciones sexuales consentidas). Así visto, es constitucionalmente legítimo sancionar gravemente las relaciones sexuales realizadas con violencia, coerción o aprovechamiento de una posición dominante, más aún si se trata de adolescentes y niños, pero de ninguna forma ello equivale a penalizar toda forma de relación sexual sostenida por adolescentes cuando no está en riesgo su indemnidad sexual y, por el contrario, se trata del ejercicio libre de su sexualidad, que indudablemente es un derecho fundamental".

**Argumentos del demandado**

54. El apoderado del Congreso de la República sostiene que el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.° 28704, no contraviene la Constitución y que debe tomarse en consideración que "la parte demandante admite que existe al menos una interpretación de la disposición penal impugnada que es conforme con la Constitución y que ha sido realizada por la Corte Suprema de Justicia de la República mediante el Acuerdo Plenario N.° 4-2008/CJ-116, por lo que en aplicación de los principios constitucionales de conservación de la ley, de declaración de inconstitucionalidad como última *ratio* y de *indubio pro legislatore*, no puede considerarse que la disposición cuestionada sea inconstitucional".

**Consideraciones del Tribunal Constitucional**

55. En general, la actividad de la jurisdicción penal o jurisdicción constitucional al interpretar la ley penal en un sentido compatible con la Constitución, pero distinto a aquella interpretación del legislador, parte de reconocer que conforme al principio de supremacía constitucional, la jurisdicción, al controlar la actuación legislativa penal, también tiene límites establecidos en la Constitución y vinculados con el respeto al principio de legalidad penal, entre otros bienes constitucionales.

*3.1. Discrecionalidad judicial limitada por la Constitución y en especial por el principio de legalidad penal*

56. Asumir que el legislador penal sea el órgano competente para determinar discrecionalmente las conductas punibles y las respectivas sanciones no implica admitir

que la discrecionalidad que tiene este órgano sea absoluta pues, como ya se ha mencionado, se encuentra limitado, al igual que todo poder constituido, mediante los principios constitucionales penales contenidos en la Norma Fundamental (principio de legalidad penal, principio de igualdad, principio de lesividad, principio de proporcionalidad penal, etc.), lo que convierte su discrecionalidad en una de carácter relativo.

57. El control jurisdiccional de la estricta observancia del respeto a dichos límites se encuentra a cargo del Tribunal Constitucional (artículo 201° de la Constitución), así como también del Poder Judicial (artículo 138° de la Constitución). En cuanto a los tipos de decisiones que pueden expedir tales órganos, en la actualidad se ha superado la clásica distinción entre decisiones estimatorias y desestimatorias, para dar lugar a una clasificación que, sin dejar de lado las ya mencionadas, ha identificado las denominadas decisiones "interpretativas" en general. Mediante tales sentencias "los tribunales constitucionales evitan crear vacíos y lagunas de resultados funestos para el ordenamiento jurídico. Son abundantes los testimonios de las ventajas de esta clase de sentencias en el derecho y la jurisprudencia constitucional comparados, ya que, además, permiten disipar las incoherencias (…), antinomias o confusiones que puedan contener normas con fuerza o rango de ley" (*Cfr*: Exp. N.° 00010-2002-AI/TC).

    Al respecto, Fiandaca refiere que "el mismo desarrollo de las teorías de la interpretación refleja un dato definitivamente adquirido: la actividad hermenéutica, lejos de poder ser reducida a una actividad meramente declarativa o explicativa de la voluntad del legislador, implica un inevitable momento creativo y esto es cierto en todos los sectores jurídicos, incluido el derecho penal, que se encuentra vinculado más que otros ámbitos al principio de reserva de ley" [FIANDACA, Giovanni e altro. *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata.* Jovene Editore, p.92].

58. Esta actividad interpretativa de la jurisdicción respecto de la legislación penal no está exenta de peligros. El mayor de ellos es desnaturalizar o reemplazar en todo, vía interpretativa, el contenido normativo establecido por el legislador (supuesto de hecho general y sanción) al dictar una determinada disposición penal, pues ello no sólo afectaría el principio de legalidad penal, pues conforme al artículo 2°, inciso 24), apartado "d", de la Norma Fundamental, "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", el mismo que expresamente ha delegado al legislador, y no a los jueces, la labor de determinación de las conductas punibles y respectivas sanciones; sino que también afectaría el principio democrático representativo (artículo 93° de la Constitución), así como el principio de corrección funcional al momento de interpretar la Constitución, pues conforme a dicho principio, al realizar su labor de interpretación, el juez no puede desvirtuar las funciones y competencias que el constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales (*cfr*: Exp. N.° 05854-2005-PA/TC, FJ 12 c. y Exp. N.° 0032-2010-PI/TC, FJ 119).

59. No cabe duda de que la actividad hermenéutica realizada por los jueces al interpretar la ley penal puede contener ciertos elementos "de creación normativa", si se presentan dudas o problemas al verificar *cuál es el límite* que tienen los jueces al realizar dicha actividad interpretativa, pues el exceso puede terminar materializando los peligros advertidos en el parágrafo precedente.

    La argumentación que utiliza el principio de interpretación *favorable al reo* como única justificación para que los jueces puedan crear cualquier contenido normativo no es una que *per se* y en todos los casos pueda resultar correcta, ni una que pueda ser considerada como único límite a la actividad interpretativa de los jueces. Así por ejemplo, respecto del principio *favor rei*, como criterio de legitimidad para justificar las decisiones "manipulativas" en materia penal, se ha sostenido que dicha argumentación es débil "ante todo porque el principio de reserva de ley en materia penal no puede reducirse, en la óptica del juicio constitucional, al sólo respeto, por parte de la Corte, del principio del *favor rei* (…) No es demostrable –y más bien se puede demostrar fácilmente lo contrario– que la reducción del supuesto de hecho penalizado o de la medida de una pena, no vulnere por sí misma, el artículo 25, 2° párrafo de la Constitución [italiana], [Nadie podrá ser castigado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes de haberse cometido el hecho], el que reserva sólo al legislador la elección sobre la punibilidad, así como sobre el *quantum* y sobre el *quomodo*, exigiendo también que el supuesto de hecho penalizado y la medida de la pena sean *taxativamente* determinadas (…) Reduciendo un supuesto de hecho penalizado, la Corte llega de todos modos a modificar el

alcance, el significado original, así como, reduciendo la medida de una pena, la Corte reconstruye la norma (por lo menos en la parte relativa a la sanción). Todo ello, en mi opinión, no es conforme con el principio de legalidad en materia penal constitucionalmente consagrado, que es una garantía para el ciudadano contra la persecución penal, en general, precisamente porque reserva sólo al legislador cualquier elección sobre las normas penales, y no sólo sobre aquellas desfavorables". [D'AMICO, Marilisa. *Sulla «costituzionalita» delle decisioni manipolative in materia penale.* Unione tipográfico editrice torinese, Torino, 1990, pp. 41-42].

Ciertamente la argumentación que utiliza el principio de interpretación *favorable al reo* puede y debe ser utilizada en materia argumentativa penal, pero no por ello se legitima cualquier decisión interpretativa que adopte la jurisdicción. En general, antes de aplicar dicho principio de favorabilidad entre dos posiciones normativas es indispensable verificar que dichas posiciones sean compatibles con la Constitución. En ese sentido, conforme al artículo 139° inciso 11) de la Norma Fundamental, que establece "la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales", antes de que el juez pueda hacer prevalecer dicha favorabilidad debe cumplir con un requisito previo como es la verificación de que el respectivo sentido interpretativo a favorecer sea constitucionalmente válido (*Cfr.* Expediente N.° 00019-2005-PI/TC).

60. Por tanto, la determinación del *límite* a la jurisdicción cuando interpreta la ley penal se establecerá de acuerdo a las circunstancias específicas de cada caso concreto y según el tipo de sentencia o decisión que se pretenda expedir en el caso, de modo que las cargas de argumentación que justifiquen una específica decisión jurisdiccional se constituirán en los mecanismos que otorguen legitimidad a las respectivas decisiones judiciales.

61. De otro lado, cabe precisar que tanto las denominadas «sentencias interpretativas», «sentencias aditivas» o «sentencias sustitutivas», entre otras, forman parte de una tipología de decisiones que no sólo pueden ser adoptadas por el Tribunal Constitucional, sino también por los jueces del Poder Judicial en la medida en que el artículo 138° de la Constitución establece que en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces deben preferir la primera. Dicho examen de compatibilidad comprende la identificación de las opciones normativas que se desprendan de la respectiva disposición legal y permitan su conservación conforme al marco constitucional.

62. Es importante destacar que si bien los jueces del Poder Judicial pueden adoptar dichas decisiones, ello no excluye el seguimiento de los respectivos mecanismos procedimentales existentes dentro del Poder Judicial para la aplicación del control difuso (artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 3° del Código Procesal Constitucional, según sea el caso), así como la observancia de los criterios vinculantes que en materia de interpretación constitucional penal realice el Tribunal Constitucional (artículo 201° de la Constitución, artículo 1° y Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, así como el artículo VI del Título Preliminar del aludido Código).

*3.2. Opción «interpretativa» que exime de responsabilidad penal a quien tiene relaciones sexuales consentidas con menores de 14 años a menos de 18. ¿Decisión interpretativa, aditiva o sustitutiva?*

63. En el presente caso, el apoderado del Congreso de la República aduce que al emitirse los Acuerdos Plenarios N.°s 7-2007/CJ-116 y 4-2008/CJ-116, la jurisdicción penal ha identificado una interpretación del mencionado artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, que es conforme con la Constitución, por lo que no puede considerarse que dicha disposición penal sea inconstitucional.

64. En ese sentido, es indispensable distinguir si la interpretación propuesta por el apoderado del Congreso en su contestación de la demanda, es una «decisión interpretativa», una «decisión aditiva» o una «decisión sustitutiva» –que son algunos de los tipos de decisiones que se podrían aproximar a lo resuelto por dicha jurisdicción–, para posteriormente verificar si dicha interpretación, aplicada al ámbito penal, es una que el Tribunal Constitucional pueda asumir como conforme con la Constitución y evitar la declaratoria de inconstitucionalidad de la respectiva disposición penal.

65. Una «*decisión interpretativa*» es aquella en la que se materializa en cierta medida el criterio de interpretación de la ley conforme a la Constitución. Este criterio consiste en aquella actividad interpretativa que sobre las leyes realiza el órgano jurisdiccional, de modo que antes de optar por la eliminación de una disposición legal se procure mantenerla vigente pero con un contenido que se desprenda, sea consonante o guarde una relación de conformidad con la Constitución. Esta técnica interpretativa no implica en modo

alguno afectar las competencias del legislador, sino antes bien materializar los principios de conservación de las normas y el *indubio pro legislatore* democrático, los mismos que demandan que el órgano jurisdiccional verifique si entre las interpretaciones posibles de un enunciado legal, existe al menos una que la salve de una declaración de invalidez. Y es que la declaración de inconstitucionalidad, en efecto, es la *ultima ratio* a la cual debe apelar este Tribunal cuando no sea posible extraer de una disposición legislativa un sentido interpretativo que se ajuste a la Constitución (Exp. N.° 00002-2008-PI/TC, aclaración).

Las decisiones interpretativas "reductoras" son aquellas que señalan que el precepto es inconstitucional "en la parte que (…)" o "en cuanto (…)" prevé o incluye "algo" contrario a la Norma Fundamental". "En este caso, la inconstitucionalidad no afecta al texto pero sí al contenido normativo, que puede considerarse inconstitucional ´por exceso`" [DIAZ REVORIO, Javier. "Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad ante la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español". En: *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional.* México, UNAM, 2008, pp.301-302].

66. La aludida consonancia o relación de conformidad de la ley con la Constitución "no sólo existe allí donde la ley, sin el recurso a puntos de vista jurídico-constitucionales, permite una interpretación compatible con la Constitución; puede tener igualmente lugar cuando un contenido ambiguo o indeterminado de la ley resulta precisado gracias a los contenidos de la Constitución. Así pues, en el marco de la interpretación conforme [a] las normas constitucionales no son solamente «normas-parámetro» sino también «normas de contenido» en la determinación del contenido de las leyes ordinarias" (Hesse, Konrad. *Escritos de derecho constitucional.* CEC, Madrid, 1983).

67. En materia penal, las decisiones interpretativas de la jurisdicción se enfrentan con uno de sus límites constitucionales más claros: el *principio de legalidad penal.* En efecto, conforme al artículo 2°, inciso 24, parágrafo *"f"*, de la Norma Fundamental, "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", lo que implica que la Constitución ha establecido que el órgano competente para establecer las conductas punibles y las respectivas penas es el Poder Legislativo, lo que excluye claramente a la jurisdicción. En ese sentido, *prima facie*, la jurisdicción, en su actividad de control e interpretación de las leyes penales no puede: *i)* crear nuevos delitos vía interpretativa; *ii)* identificar sentidos interpretativos que cambien por completo o desnaturalicen el contenido normativo establecido por el legislador en la disposición penal o cambien el bien jurídico tutelado por el legislador penal; y *iii)* identificar sentidos interpretativos *in malam partem*, salvo que previamente se haya determinado que el único sentido interpretativo identificado, que impidió la declaratoria de inconstitucional de la disposición, sea conforme con la Constitución, pues la aplicación del principio *pro reo* (artículo 139°, inciso 11, Constitución) está supeditada a la verificación de la constitucionalidad del sentido interpretativo identificado, tal como se ha sostenido en el párrafo final del fundamento 59 *supra*.

68. De otro lado, mediante una «*decisión aditiva*» se declara la inconstitucionalidad de una disposición o una parte de ella, en cuanto se deja de mencionar algo ("en la parte en la que no prevé que (…)") que era necesario que se previera para que ella resulte conforme a la Constitución. En tal caso, no se declara la inconstitucionalidad de todo el precepto legal, sino sólo de la omisión inconstitucional, cuya reparación no puede efectuarse a partir de una interpretación del aludido precepto, de manera que, tras la declaración de inconstitucionalidad, será obligatorio comprender dentro de la disposición aquello omitido [Exp. N.° 00010-2002-AI/TC FJ 30], teniendo como base el respectivo ordenamiento jurídico y que sólo exista una alternativa normativa que cubra la omisión detectada, pues si existen varias alternativas posibles, le corresponderá al legislador la decisión de cuál de ellas adoptar [Exp. N.° 00030-2005-PI/TC].

69. En materia penal, en el caso de las decisiones aditivas, el principio de legalidad penal tiene un mayor peso axiológico frente a la actividad jurisdiccional de creación normativa complementaria propia de este tipo de decisiones. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que, *prima* facie, la jurisdicción no puede emitir decisiones aditivas cuando controle leyes penales pues ello afectaría el principio de legalidad penal, al relegar al legislador penal como órgano competente en la formulación de la política criminal del Estado y consecuente tipificación de conductas y penas.

70. Por su parte, una «*decisión sustitutiva*» es aquella en que el órgano jurisdiccional declara

la inconstitucionalidad parcial de una ley y, simultáneamente, incorpora un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley. La parte sustituyente no es otra que una norma ya vigente en el ordenamiento jurídico y la actividad interpretativa se canaliza con el traslado de los supuestos o las consecuencias jurídicas de una norma aprobada por el legislador, hasta la parte de la ley cuestionada –y en concreto afectada de inconstitucional–, con el objeto de proceder a su inmediata integración. Dicha acción se efectúa excepcionalmente para impedir la consumación de efectos políticos, económicos, sociales o culturales gravemente dañosos y derivados de la declaración de inconstitucionalidad parcial [Exp.N.° 00004-2004-CC/TC FJ 3.3.3].

71. En materia penal, sucede algo similar al tratamiento de las decisiones aditivas, por lo que son de aplicación las mismas consideraciones expresadas con relación a aquellas, quedando, *prima facie*, restringida la posibilidad de que la jurisdicción emita decisiones sustitutivas cuando controle leyes penales, toda vez que ello afectaría el principio constitucional de legalidad penal.

72. Seguidamente, veamos en qué consiste la interpretación alternativa propuesta por el demandado, respecto del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.° 28704, para luego identificar si es una decisión interpretativa, aditiva o sustitutiva, y posteriormente verificar si ésta puede constituirse en una interpretación de la ley conforme a la Constitución.

73. Conforme lo sostiene el apoderado del Congreso de la República, el bien jurídico protegido en la disposición penal impugnada es la libertad sexual y no la indemnidad sexual, es decir que a partir del impugnado tipo penal sólo se sancionaría a los mayores de edad que tienen acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realizan otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad entre 14 años y menos de 18, sin mediar consentimiento.

74. Conforme se aprecia, el emplazado asume como una interpretación del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal conforme con la Constitución aquella según la cual, sin alterarse la aludida disposición (*Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años)*, se debía entender que los menores de edad entre 14 años y menos de 18 tienen *libertad sexual* y que, por lo tanto, su consentimiento para tener relaciones sexuales exime de responsabilidad penal al adulto al cual se le atribuye la autoría de tal delito.

75. En ese sentido, si se tiene en cuenta: i) que la interpretación del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, que lo considera incompatible con la Constitución (INTERPRETACION 1), establece que *si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad, la pena para el autor, independientemente del consentimiento de aquella, será no menor de 25 ni mayor de 30 años,* protegiendo de este modo el bien jurídico *indemnidad sexual*; y, ii) que la mencionada interpretación asumida por el apoderado del Congreso de la República, tomando en cuenta lo decidido por la jurisdicción penal (INTERPRETACIÓN 2), prevé que *si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad, la pena para el autor será no menor de 25 ni mayor de 30 años, salvo que aquella hubiera consentido, en cuyo caso se exime de responsabilidad al autor*, protegiendo de este modo el bien jurídico *libertad sexual*; entonces, se puede considerar que ésta última constituye una "**decisión interpretativa reductora**", en la medida en que sin detectar una omisión en la aludida disposición penal (que caracterizaría a una decisión aditiva), ni modificar o alterar una parte literal de tal disposición (que caracterizaría a una decisión sustitutiva), interpreta la disposición penal cuestionada, cambiando sustancialmente el contenido normativo establecido por el legislador penal y reduciéndolo (pues antes de dicha interpretación se penalizaba cualquier relación sexual de un adulto con un menor de 14 a 18 años de edad, independientemente del consentimiento de dicho menor, y ahora sólo se penalizan las relaciones sexuales en las que no existe consentimiento), lo que implica además el cambio de bien jurídico protegido (la *libertad sexual* en lugar de la *indemnidad sexual*).

*3.3. La opción «interpretativa» que exime de responsabilidad penal a quien tiene relaciones sexuales consentidas con menores de 14 años a menos de 18, ¿es conforme con la Constitución?*

76. Considerando los límites constitucionales que tiene la interpretación jurisdiccional de las leyes penales, el Tribunal Constitucional estima que la interpretación del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, propuesta por el apoderado del Congreso de la República, en el sentido de asumir que los menores de edad entre 14 años y menos de 18 tienen *libertad sexual* y que, por lo tanto, su consentimiento para tener relaciones

sexuales exime de responsabilidad penal al adulto al que se le atribuye la autoría de tal delito, es una interpretación que no puede ser asumida por el Tribunal Constitucional como constitucionalmente conforme, toda vez que desplazaría al legislador como órgano competente en la formulación de la política criminal del Estado y consecuente tipificación de conductas y penas, cambiando el bien jurídico protegido por el legislador (libertad sexual en lugar de indemnidad sexual) y con ello permitiendo la configuración de una causal de exención de responsabilidad penal como es el "consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición" (artículo 20°, inciso 10, del Código Penal), lo cual no resultaba permitido por la disposición penal tal como la estableció el legislador penal.

77. Por lo tanto, resumidamente, habiéndose determinado: i) que el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.° 28704, en el *sentido interpretativo 1 (si la víctima tiene entre 14 años y menos de 18, la pena para el autor, independientemente del consentimiento de aquella, será no menor de 25 ni mayor de 30 años)*, es incompatible con la Constitución; y ii) que el *sentido interpretativo 2* del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, propuesto por el demandado (*si la víctima tiene entre 14 años y menos de 18, la pena para el autor será no menor de 25 ni mayor de 30 años, salvo que aquella hubiera consentido, en cuyo caso se exime de responsabilidad al autor*), no es una interpretación conforme con la Constitución y que, por tanto, pueda salvar la constitucionalidad de dicha disposición penal; entonces, el Tribunal Constitucional considera que debe declararse la inconstitucionalidad del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.° 28704, y su consecuente expulsión del ordenamiento jurídico por haber vulnerado el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad entre 14 años a menos de 18.

**§4. Examen de constitucionalidad del artículo 173.3 del Código Penal respecto de los derechos de los adolescentes a no ser privados de información, a la salud y a la intimidad**

78. Pese a haberse declarado la inconstitucionalidad del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.° 28704, y su expulsión del ordenamiento jurídico, este Tribunal estima pertinente verificar si dicha disposición vulnera, además, los derechos de los adolescentes a no ser privados de información, a la salud y a la intimidad.

Para tal efecto, utilizaremos nuevamente el examen escalonado de control de restricciones a los derechos fundamentales.

**Argumentos de los demandantes**

79. Alegan que "como ciudadano y ciudadana (padre, madre, joven, tutores del nivel primaria y secundaria, médico, entre otros adherentes a la causa) tenemos conocimiento del grado de afectación que esta traba legal está generando en la salud de los y las adolescentes. Al respecto, explicaremos que la regulación, al penalizar las relaciones consentidas entre adolescentes y entre adolescentes y adultos, impiden a los menores acercarse libremente a los establecimientos de salud para solicitar información respecto de infecciones de transmisión sexual y métodos anticonceptivos, así como la atención oportuna en caso de gestación temprana y de infecciones por contagio sexual (…)".

80. Asimismo, refieren que se ha detectado "que –al no adecuarse la norma penal a la realidad– muchos adolescentes que ya conviven y/o mantienen relaciones sexuales tendrán temor de acceder a información sobre salud sexual y reproductiva, de reconocer legalmente a sus hijos, de acceder a una atención prenatal y a partos seguros por temor a ser castigados penalmente; es decir, se verifica una afectación subjetiva de los derechos reproductivos de los adolescentes, así como de su vida privada o íntima en tanto los agentes de salud se verán "obligados" a presumir *iure et de iure* que los pacientes adolescentes son víctimas de violencia sexual, afectando de manera directa la labor que realizan profesionales de salud como los médicos y médicas del país".

**Argumentos del demandado**

81. El apoderado del Congreso de la República sostiene que los demandantes "parten de una premisa falsa, pues se considera que la disposición penal impugnada es aplicable a los adolescentes. Al respecto, debemos reiterar una vez más que en el tipo penal cuestionado el sujeto activo sólo puede ser una persona mayor de dieciocho años de edad (…) Si la norma objeto de control sólo resulta aplicable a los mayores, no se puede afirmar que los adolescentes ´tendrán temor de acceder a información de salud sexual y reproductiva (…)` Tampoco es posible argumentar que ´los agentes de salud se verán obligados a presumir *iure et de iure* que los pacientes adolescentes son víctimas de violación sexual`, pues la pareja de la menor adolescente puede ser otro menor, con lo cual no estamos ante

el tipo penal establecido en la disposición impugnada".

**Consideraciones del Tribunal Constitucional**

82. El Tribunal Constitucional debe controlar si la disposición penal cuestionada constituye una intervención injustificada en el ámbito constitucionalmente protegido de los derechos a no ser privados de información, a la salud y a la intimidad, para lo cual se utilizará el examen escalonado de control de las restricciones a los derechos fundamentales.

*Primera fase: determinar el ámbito normativo del derecho fundamental*

83. Se trata, en esta primera fase, de verificar sobre las posiciones iusfundamentales *prima facie* garantizadas por el respectivo derecho fundamental. Ello presupone dar respuesta a las interrogantes sobre cuáles son las posiciones iusfundamentales protegidas *prima facie* por el derecho, quién es el sujeto activo o titular del derecho, y quién o quiénes son sus sujetos pasivos o los obligados.

84. En cuanto a las posiciones iusfundamentales protegidas *prima facie*, cabe mencionar que sobre el derecho fundamental a no ser privado de información, el artículo 2°, inciso 5), de la Constitución garantiza el derecho de toda persona de solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en un plazo razonable, y con el costo que suponga dicho pedido, con la única excepción de aquella que afecte la intimidad personal y la que expresamente se excluya por ley o por razones de seguridad nacional.

    Tal derecho constituye, por un lado, el reconocimiento de un derecho fundamental, y por el otro, el deber del Estado de dar a conocer a la ciudadanía sus decisiones y acciones de manera completa y transparente (Expediente N.° 00959-2004-HD/TC FFJJ 4 a 6). En esa medida, la restricción del derecho al acceso a la información resulta ser una medida de carácter extraordinario y excepcional para casos concretos derivados del mandato constitucional.

    El Tribunal Constitucional ha establecido en su jurisprudencia, además, que el contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la información pública no sólo comprende la mera posibilidad de acceder a la información solicitada y la obligación de dispensarla por parte de los organismos públicos, sino que la misma debe ser completa, precisa, correcta, actualizada, oportuna y veraz (Expediente N.° 04042-2011-PHD/TC FJ 10).

    Sobre el derecho a la información, la Convención sobre los derechos del niño, establece en su artículo 17° que "Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental (…)".

85. En cuanto al derecho a la salud, la Constitución establece en el artículo 7° que "Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa (…)". Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que "el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe proteger tratando que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida, para lo cual debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en ese sentido" (Expediente N.° 02945-2003-AA/TC FJ 28).

    Asimismo, ha sostenido que "no puede ser entendido como una norma que requiere de desarrollo legal para su efectividad, siendo así, podemos afirmar que posee una doble dimensión: a) el derecho de todos los miembros de una determinada comunidad de no recibir por parte del Estado un tratamiento que atente contra su salud; y, b) el derecho de exigir del Estado las actuaciones necesarias para el goce de parte de los ciudadanos de servicios de calidad en lo relacionado a la asistencia médica, hospitalaria y farmacéutica" (Expediente N.° 03599-2007-PA/TC FJ 2).

    Es claro que algunas de las más importantes manifestaciones del derecho a la salud se relacionan con el ámbito sexual y reproductivo, es decir, con aquellas propiedades, entre otras, que permitan al hombre y a la mujer el ejercicio normal de su actividad sexual, la protección de su integridad física y psíquica, la autodeterminación en cuanto a las posibilidades de reproducción, la atención médica prenatal y posnatal (atenciones de salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos independientemente de

su condición social o ubicación geográfica), así como, relacionado con los derechos a la información y a la educación, el acceso rápido y eficaz a información y educación sexual.

86. En cuanto al derecho a la intimidad, específicamente al derecho a la vida privada, el Tribunal Constitucional ha sostenido que "está constituid[o] por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño (Expediente N.° 06712-2005-HC/TC FJ 38).

87. Por su parte, los *titulares de los derechos* a no ser privados de información, a la salud y a la intimidad son todos los mayores de 18 años de edad, pero también, teniendo como base las mismas razones expuestas con relación al derecho al libre desarrollo de la personalidad y con relación a lo peticionado en el presente caso, el Tribunal Constitucional estima que los menores de edad entre 14 años y menos de 18 pueden ser titulares de dichos derechos en los asuntos vinculados a su libertad sexual.

88. En cuanto quiénes son *los sujetos pasivos u obligados* por los aludidos derechos, uno de los principales obligados es definitivamente el Estado, que no sólo tiene el deber de no intervenir desproporcionadamente en este derecho, sino también de realizar acciones que posibiliten su libre ejercicio.

*Segunda fase: identificar la restricción en el ámbito prima facie garantizado por el respectivo derecho fundamental*

89. En este punto, corresponde verificar si la medida penal impugnada contiene o no limitaciones o restricciones a los derechos fundamentales mencionados en los parágrafos precedentes.

90. En el presente caso, el cuestionado artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.° 28704, sanciona a toda aquella persona mayor de edad (sujeto activo) que tenga relaciones sexuales con menores de 14 a menos de 18 años de edad (sujetos pasivos). Dicha disposición penal no es aplicable a aquel autor que sea menor de edad pues dicho supuesto no está previsto por el Código Penal, sino por disposiciones legales especiales como el Código de los Niños y Adolescentes, que precisamente regula las infracciones que puedan cometer los menores de edad.

91. Así las cosas, corresponde verificar cuál es el sujeto sobre el que se puede predicar la intervención o restricción de sus derechos a no ser privados de información, a la salud y a la intimidad. Conforme a lo expuesto en el parágrafo precedente, que descarta que el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal sancione la conducta de un *sujeto activo* (autor) que sea menor de edad, entonces se debe examinar si se interviene o restringe tales derechos fundamentales a los menores de edad entre 14 años a menos de 18 que sean *sujetos pasivos* de la conducta sancionable.

92. Al respecto, el Tribunal Constitucional considera que dicho contenido prohibitivo no constituye una intervención en el ámbito *prima facie* de los derechos fundamentales de los menores de edad entre 14 años a menos de 18 a no ser privados de información, a la salud y a la intimidad, pues la impugnada disposición penal no limita o restringe el derecho de estos menores (sujetos pasivos) pues: *i)* con relación al derecho a la información, no impide a dichos menores acercarse libremente a los establecimientos de salud para solicitar información vinculada a la actividad sexual, ni impide al Ministerio de Salud, entre otros órganos estatales, cumplir con su obligación de establecer sistemas de información eficaces dirigidos a los adolescentes sobre las posibilidades, desarrollo y consecuencias de la actividad sexual; *ii)* con relación a su derecho a la salud, la disposición penal cuestionada no restringe el derecho a una atención oportuna en caso de gestación temprana o a atención prenatal, tal como lo sostienen los demandantes; y, *iii)* con relación al derecho a la intimidad (vida privada) de los menores de edad entre 14 años a menos de 18 –como sujetos pasivos de la conducta sancionable–, no se aprecia en qué medida la prohibición que contiene la disposición penal cuestionada tiene incidencia sobre la reserva y privacidad de de hecho o actos que forman parte de la intimidad de aquellos, y cuya divulgación por otros puede aparejar algún daño, o que se dirija a los médicos o profesionales de salud y los obligue a realizar denuncias.

93. Conforme a lo expuesto, el Tribunal Constitucional estima que en el presente caso no se ha acreditado que el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.° 28704, vulnere los derechos a la información, a la salud y a la intimidad de los adolescentes.

**§5. Examen de constitucionalidad del artículo 173.3 del Código Penal respecto del derecho a la igualdad**

94. En la demanda de autos, se alega además que el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.° 28704, vulnera el derecho fundamental a la igualdad.

Seguidamente se verificará cuáles son los argumentos de las partes sobre este cuestionamiento.

**Argumentos de los demandantes**

95. Sostienen que en la disposición impugnada existe un tratamiento diferente basado en la edad de las personas con las que se tiene relaciones carnales, lo que representa una intervención en la prohibición de no discriminar.

96. La disposición impugnada representa una intervención de intensidad *grave* en la medida en que se afecta derechos fundamentales como al libre desarrollo de la personalidad. En cuanto al *objetivo y fin* de la norma, refieren que este sería la protección de la indemnidad sexual de los adolescentes (finalidad - bien constitucional que se tutela), sancionando a quienes la violentan, con la finalidad de reducir la incidencia de este tipo de agresiones (objetivo - estado de cosas que se quiere lograr).

97. Sobre la *idoneidad* de la medida, alegan que, en efecto, penalizando las relaciones sostenidas entre 14 y 18 años se persigue un efecto disuasivo relacionado con la posible menor incidencia en delitos contra la libertad sexual de los adolescentes.

98. Respecto de la *necesidad* de la medida, manifiestan que en este punto se evidencia la inconstitucionalidad de la medida, pues existen diversas medidas que permitiendo obtener igual resultado, hacen innecesario establecer una intervención basada en la edad entre adolescentes y adultos. Si se quiere proteger la indemnidad sexual de los adolescentes, lo que debe sancionarse penalmente es la práctica de relaciones sexuales mediando amenaza, violencia o dominio de algún tipo, pero en ningún caso la exploración o ejercicio libre de la propia personalidad sexual.

99. Finalmente, mencionan que siendo de intensidad grave la afectación al derecho a la igualdad, en sentido contrario no puede acreditarse que la penalización de relaciones sexuales con adolescentes, a diferencia de lo que sucede entre adultos, permita satisfacer de mejor manera la protección de la indemnidad sexual, de modo que, aunque no es necesario examinar la *proporcionalidad en estricto* de la medida penal, es evidente que tampoco la supera. Por tanto, la medida resulta contraria al mandato de igualdad.

**Argumentos del demandado**

100. El apoderado del Congreso de la República sostiene que la medida penal cuestionada supera todos los exámenes del test de igualdad y que, por tanto, no vulnera el principio de igualdad.

101. Aduce que la introducción del tratamiento diferenciado da lugar a dos grupos de destinatarios de la norma: 1) los mayores de edad que tienen "acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal" o realizan "otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías con un menor de edad" que tiene "entre catorce años de edad y menos de dieciocho"; y, 2) los mayores de edad que incurren en tales conductas con otros mayores. Tal *tratamiento diferenciado* consiste en establecer una sanción penal a los mayores de edad que tienen "acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal" o realizan "otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías con un menor de edad" que "tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho".

    La situación jurídica que funciona en este caso como término de comparación está constituida por la norma según la cual no son sancionados penalmente (consecuencia jurídica) los mayores de edad que incurren en las referidas conductas con otros mayores (supuestos de hecho).

102. Respecto de la intensidad de la intervención, expone que la medida cuestionada no guarda relación alguna con la diferenciación de intensidad grave debido a que no se sustenta en ninguno de los motivos establecidos en el artículo 2°, inciso 2), de la Constitución y menos aún impide el ejercicio o goce de un derecho fundamental, por lo que debe asumirse que la intensidad de la intervención es *leve*.

103. El *objetivo* del tratamiento diferenciado, -aduce- es la disminución de casos de "acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal" u "otros actos análogos" entre un mayor de edad y un menor que tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho". El *fin* es proteger la indemnidad o intangibilidad sexual de dichos menores.

104. Respecto de la *idoneidad* de la medida refiere que a través de la disposición penal impugnada (medio) se puede lograr que se disminuyan las conductas que aquella prohíbe (objetivo), y a su vez que dicho objetivo es idóneo para proteger la indemnidad o intangibilidad de los menores de catorce años a menos de dieciocho.

105. En cuanto al examen de *necesidad* fundamenta que en la demanda no se plantea una medida que, a la vez, sea: 1) idónea para para proteger

la indemnidad o intangibilidad de los menores de catorce años a menos de dieciocho; y, 2) más benigna con el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los mayores de edad. En ese sentido, la medida impugnada supera dicho examen de necesidad.

106. Finalmente, sostiene que la medida penal impugnada resulta *proporcional en sentido estricto* puesto que el grado de realización u optimización del fin constitucional (protección de la indemnidad o intangibilidad de los menores de catorce años a menos de dieciocho) no es menor que la intensidad de la intervención o afectación de la igualdad (intensidad leve). Por tanto, concluye que la intervención en la igualdad analizada supera el test de igualdad.

**Consideraciones del Tribunal Constitucional**

107. Teniendo en cuenta que en las primeras consideraciones de la presente sentencia se ha realizado el control de constitucionalidad del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.° 28704, y se ha determinado que es inconstitucional por vulnerar el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad de los menores de 14 años de edad a menos de 18, el Tribunal Constitucional estima que carece de relevancia emitir pronunciamiento sobre si dicha disposición penal vulnera o no el principio de igualdad.

**§6. Efectos de la sentencia de inconstitucionalidad**

108. Sobre los efectos de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley, cabe mencionar que el artículo 204° de la Constitución establece que: "La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal".

109. Asimismo, el artículo 103° de la Constitución prevé que "pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. 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".

110. En cuanto a los efectos de la irretroactividad, el artículo 83° del Código Procesal Constitucional establece que "Las sentencias declaratorias de (…) inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103 [retroactividad benigna en materia penal] y último párrafo del artículo 74 de la Constitución. Por la declaración de (…) inconstitucionalidad de una norma no recobran vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado".

111. Con independencia de su distinta valoración, la potestad de los Tribunales Constitucionales de diferir los efectos de sus sentencias de acuerdo a la naturaleza de los casos que son sometidos a su conocimiento constituye en la actualidad un elemento de vital importancia en el Estado constitucional de derecho, pues con el objeto de evitar los efectos destructivos que podría generar la eficacia inmediata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, se tiende a aplazar o suspender los efectos de ésta.

112. Ello, sin lugar a duda, no implica una total discrecionalidad o arbitrario accionar por parte del Tribunal Constitucional, sino todo lo contrario. Como sostiene Zagrebelsky, esta potestad de diferir los efectos de sus decisiones, "empleada con prudencia y, al mismo tiempo, con firmeza por parte de la Corte Constitucional, sería una demostración de un poder responsable y consciente de las consecuencias". "[E]l orden y la gradualidad en la transformación del derecho son exigencias de relevancia, no simplemente de hecho, sino constitucional". Es por ello que "La Corte no puede desinteresarse de los efectos de los pronunciamientos de inconstitucionalidad, cuando éstos pueden determinar consecuencias que trastoquen aquel orden y aquella gradualidad. En tales casos ella no puede observar pura y simplemente –es decir, ciegamente– la eliminación la ley inconstitucional, tanto para el pasado como para el futuro. La ética de la responsabilidad exige esta atención" [ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il controllo da parte della Corte Costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalitá: posibilita e limiti. En: Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere.* Giuffré, Milano, 1989. pp.195 y 198].

113. En el presente caso, teniendo en cuenta que la disposición impugnada resulta inconstitucional, y que al versar sobre

materia penal, la respectiva declaratoria de inconstitucionalidad va a generar efectos en procesos penales en trámite y procesos penales terminados, el Tribunal Constitucional considera que existe mérito suficiente para pronunciarse sobre los efectos de la presente sentencia, más aún si la expulsión de la disposición cuestionada podría dejar sin juzgamiento determinados casos de *violencia, agresión o abuso sexual* contra menores de edad entre 14 años a menos de 18.

114. En ese sentido, el Tribunal Constitucional declara que la presente sentencia no implica la inmediata excarcelación de aquellos procesados o condenados con base en el inconstitucional artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.° 28704, en los casos de **violencia, agresión o abuso sexual** contra menores de 14 años a menos de 18 (en los que no se acredita el consentimiento de dichos menores). Asimismo, tal declaración de inconstitucionalidad no implica que a dichos procesados o condenados, cuando corresponda, no se les pueda procesar nuevamente por el delito de violación sexual regulado en el artículo 170° del Código Penal u otro tipo penal, o aplicar algunos mecanismos alternativos a dicho juzgamiento.

115. Lo expuesto exige diferenciar dos tipos de efectos que origina la presente declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 173°, inciso 3) del Código Penal, modificado por la Ley N.° 28704: el primero, respecto de aquellos casos penales en trámite o terminados en los que se acredite el consentimiento fehaciente y expreso, más no dudoso o presunto, de los menores de edad entre 14 años y menos de 18, que teniendo en cuenta los efectos retroactivos en materia penal favorable al reo, a partir de la presente declaratoria de inconstitucionalidad, no resultarán sancionados penalmente; y el segundo, sobre aquellos casos penales en trámite o terminados en los que no se acredite dicho consentimiento, sino por el contrario, se evidencie que ha existido violencia, agresión o abuso sexual, o grave amenaza, contra dichos menores, o casos en los que no se hubiera podido apreciar si existió o no el aludido consentimiento, que teniendo en cuenta la especial protección del interés superior del niño y del adolescente aplicable a los procesos que examinan la afectación de sus derechos, a partir de la referida declaratoria de inconstitucionalidad, dependiendo de los hechos concretos, podrán ser susceptibles de "sustitución de pena", "adecuación del tipo penal" o ser procesados nuevamente conforme al artículo 170° del Código Penal u otro tipo penal que resultara pertinente.

116. Finalmente, el Tribunal Constitucional, teniendo en cuenta la obligación del Estado de proteger el interés superior del niño y del adolescente (artículo 4° de la Constitución), y que es de público conocimiento que en nuestra sociedad los delitos de violación, agresión o abuso sexual, especialmente contra menores de edad, constituyen un tipo grave de afectación a los derechos de aquellos, debe exhortar al Congreso de la República para que, conforme a sus competencias, legisle de forma sistemática y con la gravedad de la pena que corresponda, las respectivas disposiciones penales del capítulo sobre violación de la libertad sexual del Código Penal que tengan por finalidad la protección de los derechos fundamentales de los menores de edad.

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad entre 14 años y menos de 18; y en consecuencia, inconstitucional el artículo 173° inciso 3) del Código Penal, modificado por la Ley N.° 28704.
2. Declarar que la presente sentencia no genera derechos de excarcelación para los procesados y condenados por violencia, agresión o abuso sexual contra menores de edad entre 14 años a menos de 18, conforme a lo expresado en los fundamentos 114 y 115 *supra*.
3. Exhortar al Congreso de la República para que, conforme a sus competencias, pueda legislar de forma sistemática y con la gravedad de la pena que corresponda, todos aquellos casos que comprometan los derechos fundamentales de los menores de edad y se encuentren contenidos en el capítulo sobre violación de la libertad sexual del Código Penal.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**ÁLVAREZ MIRANDA**
**URVIOLA HANI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**BEAUMONT CALLIRGOS**
**ETO CRUZ**

**EXP. N.º 00008-2012-PI/TC**
**LIMA**
**10609 CIUDADANOS**

**VOTO EN DISCORDIA DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI**

Emito el presente voto en discordia por las siguientes consideraciones:

**Demanda de Inconstitucionalidad**

1. Con fecha 3 de abril de 2012 diez mil seiscientos nueve ciudadanos interponen demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° de la Ley N° 28704, que modifica el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, argumentando que tal norma es incompatible con los derechos fundamentales de los adolescentes al libre desarrollo de la personalidad (en especial derechos sexuales), a la igualdad y no discriminación, al acceso a la información, a la salud (salud sexual y reproductiva) y a la vida privada e intimidad de los adolescentes, además de otros derechos de rango constitucional como intimidad de los adolescentes, además de otros derechos de rango constitucional como la interdicción de la arbitrariedad en materia penal (*ultima ratio* en la aplicación del Derecho Penal) y la protección preferente del interés superior de los niños y adolescentes.

   Se advierte que los demandantes persiguen que se declare la inconstitucionalidad de la citada disposición, debiéndose como consecuencia de ello dejar sin efecto la penalización de todo acto sexual consentido ocurrido entre personas adolescentes de 14 a 18 años, pues dicha penalización atenta contra:

   i) *El libre desarrollo de la personalidad*, específicamente el despliegue, la exploración y el ejercicio de la propia sexualidad (derechos sexuales), que integra su contenido protegido, pues dicha regulación no supera el test de proporcionalidad al derogar los derechos sexuales de los adolescentes estableciendo penas irrazonables.

   ii) *No ser privado de información* que permita el ejercicio responsable y saludable de la sexualidad y reproducción de los adolescentes (maternidad y paternidad responsable);

   iii) *El derecho a la salud* (sexual y reproductiva), así como los de *intimidad y vida privada* de los adolescentes, puesto que al penalizar las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes, y entre adolescentes y adultos, impiden a los menores acercarse libremente a establecimientos de salud para solicitar información respecto de infecciones de transmisión sexual.

   iv) *El derecho a la igualdad y a no ser discriminado*, pues la norma cuestionada establece una regulación de razonabilidad cuando diferencia entre adolescentes mayores de dieciocho años y adultos en general que deciden ejercer su sexualidad con libertad, no superando asi el test de igualdad, pues existen medidas que sin penalizar la sexualidad ejercida libremente promueve su exploración saludable asi como su ejercicio responsable e informado.

   v) *El principio de interés superior del niño y el adolescente* que genera diversos mandatos para el Estado y que éste viene incumpliendo sistemáticamente.

   vi) *El principio de lesividad, de proporcionalidad y finalidad de las penas,* asi como el carácter subsidiario del Derecho Penal.

**Contestación de la demanda**

2. El Procurador del Congreso de la Republica contesta la demanda considerando que ésta debe ser declarada infundada, argumentando que no contraviene la Constitución del Estado ni por el fondo ni por la forma, total o parcialmente, tampoco directa o indirectamente.

3. Señala también que existe una interpretación de la disposición penal impugnada que es conforme a la Constitución y que ha sido realizada por la Corte Suprema de Justicia de la Republica mediante Acuerdo Plenario y que ha sido realizada por la Corte Suprema de Justicia de la Republica mediante el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116, por lo que en aplicación de los principios constitucionales de conservación de la ley, de declaración de inconstitucionalidad como *ultima ratio* y de *indubio pro legisladore*, no puede considerarse que la disposición cuestionada sea inconstitucional.

4. Asimismo expresa que la solicitud de expulsión del ordenamiento de la disposición penal impugnada no es congruente con lo señalado en uno de los extremos de la demanda, puesto que si bien expresa que es legitimo sancionar gravemente las relaciones sexuales realizadas con violencia, coerción o aprovechamiento de una posición dominante, mas aun si se trata de adolescentes, también señala que se debe expulsar la disposición penal impugnada

del ordenamiento, trayendo esto como consecuencia que para tales casos se va a tener que aplicar los tipos penales establecidos para la violación sexual de mayores, los cuales contemplan sanciones menos severas.

**Delimitación del Petitorio**

5. La demanda tiene por objeto que se declare la inconstitucionalidad del artículo 1° de la Ley N° 28704, que modifica el artículo 173°, inciso 3) del Código Penal. Este artículo establece lo siguiente:

> *"Modificanse los artículos (...) 173 (...) del Código Penal, cuyo texto en lo sucesivo será el siguiente:*
>
> *(...)*
>
> *Artículo 173.- Violación sexual de menor de edad*
>
> *El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:*
>
> *(...)*
>
> *3. Si la victima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años."*

6. Le corresponde entonces a este Colegiado evaluar la constitucionalidad de la disposición cuestionada, siendo necesario analizar si existe una intervención injustificada en el ámbito constitucional de los derechos invocados por los demandantes. Es así que considero necesario establecer el objeto de la norma y los derechos fundamentales cuya protección persigue.

**Posición del Estado frente a los derechos de los menores**

7. La Constitución Política del Perú señala en su artículo 4° que *"La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono."* (subrayado y resaltado agregado)

8. Asimismo el artículo 43° del Código Civil señala que:

> Son absolutamente incapaces:
>
> 1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
>
> El artículo 44° establece que:
>
> Son relativamente incapaces:
>
> 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.

9. El Código de los niños y Adolescentes establece en los artículos I y II del Título Preliminar que:

> *"Artículo I: Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad.*
>
> *El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario."*
>
> *Artículo II: Sujeto de derechos.-*
>
> *El niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica. Deben cumplir las obligaciones consagradas en esta norma.*

Asimismo el artículo IV del mismo cuerpo legal establece que:

> *"Además de los derechos inherentes a la persona humana, el niño y el adolescente gozan de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo. Tienen capacidad especial para la realización de los actos civiles autorizados por este Código y demás leyes."*

El artículo IX de la referida norma señala que

> *"En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos."*

El artículo 4° del Código del Niño y de los Adolescentes señala que:

> *"El niño y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. No podrán ser sometidos a tortura, ni a trato cruel o degradante.*
>
> *Se consideran formas extremas que afectan su integridad personal, el trabajo forzado y la explotación económica, así como el reclutamiento forzado, la prostitución,*

*la trata, la venta y el tráfico de niños y adolescentes y todas las demás formas de explotación."*

10. Finalmente en la Convención sobre los Derechos del Nino, aprobada, mediante Resolución Legislativa N° 25278 de fecha 3 de agosto de 1990, señala en su Preámbulo que:

*Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales,*

*(...)*

*Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión,*

*(...)*

*Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento* (subrayado agregado).

Asimismo en el artículo 1° y 3° de la misma Convención se expresa que:

*Artículo 1°.- Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.*

*Artículo 3°.-*

*1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*

*2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.*

11. Es claro entonces que el Estado, considerando la especial posición de los menores, ha buscado su protección a través de políticas estatales, normativas, etc, expresando un especial tratamiento que solo busca ser una garantía que blinde a los menores de cualquier atentado a sus derechos fundamentales.

**Derecho al libre desarrollo de la personalidad**

12. La Constitución Política del Estado reconoce el derecho al libre desarrollo en el artículo 2, inciso 11. Sobre este derecho ha afirmado este Tribunal lo siguiente:

El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres.

13. Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente a cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales.

14. La consecuencia importante del reconocimiento de este derecho fundamental constituye la prohibición del Estado de intervenir en esta esfera o adjudicar consecuencias a los actos o conductas que en ese ámbito impenetrable tienen lugar. En tal sentido, las conductas que se encuentran bajo el ámbito de protección del derecho al libre desenvolvimiento "constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra." (Exp. 03901-2007-PA/TC)

15. Es bien cierto que, como sucede con otros derechos fundamentales, el del libre desarrollo de la personalidad tampoco es un derecho absoluto. En la medida en que su reconocimiento se sitúa al interior de un *orden constitucional*, las potestades o facultades que en su seno se pudieran cobijar, pueden ser objeto de la imposición de ciertos límites o restricciones a su ejercicio.

16. En algunos casos, y por lo que hace a determinados derechos fundamentales, la Constitución sujeta la actividad limitadora de los derechos fundamentales a la necesidad de

que se observe el principio de reserva de ley. Así sucede, por ejemplo, con los derechos a la inviolabilidad del domicilio, a contratar con fines lícitos, a trabajar libremente, etc.

17. Sin embargo, ausente una reserva de ley en la disposición que reconoce un derecho fundamental, ello no quiere decir que mediante cualquier norma jurídica se pueda restringir un derecho de por sí considerado limitable. En la STC 1091-2002-HC/TC, este Tribunal sostuvo que la prohibición de deslegalización de la actividad limitadora de los derechos, en tales casos, debe materializarse sobre base de los literales a) y b), inciso 24°, artículo 2, de la Constitución, que establece, en ausencia de una reserva legal, la sujeción al principio de legalidad [fund. jur. 5].

18. La sujeción de toda actividad limitadora de un derecho fundamental al principio de reserva de ley o, en su defecto, al principio de legalidad, constituyen *garantías normativas* con los que la Constitución ha dotado a los derechos fundamentales. El propósito que ellos cumplen es sustraer tales restricciones del poder reglamentario del Ejecutivo o, en general, de la competencia de cualquier órgano estatal que no represente directamente a la sociedad y, por tanto, que con criterios de generalidad y abstracción puedan establecer restricciones a su ejercicio.

19. Ese es el caso en el que se encuentra el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por un lado, en la medida en que el mismo derecho no se encuentra sujeto a una reserva de ley y, por otro, que las facultades protegidas por este tampoco se encuentran reconocidas de manera especial en la Constitución [como sucede, por el contrario, con las libertades de tránsito, religión, expresión, etc.], el establecimiento de cualquier clase de límites sobre aquellas potestades que en su seno se encuentran garantizadas debe efectuarse con respeto del principio de legalidad.

20. Ciertamente, los niveles de protección que han revestido constitucionalmente los derechos fundamentales no se agotan con las "garantías normativas" [reserva de ley y legalidad]. Aunque la Constitución de 1993 no contenga una cláusula semejante a las existente en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 o en la Constitución española de 1978, en virtud de la cual se establezca que en la limitación de los derechos el legislador deberá respetar su contenido esencial, lo cierto es que en nuestro ordenamiento tal limitación de los derechos se deriva de la distinción de planos en los que actúa el Poder Constituyente y el legislador ordinario.

21. Como este Tribunal lo ha recordado en la STC 0014-2002-AI/TC, el respeto al contenido esencial de los derechos constituye un "límite implícito [del Poder Legislativo] derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente". Y es que una cosa es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional, y otra, muy distinta, suprimirlo. La limitación de un derecho no comporta su supresión, sino solo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio. "De ahí que el Tribunal Constitucional haya sido enfático en señalar que no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende de que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción" [Funds. jurs. 94 y 93, respectivamente].

22. En ese sentido, encontrándose el legislador de los derechos fundamentales obligado a respetar su contenido esencial, no basta que se satisfagan las garantías normativas a las que antes se ha aludido para que se considere, sin más, que una limitación determinada no constituye afectación de un derecho o, acaso, que la aplicación de una norma legal limitadora, por el simple hecho de haberse establecido respetando tales garantías normativas, no puede suponer la violación de un derecho constitucional.

23. Tal afirmación también es de recibo en el tratamiento constitucional al cual está sujeto el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En efecto, la sujeción al principio de legalidad de la actividad limitativa de este derecho no puede entenderse en el sentido de que basta que una ley o norma con rango de ley establezca un límite a cualquiera de las potestades por él protegidas para que estas se consideren válidas en sí mismas, pues este último juicio solo podrá considerarse constitucionalmente correcto si, a su vez, se respeta el contenido constitucionalmente declarado del derecho y se satisfacen los principios de razonabilidad y proporcionalidad. (STC N.° 2868-2004-AA/TC)

24. De lo expuesto se advierte que toda limitación impuesta legislativamente solo podrá considerarse constitucional no solo si respeta el contenido constitucionalmente declarado del derecho sino si cumple con el respeto de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

25. En el caso de autos encontramos que la normativa cuestionada expresa que:

*El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:*

*(…)*

*3. Si la victima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años."*

26. Los demandantes afirman que tal disposición normativa afecta sus derechos los derechos fundamentales de los adolescentes al libre desarrollo de la personalidad (en especial derechos sexuales), a la igualdad y no discriminación, al acceso a la información, a la salud (salud sexual y reproductiva) y a la vida privada e intimidad de los adolescentes, entre otros derechos.

    El ente emplazado expresa, entre otros argumentos, que la disposición impugnada no afecta el principio de proporcionalidad, específicamente en cuanto a la idoneidad de la medida, refiere que la mencionada norma busca proteger la indemnidad o intangibilidad sexual de los mayores de 14 y menores de 18 años de edad, considerando que la medida adoptada es idónea. Respecto al principio de necesidad señala que del contenido de la demanda se observa que la citada disposición no plantea una medida alternativa que a la vez sea idónea para proteger la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores de edad entre 14 años y menos de 18, y que a la vez constituya una limitación y/o restricción más benigna al derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo que la medida cuestionada no transgrede el principio de necesidad. Finalmente respecto al principio de proporcionalidad en sentido estricto señala el ente demandado que haciendo una comparación sobre el grado de protección al derecho a la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad, con el grado de afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el ámbito de su sexualidad, es evidente que la medida cuestionada resulta proporcional superando por ello el test de proporcionalidad.

**Análisis de la norma cuestionada**

27. Se advierte de la lectura de la norma cuestionada que en puridad ha asumido una medida legislativa tendiente a proteger el derecho a la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad, sancionando con mayor severidad a los que atenten contra ellos. La pregunta seria ¿Con la adopción de dicha medida legislativa para proteger el derecho a la indemnidad o intangibilidad sexual se interviene de manera injustificada y desproporcional el derecho al libre desarrollo de la personalidad en el ámbito del derecho a la libertad sexual? Y tal interrogante surge principalmente porque se considera que la medida legislativa no ha tomado en cuenta el consentimiento de los menores entre 14 y 18 años, afectándose así su derecho a la libertad sexual. La respuesta a dicha interrogante es positiva, puesto que el legislador al emitir la disposición cuestionada en su afán de proteger el derecho a la indemnidad sexual ha intervenido el derecho a la libertad sexual de los menores, siendo necesario evaluar –conforme lo ha hecho el proyecto puesto a mi vista– si dicha medida legislativa supera el test de proporcionalidad, debiendo analizar los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

**El artículo 173.3 del Código Penal ¿supera el subprincipio de idoneidad?**

28. Aquí evaluaremos si la medida legislativa adoptada es adecuada para lograr tal fin. Es así que tenemos que evaluar la relación de medio-fin, esto es si la medida legislativa adoptada cumple el fin propuesto por el legislador. En tal sentido si tenemos que el fin o propósito de la disposición cuestionada principalmente es la protección de derecho a la indemnidad sexual, constituyéndose éste en el bien jurídico tutelado por el derecho penal. ¿Qué es el derecho a la indemnidad sexual? Conforme lo expresa el proyecto en mayoría, Con la indemnidad sexual "se quiere reflejar el interés en que determinadas personas consideradas especialmente vulnerables por sus condiciones personales o situacionales, queden exentas de cualquier daño que pueda derivar de una experiencia sexual, lo que aconseja mantenerles de manera total o parcial al margen del ejercicio de la sexualidad. A la hora de identificarse los perjuicios susceptibles de causarse, en relación a los menores se destacan las alteraciones que la confrontación sexual puede originar en el adecuado y normal desarrollo de su personalidad o, más específicamente, de su proceso de formación sexual, o las perturbaciones de su equilibrio psíquico derivadas de la incomprensión del comportamiento" [DIEZ RIPOLLES. Jose Luis, "El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual" en: Anuario de Derecho Penal, N° 1999-2000, p. 14].

29. Por ende con la medida legislativa adoptada evidentemente se protege el derecho a la

indemnidad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad, puesto que, considerando su especial posición, el legislador ha buscado que queden exentas de cualquier daño derivado de una experiencia sexual, mas aun teniendo presente su estado de "formación" tanto psíquica como física. Por tanto la medida adoptada efectivamente logra dicho objetivo, ya que con ello se expresa a la sociedad que cualquier contacto sexual con menores entre 14 y 18 años será pasible de una sanción, actuando ésta como un efecto desmotivador.

**El artículo 173.3 del Código Penal ¿supera el subprincipio de necesidad?**

30. En esta etapa de análisis es necesario evaluar si existe otra medida alternativa que se constituya en una medida menos gravosa al derecho intervenido (derecho a la libertad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad).

31. Es así que el legislador al asumir determinada posición que afecte o restrinja en mayor o menor grado un derecho fundamental debe siempre evaluar todas las alternativas posibles a efectos de que para sancionar determinada conducta criminalizada se intervenga un derecho fundamental de la manera menos aflictiva.

32. A mi juicio considero que la disposición cuestionada ha sido la alternativa menos gravosa asumida por el legislador, puesto que al considerar que los menores entre 14 y 18 años de edad tienen una especial posición frente al Estado corresponde a éste asumir la posición más garantista a sus derechos, por ende al buscar proteger el derecho a la indemnidad sexual de los menores no encuentro una medida alternativa menos gravosa que garantice el derecho a la indemnidad sexual.

33. El proyecto en mayoría considera como una medida alternativa menos gravosa el "que se sancione única y exclusivamente a aquellas personas adultas que tuviesen relaciones sexuales no consentidas con los aludidos menores de edad, pero no sancionando indistintamente todo tipo de relación sexual con dichos menores, sin que importe en absoluto el consentimiento que estos pudieran expresar en tanto titulares del mencionado derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad." Respecto a dicha alternativa tomada como medida menos gravosa al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, considero de suma importancia expresar lo siguiente en atención a que considero no solo errada dicha alternativa sino también peligrosa:

a) No solo la legislación nacional sino la legislación internacional han considerado a los menores como sujeto de derecho y de especial protección, puesto que por su *"por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".* Es así que no existe duda respecto a que los menores entre 14 y 18 años de edad, están en etapa de formación, por lo que su madurez tanto física y mental aun no se encuentran definidas, razón por la que el Estado asume el rol de protector y garante de sus derechos fundamentales.

b) Por ello mi pregunta sería ¿es válido el solo consentimiento del menor entre 14 y 18 años de edad, para que se exima de una sanción penal a una persona que tenga *acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías¸ con un menor?* ¿Podríamos afirmar que el consentimiento de un menor entre 14 y 18 años de edad no se encuentra viciado y no puede ser objeto de manipulación o inducción por parte de otra persona?. Para mí las respuestas a estas interrogantes son capitales, ya que ello constituirá la razón por la que se puede considerar la medida adoptada como mas gravosa al derecho al desarrollo de la personalidad.

   Respecto a la primera interrogante considero que el solo consentimiento de un menor entre 14 y 18 años de edad no puede ser considerado como valido, ya que precisamente por encontrarse en etapa de formación (física y psiquica) merece protección del Estado, no pudiendo considerar que su consentimiento implica una decisión pensada y razonada de manera adecuada. En tal sentido el expresar que el consentimiento de un menor exime de sanción penal a otra persona adulta, es grave y en algunos casos puede resultar hasta perjudicial para estos menores. Por ello es que el Estado –a través de la norma cuestionada– persigue la protección de la indemnidad sexual que es muy diferente a la libertad sexual, ya que precisamente conscientes de la falta de madurez de los menores se busca apartarlos de cualquier manipulación que los lleve a decidir tener relaciones sexuales sin juzgar las posibles consecuencias y peor aun sin advertir las reales intenciones de quien los induce a ello.

Respecto a la segunda interrogante expreso que precisamente la falta de madurez –por encontrarse en formación– de los menores entre 14 y 18 años, los hace vulnerables a efectos de que sean inducidos o engañados con el objeto de tener relaciones sexuales, siendo presa fácil de personas inescrupulosas que buscan aprovecharse sexualmente de éstos. Por ende si bien la medida legislativa adoptada es limitativa de los derechos de los referidos menores, no encuentro una medida alternativa menos gravosa a su derecho, puesto que el considerar como medida alternativa el despenalizar las relaciones sexuales sin violencia por el solo consentimiento de estos menores implica la desprotección por parte del Estado de estos menores, quienes no tienen la suficiente madurez física ni psicológica, haciéndolos –repito– vulnerables a personas inescrupulosas que pueden obtener un consentimiento que en sí ha sido manipulado o inducido, y hasta muchas veces comprado.

c) Finalmente considero necesario señalar que existen casos en los cuales –sin duda– el consentimiento sea válido y real, en atención a que se acreditará la existencia de una relación sentimental en la cual no ha existido manipulación por parte de un tercero, supuestos que deberán ser evaluados y ponderados –caso por caso– por el juez penal que analice la causa, ya que no puede aplicarse de manera indiscriminada la norma penal, debiendo existir criterios validos y constitucionales que ameritaran un ponderado estudio del juzgador.

34. En tal sentido la norma supera el sub principio de necesidad al no advertirse una medida menos gravosa al derecho a la libertad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad.

**El artículo 173.3 del Código Penal ¿supera el subprincipio de proporcionalidad en estricto o ponderación?**

35. Este sub principio implica que "[c]uanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor [es decir, por lo menos equivalente] tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro" (STC N° 0023-2005-PI/TC). En otras palabras se busca un equilibrio entre el grado de satisfacción de un derecho y la afectación de otro derecho, de manera que la afectación no sea desproporcionada.

36. Considero que si bien la medida legislativa tiene una intervención en el derecho a la libertad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad, de intensidad grave, también el grado de satisfacción de los bienes jurídicos que se pretende proteger a través de la medida legislativa adoptada es de intensidad elevada, puesto que principalmente se busca proteger el derecho a la indemnidad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad, desmotivando –con la sanción penal– la comisión de dicho delito, transmitiendo a la sociedad la preocupación del Estado por la búsqueda del bien para estos menores que por encontrarse en estado de formación no tienen la capacidad para decidir de manera libre y razonada.

37. Por lo expuesto la medida adoptada supera este sub principio, por lo que considero que la norma cuestionada no es inconstitucional, razón por la que la demanda debe ser desestimada por infundada.

38. Finalmente considero que no es necesario evaluar el sentido interpretativo propuesto por el emplazado, esto es que *si la victima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad, la pena para el autor será no menor de 25 ni mayor de 30 años, salvo que aquella hubiera consentido, en cuyo caso se exime de responsabilidad al autor*, puesto que dicho sentido interpretativo no se infiere de manera alguna de la disposición cuestionada.

39. No obstante lo expuesto considero que tal disposición trae consigo gran responsabilidad para los jueces penales del país, ya que deben evaluar los casos de manera razonada y ponderada, a efectos de no cometer excesos ni arbitrariedades.

Por las razones expuestas mi voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 1° de la Ley N° 28704, que modifica el artículo 173°, inciso 3) del Código Penal.

**S.**

**VERGARA GOTELLI**

**EXP. Nº 00008-2012-PI/TC**
**LIMA**
**10609 CIUDADANOS**

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN**

Con el debido respeto que me merece la opinión de mis colegas al suscribir el proyecto en mayoría, disiento del mismo por lo que procedo a emitir el presente voto singular:

1. En efecto, con fecha 3 de abril de 2012, diez mil seiscientos nueve ciudadanos interponen demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° de la Ley 28704, que modifica el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, alegando que su contenido es incompatible con los derechos fundamentales de los adolescentes al libre desarrollo de la personalidad y de los derechos sexuales como expresión de este; el derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación por motivo de edad. Precisan también que existen afectaciones concretas que se pretenden invisibilizar con la modificación generada por el artículo 1 de la Ley N° 28704, las cuales serían los derechos a no ser privado de información, al acceso a servicio de salud (salud sexual y reproductiva) y a la vida privada e intimidad de los adolescentes.

2. Atendiendo a la pretensión, lo que se persigue a través de la presente acción de inconstitucionalidad es que se deje sin efecto la penalización de "todo acto sexual consentido" ocurrido entre personas adolescentes de 14 a 18, con lo cual queda claro que nuestro pronunciamiento está dirigido a verificar si la ley materia de control resulta vulneratoria a derecho constitucional de los adolescentes.

3. A tal efecto nos remitimos a la norma cuestionada el mismo que a la letra dice:

> **Artículo 173.- Violación sexual de menor de edad:**
>
> El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad:
>
> (...)
>
> 3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

4. Del texto de la norma y atendiendo a la pretensión, en efecto la Ley N° 28704, publicada en el Diario Oficial "El Peruano", con fecha 05 de abril de 2006, modificó el artículo 173° del Código Penal, - abuso sexual de menores de 14 años- mediante la cual se amplía la protección legal establecida solo para los menores de catorce años de edad, por lo que a partir de su dación la protección también alcanza a los adolescentes entre catorce años de edad y menos de dieciocho; de esta forma mantener relaciones sexuales con un o una adolescente constituiría delito.

5. Al respecto nos remitimos al precedente legislativo, donde podemos advertir que en la formulación original el artículo 170° del Código Penal de 1991 respecto a los delitos sexuales estaba considerado como tipo base que tutelaba la libertad sexual, pues protegía el bien jurídico libertad sexual, mientras que el artículo 173 del texto original, tutelaba la indemnidad sexual, pues sancionaba el delito sexual contra los menores de 14 años. Según el texto original, el Código Penal Peruano sancionaba las agresiones sexuales contra los menores de 14 a 18 años a través del artículo 170° equiparando la pena a la violación sexual de adultos, cuando en realidad, materialmente por la condición de minoría de edad de la víctima, las agresiones sexuales contra menores resultaba mucho mas reprochable; no habiendo el legislador tomado en cuenta la Convención sobre los Derechos del Niño que había sido ratificada por el Perú un año antes de la promulgación del Código Penal.

6. La Convención sobre los Derechos del niño ratificada por el Perú mediante Decreto Ley N° 25278 del 04 de agosto de 1990, es el primer instrumento internacional jurídico vinculante que incorpora toda la gama de derechos humanos: civiles, culturales, económicos, políticos y sociales sobre los derechos del niño; y que, a partir de la suscripción por el Estado peruano, éste se obligó a brindar una mayor y preferente protección a los niños, niñas y adolescentes, los que son considerados como menores de edad hasta los 18 años. Así en su artículo 19°, la Convención reconoce la obligación de los Estados partes a adoptar las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño como toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, incluido el abuso sexual del que fueran víctima los menores de edad.

7. La Convención reconoce cuatro principios fundamentales como son: la no discriminación, el interés superior del niño, la supervivencia, el desarrollo, y la participación. Además debe tenerse en cuenta que desde el año 2001 se cuenta con el Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337) que obliga al Estado a brindar una atención integral a los niños, niñas y adolescentes maltratados o víctimas de violencia sexual, cuyo artículo I del Título Preliminar establece que se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los 12 años de edad y adolescente desde los 12 hasta cumplir, los 18 años de edad. Es en esa normatividad interna donde también se reconoce como principio, el "interés superior del niño", por el cual el Estado peruano está obligado a estipular y

llevar a cabo todas las medidas y políticas necesarias para proteger el interés superior del niño, conforme lo ha establecido este mismo Tribunal en uniforme jurisprudencia. Asimismo el artículo VII del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, reconoce como fuente de interpretación y aplicación, a la Convención sobre los Derecho del niño.

8. Es como consecuencia de esta legislación supranacional e interna, que se incorpora un nuevo valor en la política criminal del Estado peruano, como es el de brindar a través de la ley penal (sustantiva, procesal y de ejecución), una mayor protección penal a los niños, niñas y adolescentes de las agresiones sexuales. Con la dación de la Ley 28251 se introdujo una serie de modificaciones en el Código Penal relativas a la prostitución infantil, a la pornografía infantil, y a la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes en el ámbito del turismo. Asimismo se modifica el artículo 170 del Código Penal, incorporándose como circunstancia agravante del delito la violación de la libertad sexual (tipo base), el hecho de que la víctima sea menor de 14 a 18 años (tipo agravado). De esta manera a partir de esta modificatoria legal, el legislador penal distingue claramente las agresiones sexuales contra menores de edad de las producidas a mayores de edad y además, que las agresiones sexuales a menores de edad son mucho más graves y reprochables que las agresiones sexuales a mayores de edad (18 a más), por tanto ya no era posible sancionar un caso de abuso sexual de una menor de edad (14 a 18) como si fuera un caso de violación real de mayor de edad. Esta ley resulta relevante, pues a partir de ella, se establece el trato diferenciado a favor de una mayor protección penal de los menores de edad.

9. Este cambio de diferenciar las agresiones sexuales de menores de edad de las de adultos y de sancionar con mayor dureza los primeros fue a consecuencia del cumplimiento de la convención de los Derechos del Niño. Como se aprecia, el mayor reproche penal del abuso sexual de menores de edad se sustenta en garantizar su mayor protección, lo que se empieza a lograr con la modificación del Código Penal a través de la Ley 28251.

10. Mediante la Ley N° 28704 publicada el 05 de abril de 2006, se modifica el Código Penal y se traslada la agravante de la víctima menor de edad (14 a 18 años) del artículo 170, al inciso 3) del artículo 173, dándose de esta forma cumplimiento al compromiso internacional de la Convención del Niño y maximizando la protección de los niños, niñas y adolescentes frente a los abusos sexuales.

11. Como podemos advertir, del texto original del Código Penal, el objeto de la norma por medio del artículo 173 se tutela el bien jurídico indemnidad sexual, y con la modificatoria hecha por la Ley N° 28704, la conducta de agresión sexual de menores reguladas en el artículo 170 (libertad sexual) pasaba ahora a ser considerada dentro de los delitos contra la indemnidad sexual del artículo 173°. Esta modificatoria legal marcó mucho más la diferencia entre los delitos de abuso sexual de víctimas menores de edad del caso de las víctimas mayores de edad, lo que se reflejó además en la mayor penalidad y prohibición de beneficios penitenciarios para los primeros, promoviendo con ello una mejor protección a los niños, niñas y adolescentes, garantizando así una mayor eficacia preventiva general y especial de los delitos de abuso sexual de menores, aspectos que no han sido tomados en cuenta en el voto en mayoría.

12. Este Tribunal en su STC N° 0012-2010-PI resolviendo la demanda inconstitucionalidad interpuesta en contra del artículo 2° y primer párrafo del artículo 3° de la Ley 28704, apuesta por la especial protección del menor de edad exigida por el artículo 4° de la Constitución y en la Declaración de los Derechos del Niño, mediante la cual se ha expresado que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle"; así tenemos que en su fundamento 29) señala:

    …[p]or su parte, los bienes constitucionales que procuran ser optimizados por vía de dicha intervención en la igualdad, eliminando el acceso a determinados institutos que reducirían el quantum de ejecución de la pena impuesta, son: a) desmotivar la comisión del delito de violación sexual de menores, b) generar la confianza de la población en el sistema penal al apreciar que las penas se cumplen en su totalidad en el caso de este delito, así como c) generar un primer efecto reeducador en el delincuente que incurra en éste.

    Asimismo en su fundamento 30), precisa que "[a] juicio de este Tribunal, los tres bienes que buscan satisfacerse gozan de un valor importante en el sistema constitucional. En particular, la búsqueda de desmotivar la comisión del delito de violación sexual de menores de edad tiene un peso axiológico intenso que justifica el trato diferenciado. Ello en razón de las siguientes consideraciones:

    a) El menor de edad se encuentra en comparación al mayor de edad, en una situación de inferior desarrollo psicosomático, lo que genera una menor

capacidad de juicio y de resistencia física. Esta fue una consideración fundamental en el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 1386 (XVI), del 20 de noviembre de 1959, y reiterada en la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante Legislativa N° 25278, de fecha 3 de agosto de 1990, y que entró en vigencia para el Estado peruano el 4 de octubre del mismo año. En ella se señala que el " el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida prote4cción legal, tanto antes como después del nacimiento". Asimismo, es básicamente esta consideración vinculada a la vulnerabilidad del niño y del adolescente, la que lleva al Código Civil a considerar al menor de 16 años, salvo en circunstancias extraordinarias, un incapaz absoluto (artículo 43° del Código Civil), y al menor entre 16 y 18 años, un incapaz relativo (artículo 44° del Código Civil).

b) Desde una perspectiva normativa, el niño y el adolescente no se encuentran, en abstracto, en una situación jurídica comparable con la de un adulto, toda vez que el artículo 4° de la Constitución, impone a la comunidad y al Estado la obligación de proteger "especialmente al niño". En este precepto reside la constitucionalización del denominado "interés superior del niño", que no es sino la exigencia de asumir prima facie y en abstracto la superioridad axiológica de los derechos e intereses de los niños y adolescentes, allí donde el caso impone al razonamiento jurídico la valoración de una causa en la que ellos se encuentran comprometidos. Asunto que, entre otras cosas, se traduce en el deber de, en caso de dudas hermenéuticas, interpretar el Derecho de forma tal que resulten optimizados tales derechos e intereses, bajo el umbral de los criterios pro homine y favor debilis.

   En relación con ello, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que "[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Este Tribunal ha considerado que de ello se desprende que tales funcionarios estatales deben estar dotados de una especial sensibilidad a la hora de resolver los problemas en que pudieran encontrarse envueltos [los menores de edad]; bien se trata de aspectos que pudieran calificarse de sustantivos, bien de asuntos que pudieran caracterizarse como procesales" (STC 0052-2004-PA/TC. Fundamento 8).

c) El deber de especial protección del menor de edad encuentra sustento, asimismo, en el hecho de que la Constitución, en tanto compendio normativo de valores, debe ser apreciada también como un ideal regulativo, es decir, como un postulado normativo que confía en que el futuro siempre debe ser apreciado como una oportunidad para que la realidad social se asemeje cada vez más al ideal que la Constitución normativamente postula y exige. El presente está protegido por la Constitución, pero ella en su vocación de ser "vivida" cada más por la comunidad que gobierna, observa el futuro como una oportunidad para ser menos requerida, no en razón a un menor compromiso social con sus postulados valorativos, sino, por el contrario como consecuencia de ser cada vez más eficaz sin necesidad de ser aplicada coactivamente. Esa vocación y esperanza puesta en un mañana mas constitucionalizado de lo que está el presente, que este Tribunal aprecia en la Norma Fundamental, que exige hoy un particular rigor en el cuidado constitucional de los niños y adolescentes. Este es el fundamento trascendental que subyace a la especial protección del menor de edad exigida por el artículo 4° de la Constitución, y es, entre otras cosas, la razón por la que en el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño, se ha expresado con atino " que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle".

13. Sin embargo esa protección justificada de parte del legislador de proteger a los menores de 18 años de los abusos de parte de los adultos, no permitió observar que la medida también restringe el libre desarrollo de la personalidad en su amplia expresión de los menores adolescentes, quienes en busca de su desarrollo y exploración de vida sexual mantienen relaciones sexuales con el peligro de que producto de ello la menor salga embarazada y ello conlleve a que el menor de 14 a 18 sea considerado con infractor y por ello purgue una pena privativa de la libertad de 25 años, cuando en dicha exploración operó el consentimiento mutuo.

14. Que el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo IX del Título preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, ha establecido que " toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio de interés Superior del Niño y del Adolescente **y el respeto a sus derechos"**. Siendo que dentro de ese respeto está el derecho a su libre desarrollo de su personalidad y atendiendo a las estadísticas respecto al inicio sexual de los adolescentes en comparación con otros países que el inicio sexual de los adolescentes se inicia a los 12 años; al respecto el Perú no es ajeno a ello, tal es así que se ha permitido la entrega de métodos anticonceptivos en los colegios, con lo cual demuestra que el inicio sexual de los adolescentes es evidente, máxime si los mismos adolescentes se expresan señalando que la ley debe favorecerlos y no perseguirlos; esto demuestra una clara omisión de parte del legislador respecto a la inimputabilidad de las relaciones sexuales entre menores de 14 a 18. Sin embargo dicha omisión no puede permitir que se declare la inconstitucionalidad de la norma, pues atentaría contra el bien superior del niño y lo establecido en la convención de los derechos del niño ratificado por el Perú, pues no solo se estaría despenalizando al menor infractor (14 a 18 años), sino también a los mayores de 18 años.

15. Siendo esto así, y si bien es cierto la norma materia de control al disponer que las relaciones sexuales con un menor de 14 a 18 años será reprimido con pena no menor de 25 ni mayor de 30 años, no está diferenciando si el agente es menor o mayor edad, omisión que no puede conllevar a una declaratoria de inconstitucionalidad de la norma, pues esta ha sido emitida para proteger a los menores de 14 a 18 años de los abusos sexuales cometidos por adultos, con lo cual se estaría atentando contra el bien superior del niño y en contra de la convención de los derechos del niño ratificado por el Perú, pues no solo se estaría despenalizando al menor infractor (menor de 14 y menor de 18 años), sino también a los mayores de 18 años; por lo que se hace necesario sin declarar la inconstitucionalidad del inciso 3) del artículo 173 en stricto, proceder a elaborar una sentencia interpretativa aditiva al haberse determinado la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa, procediendo a interpretar el texto que consideramos incompleto por atentar con el bien superior del niño en su libre desarrollo de su personalidad y el respeto de sus derechos.

Por las consideraciones expuestas, mi voto es porque:

1. Se declare **INFUNDADA** la demanda
2. **INTERPRETESE;** que el inciso 3) del artículo 173° del Código Penal, conforme a los fundamentos del presente voto y atendiendo a su real pretensión, **no es inconstitucional** siempre que se interprete que:
   - La relación sexual consentida entre adolescentes menores de 14 a 18 años **está exenta de responsabilidad penal**;
3. La policía nacional el Ministerio Público y todos los jueces de la república deben acatar este criterio bajo responsabilidad.
4. Asimismo, bajo los efectos retroactivos que debe tener la presente sentencia por imperio de la ley más favorable en materia penal, debe revisarse los procesos en los que se haya condenado o procesado a los que se encuentren dentro del alcance de esta interpretación.
5. **EXHORTAR** al congreso de la República para que en la brevedad, atendiendo a los fundamentos expuestos, legisle con mayor precisión la diferenciación expresada en la presente sentencia.
6. **EXHORTAR** al órgano Ejecutivo, al órgano Legislativo, y otros organismos encargados del Estado, se preocupen por desarrollar una mejor educación sexual de la población adolescente así como el respeto a su libre desenvolvimiento dentro de la sociedad.

**Sr.**

**CALLE HAYEN**

***Sentencia 00005-2012-PI/TC*** *Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente de la República contra la Ordenanza Regional 108-2011-GRJ/CR, emitida por el Gobierno Regional de Junín. El Tribunal declaró fundada en parte la demanda.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 14 de enero de 2013

**Resumen**: El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda interpuesta por el Presidente de la República contra la Ordenanza Regional 108-2011-GRJ/CR, emitida por el Gobierno Regional de Junín, que declaró de interés, utilidad pública y de necesidad regional la inversión privada, y estableció compromisos para el desarrollo de sus actividades en la región.

El Tribunal consideró que la norma cuestionada no es incompatible con la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, la Ley de Bases de la Descentralización ni con la Ley 28059, que desarrolla el Marco de la Promoción de la Inversión Privada, al no trasgredir ninguna competencia del Poder Ejecutivo, o contener algún plan o programa que pueda estar en contradicción, a su vez, con los de carácter nacional.

Con relación a la regulación en materia medio ambiental que realiza el gobierno regional, el Tribunal señaló que la norma está en el marco de las competencias compartidas. Así, señaló que dicha disposición no autoriza ni faculta al Gobierno Regional de Junín a establecer exigencias adicionales no previstas legalmente en materia de protección del medio ambiente, relacionadas con las actividades de exploración y explotación de recursos naturales.

Por otro lado, respecto a la exigencia establecida en la norma a todas las empresas privadas que pretendan establecer sus actividades de prospección, exploración y explotación de recursos naturales en el ámbito de los pueblos indígenas y campesinos de la región Junín, de cumplir con la consulta a los pueblos interesados conforme al Convenio 169 de la OIT, el Tribunal consideró que es incompatible con el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la consulta previa de los pueblos originarios o indígenas, pues esta materia no puede ser regulada mediante una norma de alcance regional, dentro del marco de un Estado unitario como el nuestro, por lo que declaró inconstitucional el artículo tercero de la ordenanza impugnada.

**Temas claves:** Competencias de los gobiernos regionales — interés público — inversión privada — medio ambiente — recursos naturales.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**
**Expediente N.º 00005-2012-PI/TC**

**SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Del 23 de octubre de 2012

**PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD**

Presidente de la República (demandante) c. Gobierno Regional de Junín (demandado)

**Síntesis:**

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República contra la Ordenanza Regional N° 108-2011-GRJ/CR, expedida por el Gobierno Regional de Junín.

Magistrados presentes:

**SS.**
**ÁLVAREZ MIRANDA**
**URVIOLA HANI**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**BEAUMONT CALLIRGOS**
**CALLE HAYEN**
**ETO CRUZ**

**EXP. Nº 00005-2012-PI/TC**
**LIMA**
**PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 23 días del mes de octubre de 2012, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Álvarez Miranda, Presidente; Urviola Hani, Vicepresidente; Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

**A) ASUNTO**

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República, debidamente representado por el Ministerio de Energía y Minas, a través de la Procuradoría Pública Especializada en Materia Constitucional, contra la Ordenanza Regional N° 108-2011-GRJ/CR, que declara de interés, utilidad pública y de necesidad regional la inversión privada, estableciendo compromisos para el desarrollo de sus actividades en la Región Junín.

**B) ANTECEDENTES**

**1. De los fundamentos de la demanda**

Con fecha 27 de enero de 2012, el Presidente de la República, debidamente representado por el Ministerio de Energía y Minas, a través de la Procuradoría Pública Especializada en Materia Constitucional, interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Regional N° 108-2011-GRJ/CR, por considerar que ésta no respeta los principios que conforman el test de competencia e implica una interferencia ilegítima en las competencias del Poder Ejecutivo en materia de minería.

Alega que la disposición cuestionada, al establecer compromisos para el desarrollo relacionados con las actividades mineras, invade las competencias del Gobierno Nacional y viola la Constitución, porque el establecimiento de la normativa y la fijación de la política nacional respecto a esta actividad económica es competencia del Poder Ejecutivo. Sostiene que el Reglamento de la Ordenanza Regional N° 108-2011-GRJ/CR, regula un procedimiento para la obtención de un "certificado popular", cuyo único sustento es el artículo 2 de la disposición cuestionada, prescindiendo del marco legal vigente que otorga al Poder Ejecutivo competencia para la explotación de recursos naturales.

Por otro lado, aduce que la Ordenanza impugnada, al disponer que las empresas privadas deben cumplir con el programa de adecuación del medio ambiente, el estudio de impacto ambiental y el plan de cierre de actividades dispuestas en la Ley General del Ambiente, excluye a las empresas públicas o mixtas (participación público-privado) del cumplimiento de las normas nacionales en materia ambiental, afectando la competencia del Poder Ejecutivo en materia de protección ambiental respecto a las actividades de inversión.

Manifiesta, asimismo, que la disposición cuestionada transgrede el principio de cooperación y lealtad regional, porque a través de ella se contradice el ordenamiento legal establecido para la aprobación de las actividades de exploración minera, afectando así la competencia del Poder Ejecutivo en el proceso de implementación del Convenio N° 169 de la OIT.

Finamente, precisa que la Ordenanza impugnada resulta contraria al principio de taxatividad y a la cláusula de residualidad, porque a pesar de que la Constitución ha establecido la competencia exclusiva del Poder Ejecutivo en materia ambiental, a fin de implementar los mecanismos para la consulta establecida en el Convenio N° 169 de la OIT, en materia de exploración y explotación de recursos naturales, la demandada se ha arrogado competencias que no le corresponden.

**2. De los fundamentos de la contestación de demanda**

Con fecha 12 de junio de 2012, el Gobierno Regional de Junín contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada, por considerar que la Ordenanza Regional N° 108-2011-GRJ/CR no contraviene la Constitución. Sostiene que la Ordenanza cuestionada es un mecanismo para promover la inversión privada en la Región Junín ya que comprende toda actividad comercial, empresarial, industrial, mineral y, en general, toda actividad económica importante, siendo su finalidad fomentar el empleo a fin de reducir los índices de desempleo que afecta la Región.

Refiere que no es cierto que mediante el artículo 2 de la Ordenanza Regional N° 108-2011-GRJ/CR se haya interferido en las competencias del Poder Ejecutivo para autorizar al desarrollo de las "actividades mineras", porque la norma regula las actividades de empresas privadas que afectan el medio ambiente en la Región Junín, sin especificar el sector en que se desenvuelvan, sea éste agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, minería, vialidad, comunicaciones, educación, salud, etcétera.

Asimismo, afirma que el hecho que en el artículo 2 de la Ordenanza Regional N° 108-2011-GRJ/CR no se haya incluido textualmente a dichas empresas, no implica que ésta sea inconstitucional y tampoco transgrede las competencias del Poder Ejecutivo, en la medida que la disposición cuestionada no exonera a las empresas mixtas y públicas del Estado del cumplimiento de las normas nacionales, por lo que las facultades del Gobierno Nacional

se mantienen incólumes. Finalmente, concluye que en atención al principio de subsidiariedad, el Gobierno Nacional no debe asumir competencias que pueden ser cumplidas eficientemente por los gobiernos regionales.

**C) FUNDAMENTOS**

**§1. Delimitación del petitorio**

1. El objeto de la demanda es que se declare la inconstitucionalidad de la Ordenanza Regional N° 108-2011-GRJ/CR, publicada en el diario oficial *El Peruano,* emitida por el Gobierno Regional de Junín. Dicha Ordenanza Regional establece:

> "Artículo Primero.- DECLÁRESE de Interés, Utilidad Pública y de Necesidad Regional la inversión privada, estableciendo compromisos para el desarrollo de sus actividades en la región Junín.
>
> Artículo Segundo.- ESTABLÉZCASE que las empresas privadas que realicen actividades que afecten el medio ambiente en el ámbito de la región Junín, cumplan estrictamente las políticas de resguardo ambiental considerando el Programa de Adecuación del Medio Ambiente, Estudio de Impacto Ambiental y el Plan de Cierre de Actividades que dispone la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente.
>
> Artículo Tercero.- ESTABLÉZCASE que las empresas privadas y sus respectivas concesionarias, que pretendan establecer sus actividades de prospección, exploración y explotación de recursos naturales en el ámbito de los pueblos indígenas y campesinos de la región Junín, cumplan con la consulta a los pueblos interesados conforme lo establece el Convenio 169 de la OIT suscrito por el Perú".

**§2. Examen de constitucionalidad de la Ordenanza Regional Nº 108-2011-GRJ/CR**

*Argumentos del demandante*

2. Se alega que el artículo 1 de la Ordenanza Regional N° 108-2011-GRJ/CR interfiere en el ejercicio de las competencias en materia de minería que corresponden al Poder Ejecutivo, ya que establece compromisos para el desarrollo de esta actividad en su ámbito territorial de aplicación, pese a que su regulación normativa y el establecimiento de la política nacional en materia de minería es competencia del Poder Ejecutivo.

3. Sostiene que el artículo 2 de la Ordenanza cuestionada sirve de sustento para establecer exigencias adicionales no previstas legalmente en materia de protección del medio ambiente, respecto a actividades de exploración y explotación de recursos naturales, invadiendo así las competencias del Poder Ejecutivo. Y que el artículo 3 de la Ordenanza impugnada asigna a los particulares una competencia que corresponde al Poder Ejecutivo, en la medida que el proceso de consulta previa a los pueblos indígenas corresponde ejecutar al Estado, conforme establece el Convenio N° 169 de la OIT y la Ley N° 29785.

*Argumentos del demandado*

4. El Gobierno Regional de Junín considera que la Ordenanza cuestionada pretende promover la inversión privada y el empleo en su Región, a fin de beneficiar a su población. A su juicio, tal promoción forma parte de la competencia de los Gobiernos Regionales, si bien el desarrollo socio-económico regional que se impulse deba realizarse en armonía con las políticas y planes nacionales.

5. Expresa que el ámbito de aplicación del artículo 2 de la Ordenanza cuestionada no se circunscribe al sector de la minería, ya que tiene como destinatarios a todas las empresas privadas que realicen actividades económicas que afecten el medio ambiente en el ámbito de la Región Junín, lo que comprende el sector de agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, minería, vialidad, comunicaciones, educación, salud, etcétera.

*Consideraciones del Tribunal Constitucional*

6. El Tribunal observa que son tres los cuestionamientos que se realizan contra la Ordenanza Regional N° 108-2011-GRJ/CR: a) En cuanto declara de interés, utilidad pública y necesidad regional la inversión privada en la Región Junín; b) al establecer que las empresas privadas que realicen actividades que afecten el medio ambiente deban cumplir estrictamente con las políticas de resguardo ambiental, de conformidad con la Ley General del Ambiente, y c) que allí se disponga que dichas empresas deban cumplir con realizar la consulta previa. En lo que sigue, y siguiendo ese mismo orden, se analizarán las cuestiones planteadas en la demanda.

**A/. Declaración de Interés, Utilidad Pública y de Necesidad Regional la inversión privada en la Región de Junín y Bloque de constitucionalidad**

7. La primera cuestión tiene que ver con el artículo 1 de la Ordenanza Regional N° 108-2011-GRJ/CR, al que la Procuradoría Especializada en materia constitucional

atribuye menoscabar las competencias del Poder Ejecutivo en materia de explotación de recursos naturales, entre las cuales se encuentran las actividades mineras, pues ésta establece compromisos para el desarrollo de esta actividad, pese a que su regulación normativa y el establecimiento de la política nacional en esta materia es competencia del Poder Ejecutivo.

8. El Tribunal observa, sin embargo, que el artículo 1 de la Ordenanza cuestionada no declara de interés, utilidad pública y necesidad regional la inversión minera sino, en general, la *inversión privada* en la Región Junín. Si ésta es competencia o no del Gobierno Regional, es una cuestión que el Tribunal habrá de determinar a partir de cómo la Constitución haya repartido las competencias normativas entre los gobiernos regionales y el Gobierno Nacional en dicha materia, de modo que pueda dilucidarse qué competencias corresponden a una u otra instancia de gobierno.

9. La determinación de tales competencias ha de realizarse en el marco de la forma de Estado que la Constitución establece. Como se ha recordado, de conformidad con el artículo 43° de la Ley Fundamental, el Estado peruano es unitario y descentralizado, mediante la regionalización. Y éste se caracteriza por distribuir horizontalmente el poder público, asignando a sus instancias de gobierno (nacional, regional o local) de autonomía en el marco de las competencias que constitucionalmente se les reconoce.

10. La configuración de una forma de Estado semejante tiene implicancias en el diseño y articulación del sistema de fuentes del Derecho, puesto que en el ámbito de sus competencias cada instancia de gobierno es autónoma, y a cada una de ellas se ha conferido de la competencia de expedir fuentes con el rango de la ley [art. 200.4 de la Constitución], la articulación entre tales fuentes no se efectúan apelando exclusivamente al principio de jerarquía, sino en base al principio de competencia.

11. Como dejamos entrever en la STC 0020-2005-PI/TC, ello presupone identificar en la Constitución y en las leyes que conforman el bloque de constitucionalidad [particularmente, en la Ley de Bases de Descentralización y la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales], los ámbitos materiales de competencia de las fuentes que puedan expedir cada una de las instancias de Gobierno, para a partir de ahí determinar si la Ordenanza Regional cuestionada, al declarar de interés, utilidad pública y necesidad regional la inversión privada en la Región Junín, incurrió en un supuesto de inconstitucionalidad indirecta, al regular una materia para la cual no tenía competencia.

12. Así las cosas, el Tribunal hace notar que de conformidad con el artículo 192° de la Constitución, corresponde a los gobiernos regionales "[…] 5. Promover el **desarrollo socioeconómico** regional y ejecutar los planes y programas correspondientes". En el marco del proceso de descentralización mediante la regionalización, el establecimiento de esta competencia tiene como objetivo que los gobiernos regionales **promuevan su desarrollo económico**, a través del **fomento de las inversiones** y de las actividades y servicios públicos que están dentro de su esfera de responsabilidad.

13. En dicho marco, el artículo 4 de la Ley N° 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales ha previsto que "los gobiernos regionales tienen por finalidad esencial fomentar el desarrollo integral sostenible, **promoviendo la inversión** pública y **privada** y el empleo y garantizar el ejercicio pleno de los derechos y la igualdad de oportunidades de sus habitantes, de acuerdo con los planes y programas nacionales, regionales y locales de desarrollo" (énfasis agregado).

14. Puesto que la promoción de la inversión privada ha de realizarse de acuerdo con los planes y programas nacionales, el inciso c) del artículo 36 de la Ley de Bases de la Descentralización ha previsto que, en su ámbito y nivel, la promoción, gestión y regulación de las actividades económicas y productivas relacionadas con los sectores de agricultura, pesquería, industria, comercio, turismo, energía, hidrocarburos, minas, transportes, comunicaciones y medio ambiente, formen parte del elenco de competencias compartidas que se ha establecido a favor de los gobiernos regionales.

15. En el marco de los planes y programas nacionales, corresponde a los gobiernos regionales la tarea de "definir, aprobar y ejecutar, en su Plan de Desarrollo Concertado, las prioridades, vocaciones productivas y lineamientos estratégicos para la potenciación y mejor desempeño de la economía regional". Igualmente, cuentan con la competencia de "formular y promover proyectos de ámbito regional para la participación de la **inversión privada**"; así como "formular, ejecutar y supervisar el cumplimiento de las políticas y estrategias de promoción de la inversión privada", conforme lo dispone la Ley N.° 28059, que desarrolla el Marco de la Promoción de

la Inversión Privada en sus tres niveles de gobierno [art. 4, incisos 1, 5 y 10].

16. En ese sentido, puesto que la declaración, a través del artículo 1 de la Ordenanza Regional cuestionada,

> "…de Interés, Utilidad Pública y de Necesidad Regional la inversión privada, estableciendo compromisos para el desarrollo de sus actividades en la región Junín",

no hace otra cosa que fomentar o promover el desarrollo de la inversión privada en la jurisdicción del Gobierno Regional de Junín, el Tribunal es de la opinión que esta disposición no es incompatible con la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, la Ley de Bases de la Descentralización ni con la Ley N°. N° 28059, que desarrolla el Marco de la Promoción de la Inversión Privada, al no trasgredir ninguna competencia del Poder Ejecutivo, o contener algún plan o programa que pueda estar en contradicción, a su vez, con los de carácter nacional.

17. Por supuesto que no escapa a este Tribunal que la *ratio* del cuestionamiento que contiene la demanda, más que orientarse a impugnar la declaración "de Interés, Utilidad Pública y de Necesidad Regional la inversión privada", en realidad, se dirige a objetar que tal promoción sea anunciada con el establecimiento de ciertos "compromisos para el desarrollo de sus actividades en la región Junín", y que ello potencialmente culmine con la regulación por el Gobierno Regional de materias que no son de su competencia.

18. Sin embargo, ausente una precisión de cuáles sean esos "compromisos" a los que se refiere el artículo 1 de la Ordenanza Regional cuestionada y no siendo posible, por tanto, que pueda analizarse si su regulación constituye una competencia del Gobierno Nacional o, a su turno, del Gobierno Regional, el Tribunal es de la opinión de que éste no es, abstractamente considerado, incompatible con la Constitución ni con el bloque de constitucionalidad. Y así debe declararse.

**B/. Competencias normativas en materia medio ambiental**

19. Por otro lado, también se ha cuestionado el artículo 2 de la Ordenanza Regional impugnada, por establecer

> "… que las empresas privadas que realicen actividades que afecten el medio ambiente en el ámbito de la región Junín, cumplan estrictamente las políticas de resguardo ambiental considerando el Programa de Adecuación del Medio Ambiente, Estudio de Impacto Ambiental y el Plan de Cierre de Actividades que dispone la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente".

20. La Constitución no es indiferente a la regulación del régimen de competencias en materia ambiental. Su artículo 192, luego de establecer que los gobiernos regionales son competentes para "promover el **desarrollo socioeconómico** regional y ejecutar los planes y programas correspondientes", precisa que también corresponde a estas instancias de gobierno "Promover y regular actividades y/o servicios en materia de agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, **minería**, vialidad de las comunicaciones, educación**,** salud y **medio ambiente**, conforme a ley" (énfasis agregado) [inc. 5].

21. La reserva de ley a la que está sometida el ejercicio de cualesquiera de las competencias a que se refiere el inciso 5) del artículo 192 de la Constitución, ha sido desarrollada en diversas disposiciones legislativas. Es el caso, por ejemplo, del artículo 36, inciso c), de la Ley de Bases de Descentralización, que establece que son **competencias compartidas** entre el Gobierno Regional y Nacional, la "promoción, gestión y regulación de actividades económicas y productivas en su ámbito y nivel, correspondientes a los sectores agricultura, pesquería, industria, comercio, turismo, energía, hidrocarburos, **minas**, transportes, comunicaciones y **medio ambiente**" (énfasis agregado).

22. Por su parte, el literal c) del inciso 2) del artículo 10 de Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales, especifica que es "competencia compartida" la promoción, gestión y regulación de actividades económicas y productivas, en su ámbito y nivel correspondiente, relacionadas con **minas** y **medio ambiente**, entre otros. De igual modo, el literal d) del mismo inciso 2) del artículo 10 de la misma LOGR, establece como "competencia compartida" la gestión sostenible de los recursos naturales y mejoramiento de la calidad ambiental.

23. Entre tanto, el inciso h) del artículo 53 de la LOGR precisa, como "función específica" de los gobiernos regionales en materia ambiental, la de *controlar y supervisar el cumplimiento de normas,* contratos, proyectos y estudios de impacto ambiental y uso racional de los recursos naturales en su respectiva jurisdicción. Especificando la misma LOGR, que

> "Las funciones específicas que ejercen los Gobiernos Regionales se desarrollan en base a

las políticas regionales, las cuales se formulan en concordancia con las políticas nacionales sobre la materia".

24. En concordancia con la competencia de control y supervisión, el artículo 18 de la Ley N° 27446, del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (LSNEIA), modificado por el Decreto Legislativo N° 1078, precisa que corresponde

> "a las autoridades regionales y locales, emitir la certificación ambiental de los proyectos que dentro del manejo del proceso de descentralización resulten de su competencia" [tercer párrafo, *in fine*].

25. Así, pues, el Tribunal observa que corresponde a los gobiernos regionales, en el marco de las competencias compartidas, la regulación de actividades económicas y productivas en materia de minas y medio ambiente. Igualmente, que dentro de las funciones específicas para la cual es competente se encuentra la tarea de *controlar y supervisar el cumplimiento de normas*, contratos, proyectos y estudios de impacto ambiental y uso racional de los recursos naturales en su respectiva jurisdicción, en "concordancia con las políticas nacionales sobre la materia", las cuales se establecen en la ley.

    Por tanto, declarar, como lo hace el artículo 2 de la Ordenanza N° 108-2011-GRJ/CR, "… que las empresas privadas que realicen actividades que afecten el medio ambiente **en el ámbito de la región Junín**, cumplirán estrictamente las políticas de resguardo ambiental considerando el Programa **de Adecuación del Medio Ambiente, Estudio de Impacto Ambiental y el Plan de Cierre de Actividades que dispone la Ley Nº 28611, Ley General del Ambiente**", a juicio del Tribunal, no viola la Constitución ni el bloque de constitucionalidad.

26. En sí misma considerada, dicha disposición no autoriza ni (auto)faculta al Gobierno Regional de Junín a establecer exigencias adicionales no previstas legalmente en materia de protección del medio ambiente, relacionadas con las actividades de exploración y explotación de recursos naturales, como se ha sugerido en la demanda. Las exigencias que deben cumplirse según el artículo 2 de la Ordenanza Regional cuestionada son aquellas consideradas en el programa de adecuación al medio ambiente, estudio de impacto ambiental y el plan de cierre de actividades que establece la Ley N°. 28611, que en ejercicio de su competencia ha dictado el Gobierno Nacional.

27. Desde luego, tal remisión a la Ley N° 28611 que realiza el artículo 2 de la Ordenanza regional cuestionada no puede ser entendida en el sentido de que las únicas exigencias que deban observar las empresas que afecten el medio ambiente sean las que esta Ley N° 28611 establezca pues, como precisa su artículo 52 ["Las competencias ambientales del Estado son ejercidas por organismos constitucionalmente autónomos, autoridades del Gobierno Nacional, gobiernos regionales y gobiernos locales, de conformidad con la Constitución y las leyes que definen sus respectivos ámbitos de actuación, funciones y atribuciones, en el marco del carácter unitario del Estado. *El diseño de las políticas y normas ambientales de carácter nacional es una función exclusiva del Gobierno Nacional"*], ésta también comprende a las que pudieran estar establecidas en otras normas de carácter nacional dictadas por las diversas instancias del Gobierno Nacional. Que el artículo 2 de la Ordenanza Regional cuestionada no aluda a todas ellas no la hace inconstitucional pues, al fin y al cabo, el carácter vinculante y el cumplimiento de las demás normas de carácter nacional no depende de que el cuestionado artículo 2 de la Ordenanza Regional lo establezca.

28. Por último, ante el cuestionamiento realizado al Título II del Reglamento de la Ordenanza Regional cuestionada, aprobado mediante Decreto Regional N° 010-2011-GR-JUNIN/PR, que según la Procuradoría Pública especializada en materia constitucional, "… establece y regula un procedimiento para la obtención de lo que el Reglamento denomina la "Certificación Ambiental", cuyo único sustento normativo para ser expedido lo constituye el artículo 2° de la norma impugnada, sin que exista referencia alguna en el texto normativo del Reglamento al marco legal vigente sobre la materia, que otorga al Poder Ejecutivo competencia para la protección del medio ambiente respecto a las actividades económicas de explotación de recursos naturales"; el Tribunal recuerda que de conformidad con el artículo 18, inciso 1), de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental –modificada por el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1078-, los gobiernos regionales son competentes para

> "… emitir la certificación ambiental de los proyectos que dentro del marco del proceso de descentralización resulten de su competencia".

29. A los efectos de que puedan llevar a cabo dicha función, corresponde a los gobiernos

regionales regular el procedimiento orientado a su obtención. La regulación de tal procedimiento, desde luego, no comprende el establecimiento de requisitos no previstos en una norma de carácter nacional, pues de conformidad con el recordado artículo 52 de la Ley N° 28611, corresponde al Gobierno Nacional, como función específica, el *diseño de las políticas y normas ambientales de carácter nacional.*

30. La cuestión de si tales límites materiales, formales y competenciales han sido observados o no por el Título II del Reglamento de la Ordenanza Regional cuestionada, aprobado mediante Decreto Regional N° 010-2011-GR-JUNIN/PR, no es un tema que corresponda analizar a este Tribunal en el seno de este proceso. Como recordamos en la STC 0045-2004-PI/TC, con carácter general, el

> "…control abstracto de constitucionalidad y legalidad de las normas de jerarquía infralegal se realiza a través del proceso de acción popular (Artículo 200, inciso 5). Dicho proceso es de competencia del Poder Judicial (Artículo 85, CPconst). En este contexto, el Tribunal Constitucional está prohibido del control abstracto de constitucionalidad de las normas de jerarquía infralegal debido a que el proceso constitucional establecido para tal efecto está reservado al Poder Judicial" [fundamento 73].

31. La única excepción para que un control sobre una norma reglamentaria pueda culminar con su declaración de invalidez, es que previamente se haya declarado inconstitucional la norma con rango legal a cuyo amparo ésta se dictó. Como se sostuvo en la misma STC 0045-2004-PI/TC,

> "el Tribunal Constitucional sí puede efectuar el control abstracto de constitucionalidad de una norma de jerarquía infralegal y, así, pronunciarse sobre su validez constitucional, cuando ella es también inconstitucional "por conexión o consecuencia" con la norma de jerarquía legal que el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional [,pues,] De conformidad con el artículo 78° del CPConst, "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" [fundamento 74].

32. Al Tribunal solo le corresponde recordar que si el Reglamento de la Ordenanza Regional N°. 108-2011-GRJ/CR incorporara requisitos o condiciones para obtener la certificación ambiental no contemplados en una norma de carácter nacional, ésta sería, en primer lugar, incompatible con el propio artículo 2 de la Ordenanza Regional cuestionada pues, como antes se ha indicado, ésta última establece que las empresas privadas que afecten el medio ambiente deben cumplir las políticas de resguardo ambiental considerando el programa de adecuación al medio ambiente, estudio de impacto ambiental y el plan de cierre de actividades que establece la Ley N°. 28611. En definitiva, se trataría de una antinomia entre dos fuentes del derecho regional, que corresponde resolverse con base al principio de jerarquía normativa, al tratarse de un típico caso de ilegalidad de una norma reglamentaria. Sin embargo, un supuesto como el descrito en el párrafo anterior, también es capaz de presentar una antinomia entre una fuente regional, de carácter reglamentario, y las fuentes que conforman el bloque de constitucionalidad, en cuyo caso el conflicto normativo también cabe resolverse con base en la aplicación del principio de competencia y jerarquía.

33. Finalmente, en relación al cuestionamiento de que al disponerse en el artículo 2 de la Ordenanza Regional cuestionada que las empresas privadas deben cumplir con ciertos requerimientos ambientales, implícitamente se excluye a las empresas públicas o mixtas (participación público – privado) del cumplimiento de las normas nacionales en materia ambiental, afectando la competencia del Poder Ejecutivo en materia de protección ambiental; el Tribunal es de la opinión que el régimen de inmunidades, potestades, atributos, deberes y obligaciones que deban cumplir las empresas –cualquiera sea su régimen- en materia de minería, recursos naturales y medio ambiente, se encuentran establecidas en las normas dictadas por el Gobierno Nacional, las cuales son las únicas normas competentes para regular jurídicamente tales materias.

**C/. Consulta previa e informada y el artículo 3 de la Ordenanza Regional Nº 108-2011-GRJ/CR**

34. El derecho a la consulta previa e informada de los pueblos indígenas se encuentra regulado en los artículos 6.1 y 6.2 del Convenio 169 de la OIT, a tenor del cual:

> "1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
>
> a) 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;
>
> (…)
>
> 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas".

35. El Tribunal observa, igualmente, que de conformidad con el artículo 15.2 del citado Convenio 169 de la OIT, tratándose de proyectos de prospección y explotación de recursos naturales que pudieran afectar a los pueblos originarios:

> "En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades".

De igual manera, el artículo 2° de la Ley N°. 29785, establece que:

> "… La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado".

36. Como en diversas oportunidades se ha recordado, el derecho a la consulta previa e informada regulado en el Convenio 169, permite que a través del diálogo intercultural los pueblos indígenas sean tomados en cuenta al momento de la adopción de medidas que puedan afectar sus derechos o intereses. Dicha interacción tiene como finalidad incluir a un grupo humano históricamente postergado en el proceso de toma de decisiones públicas, y simultáneamente, busca otorgarle al Estado (o, eventualmente, al particular) aquella legitimidad que sus decisiones requieren para gozar de sostenibilidad en el tiempo. De esta forma, se garantiza que el desarrollo económico impulsado legítimamente desde el Estado, no se contraponga, sino antes bien, se armonice con el derecho de los pueblos originarios a su bienestar y desarrollo.

37. De conformidad con el Convenio 169, así como con el artículo 2 de la Ley N° 29785, que regula el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT, "La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado". Tal precisión pone de relieve que el único sujeto pasivo u obligado para con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa es el Estado, quien no sólo tiene el deber de garantizarlo –promoviendo la organización y procedimientos adecuados- sino también el deber de respetarlo, es decir, de llevarlo adelante cada vez que se prevea la aprobación de "medidas legislativas o administrativas" que puedan afectar directamente los derechos colectivos, su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo de los pueblos indígenas u originarios.

38. Entre los sujetos obligados para con el derecho a la consulta previa no se encuentran los particulares. Tal exclusión es consecuencia de que los recursos naturales, renovables y no renovables, como declara el artículo 66 de la Constitución, son patrimonio de la Nación, en tanto que su aprovechamiento –incluso mediante su otorgación a particulares- corresponde soberanamente decidir al Estado.

39. No obstante ello, el artículo 3° de la Ordenanza Regional cuestionada establece

> "que las empresas privadas y sus respectivas concesionarias, que pretendan establecer sus actividades de prospección, exploración y explotación de recursos naturales en el ámbito de los pueblos indígenas y campesinos de la región Junín, cumplan con la consulta a los pueblos interesados conforme lo establece el Convenio 169 de la OIT suscrito por el Perú".

40. En opinión del Tribunal, una medida de esa naturaleza es incompatible con el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la consulta previa de los pueblos originarios o indígenas, por dos razones:

41. A/. En primer lugar, porque desconoce que el régimen jurídico de los derechos fundamentales, entre los cuales se encuentra el derecho a la consulta previa, no se puede regular mediante una fuente formal del derecho que solo tenga alcance regional. A estos efectos, el Tribunal recuerda que en el marco de un Estado Unitario, una de las garantías

normativas a las cuales se encuentra sometida la regulación de los derechos fundamentales es el principio de legalidad [art. 2.24."a" de la Constitución]. Por su virtud, se garantiza que tanto el contenido como los límites a los cuales éstos puedan estar sometidos, se realice siempre ya sea mediante una ley en sentido formal o, en su defecto, por una norma que satisfaga la reserva de acto legislativo, de manera que se garantice tanto la generalidad e igualdad de trato a todos los habitantes de la República. Como se recordara en la STC 2235-2004-PA/TC, haciendo referencia a los límites,

> "… la satisfacción de las exigencias que demanda dicho principio de legalidad (…) no incluye única y exclusivamente a la ley en sentido formal, esto es, a la expedida por el Congreso de la República como tal. En efecto, en un tema relativo a los alcances del principio de reserva de ley en materia tributaria (STC N.° 2762-2002-AA/TC), este Tribunal recordó que dicha reserva legal 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.
>
> Del mismo criterio ha sido también la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que si bien ha sostenido que "(…) no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30 (de la Convención Americana), como sinónimo de cualquier norma jurídica" (Opinión Consultiva 6/86, párrafo. 26), y que la "(…) expresión leyes (…) no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado" (párrafo 27), sin embargo, ha admitido también que la exigencia de ley formal no "(…) se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad legislativa esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención" (párrafo 36) [fundamentos 4 y 5].

42. B/. En segundo lugar, el artículo 3 de la Ordenanza Regional es manifiestamente incompatible con el artículo 6 del Convenio N°. 169 de la OIT, y el artículo 2 de la Ley N°. 29785, pues comprende a los particulares entre los sujetos pasivos del derecho a la consulta previa, cuando estos no lo son, sino únicamente el Estado, motivo por el cual debe declararse su inconstitucionalidad.

43. Finalmente, este Tribunal debe advertir que con la demanda se ha acompañado un Reglamento de la Ordenanza Regional N° 108-2011-GR-JUNÍN/PR, aprobado mediante Decreto Regional N° 010-2011-GR-JUNÍN/PR, de fecha 29 de diciembre de 2011, que contiene disposiciones que igualmente regulan el derecho a la consulta previa. Ello, en principio, autorizaría a este Tribunal, a declarar su inconstitucionalidad por conexión pues, como antes se ha recordado, los derechos fundamentales no pueden ser regulados mediante fuentes formales que solo tengan alcance regional. Sin embargo, para que tal declaración de inconstitucionalidad por conexión sea posible es preciso que el referido Reglamento sea una norma *vigente*, es decir, que forme parte del sistema jurídico como consecuencia de haber sido introducida siguiéndose las normas que regulan el proceso de producción jurídica.

    En el caso del Reglamento de la Ordenanza Regional N° 108-2011-GR-JUNÍN/PR, el Tribunal observa que si bien éste fue aprobado mediante Decreto Regional N° 010-2011-GR-JUNÍN/PR, la publicación efectuada en el Diario Oficial el Peruano, con fecha 15 de enero de 2012, sólo comprendió al texto del Decreto Regional N° 010-2011-GR-JUNÍN/PR y no así al Reglamento que aprobaba. Tal vez ello explique la situación absolutamente irregular en torno a dicho Reglamento, ya que con la demanda, de un lado, se ha adjuntado copia de un texto que contiene 28 artículos y cuatro disposiciones complementarias y finales; en tanto que, de otro lado, el mismo Reglamento que aparece publicado en la página web del Gobierno Regional de Junín [http://www.regionjunin.gob.pe/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=626&Itemid=475] solo tiene 10 artículos y 2 disposiciones complementarias, siendo evidente la diferencia de ambos textos.

    Más allá de esta grave irregularidad, el Tribunal es de la opinión que no habiéndose

cumplido con el requisito de la publicación a que hace referencia el artículo 109° de la Constitución, dicho Reglamento no surte efecto jurídico alguno, por lo que no puede declararse su inconstitucionalidad dado que ésta es una sanción reservada para las normas jurídicas vigentes.

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA**, en parte, la demanda y, en consecuencia, inconstitucional el artículo 3 de la Ordenanza Regional N° 108-2011-GRJ/CR.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**

**ÁLVAREZ MIRANDA**
**URVIOLA HANI**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**BEAUMONT CALLIRGOS**
**CALLE HAYEN**
**ETO CRUZ**

***Sentencia 00002-2011-PI/TC*** *Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por ciudadanos contra las Ordenanzas Municipales 019-00-CMPP y 010-00-CMPP, emitidas por la Municipalidad Provincial de Piura. El Tribunal declaró fundada en parte la demanda.*

Fecha de publicación de la sentencia en el Portal Oficial del TC: 23 de enero de 2013
Fecha de publicación del auto en el Portal Oficial del TC: 2 de octubre de 2013

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda interpuesta contra la Ordenanza Municipal 019-00-CMPP y la 010-00-CMPP, emitidas por la Municipalidad Provincial de Piura, que establecen un proceso de privatización de puestos y establecimientos en los mercados de dicha municipalidad. Los demandantes señalaron que la demandada excluyó arbitrariamente a la Asociación Central de Comerciantes del Complejo de Mercado de Piura del proceso de privatización.

El Tribunal rechazó la demanda en el extremo referido a la afectación del derecho de petición y la violación de la libre competencia. Respecto al derecho de petición, el Tribunal señaló que ninguna de las normas impugnadas representa, de modo directo o indirecto, una intervención normativa en el contenido constitucionalmente protegido del derecho de petición. Respecto a la libre competencia, el Tribunal rechazó el argumento de que las normas impugnadas establecían un monopolio legal a favor de la Asociación de Comerciantes.

Otro aspecto expuesto por los recurrentes era que las disposiciones cuestionadas creaban condiciones de desigualdad, discriminación y privilegios, puesto que autorizaban a una asociación privada poner las reglas de juego de compraventa del Complejo de Mercados de Piura, cuando ésta le correspondía a la Municipalidad Provincial de Piura como titular del predio y como máxima autoridad administrativa.

El Tribunal estimó en parte la demanda por considerar que las disposiciones cuestionadas efectivamente creaban condiciones de desigualdad, en tanto contemplaban la hipótesis de que las personas naturales o jurídicas que quieran participar en el proceso de privatización o venta de los puestos no ocupados del mercado y que no pertenecieran a la Asociación de Comerciantes, necesariamente tendrían que contar con la anuencia de ella. Esto le confería el privilegio de decidir, libre y discrecionalmente, quién podía participar o no como postor en el proceso de privatización, obstaculizando de esa manera a las personas que no formaban parte de ella para que pudieran materializar su interés legítimo de participar en tal proceso, de manera libre y en igualdad de oportunidades.

Por tanto, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 11 de la Ordenanza 015-2007, modificada por el artículo 1 de la Ordenanza Municipal 10-00-CMPP, en el extremo que permitía la situación antes descrita.

Cabe destacar que un auto posterior desarrolló la competencia del Tribunal en ejecución de sus propias sentencias de inconstitucionalidad.

**Temas claves:** Derecho de petición — ejecución de sentencias — igualdad de oportunidades — privatización.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**
**Expediente N.º 00002-2011-PI/TC**

**SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Del 23 de octubre de 2012

**PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD**

Tres mil ochocientos sesenta y dos ciudadanos c. Municipalidad Provincial de Piura

**Síntesis:**

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por tres mil ochocientos sesenta y dos ciudadanos contra la Ordenanza Municipal N° 019-00-CMPP y el artículo primero de la Ordenanza Municipal N° 10-00-CMPP, expedidos por la Municipalidad Provincial de Piura.

Magistrados presentes:

**SS.**
**ÁLVAREZ MIRANDA**
**URVIOLA HANI**
**VERGARA GOTELLI**
**BEAUMONT CALLIRGOS**
**CALLE HAYEN**
**ETO CRUZ**

**EXP. N.º 00002-2011-PI/TC**
PIURA
TRES MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS CIUDADANOS

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 23 días del mes de octubre de 2012, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Álvarez Miranda, Presidente; Urviola Hani, Vicepresidente; Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

**A) ASUNTO**

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por tres mil ochocientos sesenta y dos ciudadanos, representados por don Nicander Caqui Inga, contra la Ordenanza Municipal N.º 019-00-CMPP y la Ordenanza Municipal N.° 10-00-CMPP, expedidas por la Municipalidad Provincial de Piura, por considerar que infringen los artículos 2°, incisos 2), 15) y 17), 20°, 23°, 31°, 46°, 51°, 58°, 61°, 64° y 194°, segundo párrafo, de la Constitución.

**B) ANTECEDENTES**

**a. De los fundamentos de la demanda**

Con fecha 16 de febrero de 2011, don Nicander Caqui Inga y tres mil ochocientos sesenta y dos ciudadanos interponen demanda de inconstitucionalidad contra las Ordenanzas Municipales N.° 019-00-CMPP y N.° 010-00-CMPP, expedidas por la Municipalidad Provincial de Piura, alegando que infringen los artículos 2°, 20°, 23°, 31°, 46°, 51°, 58°, 61°, 64° y 194°, segundo párrafo, de la Constitución.

Los recurrentes señalan que el artículo 1° de la Ley de Privatización de Mercados establece que se debe respetar el derecho de preferencia de los conductores de los puestos y establecimientos de los mercados, por lo que habiendo estado en posesión por más de treinta (30) años del Complejo de Mercados de Piura y contando con certificados de adjudicación, resulta arbitraria la decisión de la alcaldesa de Piura de no incorporar a la Asociación Central de Comerciantes del Complejo de Mercados de Piura al proceso de privatización, a fin que se les adjudique un puesto o establecimiento para que realicen sus labores.

Por otra parte, manifiestan que el contenido de la Ordenanza Municipal N.° 019-00-CMPP no es el mismo que el aprobado por el Consejo Municipal en su sesión de fecha 21 de diciembre de 2009, pues en dicha sesión se acordó conformar una comisión que evaluará las alternativas de solución a la situación caótica que atraviesa el Complejo de Mercados; en tanto que la Ordenanza crea una Comisión de ubicación de comerciantes.

Refieren, por otro lado, que la Ordenanza Municipal N.° 10-00-CMPP viola el derecho de petición, en la medida que a diferencia de la Ordenanza N.° 015-2007 ya derogada, establece que para participar en el proceso de privatización deban dirigirse a una asociación formal, a pesar de que la Asociación Central de Comerciantes del Complejo de Mercados de Piura también se encuentra constituida formalmente como asociación. Del mismo modo, afirman que dicha Ordenanza Municipal viola el derecho a la igualdad, por cuanto autoriza a una Asociación a poner las reglas de juego del proceso de privatización sin ningún criterio objetivo, cuando en realidad dicha competencia es exclusivamente de la Municipalidad Provincial de Piura.

Finalmente, precisa que la Ordenanza Municipal N.° 10-00-CMPP contraviene los artículos 58° y 61° de la Constitución, por cuanto crea un monopolio legal y viola el principio de la libre iniciativa privada. A su juicio, ello acontece pues es una asociación formal, y no el Comité de Privatización de Mercados, la que decide si se incorpora o no a otras asociaciones formales en el proceso de privatización del complejo de mercados de Piura.

**b. De los fundamentos de la contestación de demanda**

Con fecha 30 de mayo de 2011, la Municipalidad Provincial de Piura contesta la demanda solicitando

que sea declarada infundada. Sostiene que las Ordenanzas Municipales cuestionadas han sido elaboradas observándose la normativa existente, con el propósito de facilitar la competitividad local y propiciar mejores condiciones de vida de su población. Refiere que con la interposición de la demanda de inconstitucionalidad, los recurrentes tienen la intención de perpetuarse en las áreas públicas de los exteriores del Mercado Modelo, creando con ello caos, desgobierno, hacinamiento y tugurización en dicha zona, lo que pone en riesgo la salud e integridad de los pobladores de la ciudad de Piura que asisten a diario a dicho Mercado.

Asimismo, afirma que la conducción de un puesto de exteriores del mercado no puede entenderse como un título que brinde la certeza y la seguridad de que la Municipalidad no podrá dar por terminada la posesión de un puesto. Finalmente, precisa que las Ordenanzas cuestionadas no buscan afectar el derecho al trabajo, sino más bien propiciar que los comerciantes exteriores, que tienen sus puestos en zonas públicas, sean reorganizados mediante su reubicación en el Centro Comercial Las Capullanas, y de ese modo que el ejercicio de su derecho al trabajo no comprometa la salud y la integridad de los pobladores de Piura.

**FUNDAMENTOS**

**§1. Delimitación del petitorio**

1. El objeto de la demanda es que se declare la inconstitucionalidad de la Ordenanza Municipal N° 019-00-CMPP así como del artículo primero de la Ordenanza Municipal N.º 10-00-CMPP, en el extremo que modifica el artículo 11º de la Ordenanza Municipal N.° 015-2007-C/CPP, mediante el cual se aprobó el Reglamento de Transferencia de Puestos y Establecimientos Vía Privatización en Mercados de la Municipalidad de Piura.

2. El Tribunal observa que tanto al formularse la demanda como al contestarse ésta, ambos sujetos legitimados han venido actuando a lo largo del proceso como si éste se tratase de un amparo. Ya desde el momento en que aquélla se interpuso, el representante de los 3862 ciudadanos se presentaría ante este Tribunal, además de actuar como representantes de estos últimos, también como "representante legal de la Asociación Central de Comerciantes del Complejo de Mercados de Piura". Ello ha generado que en diversos momentos, a guisa de argumentarse en favor de la pretensión solicitada, los recurrentes hayan cuestionado más que una norma con rango de ley, en realidad, actuaciones concretas de la Municipalidad Provincial de Piura; Gobierno Local que tampoco se ha quedado atrás en el afán de justificar su actuación en el proceso de privatización disciplinado por las ordenanzas municipales cuestionadas. El resultado de todo ello es, como se podrá imaginar, un desaguisado, en el que (casi) nunca se sabe dónde empieza y termina el debate sobre lo que aquí verdaderamente importa.

3. Aun así, cuatro son las cuestiones sobre las cuales hemos de centrar nuestro análisis en torno a las ordenanzas municipales cuestionadas. A saber: a) la inconstitucionalidad formal de la Ordenanza Municipal N.° 019-00-CMPP; b) la supuesta afectación del derecho de petición y la Ordenanza Municipal N.° 010-00-CMPP; c) la libre competencia y la Ordenanza Municipal N.° 010-00-CMPP; y d) Leyes *ad personam* y la Ordenanza Municipal N.° 010-00-CMPP.

**§2. Sobre la alegada inconstitucionalidad formal de la Ordenanza Municipal Nº 019-00-CMPP**

**Alegatos de los demandantes**

4. Los recurrentes alegan que el artículo 2° de la referida Ordenanza Municipal N.° 019-00-CMPP viola el artículo 194° de la Constitución, pues pese a que en la sesión de Concejo Municipal de fecha 21 de diciembre de 2009 se aprobó la conformación de una Comisión que evaluar**á** las alternativas de solución al problema de los mercados, tras su modificación a través de la fe de erratas publicada en el diario *La República*, de fecha 28 de enero de 2010, dicho artículo 2° terminó conformando una Comisión de Ubicación de Comerciantes, a la cual se le otorgaba el plazo de 30 días para que cumplan e implementen la referida Ordenanza Municipal.

**Alegatos del demandado**

5. Por su parte, el procurador p**úblico** de la Municipalidad Provincial de Piura argumenta que mediante fe de erratas, publicada en el diario *La República*, con fecha 6 de enero de 2010, se corrigió el artículo 1° de la Ordenanza Municipal N.° 019-00-CMPP, declarando en emergencia el complejo de mercados; en tanto que su artículo 2° dispuso la conformación de una comisión de ubicación de comerciantes.

**Consideraciones del Tribunal Constitucional**

6. La Ley Fundamental no establece concretamente a cuál de los órganos que conforman la estructura orgánica de los gobiernos locales le corresponde la competencia normativa de dictar Ordenanzas Municipales. Ella solo se limita a crear esta fuente formal del Derecho Municipal de

manera indirecta, al establecer en el inciso 4) del artículo 200° que también las ordenanzas municipales pueden ser impugnadas en el proceso de inconstitucionalidad de las leyes, por tener el mismo rango de la ley parlamentaria.

7. Por su parte, el segundo párrafo del artículo 194 de la Constitución, luego de establecer que la estructura orgánica de los Gobiernos Locales la conforman el Concejo Municipal y la Alcaldía, precisa que le corresponde al primero la condición de órgano normativo y fiscalizador, en tanto que al segundo la condición de órgano ejecutivo, con las funciones y atribuciones que le señala la ley.

8. Ahora bien, en tanto que órganos del Estado previstos en la Constitución, la estructura y el funcionamiento de los Gobiernos Locales se encuentran sujetos a reserva de ley orgánica [art. 106° CP]. Por tanto, corresponde a esta última fuente del derecho, entre otras cosas, desarrollar la forma y el procedimiento que deberá observarse en la elaboración de las ordenanzas municipales. Y por ello, las disposiciones de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N.° 27972, que disciplinan su proceso de producción normativa, forman parte del bloque de constitucionalidad y, en ese sentido, se incorporan al parámetro conforme al cual ha de controlarse su validez formal y material.

9. Así las cosas, el Tribunal observa que el artículo 9°, numeral 8), de la Ley N° 27972, establece que constituye una atribución del Concejo Municipal:

> 8. Aprobar, modificar o derogar las ordenanzas y dejar sin efecto los acuerdos;

En tanto que su artículo 20°, numerales 4) y 5), dispone que son atribuciones del Alcalde:

> 4. Proponer al concejo municipal proyectos de ordenanzas y acuerdos.
>
> 5. Promulgar las ordenanzas y disponer su publicación.

La validez formal de una Ordenanza Municipal, por tanto, depende de que ésta sea aprobada por el Concejo Municipal y que luego sea promulgada y publicada por el alcalde.

10. En el caso del artículo 2° de la Ordenanza Municipal N.° 019-00-CMPP se cuestiona, en concreto, que éste disponga la conformación de una Comisión de Ubicación de comerciantes, en lugar de una Comisión que evalúe las alternativas de solución al problema de ubicación, que, según se ha argumentado, fue lo que originariamente se acordó en Sesión de Concejo Municipal del 21 de diciembre de 2009.

11. Sin embargo, tras revisar el Acta N.° 57, que transcribe la sesión del Concejo Municipal de la Municipalidad Provincial de Piura, de fecha 21 diciembre de 2009, el Tribunal observa que luego de debatirse la propuesta de la Ordenanza Municipal 019-00-CMPP, la alcaldesa Mónica Zapata, que presidía la sesión, hace uso de la palabra y expresa lo siguiente:

> se somete a votación para conformar la Comisión de Ubicación de Comerciantes, la cual estará integrada por 4 funcionarios que son: el Gerente Municipal, Gerente de Servicios Comerciales, el jefe de la Oficina de Margesí de Bienes y el Jefe de la Oficina de Planificación Urbana, más 02 representantes acreditados de los comerciantes, uno de interiores y otro de exteriores, la cual tendrá un plazo de 30 días hábiles para el cumplimiento e implementación de la presente Ordenanza. Los regidores que así lo aprueben levanten la mano. Aprobado por unanimidad [Cf. http://www.munipiura.gob.pe/institucional/transparencia/actas/acta21-12-09.pdf].

12. El Tribunal observa que tras la aprobación de esta propuesta, no existe una modificación al texto de la Ordenanza sometida a debate. Y constata, igualmente, que entre el texto de la ordenanza aprobada en Sesión de Concejo Municipal del 21 de diciembre de 2009, y la publicada finalmente, con el texto definitivo que contiene la fe de erratas [***Artículo segundo.-*** *Conformar la Comisión de ubicación de comerciantes, la cual tendrá un plazo de 30 días hábiles para el cumplimiento y la implementación de la presente ordenanza y estará integrada por los siguientes funcionarios: Gerente Municipal; Gerente de Servicios Comerciales; Jefe de la Oficina de Margesí de Bienes; Jefe de la Oficina de Planificación Urbana y Rural; Dos representantes de los comerciantes uno de interiores y otro de exteriores*], no existe diferencia de contenido constitucionalmente relevante, que autorice a este Tribunal a declarar la inconstitucionalidad formal de la Ordenanza cuestionada. Y así debe declararse.

**§3. Sobre la presunta violación del derecho de petición y la Ordenanza Municipal 010-00-CMPP**

**Argumentos de los demandantes**

13. Alegan los recurrentes que el artículo 1° de la Ordenanza Municipal N.° 10-00-CMPP, en

el extremo que modifica el artículo 11° de la Ordenanza N.° 015-2007, viola el derecho de petición reconocido en el artículo 2.20 de la Constitución, puesto que establece que el proceso de privatización deba ser realizado mediante una asociación formal distinta a otras que ya existen, como sucede con la Asociación Central de Comerciantes del Complejo de Mercados de Piura.

**Argumentos del demandado**

14. El procurador público de la Municipalidad Provincial de Piura sostiene que la verdadera intención de los recurrentes es quedarse en el área pública de los exteriores del Mercado Modelo, creando con ello caos, desgobierno, hacinamiento y tugurización en dicha zona, poniendo en peligro la salud e integridad de los pobladores de la ciudad de Piura que asisten a diario a dicho centro de abastos.

**Consideraciones del Tribunal Constitucional**

15. El artículo 2.20 de la Constitución reconoce el derecho de petición. Según éste, toda persona tiene derecho:

> *a formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad.*

16. En reiteradas oportunidades, este Tribunal ha explicitado el contenido constitucionalmente protegido del derecho de petición. En la STC N.° 05265-2009-PA/TC, sostuvimos que con dicho derecho se garantiza la libertad de cualquier persona, nacional o extranjera, de formular solicitudes o pedidos, por escrito, a la autoridad competente y, al mismo tiempo, el derecho de ésta de recibir una respuesta por escrito dentro del plazo legalmente establecido [Cfr. Fundamento 4]. Se trata, pues, de un derecho de libertad –la de formular o no una petición- que correlativamente impone el deber a la Administración de dar una respuesta por escrito a lo peticionado.

17. A su vez, este Tribunal ha recordado que la obligación de dar una respuesta por escrito comporta una serie de exigencias que no se agotan en brindar una contestación dentro del plazo legalmente contemplado. Las posiciones iusfundamentales aseguradas en virtud de este derecho exigen de los órganos de la Administración Pública el deber de organizar las instancias administrativas correspondientes ante las cuales puedan canalizarse las peticiones; prever un procedimiento sencillo, rápido y efectivo dentro del cual se lleve adelante su trámite; abstenerse de establecer requisitos o condiciones absurdas o innecesarias que, de modo directo o indirecto, desalienten la formulación de peticiones; brindar una respuesta, por escrito, debidamente motivada y dentro de los plazos contemplados en la ley; y de comunicarla al peticionante [Cf. STC 1042-2002-AA/TC, Fund. Jur. 2.2.4, último párrafo].

18. De hecho, ninguna de estas posiciones iusfundamentales aseguradas del derecho de petición han sido puestas en entredicho por el cuestionado artículo 11 de la Ordenanza Municipal N.° 015-2007, modificada por el artículo 1° de la Ordenanza Municipal N.° 10-00-CMPP [según el cual "El proceso de privatización será efectuado a través de las asociaciones de comerciantes posesionarios jurídicamente organizados y cuyos asociados vengan ocupando el puesto de manera continua y pacífica. Los puestos o áreas adjudicadas que no se encuentren totalmente ocupadas o que el proyecto de construcción considere otros niveles que crearán puestos adicionales, la Asociación de Comerciantes correspondiente podrá incorporar a comerciantes informales o semifijos, a través de la incorporación directa con la misma asociación, o la incorporación de una o más asociaciones, dando lugar a la creación de una nueva asociación de comerciantes"].

19. En opinión del Tribunal, dicha disposición no contiene ninguna norma [es decir, significados o interpretaciones posibles] que represente, de modo directo o indirecto, una intervención normativa en el contenido constitucionalmente protegido del derecho de petición, ya sea porque impida o desaliente el ejercicio de la libertad de toda persona para presentar peticiones, o ya porque fomente desatender alguna de las obligaciones que en nombre de este derecho tienen los órganos de la Administración Municipal cuando se presente una petición.

20. Por lo demás, el Tribunal observa que más allá de haberse puesto en entredicho la validez constitucional de esta disposición de la Ordenanza Municipal N.° 10-00-CMPP, ninguno de los argumentos que se han empleado en tal afán denuncian en él una afectación del contenido constitucionalmente garantizado del derecho de petición ["Como se puede ver –se argumentará en la demanda-, este artículo aprobado por esta ordenanza transgrede manifiestamente el derecho de petición, la cual se restringe a que debe ser solicitada la privatización del mercado a una

supuesta asociación formal cuando en realidad nosotros estamos constituidos formalmente como asociación"]. De modo que no existiendo una injerencia normativa sobre el derecho de petición, también este extremo de la pretensión debe desestimarse.

**§4. La presunta violación de la libre competencia**

**Argumentos de los demandantes**

21. Por otro lado, los recurrentes afirman que el artículo 11° de la Ordenanza Municipal N.° 015-2007, modificado a su vez por el artículo 1° de la Ordenanza Municipal 10-00-CMPP, viola el artículo 61° de la Constitución, tras haber creado un monopolio legal. Sostienen que tal monopolio legal se ha creado como consecuencia de haberle dado a la Asociación de Comerciantes la potestad de incorporar a comerciantes informales semifijos, colocándolos en manos de los comerciantes que laboran en los interiores del mercado. Entienden los recurrentes que ello revela el intento de monopolizar el proceso de privatización de los mercados.

**Argumentos del demandado**

22. Al contestar la demanda, el procurador público de la Municipalidad Provincial de Piura no expresó, concretamente, las razones por las cuales el artículo 11° de la Ordenanza Municipal N.° 015-2007, modificado por la Ordenanza Municipal 10-00-CMPP, no viola el artículo 61° de la Constitución. Se limitó a afirmar que la adjudicación de la conducción de un puesto de exteriores del mercado no puede entenderse como un título definitivo, que brinde certeza o seguridad de que no se podrá dar por terminada una licencia por razones de reordenamiento, sobre todo en condiciones que gravemente comprometan la salud y la seguridad de los ciudadanos.

**Consideraciones del Tribunal Constitucional**

23. El artículo 61° de la Constitución establece que, en el marco de una economía social de mercado, "el Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios".

24. En diversas ocasiones, este Tribunal ha expresado la especial importancia, en una economía social de mercado, de los derechos a la libertad de empresa, libre iniciativa privada, libertad de comercio, libertad de industria y libre competencia, pues éstos no solo garantizan un conjunto de libertades, potestades e inmunidades a favor de las personas, sino que también con su ejercicio se contribuye, de manera decisiva, con el desarrollo económico y social del país.

25. Entre estas libertades económicas, una a la que la Constitución le confiere un tratamiento singularmente relevante es la libre competencia. Ya en la STC 0008-2003-AI/TC, este Tribunal sostuvo que ésta era un elemento constitutivo del modelo de economía social de mercado y que, por ello, la Ley Fundamental le encargaba al Estado específicas obligaciones de garantizarla. Entre ellas, según expresa su artículo 61°, se encuentra la tarea de facilitar y vigilarla; la de combatir toda práctica que limite la libre competencia así como el abuso de posiciones dominantes o monopólicas, asegurando no sólo la participación de los agentes de mercado, sino también la protección de quienes cierran el círculo económico en calidad de consumidores y usuarios [STC 0034-2004-AI/TC, fund. 32]. Por ello, dentro de estas obligaciones de garantizar la libre competencia, corresponde al Estado remover toda práctica que produzca o pueda producir el efecto de limitar, impedir, restringir o falsear la libre competencia, pero también la de formular y establecer todos los mecanismos jurídicos adecuados y necesarios que se orienten a salvaguardarla.

26. Sin embargo, como sucede con todo derecho fundamental, su programa normativo no solo prevé en relación al Estado específicas obligaciones de garantizar su goce y ejercicio. Consustancial a éstas es también el establecimiento de obligaciones de respetar, es decir, de no afectar ninguna de sus posiciones iusfundamentales aseguradas. Aunque no sea la única forma como se pueda incumplir esta obligación de respetar la libre competencia, el Tribunal hace notar la particular importancia que tiene la prohibición impuesta a todas las instancias de la Administración Pública, sea que éstas pertenezcan al Gobierno nacional, regional o local, de autorizar o crear monopolios legales. Desde una perspectiva estrictamente formal, ello es consecuencia de tratarse de la única prohibición constitucionalmente individualizada de incumplimiento de la obligación de respetar la libre competencia; y desde una perspectiva material, del hecho de que su establecimiento mediante una ley afecta sensiblemente el "modelo constitucional de mercado" establecido en la Ley Fundamental.

27. Son diversos los fines de la prohibición de que se creen monopolios legales. Desde posibilitar el libre acceso al mercado, y en igualdad de condiciones, de los agentes económicos; hasta promover la eficiencia y competitividad del

mercado, garantizando la libertad de elección en la adquisición de bienes y servicios de los consumidores y usuarios. En opinión del Tribunal, un agente económico se encuentra en una posición monopólica cuando, por imperio de una norma jurídica estatal, se encuentra en la condición de único agente económico en el mercado relevante y, en esa condición, tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar sustancialmente las condiciones de la oferta y la demanda en dicho mercado. En definitiva, cuando, por obra de la ley, actúa como el único agente económico ofertante de bienes y servicios en un mercado relevante. Como se ha afirmado,

> el monopolio legal es aquel que encuentra su origen directamente en la ley o en alguna barrera creada por ésta para impedir la entrada de competidores al mercado. Los monopolios legales son los más irracionales de todos. No obedecen a criterios de economía de escala o de mayor eficiencia productiva sino a criterios políticos, muchas veces populistas destinados a crear privilegios para ciertos sectores, que generaban distorsiones graves en el proceso productivo. [Alfredo Bullard González, *Derecho y economía: El análisis económico de las instituciones legales,* 2003, Palestra Editores, Lima, p. 668].

28. Para determinar la existencia de una posición monopólica es necesario definir el mercado relevante, lo que incluye la definición tanto del mercado de producto como del mercado geográfico. A dicho respecto, el artículo 6° del Decreto Legislativo N.° 1034 define al mercado relevante en los siguientes términos:

> 6.1. El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.
>
> 6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.
>
> 6.3. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.

29. Pues bien, en el caso del artículo 11° de la Ordenanza Municipal N.° 015-2007, modificado por el artículo 1° de la Ordenanza Municipal 10-00-CMPP ["El proceso de privatización será efectuado a través de las asociaciones de comerciantes posesionarios jurídicamente organizados y cuyos asociados vengan ocupando el puesto de manera continua y pacífica. Los puestos o áreas adjudicadas que no se encuentren totalmente ocupadas o que el proyecto de construcción considere otros niveles que crearán puestos adicionales, la Asociación de Comerciantes correspondiente podrá incorporar a comerciantes informales o semifijos, a través de la incorporación directa con la misma asociación, o la incorporación de una o más asociaciones, dando lugar a la creación de una nueva asociación de comerciantes"], se cuestiona que éste haya violado la prohibición de crearse monopolios legales. Tal hecho habría acontecido como consecuencia de que se habría permitido a una asociación de comerciantes poner las reglas de juego de compraventa, teniendo absoluta discrecionalidad para incorporar o no a otras personas, y asociaciones, en el referido proceso de privatización del mercado.

30. Ciertamente, no es ese el sentido de la prohibición que contiene el artículo 61° de la Constitución. La disposición cuestionada no crea un monopolio legal, pues su contenido no instituye a un agente económico como el único agente económico ofertante de bienes y servicios dentro de un mercado relevante. Ésta solo confiere a la Asociación de Comerciantes la potestad de incorporar a otras personas o asociaciones al proceso de privatización. Se trata de un privilegio otorgado por una norma con rango de ley, y no de una posición monopólica para el ejercicio de alguna actividad económica. En opinión del Tribunal, ello excluye la posibilidad de que podamos enjuiciarla de cara al artículo 61° de la Constitución.

31. Ya en la STC 0018-2003-AI/TC recordamos que el mercado es un "espacio" en que se intercambian bienes y servicios para el aseguramiento de la calidad de vida de la población. Y ciertamente el otorgamiento a la Asociación de Comerciantes de la potestad de incorporar a comerciantes informales semifijos y a otras asociaciones comerciales al proceso de privatización no se enmarca en un "mercado", esto es, en un espacio en que se

intercambian bienes y servicios. Y puesto que la Asociación de Comerciantes no actúa como un agente económico proveedor de bienes y servicios sino como una entidad privada a la cual le habrían delegado un privilegio, el Tribunal es de la opinión de que tampoco la disposición cuestionada viola el artículo 61 de la Constitución.

**§5. Artículo 103 de la Constitución y el artículo 11 de la Ordenanza Municipal Nº 015-2007, modificado por el artículo 1º de la Ordenanza Municipal 10-00-CMPP**

**Argumentos del demandante**

32. Los recurrentes afirman que las disposiciones cuestionadas crean condiciones de desigualdad, de discriminación y de privilegios, puesto que le permiten a una asociación privada poner las reglas de juego de compraventa del Complejo de Mercados de Piura, cuando ésta le corresponde ejercer a la Municipalidad Provincial de Piura como titular del predio y como máxima autoridad administrativa.

**Argumentos del demandado**

33. El apoderado de la Municipalidad Provincial de Piura sostiene que la Ordenanza impugnada tiene por objeto facilitar la competitividad local y propiciar mejores condiciones de vida de la población y que bajo ningún criterio vulnera algún derecho constitucional.

**Consideraciones del Tribunal Constitucional**

34. Las normas impugnadas han sido cuestionadas por violar el primer fragmento del artículo 103 de la Constitución. Dicha disposición establece que:

> Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas.

35. En la STC 0001/0003-2003-PI/TC, tras destacar la necesidad de interpretar los alcances del artículo 103° de la Constitución bajo el umbral del principio de concordancia práctica, este Tribunal precisó que la prohibición de dictarse leyes por razón de las diferencias de las personas era una proyección de los alcances del derecho a la igualdad ante la ley, que como uno de los atributos asegurados por el derecho-principio a la igualdad jurídica, se encuentra reconocido en el artículo 2°, inciso 2), de la Constitución. Igualmente, recordamos que éste proyecta sus efectos sobre el legislador, imponiéndole la obligación de legislar con una vocación de generalidad y abstracción.

36. Y en aquellos casos excepcionales, en que éste dicte una regla especial, que la misma se base en la naturaleza o razón de los hechos, sucesos o acontecimientos que ameritan la regulación particular. Ello es así, pues las leyes especiales solo pueden justificarse en las específicas características, propiedades, exigencias o cualidades de determinados asuntos no generales en el seno de la sociedad, dado que por principio, mediante la ley se establecen pautas regulativas de carácter general de interés común, cuyo cumplimiento es obligatorio para todos.

37. En el caso, se ha cuestionado la violación del artículo 103 de la Constitución por el artículo 11° de la Ordenanza Municipal N.° 015-2007, modificada por el artículo 1° de la Ordenanza Municipal N.° 10-00-CMPP, según el cual:

> El proceso de privatización será efectuado a través de las asociaciones de comerciantes posesionarios jurídicamente organizados y cuyos asociados vengan ocupando el puesto de manera continua y pacífica. Los puestos o áreas adjudicadas que no se encuentren totalmente ocupadas o que el proyecto de construcción considere otros niveles que crearán puestos adicionales, la Asociación de Comerciantes correspondiente podrá incorporar a comerciantes informales o semifijos, a través de la incorporación directa con la misma asociación, o la incorporación de una o más asociaciones, dando lugar a la creación de una nueva asociación de comerciantes.

38. Según se ha expresado, dicha disposición otorga un privilegio a una Asociación de Comerciantes, puesto que en relación a los puestos del mercado que no se encuentren ocupados, o en relación a los nuevos que se vayan a construir, quienes tengan un interés en poderlos adquirir, necesariamente tendrán que incorporarse directamente

> (…) con la misma asociación [a la que se refiere la disposición cuestionada], o la incorporación de una o más asociaciones, dando lugar a la creación de una nueva asociación de comerciantes.

Cuestionan los recurrentes:

> ¿por qué se le permite a una asociación adjudicataria en calidad de posesionaria, poner las reglas de juego de compra venta, y nuestros derechos en manos de esta?

> ¿Cuál es la razón para que la Municipalidad como titular del predio no ejerza sus atribuciones conforme a ley y la constitución? ¿Por qué la municipalidad crea condiciones de desigualdad, de discriminación, de privilegios?.

39. El Tribunal considera que el cuestionamiento tiene fundamento constitucional. No tanto porque, como se ha sugerido en la demanda, la Asociación a la que se hace referencia en la disposición cuestionada tenga la capacidad de establecer las reglas de la compraventa de los puestos del mercado; porque en ella se haya delegado la competencia de llevar a cabo el proceso mismo de privatización o, en fin, porque la disposición considere implícitamente que quien quiera participar en la adquisición de un puesto tenga que asociarse compulsivamente. De hecho, el artículo 11° de la Ordenanza Municipal N.° 015-2007, modificado, no prevé ninguno de esos supuestos. Solo contempla la hipótesis de que las personas naturales o jurídicas que quieran participar en el proceso de privatización o venta de los puestos del mercado y que no pertenezcan a tal asociación, necesariamente tendrán que contar con la *anuencia* de ella. En los términos del artículo 11°, "ser incorporados directamente".

40. A juicio del Tribunal, este necesario consentimiento de la Asociación de Comerciantes para poder participar en la adquisición de puestos nuevos y no ocupados impide que cualquier persona, natural o jurídica pueda participar en el proceso de privatización regulado por la Ordenanza Municipal en igualdad de oportunidades. Le confiere el privilegio de decidir, libre y discrecionalmente, quién puede participar o no como postor en el proceso de privatización, obstaculizando de esa manera a las personas que no forman parte de ella para que puedan materializar su interés legítimo de participar en tal proceso, de manera libre y en igualdad de oportunidades.

41. La concesión de tal privilegio no ha sido justificado en ningún momento por la Municipalidad Provincial de Piura. En opinión del Tribunal, las razones que podrían haber justificado que el proceso de privatización *de los puestos ocupados* se realizara mediante la Asociación de Comerciantes [que agrupa a sus posesionarios] no son extrapolables al caso de la venta de los puestos no ocupados o los nuevos que se construirán. Si en el primer caso, la condición de posesionario puede justificar un derecho de preferencia en la adquisición del bien, tal finalidad no se extiende para el caso de los puestos desocupados o los puestos nuevos.

42. Así las cosas, dado que no se ha alegado ni probado la existencia de un fin constitucionalmente relevante en la realización del trato que contiene el artículo 11° de la Ordenanza Municipal N.° 015-2007, modificada por el artículo 1° de la Ordenanza Municipal N.° 10-00-CMPP, el Tribunal considera que debe declararse la inconstitucionalidad de aquel fragmento representado por el siguiente enunciado lingüístico:

> (…) Los puestos o áreas adjudicadas que no se encuentren totalmente ocupadas o que el proyecto de construcción considere otros niveles que crearán puestos adicionales, la Asociación de Comerciantes correspondiente podrá incorporar a comerciantes informales o semifijos, a través de la incorporación directa con la misma asociación, o la incorporación de una o más asociaciones, dando lugar a la creación de una nueva asociación de comerciantes;

quedando subsistente el resto de la disposición que contiene el artículo 11 de la Ordenanza cuestionada

> El proceso de privatización será efectuado a través de las asociaciones de comerciantes posesionarios jurídicamente organizados y cuyos asociados vengan ocupando el puesto de manera continua y pacífica.

43. Finalmente, el Tribunal precisa que la laguna generada como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad, esto es, el tratamiento de las condiciones para acceder a los puestos del mercado relacionados con los puestos nuevos o no ocupados, en tanto no exista disposición con rango de ley que de manera expresa lo prevea, deberá ser cubierta aplicándose directamente el artículo 2.2 de la Constitución, de modo que se garantice a todas las personas que puedan encontrarse interesadas en poder adquirir un puesto en el mercado, participar libremente y en igualdad de condiciones.

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA,** en parte, la demanda y, en consecuencia, inconstitucional el artículo 11° de la Ordenanza N° 015-2007, modificada por el artículo 1° de la Ordenanza Municipal N.° 10-00-CMPP, en el extremo que declara "(…) Los puestos o áreas adjudicadas que no se encuentren totalmente ocupadas o que el

proyecto de construcción considere otros niveles que crearán puestos adicionales, la Asociación de Comerciantes correspondiente podrá incorporar a comerciantes informales o semifijos, a través de la incorporación directa con la misma asociación, o la incorporación de una o más asociaciones, dando lugar a la creación de una nueva asociación de comerciantes"; quedando subsistente el resto de la disposición que lo integra.

2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.
3. Disponer que el artículo 11° de la Ordenanza N.° 015-2007, modificada por el artículo 1° de la Ordenanza Municipal N.° 10-00-CMPP, subsistente, se interprete y aplique conforme a lo expuesto en el fundamento 43 de esta sentencia.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**ÁLVAREZ MIRANDA**
**URVIOLA HANI**
**VERGARA GOTELLI**
**BEAUMONT CALLIRGOS**
**CALLE HAYEN**
**ETO CRUZ**

**EXP. N.º 0002-2011-PI/TC**
**PIURA**
**CIUDADANOS**

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Lima, 22 de mayo de 2013

**VISTA**

La solicitud presentada con fecha 4 de abril de 2013, por don Nicander Caqui Inga, con el objeto de que este Tribunal Constitucional ordene la ejecución de la sentencia que fuera expedida con fecha 23 de octubre de 2012; y,

**ATENDIENDO A**

**Competencia del Tribunal Constitucional en materia de ejecución de sentencias en procesos de inconstitucionalidad**

1. Que de la interpretación conjunta de los artículos 139.2 y 204 de la Constitución, así como del artículo 82 del Código Procesal Constitucional, se desprende que las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad tienen calidad 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. Este Colegiado ha destacado que: *"Si bien nuestra Carta Fundamental no se refiere en términos de significado a la 'efectividad' de la tutela jurisdiccional, resulta claro que la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela. En este sentido, el derecho al cumplimiento efectivo y, en sus propios términos, de aquello que ha sido decidido en el proceso, forma parte inescindible del derecho a la tutela jurisdiccional a que se refiere el artículo 139.3 de la Constitución"* (fundamento 64 de la STC 04119-2005-PA/TC).
2. Que las sentencias emitidas en el curso de un proceso de inconstitucionalidad adquieren dicha calidad de cosa juzgada en la medida que no existen medios impugnatorios que puedan interponerse contra ellas (inimpugnabilidad), y que el contenido de las sentencias que han adquirido tal condición no puede ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos o incluso por particulares (inmutabilidad). La vinculación a los poderes públicos y los efectos generales que producen tales sentencias implican la existencia de un mandato imperativo constitucional y legal de que las sentencias de este Colegiado sean cumplidas y ejecutadas en sus propios términos.
3. Que no se ha regulado normativamente una etapa de ejecución de sentencias en los procesos de inconstitucionalidad, toda vez que el legislador del Código Procesal Constitucional no ha previsto una fase de ejecución de sentencias como la recaída en autos. Sin embargo, teniendo en cuenta que la finalidad de dicho proceso es analizar en abstracto la compatibilidad o incompatibilidad de una ley o norma con rango de ley con la Constitución, es evidente que si los poderes públicos no acataran los fallos del Tribunal Constitucional y se asumiera que éste no tiene la competencia para imponer el cumplimiento de sus propias decisiones, no existiría poder jurídico capaz de asegurar dichos mandatos, generándose de este modo un mensaje desalentador sobre las posibilidades mismas del modelo de Estado democrático y social de derecho.
4. Que, por tales consideraciones, siguiendo lo establecido en la RTC 0023-2007-PI/TC y en la RTC 0031-2008-PI/TC, en el marco de los procesos de inconstitucionalidad, este Tribunal mantiene su competencia en la etapa de ejecución de sentencia, siendo posible incluso, de ser necesario, emitir órdenes para dar fiel cumplimiento a lo dispuesto. Al respecto, se sostuvo que *"(...) en el ámbito de un proceso constitucional de instancia única como es el caso del proceso de inconstitucionalidad, ello*

*supone que es el Tribunal Constitucional a quien corresponde mantener su competencia jurisdiccional a efectos de emitir las órdenes y mandatos, forzosos de ser el caso, a efectos de no ver vaciadas de contenido sus decisiones jurisdiccionales y, con ello, reducida la fuerza vinculante así como el carácter de cosa juzgada de sus decisiones, en los términos del artículo 204 de la Constitución"* (fundamento 4 de la RTC 0023-2007-PI/TC, de fecha 22 de junio de 2010).

5. Que, sin embargo, esta competencia debe ser autolimitada. Si bien *prima facie* no es posible identificar actos concretos que requieran ser ejecutados, ello no impide que en determinados casos específicos, atendiendo a la inescindible 'efectividad' que acompaña al principio de tutela jurisdiccional (artículo 139.2 de la Constitución) y al control constitucional del Tribunal Constitucional (artículo 201 de la Constitución), éste pueda emitir determinados pronunciamientos destinados a garantizar tal efectividad. El principio general de ejecutoriedad de las sentencias, por tanto, exige que el órgano jurisdiccional competente garantice la actuación de las mismas en sus propios términos y, llegado el caso, en forma compulsiva. Este Tribunal Constitucional concluye que frente a la renuencia reiterada y sistemática por parte del Estado, la ejecución efectiva se presenta como una opción excepcional de la que no puede prescindir para garantizar el cumplimiento de sus sentencias y en consecuencia la supremacía de la Constitución.

**Sobre el pedido concreto**

6. Que, en el caso de autos, el solicitante refiere lo siguiente: *"(…) pese a que el Máximo Intérprete de la Constitución con fecha 23 de enero de 2013 ha declarado fundado nuestro derecho a adquirir un puesto de trabajo sin discriminación en el Complejo de Mercados de Piura; sin embargo la Municipalidad de Piura a través de su alcaldesa, la señora Ruby Rodríguez viene adoptando una conducta renuente y arbitraria respecto a la sentencia, tal es así que no acepta ni siquiera dialogar para implementar los mecanismos administrativos de ejecución de la sentencia 00002-2011-PI/TC expedida por el Tribunal Constitucional, prueba de ello son las solicitudes administrativas que se han dirigido a la Municipalidad de Piura y que hasta la fecha no obtenemos respuesta alguna, y cuando hemos querido conversar con la alcaldesa se nos cierra la puerta del palacio municipal"*. En suma, solicita que se ordene en ejecución de sentencia que la Municipalidad de Piura, bajo apercibimiento, aplique el derecho reconocido en sentencia (fundamento 43) para adquirir un puesto de trabajo en el Complejo de Mercados de Piura y de esta manera poder ejercer otros derechos conexos.

7. Que, sobre el particular, el Tribunal Constitucional estima que la petición de autos debe ser rechazada en la medida que el proceso de inconstitucionalidad, siendo uno de control abstracto, no tiene por objeto evaluar actos concretos de 'discriminación', de "conducta renuente" de una autoridad municipal o si dicha autoridad acepta o no dialogar con determinadas personas dedicadas al comercio.

8. Que no obstante lo expuesto y atendiendo a lo afirmado por el solicitante, si éste o los comerciantes que representa consideran que existe amenaza o violación de sus derechos fundamentales, como consecuencia de la actuación de la autoridad municipal, pueden acudir al proceso de amparo a efectos de tutelar sus derechos constitucionales, proceso que cuenta inclusive con medidas cautelares destinadas a su protección.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica

**RESUELVE**, con el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli, que se agrega,

Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de ejecución de la sentencia de inconstitucionalidad recaída en autos.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**URVIOLA HANI**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**CALLE HAYEN**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.° 0002-2011-PI/TC
PIURA
CIUDADANOS

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI**

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

**Petitorio**

1. Llega a conocimiento de este Tribunal la solicitud de don Nicander Caqui Inga, con el objeto de que este Tribunal Constitucional

ordene la ejecución de la sentencia que fuera expedida con fecha 23 de octubre de 2012

**Cuestiones Previas**

2. Este Tribunal resolvió la inconstitucionalidad con fecha 23 de octubre de 2012, interpuesta contra la Ordenanza Municipal N.° 019-00-CMPP y el artículo primero de la Ordenanza Municipal N.° 010-00-CMPP, expedidos por la Municipalidad Provincial de Piura. En dicha oportunidad este Colegiado declaró fundada la demanda declarando la inconstitucionalidad del artículo 11 de la Ordenanza N.° 015-2007, modificada por el artículo 1 de la Ordenanza Municipal N.° 010-00-CMPP.

3. Es así que -como sabemos- dicha decisión tiene efecto erga omnes y es de aplicación inmediata. Asimismo cabe expresar que el proceso de inconstitucionalidad no es un proceso entre partes sino el Supremo Tribunal realiza un control abstracto de las normas, independientemente de un caso particular.

**En el caso de autos**

4. En el presente caso el recurrente, señor Caqui lnga, solicita la ejecución de una decisión emitida en un proceso de inconstitucionalidad, como si se hubiese resuelto un proceso judicial en el que han existido dos partes. En tal sentido no rechazo el hecho de que el actor pueda reclamar la afectación de sus derechos constitucionales con determinada situación que implique la inejecución de una decisión de este Colegiado en un proceso constitucional, pero dicho reclamo debe ser realizado en la vía del proceso constitucional de amparo, proceso en el que el juez constitucional realizará el análisis del caso particular a efectos de verificar si en efecto se han afectado los derechos del peticionante.

Por lo expuesto el pedido del recurrente debe ser desestimado por **IMPROCEDENTE**.

**S.**
**VERGARA GOTELLI**

***Sentencia 00014-2012-PI/TC*** *Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados de Puno. El Tribunal declaró infundada la demanda contra la Ley 29849, Ley que establece la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga derechos laborales.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 21 de mayo de 2013

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda interpuesta contra la Ley 29849, Ley que establece la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga derechos laborales. El recurrente alegó la vulneración de la igualdad ante la ley, al trabajo y al principio de igualdad de oportunidades.

El Tribunal recordó que en la Sentencia 00002-2010-PI/TC dejó sentado que la creación de un nuevo régimen laboral era constitucional, de manera que la creación del llamado régimen CAS resulta conforme a la Constitución. Por tanto, legislar en relación a su temporalidad en modo alguno puede ser considerado como inconstitucional, dado que ello se encuentra en el margen discrecional de la actuación del legislador positivo. El Tribunal sostuvo también que en la Constitución no existe un límite o prohibición a la creación de un régimen laboral de naturaleza permanente o temporal, a condición de que se respete y proteja los derechos fundamentales de los trabajadores. Esto puede derivar en una omisión legislativa si (como se ha ordenado en la norma impugnada) se omite crear el nuevo Régimen del Servicio Civil como parte del proceso de eliminación progresivo del régimen CAS; se omite establecer el procedimiento para el traslado de un régimen a otro; o si no se precisa el tiempo que debe durar el proceso de adecuación o incorporación.

Con arreglo a estos y otros argumentos el Tribunal declaró infundada la demanda, sin perjuicio de recordar al Congreso que legisle la implementación del nuevo Régimen del Servicio Civil a que hace referencia el Decreto Legislativo 1057, modificado por la Ley 29849, así como la adecuación progresiva entre ambos regímenes.

**Temas claves:** Contrato Administrativo de Servicios — derecho al trabajo — igualdad ante la ley — igualdad de oportunidades — inconstitucionalidad por omisión — Servicio Civil.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**
**PLENO JURISDICCIONAL**
**Expediente N.° 00014-2012-PI/TC**

**SENTENCIA DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Colegio de Abogados de Puno
Lima, 8 de mayo de 2013

**Asunto:**

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Ilustre Colegio de Abogados de Puno contra la Ley N.ª 29849, que establece la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga derechos laborales.
Magistrados presentes:

**SS.**
**URVIOLA HANI**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**CALLE HAYEN**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

**EXP. N.° 00014-2012-PI/TC**
**LIMA**
**COLEGIO DE ABOGADOS DE PUNO**

**RAZÓN DE RELATORÍA**

En la presente causa la resolución sólo es suscrita por los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli,

Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, no por el señor magistrado Beaumont Callirgos debido a que, a pesar de que estuvo presente en la vista de la causa, no llegó a votar y mediante Resolución Administrativa N° 66-2013-P/TC de fecha 3 de mayo de 2013, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 6 de mayo de 2013, se ha declarado la vacancia de dicho magistrado por la causal establecida en el artículo 16°, inciso 4, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 8 días del mes de mayo de 2013, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

**I. ASUNTO**

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Ilustre Colegio de Abogados de Puno contra la Ley N.° 29849, que establece la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga derechos laborales.

**II. DISPOSICIONES CUESTIONADAS**

No se han precisado cuáles son los artículos de la Ley N.° 29849 que contravienen la Constitución; en consecuencia, se considera cuestionada aquella en su integridad, la misma que al legislar sobre la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo 1057 y otorgar derechos laborales, establece lo siguiente:

**LEY QUE ESTABLECE LA ELIMINACIÓN PROGRESIVA DEL RÉGIMEN ESPECIAL DEL DECRETO LEGISLATIVO 1057 Y OTORGA DERECHOS LABORALES**

Artículo 1. Objeto de la Ley
La presente Ley tiene por objeto establecer la eliminación del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, regulado mediante el Decreto Legislativo 1057, en adelante Régimen Laboral Especial del Decreto Legislativo 1057.

La eliminación del referido régimen se efectúa de manera progresiva y de conformidad con las disposiciones establecidas en la presente Ley.

Artículo 2. Modificación de los artículos 3 y 6 del Decreto Legislativo 1057

Modifícanse los artículos 3 y 6 del Decreto Legislativo 1057, los cuales quedan redactados con los textos siguientes:

"Artículo 3.- Definición del Contrato Administrativo de Servicios

El Contrato Administrativo de Servicios constituye una modalidad especial de contratación laboral, privativa del Estado. Se regula por la presente norma, no se encuentra sujeto a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, el régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales. El Régimen Laboral Especial del Decreto Legislativo 1057 tiene carácter transitorio.

Artículo 6.- Contenido
El Contrato Administrativo de Servicios otorga al trabajador los siguientes derechos:

a) Percibir una remuneración no menor a la remuneración mínima legalmente establecida.

b) Jornada máxima de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales. Cuando labore en una entidad en la que existe una jornada de trabajo reducida establecida para los trabajadores sujetos a los regímenes laborales generales, le será aplicable tal jornada especial.

c) Descanso semanal obligatorio de veinticuatro (24) horas consecutivas como mínimo.

d) Un tiempo de refrigerio, que no forma parte de la jornada de trabajo.

e) Aguinaldo por Fiestas Patrias y Navidad, conforme a los montos establecidos en las leyes anuales de presupuesto del sector público.

f) Vacaciones remuneradas de treinta (30) días naturales.

g) Licencias con goce de haber por maternidad, paternidad, y otras licencias a las que tienen derecho los trabajadores de los regímenes laborales generales.

h) Gozar de los derechos a que hace referencia la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.

i) A la libertad sindical, ejercitada conforme a lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo 010-2003-TR, y normas reglamentarias.

j) A afiliarse a un régimen de pensiones, pudiendo elegir entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Pensiones, y cuando corresponda, afiliarse al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.

k) Afiliación al régimen contributivo que administra ESSALUD. La contribución para la afiliación al régimen contributivo que administra ESSALUD tiene como base máxima el equivalente al 30% de la UIT vigente en el ejercicio por cada asegurado.

Cuando el trabajador se encuentre percibiendo subsidios como consecuencia de descanso médico o licencia pre y post natal, le corresponderá percibir las prestaciones derivadas del régimen contributivo referido en el párrafo anterior, debiendo asumir la entidad contratante la diferencia entre la prestación económica de ESSALUD y la remuneración mensual del trabajador.

l) Recibir al término del contrato un certificado de trabajo.

Los derechos reconocidos en el presente artículo se financian con cargo al presupuesto institucional de cada entidad o pliego institucional, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público."

Artículo 3. Incorporación de los artículos 8, 9, 10, 11 y 12 al Decreto Legislativo 1057

Incorpóranse los artículos 8, 9, 10, 11 y 12 al Decreto Legislativo 1057, en los términos siguientes:

"Artículo 8.- Concurso público

El acceso al régimen de Contratación Administrativa de Servicios se realiza obligatoriamente mediante concurso público.

La convocatoria se realiza a través del portal institucional de la entidad convocante, en el Servicio Nacional de Empleo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y en el Portal del Estado Peruano, sin perjuicio de utilizarse, a criterio de la entidad convocante, otros medios de información.

Artículo 9.- Obligaciones y responsabilidades administrativas

Son aplicables al trabajador sujeto al Régimen Laboral Especial del Decreto Legislativo 1057, en lo que resulte pertinente, la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público; la Ley 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública y las demás normas de carácter general que regulen el servicio civil, los topes de ingresos mensuales, la responsabilidad administrativa funcional y/o las disposiciones que establezcan los principios, deberes, obligaciones, incompatibilidades, prohibiciones, infracciones y sanciones aplicables al servicio, función o cargo para el que fue contratado; quedando sujeto a las estipulaciones del contrato y a las normas internas de la entidad empleadora.

El procedimiento disciplinario aplicable a los trabajadores del presente régimen se establece mediante norma reglamentaria.

Artículo 10.- Extinción del contrato

El Contrato Administrativo de Servicios se extingue por:

a) Fallecimiento.

b) Extinción de la entidad contratante.

c) Renuncia. En este caso, el trabajador debe comunicar por escrito su decisión a la entidad contratante con una anticipación de 30 días naturales previos al cese. Este plazo puede ser exonerado por la autoridad competente de la entidad, por propia iniciativa o a pedido del contratado. En este último caso, el pedido de exoneración se entenderá aceptado si no es rechazado por escrito dentro del tercer día natural de presentado.

d) Mutuo disenso.

e) Invalidez absoluta permanente sobreviniente.

f) Resolución arbitraria o injustificada.

g) Inhabilitación administrativa, judicial o política por más de tres meses.

h) Vencimiento del plazo del contrato.

La resolución arbitraria o injustificada del Contrato Administrativo de Servicios genera el derecho al pago de una indemnización equivalente a las remuneraciones mensuales dejadas de percibir hasta el cumplimiento del plazo contractual, con un máximo de tres (3). El período de prueba es de tres (3) meses.

Artículo 11.- Boletas de pago

Las entidades están en la obligación de emitir boletas de pago a los trabajadores bajo el régimen establecido en la presente norma.

Artículo 12.- Régimen tributario
Para efectos del Impuesto a la Renta, las remuneraciones derivadas de los servicios prestados bajo el régimen de la presente Ley son calificadas como rentas de cuarta categoría."

Artículo 4. Reglamentación
Dentro de los sesenta (60) días hábiles, contados a partir de la vigencia de la presente Ley, mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo y el Ministro de Economía y Finanzas se aprobarán las disposiciones reglamentarias.

**DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES**

PRIMERA. Contratación de personal directivo

El personal establecido en los numerales 1), 2), e inciso a) del numeral 3) del artículo 4 de la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público, contratado por el Régimen Laboral Especial del Decreto Legislativo 1057, está excluido de las reglas establecidas en el artículo 8 de dicho decreto legislativo. Este personal solo puede ser contratado

para ocupar una plaza orgánica contenida en el Cuadro de Asignación de Personal - CAP de la entidad.

SEGUNDA. Para la aplicación de la presente Ley, el registro de gasto correspondiente al Contrato Administrativo de Servicios se mantiene en la Genérica de Gasto 2.3 "Bienes y Servicios", incluyendo la atención de los derechos a los que hace referencia el artículo 6 del Decreto Legislativo 1057, modificado por la presente Ley.

TERCERA. La aplicación de la presente norma se financia con cargo a los presupuestos institucionales de los pliegos respectivos, incluida la atención de los derechos a los que hace referencia el artículo 6 del Decreto Legislativo 1057, modificado por la presente Ley.

**DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS**

PRIMERA. La eliminación del Régimen Laboral Especial del Decreto Legislativo 1057 se produce de manera gradual a partir del año 2013, con la implementación del nuevo Régimen del Servicio Civil. Para tal efecto, en las leyes anuales de presupuesto del sector público se establecerán los porcentajes de ingreso para el nuevo Régimen del Servicio Civil.

SEGUNDA. Para efecto de la aplicación de las medidas contenidas en la presente norma, el Contrato Administrativo de Servicios como modalidad especial de contratación laboral privativa del Estado, precísese que no se consideran servicios personales para efectos de las medidas de austeridad en materia de personal contenidas en las leyes anuales de presupuesto. Asimismo, no se encuentra comprendido en las medidas presupuestarias sobre gasto en ingresos de personal que establezcan las leyes anuales de presupuesto; sujetándose a las normas que regulan el Contrato Administrativo de Servicios.

**DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA**

ÚNICA. Derogación

Deróganse o déjanse sin efecto, según corresponda, las disposiciones que se opongan a la presente Ley.

**III. ANTECEDENTES**

**§1. Argumentos de la demanda**

Con fecha 6 de setiembre de 2012, el Ilustre Colegio de Abogados de Puno, representado por su Decano, interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.° 29849, que establece la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga derechos laborales, alegando la vulneración de los siguientes artículos de la Constitución: 2.2° (igualdad ante la ley); 22° (el trabajo como deber y derecho); 23° (el trabajo como objeto de atención prioritaria por el Estado); 24° (derecho a una remuneración equitativa y suficiente) y 26.1° (respeto al principio de igualdad de oportunidades).

Luego de hacer referencia al contenido de diversos proyectos de ley tramitados ante el Congreso de la República, dirigidos a derogar el Decreto Legislativo N.° 1057, que legisla el Contrato Administrativo de Servicios, expone como argumentos de su demanda, los siguientes:

**a. Violación del artículo 2.2º de la Constitución, que consagra el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley**

Considera que el legislador no puede establecer regímenes de trabajo en el Sector Público que impliquen que un grupo de trabajadores tienen todos los derechos laborales y otros, no. En relación al CAS, que si bien formalmente no hay una relación laboral, en términos reales dichos trabajadores cumplen con los requisitos típicos de una relación laboral; y que, la desigualdad de los derechos entre los trabajadores de los regímenes de los Decretos Legislativos N.° 276 y 728, comparados con los del Decreto Legislativo N.° 1057, ya no es tanta, pues la Ley N.° 29849 otorga más derechos a los servidores de este último y equipara sus beneficios laborales con los primeros regímenes laborales citados.

Agrega que el problema de la desigualdad se presenta porque los nuevos derechos otorgados a los servidores CAS no son efectivos; están librados a la disponibilidad presupuestaria de cada entidad pública (artículo 6° *in fine* del Decreto Legislativo N.° 1057, modificado por el artículo 2° de la Ley N.° 29849).

La norma glosada otorga doce nuevos derechos a los trabajadores CAS: remuneración no menor a la mínima; aguinaldo por Fiestas Patrias y Navidad; vacaciones remuneradas; licencias con goce de haber por maternidad y paternidad; afiliación al régimen de pensiones; etc. Pero sostiene que el último párrafo del artículo 6° citado desnaturaliza la concreción de esta exigibilidad, pues los convierte en derechos expectaticios o condicionales, pues su pago está librado a los recursos propios de cada entidad, de modo que allí radica el trato discriminatorio, pues el pago de estos derechos laborales está supeditado a la disponibilidad presupuestaria; se trata de un pago incierto.

Refiere que el Tribunal Constitucional en el Exp. N.° 0004-2006-PI/TC ha expresado

que el derecho a la igualdad se constituye en aquel derecho que obliga tanto a los poderes públicos como a los particulares a encontrar un actuar paritario con respecto a las personas que se encuentran en las mismas condiciones o situaciones, así como a tratar de manera desigual a las personas que estén en situaciones desiguales, debiendo dicho trato dispar tener un fin legítimo, el que debe ser conseguido mediante la adopción de la medida más idónea, necesaria y proporcional (fundamento 118).

Asimismo, que en la sentencia recaída en el Exp. N.° 00002-2010-PI/TC, el Tribunal Constitucional expuso en relación a los regímenes de los Decretos Legislativos N.° 276 y 728, comparados con el Decreto Legislativo N.° 1057, que no era posible realizar un análisis bajo el principio-derecho a la igualdad, pues se trataba de regímenes laborales que no tenían la misma naturaleza, por lo que se justifica un trato diferenciado (f. 33); sin embargo, el demandante considera que este análisis no se aplica a la Ley 29849, por las razones siguientes:

- El ingreso al CAS es por concurso público, como lo establece el régimen del Decreto Legislativo N.° 276.
- Las plazas del CAS se financian con el presupuesto institucional de cada entidad, sin demandar recursos adicionales al tesoro público, por lo que formalmente cuentan con un presupuesto general previamente aprobado.
- Los derechos otorgados por el CAS luego de la modificación de la Ley N.° 29849, son equiparables a los de los regímenes laborales regulados por los Decretos Legislativos N.°s 276 y 728.
- El Tribunal Constitucional en la sentencia del Exp. N.° 00002-2010-PI reconoce que el CAS es un régimen laboral y regula un contrato de trabajo; por ello, este régimen, con las modificaciones introducidas por la Ley N.° 29849, configura un contrato de trabajo a plazo determinado, lo que lo acerca a una de las modalidades del régimen del Decreto Legislativo N.° 728, la de los contratos sujetos a modalidad.
- El Decreto Legislativo N.° 1057, modificado por la Ley N.° 29849, concede el derecho a una indemnización por despido arbitrario.
- Tanto el CAS como el régimen del Decreto Legislativo N.° 728 establecen un periodo de prueba.
- En el CAS se aplica la subordinación, que es una característica de la relación laboral regida por el Decreto Legislativo N.° 276 y es normada por el Decreto Legislativo N.° 728, pues es una nota típica del contrato de trabajo.

Para el demandante, nos encontramos frente a tres regímenes similares, por lo que el CAS modificado por la Ley N.° 29849 puede ser calificado como un régimen complementario al del Decreto Legislativo N.° 728, porque podría ser una nueva modalidad de trabajo a plazo fijo. Por ello considera necesaria la aplicación del test de igualdad, que demostraría el trato discriminatorio que otorga el CAS respecto del trato otorgado a los trabajadores de los Decretos Legislativos N.°s 276 y 728.

Aduce finalmente que el artículo 7° de la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas prescribe que todos son iguales ante la ley y tienen igual protección ante ella; sin embargo, esto se incumple en el caso del CAS, pues el régimen que debe reemplazar a este a partir del 2013, no existe.

**b. Violación del artículo 26.1º de la Constitución, que dispone el respeto al principio de igualdad de oportunidades sin discriminación**

Refiere que el Decreto Ley N.° 276 es el régimen general del sector público, mientras que el Decreto Ley N.° 728 es uno excepcional por la poca cantidad de servidores públicos que se encuentran en dicho régimen; pero en ambos se da la estabilidad necesaria para una carrera de ascensos, lo que no ocurre con la Ley N.° 29849, que tiene vocación de inestabilidad y volatilidad. Esta última norma en su Primera Disposición Complementaria y Transitoria prevé la eliminación del CAS de manera gradual a partir del año 2013, con la implementación del nuevo Régimen del Servicio Civil, para lo cual las leyes anuales de presupuesto del sector público establecerán los porcentajes de ingreso para el nuevo régimen del servicio civil.

De modo que la eliminación gradual del CAS se producirá con la implementación de un nuevo régimen, que no existe, con lo que la declaración de que el CAS es transitorio es lírica, dado que no puede ser reemplazado por un régimen que es inexistente; así –afirma el demandante– el régimen CAS termina con una vocación de existencia real indeterminada.

Por ello, sostiene el demandante que la Ley N.° 29849 viola el principio de igualdad de oportunidades, porque condena a los servidores CAS a no tener oportunidad de

desarrollarse laboralmente en el sector público, afectando su proyecto de vida.

De otro lado, expresa que la Ley Marco del Empleo Público, Ley N.° 28175, de febrero de 2004, dispuso en su Segunda Disposición Transitoria, Complementaria y Final que en el plazo de 120 días el Poder Ejecutivo debía remitir al Congreso de la República las propuestas legislativas de 5 normas, entre ellas la Ley de Carrera del Servidor Público; sin embargo, ninguno de estos proyectos ha sido enviado al Parlamento. Añade que este plazo ha sido prorrogado por distintas normas, sin que se envíe la iniciativa legislativa precitada.

**c. Violación del artículo 22º de la Constitución, que dispone que el trabajo es un deber y un derecho; es base del bienestar social y un medio de realización de la persona**

Sostiene que la naturaleza de trabajo que implica la Ley N.° 29849, es la de un trabajo precario con derechos no efectivos, dado que se financian con los recursos de su presupuesto y no pueden demandar recursos adicionales; de modo que nos encontramos frente a derechos que son inciertos porque no están financiados.

**d. Violación del artículo 24º de la Constitución, que preceptúa que el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente**

Precisa que los mayores derechos remunerativos otorgados por la Ley N.° 29849, al no ser efectivos, no constituyen derechos remunerativos equitativos ni suficientes respecto de un trabajador de los regímenes de los Decretos Leyes N.°s 276 y 728, pues no se encuentran debidamente financiados, por lo que hay riesgo que no se paguen, por lo que perjudicarían los presupuestos familiares y las proyecciones de gastos de los trabajadores CAS y el bienestar material de sus familiares.

**e. Violación del artículo 23º de la Constitución, que prescribe que el trabajo es objeto de atención prioritaria del Estado; que éste promueve condiciones para el progreso; que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales**

Expresa el demandante que ningún contrato de trabajo puede ser obstáculo para que los trabajadores puedan hacer valer los derechos que la Carta Magna les reconoce; sin embargo, ello no ocurre con la Ley N.° 29849, porque:

- Al no existir el nuevo Régimen de Servicio Civil, el CAS deviene en régimen permanente, perjudicando el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores, quienes no reclamarían ante el temor fundado de que sus contratos CAS no sean renovados.
- La Ley N.° 29849 es discriminatoria, pues impide que los trabajadores del CAS reclamen sus derechos, pues de hacerlo hay una amenaza real e inminente de que sus contratos no sean renovados, lo que perenniza el abuso y la precariedad laboral.
- La protección contra el despido arbitrario del artículo 27° de la Constitución se torna ilusoria porque la norma impugnada, en su artículo 10.f, dispone que el contrato CAS se extingue por la resolución arbitraria e injustificada, lo que inhibirá a los trabajadores de dicho régimen de reclamar ante el temor de ser despedidos de modo discrecional, sin que se pueda compensar el perjuicio de los trabajadores.
- La Ley N.° 29849 desconoce el principio de primacía de la realidad, pues a pesar de que los trabajadores CAS son trabajadores que están en una relación laboral, les configura un estatus distinto acercándolos a los contratos de servicios no personales de locación de servicios, disponiéndose, además, que sus remuneraciones son rentas de cuarta categoría, de modo que se advierte que el legislador ha tratado de limitar u obstaculizar el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores CAS con más de 15 años de servicios al Estado (que antes estuvieron como servicios no personales o locación de servicios).

Asimismo, el demandante plantea que los fundamentos de la sentencia del Expediente N.° 00002-2010-PI/TC no son aplicables al nuevo régimen CAS, pues en aquella se recurrió a una sentencia interpretativa.

De otro lado, destaca que la normativa original del Decreto Legislativo N.° 1057 es distinta luego de las modificaciones de la Ley N.° 29849 y no puede considerarse constitucional esta última norma por el solo hecho de que la anterior fue declarada constitucional. Una de tales exigencias es que se fije un límite para la contratación de trabajadores CAS, lo que no ha ocurrido y lo que ha dado lugar a que, para octubre del 2011, existan 188,393 trabajadores CAS, lo que representa el 15% de los servidores públicos.

Esgrime que no puede pretenderse que el Tribunal Constitucional declare constitucional

esta norma por razones de seguridad jurídica, pues de expulsarse la Ley N.° 29849 del ordenamiento jurídico, quedaría vigente el Decreto Legislativo N.° 1057 original, sin las modificaciones; para ello bastaría que el Tribunal Constitucional expresamente restituya el texto original del Decreto Legislativo N.° 1057.

Esgrime que también cabe que el Tribunal Constitucional declare en el fallo un estado de cosas inconstitucional, ante el incumplimiento de lo dispuesto en la sentencia del Expediente N.° 00002-2010-PI/TC, en el extremo de fijar límites para la contratación en la modalidad CAS, lo que perjudica a un sinnúmero de trabajadores. Además, afirma que la no renovación de los contratos CAS, que son verdaderos contratos de trabajo, no son sino despidos arbitrarios sistemáticos y masivos.

**§2. Argumentos de la contestación de la demanda**

El Congreso de la República contesta la demanda por intermedio de su apoderado, solicitando que la demanda sea declarada infundada, por las razones que sucintamente se exponen a continuación.

a. **Sobre la supuesta vulneración del derecho a la igualdad ante la ley**

En primer término, refiere que los derechos otorgados por la norma impugnada no son expectaticios o ilusorios, porque su otorgamiento implica un gasto que el Estado debe asumir y está legalmente facultado a ejecutar, de conformidad con la Ley N.° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto; con la Ley N.° 28112, Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público; y con la Constitución. La norma impugnada entró en vigencia el año 2012, cuando la Ley de Presupuesto para el sector público de ese año ya había sido aprobada y estaba en vigencia. Que la Disposición Final Tercera de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2012 establece que las demandas adicionales de gasto no previstas en la ley de presupuesto deben ser cubiertas por la entidad correspondiente, en forma progresiva, tomando en cuenta el grado de prioridad en su ejecución y sujetándose estrictamente a los créditos presupuestarios aprobados en su respectivo presupuesto. Que por ello, los derechos de contenido patrimonial otorgados a los contratados bajo el régimen CAS se financian con cargo al presupuesto de cada entidad.

De otro lado, precisa antes que entre en vigencia la norma objeto de control, ya se había dispuesto que los contratados bajo el régimen CAS percibieran una remuneración no menor a la remuneración mínima legalmente establecida, conforme lo prescribía la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N.° 075-2008-PCM, el artículo 2° del Decreto de Urgencia N.° 057-2009 y la Octogésima Quinta Disposición Complementaria Final de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2012.

b. **Sobre la supuesta vulneración del principio de igualdad de oportunidades sin discriminación**

La demanda cuestiona la "vocación de permanencia" de un régimen laboral en el que no existe la posibilidad que la relación laboral se convierta en una de duración indeterminada, a diferencia de lo que sucede con los regímenes laborales de los Decretos Legislativos N.° 276 y 728. Esto es, se impugna el artículo 5° del Decreto Legislativo N.° 1057 que establece que el contrato CAS es a plazo determinado y es renovable; sin embargo, el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad de esta norma en la sentencia recaída en el Exp. N.° 00002-2010-PI/TC (fojas 5 de la resolución de aclaración). No obstante la constitucionalidad del régimen CAS, al demandarse la inconstitucionalidad de la Ley N.° 29849, se termina cuestionando su carácter transitorio.

De otro lado, afirma que el 4 de enero de 2013 el Poder Ejecutivo presentó el Proyecto de Ley que propone la Ley del Servicio Civil, de manera que se está avanzando hacia la eliminación progresiva del denominado Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, conforme a lo establecido en la Ley N.° 29849.

c. **Sobre la supuesta vulneración del artículo 22º de la Constitución, en el que se reconoce que el trabajo es un medio de realización de la persona**

Refiere que no es posible sostener que la ley impugnada otorga derechos "inciertos" a los contratados bajo el denominado régimen CAS, al establecer que los mismos se financian con cargo al presupuesto institucional de cada entidad o pliego, pues de acuerdo con la Ley General del Sistema Nacional del Presupuesto, el Estado tiene el deber y la posibilidad de asumir y ejecutar el gasto generado por la disposición impugnada. Además, el gasto que ha sido generado, lo ha sido de conformidad con las disposiciones constitucionales pertinentes.

d. **Sobre la supuesta vulneración del artículo 24º de la Constitución, en el que se establece que el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente**

Alega que se considera erróneamente que se vulnera el derecho a una remuneración equitativa, por la existencia de un riesgo en cuanto a su pago, aunque el contenido de tal derecho está referido al monto de la remuneración que se percibe, cuando las modificaciones introducidas por el artículo 6° de la Ley N.° 29849 al Decreto Legislativo N.° 1057 no atentan contra el derecho a una remuneración equitativa y suficiente, pues ha generado un gasto de conformidad con disposiciones constitucionales pertinentes, que el Estado debe asumir y debe estar facultado legalmente a ejecutar, pero no establece montos remunerativos que puedan ser calificados de inequitativos o insuficientes.

**e. Sobre la supuesta vulneración del artículo 23º de la Constitución, en el que se establece que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos laborales**

Nuevamente se cuestiona el artículo 5° del Decreto Legislativo N.° 1057, que establece que el CAS se celebra a plazo determinado y es renovable, cuando el Tribunal Constitucional ya ha determinado su constitucionalidad.

En relación al derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario, afirma que éste es un derecho de configuración legal cuyo contenido puede ser desarrollado desde dos perspectivas; una sustantiva y otra procesal, sea que se trate de evitar o impedir el despido o reparar patrimonialmente las consecuencias de tal despido en el primer caso o se trate de restituir al trabajador en su centro de trabajo, en el segundo.

Respecto del CAS aduce que se trata de un supuesto de protección reparadora desde una perspectiva sustantiva, pues la protección adecuada está encaminada a reparar las consecuencias del despido arbitrario, conforme lo establece el artículo 10° del Decreto Legislativo N.° 1057. Este supuesto de protección reparadora también estuvo contemplado en el artículo 13.3 del Reglamento del Decreto Legislativo N.° 1057. Asimismo, dicho régimen de protección reparadora ha sido validado por el Tribunal Constitucional en el Exp. N.° 03818-2009-PA/TC.

Así, en caso de la resolución unilateral injustificada del contrato por parte de la entidad contratante, se debe entregar automáticamente una indemnización al trabajador, sin imponerle la carga de iniciar un proceso judicial para solicitarla. Por ello, no es posible sostener que la disposición impugnada es inconstitucional.

Sobre la afirmación de que los fundamentos de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Decreto Legislativo N.° 1057 original no son aplicables al nuevo régimen CAS de la Ley N.° 29849, expresa que cuando el Tribunal Constitucional sostuvo que el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios es un sistema de contratación laboral independiente:

a. Ya estaba establecido un procedimiento de contratación que implicaba que el ingreso al régimen CAS era por concurso público, similar al establecido al regulado en el Decreto Legislativo N.° 276.

b. Ya se encontraba establecido un requisito para la celebración del denominado CAS, que implicaba la existencia de plazas previamente presupuestadas, como ocurre con los regímenes regulados en los Decretos Legislativos N.°s 276 y 728.

c. Ya tenía establecidas [sus propias] reglas de contratación, así como de protección sustantiva reparadora.

d. Ya existía la subordinación en la relación laboral de dicho régimen.

De manera que pese a modificaciones introducidas por la Ley N.° 29849 al régimen laboral especial del Decreto Legislativo N.° 1057, éste continúa teniendo sus propias reglas de contratación, diferentes a las de los otros regímenes laborales enunciados precedentemente, por lo que sigue siendo válido lo expuesto por el Tribunal Constitucional en el sentido de que aquel no es un régimen complementario de los anteriores, por lo que no resulta necesario ni pertinente que se aplique el test de igualdad.

En relación al pedido de que se dicte una sentencia interpretativa, refiere que dado que se ha solicitado que la Ley N.° 29849 se expulse de ordenamiento jurídico, la sentencia a emitir sería una de simple anulación, por lo que lo expuesto en aquella no tendría el efecto solicitado.

Finalmente, sobre la necesidad de que el Tribunal Constitucional declare un estado de cosas inconstitucional, considera que no es posible sostener que el régimen laboral especial regulado por el Decreto Legislativo N.° 1057 ha contribuido a que dicho estado de cosas se configure en el empleo público; por el contrario, dicho régimen ha coadyuvado a

garantizar los derechos laborales consagrados en la Constitución.

**IV. FUNDAMENTOS**

**§1. Delimitación del petitorio**

1. El colegio profesional demandante cuestiona la constitucionalidad de la Ley N.° 29849, que establece la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo N.° 1057 y otorga derechos laborales. No se cuestiona dispositivo alguno en particular sino que se hace un cuestionamiento de la ley en general, basándose en las supuestas consecuencias que se derivarían de su aplicación y que, como consecuencia de ello, se afectarían diversas disposiciones constitucionales.

**§2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación al Contrato Administrativo de Servicios – CAS**

2. El Tribunal Constitucional, al emitir sentencia en el Exp. N.° 00002-2010-PI/TC, expuso los criterios que se detallan a continuación:

   - El CAS, regulado por el Decreto Legislativo N.° 1057, contiene disposiciones que hacen dudar que legisle un contrato administrativo, al regular aspectos como el horario de trabajo, el descanso semanal y anual, así como las contribuciones al sistema de ESSALUD (fojas 18); por ello se concluye que es un contrato de trabajo (fojas 19).
   - El CAS no es un régimen laboral complementario de los regímenes laborales regulados por los Decretos Legislativos N.° 276 y 728; sino uno independiente (fojas 31), desechando la posibilidad de que pueda ser equiparado con el último de los regímenes citados (fojas 32); por ello no se aplicó el test de igualdad (fojas 33).
   - El CAS surge en sustitución del sistema civil de contratación denominado de locación de servicios o de servicios no personales; de modo que se puede recurrir a este sistema cuando se contrate a personal que no realice labores que requieran vínculo laboral (fojas 36).
   - Los regímenes laborales regulados por los Decretos Legislativos N.° 276 y 728, en algunos casos protegen mejor los derechos fundamentales de los trabajadores sujetos a aquellos, respecto de los reconocidos por el CAS; sin embargo, los contratos CAS protegen mejor los derechos de los trabajadores, respecto de quienes se encontraban en un régimen de servicios no personales (fojas 38).
   - La constitucionalidad del CAS no se determina por comparación con otros regímenes laborales, sino desde su concordancia con la Constitución (fojas 39). Por ello, corresponde a la autoridad administrativa dictar la regulación necesaria para la protección de los derechos laborales establecidos en la Constitución, en cualquier régimen laboral, incluído el CAS (fojas 43).
   - A partir de dicha sentencia, el artículo 1° del CAS debe ser interpretado como un régimen especial de contratación laboral para el sector público, el cual es compatible con el marco constitucional.

3. Estos criterios han sido implícitamente reiterados por el Tribunal Constitucional, cuando en el Exp. N.° 00035-2009-PI/TC desestimó realizar un nuevo análisis de las disposiciones demandadas como inconstitucionales en el Exp. N.° 00002-2010-PI/TC, dado que dicho extremo fue declarado improcedente. Por ello, cabe tener presentes estos criterios, dado que en su momento justificaron la declaración de que el CAS es constitucional, por lo que su existencia, aplicación y vigencia es acorde con el ordenamiento constitucional.

4. Al haber sido modificado el Decreto Legislativo N.° 1057 por la Ley N.° 29849, conviene analizar si tales modificaciones son conformes a la Constitución o no, dentro del marco de los criterios antes expuestos, dado que la constitucionalidad confirmada por el Tribunal Constitucional del CAS –en tanto régimen laboral–, solo variaría si las disposiciones modificatorias introducidas son contrarias al texto de la Norma Fundamental.

**§3. Contenido de la norma impugnada, la Ley N.º 29849, Ley que establece la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga derechos laborales**

5. De la revisión de la Ley N.° 29849, se aprecia que el artículo 1° de la norma establece la eliminación progresiva del CAS y el artículo 2° modifica dos disposiciones del Decreto Legislativo N.° 1057; se trata de los artículos 3° y 6°, el primero de los cuales define al CAS y establece su carácter transitorio, mientras que en el artículo 6° se detallan los derechos que se otorgan a los trabajadores del CAS.

   El artículo 3°, por su parte, incorpora los artículos 8° a 12° al Decreto Legislativo N.°

1057, regulando el acceso por concurso público, las obligaciones y responsabilidades administrativas de los trabajadores contratados vía CAS, la extinción del contrato de trabajo, las boletas de pago y el régimen tributario; mientras que el artículo 4° establece la necesidad y plazo de la reglamentación de la Ley N.° 29849.

En las disposiciones complementarias finales se legisla la contratación de personal directivo; la necesidad de que los gastos correspondientes al CAS así como los correspondientes a los derechos garantizados se encuentren presupuestados; y que la aplicación de dicha norma sea financiada por los pliegos presupuestales de cada entidad, en especial la relativa a los derechos otorgados por el artículo 6° modificado del Decreto Legislativo N.° 1057 (Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Complementarias Finales de la Ley N.° 29849, respectivamente).

Finalmente, las dos disposiciones complementarias transitorias establecen, la primera, que la eliminación del régimen de CAS se producirá gradualmente a partir del año 2013, con la implementación del nuevo Régimen del Servicio Civil, debiendo establecer las leyes de presupuesto los porcentajes de ingreso al mismo; y, la segunda, que el CAS es una modalidad especial de contratación privada del Estado y que no se consideran servicios personales para efectos de las medidas de austeridad contenidas en las leyes de presupuesto, pues se sujetan a las reglas que regulan el CAS.

6. De manera que el CAS ha sido modificado en dos extremos trascendentales; el primero destaca su carácter transitorio como régimen laboral, mientras que el segundo incide en el financiamiento de los derechos laborales otorgados a los trabajadores contratados bajo sus reglas. Por ello, corresponde que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre el particular.

**§4. La transitoriedad del régimen regulado por el Contrato Administrativo de Servicios**

7. En la sentencia dictada en el Exp. N.° 00002-2010-PI/TC, el Tribunal Constitucional dejó sentado que la creación de un nuevo régimen laboral era constitucional (fojas 31), de modo que la creación del CAS era conforme con la Constitución, con lo que legislar en relación a su temporalidad en modo alguno puede ser considerado como inconstitucional, dado que ello se encuentra en el margen discrecional de la actuación del legislador positivo.

8. No obstante ello, llama la atención que en un primer momento, esto es, cuando se promulgó el Decreto Legislativo N.° 1057, las demandas que se interpusieron lo fueron cuestionando su constitucionalidad; sin embargo, ahora se cuestiona la duración que debe tener el régimen laboral regido por aquel, dado que en dos disposiciones de la Ley N.° 29849 se ha puesto énfasis en la temporalidad de dicho régimen.

   En ese sentido, cabe recordar que el artículo 3° del Decreto Legislativo N.° 1057, modificado por la Ley N.° 29849 establece, *in fine*, que el CAS es transitorio, mientras que en la Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N.° 29849 expone que la eliminación del régimen laboral del CAS se producirá de manera gradual a partir del 2013, con la implementación del nuevo Régimen del Servicio Civil.

9. Así las cosas, se advierte que el cuestionamiento hecho por los demandantes respecto de la modificación introducida por la Ley N.° 29849 en el Decreto Legislativo N.° 1057, no es con ocasión del contenido de aquella, sino por la mera existencia, ahora transitoria, del régimen del CAS.

10. Independientemente de las intenciones de los demandantes, el Tribunal Constitucional advierte que en la Constitución no existe un límite o prohibición a la creación de un régimen laboral de naturaleza permanente o temporal, a condición de que respete y proteja los derechos fundamentales de los trabajadores. Esto puede derivar en una omisión legislativa si –como se ha ordenado en la norma impugnada– se omite crear el nuevo Régimen del Servicio Civil a que se ha hecho referencia, como parte del proceso de eliminación progresivo del régimen CAS; se omite establecer el procedimiento para el traslado de un régimen a otro; o si no se precisa el tiempo que debe durar el proceso de adecuación o incorporación.

11. Sobre el particular, tanto las previsiones de la creación normativa del régimen, el establecimiento de porcentajes en la ley de presupuesto y la duración del proceso de adecuación al nuevo régimen por crearse, son de responsabilidad del Congreso de la República, a quien corresponde aprobar la legislación pertinente para tal efecto.

12. En esa misma línea argumentativa, los demandantes han pretendido sostener que de declararse la inconstitucionalidad de la Ley N.° 29849, las normas a su vez derogadas por aquella recuperarían su vigencia, desconociendo los efectos derivados de la

promulgación de una ley, consagrados en el artículo 103° de la Constitución, que establece 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. La ley se deroga sólo por otra ley (…)*", así como lo expuesto por el artículo 83° del Código Procesal Constitucional, que en su parte final regula que "*(…) Por la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad de una norma no recobran vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado*".

**§5. La provisión de recursos para el pago de los derechos derivados de la Contratación Administrativa de Servicios regulados por el Decreto Legislativo N.º 1057, modificado por la Ley N.º 29849**

13. La parte demandante argumenta, *in extenso*, que los derechos laborales reconocidos en la Constitución y que corresponden ser otorgados a los trabajadores del CAS conforme al artículo 6° modificado del Decreto Legislativo N.° 1057, van a ser vulnerados, en la medida en que la provisión y pago de dichos recursos deben ser asumidos por cada entidad con cargo a sus propios recursos.

14. En principio, no basta alegar el desfinanciamiento del sistema laboral o la falta de provisión para declarar la inconstitucionalidad de una norma, sino acreditar si ello ha ocurrido efectivamente, generando situaciones que son contrarias a lo dispuesto en la Carta Fundamental. Sin embargo, no se advierte en abstracto que el artículo 6° modificado del Decreto Legislativo N.° 1057 adolezca de vicios que acarreen su inconstitucionalidad.

15. El problema se presenta, a decir de los demandantes, en la provisión de los fondos para garantizar o permitir el acceso o goce de tales derechos, situación que queda librada a los recursos presupuestarios de cada entidad. Por ello, para este Colegiado estamos frente a una afirmación hecha por los demandantes carente de sustento alguno que acredite la vulneración efectiva de los derechos laborales de los trabajadores del CAS, dado que no se advierte ningún documento en el expediente que permita concluir que ello efectivamente ocurra.

    Sin embargo, de presentarse un problema de esta naturaleza, se producirían hechos que motivarían la interposición de procesos de tutela de derechos y no frente a un supuesto de inconstitucionalidad; lo contrario sería suponer que la disposición del CAS que establece los derechos de los trabajadores contratados bajo dicha modalidad, es inconstitucional justamente por legislar sobre el particular, dentro de los parámetros que establece la Constitución, cuando el problema no está –según el razonamiento de los demandantes–, en el otorgamiento de los derechos, sino en la provisión económica que asegure el goce de los mismos.

16. Además, la previsión establecida en la Ley N.° 29849, en el sentido de que la aplicación de dicha disposición se financia con cargo al presupuesto institucional, no hace inviable la contratación en dicha modalidad, sino que establece la obligación de todos los titulares de pliego presupuestal de contratar personal cuyas remuneraciones y derechos laborales sean efectivamente cubiertos con los recursos presupuestarios previstos para cada institución.

    Se trata pues de un límite establecido para proteger el acceso y goce de tales derechos, a fin de que las entidades del sector público que pretendan contratar trabajadores en la modalidad del CAS, no lo hagan indiscriminadamente, sino previo análisis de si cuentan con los fondos para cubrir y pagar los costos generados como consecuencia de la relación laboral enmarcada en el CAS.

17. Por las mismas razones, no es posible determinar la existencia de un estado de cosas inconstitucional como reclama la parte demandante, dado que ello ocurre cuando se determina una conducta permanente y reiterada en la vulneración de determinados derechos fundamentales, lo que no ha ocurrido en el caso de autos, toda vez que solo se cuenta con el mero dicho de los demandantes, sin ningún sustento documental o fáctico que permita verificar su afirmación.

**§4. La omisión legislativa derivada de la legislación dictada por el Congreso de la República, al modificar el Decreto Legislativo N.º 1057 a través de la Ley 29849**

18. La interpretación conjunta de las modificaciones introducidas por la Ley N.° 29849 al Decreto Legislativo N.° 1057, evidencia la existencia de dos disposiciones que establecen obligaciones para el Congreso de la República y que a la fecha no han sido ejecutadas. Nos referimos al artículo 3° *in fine,* del Decreto Legislativo N.° 1057 modificado por la Ley N.° 29849, así como a la Primera Disposición Complementaria Transitoria de la citada ley, conforme a las cuales se tiene que el régimen del CAS es de naturaleza transitoria, por lo que su eliminación será gradual a partir del año 2013 cuando se implemente el nuevo

Régimen del Servicio Civil; en ese sentido, corresponde que las leyes de presupuesto del sector público establezcan los porcentajes de personal que ingrese anualmente al nuevo régimen.

19. Se tiene entonces que todo el proceso de eliminación del Régimen del CAS está supeditado al dictado de la legislación que –a pesar de lo previsto en las disposiciones acotadas y a que nos encontramos en el año 2013–, aún no se han emitido; al respecto, no se advierte que el Congreso de la República haya legislado en relación al nuevo Régimen del Servicio Civil, por lo que la calificación que se ha hecho del CAS como un régimen "transitorio" es poco más que lírica, dado que el régimen que lo debe reemplazar o asumir, es jurídicamente inexistente. Poco importa si la Ley N.° 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, ha regulado el porcentaje de trabajadores del régimen del CAS que pueden trasladarse al nuevo Régimen del Servicio Civil, pues no pueden ingresar a un régimen laboral que aún no ha sido creado.

20. Se advierte, en consecuencia, que el Congreso de la República ha incurrido en "ocio legislativo", al incumplir los plazos para emitir la legislación que se autoimpuso, pues de haberse respetado los plazos, este año no sólo existiría el nuevo Régimen del Servicio Civil, sino que se estaría implementando el proceso de ingreso al mismo, lo que a la fecha no es posible.

21. El Tribunal Constitucional, al momento de declarar la constitucionalidad del CAS, fijó su posición en términos de su constitucionalidad, teniendo como parámetro el contenido y mandatos de la Constitución; sin embargo, se advierte que la actuación del Congreso de la República, en relación al contenido de la norma impugnada, es cuando menos deficiente. No basta decretar o declarar la extinción de un régimen laboral; también resulta necesario determinar cuál va a ser el procedimiento para tal efecto, el plazo en que ello se ejecutará, así como el destino de los trabajadores de dicho régimen, cualquiera que sea el mismo, situaciones todas esas omitidas por el legislador ordinario.

    Además, la creación del nuevo Régimen del Servicio Civil importa una reforma de la carrera administrativa, por lo que resulta necesario que el nuevo régimen no solo en la forma sea compatible con los presupuestos establecidos en el artículo 40° de la Constitución (ingreso, derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos), sino que su regulación responda a un sistema donde prime el mérito como mecanismo de acceso y promoción, respetando los principios de igualdad e imparcialidad, y garantizando que accedan o progresen en la función pública los funcionarios más capaces.

22. Por ello, corresponde que el Tribunal Constitucional emita un recordatorio para tal efecto al Congreso de la República, dado que la omisión legislativa advertida sobre esta materia continuará en tanto no se implementen los mandatos contenidos en el Decreto Legislativo N.° 1057, modificado por la Ley N.° 29849, salvo que tales disposiciones sean derogadas o modificadas, todo lo cual cae dentro del marco de acción del Congreso de la República, en tanto órgano deliberante por excelencia en nuestro ordenamiento constitucional.

    En caso de no hacerlo, esto es, de continuar la omisión legislativa, corresponderá al juez constitucional llenar dicho vacío en vía interpretativa, en tanto las normas precitadas sigan vigentes, sea caso por caso o en su conjunto, dependiendo de las circunstancias.

23. Lo expuesto en el anterior acápite no afecta, por cierto, la constitucionalidad de la norma impugnada, la que conforme a los fundamentos expuestos precedentemente, es constitucional por las razones en ellos expuesta.

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de autos.

2. Recordar al Congreso de la República que dicte la legislación que implemente el nuevo Régimen del Servicio Civil a que hace referencia el Decreto Legislativo N.° 1057 modificado por la Ley N.° 29849, asimismo, que debe fijar el plazo durante el cual se realizará la adecuación del régimen del CAS al nuevo Régimen del Servicio Civil, debiendo adoptar las previsiones pertinentes para que las sucesivas leyes de presupuesto establezcan el porcentaje de trabajadores que irán progresivamente incorporándose desde el CAS al nuevo Régimen del Servicio Civil.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**URVIOLA HANI**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**CALLE HAYEN**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

**EXP. N.° 00014-2012-PI/TC**
**LIMA**
**COLEGIO DE ABOGADOS DE PUNO**

**RESOLUCION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Lima, 27 de mayo de 2013

**VISTO**

El pedido de aclaración presentado por don Yonhy Lescano Ancieta, Congresista de la República y representante del Colegio de Abogados de Puno, solicitando que se aclare la sentencia expedida en el Exp. N.° 00014-2012-PI/TC, y

**ATENDIENDO A**

1. Que como fundamentos de la solicitud presentada, el recurrente refiere que:

   a. La existencia del régimen especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS) es atentatorio contra el artículo 26°, inciso 1) de la Constitución; afecta el derecho de igualdad de oportunidades porque los trabajadores del régimen del CAS están sujetos a zozobra e incertidumbre porque no están en igualdad de condiciones de desarrollo laboral que los trabajadores estatales de los regímenes de los Decretos Legislativos N.°s 276 y 728. Esta desigualdad de trato se da porque los trabajadores del régimen del CAS están sujetos a un régimen transitorio.

   b. Los derechos regulados en el artículo 6° de la norma impugnada afecta a los trabajadores del régimen del CAS porque no se trata de derechos efectivos, sino que su goce está librado a la disponibilidad presupuestal de cada entidad; se trata de derechos expectaticios o condicionales, pues ni la Ley N.° 29849 ni la Ley N.° 29951, Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, asignan los recursos anuales necesarios para el pago total de estos mayores derechos de contenido remunerativo, por lo que el régimen del CAS está desfinanciado.

   c. El Poder Ejecutivo envió al Congreso de la República el Proyecto de Ley N.° 1846/2012-PE (Ley del Servicio Civil), cuya Primera Disposición Complementaria Transitoria dispone la implementación de un nuevo régimen que concluirá en el plazo de 7 años, con lo que los contratos irán venciendo y no se renovarán necesariamente.

2. Que conforme lo establece el artículo 121° del Código Procesal Constitucional, "*Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna. En el plazo de dos días a contar desde su notificación o publicación tratándose de las resoluciones recaídas en los procesos de inconstitucionalidad, el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido*".

3. Que de lo expuesto en los ítems a. y b. del considerando primero *ut supra*, se advierte que el recurrente insiste en cuestionar aspectos ya resueltos por el Tribunal Constitucional, no solo en el presente caso sino también en las demandas de inconstitucionalidad resueltas en los Exps. N.°s 00002-2010-PI/TC y 00035-2009-PI/TC; por lo tanto no se está en un supuesto en el que se solicite aclarar un concepto oscuro o ambiguo, sino que se pretende cuestionar la sentencia de este Colegiado, lo que a todas luces es improcedente.

   Sin embargo, considera este Colegiado que se deben hacer algunas precisiones sobre el particular:

   - El recurrente insiste en que el régimen del CAS vulnera preceptos constitucionales, tomando como parámetro de comparación otros regímenes laborales cuya existencia es legal y no constitucional. De aceptarse el razonamiento propuesto, todos los regímenes laborales diferentes a los regulados por el Decreto Legislativo N.° 276 y el Decreto Supremo N.° 003-97-TR tendrían que ser considerados inconstitucionales si es que reconocen menos derechos laborales que aquellos; e incluso, cabe la posibilidad, en ese orden de ideas, que se considere algunas disposiciones del Decreto Legislativo N.° 276 como inconstitucionales porque reconocen menos derechos que el Decreto Supremo N.° 003-97-TR y viceversa; al final, como consecuencia de dicha lógica, solo quedaría un solo régimen laboral vigente, para todos los trabajadores del país, independientemente de si trabajan para el sector público o privado, o las condiciones de trabajo, etc.

   - En relación al financiamiento del régimen del CAS, cabe señalar que cada entidad debe asumir su costo con los recursos que le han sido asignados en su presupuesto o con los que recauden directamente, la contratación de los trabajadores en dicho régimen. Igual ocurría y ocurre con la contratación de los trabajadores contratados bajo el régimen de servicios no personales, y cuando se revisa el presupuesto asignado a cada entidad,

no existe precisión de los recursos con que cuentan para tales contrataciones o cuántas personas pueden ser contratadas en una u otra modalidad, dado que ello depende de los medios económicos de los que efectivamente pueda disponer cada entidad. El recurrente hace una afirmación antojadiza, pues no ha presentado un solo caso en que lo que afirma haya ocurrido, a pesar de que "alega" que los trabajadores de este régimen pueden ser afectados en sus derechos laborales.

4. Que en relación al contenido del proyecto de ley presentado al Congreso de la República, así como a las consecuencias que pueden derivar de aquel, no corresponde al Tribunal Constitucional emitir pronunciamiento respecto de disposiciones legales inexistentes o posiblemente futuras; el sistema de control constitucional establecido en la Constitución de 1993 es uno de control posterior y no previo.

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

**RESUELVE**

Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de autos.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**URVIOLA HANI**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**CALLE HAYEN**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

***Sentencia 00013-2012-PI/TC*** *Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por congresistas de la República contra el artículo 2 de la Ley 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones. El Tribunal declaró infundada la demanda.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 27 de mayo de 2013

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda contra el artículo 2 de la Ley 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, que incorpora los artículos 7-A, 14-A, 14-B y 24.d del Decreto Supremo 054-97-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

Los congresistas demandantes alegaron que la norma impugnada atenta contra la Constitución en la medida que obliga a los afiliados a adherirse a la AFP que ofrezca la menor comisión, violando su derecho a elegir libremente a qué AFP desean afiliarse conforme a sus preferencias y criterios personales. Por su parte, el Congreso sostuvo que existe un mercado oligopólico que merece ser regulado de una manera más eficiente. Este sistema oligopólico se caracterizaría por la presencia de unas pocas empresas dominantes.

El Tribunal, sin definir si existe o no un mercado oligopólico de las pensiones privadas, consideró válido el argumento del aumento de competencia como una finalidad constitucional, pues existe consenso en la necesidad de dinamizar el mercado. Así, el interés de los usuarios por pagar menores comisiones avalaría, a juicio del Tribunal, una intervención como la precisada en la cuestionada Ley 29903. Por otro lado, también confirmó la constitucionalidad de la comisión por saldo.

Así, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad. No obstante, en coherencia con el derecho fundamental al libre acceso a las pensiones, el derecho a la información de los consumidores y el derecho a la libertad de contratación, el Tribunal estableció sentidos interpretativos respecto de los mencionados artículos 7-A, 24.d y 14-A.

**Temas Claves:** Derecho a la pensión — libertad de contratación — libre mercado.

**PLENO JURISDICCIONAL**
Expediente 0013-2012-PI/TC

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Del 27 de mayo de 2013

**STC 0001-2013-PI.p**
**Caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones 1**

Congresistas de la República c. Congreso de la República

**Asunto**

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de congresistas de la República contra el artículo 2 de la Ley 29903, de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, que incorpora los artículos 7-A, 14-A, 14-B y 24.d del Decreto Supremo 054-97-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones
Magistrados firmantes:

**SS.**
**URVIOLA HANI**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**ETO CRUZ**

**ÁLVAREZ MIRANDA**

**TABLA DE CONTENIDOS**


**I. CUESTIONES PRELIMINARES** ..... 3
A. RELACIÓN JURÍDICA-PROCESAL ..... 3
B. PETITORIO CONSTITUCIONAL ..... 3
C. VIOLACIÓN CONSTITUCIONAL INVOCADA ..... 4
D. DEBATE CONSTITUCIONAL ..... 4
D.1. Demanda ..... 4
D.2. Contestación de la demanda ..... 5
E. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS ..... 5
**II. ANÁLISIS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE FONDO DE LA LEY IMPUGNADA** ..... 7
A. AFILIACIÓN OBLIGATORIA A UNA AFP DE LOS NUEVOS AFILIADOS ..... 7
A.1. Justificación constitucional de la medida adoptada ..... 8
A.2. El derecho fundamental involucrado ..... 20
A.3. La supuesta vulneración del derecho a la libre elección pensionaria a través de la Afiliación Obligatoria ..... 25
B. COMISIÓN POR SALDO ..... 34
B.1. Justificación constitucional de la medida adoptada ..... 35
B.2. La garantía institucional involucrada ..... 37
B.3. La supuesta vulneración de la intangibilidad de fondos a través de la Comisión por Saldo 41
C. CENTRALIZACIÓN DE PROCESOS OPERATIVOS ..... 60
C.1. Justificación constitucional de la medida adoptada ..... 62
C.2. El derecho fundamental involucrado ..... 64
C.3. La supuesta vulneración de la libertad de contratación a través de la obligatoria contratación de las AFP a un tercero..... 67
**III. FALLO**..... 75


**EXPEDIENTE 0013-2012-PI/TC**
STC 0001-2013-PI.p
CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Arequipa, a los 27 días del mes de mayo de 2013, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Urviola Hani, presidente; Vergara Gotelli, vicepresidente; Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Álvarez Miranda, que se agrega

## I. CUESTIONES PRELIMINARES

### A. RELACIÓN JURÍDICA-PROCESAL

La demanda es interpuesta por el 25% del número legal de congresistas de la República, debidamente representados por la congresista doña Martha Gladys Chávez Cossío.

En vista de que una ley es la impugnada, al que le ha correspondido defender su constitucionalidad ha sido al Congreso de la República, a través de su apoderado, don Jorge Campana Ríos, en mérito del Acuerdo de Mesa Directiva 040-2005-2006/MESA-CR, de fecha 18 de octubre de 2012.

### B. PETITORIO CONSTITUCIONAL

La demanda se dirige a cuestionar la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley 29903, de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, publicada en el diario oficial El Peruano el 19 de julio de 2012, en la parte que incorpora los artículos 7-A, 14-A, 14-B y 24.d del Decreto Supremo 054-97-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones:

| Normas impugnadas | | Tema |
|---|---|---|
| **Ley 29903** | **DS 054-97-EF** | |
| **Artículo 2**, *que incorpora los siguientes artículos:* | **7-A** | Licitación del servicio de administración de la cuentas individuales |
| | **14-A** | Centralización de los procesos operativos |
| | **14-B** | Sunat como entidad centralizadora |
| | **24.d** | Comisión mixta, que incluye la comisión por saldo |

## C. VIOLACIÓN CONSTITUCIONAL INVOCADA

Los demandantes, para argumentar su pretensión, alegan la violación de los siguientes derechos fundamentales, principios y garantías institucionales previstos en la Constitución:

- Derecho a la libertad de contratación (artículo 62)
- Derecho a la pensión (artículo 11)
- Garantía institucional de la intangibilidad de los fondos de seguridad social (artículo 12)
- Derecho a la libre competencia (artículo 61)
- Derecho a la información de los consumidores (artículo 65)
- Derecho a la propiedad (artículo 70)
- Principio de solidaridad

## D. DEBATE CONSTITUCIONAL

Los accionantes y el demandado postulan sobre la constitucionalidad de las normas objetadas una serie de razones que, a manera de epítome, se presentan a continuación.

### D.1. Demanda

La demanda se sustenta en los siguientes argumentos:

(i) El esquema de "licitación de afiliados nuevos", establecido en el artículo 7-A cuestionado, vulnera el artículo 11 de la Constitución, en vista de que el procedimiento de selección de la Administradora Privada de Fondos de Pensiones (AFP) que ofrezca la mejor comisión limita el libre acceso a las pensiones por parte de los nuevos afiliados.

(ii) El establecimiento de la entidad centralizadora por parte de las AFP, bajo los mecanismos previstos por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS), establecido en el artículo 14-A cuestionado, vulnera el artículo 62 de la Constitución, en vista de que cambia las condiciones iniciales con las que las AFP emprendieron sus funciones en el Perú.

(iii) La facultad otorgada a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat) como posible entidad centralizadora, establecida en el artículo 14-B cuestionado, vulnera el artículo 61 de la Constitución, en vista de que legitima la existencia de un monopolio, al centralizar todos los procesos operativos en una única institución pública.

(iv) La comisión sobre el saldo, establecida en el artículo 24.d cuestionado, vulnera el artículo 12 de la Constitución, en vista de que la retribución que percibirán las AFP será cobrada a partir de las cuentas y fondos de cada afiliado; vulnera el artículo 65 de la Constitución, en vista de que afecta el deber de defender el interés de los consumidores y usuarios; y vulnera el artículo 70 de la Constitución en vista que afecta los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, entendidos como derecho a la propiedad.

### D.2. Contestación de la demanda

El apoderado del Congreso de la República contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada, sustentándose en los siguientes argumentos:

(i) Lo establecido en el artículo 7-A cuestionado no vulnera el derecho de acceso a una pensión en vista de que éste implica la elección de un determinado sistema pensionario y no la elección de una determinada AFP; para tal caso, se podría alegar una afectación al derecho a la libertad de contratar de cada pensionista, que, sin embargo, no se produce porque la medida implementada, de carácter temporal y relativo, constituye únicamente una intervención en el principio de la autonomía de la voluntad, en la vertiente de la libertad de contratar.

(ii) Lo establecido en el artículo 14-A cuestionado no vulnera norma constitucional alguna en vista de que la Ley 25897, que creó el sistema privado nunca estableció que las AFP necesariamente debían hacerse cargo de los procesos operativos que ahora buscan centralizarse, tanto es así que se dejó abierta la posibilidad de que sea un tercero el que realice la recaudación.

(iii) Lo establecido en el artículo 14-B cuestionado no implica que la labor de Sunat o de un particular se convierta en un monopolio, ni que se vulneren las reglas de la competencia perfecta, pues la entidad no está realizando actividad empresarial alguna, sino más bien una actividad extrafiscal, una actividad económica no empresarial que tiene vínculos con los fines del Estado social.

(iv) Lo establecido en el artículo 24.d cuestionado no vulnera la intangibilidad de los fondos pensionarios, en vista de que la comisión sobre el saldo del fondo forma parte de la retribución que hace el afiliado a la AFP por el servicio prestado.

## E. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Determinada la posición de las partes del proceso, es preciso que el Tribunal Constitucional defina los temas a desarrollarse a lo largo de la presente sentencia.

- ¿Es válida constitucionalmente la afiliación obligatoria de los trabajadores que ingresan al sistema privado a la AFP adjudicataria de la licitación? En consecuencia,
  - ¿El aumento de competencia entre las AFP lo justifica constitucionalmente? ¿o, es la mejora de las condiciones de los usuarios? ¿O ambas?
  - ¿El derecho fundamental supuestamente vulnerado es la libertad de acceso a la pensión o la libertad de contratación?
  - ¿Esta medida temporal debe ser entendida en conjunción con otros elementos para la elección de las AFP?
  - ¿Qué rol le compete a la SBS?
- ¿Es válida constitucionalmente la comisión por saldo? En consecuencia,
  - ¿La alineación de intereses entre AFP y afiliados y/o la mayor disponibilidad de la remuneración justifican la medida?
  - ¿Las normas impugnadas podrían afectar la garantía institucional de la intangibilidad de los fondos pensionarios o también la propiedad sobre los fondos?
  - ¿Es congruente con la Constitución el cambio de esquema de la comisión por saldo en detrimento de la comisión por flujo?
  - ¿Puede exigirse a un afiliado que ha venido aportando según las condiciones iniciales de su contrato que modifique su forma de pago de comisión? ¿Existe una vulneración del principio constitucional de irretroactividad de las normas?
  - Con este nuevo esquema, ¿es posible que un trabajador se quede sin saldo para afrontar su etapa de jubilación?
- ¿Es válida constitucionalmente la centralización de los procesos operativos de las AFP? En consecuencia,
  - ¿Es la eficiencia del sistema privado y/o la mejora de la calidad de vida de los afiliados lo que avala constitucionalmente la medida?
  - ¿Está en juego la libertad de contratación o la libertad de empresa?
  - ¿En qué medida se está conculcando el derecho de las AFP, a través de una medida que podría considerarse monopólica?
  - ¿Puede ser la Sunat la entidad centralizadora? ¿Eso implicaría una violación al principio de subsidiariedad empresarial del Estado?

## II. ANÁLISIS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE FONDO DE LA LEY IMPUGNADA

1. El examen de constitucionalidad de fondo a ser realizado en la presente sentencia se dividirá en tres partes, referidas sucesivamente a la incorporación compulsiva de los nuevos afiliados, la inclusión de una comisión por saldo y la centralización de los procesos operativos realizados por las AFP. Cada tema será examinado desde una triple perspectiva, primero determinando la justificación constitucional de la medida adoptada, luego definiendo el derecho fundamental o garantía institucional involucrada y, por último, estableciendo si se ha afectado o no éste con la norma impugnada.

2. Este Colegiado precisó en la STC 0002-2005-PI/TC, que *"(…) En mérito a la dimensión subjetiva, el Tribunal Constitucional puede valorar la constitucionalidad de los actos concretos realizados al amparo de la norma legal impugnada, lo cual definitivamente no supone la resolución del problema en un caso concreto; sino otorgarle un canon valorativo constitucional – función de valoración, para la resolución del presente proceso de inconstitucionalidad"* (fundamento 2), razón por la cual considera conveniente conocer, para contrastar el examen abstracto de las normas impugnadas, cómo fueron aplicadas las medidas establecidas en la Ley 29903.

### A. AFILIACIÓN OBLIGATORIA A UNA AFP DE LOS NUEVOS AFILIADOS

*Normas impugnadas*

3. La demanda tiene por objeto declarar la inconstitucionalidad del artículo 7-A del Decreto Supremo 054-97-EF, incorporado por el artículo 2 de la Ley 29903, bajo el epígrafe de "Licitación del servicio de administración de cuentas individuales de capitalización para los trabajadores que se incorporen al SPP", cuyo tenor es el siguiente: *"La Superintendencia licitará el servicio de administración de las cuentas individuales de capitalización de aportes obligatorios de los trabajadores que se incorporen al SPP. En cada licitación se adjudicará el servicio a la AFP que (…) ofrezca la menor comisión de administración (…) La Superintendencia licitará el servicio de administración de cuentas individuales cada veinticuatro (24) meses (…)"*.

*Alegatos de los demandantes*

4. A juicio de los demandantes, el esquema de "licitación de nuevos afiliados" es

inconstitucional por considerar que mediante este procedimiento de selección a la AFP que ofrezca una mejor comisión, se está coartando la libertad de los nuevos afiliados de elegir el proveedor de servicios previsionales que él considere pertinente, por lo que termina afectándose el derecho al libre acceso a la pensión, previsto en el artículo 11 de la Constitución.

*Alegatos del demandado*

5. En contra de lo argüido por los congresistas accionantes, el demandado, además de establecer que el derecho involucrado no es el de acceso a una pensión sino el de la libertad de contratar de cada pensionista, reconocido en el artículo 62 de la Constitución, expresa que la medida busca las mejores condiciones para los afiliados y una mayor competencia entre las AFP, por lo cual la intervención en el principio de la autonomía de la voluntad -en la vertiente de la libertad de contratar- sólo posee un carácter temporal y relativo.

**A.1. Justificación constitucional de la medida adoptada**

6. El primer nivel de estudio exige la identificación del fin de relevancia constitucional que posee la medida legislativa de afiliación obligatoria de los nuevos trabajadores afiliados a las AFP. De lo expresado por el demandado, podrían existir hasta dos razones. La primera, ligada a la actividad de los agentes económicos en el mercado privado de pensiones. La segunda relacionada con los beneficios a favor de los afiliados. Al igual que el Congreso de la República, esta opinión fue asumida por la Comisión de Defensa del Consumidor del Congreso, para quien la licitación *"(…) promueve la competencia ex-ante [por parte de las AFPs] y se traduce en menores comisiones para el afiliado, ya que la administración de la cartera es adjudicada a la AFP que ofrezca la menor comisión de administración (…)",* además de responder *"(…) a atributos deseables del mercado como una baja comisión y alta rentabilidad (…)"* (Dictamen de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de julio de 2012).

**(a) Aumentar la competencia entre las AFP**

7. Las normas impugnadas encuentran su razón de ser en una necesidad de aumento de competencia por parte de las AFP. Según el artículo 61 de la Constitución, "*El Estado facilita y vigila la libre competencia (…)*", protegiendo el llamado proceso competitivo o instituto jurídico de la competencia, en la búsqueda de un mayor bienestar de consumidor. Dentro del mercado permite a los agentes económicos reducir sus costos (eficiencia productiva), incrementar la calidad y diversidad de sus productos o servicios (eficiencia innovativa) y proveer a los consumidores bienes y servicios con precios cercanos a sus costos (eficiencia asignativa). El derecho a la libre competencia está definido 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 (STC 0018-2003-PI/TC; STC 1405-2010-PA/TC). Se adscribe al cuadro más amplio de la libertad económica y como tal supone tres aspectos esenciales: acceso al mercado por parte de los diversos agentes económicos sin que se pueda impedir o restringir dicha participación; libre iniciativa dentro del mercado para competir conforme a las propias condiciones y variables económicas; la igualdad (no discriminación) de los competidores ante la ley (STC 0018-2003-PI/TC; STC 3315-2004-AA/TC).

8. En teoría económica existen los denominados fallos de competencia. Una forma de competencia imperfecta es el oligopolio, cuyo abuso debe ser combatido por el Estado (STC 0008-2003-AI/TC). Según el mencionado artículo 61 de la Constitución, el Estado *"(…) Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios (…)*". De acuerdo a la Constitución, no es que se prohíban los monopolios u oligopolios "*(…) alcanzados mediante el esfuerzo empresarial, frutos de la eficiencia productiva o innovativa en el mercado, sino aquellos derivados de una concertación (los llamados carteles) o de la imposición de una norma legal*" (punto 61 de la Resolución 054-2003-INDECOPI/CLC).

9. En este orden de ideas, la Constitución confiere al Estado el deber de proscribir y combatir toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de las posiciones dominantes o monopólicas, no siendo admisible la existencia de escenarios económicos en los que aparezca un agente con capacidad de actuación independiente respecto de sus consumidores o usuarios, pudiendo determinar el precio y la cantidad de bienes o servicios a ofertarse, o sus competidores, compradores, clientes o proveedores, abusando de su participación significativa en el mercado, desarrollo tecnológico, entre otras (STC 0008-2003-PI/

TC). Cualquier intervención pública -entre las que debe contarse la Ley 29903- debe restaurar o regular el mercado, a fin de que *"(…) el precio y la producción de los bienes y servicios [sean] resultado de la interacción entre la oferta (las decisiones de los proveedores) y la demanda (las decisiones de los consumidores)*" (punto 57 de la Resolución 054-2003-INDECOPI/CLC). Por ello, la intervención pública no se da con el objeto de alterar las reglas propias del mercado, sino más bien de garantizar que éste funcione de la manera más correcta y efectiva y que a su vez ofrezca la garantía de que las propias condiciones de libre competencia estén siendo realmente cumplidas; así, puede justificarse una intervención en el ámbito de acceso al mercado cuando el producto o servicio no se encuentre permitido por la ley, o cuando se generen situaciones distorsionantes de la libre competencia (STC 3315-2004-AA/TC).

10. A partir de esta configuración del mandato constitucional, lo que se encuentra prohibido, según el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, son *"(…) las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores*" (artículo 1). En el modelo jurídico nacional, son dos las situaciones proscritas relacionadas con el oligopolio (Resolución 054-2003-INDECOPI/CLC).

    - En primer lugar, están las prácticas colusorias -o restrictivas de la libre competencia-, efectuadas entre empresas que *prima facie* competirían entre sí, respecto de precios, producción, mercados y clientes, con el objeto de eliminar, restringir o limitar dicha competencia que tienen el efecto de restringir o eliminar el proceso competitivo entre sus participantes, dentro de un determinado mercado geográfico y/o de productos, en detrimento de consumidores, competidores y/o proveedores, que como resultado podría producirse un aumento de los precios o una reducción de la producción de manera artificial al margen de los mecanismos naturales del mercado.

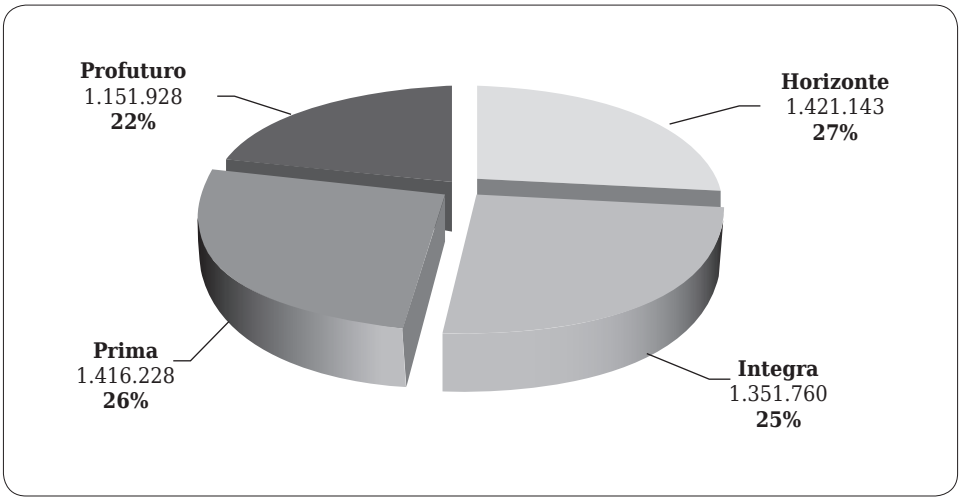
    - En segundo lugar, está el abuso de posiciones dominantes y monopólicas, prohibidas explícitamente en el artículo 61 de la Constitución, entendidas como conductas de tipo exclusorio y no explotativo. El término *práctica monopólica* se refiere al hecho de que una empresa con poder de mercado, mediante una determinada práctica y de manera unilateral, limita o restringe la competencia en el mercado, con el objetivo de ampliar su participación o fortalecer su poder de mercado, excluyendo a los actuales competidores o impidiendo el acceso a los potenciales competidores.

11. Bajo estos criterios, los diseñadores de políticas públicas, *policy-makers,* alegan la existencia de un mercado oligopolístico en el país. Al respecto, se puede observar que la SBS ha establecido, tras definir las características del mercado de la industria de las AFP, que ante la ausencia de un cabal escenario de competencia por precios las AFP prefieren competir por publicidad o por gastos comerciales porque les resulta más barato antes que por precios (comisiones), pues les resulta más oneroso (Documento de Trabajo "Competencia y reducción de comisiones en sistema privado de pensiones. El caso peruano", de 2006, *Vid.* http://www.sbs.gob.pe/repositorioaps/0/0/jer/ddt_ano2006/SBS-DT-02-2006.pdf). Asimismo, un grupo de economistas chilenos, analizando la experiencia de su país, bastante similar a la nacional, explicó que el mercado previsional privado está definido por el bajo nivel de competencia, comportamientos oligopólicos, altas barreras a la entrada por los temas de escala, no percepción de las variables relevantes (comisiones, rentabilidad, calidad del servicio), entre otros, situación que conlleva una progresiva concentración de las decisiones de inversión en el mercado de capitales de las AFP, factor que sumado a la aparente sincronía en las decisiones de inversión por parte de las administradoras -situación conocida como *efecto manada*, configura un escenario que en situaciones de estrés macroeconómico y financiero puede tener consecuencias en términos de la estabilidad de los mercados, siendo necesario promover soluciones públicas creativas que alteren los estadios de inercia para un ahorro obligatorio de afiliados que no tiene capacidad de aglutinar, por sí solos, efectos en la demanda que lo beneficien en precios ("Licitaciones: Imprimiendo competencia al sistema de AFP", de 2006, *Vid.* http://www.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/06032006130517.pdf).

12. Como justificación de la emisión de las normas impugnadas, se aduce que el mercado oligopolístico privado de pensiones merece ser regulado de una manera más eficiente. El oligopolio se define como aquella estructura de mercado en la cual barreras naturales o legales impiden la entrada de nuevas empresas o el número de empresas competidoras es reducido, lo cual lleva a que los productores tengan incentivos para colaborar fijando los precios o repartiéndose los segmentos del mercado, lo que provoca una situación

parecida a la del monopolio. El oligopolio se caracteriza por la presencia de unas pocas empresas dominantes, que en el caso de las AFP serían Integra, Horizonte, Profuturo y Prima, provocando una elevada concentración de la industria por su alta participación en el mercado, que casi está repartido por partes iguales. Una de las posibles consecuencias del oligopolio se presenta en la colusión, a través de la cual todas las empresas se benefician al evitar las guerras de precios y proteger el volumen de afiliaciones.

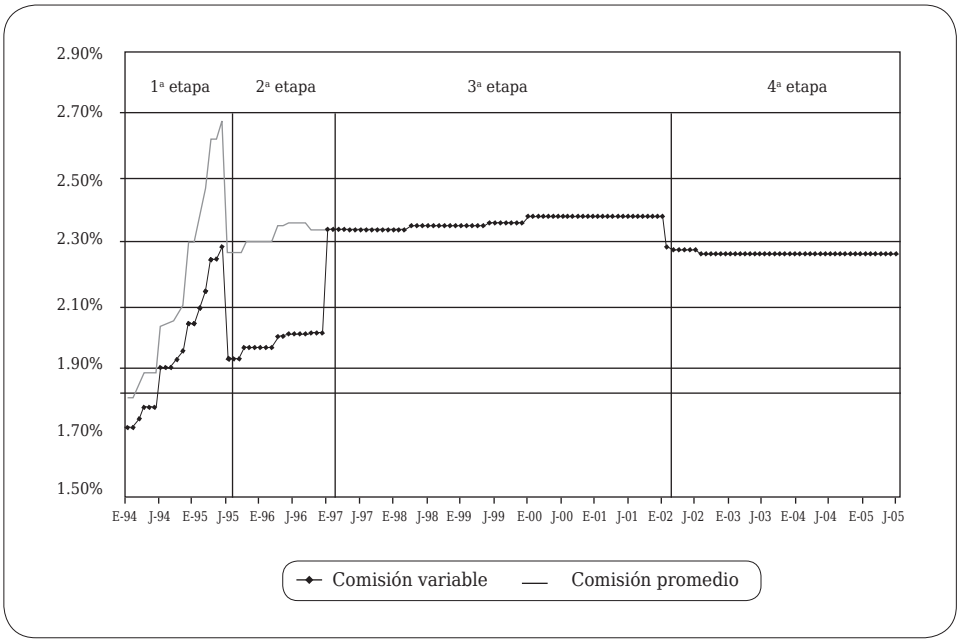
**Gráfico 1**.- Repartición del mercado de afiliados entre las AFP del mercado, a marzo de 2013




***Elaboración:*** Propia. ***Fuente***: SBS (*Vid.* http://www.sbs.gob.pe/app/stats/EstadisticaSistemaFinancieroResultados.asp?c=FP-1203)

13. De otro lado, se ha aseverado que las AFP se pondrían de acuerdo con relación a los precios que cobraban, tanto es así que hasta antes de la emisión de la ley impugnada entre las comisiones recaudadas no existía mucha diferencia, donde el promedio estaba en 1,91%. Con el paso de los años, el monto cobrado por comisiones siempre habrá estado en promedio alrededor de 2% de la remuneración asegurable, sin discrepancias ostensibles entre los distintos operadores.

**Gráfico 2**.- Etapas en la evolución de las comisiones**.** Promedio simple de las comisiones variables. Base de remuneración asegurable de S/. 1.000. 1994- 2006




***Fuente***: SBS, basado en Boletines Estadísticos (*Vid.* http://www.sbs.gob.pe/repositorioaps/0/0/jer/ddt_ano2006/SBS-DT-02-2006.pdf)

**Cuadro 1**.- Comisiones por flujo cobradas por las AFP antes de la reforma. A septiembre de 2012

| AFP | Comisión |
|---|---|
| Profuturo | 2,14% |
| Horizonte | 1,95% |
| Integra | 1,80% |
| Prima | 1,75% |
| **Promedio simple** | **1,91%** |

***Fuente:*** SBS (*Vid.*

http://www.sbs.gob.pe/app/stats/EstadisticaBoletinEstadistico.asp?p=31#)

14. Pero frente a los argumentos esgrimidos, existen otros que abonan a favor de la tesis de la inexistencia de abuso por parte de las AFP de su posición en el mercado. A su entender, la situación descrita proviene del diseño del modelo previsional privado y el limitado espectro de posibilidades que ha otorgado el propio mercado, antes que de la actividad de los operadores.

15. Expresan que el mercado existente en el país podría considerarse reducido. Así, tal como lo reconocen los considerandos de la Resolución Ministerial 75-2011-EF/10, la cobertura previsional de los trabajadores en el país apenas alcanza el 40% de la Población Económicamente Activa (PEA) ocupada, de los cuales aportan sólo el 20%. De ese grupo una porción importante está en el sistema público y únicamente un grupo en el privado.

**Cuadro 2**.- Afiliación a los sistemas pensionarios en la PEA ocupada. En miles de personas. Al 2010

| Régimen | Cifras | Porcentaje |
|---|---|---|
| Sistema privado | 2.916,2 | 65% |
| Régimen 19990 | 1.211,4 | 27% |
| Régimen 20530 | 135,4 | 3% |
| Otros regímenes públicos | 200,0 | 4% |

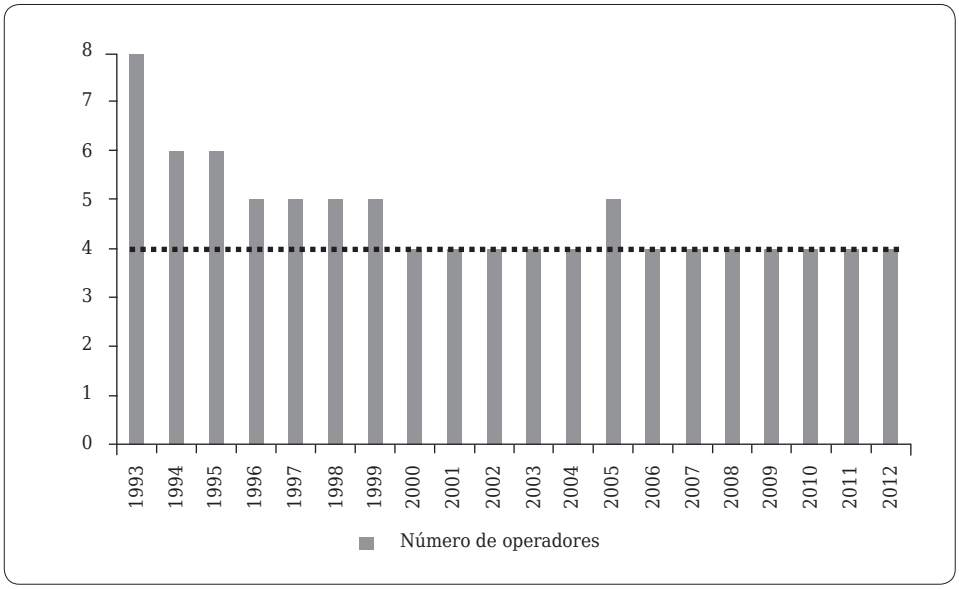
***Fuente***: INEI.

16. Del cuadro antes presentado, se puede observar que tan sólo el 13% de la PEA ocupada en el país (es el 65% del 20% aportante) se encuentra en el sistema privado de pensiones, es decir, el mercado no es tan amplio como para que cualquier agente económico ingrese

con facilidad al mismo. A cifras similares llega la Asociación Internacional de Organismos de Supervisión de Fondos de Pensiones, para el cual únicamente el 13,9% del PEA nacional contribuye al sistema privado (sólo el 41,5% de los afiliados efectivamente aportan), cuando el promedio de la región se encuentra en 26,6% (Boletín Estadístico 24, de diciembre de 2010).

17. Por más que la licitación para nuevas cuentas busca abrir el mercado, es de notar que éste siempre ha tendido a contar con pocos operadores, según se observa en el siguiente gráfico. Luego de la licitación se creía que el mercado iba a funcionar con una AFP más pero una de las antiguas ha vendido sus acciones entre dos que se encontraban en el mercado, tal como se explicará *infra*. Esta situación sucedió de forma similar al año 2005 cuando ingresó al mercado Prima AFP, que finalmente tuvo que adquirir la AFP Unión Vida.

**Gráfico 3**.- Evolución histórica de operadores en el sistema privado




***Fuente:*** SBS

18. El tamaño del sistema privado, que según el gráfico anterior, siempre ha contado con alrededor de cuatro AFP, en tal sentido, podría considerarse como el factor causante de las altas comisiones que han venido cobrando las AFP. Un estudio efectuado por el Consorcio de Investigación Económica y Social mostró que el sistema de las AFP era consistente con un modelo de oligopolio generado por costos hundidos endógenos, que seguiría siendo oligopolio aún si el tamaño de mercado fuese infinito (Análisis del Sistema Privado de Pensiones desde un enfoque de costos hundidos, realizado por Jorge Paz y Rafael Ugaz en 2003).

19. Las AFP tampoco podrían competir con libertad en el mercado toda vez que las restricciones a sus inversiones impediría que la rentabilidad entre una y otra AFP tenga un alto grado de diferenciación, lo cual motivaría que entre los diversos operadores en el mercado no haya la diversificación necesaria entre los productos que ofrecen. Esta situación ha permitido afirmar al exministro de Economía y Finanzas, don Pedro Pablo Kuczynski, que las AFP están sobrerreguladas, pues la inversión de su portafolio en el exterior está limitado a alrededor de 30% de sus activos (*Vid.* http://diariocorreo.pe/ultimas/noticias/2949789/ppk-las-afp-en-el-peru-estan-sobrerregulad). Según el Decreto Supremo 054-97-EF se puede observar lo siguiente:

- Los instrumentos financieros que pueden ser utilizados están predeterminados (artículo 25)
- Hay límites de inversión por cada tipo de fondo (artículo 25-B).
- La política de inversión de cada AFP debe ser puesta en conocimiento del público (artículo 25-C).

- Mediante resolución de la SBS con opinión previa del MEF, se determinarán los criterios aplicables a la rentabilidad mínima, la misma que está garantizada por el encaje legal que se constituye con recursos propios de las AFP y con otras garantías que otorgue la AFP (artículo 23).

20. Este problema, sin embargo, es menor en comparación con otros países de la región, puesto que las carteras de pensiones en el país están relativamente diversificadas, aunque ello se ha debido a la mala gestión de la deuda pública, que generó que a inicios de los noventa no existiese un mercado de bonos públicos. Según el Banco Mundial, tal situación, junto con orientaciones estrictas sobre inversión, permitieron la diversificación de la cartera en los mercados de capital (Informe Reforma y reestructuración de los sistemas de pensiones. Evaluación de la asistencia prestada por el Banco Mundial, de 2006).

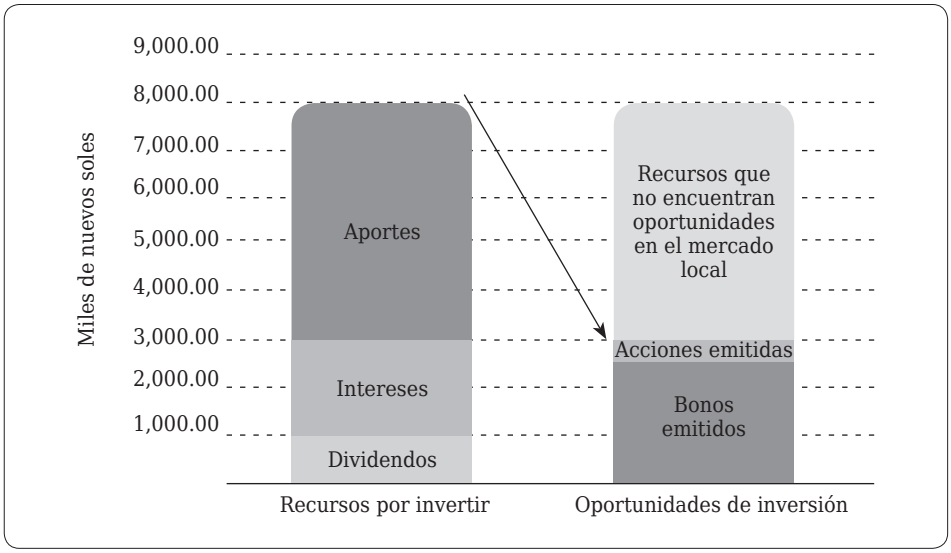
**Gráfico 4**.- Porcentaje de tenencias. Comparativo de la región. A diciembre de 2002.

| País | Títulos del Estado | Instituciones financieras | Bonos de empresas | Capital social | Fondos de inversión | Títulos extranjeros | Otros |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Argentina | 76,7 | 2,6 | 1,1 | 6,5 | 1,8 | 8,9 | 2,4 |
| Bolivia | 69,1 | 14,7 | 13,4 | 0,0 | 0,0 | 1,3 | 1,5 |
| Chile | 30,0 | 34,2 | 7,2 | 9,9 | 2,5 | 16,2 | 0,1 |
| Colombia | 49,4 | 26,6 | 16,6 | 2,9 | 0,0 | 4,5 | 0,0 |
| México | 83,1 | 2,1 | 14,8 | 0,0 | 0,0 | 0,0 | 0,0 |
| Perú | 13,0 | 33,2 | 13,1 | 31,2 | 0,8 | 7,2 | 1,5 |
| Uruguay | 56,5 | 39,6 | 4,3 | 0,0 | 0,0 | 0,0 | 0,5 |

***Elaboración:*** Banco Mundial 2006.

21. De otro lado, tal como lo presenta el siguiente gráfico, existe aún bastante margen de inversión de las AFP en el país, pero que no encuentran oportunidades en el mercado local.

**Gráfico 5**.- Desbalance entre ingresos de AFP y oportunidades de inversión en el país. Al 2010




***Elaboración:*** Prima AFP (*Vid.* http://e.gestion.pe/128/impresa/pdf/2012/02/02/24183.pdf).
***Fuente:*** SBS, SMV.

22. Revisadas las posturas al respecto, debe analizarse si existe o no un oligopolio que abusa del carácter del mercado previsional privado. Entrando de forma indirecta al análisis del caso del sistema privado de pensiones, Indecopi, en tanto ente rector de la competencia en el país, expresó que "*En mercados en los que la competencia resulta tecnológica y económicamente posible -como es el caso de la administración de fondos de pensiones- los precios constituyen el resultado de decisiones adoptadas de manera descentralizada por ofertantes y demandantes de bienes y servicios. Son estos agentes quienes deciden cuánto desean comprar y vender, con qué características y condiciones de calidad y a qué precios*" (punto 75 de la Resolución 054-2003-INDECOPI/CLC). La naturaleza del mercado privado pensionario, por ende, exige una intervención en pos de mayor competencia: *"(…) Si bien el número de empresas que operan en el sistema y sus respectivas participaciones en el mercado sugieren la existencia de un mercado concentrado, ello no implica la imposibilidad de incorporar mecanismos de competencia que dinamicen el mercado*" (Informe 81-2012/CPC-INDECOPI). La Defensoría del Pueblo ha sido mucho más categórica al afirmar que el mercado previsional privado *"(…) es un sistema oligopólico donde hay escasa competencia por el carácter del mercado y las empresas logran obtener ganancias extraordinarias (…)*" (punto 6.1 del Informe Defensorial 99, El futuro de los sistemas de pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y el Privado, de 2005).

23. Por los argumentos expuestos, a este Colegiado, sin entrar a definir la existencia o no de un mercado de fondos privados de pensiones oligopólico, le parece admisible validar el aumento de competencia como una finalidad constitucional de la norma impugnada, pues existe consenso en la necesidad de dinamizar el mercado.

**(b) Mejorar las condiciones para los usuarios**

24. La segunda justificación esgrimida fluye de la defensa del interés de los usuarios, establecida en el artículo 65 de la Constitución según el cual "*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*". La norma prescribe un derrotero jurídico binario que se constituye como un principio rector para la actuación del Estado frente a cualquier actividad económica, y como un derecho personal y subjetivo de los consumidores y usuarios que requieren del Estado una determinada actuación defensiva (STC 0008-2003-PI/TC; STC 1865-2010-PA/TC). Este mandato, proveniente de la naturaleza del Estado social y democrático de derecho (artículos 3 y 43 de la Constitución), tiene como fin la búsqueda del bienestar general y el equilibrio ponderado de los agentes económicos (STC 3315-2004-AA/TC). El Estado mantiene con los consumidores o usuarios no sólo la obligación genérica de garantizar sus derechos a la información, salud y seguridad, sino también otros de naturaleza análoga, tales como la expedición de directivas, el establecimiento de procedimientos administrativos, la aplicación de las leyes y reglamentos de conformidad con los derechos fundamentales (STC 0858-2003-AA/TC), criterio recogido en el Decreto Legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor. Así como la Constitución protege a los agentes económicos encargados de establecer la oferta en el mercado, a partir del ejercicio de los derechos de libre empresa, comercio e industria, con igual énfasis protege al individuo generador de demanda, es decir, al consumidor o usuario (STC 0008-2003-PI/TC).

25. A partir de este derecho se produciría, según alega el demandado, una variación en la cultura de las AFP, puesto que *"(…) las AFP incurren en importantes gastos y esfuerzos comerciales como estrategia efectiva para atraer clientes ante la insensibilidad de la demanda al precio. Esta estrategia a su vez promueve una sobredimensión del gasto comercial que se traduce en ineficiencia productiva y constituye uno de los factores que limita la posibilidad de reducción de comisiones*", razón por la cual la afiliación obligatoria buscaría menores comisiones y mayor rentabilidad (acápite I.a de la contestación de demanda). El nuevo marco normativo establecido a partir de los artículos impugnados de la Ley 29903, por tanto, posibilitaría una mejor protección de los intereses de los usuarios y consumidores.

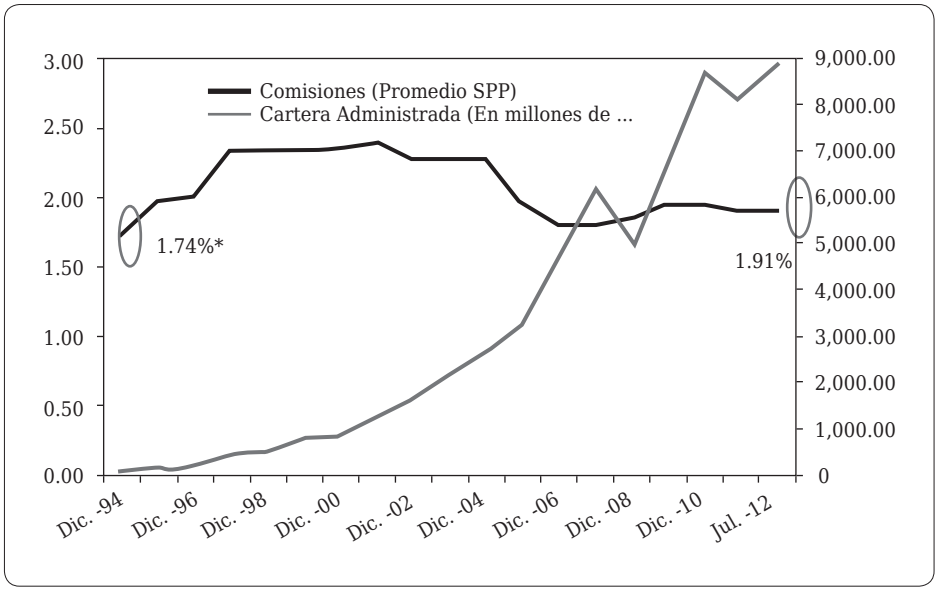
26. Una explicación a lo alegado puede ser encontrada en la *teoría de la agencia*. Según ésta, el principal delega autoridad al agente para que actúe en su beneficio e interés, concepto que se materializa en el momento en que un trabajador contrata a una AFP con el objeto de que ésta administre y, en su caso, aumente su fondo pensionario. Sin embargo, la teoría económica cuestiona cómo puede el actor principal estar seguro de que el agente actuará realmente de acuerdo a sus intereses. En ese sentido, se distinguen hasta tres diferentes perspectivas para dar respuesta

a esta interrogante, basadas en mecanismos de monitoreo, cooperación e incentivos. El primero está referido a la supervisión que ejercería el actor principal o un sujeto y/o entidad especializada en la materia sobre el agente, con el objeto de que observe su labor y señale ciertas pautas a seguir (en mayor beneficio del principal), que en el caso concreto es la SBS, que ha cumplido con dicha labor al supervisar a las AFP que operan en nuestro mercado. La cooperación pretende que tanto principal como agente resulten beneficiados con su relación contractual, obteniendo de ella lo que desean, por lo que el principal exigiría un cobro adecuado de comisiones, además de una correcta administración e incremento de su fondo pensionario, mientras que una AFP exigiría, en cambio, mayor autonomía y mejores comisiones y/o incentivos.

27. En el tema materia de análisis, mayor importancia adquiere el mecanismo de los incentivos. El actor principal podría obtener algunos indicadores respecto del esfuerzo, interés y motivación del agente, a partir de la contribución de un incentivo a este último. Si el agente toma sus riesgos y consigue un mayor ingreso, corresponderá también que su comisión se incremente. En caso de que no tome riesgo alguno, su retribución no sería tan alta como en el caso de que sí lo obtuviera. En este aspecto en particular, un incentivo lo constituye, por ejemplo, el proceso de licitación pública que ganará la AFP que ofrezca una menor comisión, según dispone la ley impugnada. Aparte de la afiliación compulsiva a través de una licitación, se sustenta en el sistema de comisión por saldo, donde el afiliado tiene la seguridad de que la AFP a la que contrató, administrará e incrementará su fondo pensionario, a partir del cual este último cobrará su comisión por los servicios prestados, tal como se explicará *infra*.

28. La realidad también nos puede dar una pauta sobre la falta de coherencia entre las comisiones cobradas a los trabajadores afiliados y los beneficios de las AFP. El primero de los gráficos a presentar es el referido a la relación existente entre las comisiones y el crecimiento de los fondos de pensiones. En él se observa que si bien los segundos han aumentado ostensiblemente lo que debió devenir en menores comisiones, éstas casi se han mantenido en el tiempo, incluso con un cierto grado de aumento.

**Gráfico 6**.- Evolución de comisiones y fondo de pensiones. De 1994 al 2012

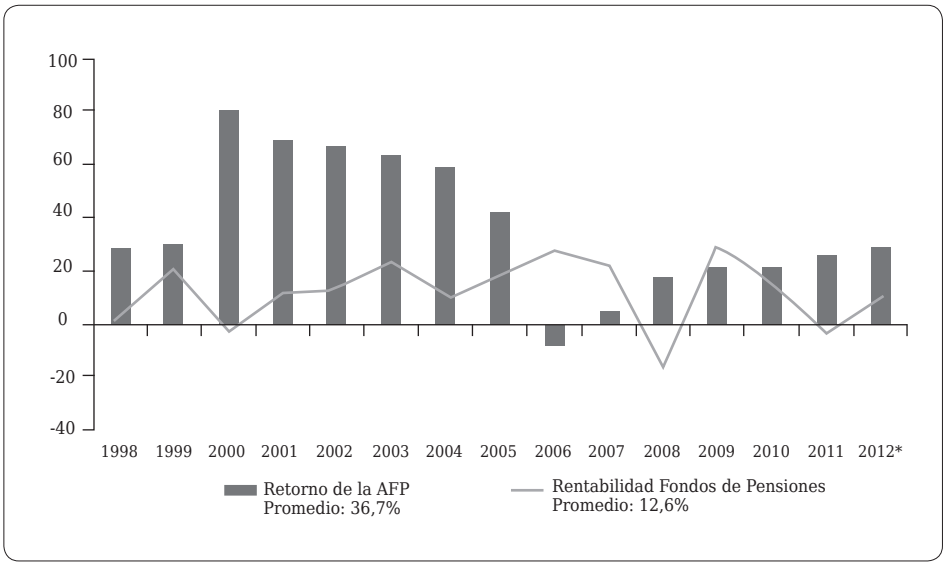



***Fuente:*** SBS

29. Otro gráfico, al cual se regresará más adelante, es el que demuestra la poca relación entre la rentabilidad de los fondos y los rendimientos de las AFP. En un horizonte temporal menor (a diferencia del anterior que parte de 1994, en éste va desde 1998), se puede observar

que las cifras demuestran que en promedio los retornos de las AFP durante la última década y media han crecido en un volumen importante, en cierta forma relacionados con el cobro de las comisiones por administración de las cuentas individuales, mientras, por su lado, los fondos de los afiliados nunca se han desarrollado a su ritmo.

**Gráfico 7**.- Evolución de retornos de las AFP y de la rentabilidad de los fondos. De 1998 al 2012




***Fuente:*** SBS

30. De lo expresado, el interés de los usuarios por pagar menores comisiones avalaría, a juicio del Tribunal Constitucional, una intervención como la precisada en la cuestionada Ley 29903. Tras determinar que dicha finalidad resultaría constitucionalmente legítima, es válido afirmar que la licitación por dos años de las cuentas individuales de los nuevos afiliados cumpliría objetivos acordes a la Norma Fundamental.

**A.2. El derecho fundamental involucrado**

31. Determinados los objetivos, corresponde a este Colegiado definir cuál es el derecho fundamental que está en juego. En una demanda se plantea únicamente la vulneración de la libertad de contratar y la otra alega tanto la violación de ésta como la del derecho al acceso a la pensión.

**(a) Entre libertad de acceso a la pensión y libertad de contratación**

32. En su jurisprudencia, el Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la relación entre el acceso a la pensión y la libertad de contratación. Parte de señalar que si bien la seguridad social dista en grado sumo de la concepción contractualista del seguro privado, en vista de que las aportaciones realizadas son el factor determinante que permite proyectar la retribución compensatoria luego de un período de tiempo (STC 0050-2004-AI/TC y otros), en el caso de la afiliación al sistema privado, existe un contrato que rige la relación entre la AFP y sus afiliados. Al respecto, expresa que "*La invocación a la libertad contractual supone (…) un mecanismo que favorece un fin específico, esto es la consolidación del SPP. Sin embargo, la Constitución no ha establecido ninguna disposición que reconozca tal preferencia, pese a que en la situación reinante en la década pasada pudo aceptarse la promoción de las afiliaciones. La neutralidad en la actividad económica del Estado en este tema resulta indispensable, puesto que toda vez que existen entes públicos y privados compitiendo en el mercado, cualquier medida legislativa que intervenga para favorecer determinado sistema, puede eventualmente ser considerada contraria a tal neutralidad. Por su parte, el libre acceso a las prestaciones de pensiones supondría la posibilidad de que el recurrente consiga mayores beneficios*

*tangibles en el disfrute de su derecho a la pensión. En consecuencia, el optimizar el libre acceso a la pensión permite mayores ventajas a la hora de evaluar las finalidades a las que sirve cada principio (…)*" (fundamento 34.d de la STC 1776-2004-AA/TC).

33. Frente a este argumento, el procurador público del Congreso niega cualquier vulneración al libre acceso a la pensión por considerar que su contenido no salvaguarda la elección dentro del sistema privado, sino únicamente la elección entre este sistema y el público (contestaciones de demanda). No puede alegarse, *ergo*, la vulneración del artículo 11 de la Constitución porque la ley impugnada no implica la elección de una determinada AFP. Sustenta su postura en que la STC 1776-2004-AA/TC en su fundamento 17 efectivamente habla del 'acceso a los sistemas de pensiones', redacción que le hace suponer lo que asevera.

34. Esta interpretación, no obstante, es antojadiza y equívoca. Con cargo de ser explicado en el siguiente punto de la presente sentencia, la STC 1776-2004-AA/TC importa la posibilidad de elegir a cuál AFP el trabajador va a afiliarse dentro del sistema privado de pensiones, si bien requiere la firma de un contrato, implica necesariamente el ejercicio del derecho al libre acceso a las pensiones. Por tanto, constreñir al bolsón de nuevos afiliados al sistema a afiliarse a la AFP que gane la licitación implicaría una coacción irregular a su capacidad de decidir sobre la entidad que desea que administre su cuenta individual de capitalización (CIC) con base en el aludido artículo 11.

35. De lo afirmado, no es que sea impropio alegar que la norma impugnada est**á** afectando la libertad de contratar. Según este derecho, la persona puede "*(…) contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público*", resultando importante añadir que "*La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato (…)*" (artículos 2.14 y 62 de la Constitución). Este derecho, basado en la autonomía de la voluntad, incluye la *"(…) libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata (…)*" (fundamento 2 de la STC 2185-2002-AA/TC), además de contener la autodeterminación de los afiliados de poder elegir al cocelebrante del contrato (STC 1535-2006-PA/TC).

36. Pese a esta explicación, a juicio de este Colegiado, si bien la decisión sobre con quién los nuevos afiliados contratan está involucrada en la licitación de las cuentas, el análisis debe realizarse a partir del libre acceso a las pensiones, en virtud de la especial obligación del Estado a la supervisión del eficaz funcionamiento del sistema, previsto en el artículo 11 de la Constitución y en el deber que tiene de promover el bienestar general fundamentado en la justicia, según el artículo 44 de la Constitución, lo cual hace diferenciar la afiliación a una AFP de cualquier otro contrato.

**(b) La libertad de acceso a la pensión como parte del derecho a la pensión**

37. Definido el derecho fundamental en juego (el libre acceso a las pensiones) es preciso efectuar una mayor explicación acerca de su contenido. De conformidad con el artículo 11 de la Constitución, "El *Estado garantiza el libre acceso (…) a pensiones (…)*", norma jurídica de textura abierta que consagra un derecho fundamental, como principio desde la teoría argumentativa, de configuración legal, cuya finalidad central es posibilitar al individuo a cubrir sus necesidades vitales y satisfacer los estándares de la 'procura existencial' cuando concluya su etapa productiva-laboral (STC 0050-2004-AI/TC y otros), un seguro contra diversos riesgos, en particular contra la incertidumbre por la expectativa de vida luego del retiro del mercado laboral por edad avanzada. Como derecho social, la pensión se considera como un derecho de configuración legal (STC 1417-2005-PA/TC), no una limitada norma programática (STC 0050-2004-AI/TC y otros), sino que engloba una serie de medidas por parte del Estado. A partir de esta interpretación constitucional emana la intervención pública en materia previsional.

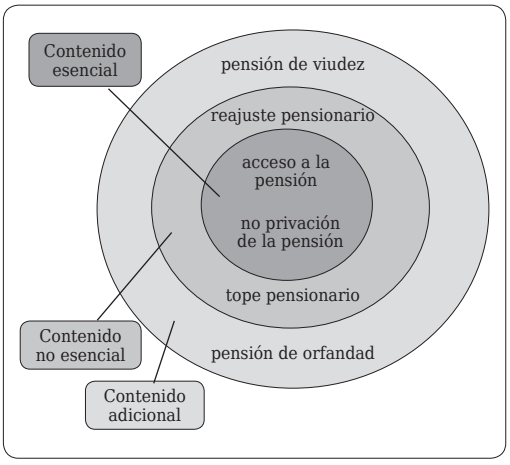
38. La pensión tiene su fundamento en la seguridad social, reconocido en el artículo 10 de la Constitución como una forma de protección de la persona *"(…) frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida*". El artículo 9.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador) proclama el derecho de toda persona a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física y mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. La seguridad social es entendida como un instituto constitucionalmente garantizado, que comprende un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos (STC 0011-2002-AI/TC), cuyo propósito es coadyuvar a la calidad y el proyecto de vida de la comunidad, bajo el signo de la doctrina de la contingencia,

expresando por excelencia la función social del Estado tras la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (STC 0050-2004-AI/TC y otros; STC 1417-2005-PA/TC). El sistema privado también está catalogado como una forma de seguridad social.

39. De acuerdo con reiterada jurisprudencia, la pensión tiene sus fundamentos en los principios de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), de igualdad (artículo 2.2 de la Constitución), de solidaridad (STC 0011-2002-AI/TC), de progresividad (artículo 2 de la Observación General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas) y de equilibrio presupuestal (artículo 78 de la Constitución).

40. El derecho fundamental a la pensión, a juicio de la STC 0050-2004-AI/TC y otros, tiene un triple contenido: uno esencial (acceso a la pensión, no ser privado arbitrariamente de ella y pensión mínima vital), uno no esencial (compuesto por los topes y los reajustes pensionarios) y uno adicional (beneficiarios). El concepto del contenido esencial, proveniente de la teoría de derechos fundamentales, y afecto a las evoluciones y a los consensos sociales, es trasladado posteriormente al ámbito procesal, a partir del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional, configurándose el contenido constitucionalmente protegido del derecho, desarrollado por la STC 1417-2005-PA/TC (fundamento 37), conformado por el libre acceso al sistema, la obtención de una pensión y el mínimo vital.

**Gráfico 8.-** El contenido esencial del derecho fundamental a la pensión




***Elaboración:*** Propia (STC 0050-2004-AI/TC y otros).

41. Más allá de otros bienes y derechos constitucionales que pueden tutelarse indirectamente -como la igualdad-, la protección del derecho fundamental a la pensión en sede constitucional se encuentra constituida por lo siguiente:

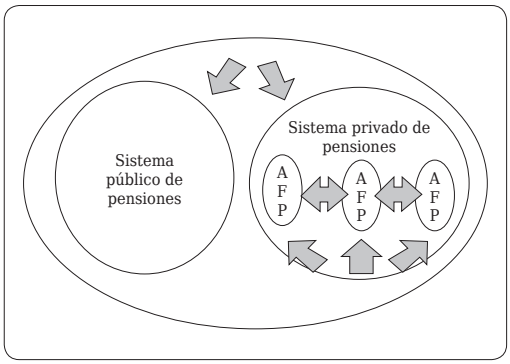
    - El acceso a un monto pensionario (STC 0050-2004-AI/TC y otros), cuando tras culminar su etapa laboral cumpla con los requisitos exigidos por las disposiciones legales (STC 1417-2005-PA/TC).
    - No ser privado arbitrariamente de la pensión (STC 0050-2004-AI/TC y otros), que incluye la protección ante las injustificadas suspensiones y nulidades de la pensión (interpretación extensiva de la STC 1417-2005-PA/TC).
    - Contar con una pensión mínima vital, ligado al principio de dignidad. Si bien se basa en una teoría valorista y no nominalista, a efectos de que el monto esté plenamente garantizado frente a eventuales fenómenos económicos que podrían terminar por vaciar de contenido el derecho (STC 0050-2004-AI/TC y otros), para el caso de los procesos de tutela de derechos se prefirió establecerlo en un monto fijo, que asciende a S/. 415,00 (STC 1417-2005-PA/TC). La problemática de la diversidad de montos establecidos para la pensión mínima en los sistemas previsionales en el país se encuentra en la STC 0659-2007-PA/TC.
    - El libre acceso por parte de los trabajadores a los sistemas previsionales, de acuerdo al régimen laboral en que se encuentre (STC 1417-2005-PA/TC).

42. Este Tribunal ha desarrollado en diversas sentencias el contenido del derecho al libre acceso a las pensiones a partir del artículo 11 de la Constitución que, como ya se indicó, a la letra señala lo siguiente: "*El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de (...) a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas (...)*". En la STC 0050-2004-AI/TC y otros, este Colegiado definió como parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, el derecho-regla del acceso a la pensión, bajo el signo de una universalidad reinterpretada como 'proceso de generalización', concepto precisado en la STC 1417-2005-PA/TC, al señalar que no sólo incluye el obtener un monto pensionario sino también ser parte de un régimen de aportación dentro de un sistema previsional en calidad de afiliado (fundamento 37.a).

43. Posteriormente, se amplía dicho contenido al sistema privado en vista de que en las precitadas sentencias hacían referencia con exclusividad al sistema público. Según la STC 1776-2004-AA/TC, el sistema privado no implica una afiliación forzosa, sino un acto voluntario del trabajador que solicita su afiliación, optando por éste antes que por el público. La afiliación implica una decisión racional por parte del trabajador de optar por qué tipo de ahorro desea: un ahorro colectivo en el sistema público o uno privado, en el sistema privado. Permitió que las personas puedan moverse entre los sistemas público y privado, según las reglas establecidas en la STC 1776-2004-AA/TC y en la STC 0014-2007-PI/TC. El libre acceso a la pensión, por tanto, incluía la libre elección de la AFP de los afiliados, argumento que justamente sirvió para ampliar su contenido al del retorno parcial, que se estableció bajo las causales de ausencia de información, de titularidad no ejercida y de los trabajadores cuya labor implica riesgo para la salud y la vida (STC 1776-2004-AA/TC; STC 7281-2006-PA/TC; STC 0014-2007-PI/TC), situación reconocida en su momento por la Ley 28891 y la Resolución SBS 11718-2008.

44. Dentro del libre acceso a las pensiones se incluye la libre afiliación a una AFP. En la mencionada STC 1776-2004-AA/TC, si bien amplía el concepto del libre acceso a las prestaciones, por la naturaleza de lo impugnado en ese caso (el retorno de los aportantes del sistema privado al público), señala que tal derecho-regla incluye justamente la libertad de traslado entre los sistema público y privado, incluso estableciendo que es constitucional el plazo de 10 días para la elección, pero deben estar plenamente informados siguiendo el artículo 65 de la Constitución (STC 0014-2007-PI/TC). En ningún momento de la sentencia expresa, como lo afirma el demandado, que éste es el único contenido del derecho. Incluso, para justificar este traslado se basa en *"(…) las posibilidades que sí han sido aceptadas dentro del ámbito legal"*, dentro de las cuales se encuentra el traslado dentro del sistema privado, la misma que se expresa en que *"(…) el afiliado está en la capacidad de cambiar de AFP en el momento que así lo decida (…)"* (fundamento 25 de la STC 1776-2004-AA/TC). De esta forma, desde la precitada sentencia, el Tribunal ha venido reconociendo que el libre acceso a la pensión también incluye la posibilidad de que el trabajador pueda optar no sólo por uno de los sistemas pensionarios, sino que también, en caso de haber escogido el privado, por la AFP en la cual va a estar afiliado.

**Gráfico 9**.- El contenido del derecho fundamental al libre acceso a la pensión




***Elaboración:*** Propia

### A.3. La supuesta vulneración del derecho a la libre elección pensionaria a través de la Afiliación Obligatoria

45. Los congresistas demandantes alegan que el artículo 7-A impugnado atenta contra la Constitución *"(…) en la medida que el afiliado se verá obligado a afiliarse a la AFP que ofrezca la menor comisión violando su derecho a que él pueda elegir libremente a qué AFP desea afiliarse en función a sus preferencias y criterios personales, resulta a todas luces inconstitucional, pues está direccionando su afiliación hacia una determinada AFP aun cuando fuera por tiempo determinado (24 meses)*" (acápite 4.1 de la demanda). Esto significa, a juicio del congresista don Javier Bedoya de Vivanco, que se está reconociendo *"(…) un acceso orientado, dirigido, encasillado"* (intervención en el debate de la Comisión Permanente de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de julio de 2012).

#### (a) La afiliación obligatoria como medida de interferencia limitada

46. Con relación al examen de la ley impugnada, es preciso señalar lo que el legislador democrático consideró como la mejor manera de proteger los objetivos constitucionales que la afiliación obligatoria buscaba. En el debate realizado en el seno de la Comisión Permanente de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de julio de 2012,

se dieron opciones distintas a la afiliación obligatoria temporal para lograr los objetivos constitucionales propuestos:

- En caso de comprobarse el abuso de la posición oligopólica, el Estado estaría habilitado a la fijación de precios, línea utilizada para proponer que *"(...) intervenga el Estado para establecer cuánto tienen que cobrarnos por comisiones (...)"*, referido a una comisión *flat* mínima que cubran los gastos de las AFP por administrar los fondos más una por éxito (intervención del congresista don Yonhy Lescano Ancieta).
- También se plantea que la comisión se fije vía un *default* legal, planteado *"(...) para que sea cada cuatro meses, cerrando en abril, en agosto y en diciembre, donde la Superintendencia de Banca y Seguros indicará cuál es la AFP de menor costo, y ahí se irán los trabajadores automáticamente por default, siempre que, obviamente, no opinen lo contrario"* (intervención del congresista don Luis Galarreta Velarde).
- Por último, también se barajó la posibilidad de que las AFP puedan devolver las comisiones cobradas si incumplen la política de inversión (intervención del congresista don Yonhy Lescano Ancieta).

47. La obligatoriedad de las personas para que pertenezcan a un determinado sistema previsional, tal como está establecido en la STC 1417-2005-PA/TC, se da porque hay circunstancias que preceden a este tipo de intervención pública, máxime si deben atacarse situaciones incompatibles con los valores y principios constitucionales (STC 0014-2007-PI/TC). Si bien el Estado colabora y orienta la libre iniciativa privada (artículo 58 de la Constitución), a través del diseño de políticas públicas que fomenten un desarrollo equilibrado de la sociedad, se constriñe a contrarrestar las fallas del mercado.

48. Si todo trabajador guardase de manera planificada y racional la mayor cantidad de dinero posible durante su vida laboral en alguna de las entidades existentes para administrar sus fondos, la intervención pública, de forma directa (administración) o indirecta (supervisión), tendría escasa justificación. Pero la realidad ha demostrado que la situación fáctica supera a la ideal. La decisión de la persona para reservar parte de su sueldo para su jubilación se ve mediatizada por una función de utilidad, que depende de la tasa de sustitución intertemporal y la tasa de descuento, que hace que la mayoría de veces el trabajador termine valorando la utilidad futura como menor que la presente, realizando un ahorro nulo. El nivel de previsión durante toda la vida activa de una persona, el grado de aversión al riesgo y cuándo subestimar o sobreestimar erróneamente sus necesidades de vejez determina la elección entre consumo presente y futuro. Por ello, tomando en cuenta las distintas fallas del mercado que están en juego, especialmente la asimetría informativa (artículo 65 de la Constitución), y dentro de ella, la aversión al riesgo, se produce una intervención a través de la obligatoriedad del ahorro, la misma que toma en cuenta la complejidad de la planificación, reflejada no sólo en la incertidumbre en la esperanza de vida, sino también en el costo económico y el tiempo para calcular cuál sería el ahorro necesario.

49. La intervención pública previsional debe cumplir con diversos objetivos mínimos indispensables, de corte social y económico, coherentes con los elementos del derecho fundamental a la pensión desarrollados por la jurisprudencia constitucional y lo señalado por la OIT en la 100ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, realizada en Ginebra en 2011, a través del Informe Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa, referida a los objetivos principales de la seguridad social:

- Aumentar el nivel de cobertura, en vista de que un sistema pensionario ha de lograr el máximo grado posible de protección al segmento de la sociedad en la última etapa de su vida tras cumplir su ciclo laboral y luego de una trayectoria razonable de aportaciones, especialmente si se encuentran en una eventual situación de desprotección. Este objetivo está en correlación con el acceso a las pensiones, establecido en la STC 1417-2005-PA/TC.
- Lograr un monto adecuado de pensiones, es decir, que las prestaciones de los pensionistas sean suficientes para cubrir las necesidades de dicha población durante la vejez, a través de un alto nivel de ahorro y de rendimiento del fondo, en términos de la sustitución que implica la pensión con relación a la remuneración recibida mensualmente por la persona en su época de trabajador, concepto relacionado con la transferencia de la capacidad adquisitiva individual de los periodos activos a los pasivos, que suaviza el consumo a lo largo del ciclo de vida. Este objetivo surge de la dignidad pensionaria que redunda en una pensión mínima, según la STC 0050-2004-AI/TC y otros.

- Distribuir el ingreso de los pensionistas, con transferencias desde los sectores con mayores ingresos hacia los de menores, lo que implicará mitigar la pobreza en la población adulta mayor. Este objetivo tiene sustento en el principio de solidaridad establecido en la STC 0050-2004-AI/TC y otros.
- En vista de que se ha convertido en el más importante programa de transferencias de renta del sector público, procurar que el sistema sea sostenible, sin déficit de financiamiento. Este objetivo surge del principio de sostenibilidad financiera establecida en la STC 0050-2004-AI/TC y otros.

Adicionalmente, el diseño de la intervención pública estriba en que el trabajador activo pueda ahorrar para conseguir los fondos necesarios en su etapa de descanso. Por tal razón, una adecuada política pública en materia previsional debe tener también como objetivo:

- Posibilitar que la mayor cantidad de personas en edad de trabajar puedan encontrarse afiliadas a los sistemas previsionales existentes en el país y que puedan aportar dentro de él. Este principio tiene sustento en la ampliación del sentido del libre acceso a las pensiones, fijado en la STC 1417-2005-PA/TC y la promoción del ahorro por parte del Estado, establecido en el artículo 87 de la Constitución.

50. Por tanto, si se consideraba que el mercado previsional privado debía ser dinamizado, era preciso ampliar la cobertura para que se incremente el poco más del 10% de la PEA ocupada que aproximadamente conforma el mercado, lo cual hubiese permitido el ingreso de nuevos operadores y con mayor competencia lo cual tendría como consecuencia que las comisiones tenderían a bajar. En esta línea, es de resaltar que la impugnada Ley 29903 recoge nuevos supuestos de afiliados, como son los independientes que no superan los 40 años (artículo 8) y los trabajadores de las micro y pequeñas empresas, a través de la nueva regulación sobre el Sistema de Pensiones Sociales (artículo 3, que modifica el Decreto Supremo 007-2008-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente). Adicionalmente para que aumente la PEA ocupada formal es preciso que se proponga una reforma laboral completa, congruente con una reforma pensionaria global, que incluya los diversos pilares de forma ordenada y coordinada, para que en vez de medidas parciales se propongan un cambio sustancial en la vida de los adultos mayores pensionistas. Asimismo, para mejorar el monto adecuado de las prestaciones a recibir, sobre todo en el ámbito del mercado pensionario privado, es preciso que también se debata una reforma del mercado financiero, especialmente de capitales para que, respetando los aportes realizados por los trabajadores afiliados a una AFP, por estar protegidos por el derecho a la pensión y la garantía institucional de la seguridad social, la rentabilidad del fondo tenga la posibilidad de crecer lo más que sea posible.

51. Frente a estas propuestas, sin embargo, la mayoría de la Comisión Permanente optó por aprobar la licitación obligatoria. A través de ésta, se produce una especie de intromisión al derecho al libre acceso a las pensiones, la cual es temporal, no para toda la vida laboral del afiliado. Sobre el tema, el entonces viceministro de Economía, don Fernando Toledo Arburúa, expresó que *"El Banco Central de Reserva (BCR), el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial y la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) han afirmado que este es el mecanismo idóneo para generar competencia pues además se aplica en Chile y favoreció una reducción de las comisiones en ese país, pero los congresistas consideran que esto no es así"* (*Vid.* http://www.americaeconomia.com/negocios-industrias/mef-afirma-que-comisiones-de-afp-peruanas-son-las-mas-altas-de-la-region). Como lo precisa el Poder Ejecutivo, con esta fórmula se *"(…) evita que algún operador intente 'descremar' el mercado al intentar seleccionar, mediante estrategias de marketing, a los afiliados de menor perfil de riesgo (…)"* (acápite 1.1.2 del Proyecto de Ley 1213/2011-PE).

52. El término de la licitación, según lo establece el artículo 7-A del Decreto Supremo 054-97-EF, incorporado por el artículo 2 de la Ley 29903, es únicamente de 24 meses, es decir, sólo durante ese lapso el afiliado está impedido de cambiar de AFP. Transcurridos los dos años establecidos en la ley se habilita nuevamente la libre elección de la pensión por parte del trabajador. Una limitación de este tipo implica una injerencia media sobre el derecho fundamental involucrado, sobre todo si hay objetivos que cumplir.

53. En vista de que el proceso de licitación ya fue llevado a cabo, corresponde revisar qué ha pasado en la realidad y ver qué tanto se han cumplido las metas previstas. En julio de 2012 fue publicada la impugnada Ley 29903, y fue en octubre cuando se aplicaron las normas para la primera asignación (prelicitación) de los nuevos incorporados entre el 24 de setiembre y el 31 de diciembre de 2012, sin admitirse aún el ingreso de nuevos operadores al sistema.

La asignación era un *"(…) procedimiento mediante el cual los trabajadores que se incorporen al SPP, son afiliados a la AFP que ofrezca la menor comisión por administración del fondo de pensiones, de que trata el inciso a) del artículo 24 de la Ley del SPP, por un plazo de permanencia obligatorio determinado y sujeto a los mecanismos de salida que se determinen según ley y reglamentaciones correspondientes"* (artículo 3.d del Título V del Compendio de Normas de Superintendencia Reglamentarias del Sistema Privado de Pensiones, incorporado por Resolución SBS 6641-2012). La asignación fue otorgada a AFP Prima, que redujo su comisión por remuneración de 1,75% a 1,60%. El proceso originó asimismo la disminución de las comisiones promedio por remuneración aplicadas por las demás AFP, reduciéndose de 1,91% a 1,83%.

**Cuadro 3**.- Impacto de la asignación de AFP sobre las comisiones por flujo. A septiembre de 2012

| AFP | Comisión antes de la reforma | Comisión después de la reforma |
|---|---|---|
| Profuturo | 2,14% | 2,10% |
| Horizonte | 1,95% | 1,89% |
| Integra | 1,80% | 1,74% |
| Prima | 1,75% | 1,60% |
| **Promedio simple** | **1,91%** | **1,83%** |

***Fuente:*** SBS (*Vid.* http://www.sbs.gob.pe/app/stats/EstadisticaBoletinEstadistico.asp?p=31#)

54. Siguiendo las reglas establecidas en el Decreto Supremo 137-2012-EF, en diciembre de 2012 se realizó la primera licitación de afiliados. Fue la AFP Hábitat, ingresante al mercado, a la que se le consideró adjudicataria del bolsón de afiliados, al ofrecer la comisión mixta más baja. En la actualidad, los nuevos afiliados seguirán ingresando automáticamente a AFP Prima, que ganó un proceso de asignación hasta que la AFP Habitat esté constituida y entre en operaciones.

**Cuadro 4**.- Impacto de la asignación y licitación de AFP sobre las comisiones por flujo y mixta.

| AFP | Comisión por Remuneración | | | Comisión Mixta | |
|---|---|---|---|---|---|
| | **Antes de la reforma** | **Después de la asignación** | **Después de la licitación** | **Propuesta de comisión por remuneración** | **Propuesta de comisión anual por saldo** |
| Profuturo | 2,14% | 2,10% | 1,84% | 1,49% | 1,20% |
| Horizonte | 1,95% | 1,89% | 1,85% | 1,65% | 1,40% |
| Integra | 1,80% | 1,74% | 1,74% | 1,55% | 1,20% |
| Prima | 1,75% | 1,60% | 1,60% | 1,51% | 1,90% |
| Habitat | | | | 0,47% | 1,25% |
| **Promedio** | | | | **1,33%** | **1,39%** |

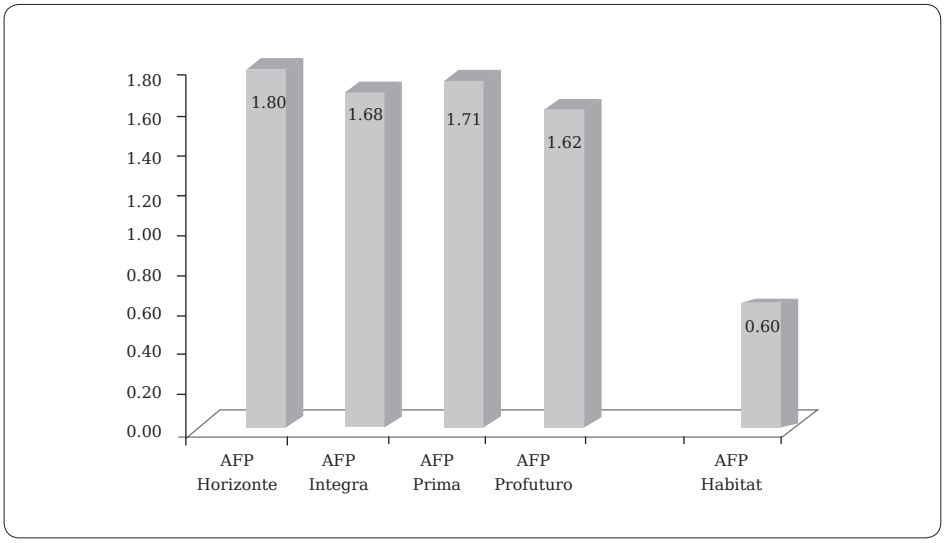
***Fuente:*** SBS

55. Como puede observarse, la AFP Hábitat ha podido ingresar al mercado tras obtener una cartera inicial de afiliados que ha aumentado de manera significativa el atractivo de entrar a la industria sin que ello haya significado que se detone una guerra comercial destructiva.

Gracias a la norma impugnada, obtuvo una masa crítica, *critical mass*, que es el volumen de producción mínimo necesario para entrar a competir, suficiente como para ingresar al mercado previsional privado.

56. Del cuadro anterior se puede colegir que la reforma del sistema privado ha logrado que, al ingresar una nueva AFP, ésta ofrezca una comisión sobre el flujo equivalente a la tercera parte del promedio de lo que cobran las otras AFP.

**Gráfico 10**.- Impacto de la primera licitación en la comisión por flujo




***Fuente:*** SBS

57. De manera simultánea, el proceso de licitación ha permitido una segunda disminución de la comisión por remuneración. Así, la comisión por remuneración en el sistema pasó de 1,83% a 1,76%, debido a que AFP Profuturo y AFP Horizonte bajaron sus comisiones, de 2,14% a 1,84% en el primer caso y de 1,89% a 1,85% en el segundo. Recientemente, en mayo de este año, AFP Integra ha anunciado que su comisión por flujo bajará a 1,60%, disminuyendo la comisión mixta a 1,45%.

58. Así como los datos fácticos parecen dar razón al demandante respecto del efecto que tendrían las normas impugnadas con relación a la reducción de las comisiones, aunque es muy complejo el análisis relativo a la comisión mixta, el argumento de que con la licitación también habría dinamizado la competencia, en el mercado previsional privado, en un primer momento fue comprobado. Tal como se acaba de mencionar, AFP Hábitat ganó la licitación y se encuentra presta a ingresar al mercado, y recientemente la SBS le autorizó su funcionamiento, por un procedimiento de vía rápida, *fast track*. Sin embargo, en los últimos días, AFP Horizonte ha sido traspasada por partes iguales a AFP Profuturo y AFP Integra, por lo que el mercado en estos momentos está compuesto por tres operadores **y próximamente otra vez por cuatro**.

**(b) La comisión como única consideración para la afiliación**

59. De las disposiciones impugnadas fluye que la licitación tiene como referencia únicamente el pago de comisiones, es decir, el Estado se subroga en el lugar del trabajador sólo observando la comisión a ser cobrada por la AFP. Esta decisión puede ser cuestionada por tomar en cuenta únicamente para la licitación uno de los criterios que los trabajadores deben analizar cuando deciden a qué AFP afiliarse o a cuál trasladarse.

60. Es preciso recordar que este Colegiado ha precisado que hay que tomar en cuenta que el sistema privado implica un acto voluntario del trabajador que solicita su afiliación, optando por éste antes que por el público (STC 1776-2004-AA/TC). Asimismo, siguiendo lo

establecido en el artículo 65 de la Constitución, este Tribunal también expresó que el Estado está obligado a proteger la "seguridad" del usuario, *"(…) una de cuyas manifestaciones, desde luego, es la seguridad jurídica que debe estar presente en el momento de su afiliación a su sistema previsional, en el correcto entendido de que debe contar con todos los elementos de juicio relevantes que le permitan pronosticar el goce de un quantum pensionario acorde con el principio-derecho fundamental a una vida digna que dimana del artículo 1 constitucional"* (fundamento 18 de la STC 0014-2007-PI/TC).

61. Que la Ley 29903 se haya fijado como criterio privativo para subrogarse en el lugar del trabajador la búsqueda de menores comisiones, parece no ser coherente con lo establecido por el fundamento transcrito. Por tal razón, las normas impugnadas deben ser interpretadas juntamente con el artículo 7-E del Decreto Supremo 054-97-EF, incorporado por el artículo 2 de la Ley 29903. Según este dispositivo, *"Los trabajadores que se hayan incorporado a la AFP adjudicataria, solo podrán traspasarse a otra durante el período de permanencia obligatorio, cuando aquella se encuentre en alguna de las siguientes situaciones: a) La rentabilidad neta de comisión por tipo de Fondo de la AFP adjudicataria sea menor al comparativo del mercado (…)"*.

62. Junto con la comisión, el legislador se preocupó indirectamente no sólo por la comisión a pagarse sino también por la rentabilidad neta de comisión. Un segundo elemento está tomando en cuenta el Estado para decidir por el trabajador, en la idea de que de esta forma se protegen mejor sus intereses. En caso de que dicha rentabilidad sea inferior al *benchmark* del mercado, la obligatoriedad de la afiliación desaparecería. Esto es lo que el demandado llamó "limitación relativa". El Poder Ejecutivo, en dicho sentido, precisó que *"(…) esta medida rompe la inercia del mercado al instaurar un mecanismo que replique un ambiente en donde la demanda responde a atributos deseables del mercado (baja comisión y alta rentabilidad)*" (acápite 1.1.1 del Proyecto de Ley 1213/2011-PE). Esta postura es compartida por un economista dedicado a la investigación en una reconocida universidad nacional, quien aconsejó a los nuevos afiliados fijarse en la rentabilidad en vez de en la comisión, pasado el plazo de permanencia obligatorio, pues "*Un punto de aumento en la rentabilidad hace que la pensión suba como diez, mientras que un punto de reducción en la comisión que se cobra va a afectar muy poco la pensión. Por ello, prefieran ir a la AFP que tenga más rentabilidad y no a la que cobre menos" (Vid.* http://gestion.pe/tu-dinero/consejos-elegir-tipo-comision-afp-2053028).

63. La gran pregunta que fluye en este momento es cómo puede enterarse el trabajador de que la AFP adjudicataria de su CIC no cumple con el estándar antes explicado. Genéricamente, se ha establecido en la Décimo Octava Disposición Final y Transitoria del Decreto Supremo 054-97-EF, incorporado por el artículo 2 de la Ley 29903, una mayor responsabilidad de las AFP. Se les exige mejores esquemas de orientación e información a los "trabajadores efectivamente afiliados" al ser ésta una *"(…) una condición de exigencia de la provisión del servicio"* (acápite d).

64. A juicio de este Colegiado, la única forma en que las normas impugnadas sean declaradas constitucionales es que el afiliado sea adecuadamente informado sobre la situación de sus fondos, por lo que una medida como ésta es juzgada como insuficiente. Para ello, el Estado, como sujeto pasivo del derecho a la pensión, debe asumir ciertas obligaciones y responsabilidades constitucionales tales como las establecidas en el artículo 87 de la Constitución que reconoce a la SBS su calidad de ente contralor de las empresas administradoras de fondos de pensiones (STC 1776-2004-AA/TC). Esta responsabilidad es coherente con la asignada en el artículo 11 de la Constitución.

65. En el caso de la información requerida, esta exigencia a favor de los usuarios, prevista en el artículo 65 de la Constitución está en relación directa con el derecho fundamental a la información, previsto en el artículo 2.4 de la misma. La información es un bien indispensable en la configuración del Estado social y democrático de derecho, pues a partir de ella la población tendrá el conocimiento como para aprender a discernir y tomar las decisiones más adecuadas en su vida, habiéndose configurado como la piedra angular de la democracia (Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-5, Sobre Colegiación Obligatoria de Periodistas) y del mercado (STC 1776-2004-AA/TC).

66. Cuando una persona ingresa al portal de la SBS *(Vid.* http://190.102.151.31/0/home.aspx) y da *click* en el botón Sistema Privado de Pensiones, encuentra una serie de datos, a saber: Variables SPP, Valorización de Instrumentos, Productos Previsionales y Multifondos. La pregunta que correspondería hacerse es cómo dentro de esa amplia gama de referencias, útiles sin lugar a dudas, podrá

guiarse para decidir si la rentabilidad neta de comisión de la AFP a la cual fue afiliado compulsivamente es inferior al *benchmark* del mercado. Todo puede resultar confuso para los nuevos afiliados, no familiarizados con los conceptos utilizados por el sistema privado.

67. Por tal razón, hay que tener en cuenta la posición constitucional de la SBS, que como garante de las pensiones en el ámbito privado, le corresponde un rol activo en el sentido de informar a los nuevos afiliados, más allá de lo que las AFP puedan realizar. Por ello se le exige que cumpla esta función de la siguiente manera:

    - Que la información que provea sea objetivamente veraz y suficiente con relación a todos los aspectos relevantes de cada sistema. Se sigue en este punto lo señalado en la STC 0014-2007-PI/TC.
    - Que la información sea de sencillo acceso en su portal (www.sbs.gob.pe).
    - Que la información sea de fácil comprensión para todos los afiliados.

68. Coherente con el derecho fundamental al libre acceso a las pensiones, establecido en el artículo 11 de la Constitución, a entender de este Colegiado se debe interpretar los artículos 1 y 2 de la Ley 29903, en la parte que modifica e incorpora los artículos 6 y 7-A del Decreto Supremo 054-97-EF, referida a la afiliación obligatoria de los nuevos trabajadores afiliados por el lapso de dos años, siempre y cuando se respete el principio de proscripción de una rentabilidad neta de comisión por tipo de fondo de la AFP adjudicataria menor al comparativo del mercado, establecido en el artículo 7-E del Decreto Supremo 054-97-EF, de acuerdo a la información objetivamente veraz, suficiente, de sencillo acceso y de fácil comprensión brindada por la SBS. Ello no significa, en modo alguno, un riesgo para las inversiones llegadas al país luego de la primera licitación.

## B. COMISIÓN POR SALDO

*Normas impugnadas*

69. Los accionantes solicitan que sea declarada la inconstitucionalidad del artículo 24.d del Decreto Supremo 054-97-EF, incorporado por el artículo 2 de la Ley 29903, referido a la Retribución de las AFP, que expresa que *"Las AFP perciben por la prestación de todos sus servicios una retribución establecida, de acuerdo al siguiente detalle: (...) d) Solo para el caso de los nuevos afiliados de la AFP adjudicataria de la licitación a que se refiere el artículo 7-A, se aplicará: Por la administración de los aportes obligatorios a que se hace referencia en el inciso a) del artículo 30, una comisión integrada por dos componentes: una comisión porcentual calculada sobre la remuneración asegurable del afiliado (comisión sobre el flujo) más una comisión sobre el saldo del Fondo de Pensiones administrado por los nuevos aportes que se generen a partir de la entrada en vigencia de la primera licitación de que trata el artículo 7-A (comisión sobre el saldo). Si el afiliado no obtiene una remuneración asegurable o ingreso no se le aplicará el cobro de la comisión sobre el flujo (...). Una vez agotado el plazo a que hace referencia el presente artículo, solo se aplicará la comisión sobre el saldo (...). Para los afiliados existentes, resultará de aplicación una comisión mixta respecto de sus nuevos aportes, salvo que manifiesten su decisión de permanecer bajo una comisión por flujo, en los plazos y medios que establezca la Superintendencia (...)".*

*Alegatos de los demandantes*

70. Para quienes plantean la demanda de inconstitucionalidad, el cobro de la comisión sobre el saldo (fondos pensionarios de los afiliados), que es parte de la comisión mixta, atenta contra la intangibilidad de los fondos, pues la retribución que percibirán las AFP va a cobrarse a partir de las cuentas de cada afiliado, destinándose el fondo establecido en la CIC para un fin distinto al pensionario, además de contrariarse un régimen previamente contratado por los afiliados.

*Alegatos del demandado*

71. A juicio del apoderado del Congreso, en vista que la comisión sobre el saldo del fondo forma parte de la retribución que hace el afiliado a la AFP por el servicio prestado, por lo que no vulnera ninguna norma constitucional.

### B.1. Justificación constitucional de la medida adoptada

72. En la impugnada Ley 29903, los trabajadores afiliados retribuyen a las AFP a través de una comisión mixta, la misma que está compuesta por una comisión por flujo (remuneración) y una por saldo por los nuevos aportes que se generen a partir de la entrada en vigor de la ley impugnada, con la tendencia a una reducción progresiva del porcentaje de la primera hasta su desaparición en el plazo de 10 años. La discusión se centra en la validez constitucional de la comisión sobre el saldo. Siguiendo los argumentos esgrimidos por el demandado para verificar la constitucionalidad de la medida, se pueden encontrar dos argumentos

que la justifican, que son explicados a renglón seguido.

**(a) Alinear intereses entre AFP y afiliados**

73. En primer término, el demandado señala que, en el actual esquema de comisión por flujo, los intereses de las AFP y de los afiliados están en conflicto, pues los primeros buscan maximizar sus beneficios y, por el contrario, los segundos, desean maximizar su cuenta individual a fin de gozar de una mejor pensión al momento de jubilarse. Nada articularía los propósitos de ambos (contestación de demanda). Tal situación, a juicio de la Comisión de Defensa del Consumidor, se produciría debido *"(...) a que independientemente de que las AFP generen ganancias o pérdidas al fondo (del afiliado) las AFP igual cobran. Es decir, las AFP no comparten con el afiliado los riesgos resultantes de su administración*" (Dictamen de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de junio de 2012), lo cual facilita que se cobre *"(...) un porcentaje de nuestro saldo independientemente del resultado*" (intervención del congresista don Jaime Delgado Zegarra en el debate de la Comisión Permanente, del 4 de julio de 2012).

74. En el gráfico 7 presentado *supra*, referido a la evolución de retornos de las AFP y de la rentabilidad de los fondos, desde el año 1998 hasta el 2012, se formulaba una necesidad de que los logros de AFP y de afiliados confluyeran. Como datos adicionales, se encuentra que la cartera de fondos previsionales a cargo de las AFP totalizó S/. 88.768 millones a junio del 2012, de los cuales S/. 87.881 millones corresponden al fondo de pensiones y S/. 887 millones al encaje, según datos de la SBS, de los cuales S/. 9.240 millones se encuentran en el fondo tipo 1; S/. 61.424 millones en el fondo tipo 2, y los restantes 18,105 millones están en el fondo tipo 3.

75. Bajo este presupuesto, la aludida comisión *"(...) incentiva a las AFP a una mejor gestión de los fondos y por lo tanto, alinea mejor los intereses de los trabajadores con los de las AFP (...)*" (Dictamen de la Comisión de Defensa del Consumidor de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de junio de 2012). Es así como se estaría procurando una mejora sustancial en la situación del afiliado, que en tanto consumidor tiene derecho a ello (artículo 65 de la Constitución), lo que, a juicio de este Colegiado, puede considerarse un objetivo constitucionalmente admisible.

**(b) Permitir mayor disponibilidad de remuneración**

76. El accionado expresa también que con la norma impugnada se permite disponer de una mayor parte de la remuneración, *"(...) al liberarla del descuento correspondiente a la comisión que paga el nuevo afiliado, lo que beneficiará sobre todo a los trabajadores de menores ingresos*" (acápite IV.b de la contestación de demanda). Con este argumento, sería posible alegar que la comisión por saldo permitiría mejores condiciones de vida para los trabajadores. Si se toma en cuenta que el trabajo *"(...) Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona*" (artículo 22 de la Constitución), una reducción en el cobro de tales comisiones involucraría mayor disponibilidad de dinero, máxime si "*El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual (...)*" (artículo 24 de la Constitución).

77. La comisión de cada nuevo trabajador que se afilie dependerá de cuánto pueda ahorrar en su CIC, tema que puede ser explicado desde la "teoría de generaciones superpuestas", desde un punto de vista simplificado. Una persona vive en dos momentos distintos durante su vida desde que comienza a trabajar. En el primero, *t*, su juventud le permite trabajar, recibiendo $w_t$ por salario, que es dividido entre consumo actual ($c_t^y$) y ahorro en una CIC para la siguiente etapa ($S_t$), es decir, $= c_t^y + S_t$ El ahorro que realice dependerá de las preferencias, la restricción presupuestaria y la obligatoriedad, existencia, naturaleza y variedad de entidades administradoras de fondos. En el segundo periodo (*t+1*), que es el de la jubilación, las personas ya no trabajan y viven de sus ahorros. Como época de descanso, el adulto mayor realiza un consumo ($c_{t+1}^o$), que es igual al ahorro previsional anterior más los intereses o beneficios, y al no existir un periodo *t+2* ya no ahorra. En general, en esta época se observa que $s_t = c_{t+1}^o$.

78. En la comisión por flujo, del consumo actual ($c_t^y$), una parte es separada por el trabajador para destinarla al pago de la comisión ($c_0$), que trae como consecuencia la reducción del consumo actual ($c_t^y - c_0$). Sin embargo, en la comisión por saldo, ésta ya no es pagada del consumo actual, tal como fue señalado como justificación constitucional (permitir mayor disponibilidad de recursos), sino que se detrae del ahorro que va realizando la persona, por lo

que el afiliado tendrá *prima facie* menor ahorro en su CIC ($s_t$-$c_0$), lo que redundará en el momento en que el trabajador se convierta en jubilado, cuando su nuevo consumo ($n_{C^o_{t+1}}$) también se tendrá que reducir en la misma proporción: $n \in^o_{t+1} c_0 c^o_{t+1}$ .

79. De lo observado, con independencia de si hay afectación a los fondos de la CIC, el objetivo constitucional de contar con mayor disponibilidad de remuneración, justifica la existencia de las normas impugnadas, que determinan la existencia de una comisión por saldo.

**B.2. La garantía institucional involucrada**

80. Del debate existente entre las partes del presente proceso, el centro de la discusión constitucional sobre la comisión por saldo estriba en si vulnera o no la intangibilidad de fondos pensionarios, a la vez de relacionar esta garantía institucional del derecho a la pensión con la propiedad sobre los fondos.

**(a) La intangibilidad de los fondos pensionarios**

81. Según el artículo 12 de la Constitución, "*Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles (…)*". De la lectura del diario de los debates del Congreso Constituyente Democrático, cabe advertir dos temas relevantes. El primero es el hincapié efectuado por los constituyentes en torno a la necesidad de que no se repitan experiencias gubernamentales anteriores en las que se dispuso indebidamente de estos fondos para fines distintos al pago de pensiones, tal como sucedió en los gobiernos de los años ochenta, donde dichos fondos fueron destinados a la construcción de carreteras, de infraestructura, entre otras materias. El segundo es la precisión en tanto que dicha intangibilidad no implica que los fondos *"(…) deban estar metidos en una caja fuerte (…)*", es decir que, *"(…) son intangibles en la medida en que no pueden ser utilizados para fines distintos para los cuales la ley los ha creado*" (Intervención del constituyente don Ricardo Marcenaro Frers en el pleno del CCD, de 1993).

82. El Tribunal Constitucional tampoco ha sido ajeno a explicar el contenido de la intangibilidad. En primer lugar, ha expresado que la intangibilidad a la que alude el artículo 12, siguiendo lo establecido en el artículo 11 constitucional, *"(…) tiene por propósito asegurar que los fondos y las reservas de la seguridad social no sean destinados a fines distintos del aseguramiento y la garantía del pago de una pensión (…)*" (fundamento 31 de la STC 0014-2007-PI/TC). También fue interpretado como una forma de intangibilidad de las pensiones adquiridas (STC 0001-2004-AI/TC y otro), postura jurisprudencial no aplicable en la actualidad luego de la reforma de los artículos 103 y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, validada por la STC 0050-2004-AI/TC y otros. Por último, ha expresado que no puede entendérsele como la intangibilidad del destino prefijado por el legislador ordinario de los recursos de un fondo particular legalmente constituido (STC 0014-2007-PI/TC), por lo que se afecta cuando el fondo público sirve para cubrir la pensión mínima en el sistema privado.

83. La intangibilidad de los fondos previsionales se entiende como una garantía institucional del derecho fundamental a la pensión, tal como se dejó entrever en la STC 0050-2004-AI/TC y otros. En tanto posee una eficacia reforzada (STC 0005-2004-AI/TC), su preservación es indispensable para asegurar los principios constitucionales estableciendo un núcleo o reducto indisponible por el legislador, de tal manera que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar, además de estar blindada contra una reforma legislativa -incluso constitucional- que la anule o la vacíe de contenido. De otro lado, la garantía institucional, para poder operar directamente, a diferencia de un derecho fundamental clásico, requiere de configuración legal, que se convertirá en la fuente normativa vital para delimitar su contenido protegido (STC 0050-2004-AI/TC y otros).

84. Entenderla como garantía institucional, por tanto, posibilita que la intangibilidad de fondos previsionales tenga como objeto último proteger el derecho a la pensión de quienes se jubilen, en tanto y en cuanto se persiga el aseguramiento y la garantía del pago. La pregunta que cabe responder de forma genérica es si dentro del artículo 12 de la Constitución puede admitirse la retribución a la AFP como pago por la administración de los fondos. A juicio de este Colegiado, la respuesta no puede ser otra que positiva, en vista de que una correcta administración de los fondos previsionales redunda de manera directa en el otorgamiento de una pensión digna cuando el afiliado concluya su vida laboral, tal como lo exige el artículo 11 de la Constitución y la STC 0050-2004-AI/TC y otros.

85. A propósito, corresponde a este Colegiado dejar sentado que los fondos de las cuentas privadas previsionales no pueden ser objeto de apropiación de ningún tipo por parte del Estado, pues ello sí significaría un gravísimo

atentado al artículo 12 de la Constitución. Por ejemplo, se vería afectada la intangibilidad de los fondos pensionarios si en el país se implementara un medida similar a la ocurrida en un país de la región, donde al crearse el Sistema Integrado Previsional Argentino se eliminó el régimen de capitalización, el cual fue absorbido y sustituido por el régimen de reparto.

86. Como parte de su defensa, el accionado expresó que el sistema público de pensiones ha venido utilizando recursos del fondo pensionario para solventar los gastos en la administración de dicho fondo y que esto no ha generado controversia en nuestro ordenamiento (contestación de demanda). En efecto, en el ámbito del sector público se ha seguido esta línea interpretativa. El artículo 39 de la Ley 29158, Orgánica del Poder Ejecutivo, expresa que el Fondo Consolidado de Reservas Previsionales (FCR) constituye una de las entidades administradoras de fondos intangibles de la seguridad social, que fue creado por el artículo 16 del Decreto Legislativo 817, Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado. Según la Ley 28532, uno de los recursos con los que cuenta la ONP, entidad rectora principalmente del régimen 19990, son las transferencias de fondos provenientes de los sistemas previsionales, por concepto de gastos de administración (artículo 9.2). A su vez, de conformidad con el Decreto Supremo 061-95-EF, elevado a rango legal por el artículo 11 de la Ley 26504, del Estatuto de la ONP, son recursos de ésta las reservas de los sistemas previsionales, dinero a ser utilizado con exclusividad para pagar las obligaciones pensionarias, los gastos inherentes al manejo de sus inversiones y los gastos de administración. Los gastos de administración de la ONP, por tanto, son pagados por el FCR.

87. En el ámbito privado, por su parte, a través de la Ley 29426 y su reglamento, Decreto Supremo 303-2009-EF, se ha admitido la devolución del 50% de los fondos acumulados en una CIC, a suma alzada, de aquellos afiliados dentro del Régimen Especial de Jubilación Anticipada, con por lo menos 55 años, cuando la pensión calculada no resultase igual o mayor a la Remuneración Mínima Vital. El fondo previsional, de esta forma, está siendo utilizado en forma distinta a la pensionaria bajo los estándares del Decreto Supremo 054-97-EF, es decir, para atacar el problema de la falta de ingresos de quienes se encuentren desempleados durante 12 meses o más. El objetivo del ahorro forzoso para obtener una pensión, en tanto entrega periódica de dinero por naturaleza, ha sido entendido de una forma laxa para beneficiar a un subconjunto específico distinto de personas afiliadas, sin tener edades avanzadas y sin cumplir con ciertos requisitos fijados por la ley. El concepto amplio de pensión, por tanto, tampoco contraviene el artículo 11 de la Constitución.

**(b) Relación con el derecho a la propiedad de las pensiones**

88. En relación con el tema antes analizado, también se alega que las normas impugnadas afectan el derecho a la propiedad sobre los fondos privados pensionarios. El derecho a la propiedad, establecido en los artículos 2.14, 2.16 y 70 de la Constitución, desde una perspectiva iusprivatista, se concibe como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, a través del cual el propietario puede servirse directamente del bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses patrimoniales. Dentro de un Estado social y democrático de derecho, la propiedad se *"(...) ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley*" (artículo 70), máxime si todos los derechos pueden ser objeto de limitación, restricción o intervención justificadas en la protección proporcional y razonable de otros derechos fundamentales o bienes de relevancia constitucional (STC 0004-2010-PI/TC9. Al respecto, admitiendo su doble carácter, como derecho subjetivo y objetivo (STC 0050-2004-AI/TC y otros) debe resaltarse su función social.

89. Para los demandantes, *"(...) los aportes pensionarios son acumulados en la denominada 'Cuenta Individual de Capitalización' a favor del afiliado, lo que demuestra la naturaleza individual que tiene cada aporte y sobre el cual el afiliado es propietario en la medida que dichos aportes se incorporan al patrimonio de los pensionistas (...)"* (acápite 4.4. de la demanda), razón de más para sustentar la violación del derecho a la propiedad. Sin embargo, para el demandado, tal afirmación es incorrecta porque tanto en la comisión por flujo como en la comisión por saldo, *"(...) el pago es obligatorio porque no se deriva del acuerdo de voluntades (...) sino del poder del Estado para exigirlas, porque son indispensables para garantizar las pensiones de los afiliados"* (acápite IV.c de la contestación de demanda).

90. Se plantea la existencia de una relación entre propiedad y pensión, al señalarse que las personas adquieren *"(...) un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales*

*del derecho a la pensión"* (párrafo 103 de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, del 28 de febrero de 2003) y habría titularidad patrimonial subjetiva sobre el fondo en clave de derecho adquirido (STC 0001-2004-AI/TC y otro). A pesar de tal afirmación, la pensión no comparte los atributos privativos de la propiedad, por lo que no corresponde asimilarlas. El derecho a la pensión no es una forma de ejercicio del derecho de propiedad, pues entre ambos existen diferencias notables que se manifiestan en su naturaleza jurídica, en los actos que pueden realizarse con ellas, en el modo de su transferencia y en su titularidad (STC 0050-2004-AI/TC y otros, seguida en STC 0030-2004-AI/TC). Así, la pensión no puede ser objeto, por ejemplo, de determinados actos de libre disposición (compraventa, permuta, donación, entre otros), ni es susceptible de expropiación. Tampoco puede equipararse la pensión con la propiedad por el modo como se transfieren, puesto que la pensión no es susceptible de ser transmitida por la sola autonomía de la voluntad del causante, como si se tratase de una herencia, dado que se encuentra sujeta a determinados requisitos establecidos en la ley y que, sólo una vez que hubiesen sido satisfechos, podría generar el derecho de goce de su titular o de sus beneficiarios.

91. Lo que sí ha establecido este Tribunal es que la pensión es parte del patrimonio de la persona, pero no es una forma de propiedad (STC 0050-2004-AI/TC y otros). Ahora bien, se ha establecido normativamente que existe "(…) *la propiedad sobre los fondos acumulados en su Cuenta Individual de Capitalización (…)"* (artículo 45 del Decreto Supremo 054-97-EF). El fondo manejado por las AFP definitivamente es parte del patrimonio del afiliado, pero no goza de los atributos de la propiedad como derecho, sino por el contrario es salvaguardado por el derecho a la pensión (artículo 11 de la Constitución), y por lo tanto, su posible vulneración debe ser examinada a partir de la garantía institucional de la intangibilidad de los fondos pensionarios (artículo 12 de la Constitución).

### B.3. La supuesta vulneración de la intangibilidad de fondos a través de la Comisión por Saldo

92. Tal como lo precisa el artículo 1 de la Resolución 080-98-EF-SAFP, la afiliación es una relación jurídica que se produce entre un trabajador, cualquiera que fuere su condición, y la AFP, estando el primero obligado a cancelar a la segunda por sus servicios. Lo que corresponde determinar en esta parte de la sentencia de inconstitucionalidad es si dicha retribución pudo haber sido fijada como un porcentaje del saldo de la CIC o si, por el contrario, la disposición pertinente de la Ley 29903 es contraria a la Constitución.

#### (a) La comisión por saldo para los nuevos afiliados

93. Una comisión por saldo es cobrada sobre los activos administrados, es decir, una parte de los activos en la CIC es recaudada periódicamente como pago de comisión, normalmente a través de un porcentaje anualizado. Al respecto, este Tribunal analizará si las normas impugnadas afectan la garantía institucional de la intangibilidad de los fondos pensionarios y además, como consecuencia de ello, el interés de los consumidores y usuarios.

94. Para los congresistas demandantes, la comisión por saldo deslegitima la naturaleza constitucional de la intangibilidad de fondos, pues sólo pueden ser utilizados para fines pensionarios y no pueden ser reducidos mes a mes por mandato legal (apartado 4.3. de la demanda). Así, el artículo 13 del Decreto Supremo 054-97-EF, modificado por el artículo 1 de la Ley 29903 impugnada, estaría haciendo alarde de la abierta inconstitucionalidad de la comisión por saldo al señalar que los fondos son intangibles, salvo el caso de la comisión por saldo, máxime si el artículo 3 de la misma Ley 29903, que modifica el artículo 71 del Decreto Supremo 007-2008-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, al hablar del Fondo de Pensiones Sociales, sólo señala su carácter intangible, sin mencionar ninguna excepción.

95. En el debate de la Comisión Permanente de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de julio de 2012, se apuntó que este tipo de comisión contradice abiertamente tal dispositivo porque la comisión nada tiene que ver con el aseguramiento y la garantía del pago de una pensión (congresista doña Luz Salgado Rubianes), pues al atender gastos de la propia AFP, están siendo sustraídos y derivados a fines distintos para los que fueron constituidos (congresista don Javier Bedoya de Vivanco) con independencia de que pueda ser más competitivo que cobrar por flujo (congresista don Luis Galarreta Velarde), por lo que quien los toque incurriría en infracción constitucional (congresista don Yonhy Lescano Ancieta).

96. El accionado, por su parte, opina que la retribución a través de una comisión (sea sobre el flujo o saldo) tiene por finalidad garantizar el pago de las pensiones futuras, por lo que no estaría utilizándose para fines distintos del aseguramiento y garantía del pago de una pensión, toda vez que la norma constitucional fue emitida en la búsqueda de *"(...) que no se repitan experiencias de malversación en la gestión generada por debilidades de las administraciones y la escasa calidad moral de sus directivos, en perjuicio de sus asegurados"* (acápite IV de la contestación de demanda).

97. Según el congresista don Luis Galarreta Velarde, sólo Bolivia y México tienen comisión por saldo, pues Chile ya abandonó este modelo y hoy en día sólo cobra por flujo, agregando además que en el caso mexicano, las Administradoras de Fondos para el Retiro (AFORE) no son equivalentes a las AFP del país, pues *"(...) son como agencias de inversión de valores, son como los agentes de bolsa. O sea, solamente están encargados de invertir los fondos de los afiliados y obviamente cobran porque su saldo va creciendo (...)"* (intervención en el debate de la Comisión Permanente de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de julio de 2012). Frente a ello, el superintendente de Banca, Seguros y AFP, don Daniel Schydlowsky Rosenberg, ha expresado que *"Los únicos tres países en los que no había un alineamiento de intereses eran Chile, Colombia y Perú. Ahora nosotros hemos cambiado y Colombia lo está considerando (...) En Chile ahora se está pensando de nuevo, pues no se fue suficientemente lejos manteniendo el pago por flujo, cuando lo sano es pagar por saldo"*, resaltando que lo que se está haciendo en el país difiere de lo sucedido recientemente en México, donde se trasladó a todos los afiliados del pago de la comisión por flujo a la del saldo, cobrando de nuevo sobre lo ya comisionado, con la reforma materia de cuestionamiento constitucional se buscó proteger y excluir todas las contribuciones anteriores, pues se estaba legislando para la gran mayoría (*Vid.* http://gestion.pe/economia/sbs-defiende-reforma-afp-lo-sano-pagar-saldo-2062198).

98. Al respecto, en los siguientes cuadros puede observarse en qué países existe comisión sobre el saldo, a fin de comprobar que su utilización es una experiencia ya utilizada en otras partes del mundo, y es de uso común en la gestión de planes de pensiones voluntarios o complementarios. Según presenta la OCDE y la Asociación Internacional de Organismos de Supervisión de Fondos de Pensiones (AIOS), a nivel internacional existen diversos tipos de cobro de comisiones por la administración de fondos de pensiones.

**Cuadro 5**.- Tipos de comisiones por administración cobradas en países de la región. Al 2006.

| **País** | **Comisiones por flujo** | | **Comisiones sobre saldo (activo administrado)** | **Comisiones sobre rentabilidad (rendimientos)** | |
|---|---|---|---|---|---|
| | **Proporcional** | **Fijo** | | **Nominales** | **Excedentes** |
| Argentina | **X** | | | | |
| Bolivia | **X** | | **X** | | |
| Chile | **X** | **X** | | | |
| Colombia | **X** | | | | |
| Costa Rica | **X** | | | | |
| El Salvador | **X** | | | | |
| Costa Rica | **X** | | | **X** | |
| México | **X** | | **X** | | |
| Perú | **X** | | **X** | | |
| República Dominicana | **X** | | | | **X** |
| Uruguay | **X** | **X** | | | |

***Elaboración:*** Propia. ***Fuente:*** AIOS (*Vid.* http://www.aiosfp.org/informacion_institucional/pdf/Comparaci%C3%B3n%20de%20Comisiones.pdf).

**Cuadro 6**.- Cobro de comisiones por la administración de Fondos de Pensiones. Al 2008

| País | Comisión fija | Comisión sobre aporte | Comisión sobre saldo | Comisión sobre rentabilidad | Comisión de traspaso/salida |
|---|---|---|---|---|---|
| Australia | X | X | X | | X |
| Bolivia | | X | X | | |
| Bulgaria | | X | X | | X |
| Colombia | | X | | | X |
| Costa Rica | | X | | X | |
| Chile | | X | | | X |
| El Salvador | | X | | | |
| Estonia | | | X | | |
| Hungría | | X | X | | X |
| Kazajistán | | | X | X | |
| Lituania | | X | X | | |
| México | | | X | | |
| Polonia | | X | X | | X |
| Perú | | X | | | |
| Suecia | | | X | | |
| Uruguay | | X | | | |

***Fuente:*** OECD (*Vid.* http://www.oecd.org/finance/private-pensions/41488510.pdf; http://www.bbvaresearch.com/KETD/fbin/mult/WP_1023_tcm346-232670.pdf?ts=842013)

99. A pesar de lo señalado, más allá de indagar sobre el éxito o fracaso que haya tenido en otros países la aplicación de la comisión por saldo, su validez en cada ordenamiento depende del marco constitucional establecido. En el caso nacional, el artículo 12 de la Constitución marca la pauta para analizar los dispositivos impugnados. En fundamentos precedentes se estableció que la norma constitucional permitía el cobro de comisiones en tanto éstas permitiesen el aseguramiento y la garantía de la pensión. Definido así su contenido, el Tribunal debería desestimar desde ya la pretensión de los accionantes, pero el tema merece ser observado con mayor detenimiento.

100. Una pregunta válida para continuar con este razonamiento es determinar qué se está pagando cuando a uno le descuentan la comisión de la AFP. Del siguiente cuadro, se observa que buena parte de los gastos operativos de las AFP, cubiertos con el pago de las comisiones que todos los afiliados pagan, está destinado a gastos de comercialización de los operadores.

**Cuadro 7**.- Distribución de los gastos operativos. Al 2009. En millones de dólares

| Ítem | Monto | Porcentaje |
|---|---|---|
| **TOTAL** | **161,2** | **100** |
| Comercialización | 62,0 | 38,46 |
| Administración de fondos | 99,2 | 61,54 |

***Fuente:*** AIOS (*Vid.* http://www.aiosfp.org/estadisticas/estadisticas_boletin_estadistico.shtml)

101. La libre competencia, en relación directa con la libre iniciativa privada (artículo 59 de la Constitución), incluye la posibilidad de elegir libremente la política de costos y precios, dentro de una atmósfera que permita el normal desenvolvimiento del mercado y la generación de riqueza mediante la asignación eficiente de los recursos (Resolución 054-2003-INDECOPI/CLC). Es decir, se encuentra dentro de la esfera de libertad de las empresas, como son

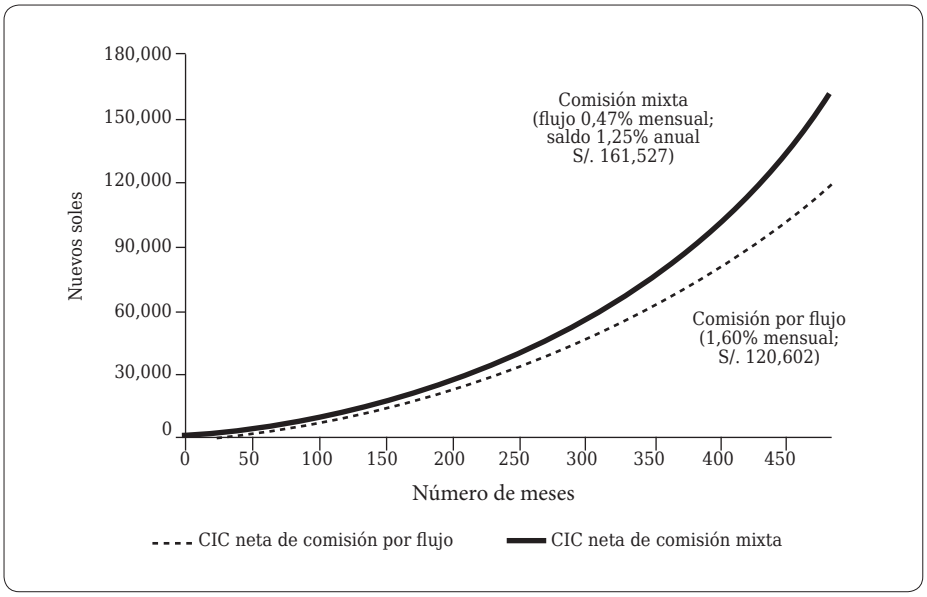
las AFP, decidir en qué gastan los pagos de comisiones.

102. Ello no obsta para que este Tribunal muestre su preocupación por la relación entre los gastos de comercialización y la garantía de la intangibilidad de la pensión. Para el superintendente de Banca, Seguros y AFP, don Daniel Schydlowsky, *"(...) la idea es que no tengamos sobrecostos que perjudiquen al afiliado" (Vid.* http://190.102.151.31/0/modulos/NOT/NOT_DetallarNoticia.aspx?PFL=0&NOT=96). La comisión que se paga a las AFP, en términos generales, viabiliza el ejercicio al derecho fundamental a la pensión, sobre todo porque no es posible desligar los conceptos administración de fondos y comercialización en un control abstracto de constitucionalidad. Sin embargo, si las AFP abusan del cobro de este segundo elemento, que según el cuadro anterior, estaría alrededor del 40% en la actualidad, este Colegiado se reserva el derecho de analizar nuevamente la situación y la evolución de la estructura de costos.

103. Los accionantes, de otro lado, alegan también la violación del artículo 65 de la Constitución, al ponerse en riesgo y perjudicar los fondos pensionarios de los afiliados (apartado 4.3. de la demanda). Según la "teoría de la agencia", desarrollada *supra*, con correctos incentivos, las AFP pueden permitir la generación de un mayor crecimiento del fondo previsional de los afiliados. En efecto, cuando los principales (afiliados) no pueden controlar perfectamente y sin costos la acción del agente (AFP) es imprescindible que se establezcan suficientes incentivos para que éste ejecute las acciones más convenientes, a fin de que ambas partes queden satisfechas. Ante un supuesto conflicto de intereses, es preciso promover la coordinación con el propósito de incentivar al agente a tomar decisiones que maximicen no sólo su propia función de utilidad sino también la de los principales. El modelo de acción-recompensa, con relación a las normas impugnadas, implicaría que mientras mayores fondos tenga el afiliado, la AFP obtendría mayores comisiones. La pregunta que corresponde realizar a continuación es si este marco teórico tiene correlato con la realidad en el caso de la comisión por saldo.

104. Frente a lo que pagaría en la comisión por flujo, existiría una reducción en los pagos de comisiones si ésta es mixta porque *prima facie,* según las proyecciones por parte de la SBS, la CIC neta crecería más en la segunda que en la primera. Se trata de un ejercicio comparativo del monto de la CIC con la que terminaría un afiliado con un salario promedio de S/. 1.300 y un crecimiento anual del mismo en 1,57%. En el esquema de comisión por remuneración se aplica la menor tasa actual del mercado (1,60% mensual, cobrada por la AFP Prima, luego de la licitación). Cuando se evalúa al afiliado al aplicarle el esquema de comisión mixta con transición a saldo se aplica la menor tasa actual del mercado; en la parte sobre la remuneración se cobra 0,47% mensual sobre el salario; y, en la parte de saldo se cobra inicialmente 1,25% anual -o 0,1% mensual- sobre el monto de la CIC en el mismo período. Se aplica para la primera (comisión por flujo) una rentabilidad de 8%, 7% y 5% por los primeros diez años, segundos diez años y el resto de años, respectivamente, y de 0,75% para la comisión por saldo. Al resultado final de haber estado afiliado 40 años -o 480 meses- en el sistema privado, con una densidad de cotización (período en que aporta) del 50% se le resta el cobro acumulado de las comisiones cotizado en todo el período. El resultado al que se llega es denominado CIC neta, y se observa que la CIC neta de un afiliado en un esquema de cobro de comisión sobre la remuneración es S/. 120.602, que es 33,93% (S/. 40.925) menor que la CIC neta de un afiliado con un cobro de comisión mixta con transición a saldo, que alcanzó la suma de S/. 161.527.

**Gráfico 11**.- CIC neta comparativa entre los tipos de comisión. Horizonte temporal de 40 años

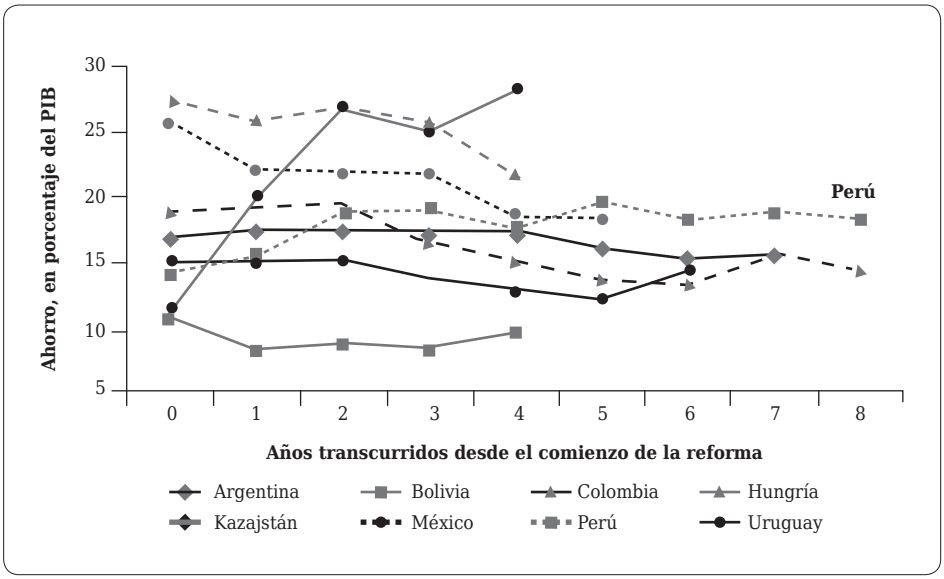



***Fuente:*** SBS

105. Pese al gráfico presentado, en el debate parlamentario, se alegó que *"¿Sabe cuánto es la rentabilidad a los que dicen que esto alinea intereses? La rentabilidad es bastante menor que la rentabilidad de los fondos que se pagan por comisiones por flujo"* (intervención del congresista don Luis Galarreta Velarde en el debate de la Comisión Permanente de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de junio de 2012, del 4 de julio de 2012).

106. De otro lado, si bien se estableció como justificación constitucional que las normas cuestionadas alinean los intereses de AFP y afiliados, este Colegiado advierte imprecisiones de quienes defienden este modelo, pues afirman que el alineamiento es total por alegar que sólo cobrarán cuando haya rendimientos positivos, al mismo estilo que una comisión por rentabilidad. Más mesurada es la interpretación de este alineamiento realizada, entre otros, por el superintendente adjunto de Estudios Económicos de la SBS, don Javier Poggi, para quien las AFP cobran más si ganan más y cobran menos si pierden y que no se paga por adelantado (*Vid.* http://elcomercio.pe/economia/1517831/noticia-seran-necesarias-tres-calculadoras-escoger-tipo-comision-afp). Por tanto, las AFP deben buscar promover aún más el ahorro de los afiliados para que así puedan ganar más. El ahorro, si bien depende de innumerables factores no relacionados entre sí, ha crecido en el país, pero representa sólo alrededor del 25% del PBI después de casi un decenio de reformas (Banco Mundial, Informe 'Reforma y reestructuración de los sistemas de pensiones. Evaluación de la asistencia prestada por el Banco Mundial', de 2006).

**Gráfico 12**.- Tendencias del ahorro interno bruto. Comparado de países emergentes. Porcentaje del PIB. Al 2006




***Fuente:*** Banco Mundial 2006

107. Los accionantes también formulan que con la comisión por saldo se afecta el principio de solidaridad, *"(…) por cuanto coloca a la empresa o a los intereses económicos, en este caso las AFPs, sobre la defensa de la persona, que en el caso concreto son los aportantes (…)"* (acápite 4.4 de la demanda). Frente a ello, el Congreso de la República, a través de su apoderado, expresa que el efecto es inverso al alegado por el accionante, ya que con el cambio de comisión se está asegurando el principio de solidaridad, *"(…) pues el riesgo ya no será asumido sólo por el trabajador debido a que si la rentabilidad de su fondo baja, también se reducirá la comisión que cobra la AFP por la administración de dicho fondo"* (acápite IV.d de la contestación de demanda).

108. Se ha señalado que las pensiones privadas tienen como garantía la seguridad social. Según la STC 0011-2002-AI/TC, *"Es de reconocerse el fuerte contenido axiológico de la seguridad social, cuyo principio de solidaridad genera que los aportes de los trabajadores activos sirvan de sustento a los retirados mediante los cobros mensuales de las pensiones"* (fundamento 14). Entonces, si bien el Tribunal ha afirmado que el sistema privado no se funda necesariamente en la solidaridad (STC 1776-2004-AA/TC), el argumento esgrimido por los accionantes se centra en el contenido de este principio, por lo que la demanda se rechaza en este extremo. Ahora bien, tampoco este Tribunal comparte la postura del demandado al no encontrar conexión entre comisión por saldo y mayor solidaridad del sistema privado previsional.

109. Validado el esquema de cobro por comisión sobre el saldo, este Colegiado considera perfectamente compatible con la Constitución que los diseñadores de políticas públicas opten por uno de los tres modelos presentados (flujo, rentabilidad o saldo) y, mientras se encuentre dentro del margen de discrecionalidad razonable, se decidan por alguno de ellos. Tal medida es perfectamente constitucional. Al respecto, el Congreso de la República añadió que *"(…) los afiliados que inician su carrera laboral soportan menos costos al tener un fondo menor o en crecimiento (…)"* (acápite IV.b de la contestación de demanda). Por tanto, no es inconstitucional que se cobre comisión por saldo a los nuevos afiliados.

**(b) La elección entre los dos esquemas de comisiones para los trabajadores actualmente afiliados**

110. Un supuesto distinto al del punto anterior de la sentencia se encuentra en el caso de los trabajadores actualmente pertenecientes a una AFP. A diferencia de los que afiliados nuevos, que han sido objeto del proceso de licitación realizado y de la afiliación obligatoria, los que eran aportantes al sistema privado de pensiones al momento en que se emitió la Ley 29903 ingresaron a cualquiera

de las AFP operadores del mercado en ciertas condiciones establecidas, dentro de las cuales estaba la forma de pago mediante comisión de flujo.

111. La comisión por flujo, única forma de comisión válida hasta antes de la reforma del sistema privado de pensiones, es una comisión proporcional sobre flujos que no es fija, que permite el cobro de cierta fracción de los recursos financieros que entran al fondo de pensiones cada vez que un flujo monetario (la remuneración o salario) se deposita en la CIC.

112. Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución y el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, este Tribunal ha pronunciado en reiterada jurisprudencia que nuestro ordenamiento jurídico se rige por 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 en virtud del principio de aplicación inmediata de las normas"* (fundamento 12 de la STC 0002-2006-PI/TC, seguido en el fundamento 72 de la STC 0008-2008-PI/TC, entre otras). La aplicación de la comisión mixta a los actuales afiliados al sistema privado responde a la aplicación inmediata de la Ley 29903 y no -como sostienen los demandantes- a su aplicación retroactiva, ya que esta nueva modalidad de cobro de las AFP (comisión mixta) se efectuará en virtud de los futuros servicios de administración que éstas prestarán a sus afiliados. Las comisiones anteriormente cobradas, por su parte, no se ven afectadas en modo alguno. Es decir que, en el presente caso, la ley objeto de control se limita a desplegar sus efectos desde la fecha en que entró en vigor hacia adelante, lo cual resulta plenamente conforme a lo dispuesto en la Constitución.

113. La cuestión debe ser analizada no únicamente desde el punto de vista de la irretroactividad sino también desde el hecho que ingresó al sistema en ciertas condiciones que ahora buscan desconocerse, por lo que sería conveniente que la comisión por flujo sea elección por defecto. En su momento, cuando el Poder Ejecutivo envió su proyecto al Congreso estableció que *"(…) Respecto a los afiliados existentes de todas las AFP, podrán optar en una sola oportunidad para que se les aplique la comisión mixta, para ello manifestarán su decisión a la AFP (…)"* (artículo 2 del Proyecto de Ley 1213/2011-PE, que modificaba el artículo 24.d del Decreto Supremo 054-97-EF). Recientemente ha sido presentado el Proyecto de Ley 1822/2012-CR, el cual considera que la comisión por defecto sólo puede validada si es que está referida a la comisión por flujo. Así también opinó el presidente del BCR, don Julio Velarde Pérez, quien estimó *"(…) que sería adecuada la propuesta que la comisión basada en las remuneraciones sea la comisión por defecto para los afiliados actuales"* (Oficio 007-2013-BCR, del 6 de febrero de 2013).

114. El legislador no puede obviar, al momento de optar por uno u otro tipo de comisión, que en su decisión están en juego las condiciones en que la persona ingresó al sistema privado de pensiones, protegida por el libre acceso a las pensiones (STC 1776-2004-AA/TC), configurándose una relación entre AFP y afiliado con eficacia horizontal. A partir del derecho al libre acceso a la pensión, establecido en el artículo 11 de la Constitución, cuando las personas escogieron el sistema privado de pensiones en detrimento del público, la firma de un contrato incluyó una forma de pago a las AFP a través de la comisión por flujo.

115. Atañe recordar que la libertad de contratación, establecida en el artículo 62 de la Constitución, está concebida "(…) *como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo –fruto de la concertación de voluntades– debe versar sobre bienes o intereses que posean apreciación económica, tengan fines lícitos y no contravengan las leyes de orden público"* (fundamento 47 de la STC 7339-2006-PA/TC). Dentro de ella, el ámbito de la libertad contractual, conocida también como libertad de configuración interna, protege la capacidad de las personas de determinar el contenido del contrato (STC 2185-2002-AA/TC), tal como ha sucedido en el caso de quienes hasta antes de la dación de la ley se encontraban ya afiliados a una AFP.

116. En la implementación de la reforma, la comisión por flujo ha sido objeto de innumerables críticas, aun cuando a lo largo del debate del 4 de julio de 2012 en el seno de la Comisión Permanente con relación al Proyecto de Ley 1213/2011-PE, se dijo que *"(…) la comisión por remuneración debe seguir, con regulación del Estado, y estableciendo los parámetros que pueda hacer la Superintendencia"* (intervención del congresista don Yonhy Lescano Ancieta). El accionado expresó que *"(…) las AFP tienen poco interés en obtener mayor porcentaje de la remuneración de dicho afiliados (comisión por flujo), las cuales por lo demás son de las más altas en Latinoamérica (…)"* (acápite IV.b de la contestación de demanda). Para el superintendente de Banca, Seguros y AFP, don Daniel Schydlowsky Rosenberg, este forma

de cobro no representaba bien al afiliado al mismo tiempo que no estaba pensado a favor de las mayorías (*Vid.* http://gestion.pe/economia/sbs-defiende-reforma-afp-lo-sano-pagar-saldo-2062198). El ministro de Economía y Finanzas, don Luis Miguel Castilla Rubio, entiende que *"Hoy en día la comisión por flujo está totalmente divorciada de la rentabilidad y sin importar la rentabilidad, el pago de la comisión es el mismo"* (*Vid.* http://peru.com/2012/07/20/actualidad/economia-y-finanzas/ministro-luis-castilla-comision-pagar-saldo-afps-no-mas-cara-noticia-76381).

117. Algunos datos pueden ejemplificar tales afirmaciones. Como muestra de lo que se afirma se pueden mencionar datos de la década pasada. Según la Asociación Internacional de Organismos de Supervisión de Fondos de Pensiones, pese a la emisión de normas, como las Resoluciones SBS 1582-2004 y 1583-2004, para flexibilizar el mercado y bajar las comisiones, al 2006, efectivamente Perú (1,83%) tenía una de las comisiones proporcionales sobre flujo más altas de la región, siendo sólo superada por Uruguay (1,92%), aunque no tan lejos de Chile (1,60%) y Colombia (1,57%) (Boletín Estadístico 24, de diciembre de 2010). Al día de hoy en el país está en 1,92% mientras que en Chile, 1,47%. Para la Defensoría del Pueblo, tales comisiones eran muy altas, básicamente por los elevados costos administrativos que tenían, y pese a que de los datos proporcionados por la Bolsa de Valores de Lima, podía colegirse que las AFP eran también *"(...) de lejos, muchísimo más rentables que cualquier otro sector económico en el Perú (...)"* (punto 6.1 del Informe Defensorial 99, El futuro de los sistemas de pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y el Privado, de 2005). En efecto, en un estudio del Consorcio de Investigación Económica y Social, en el boletín Análisis de Políticas, de 2004, demostraban que las AFP nacionales tenían la mayor rentabilidad de la región, tanto es así que entre julio del 2003 y junio del 2004, la rentabilidad sobre el patrimonio fue de 74% frente al 22% de Chile y 29% de México, lo que podía justificar las comisiones de administración cobradas. El Banco Mundial confirmaba estos datos insistiendo en que si bien las AFP nacionales eran las más rentables de América Latina, a la vez eran las más caras para sus afiliados, rentabilidad que al año 2003 era de 58.6%, triplicando el promedio regional (Reporte 27618-PE, Perú. *Restoring the multiple pillars of old age income security,* de 2004), razón por lo cual no fue difícil afirmar que uno de los grandes problemas del sistema privado estaba en las altas comisiones cobradas (Informe Reforma y reestructuración de los sistemas de pensiones. Evaluación de la asistencia prestada por el Banco Mundial, de 2006).

118. La primera gran reforma de carácter estructural del sistema previsional nacional se había dado con el Decreto Ley 25897, del 27 de noviembre de 1992, ordenado mediante Decreto Supremo 054-97-EF, que creaba el sistema privado en nuestro país. Desde ese momento, tal como lo establecía el original artículo 24 del Decreto Supremo 054-97-EF se retribuía a las AFP a través de *"(...) una comisión porcentual calculada sobre la Remuneración Asegurable del afiliado (...)"*. No hace mucho tiempo, el MEF, pese a reconocer avances modestos en incrementar la cobertura de los sistemas, juzgaba que *"(...) la creación del SPP constituye una pieza fundamental en la consolidación macroeconómica del país, el crecimiento económico, el aumento del ahorro, la mayor sostenibilidad fiscal, y el desarrollo de los mercados financieros. Asimismo, el sistema ha mostrado un crecimiento sostenido, con la incorporación de más de 4,8 millones de afiliados, y cerca de 80,000 millones de nuevos soles en aportes en las cuentas individuales de capitalización (...)"* (considerandos de la Resolución Ministerial 756-2011-EF/1).

119. El modelo ha tenido un pilar básico en la labor fiscalizadora de la SBS sobre las AFP, primero como una superintendencia especializada en las AFP y luego con una función constitucionalizada (Ley 28484, de reforma constitucional, de 2005). El MEF, por su parte, cuenta con la Dirección General de Mercados Financieros, Laboral y Previsional Privados, encargada de proponer, dirigir y formular medidas y planes para la oportuna toma de decisiones que promuevan el desarrollo del mercado previsional privado (artículo 144.a de la Resolución Ministerial 223-2011/EF-43, Reglamento de Organización y Funciones del ministerio). Lo señalado significa que durante varios años ambas entidades han sido observadoras silenciosas de un sistema que a su entender siempre afectó los derechos de los trabajadores, por no alinear los intereses de las AFP con los de los afiliados.

120. Este Colegiado considera pertinente solicitar mesura a las entidades antes mencionadas, a la hora de criticar el modelo anterior, pues si bien el sistema privado previsional necesitaba y aún puede necesitar ajustes, no pueden presentar a las AFP como entidades que no respetan a los afiliados, primero porque su actuación ha sido admitida constitucionalmente (STC 0014-2007-PI/TC; STC 1776-2004-AA/TC) y segundo porque las propias SBS y el MEF han permitido,

regulado y promovido su funcionamiento. En esta línea de pensamiento, la comisión por flujo está plenamente justificada desde el punto de vista constitucional porque no ataca el saldo de los fondos previsionales, sino que es una detracción del salario de las personas.

121. Pese a la validez constitucional de la comisión por flujo y la existencia de un contrato a la hora de ingresar al sistema, es necesario definir si la opción por defecto establecida en la comisión mixta es constitucional. Sobre la base de la seguridad social (artículo 12 de la Constitución), la elección del sistema privado de pensiones por parte de un trabajador, bajo un modelo de competencia con relación al sistema público, incluye una decisión razonada por parte de las personas. Pese a ello, tal como fue señalado *supra*, el Tribunal considera que el hecho de que la Constitución haya abierto la posibilidad de que en el derecho a la pensión y la gestión de fondos de pensiones (artículo 11 de la Constitución), intervengan agentes privados, no significa que las relaciones que se dan entre una AFP y un afiliado o pensionista, eventualmente, sean relaciones donde rijan de manera absoluta las reglas de la libre contratación (STC 0858-2003-AA/TC). La libertad de acceso a las pensiones implica que todos puedan acceder a un sistema previsional sin más trabas u obstáculos que los derivados del ámbito de autonomía del individuo, toda vez que la Constitución asegura la posibilidad de toda persona de gozar de una pensión poniendo a su disposición sistemas pensionarios, optimizándose el libre acceso a la pensión a través de las ventajas a la hora de evaluar las finalidades a las que sirve cada sistema (STC 1776-2004-AA/TC).

122. Este derecho implica una preocupación por parte del legislador democrático por las mejores condiciones de los afiliados. El Estado, como garante de los derechos fundamentales de la persona (artículo 44 de la Constitución; STC 0858-2003-AA/TC), asume la vocación suficiente como para intervenir en el cumplimiento del derecho, máxime si aquél, conjuntamente con las AFP, deben respetar, cumplir y proteger el derecho a la pensión de las personas beneficiarios del mismo (STC 1776-2004-AA/TC). Si luego de sus cálculos, el Congreso de la República, a la hora de emitir la Ley 29903, consideró que lo mejor para los próximos pensionistas era que cancele su comisión del saldo por alinear intereses, el contrato firmado debe ceder.

123. Es más, en un modelo de economía social de mercado (artículo 58 de la Constitución), el respeto de la libertad de los agentes económicos que en su momento escogieron un determinado modelo de cobro de comisión no puede ser constreñido de forma arbitraria. Por tanto, es correcto que el artículo 24.d impugnado haya permitido que las personas que consideren que la comisión por flujo es mejor que la de saldo puedan trasladarse a ésta. Es de resaltarse que en virtud de la actual vigencia de la ley impugnada, según ha expresado la Asociación de AFP, de los 2,5 millones de afiliados que regularmente cotizan en las AFP, más de un millón de ellos ya comunicaron su decisión de permanecer en la actual comisión por flujo (*Vid.* http://elcomercio.pe/economia/1573975/noticia-mas-millon-afiliados-afp-optaron-comision-flujo).

**(c) La necesidad de mayor información a los afiliados sobre los tipos de comisión**

124. Pese a lo señalado hasta ahora, es preciso resaltar otra vez que es labor de la SBS, al igual que de las AFP, explicar a las personas qué implica cada uno de los dos esquemas entre los cuales puede optar. De la misma forma lo señaló el presidente del BCR, don Julio Velarde Flores, para quien el esquema de comisiones mixtas es muy complejo para el ciudadano (Oficio 007-2013-BCR, del 6 de febrero de 2013). En el mismo sentido opinaron en el debate de la Comisión Permanente a raíz de la aprobación de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de julio de 2012, *"(…) esta transición de comisión mixta es muy complicado para poder identificarlo a los ciudadanos. No sólo es muy complicada, es poco factible de comparar si está mejor una AFP que otra"* (Intervención del congresista don Luis Galarreta Velarde). Según informó don Luis Valdivieso Montano, presidente de la Asociación de AFP, su gremio realizó encuestas para saber el grado de información de la población respecto a las comisiones, dando como resultado que el 60% de los sectores A, B y C estaban informados de la decisión que tenían que tomar y la fecha en que debían hacerlo, en tanto para los niveles socioeconómicos D y E sólo el 45% tenía conocimiento de lo que debía hacerse (*Vid.* http://www.larepublica.pe/16-03-2013/es-equivocado-quedarse-en-la-comision-sobre-el-sueldo). El presidente de la Asociación de Afiliados a las AFP, don Amílcar Villegas, también ha reclamado mayor información a favor de los trabajadores afiliados, requiriéndose del Estado, a través de la SBS, y las AFP un mejor servicio de información para saber los tipos de comisiones y los trámites a seguir, requiriéndose una campaña masiva para explicar el tema (*Vid.*

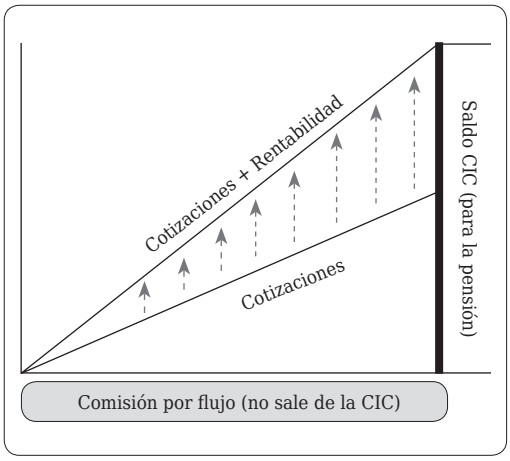
http://www.larepublica.pe/16-03-2013/es-equivocado-quedarse-en-la-comision-sobre-el-sueldo).

125. En efecto, tal como fuese expresado *supra*, el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios, promoviendo la garantía del derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado (artículos 2.14 y 65 de la Constitución). Como ya se precisó, la información es un bien indispensable en la configuración del Estado social y democrático de derecho y del mercado, toda vez que sólo a partir de ella la población tendrá el conocimiento suficiente para discernir y tomar las decisiones más adecuadas. La STC 1776-2004-AA/TC estableció que dicha garantía beneficia a los afiliados, en tanto usuarios del sistema previsional, en virtud de la situación de desigualdad real en la que se encuentran respecto de los proveedores, y la diferente cantidad y calidad de información de la que disponen. Dada la dificultad de los trabajadores para comprender cabalmente las normas que regulan el sistema privado, se torna necesario establecer una responsabilidad pública para que los pensionistas, sea en el sistema público, y más aún en el privado, puedan tener conocimiento de qué derechos, obligaciones, cargas o facultades les corresponde, siguiendo el artículo 5.b del Decreto Legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor. Toda información deberá respetar aquellos elementos mínimos indispensables para que el derecho sea reconocible como tal y para que el usuario pueda realizar una decisión de consumo adecuada. Para lograr este cometido, se debe insistir en la necesidad de que las AFP, conjuntamente con el Estado, en su rol de supervisor del sistema privado, sean lo suficientemente responsables como para informar tanto sobre los pros como sobre los contras de su servicio en materia pensionaria.

126. Para ello, este Colegiado considera preciso que los afiliados puedan escoger el esquema de comisión que les resulte conveniente, tomando conocimiento de lo que cada uno de ellos significa, toda vez que *"(...) Se debe dar la mayor información posible a los afiliados para que comparen el esquema de pago de comisión que más les conviene (...)"* (Oficio 007-2013-BCR, del 6 de febrero de 2013, remitido por don Julio Velarde, presidente del BCR). Como guía para la toma de decisiones se pueden tomar los siguientes datos:

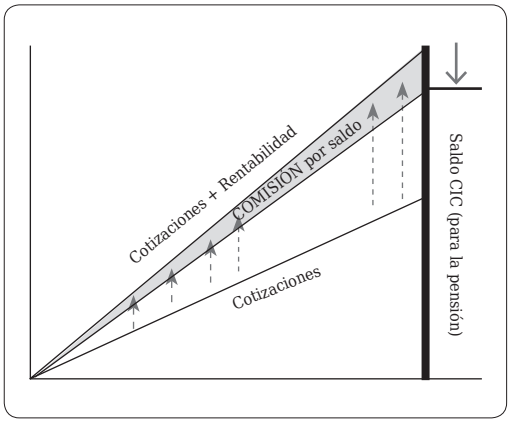
- En primer lugar, es menester recordar lo que ha venido señalándose con relación a cada uno de estos tipos de comisión. En vista de que en la comisión por flujo la retribución de las AFP surge del sueldo del trabajador, las cotizaciones y la rentabilidad del CIC acumulado determinarán el saldo del ahorro realizado, del cual saldrán las pensiones que cada trabajador afiliado tendrá. Mientras tanto, en la comisión por saldo, componente de la comisión mixta, la retribución de las AFP implicará necesariamente una reducción del saldo del fondo previsional pues de lo ahorrado surgirá la comisión. Y así como el trabajador gozará de mayor disponibilidad de dinero para su consumo actual, habrá efectivamente una disminución del saldo final que implicará al mismo tiempo una contracción de las pensiones futuras, efecto que se ver**ía** aplacado por la mejor alineación de intereses entre AFP y afiliados.

**Gráfico 13**.- Comisión por flujo y saldo CIC




***Elaboración***: Propia

**Gráfico 14**.- Comisión por saldo y saldo CIC




***Elaboración:*** Propia

- De acuerdo con los Anexos Técnicos 1 y 2 de la Resolución 9617-2012, sobre 'Metodología aplicable a los cálculos del Aplicativo de Comparación de Comisiones' y 'Explicación de los supuestos utilizados en los cálculos del Aplicativo de Comparación de Comisiones' (*Vid.* http://www.sbs.gob.pe/app/Calculadora/Paginas/metodologia.pdf), el cobro de la comisión sobre saldo estará alrededor de 1,25% anual -o 0,1% mensual- en los 10 primeros años; de 0,88% anual para los segundos 10 años (año 11 al 20); de 0,50% anual para los 15 años siguientes (año 21 al 35) y de 0,20% anual para los 5 años siguientes (año 35 al 40). En el caso del promedio de la comisión por remuneración, ésta ha pasado de 1,91% (a julio de 2012), a una equivalente al 1,49% tras las licitaciones realizadas a partir de la impugnada Ley 29903. También se debe tomar en cuenta que como no está prevista la posibilidad de ingreso de nuevos afiliados a las AFP, ello implicaría una reducción de su rentabilidad patrimonial (ROE), que no sería compensada con un incremento de la comisión (ingresos).

- Conforme a la Resolución SBS 8514-2012, en la comisión mixta con transición a saldo, se prevé un corredor de reducción a la parte de flujo (*Vid.* http://www.sbs.gob.pe/0/modulos/JER/JER_Interna.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=105). Se aplicarán factores de ajuste cada dos años sobre la comisión base de cada AFP, de 86,5% para el periodo de febrero de 2013 a enero de 2015; de 68,5% para el periodo de febrero de 2015 a enero de 2017; de 50,0% para el periodo de febrero de 2017 a enero de 2019; de 31,5% para el periodo de febrero de 2019 a enero de 2021; de 13,5% para el periodo de febrero 2021 a enero 2023; y, de 0% para el periodo de febrero de 2023 en adelante.

- Según un supuesto ajustado a lo dispuesto en la Resolución SBS 9617-2012, sobre los aplicativos de comparación de comisiones en las normas para la reducción y elección de la comisión sobre el flujo (*Vid.* http://www.sbs.gob.pe/0/modulos/JER/JER_Interna.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=105), la rentabilidad en la comisión por remuneración se prevé de 8% anual para los primeros diez años, 7% anual para los segundos diez años y 5% para el resto del período; y en la comisión mixta con transición a saldo se presupone una tasa de crecimiento promedio por década de 0,75%.

- En el Anexo Técnico 1 de la Resolución SBS 9617-2012, se presenta cómo se realiza el cálculo del valor actual de la comisión por remuneración (comisión por flujo). $VACM_j = \sum_{t=1}^{n} \frac{crp + W_t + C_i}{\text{fcr}_i}$, donde VACM es el valor actual de las comisiones por remuneraciones del afiliado j; n, el número de meses comprendido entre la edad del afiliado en la fecha de cálculo y cuando cumpla 65 años definida como 12*(65-edad del afiliado); crp, la comisión por remuneración expresada en términos porcentuales que la AFP cobrará a los afiliados que eligen permanecer en el esquema de comisión por remuneración; $W_t$, el salario real estimado del afiliado en el mes i, para i=1,2,...n, en evolución; $C_i$, el indicador de densidad de cotización del afiliado en el mes i que toma el valor de uno si el afiliado cotiza en el mes i y cero si no cotiza; $\text{fcr}_i$ el factor de descuento de la comisión por remuneración del mes i. Por su parte, el cálculo del valor actual de la comisión por saldo con periodo transitorio de comisión mixta está definido de la siguiente manera: $VACM_t = \sum_{t=1}^{\min(120,\,n)} \frac{crm_i + W_t + C_i}{fcr_i} + \sum_{t=1}^{n} \frac{cs_t + F_t}{fcm_t}$, donde VACM es el valor actual de las comisiones por saldo con periodo transitorio de comisión mixta de afiliado; n, el número de meses comprendido entre la edad del afiliado en la fecha de cálculo y cuando cumpla 65 años definida como 12*(65-edad del afiliado); $\text{crm}_i$, la comisión por remuneración aplicable en el mes i a los afiliados bajo comisión por saldo con periodo transitorio de comisión mixta, tomando en cuenta el cronograma de reducción de remuneración y el primer devengue; $W_i$, el salario real estimado del afiliado en el mes i, para i=1,2,...n, en evolución; $C_i$, el indicador de densidad de cotización del afiliado en el mes i que toma el valor de uno si el afiliado cotiza en el mes i y cero si no cotiza; $fcm_t$, el factor de descuento de la comisión por saldo del mes i; $F_t$, el fondo de pensiones promedio del mes i.

- Algunos expertos han recomendado cuál esquema escoger. Así, el gerente central de Operaciones de AFP Integra manifestó que para los que hoy superan los 40 años de edad, el cobro de una comisión mixta por parte de las AFP es la opción más conveniente, pues cuanto más cerca esté un afiliado a la edad de jubilación, pasarse a esta es más

oportuno (*Vid.* http://www.aempresarial.com/web/informativo.php?id=19285). El economista investigador de una reconocida universidad aconseja que los que están por jubilarse –en los próximos dos años– deben analizar la tasa que se les cobraría en cada tipo de comisión pues si la tasa sobre el sueldo (flujo) es superior a 1% mensual, deberían mantenerse en la comisión por flujo; de lo contrario, al aumentarle un cobro por saldo podría elevarse aún más, dado que *"(…) si hoy hay AFP que cobran entre 1,6% y 1,75% solamente, y luego se rebaja eso a 1,2% o 1,3% (por flujo) para sumarle un porcentaje más sobre el fondo (por saldo), el cobro mixto puede ser alto. Es mejor uno de los dos, a los dos juntos"*, pero en el caso de los jóvenes en el mercado laboral, entre 20 y 40 años, les recomienda permanecer en la comisión por flujo pues, si aún tienen un largo camino por aportar, el tamaño de la pensión futura se verá afectado con un cobro sobre ese fondo que todavía tiene muchos años para crecer, dado que *"(…) es preferible que reduzcan su consumo actual cuando aún están jóvenes, pues no tienen muchas enfermedades, y pueden generar ingresos de otras formas. En vez de que reduzcan su consumo futuro cuando ya están jubilados. Es ahí donde se quiere maximizar su pensión" (Vid.* http://gestion.pe/tu-dinero/consejos-elegir-tipo-comision-afp-2053028).

- Para el presidente de la Asociación de AFP, don Luis Valdivieso, *"(…) en el sistema actual (por flujo) te quitan de tu bolsillo hoy pero no te tocan tu saldo, en el sistema nuevo (mixto), te dejan más en tu bolsillo, pero te sacan de tu saldo, así de simple (…) Yo puedo estar en necesidad de tener un poco más de dinero hoy y no me preocupa mucho si mañana mi [pensión] va a ser más baja" (Vid.* http://www.rpp.com.pe/afp-comisiones-noticia_577847.html).

- Para facilitar la elección, la SBS habilitó un 'Aplicativo de Comparación de Comisiones', siguiendo lo establecido en la Resolución SBS 9617-2012, metodología para que cada persona confronte los dos tipos de comisiones (*Vid.* http://www.sbs.gob.pe/app/Calculadora/Paginas/defaultsbs.aspx). El ex viceministro de Economía, don Eduardo Morón, ha cuestionado que dicha calculadora, sin importar qué variables se coloquen, siempre arroja que la comisión mixta es mejor que la actual, crítica que no acepta el superintendente adjunto de Estudios Económicos de la SBS, don Javier Poggi, aunque no estaba en capacidad de afirmar que la opción de comisión por flujo salía beneficiada en algún escenario (*Vid.* http://elcomercio.pe/economia/1517571/noticia-sbs-aun-no-sabemos-si-algun-escenario-calculadora-sugiere-comision-flujo).

127. Por los fundamentos expresados, es válida la comisión por flujo para aquellos trabajadores hoy afiliados que así lo manifiesten, por lo que a las AFP y la SBS les corresponde desarrollar una campaña de información a los afiliados más agresiva que la existente hasta hoy, sobre las características de cada esquema de comisiones, según los parámetros establecidos por el artículo 65 de la Constitución. Sólo de esta forma podrán manifestar su opción adecuadamente y de forma coherente con el ejercicio de su derecho fundamental al libre acceso a las pensiones, establecido en el artículo 11 de la Constitución.

(d) El posible agotamiento del saldo

128. Por último, se ha cuestionado el que a través de la comisión por saldo se puedan licuar los fondos de ciertos trabajadores. Para los demandantes, con ella se verían seriamente afectados los afiliados inactivos o desempleados (apartado V.7 de la demanda). Según el estudio de un país vecino, el tipo de comisión ocasionó que los afiliados de bajos ingresos terminen con sus cuentas en cero (Documento de Trabajo 9, 'Efectos de largo plazo de la comisión fija en el sistema chileno de AFP' de la Superintendencia de AFP del Gobierno de Chile, de 2005). En opinión del demandado, por el contrario, si no se les cobrase, *"(…) los afiliados no cotizantes y los pensionados pagarían una comisión proporcional a su fondo, y no serían únicamente los trabajadores activos los que soportarían todos los gastos de administrar los fondos de las pensiones (…)"* (acápite IV.b de la contestación de demanda).

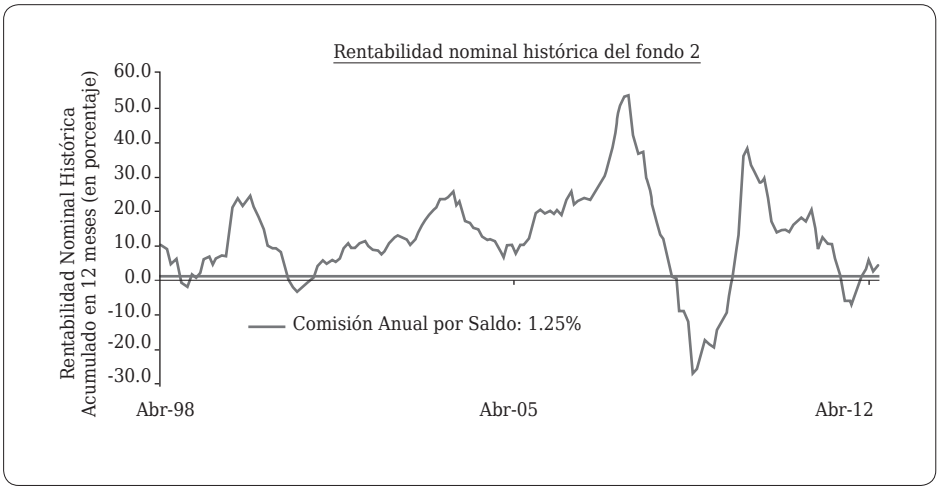
129. Este Colegiado ha afirmado que las comisiones *"(…) tienen naturaleza retributiva por el servicio de administración prestado"* (fundamento 35 de la STC 0014-2007-PI/TC), por lo que es válido, tal como se explicó *supra*, que una AFP planifique cuánto va a recibir por el servicio que presta, tomando en cuenta los periodos de carencia de aportaciones, sobre todo si es consciente de la baja tasa de densidad en el sistema privado. Dentro de la teoría de la firma, los costos, distribución, ganancias y cartera de morosos, entre muchos otros factores, determinan los precios a

cobrar. Esta misma lógica se aplica al caso de las comisiones. Con independencia del tipo de comisión que se establezca por ley, las AFP, por ser sociedades anónimas, tomarán las decisiones que maximicen su utilidad, en procura de obtener retornos positivos. Si tienen que cobrar comisión por saldo o por flujo, harán un estudio de cuánto quieren recibir como contraprestación por sus servicios y en un horizonte temporal largo harán los cálculos necesarios para que los afiliados amorticen, y para ello tomarán en cuenta -como no puede ser de otra manera- los periodos de carencia.

130. Por ello, como bien señala el demandado, desde la eficiencia, los aportantes no tendrían por qué asumir los costos operativos de quienes dejasen de trabajar. A una respuesta distinta podría llegarse si se partiese de la equidad, coherente con la solidaridad que debe imponerse, en la medida de sus posibilidades, en el sistema privado de pensiones. Aún así, a diferencia de lo que ocurre en la comisión por flujo, donde es relevante si la persona trabaja o no, en la comisión por saldo, como su propio nombre lo dice, sólo importa cuánto tiene la persona en su CIC.

131. La posibilidad de que el fondo se licúe es inexistente, según expresa el Congreso de la República, siguiendo a la SBS. Si un afiliado hubiese aportado por única vez S/. 10,00 en julio de 1993 a su AFP y no hubiese realizado otro tipo de aporte posterior, y se le hubiese cobrado una comisión sobre el saldo de 1,25% anual, al cabo de 19 años tendría como saldo en su fondo S/. 86,00, habiendo acumulado S/. 76,00 de rentabilidad nominal del sistema privado en el fondo 2, por lo que más del 88% sería exclusivamente rentabilidad. De la realidad se puede prestar atención que en el Histórico siempre el fondo va ganando más por la rentabilidad, ya que en total éste nunca se va a ver perjudicado, tal como lo demuestra el siguiente gráfico, del cual se extrae que desde abril de 1998, a la fecha, en el 87% de los meses se han presentado rentabilidades acumuladas positivas, por lo que no hay posibilidad que el fondo termine licuándose.

**Gráfico 15**.- Rentabilidad nominal histórica del fondo 2




***Fuente:*** SBS

132. Asimismo, tal como lo afirmaron los representantes de la SBS en la Audiencia del presente proceso de inconstitucionalidad, en lo relativo al Informe de Hechos, en la línea del gráfico presentado, si un afiliado hubiese aportado por única vez S/. 10 en julio de 1993 a su AFP y no hubiese realizado otro tipo de aporte posterior, y se le hubiese cobrado sobre el saldo 1,25% anual, al cabo de 19 años tendría como saldo en su fondo S/. 86.

133. Tal explicación numérica puede ser contrastada con la mencionada teoría de las generaciones superpuestas. La utilidad conjunta del individuo nacido en el momento $t$ se puede dividir en dos periodos de vida. Tomando como factor de descuento $\beta > 0$, que refleja el grado de impaciencia del consumo, dicha utilidad puede representarse como $u(c_t^y, c_{t+1}^o) = u(c_t^y) + \beta u(c_{t+1}^o)$. Quien deja de laborar requiere que su consumo no exceda sus

ahorros, incluidos los intereses devengados y cualquier prestación proveniente del sector público (como subvenciones); *B*, es decir, $c_{t+1}^0 = (1+r_{t+1})s_t + B$, donde $r_{t+1}$ es el tipo de interés. El ahorro realizado hasta el final del periodo *t* se convierte en capital en *t+1* y gana el retorno $r_{t+1}$.

134. A partir de estos datos se obtiene la restricción presupuestaria intertemporal del consumidor: $\frac{c_{t+1}^0}{1+r_{t+1}} = w_t - \tau + \frac{B}{1+r_{t+1}} \equiv A_t$, donde *A* es la riqueza a lo largo de la vida de un individuo nacido en *t*. El tipo de sistema afecta a la conducta del individuo a través de *B* y $\tau$ y a través de una determinada tasa de salario e interés. La maximización de la utilidad dentro de la restricción presupuestaria representa la trayectoria óptima de consumo a lo largo de la cual se iguala la utilidad marginal descontada del consumo entre los dos períodos de la vida del individuo: $\frac{u'(c_t^y)}{u'(c_{t+1}^0)} = \beta(1+r_{t+1})$. El ahorro del trabajador cuenta con un impulso para suavizar con el tiempo la utilidad marginal del consumo y, de esta forma, el consumo mismo. El trabajador afiliado, por tanto, requiere ser consciente de la necesidad de ahorro. Si no lo hiciese, su consumo será igual a sus ganancias y cero cuando deje de trabajar. Si decide ahorrar S/. 1, renunciaría este monto a su consumo actual, provocando una pequeña pérdida en la utilidad, pero este nuevo sol ahorrado aumentaría en $1 + r_{t+1}$ en su jubilación, lo cual genera una gran utilidad, como sucede con la utilidad marginal en las primeras unidades de consumo.

135. Al no haberse determinado la existencia de una latente posibilidad de vulneración del fondo previsional del CIC, a través del cobro de comisiones por saldo a quienes no se encuentran aportando, se rechaza la demanda de inconstitucionalidad en este extremo.

## C. CENTRALIZACIÓN DE PROCESOS OPERATIVOS

*Normas impugnadas*

136. El cuestionamiento constitucional se centra en este punto en los artículos 14-A y 14-B del Decreto Supremo 054-97-EF, incorporados por el artículo 2 de la Ley 29903. El primero de ellos, referido a los procesos operativos de las AFP objeto de centralización, establece lo siguiente: *"Las AFP eligen libremente a la entidad centralizadora. La Superintendencia, sobre la base de las evaluaciones técnicas que realice y de modo fundamentado, establecerá los mecanismos necesarios para implementar la centralización obligatoria o el uso obligatorio de una o más plataformas comunes en los siguientes procesos operativos internos a cargo de las AFP: i. recaudación; ii. conciliación; iii. acreditación; iv. cobranza; y, v. cálculo y pago de las prestaciones (…). La centralización obligatoria a que se refiere el primer párrafo del presente artículo, se realizará por medio de entidades y/o instancias centralizadoras, cuyo objeto será la administración y gestión de los procesos operativos internos que se centralicen en aquellas. Si la entidad centralizadora de los procesos operativos a que se refieren los numerales i y iv del presente artículo sea de carácter privado, su definición se sujetará a la presente Ley y a las normas complementarias de la Superintendencia. En cambio, si fuere de carácter público, mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, con opinión previa de la Superintendencia y opinión favorable de las AFP y de la mencionada entidad pública, se podrá establecer su participación como entidad centralizadora de los referidos procesos operativos. Dichos procesos deberán incluir la declaración, retención y pago de aportes obligatorios a que se refieren los artículos 30 y 33. La entidad centralizadora de recaudación pública o privada deberá transferir a las AFP o empresas de seguros, según corresponda, los aportes señalados en el párrafo anterior, en el plazo máximo de 5 días naturales. La Superintendencia de acuerdo a las normas complementarias que emita, acreditará a las entidades centralizadoras de los procesos operativos mencionados en el presente artículo"* (artículo 14-A). Por su parte el artículo 14-B, bajo el nombre de 'De los procesos operativos realizados por la entidad pública', estipula que *"En caso la entidad centralizadora de los procesos operativos a que se refieren los numerales i y iv sea una entidad pública, esta podrá ser la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT). En dicho supuesto, se faculta a la SUNAT, a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, a ejercer todas las funciones asociadas a la recaudación de los aportes a que se refiere el artículo precedente, tales como el registro, recepción y procesamiento de declaraciones, conciliación bancaria, fiscalización, determinación de la deuda, control de cumplimiento, recaudación, ejecución coactiva, resolución de procedimientos contenciosos y no contenciosos, administración de infracciones y sanciones"*.

*Alegatos de los demandantes*

137. Los accionantes alegan que el establecimiento de una entidad centralizadora por parte de las AFP, bajo los mecanismos previstos por la

SBS, cambia las condiciones iniciales con las que las AFP emprendieron sus funciones en el Perú. En el caso específico de la facultad otorgada a Sunat como posible entidad centralizadora, expresan que ello contraviene el mandato de libre competencia por legitimar la existencia de un monopolio en una única institución pública, siendo un sistema análogo al establecido en EsSalud y ONP que ha venido mostrando serias irregularidades.

*Alegatos del demandado*

138. El Congreso de la República anota que el proceso de centralización no afecta norma constitucional alguna porque la Ley 25897, que creó el sistema privado, nunca estableció que las AFP necesariamente debían hacerse cargo de los procesos operativos que ahora buscan centralizarse, e incluso se dejó abierta la posibilidad de que sea un tercero quien realice la recaudación. Con relación a que la labor de Sunat o de un particular se convierta en un monopolio, expresa que no se están vulnerando las reglas de la competencia perfecta, pues no se trata de una actividad empresarial, sino de una actividad extrafiscal.

**C.1. Justificación constitucional de la medida adoptada**

139. El primer paso del examen se inicia verificando la existencia de un fin de relevancia constitucional en la medida legislativa que dispone la centralización de los procesos operativos. Para ello es necesario partir por establecer cuál es la intención genérica de la norma. Así cuando el legislador dispuso la centralización obligatoria de los procesos operativos internos a cargo de las AFP o el uso obligatorio de una o más plataformas comunes, aspiraba a lograr objetivos establecidos en el Proyecto de Ley 1213/2011-PE, en relación directa con lo establecido por el artículo 14-D de la Ley 29903, no impugnado, que plantea positivamente cuáles son los beneficios que se esperan de la implementación de la centralización. La centralización busca compartir los costos de la administración favoreciendo su reducción y, en consecuencia, generar condiciones para que bajen las comisiones cobradas a los afiliados lo que a la vez redundará en mejores jubilaciones o mayor liquidez; y también propende a que las AFP focalicen su actividad y sus recursos en la mejor inversión de los fondos de sus afiliados con miras a obtener la máxima eficacia.

**(a) Conseguir un sistema privado pensionario más eficaz**

140. El primer objetivo constitucional es la promoción de la eficacia en el funcionamiento del sistema pensionario, concentrando la actividad de las AFP en la administración del fondo, según mandato fijado en el artículo 11 de la Constitución. La ley propicia que las AFP no se encarguen de actividades que pueden desviarlas de su función esencial, que es la administración de fondos. La medida permitirá que la AFP se concentre en las actividades integrantes de su *core business* o giro de negocio, centralizando las actividades complementarias que sean comunes entre todos los operadores.

141. En el Proyecto de Ley 1213/2011-PE se observa que tal centralización *"(…) permitirá que se realice un esfuerzo común de parte de la industria por mejorar la calidad de la atención del cliente y el nivel de cultura previsional. Esto contribuye al entendimiento del sistema (…)"* (acápite 1.1.2). Al mismo tiempo, el artículo 14-A impugnado persigue la reducción de los costos operativos para favorecer la disminución de las comisiones, pues en vez de que cada AFP por su cuenta realice las actividades que buscan centralizarse, al hacerlo una sola entidad o empresa podría lograr una disminución de gastos. Para el congresista don Jaime Delgado Zegarra, es mejor centralizar porque con cada proceso se están *"(…) duplicando y triplicando y repitiendo cada una de las etapas en el proceso de prestación de este servicio previsional, lo cual encarece el servicio y se traslada en comisiones"*. (Intervención en debate en la Comisión Permanente de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de julio de 2012).

142. Esta finalidad tiene sentido desde la perspectiva de las economías de escala, según la cual disminuye el costo medio de los *outputs* -por lo común fijos-, al producirse un incremento simultáneo en la misma proporción de los *inputs* o factores de producción a nivel de escala de producción, razón por la cual la situación de producción del costo por unidad producida disminuye a medida que aumenta el número de unidades producidas. La actividad asignada también está ligada al eficaz funcionamiento del sistema pensionario (artículo 11 de la Constitución). En la misma línea se encuentra el Banco Mundial, para quien los costos 'centralizables' representan el 51% del total de costos; y, el 49% restante son los 'no centralizables' (ventas e inversiones), de los cuales más del 70% proceden de gastos de ventas (presentación de su representante

ante el Grupo de Trabajo Técnico formado de acuerdo con la Resolución Ministerial 756-2011-EF/10).

143. A entender de los funcionarios de la SBS, en su Informe de hechos en la audiencia ante este Colegiado, la intervención pública para centralizar operaciones en este tipo de industrias y el uso de las economías de escala en la centralización operativa tiene ventajas de diversa índole, entre las que se pueden mencionar que las AFP mejoren el servicio, sin que lo invertido en ello afecte la sostenibilidad del negocio; la provisión de los servicios opera en la escala máxima de la totalidad del sistema, por lo que el costo para el sistema (precio) de proveer cada una de las actividades se determina con mayor transparencia y en condiciones de competencia; y los mecanismos de control y la posibilidad de realizar controles cruzados de la información, en los casos permitidos, son más viables en los esquemas centralizados, toda vez que una agencia centralizadora tiene mayor poder para hacer cumplir las disposiciones existentes.

144. La fórmula propuesta, según la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, se presenta como un mecanismo de consolidación de los procesos realizados por las propias AFP, toda vez que en la actualidad casi todos ellos están siendo realizados de forma descentralizada (Dictamen de los Proyectos de Ley 052-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 71/2011-CR, 474/2011-CR, 1114/2011-CR y 1115/2011-CR, de junio de 2012). A su vez, la Comisión de Defensa del Consumidor basa su pronunciamiento a favor de las normas impugnadas en el gran potencial de las AFP para aprovechar las economías de escala, disminuyendo con ello los costos medios de operación y las barreras de entrada a este mercado (Dictamen de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de junio de 2012).

145. Cuando la centralización extraiga de las funciones de las AFP las relativas a recaudación, conciliación, acreditación, cobranza y cálculo y pago de las prestaciones, éstas se podrán enfocar en la inversión del fondo y en las actividades de ventas y de soporte correspondiente al mantenimiento de cuentas individuales, como el estado e información por afiliación, traspasos, traslados, cambio de fondo, información por toma de decisiones en esos escenarios y labores de orientación de información pre-pensionaria al afiliado.

**(b) Mejorar el nivel de vida de los afiliados**

146. Puede entreverse otro objetivo como consecuencia natural de los dos anteriores: las personas alcanzarán mejores estándares de vida, que es coherente con la Constitución cuando procura el bienestar general (artículo 44) y defiende la vida digna (artículos 1 y 2.1). Así, tiende a maximizar el fondo previsional mejorando las pensiones en el caso de la comisión mixta y los estándares de cobertura (acceso a la pensión), ambos establecidos en el artículo 11 de la Constitución; y, permite al trabajador disponer de mayor liquidez, en el caso de la comisión por flujo, de conformidad con el artículo 24 de la Constitución, referido a una remuneración equitativa y suficiente para el trabajador.

147. En el presente caso, como medio, el legislador ha introducido la centralización de los procesos operativos o el uso obligatorio de una o más plataformas comunes, lo que de alguna manera se viene llevando a cabo a partir de la Resolución SBS 2876-2009 y la Resolución SBS 8611-2011. La indiscutible legitimidad democrática del legislador exige que la medida sólo sea juzgada inconstitucional cuando se demuestre que no resulta en absoluto idónea para alcanzar la finalidad que justificaría la restricción. La centralización de los procesos operativos podría, razonablemente, repercutir en una disminución de las comisiones que se cobran a los afiliados por la administración de los fondos (al reducir los costos en virtud de las economías de escala que se generarían) y en un aumento de la eficacia en el funcionamiento del sistema privado de pensiones.

148. En el caso de autos, si bien otros medios resultarían concebibles para alcanzar la finalidad de reducir los costos de administración que pagan los afiliados a las AFP, como el establecimiento por parte del Estado de topes máximos del cobro de comisiones, entre otras formas de control de precio, tales medidas no resultan menos gravosas que aquella por la que se ha optado en la disposición cuestionada.

### C.2. El derecho fundamental involucrado

149. El examen de constitucionalidad continúa con el análisis del cuestionado artículo 14-A, que dispone la centralización de diversos procesos operativos internos que deben realizar las empresas autorizadas para operar en el mercado como AFP, para después explicar el caso específico de la Sunat como entidad centralizadora.

**(a) Entre libertad de contratación y libertad de empresa**

150. En primer lugar, podría alegarse que el derecho presuntamente conculcado por la disposición cuestionada sería la libertad de empresa, pues restringe la facultad discrecional de las AFP para decidir cómo llevan adelante sus procesos de negocio, más aún si la centralización obligatoria de los procesos operativos en una empresa pública o privada atenta contra las leyes de contratación vigentes al momento en que las AFP empezaron a funcionar (apartado 4.2 de la demanda).

151. El artículo 59 de la Constitución establece que *"El Estado (…) garantiza (…) la libertad de empresa (…)"*, que a juicio del Tribunal se manifiesta como el derecho de las personas -incluidas las jurídicas- a elegir libremente la actividad que desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual (STC 3330-2004-AA/TC). En cuanto a su contenido, se tiene resuelto que garantiza *"(…) a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa) y, por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado. En buena cuenta, la Constitución a través del derecho a la libertad de empresa garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad (…)"* (fundamento 9 de la STC 3116-2009-PA/TC, seguido en STC 0032-2010-PI/TC; STC 1405-2010-PA/TC y STC 3075-2011-PA/TC, entre otras).

152. Es posible afirmar que la disposición cuestionada no incide en la actividad principal de las AFP, que consiste en administrar los fondos previsionales depositados por sus afiliados y en brindar las prestaciones establecidas en la ley, sino en determinados procesos operativos internos, como recaudación, conciliación, acreditación, cobranza o cálculo y pago de las prestaciones. Sin perjuicio de lo dicho, estas empresas -como todas las demás- pueden desenvolverse libremente, pero esa libertad no supone ausencia de estrictas regulaciones y medidas de supervisión por parte de los órganos del Estado, atendiendo a que el ámbito en el que se desenvuelven es especialmente sensible por tratarse de los fondos previsionales de los que puede depender el presente y/o el futuro de los afiliados.

153. El artículo 58 de la Constitución establece que la iniciativa privada es libre y se ejerce en el contexto de una economía social de mercado, régimen bajo el cual el Estado orienta el desarrollo y actúa principalmente en el área de servicios públicos. En el caso de las empresas AFP, atendiendo a la particular importancia de su actividad, como es el manejo de los fondos de pensión de los afiliados, el legislador adoptó, desde el inicio, una serie de rigurosas condiciones. De acuerdo con el Decreto Supremo 054-97-EF, a título enunciativo, las AFP requieren autorización de la SBS para constituirse y efectuar publicidad (artículo 15); capital mínimo (artículo 14); autorización de la SBS para transferir acciones por encima del 10% de su capital social (artículo 13-A); ofrecer a sus afiliados al menos dos tipos de fondos (artículo 18); tener dos directores independientes -no vinculados con los accionistas ni con el grupo económico predominante en la AFP- (artículo 21-C); invertir en determinados tipos de instrumentos (artículo 25); y la administración de los fondos, actividad principal de estas empresas (artículo 22, modificado por Ley 29903), entre muchas otras restricciones.

154. De lo expuesto se tiene que las AFP enfrentan severas restricciones no únicamente respecto de sus procesos operativos, sino también en el manejo de lo que puede considerarse el núcleo de su negocio como es la administración de los fondos. Esta intensa regulación tiene un fundamento básico, cual es garantizar el derecho fundamental a la pensión, vinculado además con el deber del Estado de supervisar el eficaz funcionamiento de las entidades públicas, privadas o mixtas que operen en dicho ámbito (artículo 11 de la Constitución).

155. Corresponde también poner de relieve que mediante la Resolución SBS 2876-2009 se aprobó la creación del Portal de Recaudación AFPnet, extendido en su alcance por la Resolución SBS 8611-2011. La plataforma es utilizada por las AFP existentes en el mercado, como eran Horizonte -recientemente vendida-, ProFuturo, Integra y Prima, para efectos de la declaración y pago de los aportes previsionales por parte de los empleadores que cuenten con trabajadores afiliados a una AFP de forma gratuita. Los empleadores adicionalmente pueden beneficiarse de intereses reducidos y el pago de planillas en línea y a través de bancos (*Vid.* https://www.afpnet.com.pe/ProyectoPcrWeb/textoAFPnet.jsp?idAyuda=queHace). Se puede afirmar entonces que al menos los procesos de declaración y pago ya se encuentran centralizados en una plataforma común

a la que ingresan los empleadores y que es supervisada por la SBS. Incluso, según Resolución SBS 8515-2012, a partir del 1 de febrero de 2013, el uso de esta plataforma es obligatoria para todos los empleadores.

156. Por las razones expuestas, este Tribunal considera que la disposición cuestionada no incide en el derecho a la libertad de empresa de las AFP, atendiendo a las especiales características del mercado en el que se desenvuelven, el marco constitucional reseñado y la regulación legal aplicable a su actividad, por lo que debe declararse infundada en este extremo la demanda. Corresponde ahora analizar la posible vulneración del derecho alegado por los congresistas accionantes, que es la libre competencia, ya que afirman que la disposición impugnada *"(…) atenta contra las leyes de contratación que estuvieron vigentes en su oportunidad"* (acápite 4.3 de la demanda) y que cuando se obliga a las administradoras a centralizar sus servicios en una tercera empresa, están cambiándose las 'condiciones iniciales' de operación.

**(b) El ámbito del derecho a la libre contratación supuestamente afectado**

157. El contrato es el acuerdo de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial, vínculo -fruto de la concertación de voluntades- que debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público. Al respecto, el artículo 2.14 de la Constitución garantiza el derecho a la libertad de contratación en los siguientes términos: *"Toda persona tiene derecho: (…) A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público"*. La libertad de contratación es relevante en sí, particularmente en un régimen de economía social de mercado como el previsto en el artículo 58 de la Constitución, y también como medio para la realización de otros derechos fundamentales. En tal sentido este Tribunal ha afirmado que *"Se trata de un derecho relacional, pues, con su ejercicio, se garantiza la viabilidad de otros derechos tales como la libertad de empresa, la libertad al trabajo, etc."* (fundamento 26.b de la STC 00008-2003-AI/TC).

158. El ya reseñado artículo 62 de la Constitución, a su turno, establece que *"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"*. El contenido de esta disposición permite a los agentes del mercado decidir: si contratar; con quién contratar; y, sobre qué contratar, siempre que sea lícito. Adicionalmente garantiza la intangibilidad de los términos del acuerdo, al disponer que el Estado no puede modificar los términos de aquello que fuera acordado por las partes. Al respecto, se ha precisado que *"(…) el derecho a la libertad de contratación aparece consagrado en los artículos 2.14 y 62 de la Constitución, protegiendo ambas disposiciones la intangibilidad de los contratos, siempre que se hayan celebrado con arreglo a la legislación vigente al momento de su formación"* (fundamento 2 de la STC 4286-2006-PA/TC, seguido por STC 0271-2007-PA/TC, entre otras). Lo alegado por los demandantes, a su vez, tiene que ver con la libertad de conclusión (STC 2185-2002-AA/TC), desarrollada *supra*. Bajo este marco normativo es correcto analizar si la centralización dispuesta por el artículo 14-A impugnado violenta el derecho a la libre contratación.

**C.3. La supuesta vulneración de la libertad de contratación a través de la obligatoria contratación de las AFP a un tercero**

159. Para determinar si se ha violado la libertad de contratación, o no, es preciso explicar a qué se refiere la Ley 29903 cuando habla de centralización. Ante todo es preciso afirmar que plantea dos opciones diferentes: la centralización obligatoria de uno o varios procesos operativos en una empresa privada u organismo público; y el uso obligatorio de una o más plataformas comunes. Cualquiera de estas opciones resultará aplicable solamente a los procesos operativos expresamente previstos (recaudación, conciliación, acreditación, cobranza y cálculo y pago de las prestaciones). La opción entre centralización obligatoria y uso obligatorio de una o más plataformas comunes fue derivada por el legislador al órgano técnico en la materia, que es la SBS, ente que deberá justificar su decisión sobre la base de estudios técnicos y en caso opte por la primera de ellas serán las propias AFP las que elijan libremente a la entidad que vaya a llevar a cabo la centralización. Todos estos procesos operativos pueden ser llevados a cabo por una o varias personas jurídicas de derecho privado, acreditadas ante la SBS, para la finalidad específica de centralización de los procesos operativos; bastando en este caso con la opción que escojan las propias AFP.

160. La norma impugnada (artículo 14-A) establece diversos aspectos que deben ser explicados por el Tribunal:

- La centralización que surge de la presente disposición no se refiere a que todos los procesos operativos internos descritos deban ser llevados a cabo por una sola centralizadora, sino a que todas las AFP deben elegir a la misma centralizadora para realizar uno o varios de los procesos operativos. Esta conclusión se desprende del artículo 14-A en cuanto afirma que: *"(…) La centralización obligatoria a que se refiere el primer párrafo del presente artículo, se realizará por medio de entidades y/o instancias centralizadoras, cuyo objeto será la administración y gestión de los procesos operativos internos que se centralicen en aquellas (…)"*.

- De otro lado, el quinto párrafo de la disposición cuestionada deja en claro que los procesos operativos internos pueden ser centralizados conjunta o separadamente al referirse a un proceso operativo en particular (la recaudación), donde la centralizadora parece identificada en singular ya que sólo una puede hacerlo para todas las AFP, y además este proceso, como el de cobranza, puede ser realizado por centralizadoras públicas o privadas.

- Efectivamente, la centralización solo podrá ser llevada a cabo por un órgano del Estado cuando se trate de los procesos operativos internos identificados con los numerales i (recaudación) y iv (cobranza). Al respecto, el cuarto párrafo del artículo en análisis establece que *"(…) Si la entidad centralizadora de los procesos operativos a que se refieren los numerales i y iv del presente artículo sea de carácter privado, su definición se sujetará a la presente Ley y a las normas complementarias de la Superintendencia. En cambio, si fuere de carácter público, mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, con opinión previa de la Superintendencia y opinión favorable de las AFP y de la mencionada entidad pública, se podrá establecer su participación como entidad centralizadora de los referidos procesos operativos (…)"*. Naturalmente, si las AFP eligen una entidad pública, deberán cumplirse los requisitos de la ley y en consecuencia serán necesarias: la emisión de un decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas; la opinión previa de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP; la opinión favorable de las AFP; y la opinión favorable de la mencionada entidad pública. A su vez, la Trigésimo Sexta Disposición Final y Transitoria incorporada al Reglamento del Decreto Supremo 054-97-EF por el artículo 2 del Decreto Supremo 068-2013-EF, publicado en el diario oficial "El Peruano" con fecha 3 de abril del 2013, establece el procedimiento para la centralización de los procesos de recaudación y cobranza en una entidad pública: *"Las funciones de las entidades centralizadoras a que se refiere el artículo 14-A de la Ley, serán implementadas a partir del 1 de enero de 2014. Para determinar que la entidad centralizadora de los procesos operativos de recaudación y cobranza sea una de carácter público, las AFP en su conjunto, la Superintendencia y la entidad pública elegida, deberán presentar al Ministerio de Economía y Finanzas, las opiniones a que se refiere el artículo 14-A de la Ley, con una anticipación no menor de cuatro (4) meses del inicio del plazo señalado en el párrafo anterior. Vencido el plazo, las AFP elegirán una entidad centralizadora de carácter privada, sujetándose a las normas complementarias de la Superintendencia"*.

161. Bajo este marco normativo, se podría argumentar la existencia de una inconstitucional afectación a la libertad de contratación al forzarse la tercerización de determinados aspectos operativos y al determinarse con qué sujetos se puede contratar. El argumento de defensa utilizado por el Congreso de la República, basado en el original artículo 13 de la Ley 25897, que creaba el sistema privado, se refiere a que para el objetivo de administrar el fondo y otorgar prestaciones se preveía que *"(…) las AFP recaudan por sí mismas o a través de terceros, los recursos destinados al Fondo (…)"*. Entiende que cuando se constituyeron las AFP, éstas solicitaron voluntariamente la autorización de la SBS para operar en este ámbito conociendo que el legislador había fijado esta opción para el desarrollo de la recaudación. Al respecto cabría hacer dos observaciones:

    - Que la ley entendía que la recaudación sería realizada por las propias AFP o por medio de terceros (a quienes obviamente se tenía que contratar) y la opción de elegir entre una y otra posibilidad fue dejada a las propias AFP.

    - Que los procesos operativos centralizados, de acuerdo con lo establecido en la ley impugnada, exceden la mera recaudación y alcanzan también otras actividades, como la ejecución coactiva, la resolución de procedimientos contenciosos y no

contenciosos y la administración de infracciones y sanciones.

162. Al respecto, este Tribunal entiende que la centralización dispuesta por la Ley 29903 impugnada supone una intervención en el derecho a la libertad de contratación cuya legitimidad debe ser analizada a continuación. Atendiendo a que el uso obligatorio de una o más plataformas comunes viene siendo implementado desde hace años, como se ha mencionado *supra,* y a que las impugnaciones cuestionan la centralización sin incidir en este aspecto, conviene analizar si está la SBS habilitada a establecer los mecanismos necesarios para implementar la centralización obligatoria, a fin de determinar si la centralización de los procesos operativos incide de un modo desproporcionado en el contenido del derecho fundamental a la libertad de contratación.

**(a) La existencia de un contrato previo**

163. Las AFP están constituidas mediante determinada forma asociativa (sociedad anónima) por un plazo indefinido, y su fin representativo es la administración de los fondos de pensiones y el otorgamiento de prestaciones, tal como está establecido en el artículo 13 del Decreto Supremo 054-97-EF, modificado por la Ley 29903, condiciones denominadas 'originales de la contratación'.

164. A juicio de este Colegiado, sin embargo, tales condiciones en puridad no son otra cosa que el marco normativo a cuyo amparo se formaron las AFP. Al crearse el sistema no fue suscrito un contrato-ley ni tampoco un contrato de concesión, sino que se estableció un sistema de capitalización de los aportes previsionales (con CIC para cada afiliado) cuya administración recaía en empresas privadas con autorización y bajo la supervisión de la SBS. El artículo 54.b del Decreto Supremo 054-97-EF determinó el carácter de la relación entre el Estado y las AFP, regida por el derecho administrativo, definiendo que el primero expide una licencia a favor de las segundas, toda vez que se estableció que *"Son atribuciones y obligaciones de la Superintendencia: (...) "Autorizar la organización y el funcionamiento de las AFP mediante el otorgamiento de licencias, y cancelarlas o suspenderlas"*. El Estado, por medio de la SBS, al aprobarse la ley que creaba el sistema, resultaba competente para autorizar su organización y funcionamiento, así como para otorgar y cancelar su licencia de funcionamiento. En conclusión, el legislador introduce modificaciones en la regulación legal de los procesos operativos que desarrollan las AFP para el cumplimiento de su finalidad, pero ello, por sí mismo, no resulta contrario a la Constitución.

165. Por tales razones, no se afecta la libertad de contratación en el sentido de un contrato previamente establecido por parte del Estado y las AFP. No obstante ello, se advierte que del proceso de centralización introducido por la disposición cuestionada podría derivarse una injerencia en la libertad de contratación cuando determina la posibilidad de que se fuerce la tercerización de determinados aspectos operativos y también podría presentarse una intervención en el mismo derecho al acotar el ámbito de sujetos con los que se puede contratar la realización de dicha actividad. Desde el punto de vista temporal, la restricción no se producirá inmediatamente, ya que el artículo 7-A de la Ley 29903 dispone que *"Para la realización de la primera licitación no es requisito que se haya implementado la centralización de los procesos operativos a que se refiere el artículo 14-A"*.

**(b) La posibilidad de elección de la empresa centralizadora**

166. La Constitución podría verse vulnerada cuando se obliga a las AFP a centralizar sus procesos operativos internos con el pretexto de reducir sus costos, pues en realidad se está constriñendo la facultad discrecional de las gerencias de las AFP de decidir cómo llevan a cabo sus procesos de negocios, siendo un agravante que se las obligue a contratar con una centralizadora pública o privada.

167. En lo referido a la centralización operativa, las Comisiones de Trabajo y Seguridad Social, y la de Defensa del Consumidor, emitieron una opinión favorable respecto de la propuesta de reforma. La primera de ella expresa que la centralización operativa tendría como objetivo *"(...) garantizar el buen funcionamiento del Sistema de Seguridad Social, de acuerdo a las buenas prácticas internacionales y a los Convenios internacionales ratificados por el Perú (...)"* (Dictamen de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social de los Proyectos de Ley 052-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 71/2011-CR, 474/2011-CR, 1114/2011-CR y 1115/2011-CR, de junio de 2012). La segunda por su parte, establece que la centralización permitiría a las AFP *"(...) disminuir los costos medios de operación, disminuyendo así las barreras de entrada a este mercado"* (Dictamen de la Comisión de Defensa del Consumidor de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR,

253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de junio de 2012).

168. Ante tales argumentos, el Congreso de la República manifestó que en el Decreto Ley 25897 se encargaba a las AFP la administración de los fondos pensionarios, sin que ello implique que también éstas deban necesariamente encargarse de los procesos operativos, más aún cuando el texto original del artículo 13 de la referida norma señalaba que las AFP podían recaudar por sí mismas o a través de terceros los recursos destinos al fondo. Concluyó que es perfectamente válido que se centralicen las actividades complementarias comunes a todas las operadoras (contestación de demanda). Agregó que el Estado no suscribió ningún contrato-ley con las AFP ni uno de concesión, y mucho menos un contrato administrativo, sino que existe entre ambos una relación de naturaleza administrativa, en el que el Estado establece una normativa con el objeto de autorizar y regular el funcionamiento de las AFP.

169. El grado de intervención en la libertad de contratación es de intensidad media, por cuanto supone el deber de contratar una centralizadora, pero las AFP tienen la facultad de elegir la empresa u organismo público que llevará a cabo la actividad. Siendo las cosas del modo expuesto, este Tribunal, siguiendo lo establecido en la libertad de conclusión, estando a que la limitación tiene que ser legítima y coherente con el fin deseado de la medida, entiende que los contratos de centralización que fueran a celebrarse no podrán tener una duración superior a los 24 meses, que es el intervalo con el que se lleva a cabo la licitación del servicio de administración de cuentas individuales. Las AFP que por este medio se incorporen al sistema también podrán participar de la elección de la centralizadora.

170. Frente a tal situación, debe tenerse en cuenta que los bienes constitucionales que procura optimizar el legislador con la aprobación de la ley impugnada se podrían lograr en una medida elevada, ya que está pacíficamente aceptado que las economías de escala tienden a reducir los costos favoreciendo así la disminución de las comisiones, lo que a su vez permitiría maximizar el fondo previsional mejorando las pensiones en el caso de la comisión mixta o disponiendo de mayor liquidez en el caso de la comisión por flujo. Asimismo, la centralización de los procesos operativos favorece de un modo elevado la eficacia en el funcionamiento de las AFP, al permitirles orientar todos sus recursos materiales y humanos a su actividad principal, mejorando los resultados en favor de los afiliados.

171. En cuanto a la relevancia abstracta de los principios en conflicto, podría decirse que, sin desmerecer la importancia de la libertad de contratación, la reducción de las comisiones y la eficacia en el funcionamiento del sistema pensionario resultan de mayor entidad. El mayor peso abstracto se explica por la relación directa que ha sido reconocido entre la pensión y el principio-derecho de dignidad de la persona humana, incorporado en el artículo 1 de la Constitución (STC 0050-2004-AI/TC y otros; STC 1417-2005-PA/TC; STC 0014-2007-PI/TC, entre otras). Por último cabría indicar que tanto la restricción media en el principio de libertad de contratación como el nivel elevado de satisfacción de los principios constitucionalmente legítimos que pretende alcanzar el legislador, se aprecian con un razonable grado de certeza.

172. De lo expuesto, y en línea coherente con el derecho fundamental a la libre contratación, en el extremo de la libertad de conclusión, establecido en los artículos 2.14 y 62 de la Constitución, este Tribunal interpreta el artículo 14-A del Decreto Supremo 054-97-EF, incorporado por el artículo 2 de la Ley 29903, en el sentido de que la restricción que supone la disposición cuestionada no resulta desproporcionada y en consecuencia es conforme con la Constitución, debiendo rechazarse la demanda en este extremo, siempre que el plazo para contratar con la centralizadora no supere los dos años establecidos para la licitación.

173. Por último, tal como lo reveló el asesor de la Asociación de AFP, don Fernando Muñoz-Nájar, al 2011, eran 140 mil entidades del sector público y privado las que adeudaban aproximadamente S/. 790 millones en depósitos a las AFP (*Vid.* http://elcomercio.pe/economia/1317743/noticia-deuda-que-empleadores-mantienen-afp-asciende790-millones). Por tanto, si bien es necesario que se centralicen algunas operaciones, también es preciso dotar de mejores mecanismos para la cobranza a las entidades morosas, comenzando por el Estado, que es el principal deudor, lo cual también redunda en perjuicio de quienes se convertirán en pensionistas.

**(c) La Sunat como entidad centralizadora**

174. El artículo 14-B cuestionado, desarrollado por el artículo 14-C, dispone que en el hipotético caso de que la SBS decida recurrir a la centralización y las AFP elijan una entidad pública para llevar a cabo la recaudación y/o la cobranza, esta institución podrá ser la Sunat a la que se autoriza para llevar a cabo

todas las funciones asociadas a tales procesos operativos. Los congresistas demandantes sostienen que al centralizarse la recaudación de los fondos de pensiones de todos los afiliados se introduce un monopolio que atentará *"(…) contra las prácticas que promueven la competencia perfecta"* (apartado 4.2. de la demanda).

175. Las normas cuestionadas fueron justificadas por la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, para la cual la fórmula utilizada uniformiza los criterios seguidos por el régimen 19990 y Essalud, donde también Sunat recauda, logrando de esta manera *"(…) un ordenamiento armónico para garantizar el buen funcionamiento del Sistema de Seguridad Social, de acuerdo a las buenas prácticas internacionales y a los convenios internacionales ratificados por el Perú, centralizando la gestión recaudatoria de los aportes"* (Dictamen de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social en los Proyectos de Ley 052-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 71/2011-CR, 474/2011-CR, 1114/2011-CR y 1115/2011-CR, de junio de 2012). En otra posición se encuentra el congresista don Luis Galarreta Velarde, quien, preocupado por la experiencia argentina, expresa que *"(…) usar la facultad coactiva de la Sunat para cobrar es distorsionar la participación de una entidad pública a un servicio privado, a un tema de competencia (…)"* (Intervención en el debate de la Comisión Permanente, del 4 de julio de 2012).

176. Ante todo, corresponde advertir que todas las empresas que deseen actuar en este ámbito podrán acreditarse ante la SBS, como autoriza el párrafo *in fine* del artículo 14-A analizado *supra.* Dicha disposición establece que: *"(…) La Superintendencia de acuerdo a las normas complementarias que emita, acreditará a las entidades centralizadoras de los procesos operativos mencionados en el presente artículo".* Todas las empresas que resulten autorizadas podrán aspirar a ser escogidas por las AFP para la centralización de uno o varios procesos operativos internos en condiciones de igualdad, y del hecho de que sólo una vaya a ser seleccionada no se desprende que se establezca un monopolio.

177. Se podría alegar también que se estaría configurando un monopolio legal a favor de la Sunat. Con relación al derecho supuestamente violentado, que sería la libre competencia, este Tribunal tiene pacíficamente decidido que *"El artículo 61 de la Constitución delega al legislador la labor de garantizar el acceso al mercado en igualdad de condiciones, al tiempo de reprimir y limitar el abuso de posiciones de dominio o monopólicas a efectos de garantizar no sólo la participación de los agentes de mercado ofertantes, sino de proteger a quienes cierran el circulo económico en calidad de consumidores y usuarios"* (fundamento 32 de la STC 0034-2004-AI/TC). En el marco de lo establecido por la ley cuestionada las empresas pueden competir libremente y serán las propias AFP las que decidirán a quién se contrata y si será una o serán varias las empresas centralizadoras que realicen los procesos operativos descritos en el segundo párrafo del artículo 14-A. Atendiendo a que no se establecen situaciones de privilegio que desnaturalicen la competencia en el marco de una economía social de mercado, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

178. Las presentes disposiciones también podrían ser cuestionadas por presunta infracción del artículo 60 de la Constitución, en cuanto se autorizaría a la Sunat la realización de una actividad empresarial carente del requisito de subsidiariedad. El principio de subsidiariedad económica del Estado o, lo que es lo mismo, la cláusula de actuación subsidiaria del Estado en la economía, implica, de un lado, limitar la actividad estatal, ya que éste no puede participar libremente en la actividad económica, sino que sólo lo puede hacer sujeto a la subsidiariedad, que debe ser entendida como una función supervisora y correctiva del mercado; y, de otro, reconocer que existen ámbitos que no pueden regularse única y exclusivamente a partir del mercado, lo cual justifica la función de regulación y protección que desempeña el Estado.

179. En el presente caso, el legislador no ha dispuesto la participación de una institución pública en la economía, sino que se ha limitado a autorizar que las empresas privadas puedan recurrir a una entidad del Estado (con vasta experiencia en recaudación y cobranza como la Sunat), para que lleve a cabo la centralización de esos procesos operativos específicos vinculados de un modo directo con un derecho fundamental, como es el acceso a la pensión y a la seguridad social. Como ya se ha dejado establecido, la SBS opta entre la centralización y el uso de una o más plataformas comunes. Si tras su evaluación técnica fundamentada se inclina por la primera opción, serán las empresas privadas las que elijan libremente a la o las entidades centralizadoras. Para el caso particular de la recaudación y la cobranza, las AFP podrán recurrir a la centralización en una institución pública que, según la disposición impugnada, 'podrá' ser la Sunat, u otra.

180. Por último, a juicio del congresista don Daniel Abugattás Majluf, lo que *"(…) no se puede*

*permitir es que se considere el aporte como un tributo, porque si se aplican los criterios y las sanciones y las moras y las multas, nunca se cobrará la deuda del afiliado, sino todo se quedará en moras, multas e intereses a favor de ellos"* (Intervención en el debate de la Comisión Permanente de los Proyectos de Ley 30-2011-CR, 54/2011-CR, 59/2011-CR, 63/2011-CR, 68/2011-CR, 71/2011-CR, 251/2011-CR, 252/2011-CR, 253/2011-CR, 254/2011-CR, 474/2011-CR y 1213/2011-PE, de julio de 2012).

181. Vale precisar que, efectivamente, la Sunat no actuará de forma gratuita, sino que retendrá un monto seguramente similar al que cobra a las instituciones públicas con las cuales también colabora. Tiene como ingresos el 1,4% de todo concepto que administre y/o recaude respecto de las aportaciones a EsSalud y a la ONP, así como otros montos recaudados en función de convenios firmados con dichas entidades (artículo 12.g del Decreto Legislativo 501, Ley General de la Sunat, incorporado por Ley 29135, seguido por artículo 13.c de la Ley 29816, de Fortalecimiento de la Sunat). Este Colegiado no considera inconstitucional que se realice dicho cobro, en la medida que deberá estar admitido normativamente, tal como los propios dispositivos lo especifican.

182. Teniendo presente que la ley no constituye una empresa centralizadora para competir en el mercado con las empresas privadas que se encuentren autorizadas para desarrollar tal actividad, y que, por el contrario, autoriza que las empresas privadas recurran al Estado para que colabore con determinados procesos operativos en favor de los ciudadanos; y atendiendo a que la disposición cuestionada no autoriza que la Sunat realice actividad empresarial, corresponde desestimar 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

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad. Adicionalmente,

1. En coherencia con el derecho fundamental al libre acceso a las pensiones, establecido en el artículo 11 de la Constitución, **INTERPRETAR** el artículo 2 de la Ley 29903, en la parte que incorpora el artículo 7-A del Decreto Supremo 054-97-EF, referido a la afiliación obligatoria de los nuevos trabajadores afiliados por el lapso de dos años, en el sentido de que tal afiliación compulsiva es válida siempre y cuando se respete el principio de proscripción de una rentabilidad neta de comisión por tipo de fondo de la Administradora Privada de Fondos de Pensiones adjudicataria menor al comparativo del mercado, establecido por el artículo 2 de la Ley 29903, en el extremo que incorpora el artículo 7-E del Decreto Supremo 054-97-EF, según información objetivamente veraz, suficiente, de sencillo acceso y de fácil comprensión que debe ser brindada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

2. En coherencia con el derecho fundamental al derecho a la información de los consumidores, establecido en el artículo 65 de la Constitución, **INTERPRETAR** el artículo 2 de la Ley 29903 en la parte que incorpora el artículo 24.d del Decreto Supremo 054-97-EF, referido a la retribución de las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, en el sentido de que se requiere de manera ineludible de éstas y de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones una mayor campaña de información a los afiliados sobre las características de cada esquema de comisiones para que los trabajadores afiliados al momento en que se emitió la Ley 29903 puedan manifestar su opción adecuadamente con pleno respeto de su derecho fundamental al libre acceso a las pensiones, establecido en el artículo 11 de la Constitución.

3. En coherencia con el derecho fundamental a la libre contratación, en el extremo de libertad de conclusión, establecido en los artículos 2.14 y 62 de la Constitución, **INTERPRETAR** el artículo 2 de la Ley 29903, en la parte que incorpora el artículo 14-A del Decreto Supremo 054-97-EF, referido a los procesos operativos de las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones objeto de centralización, que los contratos de centralización a celebrarse no podrán tener una duración superior a los 24 meses, que es el intervalo con el que se lleva a cabo la licitación del servicio de administración de cuentas individuales, por lo que las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones que por este medio se incorporen al sistema privado de pensiones también deben poder participar de la elección de las centralizadoras.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**URVIOLA HANI**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

**STC 0001-2013-PI**

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA**

Con el debido respeto por la opinión vertida por mis colegas magistrados, emito el presente fundamento de voto pues si bien comparto lo resuelto y la justificación que le sirve de respaldo, considero necesario expresar algunas cuestiones adicionales.

1. En primer lugar, cabe precisar que la competencia perfecta no existe (salvo a nivel teórico), por lo que las fallas del mercado suelen resultar frecuentes. Si bien los monopolios y oligopolios son situaciones no deseadas[1] en tanto restringen los incentivos necesarios para que el mercado funcione de manera eficiente, tampoco se encuentran prohibidos.

2. A fin de corregir un yerro del mercado, el Estado se encuentra en la ineludible obligación de tratar de enmendar tal situación aunque siempre partiendo de la premisa de que su intervención debe ser lo más mínima posible y debe centrarse en tratar de generar los incentivos necesarios para recrear la competencia a fin de que sea finalmente el mercado y no el Estado, quien termine asignando los recursos ("tanto mercado como sea posible, tanta intervención como sea necesaria").

3. Si bien el Estado se encuentra obligado a promover la competencia en el mercado, ello no puede llevarse a cabo de manera irrazonable prohibiendo *per se* cualquiera de estas situaciones.

4. Lo que la Constitución proscribe no es la posición que ostentan los agentes en situaciones de monopolio u oligopolio sino las prácticas que, a fin de cuentas, terminen falseando la competencia. En otras palabras, lo que se combate son los eventuales abusos[2] de quienes se encuentran en dicha posición, no que los agentes se encuentren en dicha posición pues ello, en muchas ocasiones, obedece a las características del propio mercado.

5. De modo que, si no existe gran diferencia entre las comisiones que cobran las AFPs ello se debe, en mi parecer, a que el mercado no es lo suficientemente amplio y no lo es, precisamente, por cuanto *todavía existe el régimen previsional público* (que compite ilegítimamente, en mi opinión, con el régimen previsional privada) y nuestro *régimen laboral comprende una serie de beneficios que únicamente benefician a quienes se encuentran laboran en el sector formal e imposibilitan el acceso al mismo a quienes no lo están.*

6. Si bien la norma cuya constitucionalidad se cuestiona persigue una finalidad constitucionalmente valiosa al fomentar la competencia en el mercado de las AFPs y la medida es idónea para tal objetivo; también debería evaluarse la posibilidad de cerrar el ingreso de nuevos afiliados al régimen previsional público. Y es que, a la luz del principio de subsidiariedad estatal, su constitucionalidad resulta cuestionable, en tanto ello puede ser atendido por el sector privado, cuyo mercado justamente se busca ampliar[3].

7. Asimismo, es necesario un replanteamiento del régimen laboral pues, no sólo resta competitividad al país sino que es injusto por cuanto deja fuera a un gran número de personas, quienes se encuentran materialmente imposibilitados de acceder a un mínimo de derechos laborales y, en el futuro, carecerán de una pensión de jubilación digna que les permita sobrevivir. Lamentablemente, muchas de las voces que buscan perpetuar esta situación, obvian justamente a quienes debido a su escasa preparación no consiguen un empleo en el sector formal y viven en condiciones de pobreza. Si hoy son pobres, en el futuro serán aún más pobres pues el paso del tiempo, inexorablemente, les impedirá trabajar y, al no tener pensión, requerirán de la ayuda del prójimo o del propio Estado.

8. De otro lado, quisiera precisar que aunque forzar a quienes se incorporan al mercado, a cotizar -inconsultamente- en determinada AFP y bajo determinadas condiciones es un situación que, a primera impresión, no comparto debido a que es incongruente pues busca enmendar un fallo del mercado originado en las condiciones propias del mismo creando artificialmente un monopolio legal[4] a favor del

1 Razón por la cual, el artículo 61° de la Constitución Política del Perú prohíbe expresamente la creación de monopolios legales.

2 No obstante lo expuesto, cualquier intervención estatal dirigida a sancionar una conducta abusiva por parte de quien ostente una posición monopólica u oligopólica debe partir de la premisa de que los agentes actúan de buena fe en el mercado, por ende, es necesario que ello se encuentre debidamente justificado, a fin de enervar tal presunción.

3 Salvo supuestos excepcionalísimos, como por ejemplo cuando el Estado otorga pensiones a adultos mayores en situaciones de extrema necesidad.

4 A pesar de que ello se encuentra expresamente proscrito en el artículo 61° de nuestra Constitución.

nuevo oferente, esto es, busca remediar un fallo del mercado (surgido espontáneamente) mediante otra falla del mismo (aunque en este caso creada de manera artificial); en tanto es una intervención provisional y transitoria que cuenta con una serie de medidas a fin de resguardar los intereses de los nuevos afiliados, su constitucionalidad es válida.

9. En todo caso, corresponde a la SBS fiscalizar rigurosamente a las AFPs a fin de proteger la intangibilidad de los fondos de pensiones, en especial respecto de quienes cotizan en base a la comisión por saldo.

**ÁLVAREZ MIRANDA**

***Sentencia 00019-2011-PI/TC*** *Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por ciudadanos contra la Ley 29652, Ley que crea la Universidad Nacional Autónoma Altoandina de Tarma. El Tribunal declaró fundada la demanda.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 10 de setiembre de 2013

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y, en consecuencia, inconstitucionales los artículos 1, 3, 4.a, 5, la Primera y Segunda Disposición Complementaria Transitoria y la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley 29652, Ley que crea la Universidad Nacional Autónoma Altoandina de Tarma, por no contar previamente con el informe favorable del Ministerio de Economía y Finanzas exigido, conforme al artículo 79 de la Constitución. Además se declaró la inconstitucionalidad por conexidad de la Ley 29780, que en abierta contravención de la Sentencia 00017-2008-PI, restablece las competencias del Conafu en materia de autorización de funcionamiento de universidades.

El Tribunal declaró que es un deber de la futura entidad que ostente la competencia para autorizar el funcionamiento de universidades, disponer de un estudio técnico serio que determine la existencia potencial de una importante demanda laboral en relación con las profesiones o carreras técnicas que se proyecta ofrecer, las cuales, a su vez, en el caso de las universidades públicas, deben guardar correspondencia con las demandas de los sectores laborales productivos, sociales y ambientales que deben ser priorizados para el desarrollo sostenible, integral y equilibrado del país.

Señaló que este es un deber que emana de la interpretación del artículo 23 de la Constitución, que exige al Estado promover las "condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo"; y del artículo 44, que establece como deber primordial del Estado la promoción del desarrollo integral y equilibrado de la Nación. Añadió que para crear universidades se requiere acreditar la "conveniencia regional y nacional, sustentada en un estudio de mercado de las especialidades que se proponga ofrecer y las proyecciones a los diez años de funcionamiento". Dicho estudio de mercado debe sustentar la necesidad de las carreras que ofrecerá la universidad en orden, fundamentalmente, a las demandas de los sectores laborales que deben ser priorizados para el desarrollo integral del país.

Finalmente, dispuso una *vacatio sententiae* hasta el 31 de diciembre de 2013, para que el Ministerio de Economía y Finanzas, en coordinación con el Congreso de la República, subsanen la omisión presupuestaria y la vulneración a la autonomía universitaria conforme a lo señalado en la sentencia; caso contrario, la inconstitucionalidad declarada surtirá plenos efectos desde el 1 de enero de 2014.

**Temas claves:** Autonomía universitaria — derecho a la educación — mercado laboral.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**
**PLENO JURISDICCIONAL**
**EXP. N.° 00019-2011-PI/TC**

**SENTENCIA DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Más de 5,000 ciudadanos contra el Congreso de la República

Lima, 11 de junio de 2013

**Asunto:**

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos contra los artículos 1°, 4°, literal a), Tercera Disposición Complementaria Final, y Primera y Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N.° 29652 –Ley que crea la Universidad Nacional Autónoma Altoandina de Tarma–.
Magistrados presentes:

**SS.**
**URVIOLA HANI**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**CALLE HAYEN**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

**EXP. N.° 00019-2011-PI/TC**
**LIMA**
**MÁS DE 5,000 CIUDADANOS**

**RAZÓN DE RELATORÍA**

En la presente causa, la sentencia sólo es suscrita por los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pero no por el señor magistrado Beaumont Callirgos debido a que, aun cuando estuvo presente en la vista de la causa, no llegó a votar y mediante Resolución Administrativa N° 66-2013-P/TC de fecha 3 de mayo de 2013, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 6 de mayo de 2013, se ha declarado la vacancia de dicho magistrado por la causal establecida en el artículo 16°, inciso 4, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Los votos emitidos alcanzan la mayoría suficiente para formar sentencia, conforme al artículo 5° (primer párrafo) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y al artículo 48° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 11 días del mes de junio de 2013, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

## I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos contra los artículos 1°, 4°, literal a), Tercera Disposición Complementaria Final, y Primera y Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N.° 29652 –Ley que crea la Universidad Nacional Autónoma Altoandina de Tarma–, publicada el 14 de enero de 2011.

## II. DISPOSICIONES CUESTIONADAS

Las disposiciones cuestionadas de la Ley N.° 29652 –Ley que crea la Universidad Nacional Autónoma Altoandina de Tarma–, establecen lo siguiente:

> **"Artículo 1.- Objeto de la ley**
>
> La presente Ley norma la creación de la Universidad Nacional Autónoma Altoandina de Tarma, con personería jurídica de derecho público interno con sede en la ciudad de Tarma del departamento de Junín, sobre la base de la filial de la Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión (UNDAC) y la sede de la Universidad Nacional del Centro del Perú (UNCP) en dicha ciudad".
>
> **"Artículo 4.- Rentas de la Universidad Nacional Autónoma Altoandina de Tarma**
>
> Son rentas de la Universidad Nacional Autónoma Altoandina de Tarma las siguientes:
>
> a. Las actuales partidas consignadas en el presupuesto de la Universidad Nacional del Centro del Perú (UNCP) y de la Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión (UNDAC) destinadas para la inversión en su sede y filial, respectivamente, en la provincia de Tarma".
>
> **"Tercera [Disposición Complementaria Final].-** Los estudiantes de la Universidad Nacional del Centro del Perú (UNCP) y de la Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión (UNDAC), matriculados en la sede y la filial, respectivamente, continúan recibiendo clases en sus sedes habituales y egresan de las universidades en referencia".
>
> **"Primera [Disposición Complementaria Transitoria].-**
>
> Transfiérense de manera permanente los bienes muebles e inmuebles y el acervo documentario de la sede y filial en la provincia de Tarma de la Universidad

Nacional del Centro del Perú (UNCP) y de la Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión (UNDAC) a la Universidad Nacional Autónoma Altoandina de Tarma, dentro de los sesenta (60) días de entrada en vigencia de la presente Ley".

**"Segunda [Disposición Complementaria Transitoria].-**

Transfiérense las partidas presupuestales asignadas a la sede de la Universidad Nacional del Centro del Perú (UNCP) y la filial de la Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión (UNDAC), en la provincia de Tarma, dentro de los sesenta (60) días de entrada en vigencia de la presente Ley, a la Universidad Nacional Autónoma Altoandina de Tarma".

## III. ANTECEDENTES

### §1. Argumentos de la demanda

Con fecha 26 de agosto de 2011, más de 5,000 ciudadanos interponen demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1°, 4°, literal a), Tercera Disposición Complementaria Final, y Primera y Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N.° 29652 –Ley que crea la Universidad Nacional Autónoma Altoandina de Tarma–, por considerar que contravienen el derecho a la educación, reconocido en el artículo 13 de la Constitución, y la autonomía universitaria, reconocida en el artículo 18° de la Norma Fundamental.

Sostienen que no existe informe del Ministerio de Economía y Finanzas que sustente la creación de la referida universidad, tal como, a su juicio, exige el artículo 6° de la Ley N.° 26439. Asimismo, refieren que resulta irregular que el presupuesto de la nueva universidad recién se determine con la elaboración del proyecto de desarrollo institucional.

Aducen que el Congreso, bajo criterios poco serios y priorizando intereses de orden político, ha creado la aludida universidad, generando incertidumbre y caos al interior de la Universidad Nacional del Centro del Perú, afectando su exiguo presupuesto y las propiedades que le fueron asignadas. Agregan que la creación de la universidad se ha producido sin que exista un estudio técnico previo.

Afirman que antes de la creación de la Universidad Nacional Autónoma Altoandina de Tarma sobre la base de la filial de la Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión y la sede de la Universidad Nacional del Centro del Perú en dicha ciudad, debió coordinarse con los integrantes de la comunidad universitaria de estas últimas instituciones educativas. A su juicio, la ausencia de tal coordinación ha dado lugar a la violación de la autonomía universitaria, a la violación del artículo 5° de la Ley N.° 23733 –Ley Universitaria– y a la violación del 6° de la Ley N.° 26439. Aducen que con la creación de la Universidad Nacional Autónoma Altoandina de Tarma se ha producido una violación de la autonomía de la universidad al disponer que dicha universidad, funcione sobre la base de la Universidad Nacional del Centro del Perú.

Enfatizan que su intención no es que se derogue la Ley N.° 29652, sino solo que se declare la inconstitucionalidad de los artículos impugnados, pues reconocen que la población de la provincia de Tarma tiene derecho de contar con su propia universidad, pero no a costa del desmembramiento de la Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión y de la Universidad Nacional del Centro del Perú.

### §2. Argumentos de la contestación de la demanda

Con fecha 27 de enero de 2012, el apoderado del Congreso de la República contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada. Manifiesta, preliminarmente, que la parte demandante no detalla cuáles serían los argumentos jurídico-constitucionales que justificarían la expulsión de las normas cuestionadas del ordenamiento jurídico. Afirma que este hecho constituye una falta de diligencia procesalmente exigible.

Sostiene que, tal como exige el artículo 5° de la Ley N.° 23733 –Ley Universitaria– en el procedimiento legislativo que concluyó con la promulgación de la Ley N.° 29652, se sustentó la necesidad de la creación de la Universidad Nacional Autónoma Altoandina de Tarma para atender la demanda educativa en las provincias de Tarma, Junín, Jauja y Yauli. Asimismo, refiere que tal como lo dispone la Ley Universitaria, la ley impugnada cumple con establecer la Comisión Organizadora de la Universidad Nacional Autónoma Altoandina de Tarma.

Aduce que, en el caso de las universidades públicas, la autorización de funcionamiento es un acto posterior a la creación, y que, en tal sentido, no puede interpretarse que los requisitos técnicos para la autorización de funcionamiento deben exigirse también para la creación de una universidad pública.

Señala que en un proceso de inconstitucionalidad no corresponde efectuar un control de orden político –tal como, a su juicio, pretenderían los demandantes–, sino solo jurisdiccional.

Con relación a la supuesta necesidad, planteada por los recurrentes, de haber consultado con la comunidad universitaria de las universidades nacionales Daniel Alcides Carrión y del Centro del Perú, antes de la promulgación de la ley impugnada, refiere que este tipo de participación ciudadana

en el procedimiento legislativo no se encuentra establecido en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual se advierte de lo previsto en el artículo 2° de la Ley N.° 26300 –Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos–.

## IV. FUNDAMENTOS

### §1. Delimitación del petitorio

1. Los demandantes solicitan que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1°, 4°, literal a), Tercera Disposición Complementaria Final, y Primera y Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N.° 29652 –Ley que crea la Universidad Nacional Autónoma Altoandina de Tarma–, por considerar que vulneran el derecho fundamental a la educación, reconocido en el artículo 13° de la Constitución, y la autonomía universitaria, prevista en el artículo 18° de la Norma Fundamental.

2. A juicio del Tribunal Constitucional, la estimación o desestimación de la demanda de autos, está sujeta al análisis de tres cuestiones. En primer lugar, corresponde valorar si la creación por parte del Congreso de la República de una universidad pública, sobre la base de sedes o filiales de universidades públicas en funcionamiento, ordenándose la transferencia de sus partidas presupuestales, su acervo documentario y sus bienes muebles e inmuebles a la universidad creada, viola la autonomía universitaria de las universidades preexistentes.

   En segundo lugar, corresponde analizar si es constitucionalmente válido que el Congreso de la República cree una universidad pública sin un previo estudio técnico del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), que asegure la disponibilidad de recursos presupuestales que garanticen la calidad y eficiencia de sus servicios educativos, de acuerdo con los fines constitucionales de la educación universitaria.

   En tercer lugar, debe evaluarse si la Ley N.° 29652 es violatoria de determinados bienes constitucionales concretizados por este Tribunal a través de la STC 0017-2008-PI, la cual, entre otras cosas, declaró inconstitucional la competencia del Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades (CONAFU), de autorizar el funcionamiento provisional o definitivo de una universidad o una escuela de posgrado, o de emitir resoluciones autorizando la ampliación del ámbito de funcionamiento de una universidad, sea a través de la autorización de nuevas facultades, de nuevas carreras o de nuevas escuelas.

### §2. Autonomía universitaria y universidades públicas

3. El artículo 18° de la Constitución prescribe lo siguiente: "Las universidades son promovidas por entidades privadas o públicas. La ley fija las condiciones para autorizar su funcionamiento. (…). Cada universidad es autónoma en su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico. Las universidades se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de las leyes".

   Este Tribunal ha precisado que la autonomía universitaria es una de las garantías institucionales que la Constitución protege, enfatizando que el aseguramiento de la eficacia de tales garantías "en aquellos casos en que la Constitución establezca un nexo entre éstas y los derechos fundamentales, resulta de vital importancia, toda vez que con ello se garantizan determinados contenidos objetivos de la Norma Fundamental, manteniéndolos intangibles respecto del legislador así como de los poderes públicos" (cfr. STC 4232-2004-PA, fundamento 26).

4. Existe una clara conexión entre la protección de la autonomía universitaria y la protección de una multiplicidad de derechos fundamentales. Tal como ha destacado este Tribunal, "una promoción de la educación que condiga con el desarrollo integral de la persona exigido por la Constitución, requiere que el Estado garantice la libertad de enseñanza (artículo 13°), la libertad de conciencia (artículo 14°) y la libertad de cátedra (artículo 18° de la Constitución). El fundamento de tales libertades supone una autonomía en sentido general que garantice que la formación en conocimientos y espíritu tenga lugar en un ambiente libre de todo tipo de injerencias ilegítimas, particularmente de aquellas provenientes del poder público, sean estas de carácter confesional, académico o ideológico" (cfr. SSTC 0005-2004-PI, fundamento 8; 4232-2004-PA, fundamento 27; y 0017-2008-PI, fundamento 178).

5. Ahora bien, la eficiente protección de la autonomía universitaria requiere de una previa delimitación de su contenido constitucionalmente protegido, esto es, de los ámbitos a garantizar sobre los que se proyecta. Tales ámbitos o regímenes, derivados de lo establecido en el mencionado artículo 18° de la Norma Fundamental, y tal como se ha desarrollado en jurisprudencia precedente (cfr. SSTC 4232-2004-PA, fundamento 28; 0017-2008-PI, fundamento 176), son los siguientes:

**a) Régimen normativo:** Implica la potestad autodeterminativa para la creación de normas internas (estatuto y reglamentos) destinadas a regular, *per se*, la institución universitaria.

**b) Régimen de gobierno:** Implica la potestad autodeterminativa para estructurar, organizar y conducir, *per se*, la institución universitaria. Es formalmente dependiente del régimen normativo.

**c) Régimen académico:** Implica la potestad autodeterminativa para fijar el marco del proceso de enseñanza-aprendizaje dentro de la institución universitaria. Ello comporta el señalamiento de los planes de estudios, programas de investigación, formas de ingreso y egreso de la institución, etc. Es formalmente dependiente del régimen normativo y es la expresión más acabada de la razón de ser de la actividad universitaria.

**d) Régimen administrativo:** Implica la potestad autodeterminativa para establecer los principios, técnicas y prácticas de sistemas de gestión, tendientes a facilitar la consecución de los fines de la institución universitaria.

**e) Régimen económico:** Implica la potestad autodeterminativa para administrar y disponer del patrimonio institucional, así como para fijar los criterios de generación y aplicación de los recursos financieros.

En sentido sustancialmente análogo, el artículo 4° de la Ley N.° 23733 –Ley Universitaria–, dispone lo siguiente: "La autonomía inherente a las Universidades se ejerce de conformidad con la Constitución y las leyes de la República e implica los derechos siguientes:

a) Aprobar su propio Estatuto y gobernarse de acuerdo con él;

b) Organizar su sistema académico, económico y administrativo;

c) Administrar sus bienes y rentas, elaborar su presupuesto y aplicar sus fondos con la responsabilidad que impone la ley.

La violación de la autonomía de la Universidad es sancionable conforme a ley".

6. Desde luego, en la medida que el artículo 18° de la Constitución ordena que el despliegue de la autonomía universitaria se realice "en el marco de la Constitución y de las leyes", no solo resulta que su desarrollo no puede afectar los principios, valores o derechos que la Constitución reconoce, sino que además queda al legislador reservado el establecimiento de ciertos límites jurídicos que ella debe respetar. En ese sentido, tal como ha enfatizado este Tribunal "autonomía no es sinónimo de autarquía, por lo que ninguna universidad se encuentra exenta de un proceso de evaluación externo riguroso, y, en su caso, de la obligación de adoptar las medidas que les sean impuestas por los órganos del Estado competentes para elevar su nivel educativo" (cfr. STC 0017-2008-PI, fundamento 180); habiéndose además sostenido, en la misma línea, que la "libre iniciativa para realizar actividades educativas no implica, de modo alguno, la concesión, a favor de la persona natural o jurídica que la ejerza, de un ámbito que se encuentre desvinculado de las disposiciones constitucionales, de los principios y fines del proceso educativo y de las políticas generales que en materia de educación haya fijado el Estado, pues (…) la educación se constituye también como un servicio público y, como tal, exige una activa participación del Estado para su eficaz realización" (cfr. SSTC 4232-2004-PA, fundamento 30; y 0017-2008-PI, fundamento 181).

7. Por consiguiente, el Congreso debe adoptar determinadas medidas vinculadas con el régimen universitario y la educación en este nivel, en la búsqueda de promover ciertos fines de la educación universitaria constitucionalmente impuestos, tales como "el desarrollo integral de la persona humana" (artículo 13°) y "la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica" (artículo 18°). También debe ejercer ciertas competencias y cumplir ciertos deberes que la Constitución establece, tales como "reconoce[r] y garantiza[r] la libertad de enseñanza" (artículo 13°), "promover el desarrollo científico y tecnológico del país" (artículo 14°), "coordina[r] la política educativa", "[f]ormula[r] (…) los requisitos mínimos de la organización de los centros educativos", "[s]upervisa[r] su cumplimiento y la calidad de la educación" (artículo 16°), "garantiza[r] [en el caso de la universidades públicas] el derecho a educarse gratuitamente a los alumnos que mantengan un rendimiento satisfactorio y no cuenten con los recursos económicos necesarios para cubrir los costos de educación" (artículo 17°) y "prom[over] la creación de centros de educación donde la población lo requiera" (artículo 17°).

Sin embargo, una cosa es ello, y otra, muy distinta, sostener que, al adoptar tales medidas, pueda violar los ámbitos constitucionalmente protegidos de la autonomía universitaria a los que se ha hecho alusión en el fundamento 5

*supra*. Tales ámbitos son representativos de límites constitucionales que el Congreso de la República, lejos de vulnerar, tiene el deber constitucional de garantizar.

8. La autonomía universitaria y su respectivo contenido constitucionalmente protegido no son extensibles solamente a las universidades privadas, sino también a las públicas. Tal razonamiento no solo deriva de razones lógicas, en el sentido de que no cabe distinguir allí donde la Constitución o las leyes no lo hacen, sino también de razones axiológicas, puesto que desconocer la autonomía universitaria de las universidades públicas supondría despojar a estas instituciones, tan solo por razón de su origen, de una garantía institucional fundamental para la protección de valores constitucionales esenciales relacionados con la educación, tales como la libertad de enseñanza (artículo 13°), la libertad de conciencia (artículo 14°), la libertad de cátedra (artículo 18° de la Constitución), entre otros; en definitiva, con valores cuya protección es indispensable para garantizar la autonomía moral del ser humano y su relación con el principio-derecho de dignidad (artículo 1° de la Constitución).

9. Lo expuesto significa que las universidades públicas, tal como sucede con las universidades privadas, gozan de plena autonomía normativa, de gobierno, académica, administrativa y económica. Es decir, gozan de potestades autodeterminativas en el dictado de sus respectivas normas internas, en su estructuración de gobierno y organización, en el diseño de su proceso de enseñanza, en su régimen administrativo y en la disposición de sus bienes y rentas, sin posibilidad de injerencia externa alguna en estos ámbitos por parte de algún poder público o privado.

   En definitiva, las universidades públicas son creadas por ley, pero una vez que ello sucede y tras el inicio de su funcionamiento, se institucionalizan, gozan, con plenitud, de la autonomía universitaria reconocida en el artículo 18° de la Constitución.

10. Así las cosas, el Congreso de la República, al crear a través de la Ley N.° 29652 la Universidad Nacional Autónoma Altoandina de Tarma, "sobre la base de la filial de la Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión (UNDAC) y la sede de la Universidad Nacional del Centro del Perú (UNCP) en dicha ciudad" (artículo 1°); establecer que son rentas de la referida universidad "[l]as actuales partidas consignadas en el presupuesto de la Universidad Nacional del Centro del Perú (UNCP) y de la Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión (UNDAC) destinadas para la inversión en su sede y filial, respectivamente, en la provincia de Tarma" (artículo 4°, literal a.); y ordenar la transferencia a la Universidad Nacional Autónoma Altoandina de Tarma, de manera permanente, de los bienes muebles e inmuebles, del acervo documentario y de las partidas presupuestales asignadas a la sede de la UNCP y a la filial de la UNDAC (Primera y Segunda Disposición Complementaria Transitoria), ha violado la garantía institucional de autonomía de estas universidades, prevista en el artículo 18° de la Constitución.

11. Dicha violación constitucional, por lo demás, resulta flagrante, puesto que el conjunto normativo de la Ley N.° 29652 al que se ha hecho alusión, es claramente atentatorio de cuatro de las cinco manifestaciones o regímenes que, conforme al fundamento 5 *supra*, conforman la referida autonomía. En efecto, la afectación legal de las sedes de la UNCP y de la UNDAC, y de sus respectivos bienes muebles e inmuebles, partidas presupuestales y acervo documentario, en un solo acto, ha vulnerado la autodeterminación normativa que dio origen a las referidas sedes y que regulaba su patrimonio (régimen normativo), la autodeterminación estructural, organizativa y administrativa de las referidas universidades (régimen de gobierno y administrativo), y, evidentemente, la autodeterminación en la administración, gestión y disposición de su patrimonio institucional (régimen económico).

12. Lo expuesto permite concluir que resultan inconstitucionales la frase "sobre la base de la filial de la Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión (UNDAC) y la sede de la Universidad Nacional del Centro del Perú (UNCP) en dicha ciudad" del artículo 1°; el artículo 3°; el artículo 4°, literal a); la Primera y Segunda Disposición Complementaria Transitoria; y la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N.° 29652 –Ley que crea la Universidad Nacional Autónoma Altoandina de Tacna–.

**§3. Creación de universidades públicas y prohibición constitucional de que el Congreso tenga iniciativa en la creación o aumento de gastos públicos**

13. El artículo 5° de la Ley Universitaria, en lo que ahora resulta pertinente, establece lo siguiente: "Las Universidades nacen o son suprimidas sólo por ley". En atención a la normativa que entró en vigencia con posterioridad a la publicación de esta ley y, en particular, a lo establecido en diferentes preceptos de la Ley N.° 26439, publicada el 21 de enero de 1995,

la creación de una universidad por vía legal, en la actualidad, es una exigencia aplicable solo a las universidades públicas.

El segundo párrafo del referido artículo 5° de la Ley Universitaria, dispone: "Para la creación de una Universidad se deberá acreditar *previamente* su necesidad, así como la disponibilidad de personal docente calificado y los recursos que aseguren la eficiencia de sus servicios" (énfasis agregado).

Por su parte, el artículo 6° de la Ley N.° 26439, dispone que "[p]ara autorizar el funcionamiento de las universidades públicas se requiere la ley de creación, la intervención del Ministerio de Economía y Finanzas sobre la capacidad del Estado para financiar su funcionamiento y la aprobación del estudio de factibilidad por el Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades (CONAFU)." A su vez, el artículo 7° de esta misma ley establece que "[p]ara otorgar la autorización provisional de funcionamiento de una universidad", se debe acreditar, entre otras exigencias, la "[c]onveniencia regional y nacional, sustentada en un estudio de mercado de las especialidades que se proponga ofrecer y las proyecciones a los diez años de funcionamiento" (literal a.), la "[d]isponibilidad de personal docente calificado" (literal c.), y la "[p]revisión económica y financiera de la universidad, proyectada para los primeros diez años de funcionamiento" (literal e.).

14. Del análisis conjunto de estas disposiciones deriva la siguiente razonable duda: ¿se ha producido una derogación implícita del segundo párrafo del artículo 5° de la Ley Universitaria, de forma tal que la acreditación de la necesidad de una universidad pública, de la disponibilidad de personal docente calificado y de los recursos que aseguren la eficiencia de sus servicios, han dejado de ser exigencias *previas a su creación legal*, para pasar a ser tan solo exigencias *previas a su entrada en funcionamiento*?

15. La aplicación del criterio cronológico de resolución de antinomias, previsto en el artículo I del Título Preliminar del Código Civil, permite dar una respuesta afirmativa a la interrogante en lo que atañe a las exigencias de acreditar la disponibilidad de personal docente calificado y la necesidad de la universidad pública.

    En efecto, la disponibilidad de personal docente calificado es una condición que, sin comprometer los fines que la educación universitaria debe cumplir, puede ser exigida con posterioridad a la creación de la universidad, aunque, claro está, de manera previa a su entrada en funcionamiento. En este aspecto, el artículo 7°, literal c), de la Ley N.° 26439, ha derogado la parte concernida del artículo 5° de la Ley Universitaria.

16. En cuanto a la acreditación de la necesidad social de la universidad, el Tribunal Constitucional interpreta que también puede ser una condición exigida con posterioridad a su creación, aunque de manera previa a su entrada en funcionamiento, siempre que se tomen en cuenta los siguientes criterios.

    En primer lugar, lo expuesto no significa que en el procedimiento legislativo previo a la creación legal de una universidad pública, no deba realizarse un análisis a propósito de la necesidad de su creación. Dicho análisis debe estar orientado, fundamentalmente, a la necesidad de su implementación en razón de los problemas de acceso a la educación universitaria que puedan presentarse en determinados espacios territoriales del país. Debe tenerse presente que, de acuerdo con el artículo 17° de la Constitución, es deber del Estado promover la "creación de centros de educación donde la población los requiere".

    Sin embargo, *la acreditación plena* de tal necesidad referida a la "[c]onveniencia regional y nacional, sustentada en un estudio de mercado de las especialidades que se proponga ofrecer y las proyecciones a los diez años de funcionamiento" (en los términos del artículo 7°, literal a., de la Ley N.° 26439), es actualmente una exigencia previa a su entrada en funcionamiento, mas no necesariamente previa a su creación.

    Esta acreditación plena implica que las carreras ofrecidas por las facultades de la universidad pública cuyo funcionamiento se autorice deben necesariamente guardar correspondencia no solo con la demanda del mercado laboral, sino también con las demandas de los sectores laborales cuya potenciación es fundamental para el desarrollo integral, sostenible y equilibrado del país.

    Sobre el particular, es oportuno citar los siguientes criterios establecidos en la STC 0017-2008-PI:

    > "A criterio de este Tribunal, de entre todas las finalidades que constitucionalmente son impuestas a la educación universitaria, el logro de la formación profesional es la axiológica y técnicamente más importante, por ser su paradigma ontológico.
    >
    > En efecto, una adecuada interpretación del artículo 18° de la Constitución lleva

a la conclusión de que el fin último de la educación universitaria no es la institucionalización de *profesiones*, sino la formación de *profesionales*, entendidos éstos como egresados universitarios con una colocación laboral digna. Es ése el mandato del artículo 14° de la Constitución, al señalar que '[l]a educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad'.

Es evidente que cuando este dispositivo constitucional precisa que la educación debe *preparar para el trabajo* (…) hace especial referencia a la educación universitaria por ser ésta la técnicamente dirigida a llevar en dignidad *la fase laboral de la vida* del ser humano profesional.

En ese sentido, la institucionalización de profesiones no debe ser vista como un fin en sí mismo, sino como un medio para alcanzar la finalidad de formar profesionales con capacidad efectiva de ejercer un trabajo digno. Si aquélla (la institucionalización de la profesión o carrera universitaria), no es idónea para alcanzar esta finalidad, carece del valor y del sentido constitucionalmente impuesto a la educación universitaria por los artículos 13° y 18° de la Constitución.

Por estas razones, en el ejercicio del deber de resguardar la calidad de la educación (artículo 16° de la Constitución), el Estado tiene la obligación de garantizar que la educación universitaria y la institucionalización de carreras que las universidades formalicen, guarden correspondencia con la demanda del mercado laboral.

En ese sentido, es preciso tener en cuenta lo señalado por el *Informe sobre Educación Superior Universitaria en el Perú 2002*, preparado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura –UNESCO–. Según este Informe: '…el desbalance entre la oferta y la demanda de puestos de trabajo, (…) es producto de la creación y sobre oferta de carrera de servicio, por ejemplo: educación, derecho, etc, como consecuencia de la creación desmesurada de universidades privadas donde es más rentable ofrecer este tipo de carreras que es de claustro y de tiza y pizarra; por otro lado por la creación de nuevas universidades públicas solamente por ofrecimientos o favores políticos. Es hora en este sentido que la creación de cualquier claustro universitario se deba solamente a MERITOS ACADEMICOS' [cfr. UNESCO, *Informe sobre Educación Superior Universitaria en el Perú*, Lima, 2002, p. 10]" (cfr. FF. JJ. 194 – 198).

Asimismo, dado que de conformidad con el artículo 44° de la Constitución, los poderes públicos tienen como uno de sus deberes primordiales, "promover el bienestar general que se fundamenta (…) en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación", tal como quedó dicho, la determinación de la necesidad social de una universidad pública no solo debe medirse en función de la demanda del mercado laboral o de la demanda educativa de los jóvenes, sino en función de las carreras que requieren institucionalizarse en base a las necesidades de los sectores productivos, técnicos y/o profesionales que reclaman principal atención para el desarrollo sostenible de la Nación. Desde luego, esta última no es una exigencia que quepa establecer en el ámbito de universidades privadas, pues en éste también cumple un rol importante el derecho fundamental a la libre iniciativa privada (artículo 58° de la Constitución), pero sí corresponde establecerla en lo atinente a las universidades públicas, pues, como se mencionó, los poderes públicos tienen un compromiso constitucionalmente impuesto con el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44° de la Constitución).

En ese sentido, corresponde tener presente lo sostenido por el Poder Ejecutivo en el Oficio N.° 233-2011-PR, a través del cual observó la autógrafa de la "Ley que declara de necesidad pública e interés nacional, la creación e implementación de la Universidad Nacional Tecnológica de Chicha (UNATEC CHINCHA)", derivada del Proyecto de Ley N.° 124-2011/CR. En él, sobre la base de datos objetivos, se enfatiza lo siguiente:

> "Según el 'Plan Nacional Estratégico de Ciencia, Tecnología e Innovación para la Competitividad y el Desarrollo Humano 2006-2021', elaborado por el CONCYTEC (…), se ha identificado un conjunto de sectores productivos, sociales y ambientales prioritarios hacia los cuales deben orientarse los esfuerzos para lograr el desarrollo sostenible del país.
>
> Esos sectores priorizados son: Agropecuario y agroindustrial, Pesca y acuicultura marina y continental, Minería y metalurgia, Forestal, Energía, Telecomunicaciones y Turismo. Asimismo, los sectores sociales y ambientales prioritarios según el Plan son: Salud, Educación, Ambiente, Vivienda y saneamiento.

> Asimismo el referido 'Plan Nacional Estratégico de Ciencia, Tecnología e Innovación para la Competitividad y el Desarrollo Humano 2006-2021' identifica cinco áreas del conocimiento en las que deben formarse los profesionales peruanos para atender las demandas de los sectores priorizados referidos anteriormente. Esas áreas son: (1) Ciencias de la vida y biotecnología, (2) Ciencia y Tecnología de Materiales, (3) Tecnologías de la Información y Comunicación, (4) Ciencias y tecnologías ambientales, (5) Ciencias Básicas y Ciencias Sociales.
>
> (…)
>
> Sin embargo, la oferta y la demanda en el ámbito de la Educación Superior en el país van por otro rumbo (…).
>
> [M]ientras que las carreras más ofertadas en las Universidades son Derecho, Contabilidad y Administración, de acuerdo al Plan del CONCYTEC, las necesidades del país en términos de desarrollo y crecimiento económico sostenible están referidas a áreas del campo agropecuario, ambiental, pesca, minería, forestal, energía, telecomunicaciones y otras de ciencia y tecnología.
>
> Así, las carreras y profesiones que ofrecen los Centros de Educación Superior en el País así como la demanda educativa de nuestros jóvenes, no guardan relación con las áreas de conocimiento identificadas en el 'Plan Nacional Estratégico de Ciencia, Tecnología e Innovación para la Competitividad y el Desarrollo Humano 2006-2021', necesarias para atender las demandas de los sectores priorizados para el desarrollo integral del país".

A lo luz de lo expuesto, es deber de la entidad estatal encargada de autorizar el funcionamiento de universidades, disponer de un estudio técnico serio que determine la existencia potencial de una importante demanda laboral a nivel de las profesiones o carreras técnicas que se proyecta ofrecer, las cuales, a su vez, en el caso de las universidad públicas, deben guardar correspondencia con las demandas de los sectores priorizados para el desarrollo integral del país.

Este es un deber que emana, de un lado, de una interpretación conjunta de los artículos 13°, 14°, 16° y 18° de Constitución, en armonía con el artículo 23° que exige al Estado promover las "condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de *fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo"* (cursiva agregada); y de otro, del artículo 44° de la Constitución, que establece como deber primordial del Estado la promoción del desarrollo integral y equilibrado de la Nación. Asimismo, deriva de una interpretación a la luz de la Constitución del artículo 7°, literal a), de la Ley N.° 26439, el cual refiere que para autorizar el funcionamiento de una universidad, se requiere acreditar la "[c]onveniencia regional y nacional, sustentada en un estudio de mercado de las especialidades que se proponga ofrecer y las proyecciones a los diez años de funcionamiento". Dicho "estudio de mercado" debe sustentar la necesidad de las carreras que ofrecerá la universidad en orden, fundamentalmente, a las demandas de los sectores laborales que deben ser priorizados para el desarrollo integral del país.

Hasta la fecha esto no ha sido contemplado en la política de creación de nuevas universidades públicas, la cual, además de haberse ejecutado al margen de la supervisión del Estado exigida por la Constitución, y muchas veces violando la autonomía universitaria, se ha encontrado condicionada tan solo por las demandas de una masa poblacional desinformada y ávida de títulos profesionales laboralmente inútiles. Esta visión, desde luego, privilegia la idea de una universidad-negocio, inspirada y agotada en el interés de lucro de sus promotores y, consecuentemente, se halla desprovista de la función social que una universidad constitucionalmente implementada está llamada a cumplir, esto es, brindar un servicio público educativo de calidad y orientado al trabajo digno (STC 0017-2008-PI, fundamento 200). Es deber del Estado asegurar que ello cambie, en orden a los criterios planteados por este Tribunal y los propuestos por el Poder Ejecutivo.

17. La exigencia de acreditar la disponibilidad de los recursos que aseguren la eficiencia de los servicios de la universidad pública, ¿es previa a su creación legal o solo previa a su entrada en funcionamiento? A juicio de este Tribunal, un análisis constitucional del problema lleva a concluir que esta exigencia se mantiene como previa a la creación legal de la universidad y no solo como previa a su entrada en funcionamiento, dado que un razonamiento contrario resultaría violatorio del artículo 79° de la Constitución, que establece que "[l]os representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto".

    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 sobretodo 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 N.° 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 118°, inciso 17), de la Constitución, ha quedado reservada al Poder Ejecutivo.

Este criterio ya ha sido sostenido por este Tribunal con anterioridad, cuando en la STC 0017-2008-PI se razonó en el sentido de que, luego de un análisis sistemático de la normativa vigente, a diferencia del caso de las universidades privadas, en el caso de las públicas "es necesaria su creación por ley –en el marco de lo dispuesto por el artículo 5° de la Ley Universitaria–, además de la intervención del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), con miras a garantizar la cobertura para su futuro financiamiento" (cfr. fundamento 92).

18. Lo expuesto lleva a concluir que la creación de una universidad por parte del Congreso de la República, sin que previamente exista un informe técnico del MEF que acredite la disponibilidad de los recursos públicos necesarios para garantizar un futuro funcionamiento cuya calidad y eficiencia resulten acordes con la consecución de los fines constitucionales de la educación, en general, y de la educación universitaria, en particular –los cuales consisten, respectivamente, en asegurar "el desarrollo integral de la persona humana" (artículo 13° de la Constitución), y "la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica" (artículo 18° de la Constitución)–, es violatoria del artículo 79° de la Constitución y del artículo 5° de la Ley Universitaria, en cuanto establece que "[p]ara la creación de una Universidad se deberá acreditar *previamente* (…) la disponibilidad de (…) los recursos que aseguren la eficiencia de sus servicios" (énfasis agregado). Y es que este último precepto, al representar una concreción legal que permite asegurar la debida observancia por parte del Congreso de la República, de un mandato constitucional (a saber, la prohibición de que tenga iniciativa en la creación o aumento de gasto público), pertenece al bloque de constitucionalidad.

19. En tal sentido, la creación legal de una universidad pública que no respete la mencionada exigencia constitucional, incurre en una inconstitucionalidad tanto de forma como de fondo.

    Incurre en una inconstitucionalidad de forma, dado que la ausencia del respectivo informe previo del MEF constituye la omisión de un acto que, por imperio del artículo 79° de la Constitución, concretizado por el artículo 5° de la Ley Universitaria, necesariamente debe formar parte del procedimiento legislativo que anteceda a la expedición de la ley que crea la universidad. Incurre 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 tiene iniciativa en la generación de gasto público, salvo en lo que atañe a su propio presupuesto.

20. Así las cosas, corresponde analizar si la creación legal de la Universidad Nacional Autónoma Altoandina de Tarma, ha contado, previamente, con un informe favorable del MEF, tal como lo exige el artículo 79° de la Constitución y lo concretiza el artículo 5° de la Ley Universitaria.

    El principal antecedente en el procedimiento legislativo que dio lugar a la Ley N.° 29652 está constituido por el Dictamen recaído en los Proyectos de Ley Nros. 4085/2009-CR, 4131/2009-CR, 4149/2009-CR y 4330/2010-CR, aprobado por la Comisión de Educación, Ciencia, Tecnología, Cultura, Patrimonio Cultural, Juventud y Deporte. Del estudio de dicho dictamen, resulta evidente que con antelación a la expedición de la referida ley, no existió coordinación alguna con el MEF. De hecho, en el dictamen expresamente se aduce que tal "iniciativa [legislativa] no irroga gasto al erario nacional puesto que su fórmula

establece la creación de la Universidad Autónoma de Tarma sobre la base de la sede en Tarma de la Universidad Nacional del Centro del Perú y la filial en Tarma de la Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión (…) empleando su infraestructura, recursos humanos y materiales de este centro de educación superior" (sic) (p. 26). Es decir, con sustento en un criterio que, como ya quedó establecido, resulta atentatorio de la autonomía universitaria, la Comisión de Educación, Ciencia, Tecnología, Cultura, Patrimonio Cultural, Juventud y Deporte del Congreso, juzgó innecesaria la intervención del MEF (al entender inexistente la generación de gasto), incurriendo, a su vez, merced a los criterios ya esbozados, en una violación del artículo 79° de la Constitución.

21. Consecuentemente, son inconstitucionales el artículo 1°; el artículo 3°; el artículo 4°, literal a); el artículo 5°; la Primera y Segunda Disposición Complementaria Transitoria; y la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N.° 29652.

**§4. Inconstitucionalidad de las competencias del CONAFU en materia de autorización provisional o definitiva de funcionamiento de universidades públicas o privadas**

22. En la STC 0017-2008-PI, el Tribunal Constitucional analizó extensamente la profunda crisis que atraviesa la educación universitaria en el país, la cual afecta el derecho fundamental a la educación y es representativa del incumplimiento por parte de los poderes y organismos públicos involucrados en la materia, y de determinadas entidades educativas públicas y privadas, de sendos deberes constitucionales fundamentales, derivados de los artículos 13°, 14°, 16°, 17° y 18° de la Constitución.

23. Por ello, corresponde citar los pasajes más importantes de la parte resolutiva de la referida sentencia:

**HA RESUELTO**

(…)

3. Declarar, de conformidad con los fundamentos jurídicos 97 a 161, *supra*, la inconstitucionalidad, por conexidad, del artículo 2° de la Ley N.° 26439, en cuanto asigna competencias al CONAFU en materia de autorización de funcionamiento de universidades, por violar el derecho fundamental de toda persona a la imparcialidad objetiva del órgano que, a través de sus resoluciones, decida sobre sus derechos u obligaciones (incisos 2 y 3 del artículo 139° de la Constitución).

(…)

[D]e conformidad con los fundamentos jurídicos 157 a 161, *supra*, la interpretación de este Tribunal que determina la referida inconstitucionalidad, en virtud de los artículos VI del Título Preliminar y 82° del CPCo., resulta vinculante para todos los poderes públicos a partir del día siguiente de la publicación de esta sentencia, motivo por el cual, a partir de entonces, el CONAFU se encuentra impedido de ejercer las referidas competencias.

4. Declarar, de conformidad con los fundamentos jurídicos 208 a 219 *supra*, la existencia de un *estado de cosas inconstitucional de carácter estructural* en el sistema educativo universitario. Dicho estado solo puede ser reparado en un sentido mínimo con las decisiones adoptadas en esta sentencia, motivo por el cual es obligación del Estado adoptar de inmediato –respetando los criterios expuestos en esta sentencia– las medidas institucionales necesarias (legislativas, administrativas, económicas, etc.) para reformar el sistema de la educación universitaria en el país, de forma tal que quede garantizado el derecho fundamental de acceso a una educación universitaria de calidad, reconocido por la Constitución. Entre dichas medidas deberá, obligatoriamente, disponerse la siguientes:

a) La clausura inmediata y definitiva de toda filial universitaria que no haya sido ratificada o autorizada regularmente, en su momento, por el CONAFU. A ellas no alcanza autonomía universitaria alguna por haber sido creadas al margen del orden jurídico. En este supuesto, el Estado deberá adoptar las medidas necesarias para proteger los derechos de los alumnos, profesores y trabajadores que resulten afectados.

b) La creación de una Superintendencia altamente especializada, objetivamente imparcial, y supervisada eficientemente por el Estado, que cuente, entre otras, con las siguientes competencias:

   (i) Evaluar a todas las universidades del país, y sus respectivas filiales, adoptando las medidas necesarias para, cuando sea necesario, elevar su nivel de calidad educativa.

   (ii) Evaluar a todas las universidades y filiales ratificadas o autorizadas por el CONAFU, adoptando las medidas necesarias para, cuando sea necesario, elevar su nivel de calidad educativa. Esta evaluación, de conformidad con el fundamento jurídico 216, *supra*, deberá incluir a las filiales universitarias cuyo funcionamiento haya

sido autorizado judicialmente. En caso de que, en un tiempo razonable, estas entidades no alcancen el grado necesario de calidad educativa, deberá procederse a su clausura y disolución. En este supuesto, el Estado deberá adoptar las medidas necesarias para proteger los derechos de los alumnos, profesores y trabajadores que resulten afectados.

(iii) Garantizar que el examen de admisión a las universidades cumpla con adecuados niveles de exigibilidad y rigurosidad intelectual, tomando en cuenta que, de acuerdo al artículo 13° 2 c. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la enseñanza superior universitaria debe hacerse accesible a todos, "sobre la base de la capacidad de cada uno".

El ejercicio de estas competencias de evaluación externa no deberá dar lugar en ningún caso a violación de la autonomía universitaria, por lo que no podrán incidir en el ideario o visión de la universidad o en la libertad de cátedra de sus docentes, o en su organización estructural y administrativa.

5. Declarar, de conformidad con los fundamentos jurídicos 191 a 193, *supra*, que dado que la Ley N.° 28740, que crea el SINEACE y el CONEAU como uno de sus órganos operadores, representa una adecuada concretización del deber constitucional por parte del Estado de adoptar medidas para garantizar una educación universitaria de calidad (artículo 16° de la Constitución), transcurrido un plazo razonable determinado en la legislación, el legislador tiene la obligación de exigir a las universidades que pretendan constituir nuevas filiales o nuevas facultades, que demuestren, alternativamente:

   - haberse sometido de manera institucional integral a un procedimiento de evaluación de la calidad educativa con fines de acreditación, supervisado por la Dirección de Evaluación y Acreditación del CONEAU, y haberlo superado satisfactoriamente; o
   - que un número representativo y razonable de sus áreas académicas (determinado por el legislador), se han sometido a un procedimiento de evaluación de la calidad educativa con fines de acreditación, supervisado por la Dirección de Evaluación y Acreditación del CONEAU, y lo han superado satisfactoriamente; o
   - que un número representativo y razonable de sus egresados (determinado por el legislador), se han sometido a un procedimiento de evaluación de la calidad educativa con fines de certificación, supervisado por la Dirección de Evaluación y Certificación del CONEAU, y lo han superado satisfactoriamente.

6. Declarar, de conformidad con los fundamentos jurídicos 194 a 206, *supra*, que en virtud de la exigencia constitucional de promover una educación universitaria *para el trabajo* (artículos 14° y 23° de la Constitución), la regulación en la que se establezcan las condiciones concurrentes que deberán cumplir los proyectos que presenten las universidades con el objeto de ser autorizadas a crear una filial, o una nueva facultad, obligatoriamente, entre otras, deberá exigir las siguientes:

   a) Solo podrán constituir filiales o nuevas facultades las universidades institucionalizadas, es decir, aquellas creadas por ley o que cuentan con autorización de funcionamiento definitiva expedida, en su momento, por el CONAFU.

   b) Solo podrán constituirse las filiales en departamentos que carezcan de oferta educativa suficiente en relación con la carrera o carreras profesionales que pretende institucionalizar la filial, para lo cual el Estado deberá garantizar la existencia de estudios técnicos actualizados y plenamente fiables que así lo demuestren.

   c) Los proyectos deberán sustentar de manera pormenorizada y satisfactoria las razones de conveniencia y la factibilidad de la filial o la nueva facultad, contemplando aspectos académicos, organizativos económicos, de infraestructura y equipamiento que garanticen un servicio público de educación universitaria de calidad. Por lo cual, entre otros factores, deberá encontrarse garantizado el adecuado nivel académico de los docentes, la gobernabilidad, su buena organización, la adecuada infraestructura y la disponibilidad de suficientes recursos económicos y financieros.

   d) Tomando en cuenta que de conformidad con el artículo 14° de la Constitución, "[l]a formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo", es exigible el adecuado perfil ético de los promotores, funcionarios y docentes del respectivo centro universitario.

   e) Las nuevas filiales o facultades que pretendan constituirse deberán guardar adecuación con la demanda en el mercado

laboral nacional. Las exigencias para asegurar dicha adecuación deberán ser previstas por el legislador.

f) No podrán constituir filiales o nuevas facultades las universidades que no demuestren de manera integral que cuentan con un determinado índice de empleabilidad y colocación laboral digna entre sus egresados. El índice mínimo que deberá superarse será determinado por el legislador.

7. Declarar, de conformidad con el fundamento jurídico 207, *supra*, que en virtud de la exigencia constitucional de promover una educación universitaria *para el trabajo* (artículos 14° y 23° de la Constitución), el legislador tiene la obligación de establecer entre las condiciones para la creación de nuevas universidades, la demostración de que las carreras profesionales que se pretenden implementar se adecuan a la demanda del mercado laboral nacional.

8. De conformidad con los artículos 81° y 82° del CPCo., esta sentencia y las interpretaciones en ella contenidas son vinculantes para todos los poderes públicos y tienen alcances generales".

24. En el punto 2 de la parte resolutiva del auto aclaratorio de la STC 0017-2008-PI, se dispuso lo siguiente:

> "Precisar (…) que a partir del 18 de junio de 2010, el CONAFU se encuentra impedido de emitir resoluciones autorizando el funcionamiento provisional o definitivo de una universidad o de una Escuela de Posgrado, o de emitir resoluciones autorizando la ampliación del ámbito de funcionamiento de una universidad, sea a través de la autorización de nuevas facultades, carreras o escuelas. No obstante, hasta que el Congreso, conforme a los criterios de la sentencia, dicte la normativa que cree, regule y otorgue competencias a la nueva entidad encargada de denegar o autorizar el funcionamiento de universidades y de controlar constitucionalmente la calidad de la educación universitaria en el país, el CONAFU puede continuar ejerciendo, provisionalmente, las competencias de evaluación y control de las universidades que cuentan con autorización de funcionamiento provisional y de los proyectos presentados con el objeto de crear nuevas universidades. Los legajos documentarios a que den lugar dichos procedimientos, deberán ser remitidos a la nueva entidad creada, en el más breve plazo posible, por el Congreso de la República, la cual determinará si corresponde o no autorizar el funcionamiento provisional o, en su caso, definitivo".

Asimismo, en el considerando 11 de la referida resolución aclaratoria, ante una solicitud planteada por el apoderado del Congreso de la República, se señaló lo siguiente:

> "…la STC 0017-2008-PI ha declarado la inconstitucionalidad de una diversidad de medidas que habían sido reguladas por el legislador, por resultar contrarias a los fines que la Constitución exige perseguir y alcanzar en materia de educación universitaria y por ser signo de una renuncia por parte del Estado a su deber de supervisar la calidad de la educación universitaria. Así, se ha declarado la inconstitucionalidad de las competencias del CONAFU en los términos antes expuestos, y se ha advertido la inconstitucionalidad de las competencias que en su momento ejerció la ANR sobre la materia, todo lo cual ha generado una proliferación de universidades y filiales universitarias que no garantizan una educación universitaria de calidad; se ha declarado también la inconstitucionalidad de la simple prohibición de que existan filiales universitarias, sin que se haya tomado en cuenta que el problema constitucional no reside en la permisión de su existencia, sino en la ausencia de mecanismos eficaces que garanticen que ellas brinden una educación universitaria de calidad para aquellos que de otra manera no podrían alcanzarla y que viabilicen un trabajo digno, como lo exige la Constitución. Asimismo, se ha determinado la existencia de filiales universitarias cuyo funcionamiento ha sido autorizado judicialmente, así como la presencia de filiales que incluso nunca contaron con la autorización de funcionamiento del CONAFU, entre otras irregularidades.
>
> La declaración de inconstitucionalidad de estas medidas determina que a la fecha no existan órganos constitucionalmente competentes para autorizar el funcionamiento de universidades privadas o filiales universitarias, ni tampoco para evaluar con la debida exigencia la calidad de la educación que imparten. Sin embargo, es evidente que esta situación tampoco debe extenderse por demasiado tiempo, más aún si existen universidades y proyectos para su creación que cumplen con los estándares de excelencia académica que la Constitución promueve. Dicha demora, en caso de producirse, sería desencadenante de una flagrante inconstitucionalidad por

omisión, representada por la ausencia de reglas que permitan, de un lado, el ingreso al sistema educativo de universidades que garanticen una educación de calidad y, de otro, la evaluación y el control de la calidad educativa. Desde luego, para cubrir dicha omisión se requiere la obligatoria intervención del legislador en el más breve plazo posible.

Es por ello que los criterios establecidos por este Tribunal en la parte resolutiva de la sentencia, no pueden ser asumidos como una simple exhortación, sino como mandatos dirigidos al legislador (con respeto, pero, a su vez, con firmeza constitucional) con el propósito de que, observándolos, adopte en el más breve plazo posible, las medidas legislativas que permitan superar el *estado de cosas inconstitucional* detectado por la sentencia en el ámbito de la educación universitaria.

Desde luego, los criterios establecidos por este Tribunal en la parte resolutiva de la sentencia, son solo pautas mínimas concretizadas desde la Constitución, cuyo propósito no es desconocer las legítimas competencias del legislador, sino tan solo garantizar los mínimos estándares de calidad educativa que permitan hacer de la universidad peruana, una universidad acorde con los valores constitucionales.

(…). El Tribunal Constitucional confía en que (…) el Congreso de la República (…) aprecie que la sentencia, lejos de pretender afectar sus competencias, procura ser un primer firme paso en la tarea de reformar la educación universitaria en el país conforme a los designios de la Constitución, para lo cual se requiere no solo su colaboración, sino, ante todo, su actuación protagónica, indispensable, eficaz y pronta".

25. La STC 0017-2008-PI fue publicada el 17 de junio de 2010; su resolución aclaratoria lo fue el 1 de julio del mismo año. Hasta la fecha el Congreso de la República no ha adoptado ninguna medida para, en armonía con los criterios establecidos en la referida sentencia, reformar y mejorar la situación de la educación universitaria en el país. Lejos de ello, como demuestra el caso de autos, durante el período parlamentario 2010-2011, incluso luego de la expedición de la sentencia, se continuó creando universidades sin tener siquiera certeza de la disponibilidad de los recursos presupuestales necesarios para asegurar la prestación de un servicio que promueva el desarrollo integral de la persona humana (artículo 13° de la Constitución), y violando la autonomía universitaria de universidades públicas preexistentes, reconocida en el artículo 18° de la Constitución.

26. Por otra parte, tanto en la STC 0017-2008-PI, como en su aclaración, el Tribunal Constitucional fue enfático en señalar que resultaba inconstitucional que el CONAFU mantenga la competencia de autorizar el funcionamiento, provisional o definitivo, de universidades privadas o públicas. Ello, entre otras, por dos razones. En primer término, porque el hecho de que la ANR sea un organismo público descentralizado con autonomía económica, normativa y administrativa en los asuntos de su competencia, que el CONAFU sea un órgano autónomo de la ANR, ninguno adscrito o supervisado directamente por el Estado, y que la competencia exclusiva de evaluación y posterior autorización de funcionamiento de universidades y sus filiales haya sido conferida al CONAFU desde 1995, permitía sostener que a partir de dicho año el Estado renunció a su deber constitucional, derivado del artículo 16° de la Constitución, de supervisar la calidad de la educación impartida por la universidades, lo que a todas luces resulta inconstitucional (cfr. STC 0017-2008-PI, fundamento 213). Tal como estableció este Tribunal, "la actividad educativa universitaria debe contar con la *irrenunciable, eficiente, eficaz y permanente* supervisión y fiscalización del Estado, a efectos, de asegurar su accesibilidad, su calidad y el cumplimiento de los fines exigidos por la Norma Fundamental" (cfr. STC 0017-2008-PI, fundamento 163), exigencias constitucionales que no se cumplen asignando al CONAFU las mencionadas competencias.

La segunda razón quedó expuesta en los fundamentos de la STC 0017-2008-PI:

> "…el hecho de que el CONAFU esté conformado por ex rectores propuestos y elegidos por las universidades y que sea un organismo de la ANR, la cual está conformada por rectores de las universidades institucionalizadas, genera, en principio, una duda razonable en relación con la imparcialidad objetiva de estas instituciones al momento de ejercer las competencias en materia de autorización de funcionamiento de universidades y filiales universitarias
>
> La manera como se encuentra estructurado este sistema, y el hecho de que las decisiones relacionadas con el futuro de las universidades deriven, al mismo tiempo y solamente, de lo que podría denominarse

el propio *círculo universitario*, determina la probable verificación de una tendencia a la falta de objetividad y rigurosidad en su adopción.

Lo expuesto permite poner en evidencia una estructura que *no aparenta* una suficiente objetividad conforme a las exigencias del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental de toda persona a la imparcialidad del órgano que, a través de sus resoluciones, se encuentre encargado de determinar sus derechos u obligaciones (artículo 139°, incisos 2 y 3, de la Constitución)" (FF. JJ. 105 – 106).

Y si bien este Tribunal refirió que era consciente de que la llamada "teoría de la apariencia", exige una confirmación concreta (cfr. fundamento 106), justamente, el análisis concreto acerca de la forma cómo había venido realizando el CONAFU las competencias legalmente conferidas, revelaba un absoluto desapego al deber constitucional de asegurar una educación universitaria de calidad (cfr. fundamentos 139 – 145).

27. A pesar de ello, el Congreso de la República, en el artículo 5° de la Ley N.° 29652, ha establecido lo siguiente: "El Poder Ejecutivo designa, mediante el Ministerio de Educación, a la comisión organizadora de esta casa superior de estudios de conformidad con las exigencias previstas en la Ley núm. 23733, Ley Universitaria, y la Ley núm. 26439, Ley de creación del Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades (Conafu), o la entidad que haga sus veces, que *autoriza su funcionamiento* acorde con su Proyecto de Desarrollo Institucional (PDI) y recomienda la pertinencia de las carreras profesionales existentes" (énfasis agregado).

28. Si bien es verdad que al referir "o la entidad que haga sus veces", el precepto no parece reconocer necesariamente las competencias del CONAFU en materia de autorización de funcionamiento de universidades, esta tesis queda descartada si se toma que cuenta que, con fecha 27 de julio de 2011, es decir, el último día del período parlamentario 2006-2011, se publicó la Ley N.° 29780, cuyo Artículo Único, en abierta contravención de la STC 0017-2008-PI, restablece las competencias del CONAFU en materia de autorización de funcionamiento de universidades. En efecto, dicha norma establece lo siguiente:

"**Artículo Único. Incorporación del literal i) al artículo 2 de la Ley 26439, Crean el Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades (Conafu)**

Incorpórase el literal i) al artículo 2 de la Ley 26439, Crean el Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades (Conafu), conforme al texto siguiente:

'Artículo 2. Son atribuciones del CONAFU:

(…)

i) Evaluar los proyectos y solicitudes de autorización de funcionamiento de las nuevas universidades públicas, cuyo trámite se haya iniciado después del 28 de junio de 2010, y emitir resoluciones de autorización o de denegación de funcionamiento provisional, previa verificación del cumplimiento efectivo de los requisitos y condiciones establecidos.

Los proyectos y solicitudes de autorización de funcionamiento de las nuevas universidades públicas y privadas que hubieran sido admitidos a trámite antes del 28 de junio de 2010 continúan con el mismo procedimiento establecido en el párrafo anterior".

29. En el dictamen recaído en los Proyectos de Ley N.os. 4140/2009-CR y 4673/2010-PE de la Comisión de Educación, Ciencia, Tecnología, Cultura, Patrimonio Cultural, Juventud y Deporte del Congreso de la República, que dio lugar a la expedición de la Ley N.° 29780, se da cuenta de la existencia de la STC 0017-2008-PI. En efecto, en él se señala lo siguiente: "… el Tribunal Constitucional ha hecho extensivo [sic] tal declaración [de inconstitucionalidad] al artículo 2° de la Ley N.° 26439 en cuanto asigna competencias al CONAFU en materia de autorización de funcionamiento de universidades" (p. 2). A pesar de ello, luego pretende avalarse el proyecto alegando lo siguiente: "[e]l problema subsiste cuando, en el contexto actual, se han creado varias universidades públicas por el Congreso de la República (…). Sin embargo, una vez que sean nombradas las comisiones organizadoras para encargarse de su institucionalización, no van a encontrar a la entidad que, desde el Estado, prosiga con los trámites para lograr, primero, la autorización de funcionamiento provisional y, después, definitiva" (p. 3).

Es decir, ¿por qué el Congreso juzga necesario restablecer las competencias del CONAFU en materia de autorización de funcionamiento de universidades, a pesar de que este Tribunal las ha declarado inconstitucionales? Entre otras consideraciones, porque después de la emisión de la STC 0017-2008-PI, a pesar de que en ella se advierte de la profunda crisis que atraviesa

la educación universitaria, en mérito de lo cual se declaró un estado de cosas inconstitucional y se declaró la inconstitucionalidad de las referidas competencias ejercidas por el CONAFU.

30. En otra parte del dictamen, en alusión al fallo de la STC 0017-2008-PI, y pretendiendo justificar la restitución de competencias al CONAFU en materia de autorización de funcionamiento de universidades, se señala lo siguiente: "con este fallo del supremo órgano de control constitucional del país, [el CONAFU] se quedó, en la realidad, sin sus funciones sustantivas, lo que genera un vacío legal".

31. Cuando el Tribunal Constitucional expidió la STC 0017-2008-PI, era consciente del vacío legal que se generaría. Cabe recordar, una vez más, que en su resolución aclaración, este Colegiado precisó lo siguiente:

> "La declaración de inconstitucionalidad de estas medidas determina que a la fecha no existan órganos constitucionalmente competentes para autorizar el funcionamiento de universidades privadas o filiales universitarias, ni tampoco para evaluar con la debida exigencia la calidad de la educación que imparten. Sin embargo, es evidente que esta situación tampoco debe extenderse por demasiado tiempo, más aún si existen universidades y proyectos para su creación que cumplen con los estándares de excelencia académica que la Constitución promueve. Dicha demora, en caso de producirse, sería desencadenante de una flagrante inconstitucionalidad por omisión, representada por la ausencia de reglas que permitan, de un lado, el ingreso al sistema educativo de universidades que garanticen una educación de calidad y, de otro, la evaluación y el control de la calidad educativa. Desde luego, para cubrir dicha omisión se requiere la obligatoria intervención del legislador en el más breve plazo posible".

32. Ahora bien, desde luego, tal intervención del Congreso debía producirse no adoptando nuevamente la medida cuya declaración de inconstitucionalidad generó el vacío, sino aquélla que, respetando los criterios de la STC 0017-2008-PI, permita afrontar con seriedad la crisis de la educación universitaria. Han pasado dos años desde entonces y no solo no se ha adoptado ninguna medida en esa línea, sino que se han creado inconstitucionalmente más universidades.

33. Lo expuesto, desde luego, no implica que, mientras se estudian medidas legislativas y administrativas que de manera estructural y trascendente permitan resolver la problemática educativa, no se puedan adoptar algunas decisiones provisionales para resolver los expedientes en giro en los que se solicite la implementación y el funcionamiento de universidades. Empero, tales medidas provisorias no importan que se insista en medidas inconstitucionales, como restituir las competencias del CONAFU.

34. Una medida alternativa constitucional, por ejemplo, estuvo planteada en el mismo dictamen al que antes se ha hecho alusión. En él se da cuenta del Proyecto de Ley N.° 4673/2010-PE, presentado por el Poder Ejecutivo, el cual proponía asignar tales competencias provisionalmente al Ministerio de Educación. Inexplicablemente, el proyecto fue dejado de lado por el Congreso (p. 5), optando por la inconstitucional decisión descrita.

35. En virtud de las consideraciones precedentes, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la frase "Ley de creación del Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades (Conafu), o la entidad que haga sus veces, que autoriza su funcionamiento acorde con su Proyecto de Desarrollo Institucional (PDI)" del artículo 5° de la Ley N.° 29652. En aplicación del artículo 78° del CPCo., por conexidad, corresponde también declarar la inconstitucionalidad de la Ley N.° 29780.

36. Si en el futuro se emitiese una ley que, contraviniendo los criterios de esta sentencia y de la STC 0017-2008-PI, restituyese al CONAFU las competencias en materia de autorización provisional o definitiva de funcionamiento de universidades públicas o privadas, los poderes públicos, en observancia de los artículos VI y 82° del CPCo., tienen el deber de no cumplirla.

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA** la demanda; en consecuencia, **INCONSTITUCIONAL** el artículo 1°; el artículo 3°; el artículo 4°, literal a); el artículo 5°; la Primera y Segunda Disposición Complementaria Transitoria; y la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N.° 29652; y por conexidad, **INCONSTITUCIONAL** la Ley N.° 29780.

2. Declarar que, de conformidad con los artículos 13°, 14°, 16°, 18°, 23° y 44° de la Constitución,

es deber de la futura entidad que ostente la competencia para autorizar el funcionamiento de universidades, disponer de un estudio técnico serio que determine la existencia potencial de una importante demanda laboral en relación con las profesiones o carreras técnicas que se proyecta ofrecer, las cuales, a su vez, en el caso de las universidades públicas, deben guardar correspondencia con las demandas de los sectores laborales productivos, sociales y ambientales que deben ser priorizados para el desarrollo sostenible, integral y equilibrado del país.

3. Disponer una *vacatio sententiae* hasta el 31 de diciembre de 2013, para que el Ministerio de Economía y Finanzas en coordinación con el Congreso de la República, subsanen la omisión presupuestaria y la vulneración a la autonomía universitaria conforme a los fundamentos 11, 12, 18, 19 y 20 de la presente sentencia; caso contrario, la inconstitucionalidad declarada surtirá plenos efectos desde el 1 de enero de 2014.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**URVIOLA HANI**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**CALLE HAYEN**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

***Sentencia 00011-2012-PI/TC*** *Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno Regional de Moquegua contra la Ordenanza Regional 0222011-GRP-CRP, emitida por el Gobierno Regional de Puno. Se declaró fundada en parte la demanda.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 2 de octubre de 2013

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda interpuesta por el Presidente del Gobierno Regional de Moquegua contra la Ordenanza Regional 0222011-GRP-CRP, emitida por el Gobierno Regional de Puno, que declaró de necesidad e interés regional la priorización de la demarcación territorial en zonas de conflicto territorial en la región Puno.

El Tribunal resaltó que los gobiernos regionales carecen de la competencia para demarcar su territorio, y también adolecen de competencia para reconocer sus "límites ancestrales", pues ni el uno ni el otro han sido conferidos por la Constitución o el bloque de constitucionalidad. Señaló además que en materia de determinación de competencias entre el Gobierno Central y los Gobiernos Regionales, dos de los principios que lo informan son los de residualidad y taxatividad.

En consecuencia, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de los artículos segundo y tercero de la ordenanza impugnada.

**Temas claves:** Competencias de los gobiernos regionales — demarcación territorial — principio de residualidad — principio de taxatividad.

**EXP. N.° 00011–2012–PI/TC**
**LIMA**
**GOBIERNO REGIONAL DE MOQUEGUA**

**RAZÓN DE RELATORÍA**

En la presente causa la sentencia sólo es suscrita por los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, y Álvarez Miranda, no por el señor magistrado Beaumont Callirgos debido a que, a pesar de que estuvo presente en la vista de la causa, no llegó a votar y mediante Resolución Administrativa N° 66-2013-P/TC de fecha 3 de mayo de 2013, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 6 de mayo de 2013, se ha declarado la vacancia de dicho magistrado por la causal establecida en el artículo 16°, inciso 4, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Lima, 8 de mayo de 2013

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**
**PLENO JURISDICCIONAL**
**Expediente N.º 00011-2012-PI/TC**

**SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Del 8 de mayo de 2013

**PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD**

Presidente del Gobierno Regional de Moquegua (demandante) contra Gobierno Regional de Puno (demandado)

**Síntesis:**

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Martín Alberto Vizcarra Cornejo, Presidente del Gobierno Regional de Moquegua, contra la Ordenanza Regional N.° 022-2011-GRP-CRP, publicada el 6 de mayo de 2012 en el Diario Oficial *El Peruano*.

Magistrados presentes:

**URVIOLA HANI**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**CALLE HAYEN**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

**EXP. N.° 00011–2012–PI/TC**
**LIMA**
**GOBIERNO REGIONAL DE MOQUEGUA**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 8 días del mes de mayo de 2013, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

## I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Martín Alberto Vizcarra Cornejo, en su calidad de Presidente del Gobierno Regional de Moquegua, contra la Ordenanza Regional N.° 0222011-GRP-CRP emitida por el Gobierno Regional de Puno, de fecha 6 de diciembre de 2011, y publicada en el diario oficial *El Peruano* el 6 de mayo de 2012, que declara de necesidad e interés regional la priorización de la demarcación territorial en zonas de conflicto territorial en la Región Puno.

## II. DISPOSICIÓN LEGAL CUESTIONADA

**Declaran de necesidad e interés regional la priorización de la Demarcación Territorial en zonas de conflicto territorial en la Región Puno**

**ORDENANZA REGIONAL**
**N.º 022-2011-GRP-CRP**

**Artículo Primero.-** DECLARAR, de necesidad e interés Regional la priorización de la Demarcación Territorial en zonas de conflicto territorial en la Región Puno.

**Artículo Segundo.-** RECONOCER, los límites ancestrales en la Región Puno; A) En la provincia de Carabaya los distritos de San Gabán, Ayapata, Coasa, Sector Loromayo y Nujununta. B) En la provincia de Puno, los distritos de Acora, Pichacani, San Antonio de Esquilache y Mañazo, así como en la provincia de San Román el distrito de Cabanillas. C) En la provincia de Lampa y anexos del distrito de Santa Lucía, Comunidades de Pinaya y Colline. E) En la Provincia de El Collao, distrito de Santa Rosa de Mazo Cruz comunidad de Pasto Grande. F) En la provincia de Huancané de la Cuenca del Rio Suches del Distrito de Cojata.

**Artículo Tercero.-** EMPLAZAR, a la Presidencia del Consejo de Ministros, a la Dirección Nacional de Demarcación Territorial y al Instituto Geográfico Nacional el respeto por los límites ancestrales en los procesos de Demarcación Territorial de la Región Puno.

**Artículo Cuarto.-** ENCARGAR, a la Gerencia de Planeamiento, Presupuesto y Acondicionamiento Territorial, la conclusión del proceso de demarcación territorial en toda la jurisdicción de la Región Puno, debiendo informar al Consejo Regional trimestralmente los avances en el proceso de demarcación territorial.

**Artículo Quinto.-** DISPONER, la publicación de la presente Ordenanza Regional en el Diario Oficial El Peruano, en estricto cumplimiento de lo que se dispone en el artículo 42° de la Ley N.° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y el portal electrónico del Gobierno Regional de Puno, bajo responsabilidad.

## III. ANTECEDENTES

### 1. Argumentos de la demanda

Con fecha 15 de junio de 2012, el Gobierno Regional de Moquegua, debidamente representado por su Presidente, don Martín Alberto Vizcarra Cornejo, interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Regional N.° 022-2011-GRP-CRP, expedida por el Gobierno Regional de Puno, de fecha 6 de diciembre de 2011, y publicada en el diario oficial *El Peruano* el 6 de mayo de 2012, mediante la cual: a) se declara de necesidad e interés regional la priorización de la Demarcación Territorial en las zonas de conflicto en la Región Puno; b) se reconocen los límites ancestrales en la región Puno que allí se indican; c) se dispone emplazar a la Presidencia del Consejo de Ministros, a la Dirección Nacional de Demarcación Territorial y al Instituto Geográfico Nacional el respeto por los límites ancestrales en los procesos de demarcación territorial de la Región Puno; y, d) se encarga a la Gerencia de Planeamiento Presupuestario y Acondicionamiento Territorial, la conclusión del proceso de demarcación territorial en toda la jurisdicción de la Región Puno.

Alega que de acuerdo con el artículo 102.7° de la Constitución la competencia de fijar los límites territoriales entre departamentos le corresponde al Congreso de la República, previa propuesta del Poder Ejecutivo, de manera que la Ordenanza Regional N.° 022-2011-GRP-CRP, al establecer los límites ancestrales, evidencia que el Gobierno Regional de Puno ha asumido una competencia que no ostenta.

Manifiesta que si bien el artículo 53, inciso f), de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales N.° 27867 establece como función de éstos el planificar y desarrollar acciones de ordenamiento y delimitación en el ámbito del territorio regional, así como organizar, evaluar y tramitar los expedientes técnicos de demarcación territorial, esa función no implica el poder fijar los límites territoriales del Departamento de Puno.

Alega que con la expedición de la cuestionada ordenanza se ha desconocido la labor de la Mesa

de Trabajo, establecida mediante la Resolución Ministerial N.° 448-2009-PCM, conformada por autoridades de Moquegua y Puno, con la finalidad de resolver el conflicto territorial que mantienen ambos departamentos.

Solicita, en consecuencia, que el Tribunal Constitucional determine si la Ordenanza Regional N.° 022-2011-GRP-CRP, emitida por el Gobierno Regional de Puno, se encuentra en armonía con las normas constitucionales que determinan la competencia para establecer la delimitación territorial entre dos departamentos, "afectando al departamento de Moquegua" (sic).

**2. Argumentos de la contestación de la demanda**

Con fecha 19 de septiembre de 2012, el Procurador Público Regional del Gobierno Regional de Puno contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos. Sostiene que la Ordenanza cuestionada no establece una demarcación o límites territoriales en la medida que en ella se reconoce que la Presidencia del Consejo de Ministros y la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial son los órganos competentes para esa labor. Afirma que la expedición de la cuestionada Ordenanza Regional se ha expedido en aplicación del inciso k) del artículo 10° de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley N.° 27867, en concordancia con la Ley N.° 27795.

Alega, finalmente, que el inciso f) del artículo 53° de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, el inciso 2) del artículo 5° de la Ley N.° 27795, de Demarcación y Organización Territorial, y el artículo 8° de su reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N.° 019-2003-PCM, confieren a los Gobiernos Regionales la competencia de conducir los procedimientos de delimitación y demarcación territorial regional y tramitar los expedientes de demarcación territorial que se generen en su jurisdicción ante la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial.

**IV. FUNDAMENTOS**

**§1. Delimitación del petitorio**

1. La pretensión que contiene la demanda es que se declare la inconstitucionalidad de la Ordenanza Regional N.° 022-2011-GRP-CRP, mediante la cual se declara de necesidad e interés regional la priorización de la Demarcación Territorial en las zonas de conflicto territorial en la Región Puno. Se alega que el Gobierno Regional de Puno, al establecer los límites ancestrales en la Región Puno, ha asumido una competencia que no ostenta –establecer la demarcación territorial entre dos Regiones–, vulnerando de ese modo el artículo 102.7° de la Constitución.

**§2. Sobre la "excepción de falta de legitimidad para obrar" del demandante**

2. Al contestar la demanda, el Gobierno Regional de Puno ha deducido la "excepción de falta de legitimidad para obrar" del demandante. En su opinión, el Gobierno Regional de Moquegua carece de ella, pues el inciso 6) del artículo 203° de la Constitución faculta a los gobiernos regionales a interponer demandas de inconstitucionalidad en "materias de su competencia". Y conforme se infiere de la demanda, si alguna competencia se habría afectado, esta es la del Congreso de la República o, en todo caso, la del Poder Ejecutivo, pero no del Gobierno Regional de Moquegua.

   La cuestión incidental promovida debe desestimarse.

3. El proceso de inconstitucionalidad es un proceso fundamentalmente objetivo, mediante el cual este Tribunal realiza un juicio de compatibilidad entre la norma con rango de ley impugnada y la Constitución y el bloque de constitucionalidad, de ser el caso. Quienes se encuentran autorizados para promover una demanda de esta naturaleza no lo hacen con el propósito de defender derechos o intereses subjetivos, sino de coadyuvar con este Tribunal en la defensa y preservación de la supremacía normativa de la Constitución. Por ello, es que, en diversas oportunidades, se ha recordado que más que un *derecho* a impulsar la jurisdicción constitucional concentrada, en realidad, a aquellos entes establecidos en el artículo 203 de la Ley Fundamental se les ha conferido la *competencia* constitucional, de carácter procesal y de ejercicio discrecional, para activarla.

4. En algunos casos, la competencia para promover una demanda de inconstitucionalidad no está sujeta a límites por razones de materia. Cuentan con una legitimación activa fundada en el interés de actuar a favor de la Constitución *tour court*. Ese es el caso del Presidente de la República, el Fiscal de la Nación, el Defensor del Pueblo, el veinticinco por ciento del número legal de congresistas, los cinco mil ciudadanos o el uno por ciento de ciudadanos, tratándose de ordenanzas municipales, quienes pueden promover una demanda de inconstitucionalidad contra cualquier norma con rango de ley, independientemente de la materia que ésta regule.

5. Para otros, en cambio, el ejercicio de esta competencia se encuentra restringida. En algunos casos, el interés de actuar en socorro de la Constitución se encuentra circunscrito a temas que son de su competencia. Así

sucede con la legitimación otorgada a los presidentes regionales y alcaldes provinciales, quienes, con acuerdo de sus concejos respectivos, pueden interponer una demanda de inconstitucionalidad "en materias de su competencia". En otros, a que éste se realice en el marco de los saberes cualificados con que se cuenta, como sucede con los colegios profesionales, quienes se encuentran facultados para interponer la demanda de inconstitucionalidad "en materias de su especialidad" [art. 203, incisos 6 y 7, de la CP].

6. En lo que hace a que el interés de actuar en defensa de la Constitución tenga que estar circunscrito a las "materias de su competencia" [*supra*, fundamento 5], el Tribunal recuerda que la determinación de sus alcances no puede hacerse equiparando la finalidad del proceso de inconstitucionalidad de las leyes con el que es propio del proceso competencial. Como expresamos en la STC 0005-2009-PC/TC, "El objeto del proceso competencial es la *vindicación* o, en su caso, la *determinación* de una competencia o una atribución. Con su articulación se persigue que el Tribunal Constitucional precise el poder, órgano u ente estatal a que corresponde la titularidad de las competencias o atribuciones objeto del conflicto. Desde luego que no cualquier clase de afectación de competencias o atribuciones da lugar al proceso competencial. El artículo 110 del Código Procesal Constitucional precisa que la afectación ha de recaer sobre competencias o atribuciones asignadas por la Constitución o la Ley Orgánica. Se trata, por tanto, de la *vindicatio* de una *potestas iusconstitucional* o, cuando menos, de `relevancia constitucional´" [fundamento 2].

7. De hecho, ese no es el objeto primario del proceso de inconstitucionalidad. Su finalidad directa es preservar la supremacía normativa de la Ley Fundamental. Que también esa condición de Ley Fundamental pueda ponerse en entredicho cuando mediante una norma con rango de ley se origina un conflicto sobre una competencia o atribución, como establece el segundo párrafo del artículo 110 del Código Procesal Constitucional, es una cosa; pero otra, muy distinta, es pretender reducir los alcances de las "materias de su competencia" a la defensa de su titularidad. Aquel es un concepto más amplio que la *vindicatio* de la *potestas*.

8. Así sucede, por ejemplo, cuando los presidentes regionales y los alcaldes provinciales, en ejercicio de la legitimación activa de la que están investidos, cuestionan el modo cómo una materia que es de su competencia [exclusiva, compartida o delegada] ha sido regulada por una norma con rango de ley [cf. entre las últimas, RTC 0005-2011-PI/TC y RTC 00020-2010-PI/TC]. Si en el supuesto de la *vindicatio*, el interés está aunado al reclamo de la titularidad de la competencia; en el segundo, el interés está relacionado con la *corrección* constitucional de la regulación de una materia de su competencia, independientemente de que se haya comprometido (o no) su titularidad.

9. Por cierto, dentro del interés de actuar en defensa de la Constitución para cuestionar la corrección de la regulación de una materia que es de su competencia, también se encuentra la impugnación de la disciplina legislativa contenida en una norma con rango de ley a la que se impute la afectación del ejercicio de competencias que son propias de los Gobiernos Regionales o de las Municipalidades Provinciales. Esto último acontece, entre otros supuestos, cuando la regulación de una materia cualquiera –como la delimitación de los límites territoriales-, no constituyendo una competencia del Gobierno Regional o de la Municipalidad Provincial, sin embargo, proyecta sus efectos el sobre el ejercicio de competencias que sí les son propias [ya sea porque lo impide, dificulta, obstaculiza o menoscaba].

10. Un supuesto de esta naturaleza es, precisamente, lo que detrás de la impugnación de la Ordenanza Regional de Puno en cierta forma invoca el Gobierno Regional de Moquegua. Tras su expedición, y la fijación de unos "límites ancestrales", se alega que se habría afectado su competencia establecida en el inciso f) del artículo 53 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, pero también la de impedir que ejerza sus atribuciones y competencias en su ámbito territorial, al modificarse materialmente la Ley N° 25361, que crea la Provincia de El Collao. Como se ha expuesto en la demanda: la Ordenanza Regional impugnada fija "límites territoriales del departamento de Puno, en grave afectación a la demarcación territorial del departamento de Moquegua" y desconoce "el trabajo desarrollado en la mesa de Trabajo integrada por las autoridades de ambos departamentos" (Moquegua y Puno) con la finalidad de resolver sus problemas limítrofes.

    Por tanto, este Tribunal tiene competencia para conocer el fondo de la controversia.

**§3. Análisis de constitucionalidad de la Ordenanza Regional N.º 022-2011-GRP-CRP**

**a) Argumentos del demandante**

11. El Presidente del Gobierno Regional de Moquegua alega que "(…) el Gobierno Regional de Puno, al establecer los límites ancestrales en

la Región Puno, ha asumido una competencia que no ostenta –fijar la demarcación territorial entre dos departamentos–, vulnerando el artículo 102.7° de la Constitución (…)". En ese sentido, considera que "(…) si bien el artículo 53°, inciso f), de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales establece como función de éstos el planificar y desarrollar acciones de ordenamiento y delimitación en el ámbito del territorio regional, así como organizar, evaluar y tramitar los expedientes técnicos de demarcación territorial, esa función no implica el poder fijar los límites territoriales del departamento de Puno, en desmedro del de Moquegua (…)". Y es que "de acuerdo al artículo 102.7° de la Constitución la competencia para fijar los límites territoriales entre departamentos le corresponde al Congreso de la República, previa propuesta del Poder Ejecutivo, [por lo que] … la Ordenanza Regional N° 022-2011-GRP-CRP resulta inconstitucional".

**b) Argumentos del demandado**

12. Por su parte, el Procurador del Gobierno Regional de Puno aduce que "(…) la norma cuestionada no establece una demarcación o límites territoriales en la medida que ella reconoce que la Presidencia del Consejo de Ministros y la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial son los órganos competentes para esa labor (…)". Recuerda que de conformidad con "(…) el inciso f) del artículo 53° de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, el inciso 2) del artículo 5° de la Ley N° 27795, de Demarcación y Organización Territorial, y el artículo 8° de su reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N.° 019-2003-PCM, (…) los Gobiernos Regionales [tienen] la competencia para conducir los procedimientos de delimitación y demarcación territorial regional y tramitar los expedientes de demarcación territorial que se generen en su jurisdicción ante la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial".

**c) Consideraciones del Tribunal Constitucional**

13. La cuestión que tiene que dilucidar el Tribunal es si los diversos artículos que contiene la Ordenanza Regional N.° 022-2011-GRP-CRP contravienen (o no) el artículo 102.7° de la Constitución –que dispone que una de las atribuciones del Congreso de la República es aprobar la demarcación territorial que proponga el Poder Ejecutivo–, así como el artículo 1° de la Ley N°. 27795, de Demarcación y Organización Territorial, que prescribe que "(…) la demarcación territorial es competencia exclusiva del Poder Ejecutivo de conformidad con el artículo 102.7° de la Norma Fundamental". Como es obvio, un cuestionamiento de esa naturaleza, tratándose de varias disposiciones que contiene la Ordenanza Regional cuestionada, requiere de un análisis puntual sobre cada una de ellas.

**a) Gobiernos regionales y priorización de acciones orientadas a delimitar y organizar el territorio [art. 1]**

14. El artículo 102.7 de la Constitución regula lo relacionado con la demarcación y organización del territorio nacional. En esta materia, la Ley Fundamental ha conferido competencias específicas a dos órganos constitucionales. Por un lado, al Poder Legislativo, que de manera exclusiva y excluyente, le corresponde *aprobar* la demarcación territorial de los diversos espacios en los que se divide territorial y políticamente el Estado peruano; y por otro, al Poder Ejecutivo, que tiene la competencia de *proponer* dicha delimitación (STC 0013-2005-AI/TC). En estos ámbitos de competencia constitucionalmente ninguna autoridad o gobierno descentralizado puede arrogarse su ejercicio, y menos ejercerla libre y discrecionalmente (STC 0008-2006-AI/TC).

15. Por otro lado, el Tribunal hace notar que la Ley de Demarcación y Organización Territorial, Ley N.° 27795, que establece las "definiciones básicas, criterios técnicos y los procedimientos para el tratamiento de demarcación territorial…", precisa que al Poder Ejecutivo le corresponde la competencia exclusiva de la demarcación territorial. Y su artículo 5° establece cuáles son sus órganos competentes, al prever que:

> "Artículo 5.- De los Organismos competentes
>
> Son organismos competentes en asuntos y materias de demarcación territorial:
>
> 1. La Presidencia del Consejo de Ministros a través de su Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial es el órgano rector del sistema nacional de demarcación territorial. Tiene competencia para normar, coordinar, asesorar, supervisar y evaluar el tratamiento de todas las acciones de demarcación territorial, a efecto de que se sustenten en criterios técnicos y geográficos. Tramita ante el Consejo de Ministros, los proyectos de ley de las propuestas que son conformes.
> 2. Los Gobiernos Regionales a través de sus Áreas Técnicas en demarcación territorial, se encargan de registrar y evaluar los petitorios de la población

organizada solicitando una determinada acción de demarcación territorial en su jurisdicción, verifican el cumplimiento de los requisitos, solicitan la información complementaria, organizan y formulan el expediente técnico de acuerdo con el Reglamento de la materia. Los expedientes con informes favorables son elevados a la Presidencia del Consejo de Ministros. Asimismo tienen competencia para promover de oficio las acciones que consideren necesarias para la organización del territorio de su respectiva región.

3. Las entidades del sector público nacional, incluidas las municipalidades están obligadas a proporcionar a los precitados organismos, la información que requieran dentro de los procesos en trámite, sin estar sujetos al pago de tasa administrativa alguna, con excepción del soporte magnético o físico que contenga la información requerida."

16. Por lo que se refiere al ámbito de competencia de los Gobiernos Regionales en materia de demarcación territorial, el artículo 53°, inciso f), de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley N° 27867, dispone que corresponde a esta instancia de gobierno "Planificar y desarrollar acciones de ordenamiento y delimitación en el ámbito del territorio regional y organizar evaluar y tramitar los expedientes técnicos de demarcación territorial, en armonía con las políticas y normas de la materia".

17. En ese sentido, los Gobiernos Regionales ejercen una competencia exclusiva en materia de organización y aprobación de "los expediente técnicos sobre acciones de demarcación territorial en su jurisdicción (…)", la misma que, por un lado, se ejerce "(…) conforme a la ley de la materia" (artículo 10°, numeral 1), inciso k) de la misma Ley 27867); y de otro, "(…) se desarrollan en base a las políticas regionales, las cuales se formulan en concordancia con las políticas regionales, las cuales se formulan en concordancia con las políticas conforme a la ley de la materia."

18. Por otro lado, la Ley de Demarcación y Organización Territorial, Ley N° 27795, delimita las atribuciones de los órganos de los Gobiernos Regionales. Así, su artículo 5.2 precisa que corresponde a los Gobiernos Regionales, a través de sus Áreas Técnicas, registrar y evaluar los petitorios sobre acciones de demarcación territorial en su jurisdicción, verificar el cumplimiento de los requisitos pertinentes, solicitar la información complementaria, y organizar y formular el expediente técnico, que será elevado a la Presidencia del Consejo de Ministros. Y conforme con la Primera Disposición Complementaria de la misma Ley N° 27795, al tener la condición de preferente interés nacional el proceso de demarcación y organización territorial, también corresponde a los gobiernos regionales **"…priorizar las acciones correspondientes sobre los distritos y provincias que lo requieran"** (negritas añadidas).

19. Así las cosas, en el caso concreto del artículo 1° de la Ordenanza Regional N.° 022-2011-GRP-CRP impugnada, el Tribunal observa que ésta declara

> **"**de necesidad e interés Regional la priorización de la Demarcación Territorial en zonas de conflicto territorial en la Región Puno".

20. En opinión del Tribunal, tal priorización de acciones en materia de demarcación territorial en relación a zonas de conflicto territorial con la Región de Puno, en sí misma, no es incompatible con el artículo 102, inciso 7), de la Constitución. Tampoco con el bloque de constitucionalidad, que desarrolla el modo cómo ha de desarrollarse el ejercicio de esa competencia. Antes bien, como se ha recordado en el fundamento 18 de esta sentencia, haciendo referencia a la Primera Disposición Complementaria de la Ley N° 27795, es competencia de los Gobiernos Regionales *"… priorizar las acciones correspondientes sobre los distritos y provincias que lo requieran"*, en el marco de la condición de preferente interés nacional el proceso de demarcación y organización territorial.

21. Mediante la "priorización" de las acciones tendientes a delimitar territorialmente determinadas zonas de la Región de Puno solo se reconoce la existencia de un problema de demarcación que se considera prioritario y de especial atención atender. Y, en opinión del Tribunal, ello es una tarea que sí le corresponde al Gobierno Regional de Puno. Ha de desestimarse, pues, este primer extremo de la demanda.

**b) Los artículos 2º, 3º y 4º de la Ordenanza Regional Nº 022-2011-GRP-CRP y la competencia de los gobiernos regionales para reconocer límites ancestrales**

22. El artículo 2° de la Ordenanza Regional cuestionada establece:

> **"Artículo Segundo.-** RECONOCER, los límites ancestrales en la Región Puno; A) En la provincia de Carabaya los distritos

de San Gabán, Ayapata, Coasa, Sector Loromayo y Nujununta. B) En la provincia de Puno, los distritos de Acora, Pichacani, San Antonio de Esquilache y Mañazo, así como en la provincia de San Román el distrito de Cabanillas. C) En la provincia de Lampa y anexos del distrito de Santa Lucía, Comunidades de Pinaya y Colline. E) En la Provincia de El Collao, distrito de Santa Rosa de Mazo Cruz comunidad de Pasto Grande. F) En la provincia de Huancané de la Cuenca del Rio Suches del Distrito de Cojata".

23. La cuestión de si el Gobierno Regional de Puno tiene o no competencia para que mediante una Ordenanza Regional reconozca o establezca los "límites ancestrales" de su Región, el Tribunal ha de absolverla negativamente. Una conclusión de esa naturaleza es consecuencia del análisis antes efectuado en torno a cuáles son los órganos que tienen competencia para realizar la delimitación territorial y qué es lo que le corresponde a cada uno de ellos [*supra*, fundamentos 14-18].

24. En ese análisis de constitucionalidad, que comprendía también el bloque de constitucionalidad, el Tribunal resaltó que los gobiernos regionales carecen, sencillamente, de la competencia para demarcar su territorio. Pero es que no solo carecen de competencia para demarcar su territorio, sino que también adolecen de competencia para reconocer sus "límites ancestrales", pues ni el uno ni el otro han sido conferidos por la Constitución o el bloque de constitucionalidad. A este efecto, es preciso que el Tribunal recuerde que en materia de determinación de competencias entre el Gobierno Central y los Gobiernos Regionales, dos de los principios que lo informan son los de residualidad y taxatividad:

> "Por más que la cláusula de residualidad no está expresamente reconocida en la Constitución, a diferencia de lo que sucede en ordenamientos comparados (...), a partir del principio de unidad (...) cabe señalar que las competencias regionales sólo serán aquellas que explícitamente estén consagradas en la Constitución y en las leyes de desarrollo de descentralización, de modo que lo que no esté señalado en ellas, corresponde a la competencia exclusiva del Gobierno Central.
>
> Los Gobiernos Regionales no tienen más competencias que aquellas que la Constitución y las leyes orgánicas les hayan concedido. En otras palabras, los Gobiernos Regionales se encuentran sometidos al principio de taxatividad, de modo tal que aquellas competencias que no les han sido conferidas expresamente, corresponden al Gobierno Nacional (cláusula de residualidad).
>
> El principio de taxatividad se desprende del segundo párrafo del artículo 192° de la Constitución, que establece cuáles son las competencias de los gobiernos regionales. Y se encuentra reforzado en el inciso 10) del mismo precepto constitucional, al establecerse que también son competentes para `Ejercer las demás atribuciones inherentes a su función, conforme a ley´." (Subrayado agregado) [STC 0020-2005-PI/TC, fundamento 49].

25. En virtud de dichos principios, que se derivan de la forma de Estado constitucionalizada en la Ley Fundamental, el Tribunal pudo afirmar que las únicas competencias con que cuentan los gobiernos regionales son aquellas que la Constitución y el bloque de constitucionalidad les han establecido (principio de taxatividad), lo que supone tanto como decir que aquellas competencias que no se les ha conferido son de titularidad del Gobierno Nacional (cláusula de residualidad) [STC 0020-2005-AI/TC y 0021-2005-AI/TC (acumulados)].

26. Y esto es, precisamente, lo que sucede con el reconocimiento de los límites ancestrales de la Región Puno que efectúa el artículo 2 de la Ordenanza Regional cuestionada. Al no contar los Gobiernos Regionales con la competencia para fijar "límites ancestrales" o de otra clase, las ordenanzas que estos puedan expedir también carecen de la competencia para regular una materia como aquella.

27. Sin embargo, antes declarar la invalidez del artículo 2° de la Ordenanza Regional impugnada por violación del principio de competencia, todavía es preciso que el Tribunal indague si, a lo mejor, esta *potestas* de reconocer "límites ancestrales" se deriva, implícitamente, de alguna competencia de las que sí se les ha conferido a los gobiernos regionales. Y es que, como se afirmó en la STC 0020-2005-AI/TC, además de los principios de residualidad y taxatividad, también la identificación de una competencia regional puede fundarse en el principio del efecto útil y de los poderes implícitos, que hemos reconocido dentro de aquellos que sirven para articular las relaciones entre las diversas instancias de Gobierno de un Estado unitario y descentralizado mediante la regionalización.

28. Así, por ejemplo, en la STC 0020-2005-AI/TC, se precisó que:

"… cada vez que una norma (constitucional o legal) confiere una competencia a los gobiernos regionales, debe entenderse como que ésta contiene normas implícitas de sub-competencia para reglamentar la norma legal, sin las cuales el ejercicio de la competencia conferida a los gobiernos regionales carecería de eficacia práctica o utilidad.

76. El principio del efecto útil, así, pretende flexibilizar la rigidez del principio de taxatividad, de modo que la predeterminación difusa en torno a los alcances de una competencia por la ley orgánica o la Constitución, no termine por entorpecer un proceso que, en principio, se ha previsto como progresivo y ordenado conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias (artículo 188° de la Constitución).

Así, el principio de taxatividad de competencias no es incompatible con el reconocimiento de que los gobiernos regionales también pueden realizar aquellas competencias reglamentarias no previstas legal ni constitucionalmente, pero que sin embargo son consustanciales al ejercicio de las previstas expresamente (poderes implícitos), o constituyan una directa manifestación y exteriorización de los principios que rigen a los gobiernos regionales dentro de un Estado unitario y descentralizado.

29. Así las cosas, el Tribunal nuevamente hace notar que de acuerdo con la Ley N° 27795, Ley de Demarcación y Organización Territorial, corresponde al Poder Ejecutivo, en calidad de competencia exclusiva, el tratamiento de la demarcación territorial. Y según el artículo 5° de la misma Ley N.° 27795, la Presidencia del Consejo de Ministros, a través de su Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial (DNTDT), es:

"… el órgano rector del sistema nacional de demarcación territorial. *Tiene competencia para normar, coordinar, asesorar, supervisar y evaluar el tratamiento de todas las acciones de demarcación territorial, a efecto de que se sustenten en criterios técnicos y geográficos*. Tramita ante el Consejo de Ministros, los proyectos de ley de las propuestas que son conformes.

30. A diferencia de ello, los Gobiernos Regionales, a través de sus Áreas Técnicas de Demarcación Territorial, tienen la tarea de encargarse

"(…) de registrar y evaluar los petitorios de la población organizada solicitando una determinada acción de demarcación territorial en su jurisdicción, verifican el cumplimiento de los requisitos, solicitan la información complementaria, organizan y formulan el expediente técnico de acuerdo con el Reglamento de la materia. Los expedientes con informes favorables son elevados a la Presidencia del Consejo de Ministros. Asimismo tienen competencia para promover de oficio las acciones que consideren necesarias para la organización del territorio de su respectiva región".

31. En definitiva, como establece el artículo 8° del Decreto Supremo N.° 019-20103-PCM, Reglamento de la Ley de Demarcación y Organización Territorial, la competencia de los Gobiernos Regionales en materia de demarcación territorial se circunscribe a:

"a) Conducir el proceso de demarcación y organización territorial en el ámbito regional conforme al Plan Nacional de Demarcación Territorial.

b) Organizar, formular y tramitar ante la DNTDT, los expedientes de demarcación territorial que se generen en el ámbito de su jurisdicción.

c) Promover de oficio las acciones de demarcación territorial necesarias para la organización territorial del ámbito regional.

d) Declarar improcedentes las solicitudes, petitorios y/o propuestas de demarcación territorial que no reúnan los requisitos establecidos por la normatividad vigente.

e) Elaborar los estudios de diagnóstico y zonificación, bajos los lineamientos y el asesoramiento técnico de la DNTDT.

f) Solicitar a las entidades del Sector Público, la opinión técnica y/o información requerida para el cumplimiento de sus funciones.

g) Elaborar estudios específicos sobre demarcación territorial en coordinación con la DNTDT.

h) Aprobar las categorizaciones y recategorizaciones de centros poblados, dentro de su circunscripción.

i) Ejercer las demás funciones que señala la Ley y el presente Reglamento".

32. Como se observa, dentro del bloque de constitucionalidad que disciplina el reparto

de competencias entre el Poder Ejecutivo y los Gobiernos Regionales en materia de formulación de propuestas de demarcación territorial, ninguna de las competencias que en esta materia se ha atribuido a los gobiernos regionales comprende el que éstos puedan reconocer "límites ancestrales". Es decir, que constituya una potestad implícita, en ausencia de la cual algunas de las competencias que sí tienen pueda carecer de eficacia práctica o de utilidad.

No hay, pues, modo de salvar la constitucionalidad del artículo 2 de la Ordenanza Regional analizada. Y así debe declararse.

33. Por la razones que se acaban de exponer también debe declararse la inconstitucionalidad del artículo 3° de la Ordenanza Regional cuestionada, que "emplaza" a la Presidencia del Consejo de Ministros y demás órganos técnicos competentes a que, cuando se vaya a delimitar territorialmente la Región de Puno, se consideren dichos "límites ancestrales".

34. Distinto es el caso del artículo 4 de la misma Ordenanza Regional, que encarga a la Gerencia correspondiente la conclusión del proceso de demarcación territorial en toda la jurisdicción de Puno (artículo 4° de la ordenanza), en armonía con la función específica y la competencia exclusiva que el artículo 53°, inciso f), y el artículo 10°, numeral 1), inciso k), de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, confiere a los Gobiernos Regionales en esta materia. Puesto que este tema sí forma parte de las competencias del Gobierno Regional de Puno, su regulación mediante la Ordenanza Regional cuestionada, no adolece de ningún vicio de ilegitimidad constitucional.

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda; en consecuencia, **INCONSTITUCIONAL** los artículos segundo y tercero de la Ordenanza Regional N.° 022-2011-GRP-CRP.

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

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**URVIOLA HANI**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**CALLE HAYEN**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

***Sentencia 00020-2011-PI/TC*** *Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados de Arequipa contra el artículo 1 de la Ley 29475, Ley que modifica el artículo 7.2 de la Ley 28583, Ley de Reactivación de la Marina Mercante Nacional. El Tribunal declaró infundada la demanda.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 18 de octubre de 2013

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda contra el artículo 1 de la Ley 29475, Ley que modifica el artículo 7.2 de la Ley 28583, Ley de Reactivación de la Marina Mercante Nacional, así como, por conexidad, contra el artículo 46 del Decreto Supremo 014-2011-MTC, Reglamento de la Ley 28583.

Respecto al artículo 7.2 de la Ley 28853, el cual contraviene el artículo 63 de la Constitución según el demandante, el Tribunal señaló que su propósito no es regular materia de inversiones, sino limitar la posibilidad de que en materia de transporte acuático o de cabotaje, empresas extranjeras puedan operar naves de bandera extranjera. Y el transporte acuático o de cabotaje constituye la prestación de un servicio de naturaleza comercial, y no una inversión, por tanto no es posible atribuirle a esta disposición un trato discriminatorio. El Tribunal no negó, por cierto, que en el presente caso se materialice una restricción al naviero extranjero para realizar el transporte acuático comercial en tráfico nacional o cabotaje. Pero señaló que una restricción de esta naturaleza es indiferente al artículo 63 de la Constitución.

Por otro lado, el Tribunal aplicó el test de proporcionalidad para determinar si la exclusión de los navieros extranjeros o empresas navieras extranjeras para operar con naves de bandera extranjera en el transporte acuático comercial, optimizan la defensa de la soberanía y seguridad de la Nación. Así, tras un detallado análisis, el Tribunal concluyó que el fin perseguido por el legislador es de la máxima importancia y que, aún cuando suponga una intervención grave sobre el derecho de igualdad, ello no autoriza a este Tribunal a declarar la inconstitucionalidad de la disposición cuestionada.

**Temas claves**: Derecho a la igualdad — seguridad de la Nación — soberanía de la Nación — test de proporcionalidad.

**EXP. N.º 00020-2011-PI/TC**
**AREQUIPA**
**COLEGIO DE ABOGADOS DE AREQUIPA**

**RAZÓN DE RELATORÍA**

En la presente causa, la resolución sólo es suscrita por los señores magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Urviola Hani, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, no por el señor magistrado Beaumont Callirgos debido a que, aun cuando estuvo presente en la vista de la causa, no llegó a votar y mediante Resolución Administrativa N° 66-2013-P/TC de fecha 3 de mayo de 2013, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 6 de mayo de 2013, se ha declarado la vacancia de dicho magistrado por la causal establecida en el artículo 16°, inciso 4, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Los votos emitidos alcanzan la mayoría suficiente para formar resolución, conforme al artículo 5° (primer párrafo) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y al artículo 48° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.

Lima, 22 de mayo de 2013

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**
**Expediente N.º 0020-2011-PI/TC**

**SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Del 22 de mayo de 2013

**PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD**

Colegio de Abogados de Arequipa c. Congreso de la República

**Síntesis:**

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Arequipa contra el artículo 1 de la Ley N.° 29475, que modifica el artículo 7.2 de la Ley N.° 28583, Ley de Reactivación de la Marina Mercante Nacional.

Magistrados presentes:

**SS.**
**URVIOLA HANI**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**CALLE HAYEN**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

**EXP. N.º 00020-2011-PI/TC**
**AREQUIPA**
**COLEGIO DE ABOGADOS DE AREQUIPA**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Arequipa, a los 22 días del mes de mayo de 2013, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli, que se agrega

**A) ASUNTO**

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Arequipa contra el artículo 1° de la Ley N°. 29475, en cuanto modifica el artículo 7.2 de la Ley N.° 28583, Ley de Reactivación de la Marina Mercante Nacional, así como, por conexión, contra el artículo 46 del Decreto Supremo N.° 014-2011-MTC, Reglamento de la Ley N° 28583.

**B) ANTECEDENTES**

**1. De los fundamentos de la demanda**

Con fecha 2 de noviembre de 2011, el Colegio de Abogados de Arequipa interpone demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° de la Ley N.° 29475, que modifica el artículo 7.2 de la Ley N° 28583, Ley de Reactivación de la Marina Mercante Nacional, así como, por conexión, contra el artículo 46 del Decreto Supremo N° 014-2011-MTC.

Afirma que el referido artículo 7.2 viola el artículo 63 de la Constitución, pues realiza un tratamiento discriminatorio al permitir solo de modo excepcional el fletamento de naves extranjeras para el transporte acuático entre puertos peruanos y solamente en el caso de inexistencia de naves propias. De igual manera, refiere que las normas impugnadas fundan un segundo trato discriminatorio, puesto que impiden que empresas navieras extranjeras puedan fletar, a su vez, naves de bandera extranjera, otorgando a las empresas navieras nacionales el derecho exclusivo de operar tales embarcaciones extranjeras.

Finalmente, considera que la disposición impugnada transgrede el artículo 71 de la Constitución, en relación al artículo 2.2 de la misma Ley Fundamental, pues realiza un trato discriminatorio a los extranjeros en función de la propiedad.

**2. De los fundamentos de la contestación de demanda**

Con fecha 15 de junio de 2012, el apoderado del Congreso de la República contesta la demanda solicitando que ésta se declare infundada. Alega que la disposición impugnada no viola el artículo 63° de la Constitución, referido a la igualdad de condiciones para los nacionales y extranjeros en materia de inversión, puesto que si se tiene en cuenta lo que el Tribunal Constitucional ha definido como inversión, lo dispuesto por el artículo 7.2 de la Ley N.° 28583 no regula un tema de inversión sino más bien de servicio de fletamento o alquiler de naves para el transporte acuático entre puertos peruanos.

Por otra parte, sostiene que en relación al artículo 71° de la Constitución, sobre el derecho de propiedad, las disposiciones cuestionadas superan el test de proporcionalidad, en la medida que constituyen medidas (i) idóneas para lograr fines constitucionalmente legítimos como el orientar el desarrollo del país y garantizar la seguridad de la Nación; (ii) necesarias, al no existir otro medio alternativo idóneo que alcance los mismos fines; y (iii) proporcionales, puesto que el grado de realización de los fines constitucionales que se persiguen son mayores al grado de afectación al derecho de propiedad.

Finalmente, con respecto a la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 46 del Decreto Supremo N.° 014-2011-MTC, precisa que esta solicitud atenta contra el deber primordial del Estado de promover la integración y la aplicación del principio de reciprocidad y, a su vez, repercute

negativamente en el desarrollo del país. Resalta, por último, que el Decano del Colegio de Abogados de Arequipa no ha sido facultado por su gremio para impugnar el Reglamento.

**FUNDAMENTOS**

**§1. Delimitación del petitorio**

1. El objeto de la demanda es que se declare la inconstitucionalidad del artículo 1° de la Ley N°. 29475, que modifica el artículo 7.2 de la Ley N.° 28583, Ley de Reactivación de la Marina Mercante Nacional; y, por conexión, el artículo 46 del Decreto Supremo N.° 014-2011-MTC.

   Sin embargo, antes de resolver el fondo de la controversia, es preciso que el Tribunal analice un par de cuestiones de orden formal que, con posterioridad a la admisión de la demanda, se han planteado.

**§2. Plazo de prescripción e interposición de la demanda**

2. La primera de ellas, tiene que ver con la alegación de que la demanda se habría interpuesto fuera del plazo legal. El argumento reza así: si bien en el petitorio de la demanda se cuestiona la constitucionalidad del artículo 1° de la Ley N.° 29475, en cuanto modifica el artículo 7.2 de la Ley N.° 28583, sin embargo, tanto dicho petitorio como los fundamentos que la sustentan, no cuestionan el extremo de la disposición introducida mediante la modificación, sino aquella que ya se encontraba vigente desde que se expidió la Ley N.° 28583. Por tanto, habiendo entrado en vigencia la Ley N.° 28583 el 22 de julio de 2005, cuando se interpuso la demanda, el 2 de noviembre de 2011, ya había transcurrido con exceso el plazo de prescripción al que se hace referencia en el artículo 100° del Código Procesal Constitucional.

3. El Tribunal no comparte dicho criterio. El artículo 1° de la Ley N.° 29475, después de precisar que modifica, entre otros artículos, el párrafo 7.2 de la Ley N.° 28853, indica que éste quedará redactado bajo un texto integrado por los siguientes enunciados lingüísticos:

   > "7.2 Para el transporte acuático entre puertos peruanos únicamente, y en los casos de inexistencia de naves propias o bajo las modalidades a que se refiere el párrafo 7.1, se permitirá el fletamento de naves de bandera extranjera para ser operadas, únicamente, por navieros nacionales o empresas navieras nacionales, por un período que no superará los seis (6) meses no prorrogables.
   >
   > El reglamento regula la aplicación tributaria a los buques extranjeros que ingresan al servicio de cabotaje nacional".

4. El Tribunal es de la opinión que habiéndose re-escrito por completo el artículo 7.2 de la Ley N.° 28853, como consecuencia de la modificación realizada por el artículo 1° de la Ley N.° 29475, el plazo de prescripción se computa desde que entró en vigencia el texto de la disposición legal que contiene su (nueva) formulación lingüística. Es decir, desde que entró en vigencia la Ley N.° 29475; pues, en última instancia, como dispone el cuarto párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, "Cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación".

**§3. Inconstitucionalidad por conexión e impugnación de inconstitucionalidad por un Colegio de Abogados**

5. La segunda cuestión de orden formal atañe al cuestionamiento efectuado en la contestación de la demanda en torno a la solicitud de declaración de inconstitucionalidad, por conexión, del Decreto Supremo N.° 014-2011-MTC. A juicio del apoderado del Congreso de la República, una pretensión de esa naturaleza habría requerido, al igual que el cuestionamiento del artículo 7.2 de la Ley N.° 28853, modificada por la Ley N.° 29475, que se cuente con el acuerdo de la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Arequipa.

6. Tampoco el Tribunal comparte dicho criterio. En la STC 00045-2004-PI/TC, este Tribunal afirmó su competencia para declarar la inconstitucionalidad de fuentes formales del derecho de jerarquía inferior a la Ley, "cuando ella es también inconstitucional `por conexión o consecuencia´ con la norma de jerarquía legal que el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional". Se dijo en aquella ocasión que "La relación de conexidad entre normas consiste en que el supuesto o la consecuencia de una de ellas es complementada por la otra. O, si se prefiere, desde una perspectiva más general: que el régimen de una materia dispuesto en una norma es complementado, precisado o concretizado por otra. Por su parte, la alusión al concepto "consecuencia" supone una relación de causalidad, donde el contenido de una norma resulta instrumental en relación a otra. La relación de instrumentalidad que una norma tiene respecto a otra supone una relación de medio-fin, en la cual si la que desenvuelve el rol de fin es declarada

inconstitucional, por lógica consecuencia, la que desempeña el rol de medio deviene también inconstitucional. La declaratoria de inconstitucionalidad de la `norma-fin´ trae como consecuencia la inconstitucionalidad de la `norma-medio´" [fundamentos 74 y 77, respectivamente].

7. De hecho, la pretensión de que se declare la inconstitucionalidad por conexión de una norma legal o de jerarquía infralegal no está sujeta a las reglas que disciplinan el ejercicio de la legitimación activa en el proceso de inconstitucionalidad y, en particular, a que exista un acuerdo de la Junta Directiva cuando la demanda de inconstitucionalidad haya sido interpuesta por un Colegio Profesional. Su declaración, en tanto se haya constatado la inconstitucionalidad de la norma legal impugnada, forma parte de la tarea ordenadora que a este Tribunal se ha confiado en su condición de órgano de control de la constitucionalidad [artículo 1° de la LOTC]. Es nuestro deber expulsarla del ordenamiento jurídico si es que ésta tiene relaciones de conexión, consecuencia o identidad con la norma legal declarada inconstitucional. Y ello ha de suceder se haya invocado o no con la demanda. De modo, pues, que es procesal-constitucionalmente irrelevante si la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Arequipa autorizó a su Decano para solicitar que se declarara la inconstitucionalidad por conexión del artículo 46° del Decreto Supremo N.° 014-2011-MTC.

**§4. El artículo 7.2 de la Ley 28853 y el trato igual a la inversión nacional y extranjera**

a) **Argumentos del demandante**

8. El Colegio de Abogados de Arequipa sostiene que el artículo 7.2 de la Ley N.° 28853, modificado por el artículo 1° de la Ley N.° 29475, viola el artículo 63° de la Constitución, pues realiza un tratamiento discriminatorio entre inversionistas, permitiendo solo de modo excepcional el fletamento de naves extranjeras para el transporte acuático entre puertos peruanos, y solamente en el caso de que las empresas peruanas carezcan de naves propias.

**b) Argumentos del demandado**

9. El apoderado del Congreso de la República sostiene que la disposición impugnada no viola el primer párrafo del artículo 63° de la Constitución, referido a la igualdad de condiciones entre nacionales y extranjeros en materia de inversión, pues el artículo 7.2 de la Ley N.° 28583 no disciplina una materia relacionada con las inversiones, sino una actividad comercial, como el transporte acuático en tráfico nacional o cabotaje.

**c) Consideraciones del Tribunal Constitucional**

10. El artículo 63° de la Constitución establece que:

> "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.
>
> En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.
>
> El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley".

11. En la STC 0018-2003-AI/TC, este Tribunal señaló que la inversión a la que hace referencia el artículo 63 de la Ley Fundamental 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. Es decir, significa el ingreso de dinero, insumos, equipos, etc.". Como tal, destacamos, "La inversión supone el acrecentamiento del capital de una economía o, en otras palabras, la acumulación de capital"; pudiendo ser ésta, "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"; precisando que la condición de inversión extranjera, incluso, la tiene "cuando la acción económica se efectúa dentro del territorio de un Estado por agentes económicos con domicilio en otros países".

12. En coherencia con el artículo 63° de la Constitución, el artículo 1° del Decreto Legislativo N.° 662, Ley que aprueba el régimen de estabilidad a la inversión extranjera, precisa que

"El Estado *promueve y garantiza las inversiones extranjeras* efectuadas y por efectuarse en el país, *en todos los sectores de la actividad económica* y en cualesquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la legislación nacional.

Para estos efectos, serán consideradas como inversiones extranjeras las inversiones provenientes del exterior que se realicen en actividades económicas generadoras de renta (…)".

13. En el presente caso, se ha cuestionado el artículo 7.2 de la Ley N.° 28853, modificado por el artículo 1° de la Ley N.° 29475. Dicha disposición establece:

**"Artículo 1.- Normas modificadas**

Modifícanse (…) los párrafos 7.2 y 7.4 del artículo 7 (…), que quedan redactados con los siguientes textos: (…)

**Artículo 7.- Transporte de cabotaje**

(…) 7.2 Para el transporte acuático entre puertos peruanos únicamente, y en los casos de inexistencia de naves propias o bajo las modalidades a que se refiere el párrafo 7.1, se permitirá el fletamento de naves de bandera extranjera para ser operadas, únicamente, por navieros nacionales o empresas navieras nacionales, por un período que no superará los seis (6) meses no prorrogables.

El reglamento regula la aplicación tributaria a los buques extranjeros que ingresan al servicio de cabotaje nacional (…)".

14. El Tribunal observa que al cuestionarse la validez constitucional del artículo 7.2 de la Ley N.° 28853, modificado por el artículo 1° de la Ley N.° 29475, se ha argumentado que ésta "colisiona severamente con lo dispuesto en el artículo 63 de la Constitución, en cuanto éste señala, de modo terminante, que "la inversión nacional y extranjera se someten a las mismas condiciones (…)". En buena cuenta, se acusa que la disposición realiza un trato diferenciado a la inversión extranjera.

15. La objeción ha de rechazarse. El artículo 7.2 de la Ley N° 28583 no regula en materia de inversiones, es decir, con la actividad de colocar capitales en el mercado. El propósito de dicha disposición es otro. Es limitar la posibilidad de que en materia de transporte acuático o de cabotaje, empresas extranjeras puedan operar naves de bandera extranjera. Y el transporte acuático o de cabotaje no es otra cosa que la prestación de un servicio de naturaleza comercial, y no una inversión.

16. La naturaleza comercial de la actividad restringida por la disposición impugnada se evidencia ya del artículo 7.1 de la Ley N.° 28583, Ley de Reactivación y Promoción de la Marina Mercante Nacional, así como del artículo 45° del Decreto Supremo N.° 014-2011-MTC, que aprueba el Reglamento de la Ley N.° 28583. Ambas definen al cabotaje como una actividad comercial:

"Artículo 7.- Transporte de cabotaje

7.1 El transporte acuático **comercial** en tráfico nacional o cabotaje, queda reservado, exclusivamente, a naves mercantes de bandera peruana de propiedad del Naviero Nacional o Empresa Naviera Nacional o bajo las modalidades del Arrendamiento Financiero o Arrendamiento a Casco Desnudo, con opción de compra obligatoria; salvo lo dispuesto en el numeral 7.4".

"Artículo 45.- Cabotaje

45.1 El **transporte acuático comercial** de pasajeros y carga, en tráfico nacional o cabotaje es el que se realiza entre puertos peruanos y está reservado exclusivamente a favor de los buques mercantes de bandera peruana, de propiedad o bajo las modalidades de arrendamiento financiero o arrendamiento a casco desnudo, con opción de compra obligatoria y operados por un Naviero Nacional".

17. Y porque su objeto no es regular un tema en materia de inversiones, a esta disposición no se le puede atribuir haber discriminado en esa materia. El Tribunal Constitucional no niega, por cierto, que en el presente caso se materialice una restricción al naviero extranjero para realizar el transporte acuático comercial en tráfico nacional o cabotaje. Pero una restricción de esta naturaleza es indiferente al artículo 63 de la Constitución. Y así debe declararse.

**§3. El artículo 7.2 de la Ley 28853 y la presunta violación del derecho de igualdad, en relación con el derecho a la propiedad**

**a) Argumentos del demandante**

18. Afirma el Colegio de Abogados de Arequipa que la disposición impugnada transgrede el artículo 71° de la Constitución, pues en base a la nacionalidad, impide que los extranjeros gocen de diversos atributos garantizados por el derecho de propiedad, pues, a su juicio,

existe una íntima vinculación entre actividades de transporte marítimo y el derecho de propiedad.

**b) Argumentos del demandado**

19. El Apoderado del Congreso de la República sostiene que si bien se efectúa un trato diferenciado, éste no termina por ser un trato discriminatorio, prohibido por la Constitución, ya que la diferenciación que contiene supera el test de proporcionalidad. Y lo supera pues, (i) constituye una medida idónea para lograr fines constitucionalmente legítimos, como garantizar la seguridad de la nación y orientar el desarrollo del país; (ii) necesarias, al no existir otro medio alternativo idóneo que alcance los mismos fines; y (iii) proporcionales, puesto que el grado de realización de los fines constitucionales que se persiguen es mayor al grado de afectación del derecho de propiedad.

**c) Consideraciones del Tribunal Constitucional**

20. El artículo 7.2 de la Ley 28853, tras su modificación, establece:

> (…) 7.2 Para el transporte acuático entre puertos peruanos únicamente, y en los casos de inexistencia de naves propias o bajo las modalidades a que se refiere el párrafo 7.1, se permitirá el fletamento de naves de bandera extranjera para ser operadas, únicamente, por navieros nacionales o empresas navieras nacionales, por un período que no superará los seis (6) meses no prorrogables.
>
> El reglamento regula la aplicación tributaria a los buques extranjeros que ingresan al servicio de cabotaje nacional (…)".

21. El Tribunal observa que al menos 2 son las normas regulativas que se derivan de la disposición impugnada. A) La primera consiste en autorizar el fletamento de naves de bandera extranjera a los navieros nacionales o empresas navieras nacionales sólo en el caso de que éstas no tengan naves mercantes de bandera peruana u operen con naves bajo las modalidades del arrendamiento financiero o arrendamiento a casco desnudo, con opción de compra obligatoria, y por un periodo que no superará los 6 meses. B) La segunda, consistente en autorizar que las naves de bandera extranjera fletadas sólo puedan ser operadas por navieros nacionales o empresas navieras nacionales, lo que implica, a su vez, una norma implícita de exclusión, consistente en prohibir que esta actividad la puedan realizar las navieras extranjeras o empresas navieras extranjeras.

22. En el caso de la primera norma regulativa, las condiciones y circunstancias en los que la autorización para fletar se pueda llevar a cabo, representan una intervención normativa sobre la libertad de contratación de la que constitucionalmente gozan los navieros nacionales o las empresas navieras nacionales. En el caso de la segunda, la exclusión de las empresas extranjeras o empresas navieras extranjeras, de la autorización para operar naves de bandera extranjera fletadas, una intervención sobre el derecho-principio de igualdad. Puesto que la demanda se centra en el cuestionamiento de la segunda de las normas regulativas del artículo 7.2 de la Ley N.° 28853, hemos de detenernos en el análisis de si el trato diferenciado que éste contiene ha devenido en discriminatorio y, por tanto, contrario al mandato que contiene el derecho-principio de igualdad jurídica.

23. Con tal propósito, hemos de recordar, muy sumariamente, que este derecho-principio de igualdad, en cuanto derecho subjetivo fundamental, garantiza el

> "(…) *derecho a no ser discriminado* por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo" "de cualquier otra índole") que, jurídicamente, resulten relevantes" [STC 0045-2004-PI/TC, F.J. N° 20].

24. Como también hemos recordado, este derecho no garantiza que todos seamos tratados igual siempre y en todos los casos. Puesto que la igualdad presupone el trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es, hemos afirmado que su programa normativo admite la realización de tratos diferenciados, y que estos últimos no pueden confundirse con el trato discriminatorio. Se cruza la línea de frontera entre una diferenciación constitucionalmente admisible, ingresándose a una discriminación constitucionalmente prohibida, todas las veces que se constata que la diferenciación practicada carece de justificación en los términos que demanda el principio de proporcionalidad. Un análisis orientado a ese fin, sin embargo, requiere previamente que se determine la existencia de una diferenciación jurídicamente relevante; es decir, que el objeto, sujeto, situación o relación ofrecida como término de comparación tenga la capacidad de operar válidamente como tal. Es decir, que sea jurídicamente válido y, además, idóneo [Cf. STC 0035-2010-PI/TC].

25. En el caso, la identificación y determinación de la corrección del término de comparación

para analizar la norma de exclusión que contiene el artículo 7.2 de la Ley N.° 28583 no ofrece ningún problema. Una misma actividad –el transporte acuático comercial operando naves propias o, por excepción, naves de bandera extranjera– se autoriza a realizar exclusivamente a los navieros nacionales o empresas navieras nacionales, prohibiéndose que ésta la puedan realizar los navieros extranjeros o empresas navieras extranjeras. El trato diferente se materializa, pues, en el privilegio que se otorga a los navieros nacionales y a las empresas navieras nacionales para realizar una actividad de cuya práctica se excluye a las navieras extranjeras o empresas navieras extranjeras.

26. El motivo de tal diferenciación no tiene que ver con los caracteres de la actividad misma, sino con la nacionalidad de los navieros o empresas navieras que lo puedan practicar. La nacionalidad, como elemento en el que se funda la diferenciación, no siempre ingresa dentro de la categoría general "de cualquier otra índole" al que se refiere el artículo 2.2 de la Constitución y, por tanto, constituye en todos los casos un motivo prohibido por la Ley Fundamental. Así sucede, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que es la propia Constitución la que en base a la nacionalidad funda la restricción en el goce y ejercicio de algunos derechos fundamentales [acceso a determinados cargos públicos, algunos derechos políticos, determinados atributos del derecho de propiedad, etc.]. Por ello, cuando la diferenciación legislativa se funda en la nacionalidad, la determinación de si ésta constituye o no un motivo prohibido por la Constitución requiere que previamente se identifique el interés o derecho [constitucional, legal o infralegal] que relacionalmente resulte afectado.

27. En el caso del artículo 7.2 de la Ley N.° 28853 –modificado–, el Tribunal observa que la prohibición de que las navieras extranjeras o empresas navieras extranjeras puedan operar con naves de bandera extranjera, en tráfico nacional o cabotaje, se circunscribe al transporte acuático comercial. Impide que empresas navieras extranjeras o navieras extranjeras puedan realizar, en puertos peruanos, actividades de transporte acuático de carga y pasajeros. Por tanto, la norma implícita de exclusión, es decir, la diferenciación fundada en la nacionalidad que contiene la disposición impugnada, tiene como correlato el efecto de impedir el goce y ejercicio de la libertad de comercio, pues este derecho garantiza "la facultad de elegir la organización y llevar a cabo una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Tal libertad presupone el atributo de poder participar en el tráfico de bienes lícitos, así como dedicarse a la prestación de servicios al público no sujetos a dependencia o que impliquen el ejercicio de una profesión liberal" [STC 03330-2004-AA/TC, fundamento 13]. Es decir, la capacidad autodeterminativa, de personas naturales o jurídicas, para mediar entre la oferta y la demanda de bienes o de servicios, orientada a promover, facilitar o ejecutar los cambios y obtener con ello un beneficio económico calculado sobre las diferencias de valores.

28. Por otro lado, el Tribunal observa que la misma norma implícita de exclusión también interviene en el ámbito protegido *prima facie* del derecho de propiedad, que no sólo es un derecho subjetivo constitucional, sino también un instituto constitucionalmente garantizado y, como tal, portador de valores y funciones. Interviene normativamente en el derecho de propiedad, pues la prohibición de que las navieras extranjeras o las empresas navieras extranjeras puedan operar con naves de bandera extranjera, en tráfico nacional o cabotaje, impide que éstas puedan usarlas –si bien exclusivamente entre los puertos nacionales- y gozar de los frutos inherentes a dicho uso. Y éste, en su condición de derecho subjetivo, garantiza que cualquier persona, natural o jurídica, pueda usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, permitiendo a su propietario servirse directamente de él, percibir sus frutos y productos, y darle el destino más conveniente a sus intereses patrimoniales, en el marco de la función social que es consustancial al contenido garantizado por este derecho.

29. El Tribunal precisa que el impedimento del goce y ejercicio de estas dos potestades que conforman el derecho de propiedad no está relacionado con las condiciones necesarias que ciertos bienes de bandera extranjera deban cumplir para su uso y disfrute en el territorio nacional. El artículo 7.2 de la Ley impugnada no contiene una regulación sobre tales condiciones, sino una prohibición general al uso y disfrute de las naves de bandera extranjera por parte de las navieras extranjeras o las empresas navieras extranjeras, y sólo para el transporte de cabotaje entre puertos peruanos; a diferencia de los navieros nacionales o las empresas navieras nacionales que sí pueden hacerlo.

30. El Tribunal observa que ya se trate de la libertad de comercio [artículo 59° de la CP] o alguno de los atributos del derecho de propiedad

[artículo 70° de la CP], la diferenciación fundada en la nacionalidad no es una medida constitucionalmente exigida. Sus posiciones *iusfundamentales prima facie* analizadas no tienen en la nacionalidad un límite inmanente que defina su contenido. Por tanto, su empleo en la diferenciación utilizada por el legislador, en este caso, ingresa dentro de la categoría de las medidas constitucionalmente prohibidas a las que hace referencia la expresión "o de cualquiera otra índole" del artículo 2.2 de la Constitución. Y, por ello, se trata de una intervención grave sobre el derecho-principio de igualdad [STC 0045-2004-PI/TC, fundamento 35 "a"], cuya justificación, o no, este Tribunal debe verificar, empezando por la identificación del objetivo y los fines que se aspiran cuando menos fomentar.

31. El Tribunal constata que al deliberar sobre el contenido de la disposición impugnada se expresaron diversos argumentos en pro de establecer una medida como la adoptada. En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 933/2006-CR, por ejemplo, se argumentó que el Estado peruano no contaba con una Marina Mercante Nacional y que ello había sido consecuencia de la entrada en vigencia de los decretos legislativos Nos. 644 y 683, que coadyuvó para la desaparición de los 65 buques de alto bordo de bandera peruana, la pérdida de 5,000 puestos de trabajo y de un tercio de los ingresos de divisas por fletes de los buques nacionales, además de que el Estado dejara de percibir diversos impuestos. Se adujo, igualmente, que la inexistencia de una Marina Mercante Nacional constituía una traba para el desarrollo del país, pues

> "… ningún país desarrollado ha podido crecer, mantener e incrementar su comercio exterior sin una flota nacional propia, protegida en su desarrollo y vinculada inevitablemente a políticas integrales de seguridad nacional, por lo que el Estado y la Nación deben utilizar todas las herramientas posibles para conseguir tales fines, atendiendo a la diversidad de barcos mercantes con los que desarrollan su actividad de servicios regular y no programado" [Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 185/2006-CR].

32. Por ello, al insistir a la autógrafa observada por el Poder Ejecutivo recaída en los Proyectos de Ley Nos. 185, 953 y 1035/2006-CR [que culminó con la promulgación de la Ley N.° 29475], el legislador recordaría que el objetivo perseguido con la modificación de la Ley N.° 28583 era la promoción y reactivación de la Marina Mercante Nacional:

> "Como se sabe, la Marina Mercante Nacional se encuentra en crisis, al punto que desde 1995 no existe un solo buque mercante peruano. La Ley N°. 28583 vigente desde 19 de julio del 2005, no ha motivado la reactivación ni la promoción de la Marina Mercante Nacional, situación que debe remediarse con la aprobación de la autógrafa…" (Comisión de Transportes y Comunicaciones. Periodo anual de sesiones 2008-2009, "Insistencia a la autógrafa Observada por el Poder Ejecutivo recaída en los P.L. núm. 185, 933 y 1035/2006-CR, que propone la modificación de la Ley N° 28583, párrafo 1).

Tal estado de cosas por alcanzar, por lo demás, se encuentra anunciado en el artículo 1° de la Ley 28583, modificado, al establecerse que:

> "Artículo 1.- Disposición preliminar
>
> La política naviera del Estado peruano se orienta a promover el desarrollo de las empresas navieras nacionales, con buques nacionales, en concordancia con el interés nacional y las condiciones que se precisan en la presente ley para participar competitivamente en los mercados mundiales del transporte acuático".

33. Por cierto, al lado de este objetivo principal, el Tribunal observa que el legislador también se ha propuesto alcanzar objetivos que, por comodidad, hemos de considerar de naturaleza secundaria. Tienen ese carácter, pues su fomento y promoción es consecuencia de la realización del principal. Como se expresa en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N.° 185/2006-CR:

> "Entre los beneficios de contar con una Marina Mercante Nacional, es decir, empresas navieras nacionales con buques de bandera peruana, podemos señalar lo siguiente:
>
> 1. Generación de empleo directo e indirecto.
> 2. Ahorro de divisas.- El Perú gasta aproximadamente US$ 1,000 millones de dólares en fletes marítimos. El déficit en la cuenta servicios de la Balanza de Pagos es de US$ 600 millones.
> 3. Captación de divisas.- Al efectuar cargas desde otros países y entre otros países.
> 4. No dependencia.- En la actualidad nuestros importadores y exportadores dependen de buques con bandera

extranjera para el desarrollo de sus operaciones de comercio exterior. Actualmente la carga peruana financia las operaciones de empresas de marina Mercante de países vecinos, sin ningún beneficio.

5. Actividades afines.- Se desarrollarán en el país actividades no ligadas obligatoriamente al desarrollo de la Marina Mercante Nacional, sino por bondad, oportunidad y costo competitivo de sus servicios".

34. Las razones vinculadas a la necesidad de alcanzarse tales objetivos, en cierta forma, también se han expresado en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 185/2006-CR, al comparar los efectos de contar (o no) con una Marina Mercante Nacional:

| SIN MARINA MERCANTE NACIONAL | CON MARINA MERCANTE NACIONAL |
|---|---|
| 1.- El Estado no percibe ingresos por aranceles de importación de buques de Alto Bordo. | Igual |
| 2.- No percibe ingresos de IGV. | Igual |
| 3.- Las supervisoras/aduanas no perciben ingresos. | Igual |
| 4. No hay ingresos por costos notariales y de registro público. | Ingresos por aproximadamente US$ 169,000.00 |
| 5.- Autoridad marítima nacional no percibe ingresos por matrícula ni por certificados estatutarios de los buques. | Ingresos por aproximadamente US$ 169,000.00 |
| 6.- Los Astilleros Nacionales y los talleres navales no tendrán empleo. | Por este concepto facturarán alrededor de US$ 7'200,000 (US$ 600,000 promedio por buque). |
| 7.- Nuestros marinos mercantes se forman por cuenta del Estado peruano y se emplean en buques extranjeros. Estos costos los asume íntegramente el país. | Se emplearán en el Perú en buques de bandera peruana. Los marinos mercantes empleados en el Perú contribuyen al Fisco con Impuesto a la Renta y las empresas Navieras Nacionales por Cuenta del empleado, con IES, Essalud CTS, AFP, etc. |
| 8.- Aproximadamente US$ 1000 millones anuales por fletes que genera nuestro comercio se pagan a buques de bandera extranjera. | Gran parte de los fletes que genera nuestro comercio exterior se quedarán en el Perú. Adicionalmente se generarán divisas al efectuar transporte entre puertos extranjeros. |
| 9.- Nuestro comercio exterior está supeditado a navieras/banderas de otros países. | Nuestro comercio exterior contará con buques de bandera peruana para parte de nuestra propia carga. |

35. Por otro lado, el Tribunal observa que una medida como la establecida en el artículo 7.2 de la Ley N.° 28583, modificada, también persigue el incremento de la reserva naval de la Marina de Guerra del Perú. Como se deja entrever, la desaparición de la Marina Mercante Nacional no solo ha generado efectos patrimoniales y fiscales adversos a los intereses del país, sino también ha disminuido el poder naval de la Marina de Guerra del Perú. Ello es consecuencia, como se expresa en la "Insistencia a la autógrafa Observada por el Poder Ejecutivo recaída en los P.L. nums. 185, 933 y 1035/2006-CR, que propone la modificación de la Ley N.° 28583", del hecho que

> "Por mandato del artículo 52 de la Ley Orgánica de la Marina de Guerra del Perú, D. Leg. No. 438, la Marina Mercante Nacional constituye la reserva naval de la Marina de Guerra del Perú. Por tanto debe legislarse en armonía a lo que ordena el artículo 44 de la Constitución, que establece como deber primordial del Estado: defender la soberanía nacional que tiene como esencia la seguridad de la Nación".

36. En suma, el Tribunal observa que dos son los objetivos principales, o sea, el estado de cosas que se aspira modificar mediante una medida como la cuestionada con la demanda. Por un lado, promover la reactivación de la Marina Mercante Nacional como una actividad esencial cuya consolidación coadyuva al fortalecimiento y crecimiento del país. De otro, incrementar la reserva naval de la Marina de Guerra del Perú. Así también se expresó en la "Insistencia a la autógrafa observada por el Poder Ejecutivo recaída en los Proyectos de Ley Nos. 185, 953 y 1035/2006-CR, que propone la modificación de la Ley N.° 28583":

> "En resumen lo que busca la Ley 28583 y la Autógrafa es crear o reactivar un sector productivo para que el Estado pueda recaudar los impuestos y derechos que fija nuestro sistema jurídico, así como generar empleo altamente calificado y cumplir con la reactivación de la reserva naval necesaria para la seguridad de la nación".

37. Puesto que son dos los estados de cosas que se persiguen modificar, y ninguno de ellos está prohibido por la Constitución, corresponde a este Tribunal analizar si tras ellos existen fines constitucionalmente relevantes que los justifiquen.

38. A) El fin que se encuentra detrás del objetivo de reactivar la Marina Mercante Nacional no es adoptar, *ex* artículo 63° de la Constitución, medidas de trato diferenciado contra las empresas navieras extranjeras, o navieras extranjeras, porque en los países de origen de éstas se hayan adoptado, a su vez, medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, como en cierta forma se sugiere del "Dictamen de los Proyectos de Ley Nums. 185-2006-CR, 933/2006-CR y 1035/2006-CR".

39. De hecho, este Tribunal no desconoce que en diversos países el transporte comercial acuático o de cabotaje se encuentra reservado a buques de bandera nacional [Vgr. Chile, España, Argentina, Venezuela, etc.]. Sin embargo, medidas de esta naturaleza constituyen decisiones generales adoptadas soberanamente por Estados extranjeros y no medidas proteccionistas o discriminatorias dictadas para hacer frente a la actividad comercial de empresas navieras o navieras peruanas. Por lo demás, la dificultad de considerarla como una medida discriminatoria que tenga como destinatario a la Marina Mercante Nacional, también resulta del hecho de que, como se ha indicado en todos los proyectos de ley que originaron el artículo 7.2 de la Ley 28583, modificado, simplemente el Perú no cuenta con dicha Marina Mercante.

40. B) Desde luego, que la identificación del fin no pueda estar en el extremo del artículo 63° de la Constitución que se acaba de reseñar, no quiere decir que el fin no exista. (i) El Tribunal observa que al deliberar sobre la disposición impugnada se argumentó que la reactivación de la Marina Mercante Nacional, al promover la creación de miles de puestos de trabajos especializados, facilitar la exportación de bienes de acuerdo con los intereses del país o incrementar la recaudación fiscal derivada de la actividad del transporte acuático comercial, está orientada a fomentar y promover el bienestar general, que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. Este es un deber primordial del Estado peruano, según expresa el artículo 44° de la Constitución y, por tanto, un fin constitucionalmente legítimo. (ii) Por cierto, no es el único fin cuya optimización se ha invocado por el legislador. Puesto que la reactivación de la Marina Mercante tendrá el efecto de incrementar la reserva naval de la Marina de Guerra del Perú, con tal medida el legislador también persigue optimizar el deber del Estado de defender la soberanía nacional, impuesto por el artículo 44 de la Constitución; y al mismo tiempo garantizar la seguridad de la Nación, *ex* artículo 163, primer párrafo, de la misma Ley Fundamental. De modo, pues, que siendo ambos fines constitucionalmente legítimos, de lo que se trata ahora es de analizar si los medios empleados son idóneos para alcanzar los objetivos perseguidos.

41. Valorando la importancia de la totalidad de las finalidades expuestas por el Legislador, este Tribunal Constitucional entiende que el test de proporcionalidad debe comenzar por la que resulta más importante de entre las señaladas, que es la de optimizar la defensa de la soberanía y la seguridad de la Nación, por medio de la reactivación de la Marina Mercante Nacional.

42. Así las cosas, la cuestión de si existe una relación de causalidad entre la exclusión de los navieros extranjeros o empresas navieras extranjeras para operar con naves de bandera extranjera en el transporte acuático comercial y la reactivación de la Marina Mercante Nacional, ha de responderse afirmativamente. El Tribunal observa que la prohibición para que empresas navieras extranjeras puedan operar en el tráfico comercial acuático o de cabotaje, y la necesidad de satisfacer demandas de esta naturaleza, incentivará y promoverá que empresas nacionales se dediquen a esta actividad económica. Igualmente, aprecia

que la restricción de que estas empresas nacionales puedan operar buques de bandera extranjera, o solo lo puedan hacer excepcionalmente por 6 meses, luego de los cuales deban hacerlo con buques de bandera nacional, conseguirá, en un breve plazo, la adquisición de naves de bandera nacional. Y el efecto inmediato y directo de todo ello es la reactivación de la Marina Mercante Nacional [primer objetivo principal]. Como se ha expresado en la "Insistencia a la autógrafa Observada por el Poder Ejecutivo recaída en los P.L. núm. 185, 933 y 1035/2006-CR, que propone la modificación de la Ley N° 28583":

> "Con esta política el Estado procura la reactivación de la Marina Mercante Nacional que se encuentra colapsada, otorga a los empresarios privados facilidades e incentivos de manera transitoria con el objetivo de activar y fomentar un nuevo sector productivo que genere nuevos empleos y tecnificación en el país y también desarrolle actividades y servicios complementarios, otorgando a nuestros productos de alto valor agregado mejores condiciones de competitividad en el mercado internacional" (Insistencia a la autógrafa observada por el Poder Ejecutivo recaída en los P.L. núm. 185, 933 y 1035/2006-CR, que propone la modificación de la Ley N.° 28583, Comisión de Transportes y Comunicaciones).

43. Por otro lado, el Tribunal advierte que el efecto de tal reactivación, representado por la adquisición y circulación de naves de bandera nacional, aumentará automáticamente el poder naval de la Marina de Guerra del Perú, pues de conformidad con el artículo 24.2 del Decreto Legislativo N.° 1138, la Marina Mercante Nacional forma parte de la reserva naval de aquélla [segundo objetivo principal]. Por tanto, a juicio del Tribunal, el tratamiento diferenciado que realiza la disposición cuestionada es idóneo para alcanzar los objetivos propuestos, por lo que debe analizarse ahora si la medida es necesaria.

44. La cuestión de si existe un medio alterno que, siendo igualmente idóneo con la consecución de los objetivos perseguidos por el legislador, cuando menos cause una intervención de menor intensidad al derecho-principio de igualdad, ha de ser resuelta negativamente. Y no es que no existan otros medios, sino que los que se pudieron haber empleado alternativamente o bien se presentan como inadecuados para alcanzar los objetivos perseguidos o, aun cuando se encuentran orientados a ellos, sin embargo, generan una intervención de la misma intensidad que la ocasionada al derecho-principio de igualdad con el medio empleado por el legislador.

45. En este último caso, por ejemplo, se encuentra la alternativa de haberse dispuesto no tanto la prohibición de que navieras o empresas navieras extranjeras operen buques de bandera extranjera, sino que autorizándose a operar a éstas en el transporte acuático comercial o de cabotaje, y con el propósito de incentivar la reactivación de la Marina Mercante Nacional, el legislador hubiese establecido un régimen tributario especial (digamos mucho más favorable) a favor de los operadores nacionales. Un medio de esta naturaleza no excluye del transporte acuático comercial o de cabotaje a las navieras extranjeras o empresas navieras extranjeras. Y, sin embargo, al diferenciar la aplicabilidad del régimen tributario en función de la nacionalidad de la naviera o empresa naviera, el medio hipotético terminaría también representando una intervención grave del derecho-principio de igualdad, al encontrarse fundado en un motivo prohibido por la Constitución y afectar, correlativamente, un derecho fundamental.

46. Una medida de esta naturaleza, además, tiene el demérito adicional de conseguir o alcanzar de manera solo parcial los objetivos secundarios que se esperan con la reactivación de la Marina Mercante Nacional, pero también del segundo de los objetivos principales propuestos por el legislador. Y no solo nos estamos refiriendo a la menor recaudación fiscal; menores puestos de trabajo especializados, etc., sino, fundamentalmente, al hecho de que con una medida hipotética de esta naturaleza se dejaría al ámbito del mercado y la libre competencia el objetivo de incrementar la reserva naval de la Marina de Guerra del Perú. Es decir, a un modelo que, conforme se expresa en los diversos proyectos y dictámenes legislativos, fue el causante de que en la actualidad virtualmente no exista una Marina Mercante Nacional, y que es el que el legislador precisamente pretende sustituir.

47. Así, pues, dado que no existen medios alternativos igualmente idóneos que ocasionen una aflicción de menor intensidad en el derecho-principio de igualdad, el Tribunal considera que el medio empleado por el legislador no puede considerarse como patentemente innecesario, por lo que resta analizar si la medida es proporcionada en sentido estricto.

48. Se trata ahora, como tiene dicho este Tribunal, de determinar el grado de optimización o realización de los fines constitucionales que justifican normativamente la intervención

sobre el derecho-principio de igualdad, y sopesar su importancia de cara al grado de intervención ocasionado sobre el derecho afectado. Un análisis en ese sentido, dado un supuesto de pluralidad de fines que se aspiran optimizar, sólo ha de transitar por cada uno de ellos a condición de que la importancia de la satisfacción de uno sea menor al grado de aflicción ocasionada por la intervención en el derecho-principio de igualdad. Pero no, si la importancia de la satisfacción de aquel es igual o mayor al grado de aflicción del principio afectado, pues en cualquiera de estos dos casos [o sea, si la importancia de la optimización es igual o mayor al grado de afectación del derecho intervenido], este Tribunal tendrá razones para considerar que la intervención sobre el principio que se opone no es excesiva o desproporcionada.

49. A los efectos de determinar la importancia de la optimización de este fin, en primer lugar, el Tribunal ha de recordar que medidas semejantes a la considerada por el legislador mediante la disposición impugnada han sido adoptadas por otros países. La estrecha vinculación entre la defensa de la soberanía nacional y que una actividad de esta naturaleza sea realizada mediante naves de bandera nacional, en efecto, se evidencia de la regulación similar que una materia como ésta ha recibido en muchos países del entorno. Así, por ejemplo:

    a) La Ley de Fomento de Marina Mercante, de Chile, Ley N.° 3059:

    "Artículo 1.- La política naviera permanente de Chile es fomentar el desarrollo y favorecer la manutención de su Marina Mercante en armonía con el interés general. En tal sentido, el Estado de Chile propenderá a apoyar a las empresas navieras chilenas para obtener acceso a los mercados mundiales de transporte marítimo y para que transporten efectivamente desde o hacia Chile una parte relevante de las cargas marítimas.

    Artículo 3.- El cabotaje queda reservado a las naves chilenas. Se entenderá por tal el transporte marítimo, fluvial o lacustre de pasajeros y de carga entre puntos del territorio nacional, y entre éstos y artefactos navales instalados en el mar territorial o en la zona económica exclusiva".

    b) El artículo 81° de la Ley N.° 27/1992 – Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante de España, que precisa que "la navegación de cabotaje con finalidad mercantil queda reservada a buques mercantes españoles, salvo lo previsto a este respecto en la normativa comunitaria";

    c) La Ley de Reactivación de la Marina Mercante Nacional, de Venezuela, del 28 de marzo del 2000, cuyo artículo 2° dispone que "el Ejecutivo Nacional velará por el cumplimiento de todo lo concerniente a las actividades domésticas, de cabotaje y transbordo de cargas racionalizadas o no, en los buques de matrícula nacional"; y,

    d) El Decreto Ley N.° 19.492, de Argentina, del 25 de julio de 1944, ratificado por la Ley N.° 12.980, que establece que la navegación y comercio de cabotaje queden reservados a los buques de bandera nacional argentina [Cf. Dictamen de los proyectos de ley Núms. 185/2006-CR, 933/2006-CR y 1035/2006-CR, que propone modificar diversos artículos de la Ley N° 28583, Ley de reactivación y promoción de la Marina Mercante Nacional, de la Comisión de Transportes y Comunicaciones del Congreso de la República].

50. El Tribunal observa que el transporte acuático comercial o de cabotaje no es una actividad de comercio neutral y sujeta exclusivamente a las reglas del mercado y a la libre competencia. Es una actividad que muchos Estados reservan para que sea ejercida por nacionales. Una reserva de tal naturaleza no se justifica tanto en razones de orden fiscal o de impulso de determinadas políticas públicas. De hecho, el transporte y carga por tierra o aire no tiene una prohibición de la naturaleza del artículo 7.2 de la Ley N.° 28583. En estos espacios, la nacionalidad de la empresa o la de los vehículos que éstos emplean, no constituyen impedimentos para el ejercicio de la libertad de comercio.

51. El resguardo de que dicha actividad económica se realice a través de operadores nacionales y mediante naves de bandera nacional está asociada al hecho de que estas últimas conforman la Marina Mercante Nacional y, en cuanto tal, forman parte del material de la reserva naval de la Marina de Guerra del Perú [artículo 24.2 del Decreto Legislativo N° 1138: "Conforman el material de la reserva naval, *las embarcaciones de bandera peruana*, las instalaciones marítimas, fluviales, lacustres y portuarias, a flote o en tierra con sus respectivos sistemas y equipos, y por aquellos bienes y servicios que requiera la Marina de Guerra del Perú, para el cumplimiento de sus funciones, de acuerdo con lo establecido en la legislación específica sobre la materia"].

52. En tal condición, su existencia y fomento no está desvinculados del cumplimiento de los fines que se asignan a la Marina de Guerra del Perú. De acuerdo con los artículos 3° y 4.1, respectivamente, del Decreto Legislativo N.° 1138, la Marina de Guerra del Perú cumple la función de controlar, vigilar y defender el dominio marítimo y, de ese modo, contribuye con la función de garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la República. La eficacia del cumplimiento de tales tareas, desde luego, no solo depende de la formación y adiestramiento de sus hombres, sino también del hecho de que las Fuerzas Armadas cuenten con los recursos materiales indispensables para tal propósito, uno de los cuales lo constituye la Marina Mercante Nacional.

53. No obstante su importancia, el Tribunal observa que como consecuencia de la entrada en vigencia de diversas medidas legislativas, en la década de los 90´ desaparecieron las naves de bandera nacional. Además de los efectos económicos que ello ha supuesto, tal desaparición también ha comportado que la Marina de Guerra del Perú vea disminuida su reserva naval. Es irrelevante, a los efectos de la valoración del fin, que el Estado peruano se encuentre en conflicto armado o no. La defensa de la soberanía nacional, de la que las Fuerzas Armadas son su soporte fundamental, no solo se realiza cuando se repele acciones de un *nemicus*, sino también de manera preventiva, a través de la capacidad disuasoria que sus Fuerzas Armadas puedan tener.

54. Por ello, en un contexto en el que el Estado carece de Marina Mercante Nacional y, por tanto, donde la Marina de Guerra del Perú adolece de este importante material de su reserva naval, el Tribunal entiende que la optimización del fin perseguido por el legislador es de la máxima importancia. Y porque es de la máxima importancia la optimización del fin constitucional, aun cuando suponga una intervención grave sobre el derecho de igualdad no autoriza a este Tribunal a declarar la inconstitucionalidad de la disposición cuestionada.

55. Como expresáramos en la STC 0045-2004-PI/TC, este Tribunal sólo se encuentra autorizado a declarar la inconstitucionalidad de una disposición legislativa en aquellos casos en los que la intensidad de la afectación en la igualdad sea mayor al grado de realización del fin constitucional, pero no en aquellos en los que el grado de optimización del fin es igual o mayor a la intensidad de la intervención sobre el derecho-principio de igualdad, como sucede en el presente caso. Así debe declararse.

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

**HA RESUELTO**

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.
**SS.**
**URVIOLA HANI**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**CALLE HAYEN**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.° 00020-2011-PI/TC
AREQUIPA
COLEGIO DE ABOGADOS DE AREQUIPA

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI**

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

**Petitorio**

1. Llega a conocimiento de este Tribunal la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don José Suárez Zanabria, Decano del Colegio de Abogados de Arequipa, contra el Congreso de la República, y que tiene por objeto declarar la inconstitucionalidad del artículo 1° de la Ley 29475, que modifica la Ley N° 28583, Ley de Reactivación y Promoción de la Marina Mercante Nacional, y contra el Decreto Supremo N.° 014-2011 del Ministerio de Transporte y Comunicaciones.

   Dentro de los argumentos esbozados en la demanda encontramos que el colegio recurrente cuestiona que las normas antes mencionadas contraviene los artículos 63° y 71° de la Constitución Política del Perú.

**Cuestiones Previas**

2. Antes de analizar el fondo de la demanda de inconstitucionalidad, debo señalar que la resolución por la cual se admitió la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados de Arequipa, no estuvo suscrita por mí en atención a que en dicha oportunidad emití un voto singular considerando que el Colegio de Abogados de Arequipa Callao –demandante de la acción de inconstitucionalidad– no ostenta la legitimidad activa extraordinaria señalada en el artículo 203° de la Constitución Política del Estado. No obstante ello la demanda fue admitida a trámite

mayoritariamente, llegando a mi Despacho la causa a efectos de que me pronuncié por el fondo de la controversia.

3. En tal sentido considero que si bien en dicha oportunidad tuve una posición singular respecto de la admisión de la demanda de inconstitucionalidad, tal posición quedo como minoritaria, correspondiéndome en este momento pronunciarme sobre el fondo de la materia controvertida, puesto que como Juez Constitucional no puedo ni debo renunciar a mi labor de resolver las causas llegadas a mi poder. Por lo expuesto pese a mi discrepancia con mis colegas respecto a la admisión de la demanda, es mi deber resolver y emitir decisión respecto al cuestionamiento que se realiza sobre la Ley N° 29625.

**Sobre la demanda de inconstitucionalidad planteada**

4. El Colegio demandante cuestiona la constitucionalidad del artículo 1° de la Ley 29475, que modifica la Ley N° 28583, Ley de Reactivación y Promoción de la Marina Mercante Nacional, y contra el Decreto Supremo N.° 014-2011 del Ministerio de Transporte y Comunicaciones, puesto que considera que se contraviene los artículos 63° y 71° de la Constitución Política del Perú.

5. Es así que se advierte que los cuestionamientos del demandante se centran en la contravención del artículo 63° que establece que:

> *"La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.*
>
> *En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.*
>
> *El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley."*

6. Asimismo se denuncia también la contravención del artículo 71° de la Constitución del Estado, que señala que:

> *"En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática.*
>
> *Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley."*

7. En cuanto al primer cuestionamiento concuerdo con el proyecto puesto a mi vista, ya que efectivamente el artículo cuestionado no regula un tema referido a materia de inversiones, por lo que no se puede atribuir un trato discriminatorio en esa materia. Es así que lo que se advierte es que la disposición legal está referida a normar la prestación de un servicio de naturaleza comercial y no un tema referido a inversiones. Por ello respecto a este punto la demanda de inconstitucionalidad debe ser declarada infundada.

8. Finalmente respecto al segundo punto debo expresar que también concuerdo con lo desarrollado en el proyecto traído a mi Despacho puesto que la normativa cuestionada si bien implica una diferenciación entre las empresas navieras nacionales y extranjeras, tal diferenciación responde a razones objetivas y razonables, en atención a que persiguen un objetivo concreto por parte del ente estatal. Por ende el trato diferente si bien se materializa, puesto que se otorga privilegios a los navieros nacionales que excluyen a los navieros extranjeros, dicha diferenciación responde a una política estatal que promueve y coadyuva a la promoción y reactivación de una marina mercante optima y al incremento de la reserva naval de la Marina de Guerra del Perú.

En tal sentido corresponde declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad.

**S.**
**VERGARA GOTELLI**

***Sentencia 00002-2013-PCC/TC*** *Proceso de conflicto competencial interpuesto por el poder Ejecutivo contra el Poder Judicial. El Tribunal declaró fundada la demanda respecto a quién es competente para administrar la hacienda pública y la reserva de contingencia.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 12 de diciembre de 2013

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda en el extremo referente a que se declare que el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Economía y Finanzas, es el poder competente para administrar la hacienda pública, así como la reserva de contingencia.

El Poder Ejecutivo alegó la afectación de su competencia para administrar la hacienda pública efectuada por la actuación jurisdiccional del Poder Judicial, pues la potestad de destinar y transferir recursos del tesoro público o de la reserva de contingencia para nivelar las remuneraciones de los magistrados forma parte de su competencia.

El Poder Judicial contestó la demanda señalando que se pretende desconocer la calidad de cosa juzgada de una de sus sentencias, mediante la cual se señaló que el uso de una parte de los recursos de la reserva de contingencia no altera la Ley Anual del Presupuesto ni contraviene el principio de legalidad presupuestaria.

Si bien el Tribunal declaró fundada la demanda en lo que respecta a las competencias del Poder Ejecutivo, también dispuso diversas medidas para garantizar la homologación de las remuneraciones de los jueces, incluyendo la *vacatio* de la sentencia hasta el 20 de diciembre del 2013, a efectos de que el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial lleguen a un acuerdo con relación a la forma cómo debe llevarse adelante la homologación de los jueces del Poder Judicial (porcentajes homologatorios, conceptos remunerativos, etc.). Este consenso debía concretarse en la emisión de una ley que establezca los marcos normativos para dicha homologación, de tal modo que el Tribunal exhortó al Congreso de la República a que atienda el proyecto de ley consensuado entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial con carácter de urgencia.

**Temas claves:** Administración de la hacienda pública — remuneración de los jueces.

**EXP. N.° 00002-2013-PCC/TC**
**LIMA**
**PODER EJECUTIVO**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 27 días del mes de noviembre de 2013, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Urviola Hani y el fundamento de voto del magistrado Eto Cruz, ambos que se agregan.

**ASUNTO**

Demanda de conflicto competencial interpuesta por el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 14 de mayo de 2013, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en representación del Poder Ejecutivo interpone demanda de conflicto competencial contra el Poder Judicial, solicitando que se declare la nulidad de: **a)** la Resolución Administrativa N.° 235-2012-CE-PJ, emitida por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial y publicada en el diario oficial *El Peruano* el 29 de noviembre de 2012; **b)** la sentencia ampliatoria contenida en la Resolución N° 91, de fecha 14 de marzo de 2013, emitida por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima en el Exp. N.° 6582-2009; y **c)** la Resolución N.° 95, de fecha 22 de abril de 2013, que dispone la actuación parcial inmediata de la Resolución N° 91, ambas emitidas en el proceso de cumplimiento seguido por la Asociación de Magistrados del Perú contra el Poder Judicial.

Se alega la afectación de la competencia del Poder Ejecutivo sobre la administración de la hacienda pública efectuada por la actuación jurisdiccional del Poder Judicial y que ésta se concreta con la Resolución N.° 91 y por conexidad también se produce con la Resolución N.° 95, en tanto que estas resoluciones vulneran su competencia de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, así como la referida a la administración de la hacienda pública respecto a la materia presupuestaria, pues la potestad de destinar y transferir recursos del Tesoro Público o de la Reserva de Contingencia para nivelar las remuneraciones de los magistrados forma parte de la competencia de la administración de la hacienda pública, cuyo titular es el Poder Ejecutivo y es ejercida a través del Ministerio de Economía y Finanzas.

El demandante solicita que el Tribunal Constitucional emita un fallo que garantice las competencias del Poder Ejecutivo en materia de administración de los fondos públicos, ya que el Poder Judicial a través de actuaciones administrativas y jurisdiccionales ha afectado su competencia de administrar la hacienda pública.

El Procurador Público Adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial contesta la demanda señalando que se pretende desconocer la calidad de cosa juzgada de la sentencia ampliatoria de fecha 14 de marzo de 2013, que no fue impugnada y quedó consentida. Indica que mediante dicha resolución se señaló que el uso de una parte de los recursos de la reserva de contingencia no altera la Ley Anual del Presupuesto ni contraviene el principio de legalidad presupuestaria; por el contrario, su uso para homologar las remuneraciones de los jueces se justifica en la medida en que se trata de gastos que por su naturaleza y coyuntura no pudieron ser previstos en el Presupuesto del Poder Judicial. Es más, en dicha sentencia se reconoce que el Ministerio de Economía y Finanzas tiene la competencia de administrar la hacienda pública, y esa es la razón por la que se le incorporó al proceso para que brinde las facilidades a efectos de que el Poder Judicial cumpla con nivelar las remuneraciones de los jueces con cargo a la reserva de contingencia. Agrega, que el Tribunal Constitucional ha establecido que los recursos para el pago de las obligaciones dinerarias impuestas al Estado mediante resoluciones judiciales puede provenir no sólo del pliego presupuestal donde se generó la deuda sino también de las partidas presupuestarias comunes a todos los pliegos.

**FUNDAMENTOS**

**§. Cuestión procesal previa: pedidos de incorporación al proceso**

1. Antes de entrar a analizar la procedencia de la pretensión y la fundabilidad de sus alegatos, es necesario resolver los pedidos de incorporación al proceso que obran en autos.

   Tenemos así que diversos jueces han solicitado ser incorporados al presente proceso como litisconsortes facultativos y que la Procuraduría Especializada en Materia Constitucional ha solicitado que el Congreso de la República sea incorporado como partícipe.

2. Con relación a los pedidos de intervención litisconsorcial facultativa, este Tribunal considera que éste resulta improcedente debido a que los solicitantes no tienen legitimidad activa ni pasiva para ser parte en un proceso competencial y porque en el proceso de autos no está en controversia la violación de un interés o derecho subjetivo, sino determinar el poder a que corresponde la competencia controvertida.

3. En cuanto al pedido de que el Congreso de la República sea incorporado como partícipe, este Tribunal considera que éste también es improcedente por cuanto en el presente proceso no está controversia alguna de sus competencias constitucionales y porque su incorporación no ha sido solicitada por el propio Congreso de la República.

**§. Procedencia de la pretensión**

4. La demanda tiene por finalidad que se declare la nulidad de: **a)** la Resolución Administrativa N.° 235-2012-CE-PJ, emitida por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial y publicada en el diario oficial *El Peruano* el 29 de noviembre de 2012; **b)** la sentencia ampliatoria contenida en la Resolución N° 91, de fecha 14 de marzo de 2013, emitida por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima en el Exp. N.° 6582-2009; y **c)** la Resolución N.° 95, de fecha 22 de abril de 2013, que dispone la actuación parcial inmediata de la Resolución N° 91, ambas emitidas en el proceso de cumplimiento seguido por la Asociación de Magistrados del Perú contra el Poder Judicial.

   Asimismo, se solicita que se emita un fallo que garantice las competencias del Poder Ejecutivo en materia de administración de los fondos públicos.

5. Para analizar la pretensión consistente en que se declare la nulidad de las Resoluciones N.os 91 y 95, conviene recordar que en la STC 00001-2010-CC/TC este Tribunal precisó que "en ningún caso la alegación de la existencia de un vicio de validez constitucional sustantivo en el acto de un órgano constitucional puede dar lugar a la procedencia de una demanda de conflicto competencial".

En el presente caso, se alega que las resoluciones judiciales mencionadas vulneran "los procedimientos establecidos para la elaboración del presupuesto, previst[o] s de forma clara en las leyes de desarrollo constitucional sobre la administración de los recursos del Estado".

El alegato transcrito demuestra que a las Resoluciones N.os 91 y 95 se le atribuye un vicio de validez sustantivo y no competencial, razón por la cual este extremo de la demanda es improcedente por cuanto el presente proceso no es la vía idónea para analizar el vicio de validez imputado. Lo mismo no sucede con la Resolución Administrativa N.° 235-2012-CE-PJ, razón por lo que cabe emitir un pronunciamiento de fondo.

**§. Análisis de la competencia controvertida**

6. La Resolución Administrativa N.° 235-2012-CE-PJ resuelve lo siguiente:

**Artículo Primero**.- Nivelar, en cumplimiento del mandato judicial dictado por el Quinto Juzgado Especializado Constitucional de Lima, las remuneraciones de los Jueces Superiores, Jueces Especializados y Mixtos, y Jueces de Paz Letrados de toda la República, aplicando los porcentajes contemplados en el artículo 186°, inciso 5, literal b), del Texto **Único** Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (…).

**Artículo Segundo**.- Requerir al Ministerio de Economía y Finanzas para que proceda a asignar y transferir los recursos adicionales del Tesoro Público, para el cumplimiento efectivo de las escalas remunerativas fijadas en la presente resolución, en aplicación de la sentencia dictada en el proceso constitucional de cumplimiento seguido ante el Quinto Juzgado Especializado Constitucional de Lima, y que tiene autoridad de cosa juzgada.

**Artículo Tercero**.- Disponer que la Gerencia General del Poder Judicial, proceda a incluir los montos señalados en el artículo primero de la presente resolución en la formulación del presupuesto institucional para los siguientes ejercicios presupuestales.

**Artículo Cuarto**.- Poner en conocimiento del señor Juez del Quinto Juzgado Especializado Constitucional de Lima lo dispuesto en la presente resolución, a efectos de determinar el cumplimiento de lo ordenado por el referido órgano jurisdiccional.

7. En la demanda se alega "que lo establecido en esta resolución administrativa vulnera [las] competencias [del Poder Ejecutivo] sobre hacienda pública, y que además su expedición supone un ejercicio indebido de las competencias otorgadas al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial", pues "entre ellas, no se encuentra la de establecer el monto de la remuneración de los magistrados".

8. Al respecto, este Tribunal estima pertinente recordar que el derecho a una remuneración equitativa y suficiente de los jueces no solo se encuentra reconocido en el artículo 24° de la Constitución, sino que está desarrollado en el Texto Único Ordenando de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En este sentido, su artículo 186°, inciso 5, literal b), dispone que los jueces tienen derecho a percibir una remuneración acorde con su función, dignidad y jerarquía. Para estos fines se toma en cuenta que las remuneraciones de los Jueces Superiores es del 90% del total que perciban los Jueces de la Corte Suprema; el de los Jueces Especializados y Mixtos es del 80%, y el de los Jueces de Paz Letrados es del 70%, referidos estos porcentajes al haber total de los Jueces de la Corte Suprema.

En buena cuenta, el monto de la remuneración de los jueces se encuentra determinado en el Texto Único Ordenando de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que no puede considerarse que el cuadro aprobado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial en el artículo primero de la Resolución Administrativa N.° 235-2012-CE-PJ exceda sus competencias.

9. En el caso del derecho a una remuneración equitativa y suficiente de los jueces el artículo 186°, inciso 5, literal b) del Texto Único Ordenando de la Ley Orgánica del Poder Judicial forma parte del bloque de constitucionalidad del artículo 24° de la Constitución, por lo que debe ser respetado y cumplido no solo por el Poder Ejecutivo sino también por el Poder Judicial, razón por la cual este Tribunal considera que el cuadro aprobado por el artículo primero de la Resolución Administrativa N.° 235-2012-CE-PJ no afecta ni menoscaba las competencias del Poder Ejecutivo.

Es más, resulta patente y manifiesto el incumplimiento de satisfacción del derecho reconocido en el artículo 186°, inciso 5, literal b) del Texto Único Ordenando de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues han transcurrido más de 20 años desde que se publicó el Decreto Supremo N.° 017-93-JUS y hasta la fecha los jueces no perciben la remuneración que por ley les corresponde, situación que no solo afecta su derecho a una remuneración equitativa y suficiente, sino que también es contraria al mandato previsto en el artículo 38° de la Constitución que impone la

obligación de "respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación".

Resulta evidente que en estos 20 años ningún Gobierno ha tenido la intención de satisfacer el derecho que por ley les corresponde a los jueces, omisión que genera un *estado de cosas inconstitucionales* que no puede subsistir ni permitirse, pues ello atenta y daña la esencia del Estado Constitucional cuyo fin es el respeto y el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales.

10. Lo dicho hasta ahora no significa que la satisfacción del derecho a una remuneración que por ley les corresponde desconozca la competencia prevista en el inciso 17) del artículo 118° de la Constitución, cuyo texto dice que corresponde al Presidente de la República administrar la hacienda pública. Entonces, es indudable que la competencia de administrar la hacienda pública le corresponde al Poder Ejecutivo y no al Poder Judicial, y que conforme al artículo 78° de la Constitución le compete al Presidente de la República enviar al Congreso de la República el proyecto de Ley de Presupuesto.

    El artículo segundo de la Resolución Administrativa N.° 235-2012-CE-PJ que resuelve requerir al Ministerio de Economía y Finanzas para que proceda a asignar y transferir los recursos adicionales del Tesoro Público para el cumplimiento efectivo de las escalas remunerativas de los jueces no desconoce ni menoscaba las competencias indicadas del Presidente de la República, por cuanto mediante esta resolución el Poder Judicial no está presentando un proyecto de Ley de Presupuesto ante el Congreso de la República, ni está modificando, transfiriendo o aprobando partidas presupuestarias.

11. En la demanda también se alega que no es competencia del Poder Judicial administrar la reserva de contingencia, pues ello únicamente le compete al Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Economía y Finanzas.

    Sobre el particular, cabe indicar que el artículo 44° de la Ley N.° 28411 dispone que "Las Leyes de Presupuesto del Sector Público consideran una Reserva de Contingencia que constituye un crédito presupuestario global dentro del presupuesto del Ministerio de Economía y Finanzas, destinada a financiar los gastos que por su naturaleza y coyuntura no pueden ser previstos en los Presupuestos de los Pliegos. El importe del crédito presupuestario global no será menor al uno por ciento (1%) de los ingresos correspondientes a la Fuente de Financiamiento Recursos Ordinarios que financia la Ley de Presupuesto del Sector Público". Asimismo, la Ley Orgánica del Ministerio de Economía y Finanzas en su artículo 5° señala, entre otras cosas, que le corresponde planear, dirigir y controlar el presupuesto.

    Las normas citadas evidencian que al Poder Judicial no le compete administrar la reserva de contingencia, por cuanto su administración es competencia exclusiva del Poder Ejecutivo que es ejercida a través del Ministerio de Economía y Finanzas. En efecto, el Anexo del Decreto Supremo N.° 129-2013-EF demuestra que el Ministerio de Economía y Finanzas es el órgano que mediante resoluciones ministeriales o decretos supremos dispone la transferencia de partidas de la reserva de contingencia y la modifica presupuestariamente.

12. De otra parte, es de conocimiento público que las sentencias estimativas de los procesos de cumplimiento que ordenan la ejecución del mandato previsto en el artículo 186°, inciso 5, literal b) del Texto Único Ordenando de la Ley Orgánica del Poder Judicial originaron que se emita la Ley N.° 29818 que en su artículo único dispone:

    > Constitúyese una comisión conformada por representantes del Poder Judicial y del Ministerio de Economía y Finanzas, a fin de evaluar la situación de los ingresos de los jueces a que hace referencia el artículo 1 de la Ley 29718, con el objeto de proponer un proyecto de ley dentro de ciento ochenta (180) días calendario, debidamente financiado, del ordenamiento de dichos ingresos, el mismo que será aplicable de manera progresiva y ordenada, en el marco de las Leyes Anuales de Presupuesto del Sector Público (Subrayado agregado).

13. En cumplimiento de dicha ley se instaló la Comisión conformada por representantes del Poder Judicial y del Ministerio de Economía y Finanzas. Dicha comisión consensuó y elaboró un proyecto de ley que ordena los ingresos de los jueces. En la exposición de motivos de dicho proyecto de ley se consigna que su implementación tiene "un costo estimado de alrededor de S/. 87 millones anuales" y que dicho monto "será financiado con cargo al presupuesto institucional del Poder Judicial sin irrogar gasto al Tesoro Público".

    Lo transcrito evidencia que los S/. 87 millones destinados a la homologación de las remuneraciones de los jueces se encuentran debidamente financiados y forman parte del presupuesto del Poder Judicial, es decir, no

irrogan gasto alguno al Tesoro Público. Esto es aceptado por el Ministerio de Economía y Finanzas; sin embargo, como dicho proyecto de ley nunca se aprobó los S/. 87 millones no fueron transferidos al presupuesto del Poder Judicial, sino que quedaron en el ámbito del Ministerio de Economía y Finanzas. Por esta razón, el Poder Judicial dispone que la homologación de las remuneraciones de los jueces se efectué con el fondo de reserva de contingencia, por cuanto los S/. 87 millones fueron depositados en dicha reserva.

Consecuentemente, el Poder Judicial cuando le requiere al Ministerio de Economía y Finanzas que proceda a asignar y transferir los recursos a través de la Resolución Administrativa N.° 235-2012-CE-PJ no le ordena que se disponga la reserva de contingencia, sino que en realidad le está solicitando que le deposite los S/. 87 millones que le corresponde y que no le fueron dados porque el proyecto de ley citado no fue aprobado por el Congreso de la República. En estricto, se evidencia que dichos fondos no forman parte de una naturaleza contingencial; sino, antes bien son fondos propios de la homologación de los jueces.

El propio Ministerio de Economía y Finanzas ha reconocido que los S/. 87 millones forman parte del presupuesto institucional del Poder Judicial, por lo que resulta legítimo y razonable que dicho monto le sea depositada y que el Poder Judicial le solicite que éste le sea entregado.

En buena cuenta, este Tribunal considera que la Resolución Administrativa N.° 235-2012-CE-PJ no solo es producto del proceso de cumplimiento recaído en el Exp. N.° 6582-2009, sino también de los acuerdos y las propuestas elaboradas por la Comisión creada por la Ley N.° 29818, por lo que no afecta la competencia del Poder Ejecutivo de administrar a través del Ministerio de Economía y Finanzas la hacienda pública, así como la reserva de contingencia.

14. Debe señalarse que el Poder Ejecutivo debe viabilizar que en el presupuesto del año 2014 se prevea el cumplimiento total de la sentencia de vista contenida en la resolución del 10 de agosto de 2011, recaída en el expediente 6582-2009. El hecho de que sea este poder quien promueva la presente demanda, sin cumplir a la fecha la aludida sentencia -ni tampoco la STC 3919-2010-PC/TC expedida por este Tribunal con un mandato similar- demuestra una cuestionable actitud en la ejecución del mandato contenido en ellas, máxime si él, como lo ha afirmado en la demanda, tiene la rectoría en materia presupuestaria, como reflejo de su titularidad en la administración de la hacienda pública. Debe exigírsele el cumplimiento de una norma que lleva más de veinte años sin ser acatada, sobre todo tomando en cuenta que el Poder Ejecutivo tiene como principal obligación acatarla.

15. El artículo 118.1 de la Constitución, reiterado en el artículo 8.1.a. de la Ley 29158, Orgánica del Poder Ejecutivo, indica que corresponde al Presidente de la República cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, al ser una de las responsabilidades específicas de su rol como jefe de Estado (fundamento 2 de la STC 1277-1999-AA/TC). En efecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que *"Es verdad que la Constitución ha establecido que todos tenemos el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación (artículo 38), pero es igualmente cierto que la atribución constitucional de hacer cumplir las leyes es una facultad que la Constitución le ha reservado de manera exclusiva, pero no excluyente, al Poder Ejecutivo. Por lo que ningún poder del Estado, órgano constitucional o particular puede afectar esta atribución constitucional"* (fundamento 32 de la STC 0006-2006-PCC/TC).

16. Por lo anterior, el Tribunal expresa que el Poder Ejecutivo, a través de la Presidencia del Consejo de Ministros, asuma sus responsabilidades conforme a los artículos 119 y 123 de la Constitución, disponiendo lo que fuere conveniente a través de las carteras comprometidas, para que el proceso de nivelación se ejecute inmediatamente. Asimismo, de manera especial, el Consejo de Ministros está compelido a no autorizar nuevos procesos por parte de cualquiera de los ministerios, especialmente el MEF, encaminados a diferir el proceso de nivelación. En caso de que interpusieran nuevas demandas, éstas serán asumidas por este Colegiado como una muestra de resistencia a los mandatos del máximo ente jurisdiccional y serían rechazadas de plano, ordenando las correspondientes medidas de coerción y apercibimiento, conforme al artículo 22 del Código Procesal Constitucional.

17. Finalmente, corresponde declarar la extinción de la medida cautelar concedida mediante la Resolución de fecha 21 de mayo de 2013, por cuanto no se ha estimado la pretensión de declarar la nulidad de la resolución administrativa citada y las Resoluciones N.os 91 y 95.

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA** la demanda en el extremo que se solicita que se declare que el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Economía y Finanzas es el poder competente para administrar la hacienda pública, así como la reserva de contingencia.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo que se solicita que se declare la nulidad de la Resolución Administrativa N.° 235-2012-CE-PJ.
3. **DISPONER** que el Ministerio de Economía y Finanzas cumpla con lo establecido en el fundamento jurídico 13.
4. **DISPONER** que los poderes públicos, según sus atribuciones, cumplan con incluir el monto requerido para la nivelación total de los jueces en el presupuesto para el ejercicio fiscal 2014, bajo responsabilidad. En el caso específico del Poder Ejecutivo, debe emplazársele para que, a través de la Presidencia del Consejo de Ministros, disponga lo conveniente para que se cumpla el mandato judicial expresado en la sentencia de fecha 10 de agosto de 2011 (Expediente 6582-2009), expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, teniendo en cuenta lo expresado por el Tribunal Constitucional en la presente sentencia.
5. Declarar **IMPROCEDENTE** las solicitudes de intervención litisconsorcial facultativa y de incorporación como partícipe.
6. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo que se solicita que se declare la nulidad de las Resoluciones N.os 91 y 95.
7. Declarar la **EXTINCIÓN** de la medida cautelar concedida mediante la Resolución de fecha 21 de mayo de 2013.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**CALLE HAYEN**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

EXPEDIENTE 00002-2013-PCC/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ETO CRUZ**

No obstante, compartir los puntos resolutivos de la sentencia suscrita por la mayoría, debo expresar los siguientes fundamentos complementarios.

Con fecha 14 de mayo de 2013, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en representación del Poder Ejecutivo interpone demanda de conflicto competencial contra el Poder Judicial, solicitando que se declare la nulidad de: **a)** la Resolución Administrativa N.° 235-2012-CE-PJ, emitida por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial y publicada en el diario oficial *El Peruano* el 29 de noviembre de 2012; **b)** la sentencia ampliatoria contenida en la Resolución N° 91, de fecha 14 de marzo de 2013, emitida por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima en el Exp. N.° 6582-2009; y **c)** la Resolución N.° 95, de fecha 22 de abril de 2013, que dispone la actuación parcial inmediata de la Resolución N° 91, ambas emitidas en el proceso de cumplimiento seguido por la Asociación de Magistrados del Perú contra el Poder Judicial.

Se alega la afectación de la competencia del Poder Ejecutivo sobre la administración de la hacienda pública efectuada por la actuación jurisdiccional del Poder Judicial y que ésta se concreta con la Resolución N.° 91 y por conexidad también se produce con la Resolución N.° 95, en tanto que estas resoluciones vulneran su competencia de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, así como la referida a la administración de la hacienda pública respecto a la materia presupuestaria, pues la potestad de destinar y transferir recursos del Tesoro Público o de la Reserva de Contingencia para nivelar las remuneraciones de los magistrados forma parte de la competencia de la administración de la hacienda pública, cuyo titular es el Poder Ejecutivo y es ejercida a través del Ministerio de Economía y Finanzas.

El demandante solicita que el Tribunal Constitucional emita un fallo que garantice las competencias del Poder Ejecutivo en materia de administración de los fondos públicos, ya que el Poder Judicial a través de actuaciones administrativas y jurisdiccionales ha afectado su competencia de administrar la hacienda pública.

El Procurador Público Adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial contesta la demanda señalando que se pretende desconocer la calidad de cosa juzgada de la sentencia ampliatoria de fecha 14 de marzo de 2013, que no fue impugnada y quedó consentida. Indica que mediante dicha resolución se señaló que el uso de una parte de los recursos de la reserva de contingencia no altera la Ley Anual del Presupuesto ni contraviene el principio de legalidad presupuestaria; por el contrario, su uso para homologar las remuneraciones de los jueces se justifica en la medida en que se trata de gastos que por su naturaleza y coyuntura no pudieron ser previstos en el Presupuesto del Poder Judicial. Es más, en dicha sentencia se reconoce que el Ministerio de Economía y Finanzas tiene la competencia de administrar la hacienda pública,

y esa es la razón por la que se le incorporó al proceso para que brinde las facilidades a efectos de que el Poder Judicial cumpla con nivelar las remuneraciones de los jueces con cargo a la reserva de contingencia. Agrega, que el Tribunal Constitucional ha establecido que los recursos para el pago de las obligaciones dinerarias impuestas al Estado mediante resoluciones judiciales puede provenir no sólo del pliego presupuestal donde se generó la deuda sino también de las partidas presupuestarias comunes a todos los pliegos.

**FUNDAMENTOS**

**§. Cuestión procesal previa: pedidos de incorporación al proceso**

1. Antes de entrar a analizar la procedencia de la pretensión y la fundabilidad de sus alegatos, es necesario resolver los pedidos de incorporación al proceso que obran en autos.

   Tenemos así que diversos jueces han solicitado ser incorporados al presente proceso como litisconsortes facultativos y que la Procuraduría Especializada en Materia Constitucional ha solicitado que el Congreso de la República sea incorporado como partícipe.

2. Con relación a los pedidos de intervención litisconsorcial facultativa, considero que éste resulta improcedente debido a que los solicitantes no tienen legitimidad activa ni pasiva para ser parte en un proceso competencial y porque en el proceso de autos no está en controversia la violación de un interés o derecho subjetivo, sino determinar el poder a que corresponde la competencia controvertida.

3. En cuanto al pedido de que el Congreso de la República sea incorporado como partícipe, considero que éste también es improcedente por cuanto en el presente proceso no está controversia alguna de sus competencias constitucionales y porque su incorporación no ha sido solicitada por el propio Congreso de la República.

**§. Procedencia de la pretensión**

4. La demanda tiene por finalidad que se declare la nulidad de: **a)** la Resolución Administrativa N.° 235-2012-CE-PJ, emitida por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial y publicada en el diario oficial *El Peruano* el 29 de noviembre de 2012; **b)** la sentencia ampliatoria contenida en la Resolución N° 91, de fecha 14 de marzo de 2013, emitida por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima en el Exp. N.° 6582-2009; y **c)** la Resolución N.° 95, de fecha 22 de abril de 2013, que dispone la actuación parcial inmediata de la Resolución N° 91, ambas emitidas en el proceso de cumplimiento seguido por la Asociación de Magistrados del Perú contra el Poder Judicial.

   Asimismo, se solicita que se emita un fallo que garantice las competencias del Poder Ejecutivo en materia de administración de los fondos públicos.

5. Para analizar la pretensión consistente en que se declare la nulidad de las Resoluciones N.os 91 y 95, conviene recordar que en la STC 00001-2010-CC/TC el Tribunal precisó que "en ningún caso la alegación de la existencia de un vicio de validez constitucional sustantivo en el acto de un órgano constitucional puede dar lugar a la procedencia de una demanda de conflicto competencial".

   En el presente caso, se alega que las resoluciones judiciales mencionadas vulneran "los procedimientos establecidos para la elaboración del presupuesto, previst[o] s de forma clara en las leyes de desarrollo constitucional sobre la administración de los recursos del Estado".

   El alegato transcrito demuestra que a las Resoluciones N.os 91 y 95 se le atribuye un vicio de validez sustantivo y no competencial, razón por la cual este extremo de la demanda es improcedente por cuanto el presente proceso no es la vía idónea para analizar el vicio de validez imputado. Lo mismo no sucede con la Resolución Administrativa N.° 235-2012-CE-PJ, razón por lo que cabe emitir un pronunciamiento de fondo.

**§. Análisis de la competencia controvertida**

6. La Resolución Administrativa N.° 235-2012-CE-PJ resuelve lo siguiente:

   > **Artículo Primero**.- Nivelar, en cumplimiento del mandato judicial dictado por el Quinto Juzgado Especializado Constitucional de Lima, las remuneraciones de los Jueces Superiores, Jueces Especializados y Mixtos, y Jueces de Paz Letrados de toda la República, aplicando los porcentajes contemplados en el artículo 186°, inciso 5, literal b), del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (…).
   >
   > **Artículo Segundo**.- Requerir al Ministerio de Economía y Finanzas para que proceda a asignar y transferir los recursos adicionales del Tesoro Público, para el cumplimiento efectivo de las escalas remunerativas **fijadas** en la presente resolución, en aplicación de la sentencia dictada en el proceso constitucional de cumplimiento seguido ante el Quinto Juzgado Especializado

Constitucional de Lima, y que tiene autoridad de cosa juzgada.

**Artículo Tercero**.- Disponer que la Gerencia General del Poder Judicial, proceda a incluir los montos señalados en el artículo primero de la presente resolución en la formulación del presupuesto institucional para los siguientes ejercicios presupuestales.

**Artículo Cuarto**.- Poner en conocimiento del señor Juez del Quinto Juzgado Especializado Constitucional de Lima lo dispuesto en la presente resolución, a efectos de determinar el cumplimiento de lo ordenado por el referido órgano jurisdiccional.

7. En la demanda se alega "que lo establecido en esta resolución administrativa vulnera [las] competencias [del Poder Ejecutivo] sobre hacienda pública, y que además su expedición supone un ejercicio indebido de las competencias otorgadas al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial", pues "entre ellas, no se encuentra la de establecer el monto de la remuneración de los magistrados".

8. Al respecto, estimo pertinente recordar que el derecho a un ingreso equitativa y suficiente de los jueces no solo se encuentra reconocido en el artículo 24° de la Constitución, sino que está desarrollado en el Texto Único Ordenando de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

   En este sentido, su artículo 186°, inciso 5, literal b), dispone que los jueces tienen derecho a percibir un ingreso acorde con su función, dignidad y jerarquía. Para estos fines se toma en cuenta que los ingresos de los Jueces Superiores es del 90% del total que perciban los Jueces de la Corte Suprema; el de los Jueces Especializados y Mixtos es del 80%, y el de los Jueces de Paz Letrados es del 70%, referidos estos porcentajes al haber total de los Jueces de la Corte Suprema.

   En buena cuenta, el monto de la remuneración de los jueces se encuentra determinado en el Texto Único Ordenando de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que no puede considerarse que el cuadro aprobado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial en el artículo primero de la Resolución Administrativa N.° 235-2012-CE-PJ exceda sus competencias.

9. En el caso del derecho a un ingreso equitativo y suficiente de los jueces el artículo 186°, inciso 5, literal b) del Texto Único Ordenando de la Ley Orgánica del Poder Judicial forma parte del bloque de constitucionalidad del artículo 24° de la Constitución, por lo que debe ser respetado y cumplido no solo por el Poder Ejecutivo sino también por el Poder Judicial, razón por la cual considero que el cuadro aprobado por el artículo primero de la Resolución Administrativa N.° 235-2012-CE-PJ no afecta ni menoscaba las competencias del Poder Ejecutivo.

   Es más, resulta patente y manifiesto el incumplimiento de satisfacción del derecho reconocido en el artículo 186°, inciso 5, literal b) del Texto Único Ordenando de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues han transcurrido más de 20 años desde que se publicó el Decreto Supremo N.° 017-93-JUS y hasta la fecha los jueces no perciben el ingreso que por ley les corresponde, situación que no solo afecta su derecho a un ingreso equitativo y suficiente, sino que también es contraria al mandato previsto en el artículo 38° de la Constitución que impone la obligación de "respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación".

   Resulta evidente que en estos 20 años ningún Gobierno ha tenido la intención de satisfacer el derecho que por ley les corresponde a los jueces, omisión que genera un *estado de cosas inconstitucionales* que no puede subsistir ni permitirse, pues ello atenta y daña la esencia del Estado Constitucional cuyo fin es el respeto y el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales.

10. Lo dicho hasta ahora no significa que la satisfacción del derecho a un ingreso que por ley les corresponde desconozca la competencia prevista en el inciso 17) del artículo 118° de la Constitución, cuyo texto dice que corresponde al Presidente de la República administrar la hacienda pública. Entonces, es indudable que la competencia de administrar la hacienda pública le corresponde al Poder Ejecutivo y no al Poder Judicial, y que conforme al artículo 78° de la Constitución le compete al Presidente de la República enviar al Congreso de la República el proyecto de Ley de Presupuesto.

    El artículo segundo de la Resolución Administrativa N.° 235-2012-CE-PJ que resuelve requerir al Ministerio de Economía y Finanzas para que proceda a asignar y transferir los recursos adicionales del Tesoro Público para el cumplimiento efectivo de las escalas remunerativas de los jueces no desconoce ni menoscaba las competencias indicadas del Presidente de la República, por cuanto mediante esta resolución el Poder Judicial no está presentando un proyecto de Ley de Presupuesto ante el Congreso de la República, ni está modificando, transfiriendo o aprobando partidas presupuestarias.

11. En la demanda también se alega que no es competencia del Poder Judicial administrar la reserva de contingencia, pues ello únicamente le compete al Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Economía y Finanzas.

    Sobre el particular, cabe indicar que el artículo 44° de la Ley N.° 28411 dispone que "Las Leyes de Presupuesto del Sector Público consideran una Reserva de Contingencia que constituye un crédito presupuestario global dentro del presupuesto del Ministerio de Economía y Finanzas, destinada a financiar los gastos que por su naturaleza y coyuntura no pueden ser previstos en los Presupuestos de los Pliegos. El importe del crédito presupuestario global no será menor al uno por ciento (1%) de los ingresos correspondientes a la Fuente de Financiamiento Recursos Ordinarios que financia la Ley de Presupuesto del Sector Público". Asimismo, la Ley Orgánica del Ministerio de Economía y Finanzas en su artículo 5° señala, entre otras cosas, que le corresponde planear, dirigir y controlar el presupuesto.

    Las normas citadas evidencian que al Poder Judicial no le compete administrar la reserva de contingencia, por cuanto su administración es competencia exclusiva del Poder Ejecutivo que es ejercida a través del Ministerio de Economía y Finanzas. En efecto, el Anexo del Decreto Supremo N.° 129-2013-EF demuestra que el Ministerio de Economía y Finanzas es el órgano que mediante resoluciones ministeriales o decretos supremos dispone la transferencia de partidas de la reserva de contingencia y la modifica presupuestariamente.

12. De otra parte, es de conocimiento público que las sentencias estimativas de los procesos de cumplimiento que ordenan la ejecución del mandato previsto en el artículo 186°, inciso 5, literal b) del Texto Único Ordenando de la Ley Orgánica del Poder Judicial originaron que se emita la Ley N.° 29818 que en su artículo único dispone:

    > Constitúyese una comisión conformada por representantes del Poder Judicial y del Ministerio de Economía y Finanzas, a fin de evaluar la situación de los ingresos de los jueces a que hace referencia el artículo 1 de la Ley 29718, con el objeto de proponer un proyecto de ley dentro de ciento ochenta (180) días calendario, debidamente financiado, del ordenamiento de dichos ingresos, el mismo que será aplicable de manera progresiva y ordenada, en el marco de las Leyes Anuales de Presupuesto del Sector Público (Subrayado agregado).

13. En cumplimiento de dicha ley se instaló la Comisión conformada por representantes del Poder Judicial y del Ministerio de Economía y Finanzas. Dicha comisión consensuó y elaboró un proyecto de ley que ordena los ingresos de los jueces. En la exposición de motivos de dicho proyecto de ley se consigna que su implementación tiene "un costo estimado de alrededor de S/. 87 millones anuales" y que dicho monto "será financiado con cargo al presupuesto institucional del Poder Judicial sin irrogar gasto al Tesoro Público".

Lo transcrito evidencia que los S/. 87 millones destinados a la homologación de las remuneraciones de los jueces se encuentran debidamente financiados y forman parte del presupuesto del Poder Judicial, es decir, no irrogan gasto alguno al Tesoro Público. Esto es aceptado por el Ministerio de Economía y Finanzas; sin embargo, como dicho proyecto de ley nunca se aprobó los S/. 87 millones no fueron transferidos al presupuesto del Poder Judicial, sino que quedaron en el ámbito del Ministerio de Economía y Finanzas. Por esta razón, el Poder Judicial dispone que la homologación de las remuneraciones de los jueces se efectué con el fondo de reserva de contingencia, por cuanto los S/. 87 millones fueron depositados en dicha reserva.

Consecuentemente, el Poder Judicial cuando le requiere al Ministerio de Economía y Finanzas que proceda a asignar y transferir los recursos a través de la Resolución Administrativa N.° 235-2012-CE-PJ no le ordena que se disponga la reserva de contingencia, sino que en realidad le está solicitando que le deposite los S/. 87 millones que le corresponde y que no le fueron dados porque el proyecto de ley citado no fue aprobado por el Congreso de la República. En estricto, se evidencia que dichos fondos no forman parte de una naturaleza contingencial; sino, antes bien son fondos propios de la homologación de los jueces, a los que deben ser destinados; por lo que resulta legítimo que dicho monto le sea depositado ante el requerimiento efectuado por el Poder Judicial.

No obstante, ante el requerimiento de las partes implicadas en este proceso, es decir el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, y teniendo en cuenta el impacto presupuestal de la presente decisión, estimo prudente establecer una *vacatio* en la ejecución de la presente sentencia, a efectos de que se logre arribar a un consenso entre ambos poderes del Estado con relación a la *forma* cómo debe llevarse adelante la homologación de los jueces del Poder Judicial (porcentajes homologatorios, conceptos remunerativos, etc.). Este consenso

debe concretarse en la emisión de una ley que establezca los marcos normativos para dicha homologación. En consecuencia se exhorta al Congreso de la República a que atienda el proyecto de ley *consensuado* entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial con carácter de urgencia.

La *vacatio* a que se hace referencia en el párrafo anterior vence el 20 de diciembre del presente año. Cumplido dicho plazo sin que se llegue a un acuerdo aprobado por ambas partes y plasmado en una ley, entiendo que la homologación debe iniciarse automáticamente, destinando para el efecto los S/. 87 millones que el Ministerio de Economía y Finanzas tenía previsto para la implementación de la homologación.

En el supuesto que no se llegue a un acuerdo y tenga que iniciarse el proceso de ejecución de la presente sentencia, este Tribunal debe precisar que el marco normativo aplicable para dicha homologación, es el constituido por el artículo 186, inciso 5, literal b) del D.S. N° 017-93-JUS, Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual conforme lo estableció el Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente 3919-2010-PC/TC (fundamento jurídico 10), dispone que la homologación se efectúa sobre la base del *total de los ingresos* de lo que percibe un Vocal de la Corte Suprema, y no sobre la base de la remuneración. Es decir, la homologación no se efectúa sobre la base del concepto de remuneración, sino de ingreso total. En síntesis, al margen de lo que la Ley establezca sobre la remuneración que percibe un magistrado del Poder Judicial, la homologación dispuesta por el artículo 186, inciso 5, literal b) del D.S. N° 017-93-JUS, Ley Orgánica del Poder Judicial, se efectúa sobre la base del total de *ingresos* de un Vocal de la Corte Suprema.

14. En consecuencia, debo ser enfático en señalar que el Poder Ejecutivo debe, a través de las carteras correspondientes, viabilizar que en el Presupuesto General de la República se incluya el cumplimiento de la sentencia de vista contenida en la resolución del 10 de agosto de 2011, recaída en el expediente 6582-2009, la que deberá continuar su ejecución en base a los parámetros establecidos en la presente sentencia, es decir, en función del ingreso y no de la remuneración como monto referencial para la homologación. El hecho de que sea este poder quien promueva la presente demanda, sin cumplir a la fecha la aludida sentencia demuestra una cuestionable actitud en la ejecución del mandato contenido en ella, máxime si él, como lo ha afirmado en la demanda, tiene la rectoría en materia presupuestaria, como reflejo de su titularidad en la administración de la hacienda pública. Debe exigírsele el cumplimiento de una norma que lleva más de veinte años sin ser acatada, sobre todo tomando en cuenta que el Poder Ejecutivo tiene como principal obligación "cumplir y hacer cumplir las leyes".

15. El artículo 118.1 de la Constitución, reiterado en el artículo 8.1.a. de la Ley 29158, Orgánica del Poder Ejecutivo, indica que corresponde al Presidente de la República cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, al ser una de las responsabilidades específicas de su rol como jefe de Estado (fundamento 2 de la STC 1277-1999-AA/TC). En efecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que *"Es verdad que la Constitución ha establecido que todos tenemos el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación (artículo 38), pero es igualmente cierto que la atribución constitucional de hacer cumplir las leyes es una facultad que la Constitución le ha reservado de manera exclusiva, pero no excluyente, al Poder Ejecutivo. Por lo que ningún poder del Estado, órgano constitucional o particular puede afectar esta atribución constitucional"* (fundamento 32 de la STC 0006-2006-PCC/TC).

16. Por lo anterior, el Poder Ejecutivo, a través de la Presidencia del Consejo de Ministros, debe asumir sus responsabilidades conforme a los artículos 119 y 123 de la Constitución, disponiendo lo que fuere conveniente a través de las carteras comprometidas, para que el proceso de nivelación se ejecute. Asimismo, de manera especial, el Consejo de Ministros está compelido a no autorizar nuevos procesos por parte de cualquiera de los ministerios, especialmente el MEF, encaminados a diferir el proceso de nivelación. En caso de que interpusieran nuevas demandas, éstas serán asumidas por este Colegiado como una muestra de resistencia a los mandatos del máximo ente jurisdiccional.

17. Finalmente, corresponde declarar la extinción de la medida cautelar concedida mediante la Resolución de fecha 21 de mayo de 2013, por cuanto no se ha estimado la pretensión de declarar la nulidad de la resolución administrativa citada y las Resoluciones N.os 91 y 95.

En consecuencia, mi voto es por:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda en el extremo que se solicita que se declare que el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Economía y Finanzas es el poder competente para administrar la hacienda pública, así como la reserva de contingencia.

2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo que se solicita que se declare la nulidad de la Resolución Administrativa N.° 235-2012-CE-PJ.

3. **DISPONER** que el marco normativo aplicable a la homologación de los jueces es el contenido en el artículo 186, inciso 5, literal b) del D.S. N° 017-93-JUS, Ley Orgánica del Poder Judicial, de conformidad con la interpretación efectuada en el fundamento 13, a la cual deberá ajustarse todo proceso judicial en trámite o en etapa de ejecución de sentencia.

4. **DISPONER** que el Poder Ejecutivo cumpla lo dispuesto en el fundamento 13, en lo referente a la asignación de los recursos para la homologación en el presente año fiscal.

5. **DISPONER** la *vacatio* de la presente sentencia hasta el 20 de diciembre del presente año, a efectos de que el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial lleguen a un acuerdo con relación a la *forma* cómo debe llevarse adelante la homologación de los jueces del Poder Judicial (porcentajes homologatorios, conceptos remunerativos, etc.). Este consenso debe concretarse en la emisión de una ley que establezca los marcos normativos para dicha homologación; en consecuencia,

6. **EXHORTAR** al Congreso de la República a que atienda el proyecto de ley *consensuado* entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial con carácter de urgencia.

7. Declarar **IMPROCEDENTE** las solicitudes de intervención litisconsorcial facultativa y de incorporación como partícipe.

8. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo que se solicita que se declare la nulidad de las Resoluciones N.os 91 y 95.

9. Declarar la **EXTINCIÓN** de la medida cautelar concedida mediante la Resolución de fecha 21 de mayo de 2013.

**SS.**
**ETO CRUZ**

**Exp. N° 00002-2013-PCC/TC**
**LIMA**
**PODER EJECUTIVO**

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI**

Con el debido respeto por la opinión de nuestros colegas magistrados, emito el presente voto singular por las razones que a continuación expongo:

1. El Código Procesal Constitucional establece que *"El conflicto se produce cuando alguno de los poderes o entidades estatales (...) adopta decisiones (...) afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro (...)"* (artículo 110). Como están en juego atribuciones, es decir, las posibilidades jurídicas de actuación que la Constitución y las leyes orgánicas que la desarrollan confieren a los poderes y órganos constitucionales (fundamento 10.4 de la STC 0013-2003-CC/TC), el conflicto producido es uno 'por menoscabo de atribuciones constitucionales en sentido estricto', toda vez que el Poder Judicial habría realizado actuaciones administrativas y jurisdiccionales que afectarían atribuciones correspondientes al Poder Ejecutivo. Para definir si es correcto lo afirmado por el accionante, es pertinente desarrollar dos niveles de análisis.

**A. CUESTIONES PROCESALES PREVIAS**

2. Con fecha 31 de mayo de 2013, el Procurador Público Especializado en Materia Constitucional solicitó al Tribunal Constitucional incorporar al proceso de autos, en calidad de partícipe, al Congreso de la República, atendiendo a su competencia respecto a la aprobación del Presupuesto General de la República, en la medida que en el presente caso la verificación de la alegada afectación de las competencias del Poder Ejecutivo por parte del Poder Judicial debe ser analizada teniendo en cuenta las competencias de todos los órganos que intervienen en el procedimiento de formulación del Presupuesto.

3. Posteriormente, diversas personas solicitaron al Tribunal Constitucional que al amparo de los artículos 54 del Código Procesal Constitucional y 94 del Código Procesal Civil, se admita su intervención litisconsorcial, en calidad de litisconsorte facultativo, respecto de la parte demandada (Poder Judicial) en el presente proceso, y que en su oportunidad se declare improcedente la demanda. Las solicitudes fueron las siguientes:

   - Pedido realizado con fecha 8 de julio de 2013, en su calidad de magistrado, por don Jaime David Abanto Torres.
   - Pedido realizado con fecha 23 de agosto de 2013, en sus calidades de magistrados, por don Miguel Ángel Benito Rivera Gamboa, doña Graciela Esther Llanos Chávez, doña Luz Elena Jaúregui Basombrío, doña Elvira María Álvarez Olazábal, don Ronald Mixán Álvarez, doña María Rosario Niño Palomino, por doña Milagros Álvarez Echarri, don Carlos Alfredo

Escobar Antezano, doña Aracely Denyse Baca Cabrera, doña Nancy Elizabeth Eyzaguirre Garate, don Germán Alejandro Aguirre Salinas, doña Rosa María Cabello Arce y doña Hilda Sancarranco Cáceda.

- Pedido realizado con fecha 23 de agosto de 2013, en sus calidades de magistrados, por doña Ana Patricia Lau Deza, doña Silvia Ysabel Núñez Riva, doña Juana María Torreblanca Núñez, don Juan Carlos Valera Málaga, doña Liliana Amalia Chávez Berríos, doña Rosario Alfaro Lanchipa, don Henry Antonio Huerta Sáenz, doña María del Pilar Tupiño Salinas, don Julio César Rodríguez Rodríguez, doña Rose Mary Parra Rivera y doña Cristina Amparo Sánchez Tejada.

4. La intervención de personas distintas a las partes como litisconsorte facultativo ha sido admitida *ad hoc* para los procesos de inconstitucionalidad, razón por la cual es preciso en la presente resolución analizar, antes de decidir la aceptación o no de los pedidos realizados, la conveniencia de su reconocimiento para los procesos de conflicto competencial. El artículo 112 del Código Procesal Constitucional establece, al referirse al proceso de conflicto competencial, que *"(...) El procedimiento se sujeta, en cuanto sea aplicable, a las disposiciones que regulan el proceso de inconstitucionalidad (...)"*. Teniendo en cuenta que no puede equipararse la naturaleza de ambos procesos, corresponde decretar si las figuras de los partícipes y litisconsortes facultativos pueden ser transpoladas de uno a otro en los mismos términos, siendo para ello, aparte del Código Procesal Constitucional, en virtud del artículo IX del Título Preliminar de este último, adecuado utilizar las disposiciones pertinentes del Código Procesal Civil.

5. Tomando en consideración que en el proceso competencial de autos el demandante (Presidente de la República) cuestiona concretas resoluciones del demandado (Poder Judicial), se debe estudiar si es posible incorporar en el proceso al Congreso de la República en calidad de *partícipe*, a pedido del demandante. Al respecto, en primer lugar, se observa que el pedido no ha sido realizado por el propio interesado sino por una de las partes. De otro lado, no se ha justificado convenientemente por qué podría ayudar a la mejor interpretación constitucional en la discusión competencial materia del presente proceso. Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional estima que no existen razones de relevancia o trascendencia que justifiquen la incorporación del Congreso de la República como partícipe, debiendo rechazarse la solicitud presentada por el Procurador Público Constitucional.

6. Que, de otro lado, en tres pedidos distintos, 25 solicitantes, que se desempeñan individualmente como jueces del Poder Judicial, solicitan su incorporación al proceso de conflicto competencial de autos como litisconsortes facultativos. Sin embargo, tales personas no podrían ser litisconsortes porque no tienen la calidad de partes del proceso. Por dichas consideraciones, **considero** que debe rechazarse tal pedido de incorporación al proceso de autos.

## B. ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES RELATIVAS A LA RESERVA DE CONTINGENCIA

7. La cuestión central del presente conflicto competencial tiene que ver con la administración de la hacienda pública -el tesoro público en general y la reserva de contingencia en especial-, por lo que corresponde definir esta última.

### B-1. Determinación de la Reserva de Contingencia

8. En el ámbito de la planificación y proyección de la administración económica y financiera del Estado, existen gastos o necesidades que pueden suceder o no suceder, cuya atención o financiación debido a esas características no pueden ser programadas en los presupuestos de los pliegos inicialmente aprobados, haciéndose necesaria, por ende, la creación de reservas que tengan por finalidad la de cubrirlos. Bajo este postulado, aparece la reserva de contingencia, provisión o dotación presupuestaria que ayuda al gobierno estatal a afrontar los requerimientos de eventuales gastos y que sirve para mantener el nivel de realismo del presupuesto público puesto que incorpora la incertidumbre como parte de sus cálculos.

#### B-1.a. La Reserva de la Contingencia en la Ley Anual de Presupuesto

9. La reserva de contingencia es parte del Presupuesto de la República y, por lo tanto, se rige por la ley de la materia, es decir, por la Ley Anual de Presupuesto, instrumento legal de gestión mediante el cual el Estado periódicamente programa sus actividades y proyectos en atención a la política general del gobierno, manifestada a través de sus políticas nacionales y sectoriales. El artículo 77 de la Constitución indica que la administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso, en el cual la asignación equitativa

de los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización.

10. Un presupuesto comprende tanto los gastos que, como máximo, pueden contraer las entidades durante el año fiscal, en función a los créditos presupuestarios aprobados y los ingresos que financian dichas obligaciones, como las metas de resultados a alcanzar y las metas de productos a lograrse (artículo 9 de la Ley 28411, General del Sistema Nacional de Presupuesto). El presupuesto público *ergo* constituye una proyección cuantificada de las obligaciones de gastos que se deben atender en el año fiscal respectivo que se inicia el 1 de enero y culmina el 31 de diciembre, en función a los créditos presupuestarios autorizados que dan cobertura a tales gastos, y en función a los ingresos que se perciben en dicho período que financian dichos gastos.

11. Sobre la base del principio de competencia, previsto en los artículos 78, 79, 80, 160 y 162 de la Constitución, se delimita la esfera de actuación y funciones de las instituciones del Estado en el inicio del proceso de elaboración del presupuesto que culmina con la promulgación de la Ley de Presupuesto (fundamento 9.2 de la STC 0004-2004-CC/TC). Así, si bien es aprobada por el Congreso de la República, es el presidente de la República quien posee la iniciativa legislativa (artículo 78 de la Constitución), previa actuación de la Dirección General de Presupuesto Público integrante del Viceministerio de Hacienda (artículo 14 del Decreto Legislativo 183, Ley Orgánica del MEF). Es decir, es el propio MEF quien tiene intervención directa en la formulación del presupuesto, donde está inserta la reserva de contingencia.

12. Dentro de las Leyes de Presupuesto del Sector Público, se consideran una Reserva de Contingencia que constituye un crédito presupuestario global dentro del presupuesto del Ministerio de Economía y Finanzas, destinada a financiar los gastos que por su naturaleza y coyuntura no pueden ser previstos en los Presupuestos de los Pliegos. Así lo define el artículo 44 de la Ley 28411, General del Sistema Nacional de Presupuesto.

13. Es así como la reserva de contingencia se postula como un crédito presupuestario que exige exclusividad en función del objetivo para el que han sido autorizados. Un crédito presupuestario se destina, exclusivamente, a la finalidad para la que haya sido autorizado en los presupuestos, o la que resulte de las modificaciones presupuestarias aprobadas conforme a ley (artículo 26.1 de la aludida Ley 28411).

**B-1.b. Contenido de la Reserva de Contingencia**

14. Como el Presupuesto de la República define cómo ha de estar compuesta la reserva de contingencia, la determinación de los recursos que lo integran y el uso de los mismos están sujetos a condiciones que provienen de su naturaleza misma en función de su finalidad, así como de la condición de crédito presupuestario, sujeta a la Ley Anual de Presupuesto.

15. El marco normativo que con mayor claridad desarrolla qué incluye la reserva de contingencia se encuentra en el artículo 44 de la Ley 28411, General del Sistema Nacional de Presupuesto, para el cual tal reserva está *"(...) destinada a financiar los gastos que por su naturaleza y coyuntura no pueden ser previstos en los Presupuestos de los Pliegos (...)"*. Es así como la naturaleza de esta dotación presupuestaria permite calificar al hecho de la provisión de una reserva para solventar determinados gastos o necesidades contingentes como una verdadera obligación estatal, cuyo contenido normativo en el presupuesto anual fluye de la interpretación sistemática de la Constitución.

16. Como su mismo nombre lo expresa, dicha reserva está destinada a hacer frente a 'gastos o necesidades contingentes', no definidos en el Presupuesto de la República. Un gasto a financiar es *contingente* si puede suceder o no. Su producción responde fundamentalmente a causas ocasionales, fortuitas o accidentales, que hacen que tales gastos no puedan establecerse en los presupuestos de los pliegos.

17. Por tal razón, su finalidad en estricto no puede ser atender la implementación de la política general del gobierno expresada a través de las políticas nacionales y sectoriales, sino más bien la de atender los gastos o necesidades imprevistas que reúnan determinadas características, toda vez que -como se ha señalado- se trata de una provisión presupuestaria cuya única finalidad es financiar o solventar determinados gastos o necesidades que por sus características especiales no pueden ser programados en los Presupuestos de los Pliegos inicialmente aprobados. De lo expuesto, queda claro que la reserva de contingencia no puede ser utilizada para financiar los gastos o necesidades conocidas, recurrentes o frecuentes o los gastos que pudieron o debieron preverse y planificarse con la antelación suficiente para

ser incorporados en los presupuestos de los pliegos.

18. Por tanto, **considero** que no es admisible que el monto de la reserva de contingencia sea discrecional, sino que debe especificarse en la Ley Anual de Presupuesto, determinando las condiciones claras y estrictas para su uso. Es la única forma de cumplir con el principio presupuestal de exactitud, previsto en el artículo 77 de la Constitución, según el cual debe consignarse *"(…) la totalidad de los recursos y gastos fiscales en atención al verdadero y real rendimiento de las fuentes de percepción de renta estatal, constituyéndose en la descripción cabal de las funciones y servicios que efectuará el órgano ejecutivo en su condición de responsable de la administración"* (fundamento 9.6 de la STC 0004-2004-CC/TC). En efecto, los gastos o necesidades a ser cubiertos con cargo a la reserva de contingencia deben estar señalados en la Ley de Presupuesto del Sector Público del año fiscal. Es lo que se denomina la previsión legal de los imprevistos. Y es que si el presupuesto público se ejecuta en función a la Ley Anual de Presupuesto, parece lógico sostener que los gastos o necesidades con cargo a dicha reserva también estén señalados en dicha ley.

**B-1.c. Composición de la Reserva de Contingencia**

19. La reserva de contingencia puede incluir situaciones de distinta naturaleza, siempre con la base constitucional correspondiente. A modo de ejemplo, y a fin de no incurrir en arbitrariedad, se debe utilizar lo que el MEF ha desarrollado a través del Informe 038-2013-EF/50.04, expedido por la Dirección General de Presupuesto Público y dirigido al Viceministro de Hacienda, de fecha 6 de mayo de 2013, básicamente en el punto 18. Asimismo, se ha servido de lo trabajado por el Fondo Monetario Internacional – FMI -en tanto institución internacional entre cuyos fines se encuentra aminorar el desequilibrio de sus balanzas de pagos y del cual el Perú es miembro- a través del Manual de Transparencia Fiscal, del 2007 (http://www.imf.org/external/np/fad/trans/spa/manuals.pdf).

20. La reserva de contingencia, por tanto, dentro de la ley presupuestaria, debe estar dividida en dos grandes rubros, diferenciados, tomando en cuenta su carácter propio y disímil: la reserva indeterminada y la reserva determinable. Si la Ley Anual de Presupuesto no definiese qué tipo de reserva está reconociendo, se considerará que únicamente estará afectando a la reserva indeterminada.

21. Es verdad que no es posible conocer todos los supuestos posibles de gastos o necesidades contingentes; sin embargo, la exigencia de la previsión legal queda cumplida si se realiza la descripción de los supuestos determinables que constituyen gastos o necesidades contingentes y se deja mayor discrecionalidad a los indeterminados. La reserva de contingencia no supone ni puede suponer una dotación presupuestaria para la atención de un catálogo o lista en blanco de gastos, sino que le es exigible una descripción en la mayor medida posible de los mismos.

***Reserva indeterminada***

22. La propiedad intrínseca de la reserva de contingencia indica que dentro de ellas deben incluirse, como contenido natural, aquellas reservas cuyo evento y el monto que éste representa es completamente indeterminado. Se presenta cuando se desea la atención de situaciones que no han podido ser previstas, bajo la clase de situaciones de emergencia extraordinaria.

23. Por la categoría de los bienes constitucionales que están protegiendo, el importe del crédito presupuestario global de ésta de parte de la reserva de contingencia no puede ser menor al 1% de los ingresos correspondientes a la Fuente de Financiamiento Recursos Ordinarios que financia la Ley de Presupuesto del Sector Público (artículo 44 de la Ley 28411, General del Sistema Nacional de Presupuesto).

24. En este caso el monto que se establezca en la Reserva de Contingencia sólo puede ser referencial, en tanto se desconoce si sucederá o no la calamidad, su magnitud y el monto que ésta costaría al erario nacional. Al no poder estar sustentado en base objetiva alguna, no puede ser desglosado en el Presupuesto de la República, sino sólo señalado de manera global.

25. Las contingencias indeterminadas se podrían presentar de dos formas: las provenientes de factores naturales y las relativas a factores fiscales.

***Por factores naturales***

26. Las contingencias provenientes de factores naturales se encuentran reflejadas en situaciones como catástrofes, desastres naturales o situaciones de calamidad pública, que muchas veces devienen en declaratorias de estados de emergencia (artículo 137.1 de la Constitución).

27. Su reconocimiento se sustenta en que es una obligación del Estado garantizar la plena

vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44 de la Constitución).

***Por factores fiscales***

28. Más allá de la labor monetaria, que corresponde con exclusividad al Banco Central de Reserva (artículo 84 de la Constitución), a través de la reserva de contingencia también se podría hacer frente a una recesión económica grave que impida que el Presupuesto de la República pueda cumplir uno de sus objetivos, cual es prever los posibles efectos económicos y sociales de los programas de ingresos y gastos fiscales durante un ejercicio presupuestal (fundamento 7.c de la STC 0004-2004-CC/TC).

29. Es así como a través de este tipo de reserva se podrían contrarrestar las variaciones en los supuestos clave empleados en los pronósticos macroeconómicos (como el aumento o disminución de un punto porcentual de la inflación) o de gastos presupuestarios (como la incertidumbre acerca de la magnitud de compromisos específicos de gasto que podrían variar en un año fiscal).

***Reserva determinable***

30. Son aquellas reservas que sirven para atender eventos que sí se han podido prever, pero que no existe seguridad total que puedan suceder. Tiene el atributo esencial de evitar situaciones próximas a ser asumidas como gasto público pero que como no pueden estar establecidas en los pliegos correspondientes dentro de la Ley Anual de Presupuesto, pero que se pueden prever al momento en que se está aprobando ésta, se incorporan en ésta como parte de una contingencia.

31. A diferencia de la reserva indeterminada, el monto de la reserva determinable que se establezca tiene que estar debidamente justificado, sustentado y especificado en la Ley Anual de Presupuesto, con la determinación de las partidas a las cuales se destinaría la reserva. No tendría validez constitucional si no se especifica la justificación de esta asignación presupuestal.

32. La atención inmediata y oportuna de tales gastos o necesidades con cargo a los recursos de la reserva de contingencia posibilita dejar de lado todo procedimiento burocrático que resultase adverso para enfrentar la mencionada situación judicial o política que se produzca, por ejemplo a través de un crédito presupuestario suplementario.

33. Las contingencias determinables se presentan de dos maneras: por factores políticos o legislativos y por factores judiciales.

***Por factores políticos***

34. Las contingencias provenientes de factores políticos se exhiben como gastos cuya asignación a los pliegos están a la espera de la formalización de procedimientos o reglamentos por parte de los sectores responsables de implementar la política, tal como lo formula el propio MEF en el mencionado Informe 038-2013-EF/50.04.

35. En efecto, como generalmente ocurre, el complejo íter legislativo de un proyecto de ley que amerita gasto hace que la dación de la ley o incluso la implementación de la misma pueda culminar cuando el Presupuesto ya fue sancionado (artículo 109, ss. de la Constitución). Esto está en correlación directa con las partidas que no se han incluido en el presupuesto público porque no se sabe con certeza cuándo quedarán asentadas, qué magnitud tendrán o si van a hacerse efectivas.

***Por factores judiciales***

36. En la misma lógica de la contingencia por factores políticos, dentro de los pasivos contingentes también deberían preverse las posibles deudas derivadas de litigios contra el Estado que tienen que ser ejecutadas en el siguiente ejercicio presupuestal, tal como lo recomienda el FMI.

37. Tal como se verá más adelante, existe una forma específica de pago de las sentencias judiciales; pero, este tipo de reserva serviría en caso de advertirse un fuerte desembolso de dinero que no podría ser cubierto con la partida presupuestaria de cada pliego destinado al cumplimiento de sentencias, lo cual implicaría una técnica avanzada del sometimiento a la Constitución -específicamente, el artículo 139.2- del Poder Ejecutivo a la hora de formular el Presupuesto General de la República y del Poder Legislativo al momento de aprobarlo.

38. El reconocimiento de este tipo de reserva de contingencia está en correlación directa con el derecho a la ejecución de sentencias, que se condice con la efectividad de las resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada. Entonces, así como en caso se prevea un cambio remunerativo, por ejemplo de los profesores, a través de un proyecto de ley a punto de ser aprobado, la partida presupuestaria debe incluirse en la reserva de contingencia, también correspondería comprenderse dentro de ella si ya salió una sentencia con calidad de cosa juzgada que

verse sobre el mismo tema y aún no se solicita su ejecución.

39. Entonces, cuando el juez solicite al pliego correspondiente el cumplimiento de una determinada sentencia de alto impacto económico, el titular del pliego debe solicitar con carácter de urgente al MEF los fondos previstos en la reserva de contingencia para que se le transfiera con prontitud.

**B-2. Administración de la Reserva de Contingencia**

40. La reserva de contingencia, en tanto crédito presupuestario, según se ha precisado *supra,* forma parte del Presupuesto Público, que concretamente debe estar ubicado dentro del presupuesto institucional del MEF, cuya ejecución como cualquier otro crédito presupuestario está sujeta a la Ley Anual de Presupuesto. Esta inclusión de la reserva de contingencia en el presupuesto del MEF hace que se entienda que su administración compete al Poder Ejecutivo.

**B-2.a. Atribución constitucional del Poder Ejecutivo de la administración de la reserva de contingencia**

41. Es al Presidente de la República a quien le corresponde la función de administrar la hacienda pública (artículo 118.17 de la Constitución), la que debe ser ejercida según las reglas de responsabilidad y transparencia fijadas por ley (artículo 8.2.d. de la Ley 29158, Orgánica del Poder Ejecutivo). Esta atribución constitucional que consiste en el estudio y evaluación del conjunto de las decisiones económicas sobre los ingresos y gastos consignados en el Presupuesto Público anual responde y se viabiliza a través de la política general del gobierno, expresada a través de las políticas nacionales y sectoriales, cuyo diseño, supervisión y ejecución es una atribución exclusiva del Poder Ejecutivo. En efecto, coherente con lo estipulado en el artículo 118.3 de la Constitución, el artículo 4.1 de la Ley 29158, Orgánica del Poder Ejecutivo señala que es una competencia exclusiva del Poder Ejecutivo diseñar y supervisar políticas nacionales y sectoriales, las cuales son de cumplimiento obligatorio por todas las entidades del Estado en todos los niveles de gobierno.

42. Si la administración de la hacienda pública que supone el estudio y análisis de los ingresos y gastos del Presupuesto Público -dentro del cual se integra la reserva de contingencia-, en función de las políticas nacionales y sectoriales, está a cargo del Poder Ejecutivo, concretamente a cargo de cada uno de los ministerios (artículo 22 de la referida Ley 29158, Orgánica del Poder Ejecutivo), el MEF aparece como el ente rector de la administración económica y financiera del Sector Público. Esta atribución se deriva del artículo 5 del Decreto Legislativo 183, Ley Orgánica del MEF, que señala que le corresponde planear, dirigir y controlar los asuntos relativos, entre otros, al presupuesto, conclusión similar a la que se arriba a partir de la lectura del texto del artículo 5.1 de la Ley 28112, Marco de la Administración Financiera del Sector Público, según el cual la autoridad central de los sistemas conformantes de la administración financiera del Sector Público es el MEF, y es ejercida a través del Viceministro de Hacienda.

43. De tales argumentos, la atribución constitucional de la administración de la hacienda pública, y en concreto, la administración de la reserva de contingencia, a propósito del conflicto competencial planteado, corresponde única y *exclusivamente* al Poder Ejecutivo, y por ello, ningún otro poder del Estado puede interferir en el cumplimiento de dicha atribución. Cualquier actuación o resolución que genere menoscabo en dicha atribución automáticamente deviene en inconstitucional.

44. En congruencia con lo señalado, la utilización de la reserva de contingencia está supeditada a la autorización previa a través de un Decreto Supremo, con la indicación precisa del gasto o necesidad a atender, sobre la base de la clasificación expuesta *supra*, así como la justificación suficiente de su uso en función a su finalidad. El artículo 45 de la Ley 28411, General del Sistema Nacional de Presupuesto señala que *"Las Transferencias o Habilitaciones que se efectúen con cargo a la Reserva de Contingencia se autorizan mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas (…)"*. Por esta razón, no es admisible en aras del respeto de la atribución constitucional del Poder Ejecutivo de administración de la reserva de contingencia que el Congreso de la República haya emitido leyes para disponer de la reserva de contingencia, tal como ocurriese con la Ley 29070, específicamente a través de su artículo 4.

**B-2.b. Exigencia de razonabilidad de la administración de la reserva de contingencia por parte del Poder Ejecutivo**

45. El criterio de razonabilidad, como límite a la discrecionalidad (Vid. STC 0090-2004-AA/TC) debe ser exigido en la administración de la reserva de contingencia por parte del Poder

Ejecutivo a través del MEF. Tal pretensión está en correlación directa con lo establecido en el artículo 77 de la Constitución, que establece que la ejecución responde a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas.

46. A partir de la exigencia del principio de razonabilidad, es preciso señalar aquí que los gastos o necesidades que no fueron atendidos en el ejercicio fiscal en el que se produjeron, dejan de ser contingentes en el ejercicio fiscal siguiente, debiendo ser incorporados en los presupuestos de los pliego respectivos.

47. Asimismo, es necesario que el MEF administre convenientemente cada uno de los dos tipos de reserva de contingencia antes desarrollados. Asimismo, tomando en cuenta la urgencia de la intervención pública es preciso que la transferencia de fondos la realice con celeridad. Según éste, debe dotarse a todo trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto a sus funciones o vulnere el ordenamiento (interpretación mutatis mutandis del fundamento 12 de la STC 1966-2005-PHC/TC).

***Respecto de la reserva indeterminada***

48. Como no está determinado a qué suceso debe destinarse el 1% de los ingresos correspondientes a la Fuente de Financiamiento Recursos Ordinarios que financia la Ley de Presupuesto del Sector Público destinada a la reserva indeterminada, un principio básico de su administración por parte del Poder Ejecutivo se encuentra en la prudencia en el uso de dichos recursos.

49. Tal uso responsable queda satisfecho si se realiza una administración sensata y equilibrada de los mismos, a fin de evitar el escenario en el que, al no existir los recursos suficientes para cubrir los gastos o necesidades imprevistas, sea necesario comprometer el equilibrio fiscal y la unidad presupuestaria a través del endeudamiento, la aprobación y promulgación de créditos presupuestarios suplementarios, entre otros.

50. Una situación como la descrita indudablemente tendría graves consecuencias en la administración de la hacienda pública, puesto que no sólo podría verse entorpecida la eficaz respuesta del Estado ante un gasto imprevisto, sino que también podrían vulnerarse -por ejemplo, en caso de producirse un desastre natural- los derechos fundamentales de la persona.

***Respecto de la reserva determinable***

51. A diferencia de la reserva indeterminada, en el caso de la determinable la labor del MEF comienza con la elaboración del proyecto de ley de Presupuesto, donde tendrá que especificar cuál es el monto exacto de la contingencia de naturaleza legislativa o judicial que se incluirá en la reserva de contingencia que sea aprobada por el Congreso de la República dentro de la Ley Anual de Presupuesto.

52. En tal sentido, tampoco sería admisible destinar recursos de la reserva de contingencia a gastos que al momento en que se aprobó la Ley Anual de Presupuesto no se podían prever.

53. Definido el monto de cada uno de los gastos incluidos como parte de la reserva de contingencia, es su responsabilidad que ni bien se apruebe la norma con rango de ley o se solicite la ejecución de la sentencia al pliego presupuestario correspondiente y éste se lo comunique, el MEF deba transferir los fondos previstos para cubrirlo.

**B-2.c. Control del ejercicio de la atribución del Poder Ejecutivo en la administración de la reserva de contingencia**

54. Ante todo, el control de la utilización correcta de la reserva de contingencia por parte del MEF recae en la Contraloría General de la República, siguiendo lo estipulado en el artículo 82 de la Constitución. Sin embargo, caben dos opciones adicionales que considero como válidas a fin de viabilizar el mejor control del cumplimiento de la atribución constitucional de administración de la reserva de contingencia:

    - A efectos de propiciar la mayor transparencia en el gasto público, además de la publicación de la disposición normativa en el diario oficial El Peruano, resulta aconsejable por parte del MEF la creación de una base de datos *on line* y la implementación de la misma de manera tal que permita el acceso inmediato a la información económica y financiera pública, concretamente referida al uso de los recursos de la reserva de contingencia, por parte de cualquier ciudadano.

    - Asimismo, es pertinente resaltar que el Fondo Monetario Internacional, tomando en cuenta el constante abuso de las reservas de contingencia (numerales 171 y 174 del Manual de Transparencia Fiscal), haya formulado la preparación de informes auditados, preparados por el mismo MEF, para que el Poder Legislativo y el público conozcan en qué se utilizaron

tales reservas (numeral 74 del Manual de Transparencia Fiscal).

55. Siguiendo la finalidad de los recursos de la reserva de contingencia, así como las limitaciones en el uso de los mismos, corresponde analizar la práctica realizada por el Poder Ejecutivo, a través del MEF, con relación al uso de los recursos de dicha reserva a efectos de constatar si se ha utilizado de manera adecuada y con prudencia exigida o no. La lógica del MEF de cómo utilizar la reserva de contingencia se trasluce en su proyección para el Año Fiscal 2013, con relación a este crédito suplementario global señaló que *"Se prevé en la Reserva de Contingencia la suma de S/. 5 273 millones, destinada a financiar gastos que por su naturaleza y coyuntura no pueden ser previstos en los presupuestos de las entidades públicas (…) para el funcionamiento de entidades nuevas, reforma de la carrera pública magisterial, del servicio civil y para la política salarial de la Policía Nacional del Perú y Fuerzas Armadas, contrapartida de proyectos de inversión, seguro oncológico, bonificación diferencial para el personal de salud de las zonas alejadas y de frontera; e incremento de pensiones del Decreto Ley N° 20530; entre otros"* (Exposición de motivos del Proyecto de Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, elaborado por el MEF, expuesto en el mencionado Informe 038-2013-EF/50.04). Sin embargo, a manera de ejemplo, se presentan diversos decretos supremos publicados en el diario oficial El Peruano en los ejercicios fiscales 2011 al 2013, referidos al uso de los recursos de la reserva de contingencia:

- Mediante el *Decreto Supremo 148-2011-EF*, de fecha 26 de julio de 2011, se autorizó la transferencia de partidas por S/. 29.781.408,00 para financiar la ejecución de proyectos de inversión pública de urbanismo y saneamiento en el departamento de Ica como consecuencia del sismo ocurrido en el 2007. Asimismo, mediante el *Decreto Supremo 149-2011-EF*, de fecha 26 de julio de 2011, se autorizó la transferencia de partidas por S/. 2.364.625,00 para atender el cumplimiento de las funciones de la Unidad Ejecutora 014 Fondo para la Reconstrucción Integral de las Zonas Afectadas por los Sismos del 15 de agosto de 2007, así como para financiar la elaboración del expediente técnico y estudio definitivo del proyecto 'Construcción e implementación de un Centro de Atención y Rehabilitación para el personal con discapacidad de las Fuerzas Armadas'. En ambos casos por más altruista o benéfico que puedan ser los fines en el uso de la reserva de contingencia para la financiación de gastos como consecuencia del sismo ocurrido en el año 2007, no puede ser contingente al 2011, año en que fueron dados los mencionados decretos supremos.

- Mediante el *Decreto Supremo 094-2013-EF*, de fecha 17 de mayo de 2013, se autorizó la transferencia de partidas por S/. 519.548,00 para atender el Proyecto de Inversión Pública de Emergencia denominado 'Rehabilitación de 02 salas de operaciones en el Hospital Goyeneche, Distrito, Provincia y Región Arequipa dañados por las intensas lluvias y flujo torrencial ocurrido el 08 de febrero de 2013'. Además, mediante el *Decreto Supremo 150-2011-EF*, de fecha 26 de julio de 2011, incluso analizado en la STC 0014-2011-PI/TC, se autorizó la transferencia de partidas por S/. 3.000.000,00 para financiar la implementación de las Universidades Nacionales de Frontera e Intercultural de la Selva Central Juan Santos Atahualpa. De otro lado, mediante el *Decreto Supremo 302-2012-EF*, de fecha 24 de diciembre de 2012, se autorizó la transferencia de partidas por S/. 26.119.248,00 para atender el pago de los beneficios por asignación por cumplir 20, 25 o 30 años de servicios a que se refiere el régimen del Decreto Legislativo 276, los que reconocía la Ley 24029, del Profesorado, así como los que se reconocen para otros regímenes especiales a cargo del Estado. A su vez, mediante el *Decreto Supremo 306-2012-EF*, de fecha 29 de diciembre de 2012, se autorizó la transferencia de partidas por S/. 4.591.340,00 para financiar *el* pago del diferencial remunerativo de 586 docentes nombrados en el nivel I de la Carrera Pública Magisterial y con encargaturas de función directiva y/o jerárquica. Por último, mediante el *Decreto Supremo 240-2013-EF*, de fecha 21 de setiembre de 2013, se autorizó la transferencia de partidas por S/. 133.787.751,00 a favor del Ministerio de Salud, sus Organismos Públicos y Gobiernos Regionales, destinados a financiar la implementación progresiva de las compensaciones y entregas económicas de los profesionales de la salud en el marco del Decreto Legislativo 1153, del 11 de setiembre de 2013. Las normas expuestas demuestran una administración inadecuada de la reserva de contingencia por parte del MEF toda vez que la atención de los gastos que implican el

mejoramiento de las remuneraciones; el pago de ciertos beneficios laborales, la creación e implementación de instituciones educativas, entre otros, no parecen satisfacer el requisito de contingencia en los términos expuestos *supra*.

- Mediante el *Decreto Supremo 019-2013-EF,* de fecha 7 de febrero de 2013, se autorizó la transferencia de partidas por S/. 42.266.400,00 para atender la adquisición de inmuebles para las sedes de los Consulados de las ciudades de Barcelona, Milán y Buenos Aires, así como para los acondicionamientos requeridos. La utilización de la reserva de contingencia no cumple ninguno de los requisitos que debería cumplir, demostrándose el arbitrario uso que el MEF le puede dar, sin control alguno.

56. Los ejemplos expuestos, por tanto, advierten que muchos de los gastos o necesidades cubiertos a partir de la reserva de contingencia no han reunido el requisito de contingencia o, de razonabilidad dado que algunos de ellos tratan de gastos recurrentes o frecuentes -y no eventuales o accidentales- que bien pudieron ser previstos y/o planificados con la antelación suficiente en los presupuestos de los pliegos para los respectivos años fiscales.

57. Así las cosas, considero que el Poder Ejecutivo, a través del MEF, en ejercicio de su atribución constitucional de la administración de la hacienda pública, no ha efectuado en la mayoría de las ocasiones un uso adecuado de la reserva de contingencia, razón por la cual se le exige un uso razonable, bajo las responsabilidades de ley.

### C. EXAMEN DEL MENOSCABO DE ATRIBUCIONES

58. Como no hay duda alguna acerca de que el Poder Ejecutivo, a través del MEF, es el órgano rector del Sector Economía y Finanzas del Estado, y por lo tanto tiene atribución exclusiva en materia fiscal, financiera, presupuestaria, tesorería, endeudamiento, contabilidad, entre otros, sobre todos los niveles del gobierno, competiéndole con exclusividad la ejecución del presupuesto público -y concretamente la ejecución de la reserva de contingencia-, el Poder Judicial no tendría capacidad para decidir sobre el destino de dicha reserva.

#### C-1. Análisis del Menoscabo de Atribuciones del Poder Ejecutivo por parte del Poder Judicial

59. El artículo 138 de la Constitución estipula que la potestad de administrar justicia es ejercida por el Poder Judicial, a través de sus órganos jerárquicos, potestad asignada por voluntad popular, aun cuando los jueces no sean elegidos directamente por medio de sufragio directo, salvo los de paz (fundamento 14 al 16 de la STC 0006-2006-CC/TC). Pero por más que este poder emane del pueblo, quienes lo ejerzan lo deben hacer con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen (artículo 45 de la Norma Suprema). Es así como el ejercicio del poder por parte de los jueces debe realizarse según los límites precisados por la Constitución o las normas que la desarrollan. El Poder Judicial ejerce, por tanto, su potestad de administrar justicia dentro de un marco de respeto de los derechos fundamentales, de los principios y valores constitucionales y de las atribuciones de otros poderes u órganos constitucionales del Estado.

60. Bajo este postulado, el Poder Judicial debe respetar, como todo poder del Estado, el principio de la 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 138.2), 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.

61. Así pues, el Poder Judicial no puede dictar disposiciones o resoluciones que se encuentren en abierta contradicción con las disposiciones establecidas en la Constitución y con los intereses nacionales, pues como se dijo *supra*, el artículo 43 de la Constitución reconoce el principio de separación de poderes, mediante el cual garantiza una división de funciones estatales, pero que éste implica necesariamente un deber de cooperación entre los demás poderes.

62. De lo señalado se colige que nadie puede entrometerse en la administración de la hacienda pública y de la reserva de contingencia -en función del presupuesto público aprobado para cada año fiscal (artículo 77 y 118.1 de la Constitución)- por ser una atribución que

corresponde única y exclusivamente al Poder Ejecutivo, a través del MEF. Ni siquiera el Congreso de la República puede tener iniciativa para crear e incrementar el gasto público sin previa coordinación con el Poder Ejecutivo, cuya inobservancia constituye la violación del artículo 79 de la Constitución.

63. Como tal atribución constitucional no puede ser compartida con otro poder del Estado, queda claro que el Poder Judicial carece de las atribuciones constitucionales para disponer u ordenar el uso de los recursos de la reserva de contingencia, ya sea a través de resoluciones administrativas o jurisdiccionales. Cuando lo hace está ejerciendo atribuciones en menoscabo de las asignadas al Poder Ejecutivo, por lo que es fundada la demanda interpuesta.

64. Según el artículo 113 del Código Procesal Constitucional, la sentencia en un proceso de conflicto competencial, aparte de determinar los poderes o entes estatales a que corresponden las atribuciones controvertidas, *"(...) anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia (...)".* Es así como de lo que se trata en esta parte de la sentencia es de verificar cuál o cuáles son las actuaciones del Poder Judicial que estarían afectando las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo referidas a la administración de la hacienda pública, con relación a la materia presupuestaria, y la de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes. A entender del demandante, deberían anularse una resolución administrativa y dos jurisdiccionales, y corresponde definir si tal pedido puede estimarse o no.

**C-2. Análisis de Validez de la Resolución Administrativa supuestamente viciada de Incompetencia**

65. La actuación administrativa del Poder Judicial está sustentada en la Resolución Administrativa 235-2012-CE-PJ, de fecha 27 de noviembre del 2012, aprobada por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y publicada el 29 de noviembre de 2012 en el diario oficial El Peruano. Esta resolución administrativa tiene por finalidad nivelar las remuneraciones de los jueces superiores, jueces especializados y mixtos y jueces de paz letrados de la República, aplicando los porcentajes contemplados en el artículo 186.5.b, del Decreto Supremo 017-93-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cumplimiento de la Resolución 43, de fecha 22 de mayo de 2012, expedida en la etapa de ejecución en un proceso de cumplimiento, que a su vez requiere el *cumplimiento* de la sentencia de fecha 10 de agosto de 2011, que declaró fundada la demanda de cumplimiento interpuesta por la Asociación Nacional de Magistrados contra el Poder Judicial.

66. Por tanto, la decisión del Poder Judicial de *"REQUERIR al Ministerio de Economía y Finanzas para que proceda a asignar y transferir los recursos adicionales del Tesoro Público, para el cumplimiento efectivo de las escalas remunerativas fijadas en la presente resolución, en aplicación de la sentencia dictada en el proceso constitucional de cumplimiento seguido ante el Quinto Juzgado Constitucional y que tiene autoridad de cosa juzgada"* (Artículo Segundo de la Resolución Administrativa 235-2012-CE-PJ) vulnera la atribución constitucional del Poder Ejecutivo de administrar la hacienda pública y la de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, toda vez que el Poder Judicial no está en capacidad de exigir al MEF le transfiera fondos por más que haya una sentencia que deba ser cumplida.

67. Si bien *supra*, se ha señalado que podría incluirse dentro de la reserva de contingencia una partida especial destinada al pago de sentencias judiciales, lo real y concreto es que en el presente caso, no hubo una previsión para incluir como contingencia dentro del Presupuesto de la República del año 2013 la ejecución de la sentencia de fecha 10 de agosto de 2011, pese a haber sido emitida antes de su formulación, demandando un fuerte desembolso de dinero de parte del Estado, a través del pliego del Poder Judicial. Congruente con lo afirmado *supra,* también debería habilitarse en la aprobación de la Ley de Presupuesto, así como se hace actualmente con los proyectos de ley que aún no concluyen su íter parlamentario, un *item* específico dentro de la reserva de contingencia que esté referido al cumplimiento de sentencias, en tanto forma de contingencia determinable.

68. El Poder Judicial, en el ámbito administrativo, tuvo a su disposición otros mecanismos para que, dentro de los cauces legales presupuestales correspondientes, pueda solicitar el cumplimiento de una sentencia judicial, sin que ninguno de ellos fuese utilizado.

    - En vista que el Poder Judicial tiene la atribución de presentar su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo, sin que lo pueda modificar, para su integración al proyecto general de presupuesto cuando se formule ante el Congreso (artículo 145 de la Constitución, interpretado en el fundamento 41 de la STC 0004-2004-

CC/TC), el Consejo Ejecutivo pudo incluir, como parte de su iniciativa presupuestaria, en coordinación con el Poder Ejecutivo, una partida específica en el proyecto de Ley Anual de Presupuesto del año 2013 a fin de que dé cumplimiento a la sentencia.

- El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial también pudo haber presentado ante el Congreso de la República un proyecto de ley de crédito suplementario a fin de cubrir la mencionada necesidad y asimismo tuvo a su disposición solicitar, proponer o coordinar con el Poder Ejecutivo el uso de los fondos del Tesoro Público a efectos de cumplir la mencionada sentencia.

69. Por lo antes expuesto, **a mi entender**, el Artículo Segundo de la Resolución Administrativa 235-2012-CE-PJ, de fecha 27 de noviembre del 2012, aprobada por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, tiene un vicio de incompetencia y por lo tanto debe ser anulada.

**C-3. Análisis de Validez de las Resoluciones Jurisdiccionales supuestamente viciadas de Incompetencia**

70. Las *actuaciones jurisdiccionales* del Poder Judicial están sustentadas en la sentencia ampliatoria contenida en la Resolución 91, de fecha 14 de marzo de 2013, expedida en la etapa de ejecución por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima en el proceso de cumplimiento seguido por la Asociación Nacional de Magistrados contra el Poder Judicial (Expediente 6582-2009), y en la Resolución 95, de fecha 22 de abril de 2013, mediante la cual se dispone la actuación parcial inmediata de la sentencia ampliatoria. En la primera de ellas (Resolución 91), aparte de incorporar al proceso al MEF, ordena *"REQUERIR al Ministerio de Economía y Finanzas para que cumpla con entregar fondos dinerarios al Poder Judicial del fondo de reserva de contingencia, a afectos de nivelar inmediatamente las remuneraciones de los Magistrados del Poder Judicial para el período año 2013 (...)"* (punto ii). A su vez, la Resolución 95, en la parte pertinente, decide *"DECLARAR fundada la solicitud de actuación parcial inmediata de sentencia ampliatoria; en consecuencia: ORDENO al DIRECTOR GENERAL DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS, CARLOS ADRIAN LINARES PEÑALOZA, en el plazo de 05 días, cumpla con entregar fondos dinerarios al Poder Judicial del fondo de reserva de contingencia a efectos de nivelar inmediatamente las remuneraciones de los Magistrados del Poder Judicial para el período del año 2013"* (punto 1).

***C-3.a. La capacidad de anular sentencias con calidad de cosa juzgada***

71. Tomando en cuenta que el efecto de una demanda de conflicto competencial declarada fundada debe implicar la anulación de las resoluciones emitidas viciadas de incompetencia, corresponde analizar el caso específico de las resoluciones jurisdiccionales, especialmente cuando están revestidas de la autoridad de cosa juzgada. Por ello, debe establecerse las consecuencias que deben seguir a la constatación de la vulneración, máxime si el artículo 113 del Código Procesal Constitucional establece con claridad que la sentencia en un proceso de conflicto competencial *"(...) Determina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia (...)"*.

72. El problema surge a la hora de determinar si la actuación jurisdiccional del Poder Judicial expresada en una resolución judicial puede ser anulada a través del proceso competencial, y asumiendo que esto fuera posible, si ello desnaturalizaría el proceso competencial. La finalidad del proceso competencial es analizar la constitucionalidad de la decisión o actuación que se aduce afecta las competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes confieren a otro, y no el análisis de la naturaleza del proceso o procedimiento en el que tuvo lugar ni mucho menos la naturaleza de la disposición, resolución u otro documento que lo contiene. En efecto, en el conflicto competencial lo que interesa es el análisis constitucional de la naturaleza o entidad de la decisión o actuación que propicia el conflicto de competencias o atribuciones en sede del poder estatal, y *prima facie* no en sí misma la disposición o resolución, judicial o administrativa, que lo contiene.

73. A la misma conclusión se puede llegar a partir de una actividad interpretativa sistemática de los artículos 110, 111 y 113 del Código Procesal Constitucional, según los cuales el proceso competencial procede cuando se adopta decisiones o se omite actuaciones afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes que lo desarrollan confieren a otro para que mediante sentencia se declare la nulidad de tales disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. El sentido interpretativo que se deriva de estas disposiciones legales es que las decisiones o actuaciones que propician el conflicto de competencias -o atribuciones, como en el presente caso- podrían estar contenidas en disposiciones, resoluciones

judiciales o administrativas o cualquier otro documento. Entonces, si la decisión o actuación está contenida en una resolución judicial, lo que correspondería *prima facie* es disponer su suspensión, o en su caso, la declaratoria de su nulidad.

74. No obstante ello, según la Constitución, ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones que han adquirido la autoridad de cosa juzgada (artículo 139.2). A fin de que opere la institución de la cosa juzgada es necesario cumplir dos requisitos: que se trate de una decisión final; y, que se haya dictaminado sobre el fondo de la controversia jurídica (fundamento 2 de la RTC 0547-2010-PHC/TC), pero no protege cualquier pronunciamiento sino uno emitido de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las normas con rango de ley y de sus precedentes vinculantes (fundamento 70 de la STC 0006-2006-PCC/TC).

75. Tomando en cuenta la naturaleza de la cosa juzgada, cuando en el marco de un proceso de conflicto competencial, se busque anular una sentencia que cuente con dicha calidad, el Tribunal Constitucional tiene el deber de analizar en cada caso, bajo un alto grado de fundamentación, si puede anular una sentencia viciada de incompetencia y a la vez protegida por la autoridad de la cosa juzgada, tomando en cuenta el efecto que tiene su decisión bajo las claves del respeto del principio de competencia como también del principio de seguridad jurídica. Se impone, por tanto, la realización de test de proporcionalidad para determinar qué medida tomar en el caso sometido a análisis.

***C-3.b. La capacidad de anular resoluciones de ejecución de sentencias con calidad de cosa juzgada***

76. Regresando al caso concreto, el punto ii de la Resolución 91 y el punto 1 de la Resolución 95, que pretenden ser anuladas, no son en estricto sentencias, sino resoluciones relativas a su ejecución, por lo que no puede ser asimilable su situación al de las sentencias con calidad de cosa juzgada. Analizadas ambas resoluciones se puede observar que se encuentran desconociendo la atribución constitucional del Poder Ejecución de administrar los recursos del tesoro público y de la reserva de contingencia, la misma que no puede ser materia de disposición por parte del Poder Judicial a través de la ejecución de una sentencia. Esta decisión, tal como se explicará *infra*, de ninguna forma implica el desconocimiento del mandato establecido en la sentencia expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 10 de agosto de 2011.

77. Incluso, en el actual marco normativo presupuestario se prohíbe afectar la reserva de contingencia para efectuar el pago de las obligaciones dinerarias impuestas al Estado (artículo 70.1 de la Ley 28411, General del Sistema Nacional de Presupuesto). Debido a esta limitación legal expresa, mal hace el juez de ejecución ordenar al Poder Ejecutivo la utilización de la reserva de contingencia para el cumplimiento del mandato de la sentencia constitucional recaída en el proceso de cumplimiento, si es que el gasto o necesidad no tiene la condición de contingencia determinable en los términos expuestos *supra*.

78. Asimismo, por más que el Tribunal Constitucional haya señalado que los recursos para el pago de las obligaciones dinerarias impuestas al Estado mediante resoluciones judiciales puede provenir no sólo del Pliego Presupuestal donde se generó la deuda, sino también de las partidas presupuestarias comunes a todos los pliegos (fundamento 40 de la STC 0015-2001-AI/TC), tal cobro no puede ser exigido de forma conminatoria desde la reserva de contingencia por parte del juez, por constituir un exceso en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, sobre todo tomando en consideración la prohibición señalada.

79. En conclusión, corresponde anular el punto ii de la Resolución 91 y el punto 1 de la Resolución 95, por demostrar un vicio de incompetencia por parte del Poder Judicial, al vulnerar la atribución constitucional del Poder Ejecutivo de administrar la hacienda pública y la de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, pues la administración económica y financiera de la hacienda pública, especialmente en lo relativo a la disposición de los fondos de la reserva de contingencia, corresponde única y exclusivamente al Poder Ejecutivo.

***C-3.c. La exigencia de ejecución de sentencias con calidad de cosa juzgada que implique la entrega de dinero por el Estado***

80. Asumido que el Poder Judicial carece de la atribución constitucional para exigir, disponer o requerir, a través de dos resoluciones de ejecución de sentencia el uso de los recursos de la reserva de contingencia, **considero** oportuno analizar los mecanismos que tienen los justiciables para efectuar el cobro de sumas de dinero contra el Estado ordenado

en sentencias judiciales con calidad de cosa juzgada, toda vez que es preciso reafirmar la exigencia de nivelación remunerativa de los jueces, ordenada mediante sentencia, pues una decisión en contrario constituiría la afectación a la cosa juzgada.

81. El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales forma parte del derecho a la tutela procesal efectiva (artículo 139.3 de la Constitución; artículo 4 del Código Procesal Constitucional). Implica una parte inseparable de la exigencia de su efectividad, cuyo reconocimiento está inscrito en la Constitución cuando señala que ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada ni retardar su ejecución (artículo 139.2). Al respecto, el Tribunal Constitucional precisó en su momento que este derecho *"(...) no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, y que no se agota allí, ya que, por su propio carácter, tiene una vis expansiva que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal (v. gr. derecho a un proceso que dure un plazo razonable, etc.). El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido"* (fundamento 11 de la STC 0015-2001-AI/TC y otros). Quien esté llamado a ejecutar un mandato judicial tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias y oportunas destinadas a dar estricto cumplimiento de la sentencia, las que deberán tomarse sin alterar su contenido (entre muchas, fundamento 2 de la STC 1334-2002-AA/TC).

82. Con lo anterior, queda claro que la ejecución de las resoluciones judiciales resulta exigible también con relación a los fallos que imponen obligaciones pecuniarias al Estado, pues de lo contrario se estaría menoscabando el derecho a la tutela procesal efectiva de quien resulta vencedor en un proceso judicial contra el Estado. Por ello, a pesar de que las resoluciones emitidas en etapa de ejecución están viciadas de incompetencia en algunos de sus extremos, la sentencia del 10 de agosto de 2011, recaída en el Expediente 6582-2009, debe cumplirse en sus propios términos y sin que se modifique su contenido o se altere su sentido.

83. Sin embargo, el derecho a la exigibilidad que produce una resolución judicial con calidad de cosa juzgada (efectividad), como sucede con todos los derechos fundamentales, no es uno absoluto, sino también está sujeto a condiciones, límites o restricciones en su ejercicio. En ese sentido, el Tribunal Constitucional tiene dicho que *"[es] legítimo que, tomando en cuenta al sujeto procesal vencido en juicio y, en concreto, cuando ese vencido en juicio sea el Estado, el legislador pueda establecer ciertos límites o restricciones al derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales firmes, en la medida en que éstas tengan una justificación constitucional"* (fundamento 15 de la STC 0015-2001-AI/TC y otros).

84. Vistas así las cosas, queda por determinar cuál es el procedimiento adecuado para la ejecución de las sentencias que imponen obligaciones pecuniarias al Estado de tal modo que no se suprima o desnaturalice su contenido esencial. Si bien no es posible vaciarle de contenido, al impedir la ejecución de las resoluciones judiciales con calidad de cosa juzgada, tampoco es admisible disponer la ejecución de resoluciones judiciales de tal forma que quede comprometida la administración de la hacienda pública, y en concreto, el principio de legalidad presupuestaria del gasto público y el equilibrio entre los ingresos y los egresos del Estado. Urge para ello emplear un mecanismo idóneo para garantizar la eficacia simultánea de los derechos y principios constitucionales en juego.

***C-3.d. El procedimiento de ejecución de sentencias con calidad de cosa juzgada que implique la entrega de dinero por el Estado***

85. Se precisa de un procedimiento orientado a permitir la ejecución de las resoluciones judiciales -que incluye las sentencias dictadas en los procesos constitucionales que imponen obligaciones pecuniarias al Estado- sin perturbar la administración de la hacienda pública (para todo fallo que imponga al Estado una obligación de dar suma de dinero, *Vid*. Ley 28411, General del Sistema Nacional de Presupuesto; sólo para los que se deriven de un proceso contencioso administrativo, *Vid*. Ley 27584, del Proceso Contencioso Administrativo).

86. En tal sentido, las reglas por las que debe regirse el pago de sumas de dinero por efecto de sentencias judiciales en calidad de cosa juzgada, incluidas las supranacionales, son las siguientes:

***Responsable de atender el pago***

87. Los pagos deben ser atendidos por cada entidad, con cargo a su respectiva cuenta

bancaria (artículo 70.3 de la Ley 28411), afectándose hasta el 5% o hasta un mínimo de 3%, según sea necesario, de los montos aprobados en el Presupuesto Institucional de Apertura – PIA (artículo 70.1 de la Ley 28411).

88. Tal regla no excluye que las deudas estatales -previa coordinación con el MEF- puedan ser cumplidas con otras partidas presupuestarias, toda vez que es razonable que *"los fondos para cubrir las deudas estatales surgidas de resoluciones judiciales, no solamente pueden provenir del Pliego Presupuestal en donde se generó la deuda, sino también de partidas presupuestales comunes a todos los pliegos. Ello, desde luego, tampoco desvirtúa la posibilidad de que, previa aprobación del Ministerio de Economía y Finanzas, y en estricta observancia del principio de legalidad presupuestal, existan transferencias dinerarias de un pliego a otro con el propósito de honrar las deudas respectivas"* (fundamento 41 de la STC 0015-2001-AI/TC y otros). Sin embargo, el financiamiento no puede provenir de los fondos públicos correspondientes a las fuentes de financiamiento Donaciones y Transferencias y Operaciones Oficiales de Crédito Interno y Externo, la reserva de contingencia y los gastos vinculados al pago de remuneraciones, pensiones y servicio de tesorería y de deuda (artículo 70.1 de la Ley 28411, General del Sistema Nacional de Presupuesto).

89. La específica prohibición del uso de la reserva de contingencia para la cobertura de deudas provenientes de sentencias judiciales se encuentra justificada únicamente en los casos en los que ellas no fueran establecidas como una contingencia determinable, en los términos explicados *supra*. Lo que supone que la reserva de contingencia sí puede ser utilizada si los pasivos contingentes no pueden ser cubiertos con la partida presupuestaria asignada a cada entidad para el cumplimiento de sentencias y siempre que los gastos hayan sido considerados como contingencias determinables en la Ley Anual de Presupuesto. En situaciones tales, queda claro que el requerimiento jurisdiccional ha de ser gestionado por cada entidad o pliego respectivo ante el MEF.

90. Asimismo, tampoco es válido que si el pago de una sentencia judicial corresponda a más de un pliego presupuestario, el mandato de ésta no pueda cumplirse en vista de una supuesta ausencia de coordinación institucional. Por tal razón, en caso sucediese un pago con varias entidades involucradas, incurren en responsabilidad todos los funcionarios que se opongan al pago o que pongan trabas en la ejecución de la sentencia correspondiente.

***Plazo de pago***

91. La realización material de la decisión judicial que se logra mediante el cumplimiento de la misma en sus propios términos, desde la perspectiva de una adecuada y oportuna protección de los derechos fundamentales, debe realizarse dentro de un plazo razonable del proceso en general y dentro de un plazo razonable de la fase o etapa de ejecución en particular. Ello es así, porque el incumplimiento de un mandato judicial puede afectar *"no solo a quien es la parte vencedora en el proceso (esfera subjetiva), sino también afectar gravemente a la efectividad del sistema jurídico nacional (esfera objetiva), pues de qué serviría pasar por un largo y muchas veces tedioso proceso si, al final, a pesar de haberlo ganado, quien está obligado a cumplir con el mandato resultante, no lo cumple"* (fundamento 15 de la STC 1797-2010-PA/TC).

92. De lo señalado, la regla general es que las sentencias deben ser cumplidas inmediatamente, a partir del día siguiente de la notificación de la misma o de la correspondiente resolución de ejecución.

93. Sin embargo, en los casos en que se excedan las posibilidades de pago de las deudas (superen los fondos públicos del presupuesto anual destinado a dicho fin), los requerimientos de pago pueden atenderse con cargo a los presupuestos aprobados dentro de los cinco años fiscales subsiguientes (artículo 70.5 de la Ley 28411). Si bien el plazo máximo excepcional resulta razonable y, por ende, constitucional (fundamento 55 de la STC 0015-2001-AI/TC y otros), no significa que el Estado debe encontrarse próximo o haber cumplido los cinco años para recién ahí satisfacer la deuda. Bien entendidas las cosas implican que la obligación estatal de atender tales deudas surge en el ejercicio presupuestario de cuando se emita la sentencia, ya sea usando los fondos previstos en el PIA o mediante la inclusión de una partida especial dentro de la reserva de contingencia.

94. Sólo si se presentara el explicado supuesto de excepción, la entidad responsable y/o el MEF -en tanto ente rector presupuestal- deben justificar razonablemente la imposibilidad de honrar la deuda de forma inmediata, explicando con claridad las causas que motivan la ejecución diferida de la sentencia; caso contrario, incurrirán en responsabilidad.

***C-3.e. La necesidad de ejecutar la sentencia expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 10 de agosto de 2011***

95. En el caso de la ejecución de la sentencia de vista contenida en la resolución del 10 de agosto de 2011, recaída en el Expediente 6582-2009, ésta exige que las autoridades responsables se comprometan con el acatamiento de la sentencia que ordena el cumplimiento del artículo 186.5.b del Decreto Supremo 017-93-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, promoviendo todas las acciones necesarias a efectos de que la nivelación de las remuneraciones no demore más del tiempo aquí establecido, tales como las autoridades del Poder Judicial para incluir dicho pago en su pliego presupuestal del año que corresponda.

96. Asimismo, el Poder Ejecutivo debe viabilizar que en el presupuesto del año siguiente se prevea el cumplimiento de la sentencia mencionada. El hecho de que sea este poder quien promueva la presente demanda, sin cumplir a la fecha la aludida sentencia -ni tampoco la STC 3919-2010-PC/TC, expedida con un mandato similar- demuestra una cuestionable actitud en la ejecución del mandato contenido en ellas, máxime si él, como lo ha afirmado en la demanda, tiene la rectoría en materia presupuestaria, como reflejo de su titularidad en la administración de la hacienda pública. Debe exigírsele el cumplimiento de una norma que lleva más de veinte años sin ser acatada, sobre todo tomando en cuenta que el Poder Ejecutivo tiene como principal obligación acatarla.

97. El artículo 118.1 de la Constitución, reiterado en el artículo 8.1.a. de la Ley 29158, Orgánica del Poder Ejecutivo, indica que corresponde al Presidente de la República cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, al ser una de las responsabilidades específicas de su rol como jefe de Estado (fundamento 2 de la STC 1277-1999-AA/TC). En efecto, el Tribunal Constitucional señaló que *"Es verdad que la Constitución ha establecido que todos tenemos el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación (artículo 38), pero es igualmente cierto que la atribución constitucional de hacer cumplir las leyes es una facultad que la Constitución le ha reservado de manera exclusiva, pero no excluyente, al Poder Ejecutivo. Por lo que ningún poder del Estado, órgano constitucional o particular puede afectar esta atribución constitucional"* (fundamento 32 de la STC 0006-2006-PCC/TC).

98. Por lo anterior, se debe emplazar al Poder Ejecutivo, a través de la Presidencia del Consejo de Ministros, a que asuma sus responsabilidades conforme a los artículos 119 y 123 de la Constitución, disponiendo lo que fuere conveniente a través de las carteras comprometidas, para que el proceso de nivelación se ejecute inmediatamente, y sólo excepcionalmente -y debidamente justificado-, puede ampliarse el plazo, según reglas desarrolladas *supra*. Asimismo, de manera especial, el Consejo de Ministros está compelido a no autorizar nuevos procesos por parte de cualquiera de los ministerios, especialmente el MEF, encaminados a diferir el proceso de nivelación. En caso de que interpusieran nuevas demandas, éstas debieran ser asumidas por el Tribunal Constitucional como una muestra de resistencia a los mandatos del máximo ente jurisdiccional y serían rechazadas de plano, ordenando las correspondientes medidas de coerción y apercibimiento, conforme al artículo 22 del Código Procesal Constitucional.

Por las razones expuestas mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda de conflicto competencial al haberse determinado el menoscabo de atribuciones por parte del Poder Judicial al Poder Ejecutivo, en lo relativo a la administración de la hacienda pública y al cumplimiento de la Constitución y las leyes. En consecuencia:

1. Declarar **NULO** el Artículo Segundo de la Resolución Administrativa 235-2012-CE-PJ, de fecha 27 de noviembre del 2012, aprobada por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, por requerir al Ministerio de Economía y Finanzas que proceda a asignar y transferir los recursos adicionales del Tesoro Público para el cumplimiento de la nivelación de las remuneraciones de los jueces superiores, especializados y mixtos y de paz letrados de la República; **NULO** el punto ii de la sentencia ampliatoria contenida en la Resolución 91, del 14 de marzo de 2013, expedida en vía de ejecución por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, al requerir al Ministerio de Economía y Finanzas para que cumpla con entregar fondos al Poder Judicial de la reserva de contingencia a afectos de nivelar las remuneraciones de los jueces para el período año 2013; y, **NULO** el punto 1 de la Resolución 95, del 22 de abril de 2013, expedida por el mismo Juzgado al ordenar al Director General del Ministerio de Economía y Finanzas para que en el plazo de 5 días, cumpla con entregar fondos dinerarios al Poder Judicial del fondo de reserva de contingencia a efectos de nivelar las remuneraciones de los Magistrados del Poder Judicial para el período del año 2013.
2. **ORDENAR** a los poderes públicos a que, según sus atribuciones, cumplan de manera inmediata el mandato establecido en la

sentencia de fecha 10 de agosto de 2011 emitida dentro del Expediente 6582-2009, bajo responsabilidad. En el caso específico del Poder Ejecutivo, debe emplazársele para que, a través de la Presidencia del Consejo de Ministros, disponga lo conveniente para que se cumpla inmediatamente el mandato judicial expresado en la sentencia de fecha 10 de agosto de 2011, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima o, en caso logre justificarlo, ampliar el plazo, y que no autorice nuevos procesos encaminados a diferir el cumplimiento de la mencionada sentencia.

3. **EMPLAZAR** al Ministerio de Economía y Finanzas a realizar una administración de la reserva de contingencia -indeterminada o determinable-, de acuerdo al criterio de razonabilidad y regido por el principio de celeridad, según lo señalado en la presente sentencia, bajo responsabilidad.

4. Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud para que se incorpore al proceso al Congreso de la República, a don Jaime David Abanto Torres, don Miguel Ángel Benito Rivera Gamboa, doña Graciela Esther Llanos Chávez, doña Luz Elena Jaúregui Basombrío, doña Elvira María Álvarez Olazábal, don Ronald Mixán Álvarez, doña María Rosario Niño Palomino, doña Milagros Álvarez Echarri, don Carlos Alfredo Escobar Antezano, doña Aracely Denyse Baca Cabrera, doña Nancy Elizabeth Eyzaguirre Garate, don Germán Alejandro Aguirre Salinas, doña Rosa María Cabello Arce y doña Hilda Sancarranco Caceda; y a doña Ana Patricia Lau Deza, doña Silvia Ysabel Núñez Riva, doña Juana María Torreblanca Núñez, don Juan Carlos Valera Málaga, doña Liliana Amalia Chávez Berríos, doña Rosario Alfaro Lanchipa, don Henry Antonio Huerta Sáenz, doña María del Pilar Tupiño Salinas, don Julio César Rodríguez Rodríguez, doña Rose Mary Parra Rivera y doña Cristina Amparo Sánchez Tejada.

**Sr.**
**URVIOLA HANI**

**EXPEDIENTE 00002-2013-PCC/TC**
**LIMA**
**PODER EJECUTIVO**

**AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Lima, 25 de marzo de 2015

**VISTOS**

Los escritos de fecha 22 de agosto de 2014 y 6 de marzo de 2015, presentados por el Procurador Público Especializado en Materia Constitucional en representación del Poder Ejecutivo, por los que solicita que este Tribunal emita pronunciamiento sobre los requerimientos judiciales que exigen al Ministerio de Economía y Finanzas la entrega de fondos públicos para el incremento de las remuneraciones de los jueces, y;

**ATENDIENDO A QUE**

1. Mediante sentencia de fecha 27 de noviembre de 2013, este Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda de conflicto competencial interpuesta por el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial, reconociéndose la competencia del Poder Ejecutivo para administrar, a través del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), la hacienda pública y la reserva de contingencia; y, de otro lado, dispuso que los poderes públicos cumplan la sentencia de fecha 10 de agosto de 2011, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que confirmó la sentencia emitida por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima que, a su vez, declaró fundada la demanda de cumplimiento tramitada en el Expediente 6582-2009. Asimismo, este Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda en el extremo referido a la nulidad de la Resolución Administrativa 235-2012-CE-PJ, e improcedente el extremo referido a la nulidad de las resoluciones judiciales 91 y 95 recaídas en el expediente judicial antes mencionado. Estas últimas resoluciones requieren al MEF para que cumpla con entregar fondos dinerarios al Poder Judicial del fondo de la reserva de contingencia, a efectos de nivelar inmediatamente las remuneraciones de los jueces para el año 2013.

2. Mediante escritos de fecha 22 de agosto de 2014 y 6 de marzo de 2015, el Poder Ejecutivo solicita a este Tribunal que emita un pronunciamiento que declare que no surten efecto alguno las resoluciones judiciales que continúan requiriendo al MEF a que cumpla con entregar fondos dinerarios al Poder Judicial para el incremento de las remuneraciones de los jueces, tales como las resoluciones judiciales 128 y 134, de fecha 17 de diciembre de 2013 y 25 de julio de 2014, respectivamente, emitidas por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima (Expediente 6582-2009). El Procurador Público sostiene que dichas resoluciones implican un desconocimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional y de la política remunerativa de los jueces establecida en la Ley 30125 que establece medidas para el fortalecimiento del Poder Judicial, y de sus normas reglamentarias (Decretos Supremos 314-2013-EF y 025-2014-EF); situación que se agrava cuando tales requerimientos se formulan imponiendo multas, entre otras medidas coercitivas, al Ministerio de Economía y Finanzas.

3. Al respecto, cabe indicar que, de los fundamentos expuestos en el pedido formulado por el representante del Poder Ejecutivo, este Tribunal advierte que las resoluciones judiciales 128 y 134 reiteran lo decidido en las resoluciones 91 y 95 en cuanto que requieren al MEF para que cumpla con entregar fondos dinerarios al Poder Judicial del fondo de la reserva de contingencia. Así pues, se aprecia que el Quinto Juzgado Constitucional de Lima parte de la premisa de que la declaración de improcedencia de la demanda de conflicto competencial respecto de las resoluciones judiciales 91 y 95, emitidas en el Expediente 6582-2009, implica que estas surten plenos efectos jurídicos, y que por lo tanto, pueden servir de sustento para la expedición de otras resoluciones.

4. En el presente caso, el Poder Ejecutivo solicita la ineficacia de las referidas resoluciones judiciales 128 y 134, bajo la forma de un pedido incidental en el conflicto competencial de autos, que fue resuelto mediante sentencia de fecha 27 de noviembre de 2013; sin embargo, ello no resulta procedente toda vez que conforme lo dispone el artículo 121 del Código Procesal Constitucional, contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso alguno, salvo que el Colegiado, de oficio o a instancia de parte, decida "[…] aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que se hubiese incurrido".

5. Sin perjuicio de ello, este Tribunal Constitucional considera necesario aclarar de oficio la precitada sentencia, en el extremo que declara la improcedencia de la pretensión de nulidad de las resoluciones judiciales 91 y 95 recaídas en el Expediente 6582-2009, toda vez que se advierte que la interpretación que de las mismas efectúan las resoluciones judiciales 128 y 134 no resulta exacta. Así, es cierto que el Tribunal declaró la improcedencia de la demanda en dicho extremo en la medida que el proceso competencial no era la vía idónea; pero, también fue bastante claro al establecer que, conforme lo dispone el artículo 118.17 de la Constitución "al Poder Judicial no le compete administrar la reserva de contingencia, por cuanto su administración es competencia exclusiva del Poder Ejecutivo que es ejercida a través del Ministerio de Economía y Finanzas" (fundamentos 5 y 11 *in fine*). De modo de tal que, todo acto o actuación (resoluciones judiciales en este caso) que contravenga dicha disposición devendrá en inejecutable por cuanto el marco jurídico sobre la administración de la reserva de contingencia ya ha quedado definida por este Tribunal.

6. Precisamente en esa lógica, el Tribunal tiene establecido que el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, en su condición de tal, posee determinados límites –los cuales deben ser evaluados en el caso concreto–, pues de lo contrario, se estaría reconociendo la existencia de "ordenamientos aislados", en los que no podrían influir las modificaciones jurídicas que ocurran con posterioridad a la expedición de una sentencia firme. Así, y teniendo en cuenta que las resoluciones judiciales se fundamentan en presupuestos fácticos y jurídicos, se ha entendido que "la extinción que opere *a posteriori* y dentro del marco constitucional, en relación con alguno de estos fundamentos, condicionan y en algunos casos impiden su ejecución" (fundamento 19 del ATC 0054-2004-PI/TC). Con ello, no se desconoce la autoridad de cosa juzgada de las resoluciones judiciales, sino que se reconoce que estas ya no pueden ejecutarse al haber desaparecido un requisito esencial para tal efecto.

7. Con lo anterior, este Tribunal Constitucional, considera pertinente aclarar de oficio la sentencia, de fecha 27 de noviembre de 2013, en el sentido de que las resoluciones judiciales 91 y 95, emitidas en el Exp. 6582-2009, que requieren al MEF para que cumpla con entregar fondos dinerarios al Poder Judicial del fondo de la reserva de contingencia no pueden servir de sustento para la emisión de posteriores resoluciones que de igual modo contravengan lo resuelto por este Tribunal en el presente conflicto competencial, en cuanto reconoce la atribución constitucional exclusiva del Poder Ejecutivo en la administración de la reserva de contingencia. De ahí que, las resoluciones judiciales 128 y 134, de fecha 17 de diciembre de 2013 y 25 de julio de 2014, respectivamente, emitidas en el referido expediente, devienen en inejecutables por cuanto el marco jurídico sobre la administración de la reserva de contingencia ya ha quedado definida por este Tribunal.

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

**RESUELVE**, con los fundamentos de voto de los magistrados Urviola Hani y Espinosa-Saldaña Barrera, que se agregan,

1. Declarar **IMPROCEDENTE** el pedido de ineficacia de las resoluciones judiciales 128 y 134, de fecha 17 de diciembre de 2013 y 25 de julio de 2014, respectivamente, presentado por el Procurador Público Especializado en Materia Constitucional en representación del Poder Ejecutivo.

2. **ACLARAR** de oficio la sentencia, de fecha 27 de noviembre de 2013, en el sentido de que las resoluciones judiciales 91 y 95, emitidas en el Expediente 6582-2009, no pueden servir de sustento para la emisión de posteriores resoluciones que de igual modo contravengan lo resuelto por este Tribunal en el presente conflicto competencial, en cuanto reconoce la atribución constitucional exclusiva del Poder Ejecutivo en la administración de la reserva de contingencia.
3. Declarar que las resoluciones judiciales 128 y 134, de fecha 17 de diciembre de 2013 y 25 de julio de 2014, respectivamente, devienen en inejecutables por cuanto el marco jurídico sobre la administración de la reserva de contingencia ya ha quedado definida por este Tribunal.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**

**URVIOLA HANI**

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

**EXPEDIENTE 00002-2013-PCC/TC**
**LIMA**
**PODER EJECUTIVO**

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI**

1. Como puede apreciarse del voto singular que en su momento suscribí en la sentencia de fecha 27 de noviembre de 2013, consideré, contrariamente a lo sostenido por la mayoría de integrantes de la anterior composición del Pleno del Tribunal, que debía dictarse la nulidad de las Resoluciones n.°s 91 y 95, emitidas por el Quinto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima en el Expediente n.° 6582-2009. Asimismo, me pronuncié porque se declare nulo el artículo segundo de la Resolución Administrativa n.° 235-2012-CE-PJ, de fecha 27 de noviembre del 2012.

   No obstante lo expuesto, en dicha sentencia sí hubo consenso en que la administración de la reserva de contingencia corresponde, en forma exclusiva, al Poder Ejecutivo. Ello, a su vez, es compartido por este renovado Tribunal Constitucional.

2. Ahora bien, en la medida que las Resoluciones n.°s 128 y 134, expedidas por el Quinto Juzgado Constitucional en el referido expediente, insisten en reiterar lo decidido en las Resoluciones n.°s 91 y 95, desconociendo que la administración de la reserva de contingencia corresponde al Poder Ejecutivo en forma exclusiva, dichas resoluciones, en principio, también tendrían que ser declaradas nulas si me aferro a mi posición inicial. Sin embargo, no puede soslayarse que, en determinados escenarios, los magistrados de un Colegiado como el Tribunal Constitucional deben, siempre que la razonabilidad lo permita, ceder en ciertas posiciones individuales cuando con ello se fortalezca la decisión conjunta (Cfr. Fundamentos de Voto que expedí en las ATCs n.°s 776-2014-PA/TC y 791-2014-PA/TC).

3. En tales circunstancias, y más allá de que, en principio, tendría que declarar la *nulidad* de las Resoluciones n.°s 128 y 134; en aras de robustecer la legitimidad del presente fallo, considero pertinente variar mi posición inicial y, consecuentemente, optar por la *inejecutabilidad* de tales resoluciones, pues, en el presente caso, tanto la nulidad como la inejecutabilidad de tales resoluciones tienen en común evitar que mediante decisiones jurisdiccionales se disponga de la reserva de contingencia. Por ende, el efecto práctico sería el mismo.

**Sr.**
**URVIOLA HANI**

**EXPEDIENTE 00002-2013-PCC/TC**
**LIMA**
**PODER EJECUTIVO**

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

Comparto el sentido resolutivo del auto suscrito por la mayoría de mis colegas pero considero indispensable expresar algunas consideraciones adicionales que fundamentan mi voto, las cuales son las siguientes:

1. La Tercera Sala Civil de Lima, con fecha 10 de Agosto de 2011, confirmó la sentencia expedida por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, la cual declaró fundada la demanda de Proceso de Cumplimiento tramitada en el expediente 6582-2009. Esa resolución quedó firme en cuanto ordena nivelar los sueldos de los Magistrados del Poder Judicial a un porcentaje del haber total de un Juez Supremo.
2. Dicha decisión se sustentó en el literal b) del inciso 5 del artículo 186 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que fuera modificado más tarde por la Ley 30125 (Ley que establece medidas para el fortalecimiento del Poder Judicial).

3. En ejecución de dicha sentencia, y ante el incumplimiento de lo allí dispuesto por parte del Poder Ejecutivo, el Quinto Juzgado Constitucional de Lima dispuso, mediante la resolución 91, de fecha 14 de Marzo de 2013, expedir una sentencia ampliatoria, requiriendo al Ministerio de Economía y Finanzas "… para que cumpla con entregar fondos dinerarios al Poder Judicial del fondo de reserva de contingencia, a efectos de nivelar inmediatamente las remuneraciones de los Magistrados del Poder Judicial para el período año 2013".

4. Frente a este esta resolución, el Poder Ejecutivo presentó la demanda de autos contra el Poder Judicial por la emisión de la Resolución Administrativa 235-2012-CE-PJ, y contra las resoluciones 91 y 95 recaídas en el expediente 6582-2009. La controversia aquí planteada tiene una decisión de fondo de este Tribunal, pronunciamiento que, por cierto, formalmente nadie ha cuestionado.

5. Encontrándose decidido el fondo del presente Proceso Competencial, corresponde entonces advertir que no cabe modificación alguna de su contenido por medio de una aclaración, particularmente si se tiene en cuenta que no se han alegado razones que demuestren que se haya presentado un supuesto de nulidad, ni consta que se haya solicitado nulidad alguna.

6. Sobre la procedencia de nulidades cabe advertir que, tal como señalé en decisiones previas (STC 00791-2014-AA/TC-Reposición o 04617-2012-AA/TC-Reposición, entre otras), la expedición de sentencias con calidad de cosa juzgada constituye el ejercicio de una competencia jurídico-constitucional, y, por ende, su ejercicio se encuentra sujeto a límites constitucionales. Se trata de una competencia constitucionalmente conferida a los órganos jurisdiccionales del Estado y cuyo ejercicio, por tanto, debe realizarse en el marco de la Constitución.

7. En mérito a lo expuesto en los fundamentos 1 a 6 *supra*, y constatando que estamos ante una controversia ya resuelta en el fondo, pronunciamiento cuya validez no ha sido cuestionada, me adhiero al sentido resolutivo votado por la mayoría. Sin embargo, entiendo que no puede dejar de considerarse que, con el mismo carácter de cosa juzgada, este Tribunal Constitucional ha dejado dispuesto en autos que:

   > "… los poderes públicos, según sus atribuciones, cumplan con incluir el monto requerido para la nivelación total de los jueces en el presupuesto para el ejercicio fiscal 2014, bajo responsabilidad. En el caso específico del Poder Ejecutivo, debe emplazársele para que, a través de la Presidencia del Consejo de Ministros, disponga lo conveniente para que se cumpla el mandato judicial expresado en la sentencia de fecha 10 de agosto de 2011 (Expediente 6582-2009), expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, teniendo en cuenta lo expresado por el Tribunal Constitucional en la presente sentencia" (Punto Resolutivo Cuarto de la Sentencia de Autos).

8. En mi opinión, corresponde poner de relieve además que el sentido resolutivo del auto que estamos expidiendo no resulta en absoluto reñido con el deber de actuar en sus propios términos la sentencia recaída en estos autos, así como la que se expidiera en el proceso de cumplimiento, homologando los sueldos de los Magistrados del Poder Judicial de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica de dicha entidad, utilizando para ello los apremios previstos en el Código Procesal Constitucional y habilitándose las coberturas necesarias para atender el pronunciamiento antes mencionado.

**S.**
**ESPINOSA SALDAÑA BARRERA**

***Sentencia 00019-2012-PI/TC*** *Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Profesores del Perú contra el artículo 18 de la Ley 29944, Ley de Reforma Magisterial. El Tribunal desestimó la demanda.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 23 de enero de 2014

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda interpuesta por el recurrente en el extremo en que solicitó la declaración de inconstitucionalidad por omisión del artículo 18 de la Ley 29944, Ley de Reforma Magisterial, e improcedente en el extremo en que solicitó la modificación del mismo. Alegó la vulneración de la autonomía de los colegios profesionales consagrada en el artículo 20 de la Constitución. El citado artículo de la ley establece los requisitos para participar en el concurso público de acceso a una plaza vacante.

El Tribunal se pronunció en primer lugar sobre el pedido de modificación del artículo impugnado, señalando que el proceso de inconstitucionalidad, según se encuentra estipulado en la Constitución y en el Código Procesal Constitucional, es uno de control abstracto, mediante el que se expulsan del ordenamiento aquellas normas con rango de ley que colisionen con principios, reglas o directrices constitucionales. Por tanto, al Tribunal solo le corresponde pronunciarse respecto a si el legislador vulneró la Constitución al no incluir entre los requisitos para acceder a la Carrera Pública Magisterial el de colegiatura en el Colegio de Profesores del Perú.

Respecto a la inconstitucionalidad por omisión, el Tribunal desarrolló su naturaleza, señalando que constituye una herramienta jurídica idónea para controlar las negligencias en que puede incurrir la autoridad competente a la hora de legislar, y que encuentra sustento en el principio de fuerza normativa de la Constitución que atraviesa el paradigma mismo del Estado constitucional contemporáneo. Sin embargo, en el caso específico, el Tribunal consideró que la incorporación al Colegio de Profesores del Perú aparece como un requisito para ejercer el cargo (salvo las excepciones legalmente previstas), mas no para postular a la Carrera Pública Magisterial, y que esta previsión del legislador no colisiona con la Constitución.

**Temas:** Carrera pública magisterial — inconstitucionalidad por omisión.

**PLENO JURISDICCIONAL**
Expediente 00019-2012-PI/TC

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Del 11 de octubre de 2013

**STC 0002-2013-PI**
**Caso Ley de reforma magisterial 1**

Colegio de Profesores del Perú c. Congreso de la República

**Asunto**

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Profesores del Perú contra el artículo 18 de la Ley 29944, de Reforma Magisterial.
Magistrados firmantes:

**SS.**
**URVIOLA HANI**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**CALLE HAYEN**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

**TABLA DE CONTENIDOS**

**I. CUESTIONES PRELIMINARES 3**
**A. RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL 3**
**B. PETITORIO CONSTITUCIONAL 3**
**C. VIOLACIÓN CONSTITUCIONAL INVOCADA 4**
**D. DEBATE CONSTITUCIONAL 4**
D1. Demanda 5
D2. Contestación de la demanda 5

**E. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS 5**

**II. FUNDAMENTOS 6**

**A. El Pedido de Modificación de una Norma a través de un Proceso de Inconstitucionalidad 6**

**B. La Inconstitucionalidad por Omisión de la Colegiatura como parte de los requisitos para acceder a la Carrera Magisterial 6**

B.1. La naturaleza de la inconstitucionalidad por omisión 7

B.2. La inconstitucionalidad por omisión desde el punto de vista de la obligatoriedad constitucional de la colegiación 7

B.3. La inconstitucionalidad por omisión desde el punto de vista del profesorado constitucionalmente entendido como carrera pública 8

**III. FALLO 9**

**EXPEDIENTE 0019-2012-PI/TC**
**COLEGIO DE PROFESORES DEL PERÚ**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Arequipa, a los 11 días del mes de octubre de 2013, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Urviola Hani, presidente; Vergara Gotelli, vicepresidente; Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia.

## I. CUESTIONES PRELIMINARES

### A. RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL

La demanda es interpuesta por el Colegio de Profesores del Perú, a través de su representante, don Manuel Eusebio Rodríguez Rodríguez, en su calidad de decano.

En vista de que la norma impugnada es una ley, a quien le ha correspondido defender su constitucionalidad ha sido al Congreso de la República, a través de su apoderado, don Jorge Campana Ríos, en mérito del Acuerdo de Mesa Directiva 040-2005-2006/MESA-CR, de fecha 5 de octubre de 2005.

### B. PETITORIO CONSTITUCIONAL

La demanda se dirige a cuestionar la constitucionalidad del artículo 18 de la Ley 29944, de Reforma Magisterial, que versa sobre los requisitos para postular a la carrera pública magisterial, conforme a la siguiente formulación:

**Artículo 18 de la Ley 29944**

Para participar en el concurso público de acceso a una plaza vacante se requiere cumplir con los siguientes requisitos:

18.1. Requisitos generales

a) Poseer título de profesor o de licenciado en educación, otorgado por una institución de formación docente acreditada en el país o en el exterior. En este último caso, el título debe ser revalidado en el Perú.

b) Gozar de buena salud física y mental que permita ejercer la docencia.

c) No haber sido condenado por delito doloso.

d) No haber sido condenado ni estar incurso en el delito de terrorismo, apología del terrorismo, delito contra la libertad sexual, delitos de corrupción de funcionarios y/o delitos de tráfico de drogas; ni haber incurrido en actos de violencia que atenten contra los derechos fundamentales de la persona y contra el patrimonio, así como haber impedido el normal funcionamiento de los servicios públicos.

e) No encontrarse inhabilitado por motivos de destitución, despido o resolución judicial que así lo indique.

18.2 Requisitos específicos

Además de los requisitos generales señalados en el numeral anterior, son exigibles:

a) Ser peruano de nacimiento para postular a una plaza vacante en instituciones educativas de educación básica o técnico-productiva ubicadas en zonas de frontera.

b) Manejar fluidamente la lengua materna de los educandos y conocer la cultura local para postular a las plazas vacantes de instituciones educativas pertenecientes a Educación Intercultural Bilingüe.

c) Para postular a plazas vacantes de instituciones educativas pertenecientes a Educación Básica Especial, el profesor debe acreditar la especialización en la modalidad.

Como consecuencia del primer pedido, la pretensión del demandante consiste también en que se modifique el mencionado artículo 18.

**C. VIOLACIÓN CONSTITUCIONAL INVOCADA**

Los demandantes, para argumentar su pretensión, alegan que el artículo impugnado atenta contra diversos dispositivos de la Norma Fundamental:

- Autonomía de los colegios profesionales (artículo 20).
- Jerarquía normativa (artículo 51).

**D. DEBATE CONSTITUCIONAL**

Los accionantes y el demandado postulan sobre la constitucionalidad de las normas objetadas una serie de razones que, a manera de epítome, se presentan a continuación.

**D1. Demanda**

La demanda presentada por el Colegio de Profesores del Perú se sustenta en los siguientes argumentos:

(i) El artículo 18 de la Ley 29944 desconoce el requisito de colegiatura para el ejercicio profesional incorporado en el artículo 3 de la Ley 25231 que crea el Colegio de Profesores del Perú (texto vigente según Ley 28198).

(ii) La colegiación obligatoria para el ejercicio de la profesión es una protección para los alumnos concordante con la premisa fundamental del colegio demandante que es contribuir al desarrollo y mejoramiento continuo de la educación.

(iii) La ley impugnada señala una serie de requisitos para participar en el concurso que habilite el ingreso a la carrera pública magisterial pero no incluye la colegiación obligatoria exigida por la ley de creación del Colegio de Profesores en concordancia con el artículo 20 de la Constitución.

**D2. Contestación de la demanda**

El apoderado del Congreso de la República contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada, sustentando su pretensión en los siguientes argumentos:

(i) No existe omisión legislativa que pueda ser objeto de control constitucional pues no está ordenado por la Constitución el requisito de colegiatura para acceder a la carrera pública magisterial.

(ii) El constituyente, en el artículo 20 de la Constitución, dispuso que sea el legislador ordinario quien determine en qué casos la colegiatura será obligatoria y que, respecto de la postulación a la carrera pública magisterial, decidió no incorporarlo, lo cual no resulta en absoluto inconstitucional.

(iii) La labor que desempeñan los profesores constituye una función pública no representativa y el legislador está facultado para establecer los requisitos que considere convenientes para postular a la carrera pública magisterial siempre que no contravengan lo dispuesto en la Constitución.

**E. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS**

Determinada la posición de las partes del proceso, es preciso que el Tribunal Constitucional defina los temas a desarrollar a lo largo de la presente sentencia.

- ¿Es posible que a través de una sentencia de inconstitucionalidad pueda modificarse una norma?
- ¿Se ha producido una inconstitucionalidad por omisión por no haber incluido la colegiación obligatoria dentro de los requisitos para acceder a la carrera magisterial? En tal sentido:
  - ¿Qué es la inconstitucionalidad por omisión?
  - ¿Se ha producido esta por la existencia constitucional de obligatoriedad de la colegiación?
  - ¿O el motivo de la supuesta inconstitucionalidad por omisión se sustenta en lo que implica el magisterio en tanto carrera pública?

**II. FUNDAMENTOS**

1. Según lo ha establecido la parte accionante, la pretensión se bifurca, solicitándose, en primer lugar, la declaratoria de la inconstitucionalidad por omisión, y en segundo, como consecuencia de lo anterior, que el Tribunal Constitucional reforme el artículo impugnado. Pese al orden del petitorio, este Colegiado considera que, ante todo, debe dejarse sentadas algunas cuestiones sobre el pedido de cambio normativo.

**A. El Pedido de Modificación de una Norma a través de un Proceso de Inconstitucionalidad**

2. El proceso de inconstitucionalidad, según se encuentra estipulado en la Constitución y en el Código Procesal Constitucional, es uno de control abstracto, mediante el que se expulsan del ordenamiento aquellas normas con rango de ley que colisionen con principios, reglas o directrices constitucionales.

3. Atendiendo a que la función legislativa corresponde al Congreso de la República (artículo 102.1 de la Constitución), la pretensión en una demanda de inconstitucionalidad de que se modifique el artículo 18 de la Ley 29944 resulta claramente improcedente.

4. A este Tribunal, por tanto, solo le corresponde pronunciarse determinando si el legislador ha vulnerado la Constitución al no incluir entre los requisitos para acceder a la Carrera Pública Magisterial el de colegiatura en el Colegio de Profesores del Perú.

**B. La Inconstitucionalidad por Omisión de la Colegiatura como parte de los requisitos para acceder a la Carrera Magisterial**

5. La inconstitucionalidad por omisión constituye una herramienta jurídica idónea para controlar las negligencias en que puede incurrir la autoridad competente a la hora de legislar y encuentra sustento en el principio de fuerza normativa de la Constitución que atraviesa el paradigma mismo del Estado constitucional contemporáneo.

**B.1. La naturaleza de la inconstitucionalidad por omisión**

6. El carácter normativo que la Constitución ostenta no solo significa que las disposiciones en ella contenidas no sean infringidas o desconocidas por las autoridades, funcionarios o personas (es decir que no se ingrese en el ámbito de 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 (es decir que se cumpla con lo *constitucionalmente ordenado*). Sólo de esta manera se puede garantizar la plena y completa realización del proyecto constitucional que una comunidad política ha abrigado a través de su Norma Fundamental.

7. Este Tribunal Constitucional, según lo establece en el fundamento 41 de la STC 0006-2008-PI/TC, tiene resuelto que la necesidad de la inclusión del control de las omisiones obedece, entre otras razones, a las siguientes:

   - La necesidad de reivindicar el valor normativo de la Constitución
   - La reivindicación de la naturaleza "social" del Estado constitucional, en el entendido de que los derechos tradicionalmente postergados o dejados al ocio del legislador son, por lo general, los derechos sociales.
   - La necesidad de relacionar el poder constituyente con el poder constituido, permitiendo un desarrollo responsable de los contenidos de la Constitución.
   - La naturaleza y el rol actual que han asumido los Tribunales Constitucionales en su labor de defensa de lo que la Constitución ordena.
   - La necesidad de tomar en serio las "obligaciones constitucionales", en particular, las que corresponden en esencia al legislador de cara a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales.

   Como surge de lo expuesto, la omisión inconstitucional es aquella en la que el legislador omite cumplir con lo que se encuentra constitucionalmente ordenado.

**B.2. La inconstitucionalidad por omisión desde el punto de vista de la obligatoriedad constitucional de la colegiación**

8. El artículo 20 de la Constitución establece que *"Los colegios profesionales son instituciones autónomas con personalidad de derecho público. La ley señala los casos en que la colegiación es obligatoria"*. Como podrá apreciarse, el constituyente derivó al legislador ordinario la potestad de determinar en qué caso resulta exigible la colegiatura para el ejercicio de determinada actividad profesional.

9. Además, no todo profesional que desempeña labores de docente debe cumplir el requisito de colegiatura previsto en la Ley 25231, ya que el artículo 1 de la Ley 29510 excluyó *"(...) a los profesionales con títulos distintos al de educación que ejercen la docencia en áreas de su especialidad y a los profesionales de la educación titulados en el exterior que ejercen la docencia en forma temporal en el Perú"*. Contra dicha norma, el Colegio de Profesores entabló una demanda de inconstitucionalidad respecto de la que este Tribunal Constitucional sostuvo que *"(...) en los términos en que se ha cuestionado el artículo 1 de la Ley 29510, éste no es inconstitucional al permitir que profesionales con título distinto al de Educación, sin la consecuente colegiación en el CPPE y, por tanto, no perteneciendo a la carrera pública magisterial, ejerzan la docencia en áreas afines a su especialidad, pues no hace más que reafirmar una posibilidad de desempeño docente ya prevista en la Ley General de Educación (artículo 58), que este Tribunal considera constitucional"* (fundamento 21 de la STC 0014-2010-PI/TC).

10. Del mandato constitucional y de la interpretación jurisprudencial realizada por este Colegiado, se deduce que cuando la Ley 29944 omite incluir el requisito de colegiatura para postular a la carrera magisterial no incumple algún aspecto que se encuentre constitucionalmente ordenado. Por las razones expuestas, corresponde rechazar la demanda en este extremo.

**B.3. La inconstitucionalidad por omisión desde el punto de vista del profesorado constitucionalmente entendido como carrera pública**

11. También se puede argüir la inconstitucionalidad por omisión basada en la carrera pública que significa el profesorado. Al respecto, la entidad demandante sostiene que la colegiación constituye una *conditio sine qua non* para que éste pueda desempeñarse como tal en el ejercicio de su profesión, toda vez que protege al alumnado y resulta concordante con la premisa fundamental del magisterio, que consiste en contribuir al desarrollo y mejoramiento continuo de la educación y la sociedad peruana, respetando la unidad nacional dentro de la diversidad regional, étnica, lingüística y cultural; agregando que el artículo 22 del Reglamento de la Ley 28740, Del Sistema Nacional de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad Educativa, prescribe que los profesionales que cuenten con colegio profesional solo pueden ser certificados profesionalmente por su respectivo colegio. Frente a ello, el accionado alega que como el profesorado en la enseñanza oficial es carrera pública, se reconoce la calidad de función pública al profesorado que presta servicios al Estado, por lo que el legislador está facultado para establecer los requisitos que considere convenientes para postular a la Carrera Pública Magisterial, siempre que no contravengan lo dispuesto en la Constitución, por lo que el legislador está facultado para establecer como regla general la colegiación obligatoria para el ejercicio de una determinada profesión, pero también lo está para establecer excepciones a dicha regla, como lo estaría haciendo mediante el artículo impugnado.

12. El artículo 15 de la Constitución prescribe que *"El profesorado en la enseñanza oficial es carrera pública. La ley establece los requisitos para desempeñarse como director o profesor de un centro educativo, así como sus derechos y obligaciones (…)"*. A su vez, el artículo 57 de la Ley 28044, General de Educación, ha desarrollado este precepto constitucional, estableciendo que *"(…) el profesor, en las instituciones del Estado, se desarrolla profesionalmente en el marco de una carrera pública docente y está comprendido en el respectivo escalafón. El ingreso a la carrera se realiza mediante concurso público. El ascenso y permanencia se da mediante un sistema de evaluación que se rige por los criterios de formación, idoneidad profesional, calidad de desempeño, reconocimiento de méritos y experiencia. La evaluación se realiza descentralizadamente y con participación de la comunidad educativa y la institución gremial. Una ley específica establece las características de la carrera pública docente"*.

13. Más tarde, el Congreso de la República aprobaría la Ley 29062, que modificaba la Ley del Profesorado en lo referido a la Carrera Pública Magisterial. El artículo 11 de dicha ley establecía que para postular era menester: *"b) Ser miembro del Colegio de Profesores del Perú"*. Tal ley sería posteriormente derogada por la Ley 29944, a la que pertenece la disposición impugnada, que no incluyó el requisito de ser miembro del Colegio de Profesores entre los indispensables para postular a la Carrera Pública Magisterial.

14. Atendiendo a que, como se ha dicho, la colegiatura no era constitucionalmente exigible, la eliminación del requisito no resulta inconstitucional quedando la materia en el ámbito de libertad de configuración del legislador. Por otra parte, este Tribunal Constitucional entiende que corresponde diferenciar los requisitos para *ejercer* la docencia, entre los que se encuentra la colegiación de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 25231 (con las excepciones previstas en la Ley 29510 a la que se aludiera *supra*), de los requisitos necesarios para *postular*, entre los que no resulta constitucionalmente necesario que se encuentre la colegiatura.

15. En el esquema legal vigente, la incorporación al Colegio de Profesores del Perú aparece como un requisito para ejercer el cargo (salvo las excepciones legalmente previstas), mas no para postular a la Carrera Pública Magisterial, y esta previsión del legislador, como ya se ha visto, no colisiona con la Constitución. Por las razones expuestas, corresponde rechazar 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 **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo que pretende que se modifique el artículo 18 de la Ley 29944.

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

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**URVIOLA HANI**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**CALLE HAYEN**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

***Sentencia 00020-2012-PI/TC*** *Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por congresistas contra el primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944, Ley de Reforma Magisterial. El Tribunal declaró infundada la demanda.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 9 de mayo de 2014

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda interpuesta por los recurrentes contra la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944, Ley de Reforma Magisterial, que establece la ubicación de los profesores de la Ley 24029 en las nuevas escalas magisteriales. Por otro lado, también se rechazó el extremo referente a la inconstitucionalidad por omisión de la ley en la medida en que no reconoce la 'deuda laboral' que tiene el Estado con los profesores de la Ley 24029, por incumplimiento en el pago del concepto de preparación de clases y evaluación. Este último extremo sería rechazado al concluirse que dicha deuda no forma parte del objeto regulado por la ley cuestionada.

Respecto a la migración entre niveles y escalas, a juicio de los demandantes esta debió ser voluntaria y no obligatoria como prescribe la ley objeto de control, y que la Ley 24029 no debió ser modificada o derogada, pues se encontraba protegida por un supuesto "derecho adquirido". El Tribunal señaló que nuestro ordenamiento jurídico está regido por la teoría de los hechos cumplidos y no por la teoría de los derechos adquiridos, y que constituye una facultad constitucional del legislador el dar, modificar o derogar leyes, y es en ejercicio de esta facultad que se ha regulado las relaciones y situaciones jurídicas existentes de los profesores de la Ley 24029, estableciendo la obligatoriedad de su incorporación a la carrera magisterial de la Ley 29944.

Por otro lado, luego de desarrollar el contenido y elementos del derecho a la remuneración, así como las restricciones a su intangibilidad en general, y en específico en materia educativa, el Tribunal concluyó que no existía vulneración alguna del derecho a la remuneración.

Los demandantes también alegaron la afectación del principio-derecho de igualdad por la migración de escalas. Sin embargo, el Tribunal concluyó que el término de comparación propuesto para valorar la afectación del citado principio-derecho presentado por los demandantes resultaba inválido. Asimismo, el Tribunal rechazó los alegatos de los demandantes respecto a que dicha migración trata como objeto a los trabajadores, en tanto lo que la ley realiza es una reestructuración total de la carrera magisterial sobre la base de criterios razonables y justificados tales como el mérito y la capacidad de los docentes.

**Temas:** Derecho a la igualdad y no discriminación — derecho a la remuneración — dignidad del trabajador — inconstitucionalidad por omisión — término de comparación — test de proporcionalidad.

**PLENO JURISDICCIONAL**
Expediente 0020-2012-PI/TC

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Del 16 de abril de 2014

**STC-01.014-PI**
**Caso Ley de Reforma Magisterial 2**

Congresistas de la república c. Congreso de la República

**Asunto**

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el 25% del número legal de congresistas de la República contra el primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944, Ley de Reforma Magisterial.

Magistrados firmantes:

**SS.**
**URVIOLA HANI**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**CALLE HAYEN**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

EXPEDIENTE 0020-2012-PI/TC
CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA

**TABLA DE CONTENIDOS**


**I. CUESTIONES PRELIMINARES** ..... 3
A. RELACIÓN JURÍDICA-PROCESAL ..... 3
B. PETITORIO CONSTITUCIONAL ..... 3
C. VIOLACIÓN CONSTITUCIONAL INVOCADA 4
D. DEBATE CONSTITUCIONAL ..... 5
§1. Demanda ..... 5
§2. Contestación de demanda ..... 5
E. FIJACIÓN DE PUNTOS CONSTITUCIONALES CONTROVERTIDOS ..... 6
**II. FUNDAMENTOS** ..... 6
A. ANÁLISIS DE LA MIGRACIÓN DE NIVEL O ESCALA DE LOS PROFESORES DE LA LEY 24029 A LA LEY 29944 ..... 7
A1. Sobre la existencia de un derecho adquirido a favor de los Profesores ..... 8
A2. Sobre la supuesta violación del derecho a una remuneración ..... 10
A3. Sobre la supuesta violación del principio de dignidad del trabajador ..... 27
A4. Sobre la supuesta violación del derecho-principio a la igualdad ..... 30
B. ANÁLISIS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN DE AUSENCIA DE RECONOCIMIENTO DE LA 'DEUDA LABORAL' ..... 35
**III. FALLO** ..... 37


EXPEDIENTE 0020-2012-PI/TC
CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 16 días del mes de abril de 2014, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Urviola Hani, presidente, Vergara Gotelli, vicepresidente, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

## I. CUESTIONES PRELIMINARES

### A. RELACIÓN JURÍDICA-PROCESAL

La demanda ha sido interpuesta el 5 de diciembre de 2012, por 33 congresistas de la República, correspondientes al 25% de su número legal, a través de su apoderado, el congresista don Yonhy Lescano Ancieta.

Dado que lo que se impugna es una ley, la defensa de su constitucionalidad ha correspondido al Congreso de la República, a través de su apoderado, don Jorge Campana Ríos, en mérito del Acuerdo de Mesa Directiva 040-2005-2006/MESA-CR, de fecha 5 de octubre de 2005.

### B. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Según lo expuesto en la demanda, este Tribunal precisa que el análisis a efectuarse de la Ley 29944 se centrará en dos aspectos:

- En primer lugar, la demanda se dirige a cuestionar la constitucionalidad por el fondo del primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944, de Reforma Magisterial, que textualmente señala:

> **Ley 29944, de Reforma Magisterial**
>
> **PRIMERA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA, TRANSITORIA Y FINAL. Ubicación de los profesores de la Ley 24029 en las escalas magisteriales.** Los profesores nombrados, pertenecientes al régimen de la Ley 24029, comprendidos en los niveles magisteriales I y II, son ubicados en la primera escala magisterial, los del III nivel magisterial en la segunda escala magisterial, y los comprendidos en los niveles magisteriales IV y V son ubicados en

la tercera escala magisterial a que se refiere la presente Ley.

Si bien es cierto que la demanda ha sido planteada también contra la Cuarta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944, de Reforma Magisterial ("*Los profesores comprendidos en el I, II, III, IV y V nivel magisterial de la Ley 29062 son ubicados respectivamente en la segunda, tercera, cuarta, quinta y sexta escalas magisteriales de la presente Ley*"), tal como fue reconocido en la Resolución de admisibilidad del 7 de mayo de 2013, también lo es que de una revisión más específica de los argumentos expuestos en la demanda se infiere que esta disposición legal realmente no está siendo cuestionada, como se explicará *infra*, sino que únicamente se exhibe como un elemento de justificación de la afectación al derecho a la igualdad de los profesores regidos en su momento por la Ley 24029 con relación a los que se encuentran en la Ley 29062.

- En segundo lugar, la demanda tiene por objeto que se declare la inconstitucionalidad por omisión de la Ley 29944, de Reforma Magisterial, en la medida en que no reconoce la 'deuda laboral' que tiene el Estado con los profesores de la Ley 24029, por incumplimiento en el pago del concepto de preparación de clases y evaluación.

## C. VIOLACIÓN CONSTITUCIONAL INVOCADA

Los demandantes, para argumentar su pretensión, alegan la violación de los siguientes derechos fundamentales y principios previstos en la Constitución:

- La dignidad de la persona humana (artículo 1) y la prohibición de que se desconozca o rebaje la dignidad del trabajador (artículo 23).
- El derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual (artículo 24).
- La obligación del Estado de procurar la promoción permanente de los profesores (artículo 15).
- El derecho a la igualdad (artículo 2.2) y el derecho a la igualdad de oportunidades sin discriminación (artículo 26.1).
- El principio de que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales (artículo 23).
- El carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley (artículo 26.2).

## D. DEBATE CONSTITUCIONAL

Los accionantes y el demandado postulan una serie de razones o argumentos sobre la constitucionalidad o no de las normas objetadas que, a manera de epítome, se presentan a continuación.

### 1. Demanda

La demanda de inconstitucionalidad interpuesta por congresistas de la República se respalda en las siguientes premisas:

(i) El primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944 supone una rebaja del nivel alcanzado por los profesores de la Ley 24029, así como una reducción de sus remuneraciones, lo cual vulneraría el principio que prohíbe el desconocimiento de la dignidad del trabajador en conexión con el derecho a la dignidad humana, la obligación del Estado de procurar la promoción permanente de los profesores y el derecho a una remuneración.

(ii) La disposición legal antes mencionada vulnera además el derecho a la igualdad de oportunidades sin discriminación en conexión con el derecho a la igualdad en comparación con la Cuarta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944, que asciende una escala a los profesores de la Ley 29062.

(iii) La Ley 29944 no reconoce la "deuda laboral" que tiene el Estado con los profesores de la Ley 24029 por incumplimiento en el pago del concepto de preparación de clases y evaluación.

### 2. Contestación de demanda

El Congreso de la República, por intermedio de su apoderado, contesta la demanda solicitando que ésta sea declarada infundada, sustentándose en los siguientes argumentos:

(i) La carrera magisterial está regulada en el primer y segundo párrafos de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944 y no sólo en el primer párrafo como parecen entender los demandantes.

(ii) El total de la Ley 29944, y en concreto, el primer párrafo de su Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final, no establece el monto de la remuneración, por lo que no existiría fundamento para sostener que la disposición legal impugnada reduce la remuneración de los docentes.

(iii) La promoción del profesorado debe producirse no sólo teniendo en cuenta el tiempo de servicios, sino también mediante la evaluación de su capacidad y competencia.

(iv) El tratamiento diferenciado entre los profesores regulados por la Ley 24029 y los docentes bajo el régimen de la Ley 29062 se encuentra debidamente justificado en la medida en que la realización del principio constitucional de la idoneidad del profesorado no es menor que la intensidad de la intervención o afectación al derecho-principio de igualdad.

(v) La 'deuda laboral' que tiene el Estado con los profesores de la Ley 24029 no se encuentra dentro de lo constitucionalmente necesario, por lo que no es posible requerir su reconocimiento a través de la Ley 29944.

**E. FIJACIÓN DE PUNTOS CONSTITUCIONALES CONTROVERTIDOS**

Determinada la posición de las partes del proceso, es preciso que el Tribunal Constitucional defina los temas a desarrollarse a lo largo de la presente sentencia.

- ¿Es válida constitucionalmente la variación de niveles o escalas como producto de la reorganización de la carrera magisterial? En tal sentido,
  - ¿Se está afectando un derecho adquirido establecido en la Ley 24029?
  - ¿Se le ha vulnerado a los profesores el derecho a la remuneración establecida en el artículo 24 de la Constitución? En tal sentido,
    - ¿Qué es el derecho a una remuneración?
    - ¿Es posible restringir la intangibilidad del derecho a una remuneración?
    - ¿De qué manera se concretizan los supuestos de limitación a dicha intangibilidad en el caso de los profesores de la carrera magisterial?
    - ¿Realmente se produce una afectación al derecho a una remuneración en la Ley 29944?
  - ¿Se observa una violación del principio de la dignidad humana?
  - ¿Existe una discriminación de los trabajadores de la Ley del Profesorado con relación a la Ley de Carrera Magisterial?
- ¿Es admisible que la ley impugnada haya omitido reconocer la 'deuda laboral' a favor de los docentes?

**II. FUNDAMENTOS**

1. En vista de que la demanda tiene por objeto declarar tanto la inconstitucionalidad por el fondo del primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944, de Reforma Magisterial, como la inconstitucionalidad por omisión en lo relativo a la ausencia de regulación de la deuda laboral, la presente sentencia realizará un análisis separado de ambas.

**A. ANÁLISIS DE LA MIGRACIÓN DE NIVEL O ESCALA DE LOS PROFESORES DE LA LEY 24029 A LA LEY 29944**

2. Con relación al análisis de constitucionalidad del primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944, de Reforma Magisterial (*"Los profesores nombrados, pertenecientes al régimen de la Ley 24029, comprendidos en los niveles magisteriales I y II, son ubicados en la primera escala magisterial, los del III nivel magisterial en la segunda escala magisterial, y los comprendidos en los niveles magisteriales IV y V son ubicados en la tercera escala magisterial a que se refiere la presente Ley"*), antes de ingresar al fondo de las impugnaciones realizadas por el accionante, conviene recordar el historial de la carrera magisterial en el país.

3. Antes de la entrada en vigor de la Ley 29944 existían dos regímenes laborales de los profesores de la carrera pública, evolución que puede quedar resumida de la siguiente manera:
   - En primer lugar, se encuentra el régimen de la Ley 24029, del Profesorado, publicada el 15 de diciembre de 1984. En ella, la carrera magisterial estaba compuesta por cinco niveles.
   - No hace mucho se instauró el régimen de la Ley 29062, de la Carrera Pública Magisterial, publicada el 12 de julio de 2007, analizada en su constitucionalidad en la STC 0025-2007-PI/TC, y que regiría paralelamente a la Ley 24029. La carrera magisterial también estaba constituida por cinco niveles, diferenciándose con la anterior por los años de servicios requeridos para el ascenso de nivel y la existencia de una evaluación para su ingreso.
   - En la actualidad rige la Ley 29944, de Reforma Magisterial, publicada el 25 de noviembre de 2012, que está siendo impugnada. Ahora, la carrera magisterial está compuesta por ocho escalas magisteriales y unifica los regímenes establecidos por la Ley 24029 y la Ley 29062.

4. De acuerdo al *primer párrafo* de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y

Final de la Ley 29944, de Reforma Magisterial, los profesores de los cinco niveles magisteriales de la Ley 24029, del Profesorado, deben ser ubicados en las tres primeras escalas magisteriales de la Ley 29944. En efecto, de acuerdo a esta disposición legal, la migración se produce de la siguiente manera:

- Los profesores comprendidos en los niveles magisteriales I y II de la Ley 24029 son ubicados en la Primera Escala Magisterial de la Ley 29944.
- Los profesores del nivel magisterial III de la Ley 24029 son ubicados en la Segunda Escala Magisterial de la Ley 29944.
- Los profesores de los niveles magisteriales IV y V de la Ley 24029 son ubicados en la Tercera Escala Magisterial de la Ley 29944.

*Cuadro 1*. Migración de la Ley 24029 a la Ley 29944

| **Ley 24029, del Profesorado** | | **Ley 29944, de Reforma Magisterial** |
|---|---|---|
| Nivel Magisterial I<br>Nivel Magisterial II | ➡ | I Escala Magisterial |
| Nivel Magisterial III | ➡ | II Escala Magisterial |
| Nivel Magisterial IV<br>Nivel Magisterial V | ➡ | III Escala Magisterial |
| | | IV Escala Magisterial |
| | | V Escala Magisterial |
| | | VI Escala Magisterial |
| | | VII Escala Magisterial |
| | | VIII Escala Magisterial |

*Fuente*: Ley 29944. *Elaboración*: TC

Asimismo, de acuerdo a la Cuarta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944, los profesores comprendidos en el I, II, III, IV y V nivel magisterial de la Ley 29062 son ubicados respectivamente en la segunda, tercera, cuarta, quinta y sexta escalas magisteriales de la Ley 29944.

**A1. Sobre la existencia de un derecho adquirido a favor de los Profesores**

5. La primera cuestión a resolver por este Tribunal está referida a la capacidad que tuvo el legislador democrático para modificar o derogar la Ley 24029, del Profesorado. A juicio de los demandantes, la migración entre niveles y escalas debió ser voluntaria y no obligatoria como prescribe ahora la ley objeto de control, dando a entender a su vez que la regulación de la carrera magisterial de la referida Ley 24029 no debió ser modificada o derogada, pues se encontraría protegida por un supuesto "derecho adquirido", argumento que a juicio del demandado no tiene asidero, toda vez que la regulación emitida es constitucionalmente válida.

6. Ante todo, este Colegiado ha señalado que *"La adecuada protección de los derechos fundamentales no puede ser medida con relación a una concreta teoría de aplicación de las leyes en el tiempo. Ni la aplicación inmediata de las leyes a los hechos no cumplidos de las relaciones existentes (teoría de los hechos cumplidos) podría, en sí misma, justificar la afectación de un derecho fundamental, ni, so pretexto de la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos, podría negarse la aplicación inmediata de una ley que optimice el ejercicio del derecho, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución"* (fundamento 121 de la STC 0050-2004-AI/TC y otros). Frente a una teoría de derechos adquiridos, según la cual una ley posterior no puede tener efectos para desconocer las situaciones jurídicas creadas y consolidadas bajo la ley derogada por aquélla, el mencionado artículo 103 de la Constitución ha establecido como principio general 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 (...)"*.

7. Bajo las consideraciones antes establecidas y el marco constitucional existente, a través de la STC 0025-2007-PI/TC, se ha señalado que nuestro ordenamiento jurídico *"(...) se rige por la teoría de los hechos cumplidos, consagrada en el artículo 103 de nuestra Carta Magna, por lo que una norma posterior puede modificar una norma anterior que regula un determinado régimen laboral"* (fundamento 89), y por obvio que parezca, *"(...) el Congreso, en ejercicio de su función legislativa prevista en el inciso 1) del artículo 102 de la Constitución, tiene la facultad de dar leyes así como modificar las existentes, por lo que resulta constitucionalmente válido que la Ley 29062 modifique el régimen establecido en la Ley 24029 y que, en virtud de la teoría de los hechos cumplidos consagrada en el artículo 103 de la Carta Magna, sus efectos se apliquen de manera inmediata a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes"* (fundamento 91).

8. Así las cosas, nuestro ordenamiento jurídico está regido por la teoría de los hechos cumplidos y no por la teoría de los derechos adquiridos, razón por la cual este Tribunal no puede compartir la tesis propuesta por los accionantes. Constituye una facultad constitucional del legislador el dar, modificar o derogar leyes, y es en ejercicio de esta facultad que precisamente se ha regulado las relaciones y situaciones jurídicas existentes de los profesores de la Ley 24029 estableciendo la obligatoriedad de su incorporación a la carrera magisterial que prescribe la Ley 29944, y respecto de las que no cabe invocar la teoría de los derechos adquiridos, según el concepto explicado *supra,* correspondiendo por tanto rechazar la demanda en este extremo.

**A2. Sobre la supuesta violación del derecho a una remuneración**

9. El primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944, de Reforma Magisterial, también es objeto de cuestionamiento por haber vulnerado supuestamente el párrafo inicial del artículo 24 de la Constitución. Los congresistas demandantes sostienen que dicha disposición legal reduce la remuneración de los profesores de la Ley 24029 convirtiéndola en inequitativa e insuficiente para satisfacer las necesidades básicas que garanticen su bienestar material y el de su familia, por implicar un retroceso en el nivel remunerativo; además de dejar de reconocérsele el derecho a percibir remuneraciones actualizadas anualmente que absorban el costo de vida, sólo a un valor nominal y no a un valor real. Para el demandado, en cambio, sólo quien fija el monto de una remuneración puede vulnerarla, y como el dispositivo impugnado no establece monto alguno de remuneración, es materialmente imposible que ésta por sí misma reduzca la remuneración de los docentes, máxime si los artículos 56 y 57 de dicha ley señalan que el profesor percibirá tantas remuneraciones íntegras mensuales (RIM) como lo determine su escala magisterial y jornada de trabajo, siendo el Poder Ejecutivo -a propuesta del Ministerio de Educación- el que establece el valor de la RIM.

10. Para analizar convenientemente la disposición legal impugnada respecto del derecho invocado, este Tribunal considera imperioso discurrir su fundamentación a través de cuatro pasos. Primero, determinando el contenido del derecho a una remuneración, luego analizando la posibilidad de restringir el monto que recibe un trabajador, para continuar con el estudio de la situación concreta de los profesores y terminando en el examen de lo prescrito por el dispositivo de la Ley 29944 impugnado.

**a. El derecho fundamental a una remuneración**

11. A fin de determinar la posible inconstitucionalidad de la norma objetada corresponde establecer en primer lugar, cuál es el sentido del primer párrafo del artículo 24 de la Constitución, que señala que *"El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual (…)"*. Para convertir esta disposición de derecho fundamental en una verdadera norma (sobre ambos términos, STC 1776-2004-AA/TC), se requiere una actividad interpretativa que en el caso concreto contará con el apoyo de instrumentos internacionales, de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

12. Este Colegiado ha señalado que la remuneración, en tanto derecho fundamental, es la retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador, que posee una naturaleza alimentaria al tener una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio-derecho a la igualdad y la dignidad, y que al mismo tiempo adquiere diversas consecuencias o efectos para el desarrollo integral de la persona humana (fundamento 6 de la STC 4922-2007-PA/TC).

13. El derecho a la remuneración, que fluye del principio de que nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento, constituye una contraprestación por los servicios del trabajador; es de libre disposición por parte de éste último; tiene carácter alimentario y su pago tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador (artículos 23 *in fine* y segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución). La remuneración también implica una modelo de competitividad, en tanto se manifiesta como un incentivo para atraer y retener personal idóneo.

14. En cuanto a los conceptos que conforman la remuneración, el artículo 1 del Convenio 100 de la OIT, Relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y la Mano de Obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor, debidamente ratificado y suscrito por el Perú, ha señalado que la remuneración *"(…) comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador,*

*en concepto del empleo de este último"*, reflejando una *concepción totalizadora* de la remuneración establecido en la Constitución. En el ámbito doméstico son diversas normas las que explican qué se incluye dentro del concepto de remuneración.

- El artículo 43 del Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, entiende que la remuneración de los funcionarios y servidores públicos está constituida por el haber básico, las bonificaciones y los beneficios.
- En esa misma línea, para el artículo 6 del Decreto Supremo 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, constituye remuneración el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera que sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición; además, las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena.
- Por su parte, la reciente Ley 30057, del Servicio Civil, bajo la denominación de "compensación económica", lo desarrolla como el conjunto de ingresos y beneficios que la entidad destina al servidor civil para retribuir la prestación de sus servicios a la entidad de acuerdo al puesto que ocupa (artículo 28), a través de una contraprestación en dinero (artículo 29.a), estando compuesta, de acuerdo al artículo 31.1, por un elemento principal (directamente relacionado a la familia de puestos), otro ajustado (según el puesto y funciones) y si corresponde por una valoración priorizada (por situaciones atípicas, como accesibilidad geográfica, por altitud, riesgo de vida, riesgo legal o servicios efectivos en el extranjero).
- Siguiendo la lógica establecida en la Ley 30057, la Ley 29944 -impugnada en parte en el proceso de inconstitucionalidad- también establece que la remuneración íntegra mensual, correspondiente a su escala magisterial (artículo 41) y a la jornada de trabajo, comprende las horas de docencia en el aula, la preparación de clases y la evaluación, las actividades extracurriculares complementarias, el trabajo con las familias y la comunidad y el apoyo al desarrollo de la institución educativa, pudiéndose percibir asignaciones temporales por cargos de responsabilidad, por ubicación de la institución educativa en el ámbito rural y frontera y por si la institución educativa es unidocente, multigrado o bilingüe (artículo 56).

15. Más allá de los conceptos que integran la remuneración, este Tribunal considera imprescindible centrar su estudio en la estructura del derecho fundamental. Ésta se encuentra compuesta por elementos diferenciados (fundamento 75 de la STC 0050-2004-AI/TC y otros): el *contenido esencial* es absolutamente intangible para el legislador, definido desde la teoría institucional, y uno *accidental,* claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados. Por tal razón, corresponde a este Colegiado a fin de resolver la controversia planteada definir, de manera inicial, qué elementos constituyen ambos contenidos.

***(i) Contenido esencial***

16. A criterio de este Tribunal el *contenido esencial* del derecho fundamental a la remuneración, tal y como está reconocido en el marco constitucional, abarca los siguientes elementos:
    - ***Acceso***, en tanto nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución (artículo 23 de la Constitución).
    - ***No privación arbitraria***, como reflejo del acceso, en tanto ningún empleador puede dejar de otorgar la remuneración sin causa justificada
    - ***Prioritario***, en tanto su pago es preferente frente a las demás obligaciones del empleador, de cara a su naturaleza alimentaria y su relación con el derecho a la vida y el principio-derecho a la igualdad y la dignidad (segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución).
    - ***Equidad***, al no ser posible la discriminación en el pago de la remuneración (primer párrafo del artículo 24 de la Constitución).
    - ***Suficiencia***, por constituir el *quantum* mínimo que garantiza al trabajador y a su familia su bienestar (primer párrafo del artículo 24 de la Constitución).

17. En este orden de ideas, y atendiendo a los cuestionamientos invocados en el caso de autos, conviene precisar lo que este Tribunal entiende por las categorías de remuneración "equitativa" y "suficiente".

*(*) Remuneración equitativa*

18. La Constitución reconoce explícitamente la protección a la remuneración equitativa. El Convenio 100 de la OIT, al respecto, establece que *"Todo miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor".* De ello se desprende que toda remuneración calculada con base en criterios discriminatorios por razón de género será inequitativa y, por ende, inconstitucional.

19. Sin embargo, a partir del análisis de otras fuentes normativas así como de la jurisprudencia emitida por este Tribunal, tal "remuneración equitativa" no puede limitarse a garantizar el principio-derecho de igualdad por cuestión de género recogido en el artículo 2.2 de la Constitución, sino va más allá. Así, este Colegiado ha establecido que *"(…) la remuneración como retribución que percibe el trabajador por el trabajo prestado a su empleador no debe ser sometida a ningún acto de discriminación"*, no puede ser objeto de diferenciación, como por ejemplo, otorgar a unos una mayor remuneración que a otros por igual trabajo, quedando proscrito, en consecuencia, cualquier trato discriminatorio que, amparándose en causas prohibidas, afecte el derecho fundamental a la remuneración (fundamento 8 de la STC 4922-2007-PA/TC).

20. Por ejemplo, en la Ley 30057, del Servicio Civil, se reconoce como principio de la compensación (remuneración) a la equidad, entendida como un reconocimiento: *"Al trabajo desempeñado en puestos similares pero en condiciones diferentes de exigencia, responsabilidad o complejidad le corresponde diferente compensación económica y al trabajo desempeñado en puestos y condiciones similares le corresponde similar compensación económica"* (artículo 30.b).

21. Este criterio es concordante con el artículo 7.a.i del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y con el artículo 7.a del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, que, en la parte pertinente establecen que los Estados Partes del Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de "(…) *un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie".* Se hace énfasis, como es de suponerse, en la especial protección que merecen las condiciones de trabajo y el salario de las mujeres, en tanto no pueden ser inferiores a las de los hombres.

22. En síntesis, la "remuneración equitativa", a la que hace referencia el artículo 24 de la Constitución, implica que ésta no sea objeto de actos de diferenciación arbitrarios que, por ampararse en causas prohibidas, se consideren discriminatorios según lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Constitución.

*(*) Remuneración suficiente*

23. La Constitución reconoce también que una remuneración, de acuerdo a la jornada de trabajo y labor realizada por el trabajador, debe ser "suficiente", concepto que en el ámbito internacional se ve reconocida bajo el término de "satisfactoria" (artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 7 del Protocolo de San Salvador). Vale recordar que, dentro de un mercado laboral de competencia perfecta, la remuneración tenderá a ser por lo menos igual al salario de reserva, monto pecuniario a partir del cual una persona está dispuesta a trabajar, determinando la elección que realiza el individuo entre trabajo y ocio, según los criterios de curvas de indiferencia y restricción presupuestaria.

24. La remuneración suficiente posee una estrecha relación con el concepto de "remuneración mínima". Al respecto, el Preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) expresa que la paz y armonía universales requieren de la garantía de un salario vital adecuado. Además, resulta de aplicación el artículo 2.1 del Convenio 131 de la OIT, que señala que *"Los salarios mínimos tendrán fuerza de ley, no podrán reducirse y la persona o personas que no los apliquen estarán sujetas a sanciones apropiadas de carácter penal o de otra naturaleza"*.

25. La remuneración mínima, en el ámbito nacional, puede tener un origen normativo o de negociación colectiva. En primer lugar, el artículo 24 *in fine* de la Constitución prevé establecer remuneraciones mínimas de forma abstracta mediante la acción del Estado, a través de fuentes normativas de carácter general. En concreto, fijará el monto de la Remuneración Mínima Vital (RMV) mediante decreto supremo, previa discusión en el seno del Consejo Nacional del Trabajo (artículo 13 de la Ley 27711, Orgánica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo). Es llamativo que en el lapso de doce años, la RMV ha pasado de S/.410,00 a S/. 750,00.

*Cuadro 2*. Evolución de la Remuneración Mínima Vital. Del 2000 hasta la actualidad

| Base normativa | Vigencia | Monto (S/.) |
|---|---|---|
| Decreto de Urgencia 012-2000 | 10.03.00 al 14.09.03 | 410,00 |
| Decreto de Urgencia 022-2003 | 15.09.03 al 31.12.05 | 460,00 |
| Decreto Supremo 016-2005-TR | 01.01.06 al 30.09.07 | 500,00 |
| Decreto Supremo 022-2007-TR | 01.10.07 al 31.12.07 | 530,00 |
| Decreto Supremo 022-2007-TR | 01.01.08 al 30.11.10 | 550,00 |
| Decreto Supremo 011-2010-TR | 01.12.10 al 31.01.11 | 580,00 |
| Decreto Supremo 011-2010-TR | 01.02.11 al 13.08.11 | 600,00 |
| Decreto Supremo 011-2011-TR | 14.08.11 al 31.08.11 | 640,00 |
| Decreto Supremo 011-2011-TR | 01.09.11 a 31.05.12 | 675,00 |
| **Decreto Supremo 007-2012-TR** | **01.06.12 a la fecha** | **750.00** |

*Elaboración*: Dirección de Investigación Socio Económico Laboral del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo <http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadisticas/peel/estadisticas/OTROS/RMV_2013_febrero.xls<

26. En segundo término, en la normativa internacional, se observa que el artículo 1 del Convenio 26 de la OIT establece que *"Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a establecer o mantener métodos que permitan la fijación de tasas mínimas de los salarios de los trabajadores empleados en industrias o partes de industria (especialmente en las industrias a domicilio) en las que no exista un régimen eficaz para la fijación de salarios, por medio de contratos colectivos u otro sistema, y en las que los salarios sean excepcionalmente bajos"*. Una disposición como ésta se encuentra dirigida a garantizar la suficiencia de las remuneraciones con el establecimiento de salarios piso mediante la negociación colectiva.

27. La remuneración suficiente, bajo los epígrafes de RMV o de salario piso por negociación colectiva, según lo establece el mismo artículo 24 de la Constitución, debe procurar, para él y su familia, el bienestar material y espiritual, es decir, que el trabajador deberá gozar de una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social (artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos). De lo señalado se desprende que la Constitución resguarda al trabajador a fin de conseguir el aseguramiento, como mínimo, de condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias (artículo 7.a del Protocolo de San Salvador). La protección de la familia a la vez se sustenta en lo estipulado en el artículo 4 de la Constitución.

28. Ahora bien, la coexistencia de la remuneración mínima se explica en tanto es posible establecer una remuneración mínima colectiva mayor que la normativa, en atención a las necesidades y condiciones particulares de cada rubro, y de forma razonable, si éstas no pueden ser adecuadamente cubiertas por la RMV. En ese sentido, si bien esta última podría coincidir con la "remuneración suficiente", ello no ocurrirá en todos los casos, por lo que no corresponde establecer una relación de identidad absoluta entre ambos. Así, la existencia de remuneraciones mínimas de fuente normativa o colectiva tan solo constituye una forma de concretar la exigencia constitucional de que las remuneraciones sean suficientes y permitan, por consiguiente, al trabajador y a su familia alcanzar los niveles de bienestar material y espiritual a los que hace referencia el primer párrafo del artículo 24 de la Constitución.

29. En consecuencia, la *remuneración suficiente*, en tanto parte integrante del contenido esencial del derecho fundamental a la remuneración previsto en el artículo 24 de la Constitución, implica también ajustar su *quantum* a un criterio mínimo –bien a través del Estado, bien mediante la autonomía colectiva- de tal forma que no peligre el derecho constitucional a la vida o el principio-derecho a la dignidad.

***(ii) Contenido accidental***

30. Frente a los elementos constituyentes del contenido esencial, es preciso también fijarnos en cuál es su contenido accidental; esto es, aquél sujeto a restricciones en virtud de otros bienes y derechos establecidos en la Constitución.

31. El derecho a la remuneración, como todo derecho (o principio constitucional) individual, social o económico, positivo o negativo, puede ser limitado o restringido, y por lo tanto, puede realizarse y optimizarse en una medida gradual, sin tener que aceptar la alternativa del todo o nada. No obstante, cualquier limitación que se imponga al ejercicio o disfrute de los derechos fundamentales ha de respetar el contenido esencial.

32. Sólo con carácter enumerativo, no cerrado, este Colegiado, analizando el artículo 24 de la Constitución y sirviéndose de principios establecidos en normas infraconstitucionales, considera que son parte del contenido accidental del derecho fundamental a la remuneración:

- ***La consistencia***, en tanto debe guardar relación con las condiciones de exigencia, responsabilidad y complejidad del puesto que ocupa el trabajador. Para su determinación, ha de tomar en cuenta el efecto ingreso (o renta), según el cual la variación del número deseado de horas de trabajo provocada por una variación del ingreso debe mantener constante el salario.
- ***La intangibilidad***, en tanto no es posible la reducción desproporcional de una remuneración, lo que fluye del carácter irrenunciable de los derechos de los trabajadores (artículo 26.2 de la Constitución, definida en múltiple jurisprudencia, como la STC 4188-2004-AA/TC).

33. Tomando en cuenta el cuestionamiento constitucional del primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944, de Reforma Magisterial, es preciso centrarnos en el análisis del elemento "intangibilidad" y ver en qué sentido éste puede ser limitado.

**b. Las restricciones a la intangibilidad de las remuneraciones**

34. Uno de los supuestos de la restricción o limitación del derecho fundamental a la remuneración se centra en la intangibilidad de la remuneración. Es así como es materia de análisis la posibilidad de que sea reducida.

35. En general, en el ámbito de la relación laboral es posible la reestructuración del escalafón remunerativo siempre que se respete el contenido esencial del derecho a la remuneración si se cumplen determinados requisitos:

- ***Excepcionalidad***, es decir, que la reducción de la remuneración sea una medida extraordinaria y coyuntural que tiene lugar en contextos especiales.
- ***Razonabilidad***, es decir, que la reducción respeta determinados límites de proporcionalidad de manera tal que no suponga una disminución significativa de la remuneración, ni sea arbitraria.

36. Lógicamente, por más que la reducción de la remuneración sea posible, dicha afectación tiene como límite la RMV o la colectiva, según la jornada de trabajo y según la labor realizada, en la medida en que se trata de una remuneración suficiente que permite al trabajador y a su familia satisfacer sus necesidades básicas, convirtiéndose así en un salario mínimo obligatorio.

37. La reducción de la remuneración puede ser realizada de dos maneras diferenciadas, según este Colegiado pasa a explicar, pero se detendrá en el segundo de los supuestos.

***(i) Reducción consensuada***

38. La reducción de la remuneración es consensuada si es realizada de manera voluntaria, es decir, si existe un acuerdo libre, espontáneo, expreso y motivado entre el trabajador y el empleador.

39. La posibilidad de reducción consensuada no es nueva en el derecho interno. A esta conclusión se puede llegar de la lectura del artículo único de la Ley 9463, del 17 de diciembre de 1941, que señala que *"La reducción de remuneraciones aceptada por un servidor, no perjudicará en forma alguna los derechos adquiridos por servicios ya prestados (…), debiendo computársele las indemnizaciones por los años de servicios de conformidad con las remuneraciones percibidas, hasta el momento de la reducción. Las indemnizaciones posteriores se computarán de acuerdo con las remuneraciones rebajadas"*, sobre lo cual este Tribunal ha tenido oportunidad de manifestar que la posibilidad de reducir las remuneraciones está autorizada por la Ley 9463 siempre que medie la aceptación del trabajador (fundamento 3 de la STC 0009-2004-AA/TC).

40. También se ha admitido jurisprudencialmente que puede existir una reducción de la remuneración a través de un descuento aceptado por el trabajador (fundamento 6 de la STC 0818-2005-PA/TC),

***(ii) Reducción no consensuada***

41. La reducción de la remuneración también puede ser adoptada por una decisión unilateral por parte del empleador, particular o el Estado mismo, es decir, sin aceptación previa del trabajador.

42. Esta posibilidad de reducción, aparte de la afectación de las planillas de pago por orden

judicial (consentido en el fundamento 6 de la STC 0818-2005-PA/TC), de otro lado, se encuentra contemplada en el derecho interno y resulta de la interpretación y aplicación *a contrario sensu* del artículo 30.b del Decreto Supremo 003-97-TR y del artículo 49 de su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 001-96-TR, que consideran que la reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría es un acto de hostilidad equiparable al despido si es dispuesta por decisión unilateral del empleador que carezca de causa objetiva o legal. Desde esta perspectiva, resulta válida -en términos constitucionales- la reducción de la remuneración o de la categoría por decisión unilateral del empleador si es que posee una causa objetiva o legal.

43. Este Colegiado *ergo* considera viable la reducción no consensuada de remuneraciones por **causa objetiva y justificada**, siempre que dicha disminución de haberes refleje la expresión de los motivos o razones por los que se procede a la reducción de la remuneración o la invocación de la regulación legal que la justifique.

44. De otro lado, requiere establecerse algunas condiciones para la utilización de esta medida excepcional. Puede estar referida a una serie de supuestos, entre los cuales se puede nombrar los siguientes:

    – Necesidad de cumplir los objetivos económicos y financieros, que implica la reducción de la remuneración sustentada en la necesidad de reducir el déficit o la escasez a fin de garantizar la estabilidad y el equilibrio económicos del Estado -o en su caso de una empresa-, y exige que debe existir una relación directa entre la medida adoptada y la política o planificación económica perseguida. En suma, se trata de una medida excepcional que se encuentra constitucionalmente justificada en aquellos contextos especiales que generen un impacto económico negativo en la actividad desarrollada por el Estado o por la entidad privada que haga propicia la adopción de tales medidas a fin de evitar mayores perjuicios económicos.

    – Necesidad de una reorganización del personal, que puede incluir la supervisión y reorganización debidamente justificada de la prestación de los servicios -públicos esenciales en caso de que sea el Estado- que brinda el empleador.

45. La reducción de la remuneración no consensuada no implica una vulneración del *principio de progresividad (o de no regresividad) de los derechos sociales.* Este principio supone que las medidas que debe adoptar el Estado con referencia a la plena efectividad de dichos derechos no pueden ser "regresivas", esto es, no pueden ser medidas que generen un estado de cosas o una situación que sea más perjudicial que la que se encuentre efectivamente establecida. Sin embargo, este principio tampoco supone la absoluta imposibilidad de limitar los avances efectuados por el Estado en materia de derechos sociales, siempre que existan razones de interés general que así lo justifiquen.

46. En efecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en su Observación General 3, sobre "La índole de las obligaciones de los Estados Partes", párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, 5to. Período de Sesiones, 14/1290, estableció que: *"(...) el concepto de progresividad efectiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales en general, no podrá lograrse en un breve período de tiempo. Sin embargo, (...) [l]a frase [progresividad] debe interpretarse a la luz del objetivo general (...) que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga".*

47. Así las cosas, la reducción de la remuneración no contraviene el principio de *no regresividad de los derechos sociales,* siempre y cuando existan razones de interés social que lo justifiquen o, lo que es lo mismo, siempre que exista causa objetiva o legal que la justifique y que, además, se trate de una medida extraordinaria, coyuntural y de eficacia limitada en el tiempo.

48. En contextos especiales referidos al cumplimiento de los objetivos económicos y financieros del empleador, como de hecho es el Estado, la reducción de la remuneración frente al coste de su mantenimiento *no* puede ser interpretada como sinónimo de regresividad, dado que lo que se pretende con esta medida es precisamente evitar el colapso del fondo económico del empleador a efectos de que no se vean perjudicadas una mayor cantidad de personas, o cuando se quiere realizar una reorganización en búsqueda de una finalidad constitucionalmente válida. Al contrario, este Tribunal entiende que tal estrategia respeta

un enfoque de derechos fundamentales en el diseño de la política económica en un contexto de déficit o escasez.

**c. Los supuestos de restricción de la intangibilidad de las remuneraciones en materia educativa**

49. Ante el cuestionamiento de la posible reducción de la remuneración de los profesores provenientes de la Ley 24029 a consecuencia de la Ley 29944, de Reforma Magisterial, corresponde a este Tribunal analizar si la disposición legal impugnada satisface los estándares de constitucionalidad que exige el supuesto de reducción de remuneración, en especial si responde a una causa objetiva que la justifique, a la luz de los principios rectores que fundamentan la Ley 29944, de Reforma Magisterial, entre otros, la meritocracia en el ingreso y la permanencia en la actividad docente, así como la mejora de la calidad de la educación.

***(i) Mejora de la calidad de la educación***

50. Jacques Maritain ha señalado que la educación es la vía para la humanización de la persona, distinguiendo al fin primario de la educación como la conquista de la libertad interior siendo el fin secundario la formación de la persona para que pueda llevar una vida normal, útil y de sacrificio en la comunidad, fortaleciendo el sentido de libertad así como el de sus responsabilidades. En el marco del Estado social y democrático de derecho, la educación es un derecho inherente a la persona que consiste en la facultad de adquirir, recibir o transmitir información, conocimientos y valores a efectos de guiar u orientar el desarrollo integral de la persona, así como habilitarlas para sus acciones y relaciones existenciales, vinculada directamente al desarrollo económico, social y cultural del país. Sobre esta base, la educación posee un carácter binario, pues no sólo constituye un derecho fundamental, sino que también es un servicio público esencial.

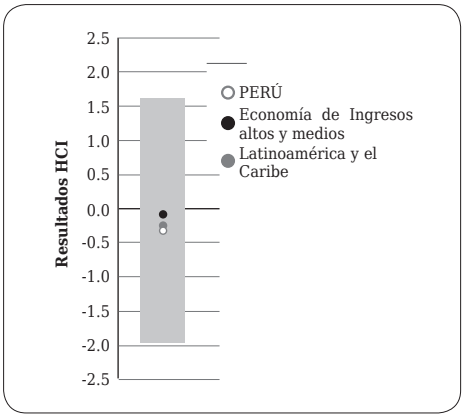
51. La educación pública, específicamente, es un inmejorable instrumento para la Justicia Social, concretando el principio de Igualdad de Oportunidades. Corresponde al Estado privilegiar sus recursos para brindar a los hijos de los niveles menos favorecidos en la sociedad educación de calidad, permitiéndoles la posibilidad de labrarse un futuro distinto al de sus padres, la consolidación de sus proyectos de vida en un contexto de creatividad, competencia y responsabilidad social.

52. En efecto, este Tribunal ha establecido en el fundamento 7 de la STC 4232-2004-AA/TC, que *"(…) la educación se configura también como un servicio público, en la medida que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones-fines del Estado, de ejecución per se o por terceros bajo fiscalización estatal. Por ende, el Estado tiene la obligación de garantizar la continuidad de los servicios educativos, así como de aumentar progresivamente la cobertura y calidad de los mismos, debiendo tener siempre como premisa básica (…), que tanto el derecho a la educación como todos los derechos fundamentales (…) tienen como fundamento el principio de la dignidad humana".*

53. Pese a que la educación debe ser uno de los principales objetivos del Estado peruano, por ser esencial para una mayor competitividad económica y ser *conditio sine qua non* para que la transformación de votos en escaños se produzca a través de un sufragio informado, las muestras palpables del deficiente servicio educativo brindado en el país es preocupante:

- Según la UNICEF, el problema de la educación peruana va más allá de la inasistencia a las aulas. Entre quienes participan del sistema educativo, los logros de aprendizaje son poco alentadores. Por ejemplo, al concluir el segundo grado de primaria en áreas urbanas apenas el 29% comprende lo que lee y en zonas rurales lo hace el 12% *(in* <http://www.unicef.org/peru/spanish/education_3215.htm>).
- Del Reporte de Competitividad Global 2012 - 2013, que elabora el Foro Económico Mundial, se advierte que el Perú ocupa el puesto 84 en educación de un total de 122 países.

*Gráfico 1.* Nivel de educación en comparación con países desarrollados y de América Latina y El Caribe




*Fuente:* Foro Económico Mundial (WEF). Reporte de Competitividad Global 2012–2013. http://www.weforum.org/reports

– Los resultados mostrados tienen relación con los obtenidos por las entidades internas (Ministerio de Educación) en sus propias investigaciones. Tras la aplicación de la evaluación censal a 567 mil 304 estudiantes del 2° grado de primaria y 4° grado de primaria de Educación Intercultural Bilingüe (EIB), en comprensión lectora, un 49,3% se ubica aún en proceso y el 19,8% está todavía debajo del mínimo; en el caso de matemática, sólo el 12,8% logró el nivel satisfactorio (Evaluación Censal de Estudiantes – ECE 2012. http://umc.minedu.gob.pe/?p=1418).

54. De lo anterior, es claro que el Estado debe asumir una función indeclinable con relación a este derecho fundamental y servicio público esencial, estando obligado a promover y garantizar la calidad de la educación, así como a invertir, reforzar, supervisar y reorganizar el servicio y la estructura del sistema educativo en todos sus niveles y modalidades. Uno de los mecanismos que ha considerado para lograr una mejor educación ha sido tener una plana docente más preparada, con los incentivos económicos necesarios. En esta reestructuración cabría la posibilidad de que a quienes no deseen someterse a evaluaciones permanentes pueda reducírseles su sueldo.

55. Una adecuada remuneración implica, según la teoría de los incentivos, un estímulo que mueve a hacer o desear una cosa, que en política de personal, se indica por los pagos pecuniarios ligados al rendimiento. Estos conceptos están ligados a la teoría de la agencia, según la cual *"(…) el principal delega autoridad al agente para que actúe en su beneficio e interés (…) Sin embargo, la teoría económica cuestiona cómo puede el actor principal estar seguro de que el agente actuará realmente de acuerdo a sus intereses. En ese sentido, se distinguen hasta tres diferentes perspectivas para dar respuesta a esta interrogante, basadas en mecanismos de monitoreo, cooperación e incentivos",* uno de los cuales es el mecanismo de los incentivos, a través del cual *"El actor principal podría obtener algunos indicadores respecto del esfuerzo, interés y motivación del agente, a partir de la contribución de un incentivo a este último. Si el agente toma sus riesgos y consigue un mayor ingreso, corresponderá también que su comisión se incremente. En caso de que no tome riesgo alguno, su retribución no sería tan alta como en el caso de que sí lo obtuviera (…)"* (fundamentos 70 y 71 de la STC 0001-2013-PI.p, Exp. 0013-2012-PI/TC). Dentro de este esquema, una remuneración ligada a la meritocracia determina un profesor más preparado y, por lo tanto, una mejor educación para los niños y adolescentes del país.

***(ii) Meritocracia, cuya finalidad es la mejor educación en el Perú***

56. Una de las variables idóneas para lograr la consecución de los propósitos que exige el derecho a la educación lo constituye la instauración de determinados criterios estrictamente objetivos basados en la meritocracia (mérito personal y capacidad profesional del docente) para el ingreso y la permanencia en la actividad docente o carrera magisterial a fin de lograr la eficiencia plena en la prestación del servicio público esencial de la educación y la calidad de su prestación. Además, este Colegiado ha señalado, justamente con relación a la carrera pública magisterial, que *"(…) el legislador se encuentra facultado para establecer los requisitos que considere convenientes para el acceso al ejercicio de una función pública, siempre y cuando no contravengan lo dispuesto en el Texto Constitucional"* (fundamento 48 de la STC 0025-2007-PI/TC).

57. En efecto, el establecimiento de criterios objetivos como los meritocráticos para el ingreso y la permanencia en la actividad docente coadyuva de manera directa y decidida a la consecución de la idoneidad del profesorado, así como contribuye de manera importante en la mejora de la calidad educativa, fines constitucionalmente legítimos exigidos por el segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución, pues asegura que el servicio público esencial de la educación en todos sus niveles se encuentre compuesto por docentes que reúnan o tengan el mérito personal y la capacidad profesional requeridos para el ejercicio de una actividad docente de calidad, y así garantiza la plena vigencia del derecho a la educación de los estudiantes.

58. Así las cosas, la eventual reducción de la remuneración de los profesores de la Ley 24029 como consecuencia de la reorganización del servicio y la estructura del actual sistema educativo sobre la base de criterios estrictamente objetivos como el mérito personal y la capacidad profesional constituye una medida excepcional que responde a una causa objetiva (la meritocracia en el ingreso y la permanencia en la actividad docente, así como la mejora de la calidad de la educación), y por lo mismo, cualquier reducción en la remuneración se encontraría justificada, tanto más cuanto que dicha medida sería sólo de índole temporal, pues como se señalará *infra*

los docentes pueden ver incrementadas sus remuneraciones a través de los ascensos a las siguientes escalas; y en todo caso, se trataría de una reducción razonable y no inferior a la RMV.

59. Lo señalado está íntimamente ligado a la teoría del capital humano, según la cual el agente económico (individuo), a través de un comportamiento racional, en el momento que toma la decisión de invertir o no en su preparación permanente arbitra, entre los beneficios que obtendrá en el futuro, si sigue formándose y los costos de la inversión. Seguirá estudiando para los concursos de méritos si el valor actualizado neto de los costos y de las ventajas es positivo. Por ello, los profesores continuarán preparándose, dentro de una lógica de meritocracia, si tienen los incentivos necesarios para poder ascender dentro de la carrera pública magisterial.

***d. La reestructuración remunerativa en la Ley 29944 a la luz de los supuestos de restricción de la intangibilidad de las remuneraciones en materia educativa***

60. Sabiendo que sí es posible realizar una reestructuración remunerativa en el caso de los profesores pertenecientes a la carrera magisterial, es preciso determinar que si efectivamente la Ley 29944, a través del primer párrafo de su Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final, establece efectivamente una reducción de las remuneraciones.

***(i) Inexistencia de montos remunerativos***

61. En primer lugar, este Tribunal advierte que la Ley 29944 y, en concreto, el dispositivo objeto de control constitucional no establecen monto alguno sobre la remuneración de los docentes.

62. Lo más cercano a ello son los artículos 56 y 57 de dicha ley que señalan que el profesor percibe una RIM de acuerdo a su escala magisterial y jornada de trabajo, y que el Poder Ejecutivo, a propuesta del Ministerio de Educación, establece el valor de la RIM. En efecto, el artículo 56 de la Ley 29944, en la parte pertinente señala *"El profesor percibe una remuneración íntegra mensual de acuerdo a su escala magisterial y jornada de trabajo"*. Asimismo, el artículo 57 prescribe que *"El Poder Ejecutivo, a propuesta del Ministerio de Educación, establece el valor de la Remuneración Íntegra Mensual (RIM) a nivel nacional"*.

63. Por lo dicho, dado que la disposición objeto de control no establece monto alguno sobre la remuneración de los profesores no es posible concluir que esta disposición *per se* reduce la remuneración de los docentes de la Ley 24029, y por lo mismo, tampoco se puede concluir que dicha disposición vulnera el derecho a una remuneración.

***(ii) Posibilidad de promoción en las nuevas escalas***

64. Los demandantes sostienen que la disposición legal impugnada es inconstitucional, toda vez que rebaja de nivel a los profesores de la Ley 24029, lo cual es contrario al mandato constitucional que tiene por objeto procurar la promoción permanente de los profesores. Por su parte, el Congreso contesta que si bien la Constitución exige la promoción del profesorado, ella debe producirse no sólo teniendo en cuenta el tiempo de servicios, sino también mediante la evaluación de la capacidad y la competencia, por lo que la ubicación de los profesores provenientes de la Ley 24029 en la Ley 29944 se realizó teniendo en cuenta su tiempo de servicios, capacidad y competencia.

65. Si bien el artículo 26.1 de la Constitución establece que en la relación laboral se respeta el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación, el ascenso o la promoción en el empleo en igualdad de condiciones es un derecho reconocido en el artículo 7.c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Según éste, el Estado reconoce el derecho de todas las personas al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren la igual oportunidad para ser promovidas, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad. En sentido similar, el artículo 7.c del Protocolo de San Salvador reconoce que el trabajador tiene derecho a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, teniendo en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio.

66. En el caso específico de los profesores, se ha establecido en el artículo 15 de la Constitución que el Estado y la sociedad procuran su promoción permanente. Según se ha señalado *supra,* una de las variables idóneas para lograr los propósitos que exige el derecho a la educación como servicio público esencial lo constituye la instauración de criterios objetivos basados en la meritocracia (mérito personal y capacidad profesional).

67. Es así como, a juicio de este Tribunal Constitucional, *la obligación del Estado de procurar la promoción permanente de los profesores,* que establece el artículo 15 de la

Constitución, se rige también por el principio del ascenso o promoción laboral con base en el mérito y la capacidad, además del tiempo de servicios, o lo que es lo mismo, el ascenso o promoción de la actividad docente requiere también las exigencias de aptitud, tales como los conocimientos personales y las competencias profesionales del docente, sumados a su tiempo de servicios.

68. En el caso, la migración de los profesores de la Ley 24029 a las tres primeras escalas de la Ley 29944 es inmutable. La propia ley prevé facilidades o mecanismos que hacen posible la promoción permanente de los profesores, tanto ordinaria como extraordinaria, eso sí regida por el prisma meritocrático (mérito personal y capacidad profesional).

69. Con relación a las **promociones extraordinarias**, el segundo párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944 dispone que dentro del primer año de vigencia de dicha ley, el Ministerio de Educación convocará excepcionalmente a dos concursos públicos nacionales para facilitar el acceso de los profesores a la Tercera, Cuarta, Quinta y Sexta Escalas Magisteriales, lo que significa que los profesores de la Ley 24029 pueden, incluso desde el primer año de la vigencia de la Ley 29944 y de acuerdo con criterios estrictamente meritocráticos, ascender a las mencionadas escalas. De modo similar, la Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944 dice que *"En la primera convocatoria de concurso público para acceso a cargos de director y subdirector de instituciones educativas, podrán participar excepcionalmente profesores de la segunda escala magisterial, profesores que se encontraban en el tercer nivel de la Ley 24029 y los profesores del segundo nivel que se encontraban encargados como directores pertenecientes a la Ley 24029, que cumplan el tiempo de servicios y los requisitos señalados al momento de la convocatoria"*.

70. Finalmente, la promoción de los docentes, desde el punto de vista de las **promociones ordinarias**, está regulada por el artículo 26 de la Ley 29944, que indica que el ascenso o promoción a una escala inmediata superior se realiza a través de un concurso público anual y según las plazas previstas; no advirtiéndose la violación de la disposición constitucional mencionada, por lo que corresponde confirmar la constitucionalidad de la disposición legal impugnada, y, en consecuencia también declarar infundada en este extremo la demanda.

71. De todo lo expresado, se puede colegir que no existe vulneración alguna del derecho a la remuneración establecido en el artículo 24 de la Constitución a partir de lo estipulado en el primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944, por lo que cabe desestimar la demanda en este extremo.

**A3. Sobre la supuesta violación del principio de dignidad del trabajador**

72. La fórmula o expresión normativa pertinente del tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución establece que *"Ninguna relación laboral puede limitar (…) ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador"*. Esta disposición constitucional reconoce una concreta manifestación de la dignidad en este caso para favorecer la posición del trabajador convirtiéndola en la parte central de la actividad laboral.

73. Más allá de la alegada afectación al derecho a la remuneración, a juicio de los demandantes, la disposición legal impugnada es inconstitucional por constituir un atropello a la dignidad del profesor toda vez que ubica compulsivamente a los profesores de los cinco niveles de la Ley 24029 en las tres primeras escalas de la Ley 29944, lo que implicaría ponerlos en la situación de reiniciar la carrera magisterial, e impedírseles avanzar en ella por razones de edad, máxime si muchos de ellos ya la han concluido o están próximos a concluirla, desconociéndoseles -con el pretexto de unificar los regímenes magisteriales y mejorar la calidad de la educación- el estatus o el nivel alcanzado por los profesores para luego ser ubicados en niveles iniciales. El Congreso de la República, por su parte, expresa que si bien la disposición legal impugnada prevé que en el primer año de vigencia de la ley, se convocará a dos concursos para facilitar el acceso a mejores escalas, por lo que la ubicación cuestionada es provisional, carece de sustento sostener que se ocasiona un menoscabo a la dignidad de los profesores de la Ley 24029.

74. La centralidad de la dignidad de la persona en el ámbito laboral se deriva no sólo de la implicación personal del trabajador en la actividad laboral, sino también de la realización misma de la actividad laboral que constituye un espacio que permite desarrollar sus propios proyectos y planes de vida, de ahí que corresponda a este Tribunal, en su función de intérprete último de la Constitución, determinar *infra* el alcance normativo de esta disposición constitucional.

75. A tenor del 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".* La dignidad humana es una cualidad inherente a la persona en cuanto ser humano, forma parte de ella y es inseparable de ella. Su reconocimiento expreso en el texto constitucional supone que la fundamentación del ordenamiento jurídico no depende de un valor suprapositivo o de un poder político determinado; todo lo contrario, tal configuración jurídica significa que la dignidad humana es el *prius* lógico y axiológico de todo el sistema constitucional. Desde esta perspectiva, la dignidad de la persona se erige como el fundamento ontológico de los derechos fundamentales, desplegando su proyección hacia ellos, y a la vez, como el valor supremo del ordenamiento jurídico en su conjunto.

76. Este Tribunal en reiterada jurisprudencia ha puesto de relieve que la dignidad humana se configura como un principio-derecho que exige apreciar a la persona como fin en sí mismo, y no como medio para la consecución de alguna finalidad (fundamento 9 de la STC 0047-2004-AI/TC; fundamento 40 de la STC 0030-2005-PI/TC; fundamento 37 de la STC 0024-2010-PI/TC, entre otras). Asimismo, ha señalado que su carácter despliega dos consecuencias jurídicas: *"Primero, en tanto principio, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y, c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extendible a los particulares. Segundo, en tanto derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad de que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma praxis intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana, ante las cuales no podemos permanecer impávidos"* (fundamento 10 de la STC 2273-2005-PHC/TC).

77. Ahora, si bien no existe consenso sobre el contenido de la dignidad humana por ser este de carácter dinámico, una manera de aproximarse a este objetivo es otorgar una calificación negativa a las acciones u omisiones impugnadas; es decir, considerando qué acciones u omisiones resultan indignas e intolerables para la persona como ser humano, lo cual indudablemente requiere ser evaluado según las circunstancias de la situación enjuiciada. De lo anterior se puede colegir que la dignidad humana constituye un *mínimum invulnerable* que debe ser respetado en toda limitación o restricción que se imponga al ejercicio o disfrute de los derechos fundamentales. De ese modo, la dignidad actúa como un límite a los límites y como una frontera insalvable para el legislador, a fin de evitar un estado de indignidad.

78. Habiendo llegado hasta aquí corresponde determinar si el enunciado normativo contenido en el artículo 23 de la Constitución, que señala *"Ninguna relación laboral puede limitar (…) ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador"*, es distinto o no al enunciado normativo contenido en el artículo 1 de la Constitución analizado. El Tribunal entiende que ambas disposiciones se refieren a un contenido normativo común: *el respeto de la dignidad de la persona,* pero el artículo 23 lo sitúa en *el ámbito de una relación laboral.*

79. En ese sentido, el enunciado normativo del mencionado artículo 23 está dirigido a proteger al trabajador como ser humano frente a cualquier lesión a su dignidad en la actividad laboral y que se diferencia de la protección de los derechos surgidos de la relación laboral, como es el caso de la remuneración antes examinada. Lo que se está prohibiendo con el artículo 23 es la cosificación del trabajador o, lo que es lo mismo, su tratamiento como objeto y el desprecio de su condición de ser humano, situación que no puede ser objeto de especificación con carácter general sino que debe ser evaluada según las circunstancias de la situación enjuiciada. Esta protección especial de la dignidad del trabajador encuentra su justificación en la implicación personal del trabajador en la actividad laboral y en la realización misma de la actividad laboral como un espacio para desarrollar sus proyectos y planes de vida, pero además en la posición de sujeción del trabajador frente al empleador y en la posición propicia de este frente a aquél para causar lesiones a la dignidad personal.

80. Con lo expuesto, el análisis de este Colegiado debe centrarse en la compatibilidad de la regulación legal por la cual los profesores de los cinco niveles magisteriales de la Ley 24029, del Profesorado, son ubicados en las tres primeras escalas magisteriales de la Ley 29944, de Reforma Magisterial, que establece una nueva estructura de ocho escalas y la disposición constitucional que prohíbe la rebaja de la dignidad del trabajador. En concreto, la cuestión a dilucidar se sujeta a determinar si la regulación que ubica a

los profesores de la Ley 24029 en las tres primeras escalas de la Ley 29944 vulnera la dignidad del trabajador, concretamente de los profesores de la Ley 24029.

81. Este Tribunal advierte que la migración de los profesores de los cinco niveles magisteriales de la Ley 24029 a las tres primeras escalas de la Ley 29944 no constituye un acto que implique tratar como objeto a la persona del profesor (trabajador) y el desprecio de su condición de ser humano. Por el contrario, lo que realiza la ley objetada, tal como fuese explicado *supra,* es una reestructuración total de la carrera magisterial sobre la base de criterios razonables y justificados tales como el mérito y la capacidad de los docentes, por la que los profesores de la Ley 24029 han visto modificado sólo su *status* laboral mas no su actividad funcional, por lo que la migración a las tres primeras escalas de la Ley 29944 no supone una modificación en el desarrollo de la actividad docente de los profesores de la Ley 24029. Así las cosas, corresponde confirmar la constitucionalidad de la disposición cuestionada, por lo que en este extremo la demanda también debe ser declarada infundada.

**A4. Sobre la supuesta violación del derecho-principio a la igualdad**

82. Como fue mencionado *supra,* en el petitorio constitucional, la demanda interpuesta no tiene por objeto declarar la inconstitucionalidad por el fondo de la Cuarta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944, toda vez que esta disposición únicamente sirve, a entender de los propios accionantes, de parámetro para analizar la migración de nivel de los profesores establecida en la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final.

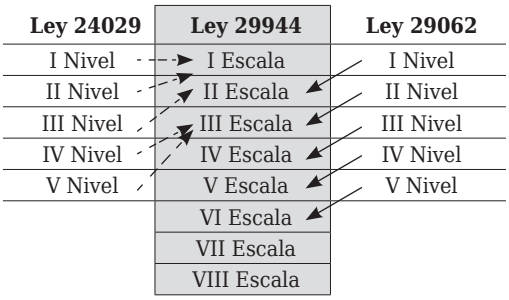
83. Los congresistas demandantes expresan que no es incorrecto que la Cuarta Disposición Complementaria, Transitoria y Final establezca el ascenso a la escala inmediata superior a los profesores de los cinco primeros niveles de la Ley 29062, lo que deviene en inconstitucional es que dicha disposición no otorgue el mismo trato a los profesores de la Ley 24029, a quienes más bien se les baja a las dos primeras escalas de la Ley 29944, lo cual resulta irracional e inequitativo. En los términos descritos, lo que están cuestionando en el fondo es la migración en la que están incursos los profesores de la Ley 24029, y no los de la Ley 29062. Por su parte, el Congreso sostiene que la existencia de un tratamiento diferente no es suficiente para invocar la violación del principio-derecho a la igualdad, pues tal tratamiento se encuentra debidamente justificado en la medida en que la realización del principio de idoneidad del profesorado no es menor que la intensidad de la intervención o afectación al derecho-principio de igualdad, por lo que a efectos de analizar el carácter constitucional del primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944, corresponde realizar el test de comparación (*tertium comparationis*) con su Cuarta Disposición Complementaria, Transitoria y Final.

84. Tal como se ha venido explicando, el tratamiento que da la Ley 29944 a los profesores provenientes de la Ley 24029 y a los de la Ley 29062 es distinto:

- Los profesores comprendidos en el I, II, III, IV y V nivel magisterial de la Ley 24029 serán ubicados en las tres primeras escalas magisteriales de la Ley 29944: los profesores comprendidos en el I y II nivel magisterial son ubicados en la Primera Escala Magisterial; los del III nivel magisterial en la Segunda Escala Magisterial; y los comprendidos en el IV y V nivel magisterial son ubicados en la Tercera Escala Magisterial.

- Los profesores comprendidos en el I, II, III, IV y V nivel magisterial de la Ley 29062 serán ascendidos respectivamente a la segunda, tercera, cuarta, quinta y sexta escalas magisteriales de la Ley 29944, que establece ocho escalas magisteriales.

*Cuadro 3*. Migración de la Ley 24029 a la Ley 29944




*Fuente*: Ley 29944. *Elaboración:* TC

85. Dentro de la Constitución, se establece que "Toda persona tiene derecho: (…) A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole" (artículo 2.2), disposición que resulta aplicable a la situación de los profesores de la Ley 24029 en vista de que en la relación laboral se debe respetar el

principio de "Igualdad de oportunidades sin discriminación" (artículo 26.1).

86. Este Tribunal en constante jurisprudencia tiene afirmado que la igualdad "(…) ostenta una doble condición, de principio y de derecho fundamental. En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ('motivo', 'de cualquier otra índole') que, jurídicamente, resulten relevantes" (fundamento 20 de la STC 0045-2004-AI/TC; fundamento 7 de la STC 0019-2010-PI/TC, entre otras).

87. Igualmente, el Tribunal en diversas oportunidades ha recordado que el principio de igualdad no supone necesariamente un tratamiento homogéneo pues de hecho es constitucionalmente lícito el trato diferenciado cuando éste se encuentra justificado, precisándose que existirá una discriminación cuando para supuestos iguales se hayan previsto consecuencias jurídicas distintas, o cuando se haya realizado un trato semejante a situaciones desiguales y siempre que, para cualquiera de los dos casos, se carezca de justificación (fundamento 10 de la STC 0007-2003-AI/TC; fundamento 43 de la STC 0015-2011-PI/TC, entre otras).

88. Este Tribunal, al desarrollar la estructura del test de proporcionalidad aplicado al principio de igualdad, ha dejado sentado que dicha evaluación ha de realizarse analizando los siguientes presupuestos: (a) la determinación del tratamiento legislativo diferente (la intervención en la prohibición de discriminación); (b) la determinación de la 'intensidad' de la intervención en la igualdad; (c) la determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin); (d) el examen de idoneidad; (e) el examen de necesidad; y, (f) el examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

89. Así, la primera labor del Colegiado consiste en determinar si el tratamiento distinto establecido en la disposición legal impugnada se considera una intervención en el derecho a la igualdad. Al respecto, se ha dicho que "la intervención consiste en una restricción o limitación de derechos subjetivos orientada a la consecución de un fin del poder público. En tanto supone una relación finalista, la intervención del legislador aparece como opción legislativa, un medio del que aquél se sirve para la obtención de un fin. La intervención en la igualdad consiste en la introducción de un trato diferenciado a los destinatarios de la norma que, en cuanto medio, está orientada a la consecución de un fin y que, prima facie, aparece como contraria a la prohibición de discriminación" (fundamento 34 de la STC 0045-2004-AI/TC).

90. Para determinar la existencia de una diferenciación jurídicamente relevante debe constatarse que se aplica diferente trato a quienes se encuentr an en condiciones iguales o un trato homogéneo a quienes se encuentran en diferente condición. 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, que viene a constituir lo que se denomina término de comparación (tertium comparationis).

91. 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. Al respecto, este Tribunal en anteriores oportunidades ha dejado establecido que "entre lo que se compara y aquello con lo cual éste es comparado, han de existir cualidades, caracteres, rasgos o atributos comunes. 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 (…). Por ello, es tarea de quien cuestiona una infracción a dicho derecho proceder con su identificación, así como con la aportación de razones y argumentos por las que éste debería considerarse como un tertium comparationis válido e idóneo (…). Y puesto que de la validez e idoneidad del término de comparación depende la determinación (o no) de una intervención al mandato de prohibición de discriminación, su análisis se presenta como un prius a la determinación de su lesividad" (fundamento 32 de la STC 0035-2010-PI/TC).

92. El primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944 señala que "Los profesores nombrados, pertenecientes al régimen de la Ley 24029, comprendidos en los niveles magisteriales I y II,

son ubicados en la primera escala magisterial, los del III nivel magisterial en la segunda escala magisterial, y los comprendidos en los niveles magisteriales IV y V son ubicados en la tercera escala magisterial a que se refiere la presente Ley". Se aprecia que esta disposición legal rebaja de nivel a los profesores de niveles I, II, III, IV y V de la Ley 24029, que son ubicados en las tres primeras escalas magisteriales de la Ley 29944, a diferencia de la disposición legal contenida en la Cuarta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944, que otorga un ascenso automático a los profesores de la Ley 29062. En efecto, la referida disposición que en este caso funcionará como término de comparación prescribe que "Los profesores comprendidos en el I, II, III, IV y V nivel magisterial de la Ley 29062 son ubicados respectivamente en la segunda, tercera, cuarta, quinta y sexta escalas magisteriales de la presente Ley".

93. De lo anterior, se advierte que la regulación contenida en la Cuarta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944 se refiere a un ascenso otorgado a los profesores de la Ley 29062 por haber ingresado a la carrera magisterial **mediante concurso público de méritos**. La regulación en los términos expuestos da lugar a la configuración de dos situaciones jurídicas diferenciadas:

- De un lado, la situación jurídica de los profesores de la Ley 24029 que ingresaron a la carrera magisterial mediante mecanismos diferentes al concurso público de méritos a los que se les ubica en las tres primeras escalas de dicha Ley 29944.
- De otro lado, la situación jurídica de los profesores de la Ley 29062 que ingresaron a la carrera magisterial mediante concurso público de méritos a los que se les asciende a una escala magisterial según la Ley 29944.

94. Así las cosas, este Tribunal observa que el término de comparación con el que se ha sugerido que deba analizarse el trato que se reputa incompatible con el derecho de igualdad resulta inválido. La situación jurídica que funciona como término de comparación es la disposición que asciende a los profesores de la Ley 29062, cuyo ingreso a la carrera magisterial se produjo en función de criterios objetivos tales como el mérito personal y la capacidad profesional de los docentes, situación jurídica a la que los profesores de la Ley 24029 también pudieron o estuvieron en la posibilidad de acceder, pero no lo hicieron.

95. Sobre esta base, a juicio de este Tribunal dicho término de comparación resulta no idóneo o no adecuado, pues no existe identidad esencial o carácter común entre la situación jurídica en la que se encuentra el objeto del juicio de igualdad (el ingreso de los profesores de la Ley 24029 a la carrera magisterial mediante mecanismos distintos al concurso público de méritos) y la situación jurídica propuesta como término de comparación, constituida por el ingreso de los profesores de la Ley 29062 a la carrera magisterial mediante concurso público de méritos.

96. En esta línea argumentativa, siendo distinto el régimen jurídico al cual uno y otros regímenes magisteriales se encontraron sometidos, el uno no puede servir como término de comparación para analizar la corrección del trato que recibe el otro. Por tanto, siendo no idóneo el término de comparación propuesto, la demanda también debe ser desestimada en este extremo al no afectar el derecho-principio de igualdad y el derecho de igualdad de oportunidades sin discriminación.

**B. ANÁLISIS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN DE AUSENCIA DE RECONOCIMIENTO DE LA "DEUDA LABORAL"**

97. Los accionantes sostienen que la Ley 29944 es inconstitucional, toda vez que no reconoce la deuda laboral que tiene el Estado con los docentes de la Ley 24029, por concepto de preparación de clases y evaluación, equivalente al 30% de su remuneración total, deuda ocasionada por el incumplimiento de pago por los sucesivos gobiernos. Entonces, dado que la ley impugnada omite incluir un artículo que reconozca dicha deuda y establezca las medidas para su pago, ello perjudica los intereses de los profesores de la Ley 24029 en la medida en que dificulta o limita las acciones legales para hacer efectivo el cobro de dicha acreencia laboral que es de carácter irrenunciable, vulnerándose el principio de que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales (*tercer párrafo,* del artículo 23 de la Constitución) y el carácter irrenunciable de los derechos laborales (artículo 26.2 de la Constitución). Por su parte, el demandado sostiene que el reconocimiento de la deuda laboral que tiene el Estado con los maestros de la Ley 24029 y que ha sido ocasionada por el incumplimiento de los sucesivos gobiernos en el pago de este beneficio no se encuentra dentro de lo constitucionalmente necesario, por lo que no es posible requerir su reconocimiento a través de la Ley 29944 ni afirmar que ello constituye una limitación

al derecho de obtener el pago de un concepto remunerativo de carácter irrenunciable.

98. Este Tribunal en reiterada jurisprudencia ha precisado que mediante el proceso de inconstitucionalidad no sólo es posible el control de las actuaciones positivas del legislador, sino también de sus omisiones (fundamento 36 de la STC 0006-2008-PI/TC). En este último caso, la actuación del Tribunal está relacionada con lo que es ***constitucionalmente necesario*** y que, no obstante ello no ha sido atendido por el legislador (fundamento 16 de la STC 00014-2007-PI/TC), facultad que encuentra su fundamento en los principios de fuerza normativa de la Constitución (fundamento 12 de la STC 5427-2009-PC/TC) y de colaboración de los poderes del Estado, a efectos de lograr desarrollos compatibles con la real vigencia de los derechos fundamentales (fundamento 38 de la STC 0006-2008-PI/TC).

99. Es así como el presupuesto de la inconstitucionalidad por omisión radica en el mandato constitucional del cual deriva una obligación de legislar. En tal sentido, se distingue entre las omisiones absolutas u omisiones del legislador, donde se incurre en silencios totales sobre determinadas materias cuya regulación viene exigida desde la Constitución; y las omisiones relativas u omisiones de la ley, referidas al silencio de ésta en el extremo que no haya sido normado causando perjuicio en la tutela de los derechos, es decir, se presentan en el control de constitucionalidad de un precepto normativo en el que se constata la exclusión arbitraria o discriminatoria de un beneficio.

100. Así las cosas, se advierte que los accionantes invocan la existencia de una omisión relativa en tanto plantean la inconstitucionalidad de la Ley 29944 en el extremo en que no reconoce la deuda laboral que tiene el Estado con los docentes de la Ley 24029, por concepto de preparación de clases y evaluación equivalente al 30% de su remuneración total, por lo que corresponde a este Tribunal dilucidar si la Ley impugnada incurre o no en el supuesto de exclusión arbitraria o discriminatoria de un beneficio en perjuicio de los demandantes.

101. De las disposiciones constitucionales supuestamente vulneradas (tercer párrafo del artículo 23 y artículo 26.2 de la Constitución) no se desprende obligación alguna para que la Ley 29944 establezca el marco normativo de las relaciones entre el Estado y los profesores que prestan servicios para él, que precisamente deba reconocer dicha deuda laboral.

102. Asimismo, el artículo 1 de la Ley 29944, de Reforma Magisterial, establece que ésta tiene por objeto: *"i) normar las relaciones entre el Estado y los profesores que prestan servicios en las instituciones y programas educativos públicos de educación básica y técnico productiva y en las instancias de gestión educativa descentralizada; y, ii) regular sus deberes y derechos, la formación continua, la Carrera Pública Magisterial, la evaluación, el proceso disciplinario, las remuneraciones y los estímulos e incentivos".* De lo expuesto, se infiere que la deuda laboral invocada por los accionantes no forma parte del objeto regulado por la ley cuestionada, por lo tanto, no se puede concluir que ésta excluye o desconoce de manera arbitraria dicha deuda.

103. En consecuencia, su no reconocimiento no implica la inconstitucionalidad por omisión de la ley impugnada, por lo que en este extremo la demanda también debe ser desestimada.

## 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 en todos los extremos.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**URVIOLA HANI**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**CALLE HAYEN**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

***Sentencia 00018-2013-PI/TC*** *Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por congresistas contra la Ley 30057. El Tribunal declaró fundada en parte la demanda.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 21 de mayo de 2014

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda interpuesta por los recurrentes contra la Ley 30057, Ley del Servicio Civil, declarando inconstitucional parte del segundo párrafo de su Cuarta Disposición Complementaria Transitoria, e infundada en los demás extremos. Los demandantes alegaron que la ley vulneraba, entre otros, los derechos a la negociación colectiva, a la remuneración a y a la igualdad.

Cabe destacar que en el presente caso no llegó a emitirse una sentencia propiamente dicha, al no existir un consenso sobre su contenido, sino que las posturas de los magistrados se desarrollaron en diferentes votos, y en base a las posturas ahí manifestadas que se hizo el cómputo respectivo para determinar qué extremos de la demanda alcanzaban los votos necesarios para una declaración de fundado, y cuáles no.

En ese sentido, el extremo en que se consiguió la mayoría de votos suficientes fue para declarar la inconstitucionalidad de la proscripción del cuestionamiento del traslado por vía judicial contenido en la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria.

**Temas:** Derecho a la igualdad y no discriminación — derecho a la remuneración — equilibrio presupuestal — negociación colectiva — servicio civil.

Exp. N.° 00018-2013-PI/TC
LIMA
34 CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA

**RAZÓN DE RELATORIA**

La causa correspondiente al Expediente N.° 00018-2013-PUTC ha sido votada por los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, cuyos votos se acompañan. Se deja constancia que, de conformidad con el artículo 5° (párrafo primero) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se ha alcanzado la mayoría de votos necesaria para declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda y, en consecuencia, **INCONSTITUCIONAL** la expresión "o judicial" del segundo párrafo de la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N.° 30057.

En los demás extremos de la demanda, no se ha alcanzado los cinco votos en favor de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, por lo que la demanda es **INFUNDADA** en dichos extremos, como prevé el segundo párrafo del artículo 5° precitado.

Lima, 21 de mayo de 2014

EXPEDIENTE 00018-2013-PI/TC
CONGRESISTAS

**VOTO DE LOS MAGISTRADOS URVIOLA HANI, ETO CRUZ Y ÁLVAREZ MIRANDA**

Emitimos el presente voto por las consideraciones siguientes:

**I. CUESTIONES PRELIMINARES**

**A. PETITORIO CONSTITUCIONAL**

El veinticinco por ciento del número legal de congresistas de la República, por medio de su apoderado, interpuso una demanda de inconstitucionalidad con fecha 22 de julio de 2013. Tras alegar la violación de los artículos 1, 2.2, 23, 24, 26.1, 26.2, 28, 43 y 139.2, así como de la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria de la Constitución, plantean el siguiente *petitum*:

– Declarar la inconstitucionalidad de los artículos 26, 31.2, 34.b, 40, 42, 44.b, 49.i, 49.k, 65, 72 y 77 de la Ley 30057, del Servicio Civil, publicada en el diario oficial El Peruano el 04 de julio de 2013.

– Declarar la inconstitucionalidad de la Tercera Disposición Complementaria Final, literal a) de

la Novena Disposición Complementaria Final, Cuarta Disposición Complementaria Transitoria y Undécima Disposición Complementaria Transitoria de la mencionada Ley 30057.

**B. DEBATE CONSTITUCIONAL**

Los accionantes y el demandado postulan una serie de razones o argumentos sobre la constitucionalidad de las normas objetadas que, a manera de epítome, se presentan a continuación.

**B-1. Demanda**

La demanda interpuesta por el veinticinco por ciento del número legal de congresistas de la República, está dirigida a cuestionar la constitucionalidad de las disposiciones referidas *supra* de la Ley 30057, del Servicio Civil, sustentándose en los siguientes argumentos:

- Los artículos 31.2, 40, 42 y 44.b, así como la Tercera Disposición Complementaria Final y el literal a) de la Novena Disposición Complementaria Final de la ley impugnada, limitarían el derecho colectivo al trabajo de los servidores civiles, pues de su redacción se advierte una aparente exclusión de su derecho a la negociación colectiva (artículo 28 de la Constitución), al formular una interpretación restrictiva de las 'condiciones de empleo' a las que se refiere el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, restringiendo el ejercicio de este derecho a aquellas compensaciones no económicas y prohibiéndolo *ex ante* en materia de remuneraciones, limitación que vulnera a su vez otros dispositivos constitucionales.
- Los artículos 26, 65, 72 y 77, por su parte, estarían promoviendo un trato discriminatorio entre los servidores públicos que ingresan por primera vez a la carrera y aquellos que se trasladan de un régimen laboral anterior al de la Ley 30057; entre aquellos que pertenecen al servicio civil de carrera y aquellos excluidos por prestar servicios complementarios o ser contratados temporalmente; entre aquellos que ingresan por concurso público y los servidores de confianza; y, entre aquellos que perteneciendo al nuevo régimen laboral sean calificados como personal de rendimiento distinguido o de buen rendimiento y los calificados como personal de rendimiento sujeto a observación o desaprobado.
- El artículo 34.b vulneraría el derecho a una remuneración equitativa y suficiente (artículo 24 de la Constitución), al establecer que las compensaciones económicas no están sujetas a indexaciones, homologaciones, nivelaciones o cualquier otro mecanismo similar de vinculación.
- Asimismo, los artículos 49.i y 49.k, que disponen como causales de término del servicio civil, la capacidad del trabajador en caso de desaprobación y la supresión del puesto por causas tecnológicas, estructurales u organizativas, contravendrían el derecho a la estabilidad laboral (artículo 27 de la Constitución), el deber estatal de promoción del empleo (artículo 23 de la Constitución) y la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución).
- La Cuarta Disposición Complementaria Transitoria vulneraría los principios de separación de poderes (artículo 43 de la Constitución) e independencia del Poder Judicial (artículo 139.2 de la Constitución), al disponer que cualquier resolución judicial que contravenga su mandato es nula de pleno derecho o inejecutable por el sector público.
- Finalmente, la Undécima Disposición Complementaria Transitoria contravendría el carácter irrenunciable de los derechos laborales (artículo 26.2 de la Constitución), al disponer que no resulta acumulable el tiempo de servicios de aquellos servidores que encontrándose en el régimen pensionario del Decreto Ley 20530, opten por incorporarse al régimen del servicio civil.

**B-2. Contestación de la demanda**

Dado que lo que se impugna es una ley, la defensa de su constitucionalidad le ha correspondido al Congreso de la República, a través de su apoderado, en mérito del Acuerdo de Mesa Directiva 033-2013-2014/MESA-CR, de fecha 18 de setiembre de 2013, quien contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, sobre la base de los siguientes argumentos:

- La ley impugnada no desconocería el derecho a la negociación colectiva en la función pública, sino que delimitaría su ámbito de aplicación a temas referidos a las condiciones de empleo y no para conceptos remunerativos, actividad válida en tanto se trata de un derecho de configuración legal. En esa misma línea, la negociación colectiva salarial en el sector público nunca habría tenido eficacia práctica puesto que si bien el Convenio 151 de la OIT desarrolla los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, no establece a la negociación colectiva como el único mecanismo posible, mientras que el Convenio 154 de la OIT no ha sido ratificado por el Perú.
- Con relación al presunto trato discriminatorio entre servidores públicos, indica que la reforma se regiría por el principio del mérito, según el

cual la permanencia y progresión se basa en el buen rendimiento y aporte al cumplimiento de metas institucionales por parte del servidor, por lo que el artículo 26 de la ley impugnada no configuraría un trato discriminatorio sino un trato diferenciado y justificado, tal y como sucede con los artículos 65, 72 y 77, debido a factores como la temporalidad de las funciones que realizan, la ratificación de que la persona seleccionada responda efectivamente a los objetivos del puesto o el requerimiento de personal de confianza dependiendo de la complejidad de la estructura organizacional de la entidad estatal, respectivamente, máxime si los resultados de las evaluaciones son producto de un proceso transparente y objetivo en la asignación de factores a evaluar.

- De otro lado, respecto de la alegada afectación del derecho a una remuneración equitativa y suficiente, precisa que las disposiciones impugnadas no fijarían un monto remunerativo, sino que tan sólo desarrollarían los componentes de él, cuya estructura establecida en ley sería eminentemente técnica, meritocrática y respetuosa de los convenios internacionales y del principio de equidad.
- Los artículos 49.i y 49.k no vulnerarían el derecho a la estabilidad laboral, el deber de promoción del empleo, ni la dignidad de la persona, por cuanto la causal de término del servicio civil referida a la capacidad del trabajador, sólo ratificaría la voluntad legislativa de promoción del empleo en base al principio meritocrático, mientras que la causal referida a la supresión de puestos de trabajo por razones tecnológicas, estructurales u organizativas sólo buscaría que las entidades evalúen sus procesos y los puestos que requieren de acuerdo a los servicios prestados, razón por la cual se prevén garantías en el artículo 68 y en la Quinta Disposición Complementaria Transitoria en la ley sujeta a control de constitucionalidad.
- La Cuarta Disposición Complementaria Transitoria no afectaría los principios de separación de poderes ni independencia judicial, pues lo único que pretende es impedir el goce simultáneo de beneficios laborales correspondientes a regímenes distintos.
- Finalmente, las alegaciones en torno a la Undécima Disposición Complementaria Transitoria carecerían de sustento material por cuanto la propia Ley 30057, en su Quinta Disposición Complementaria Final, reconoce que el trabajador que opte por el nuevo régimen, liquida sus compensaciones conforme a la norma bajo la cual cumplía su rol y se incorpora a un nuevo sistema de compensaciones económicas.

### C. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Determinada la posición de las partes del proceso, es preciso que en el presente voto se defina los temas a desarrollar a lo largo de la presente sentencia:

– ¿Cuál es la forma en que se ha diseñado la carrera del servicio civil? Por tanto,
  - ¿Cómo se produce el traslado de los trabajadores pertenecientes a los regímenes de los Decretos Legislativos 276, 728 y 1057 al régimen del servicio civil, previsto en la Ley 30057? En tal sentido,
    - ¿Es constitucional este traslado?
    - ¿Puede ser controlado judicialmente?
  - ¿De qué forma se produce el acceso, permanencia y ascenso en el servicio civil?
  - ¿Dos de las causales establecidas para el término del servicio civil son constitucionales?

– ¿Respeta el mandato constitucional a la negociación colectiva la limitación reconocida en la Ley del Servicio Civil? Por tanto,
  - ¿Cómo se configura tal derecho dentro de la Administración Pública? En tal sentido,
    - ¿Cuál es el carácter de este derecho fundamental?
    - ¿Las compensaciones económicas sólo pueden ser definidas entre empleador y trabajador a través de la negociación colectiva?
  - ¿De qué forma podría implementarse un mecanismo alternativo para negociar sobre materia de compensación económica?

– ¿El tratamiento de las compensaciones económicas es coherente con el derecho a la remuneración establecido constitucionalmente? Por tanto,
  - ¿Cómo se ha configurado el derecho a la remuneración?
  - ¿Cabría admitir la indexación de la remuneración de los servidores civiles?

## II. FUNDAMENTOS

1. La Ley 30057, del Servicio Civil, identifica como fines esenciales de la reforma, que las entidades públicas del Estado alcancen

mayores niveles de eficacia y eficiencia, y presten efectivamente servicios de calidad; así como la promoción del desarrollo de las personas que lo integran, mediante la instauración de un régimen laboral único y exclusivo.

2. Bajo estas premisas, plenamente constitucionales, el presente voto abordará el análisis de constitucionalidad de las disposiciones impugnadas sobre la base de los derechos presuntamente vulnerados, no sin antes hablar del ámbito de aplicación de la Ley 30057. Por más que hubo mucha discusión sobre las excepciones incluidas en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30057, dentro de la Vista de la Causa, éste no será objeto de pronunciamiento en el presente voto por no haber sido impugnado en la demanda, pero sí analizaremos su validez constitucional cuando examinemos la demanda del Expediente 0025-2013-PI/TC, cuya pretensión incluye la inconstitucionalidad de la referida disposición.

**A. LA CARRERA DEL SERVICIO CIVIL**

3. El análisis de la ley se inicia con el examen de los dispositivos impugnados relativos a la definición de la carrera del servicio civil. Al respecto, en el presente acápite analizaremos si es permisible que los trabajadores pertenecientes a otros regímenes pasen al del servicio civil, si ha existido un parámetro de control de igualdad entre los distintos supuestos de trabajadores regulados y si dos causales del término del servicio son constitucionales.

**A-1. EL TRASLADO AL RÉGIMEN DEL SERVICIO CIVIL**

4. Se ha cuestionado, ante todo, si el traslado de los trabajadores de los regímenes preexistentes al nuevo tiene asidero constitucional y si es válida la proscripción de cualquier cuestionamiento en la vía judicial, materia que es la primera a ser enjuiciada en su constitucionalidad por este Tribunal.

**A-1.a. La Validez del Traslado**

5. El alegato inicial utilizado por la parte accionante se centra en que el traslado de los trabajadores al nuevo régimen implicaría una violación a la irrenunciabilidad de sus derechos laborales. En ese sentido, se impugnan las siguientes disposiciones:

> Novena Disposición Complementaria Final. a.- *A partir del día siguiente de la publicación de la presente Ley, son de aplicación inmediata para los servidores civiles en los regímenes de los Decretos Legislativos 276 y 728, las disposiciones sobre el artículo III del Título Preliminar, referido a los Principios de la Ley del Servicio Civil; el Título II, referido a la Organización del Servicio Civil; y el Capítulo VI del Título III, referido a los Derechos Colectivos.*
>
> Cuarta Disposición Complementaria Transitoria.- *Los servidores bajo los regímenes de los Decretos Legislativos 276, 728 y 1057 que ganen los concursos y opten voluntariamente por el traslado al nuevo régimen previsto en la presente Ley, dejan de pertenecer a los regímenes señalados con la respectiva liquidación de sus beneficios sociales, según corresponda, y no tienen derecho a ninguna de las condiciones y beneficios establecidos en ellos (…). Estos servidores no están sujetos al período de prueba previsto en la presente Ley.*
>
> Undécima Disposición Complementaria Transitoria.- *A los servidores que se encuentren en el régimen pensionario del Decreto Ley 20530, Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles prestados al Estado no comprendidos en el Decreto Ley 19990, que opten por incorporarse al régimen del Servicio Civil no se les acumula el tiempo de servicios, debiendo afiliarse al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) o al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP), durante este nuevo período de trabajo.*

6. Para los accionantes, el literal a) de la Novena Disposición Complementaria Final vulneraría el principio de irrenunciabilidad de derechos en tanto que los trabajadores de los regímenes de los Decretos Legislativos 276 y 728 que decidan incorporarse al servicio civil, verían limitados sus derechos colectivos en este nuevo régimen, además que la Cuarta y Undécima Disposiciones Complementarias Transitorias contravendrían dicho principio al disponer que el traslado de un régimen laboral anterior al nuevo, no permite la acumulación del tiempo de servicios. Por su parte, el demandado refiere que las disposiciones impugnadas no contravendrían el principio invocado, pues sólo se trata del tránsito voluntario a un nuevo régimen laboral con nuevos beneficios y derechos, sosteniendo además que las alegaciones en torno a la Undécima Disposición Complementaria Transitoria carecen de sustento material por cuanto la propia Ley 30057 -en su Quinta Disposición Complementaria Final-

reconoce que el trabajador que opte por el nuevo régimen, liquida sus compensaciones conforme a la norma bajo la cual cumplía su rol, y se incorpora a un nuevo sistema de compensaciones económicas.

7. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el principio de irrenunciabilidad de derechos (artículo 26.2 de la Constitución) supone la imposibilidad de que los trabajadores renuncien por propia decisión a los derechos laborales que la Constitución y la ley les reconocen (fundamento 24 de la STC 0008-2005-PI/TC, reiterado en fundamento 94 de la STC 0025-2007-PI/TC), en aras de resguardar sus intereses en la relación laboral.

8. En esa misma línea, se ha establecido que una sucesión normativa en materia laboral no puede ser considerada *per se* como una vulneración de este principio, pues tan sólo constituye el ejercicio de la función legislativa que le ha sido reconocida al Congreso de la República (artículo 102.1 de la Constitución), máxime si en el país se ha optado por la adopción de la teoría de hechos cumplidos, tal como lo reconoce el artículo 103 de la Constitución, validado en la STC 0050-2004-AI/TC.

9. Así, respecto de la presunta renuncia de los derechos colectivos de los trabajadores que opten por su traslado (literal a de la Novena Disposición Complementaria Final), cabe precisar que cuando el empleado público -perteneciente a un régimen laboral previo- decide voluntariamente acogerse al nuevo régimen de la Ley 30057, no está disponiendo de ningún derecho vigente. Por el contrario, se configura una sucesión normativa en materia laboral, por lo que no resulta aplicable el principio invocado. Las normas laborales no resultan inderogables ni inmodificables, pues el Poder Legislativo en ejercicio de su función constitucional puede modificarlas sin que ello suponga *per se* una vulneración de los derechos de los trabajadores. Sin perjuicio de ello, analizaremos posteriormente la constitucionalidad de la presunta limitación a la negociación colectiva establecida en la ley impugnada.

10. De otro lado, en cuanto a la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria, se aprecia que la no acumulación del tiempo de servicios u otros beneficios sociales es tan sólo un efecto del traslado de un régimen laboral a otro, empero no se desconoce el derecho a su correspondiente liquidación, conforme se aprecia de lo dispuesto en la Quinta Disposición Complementaria Final de la ley impugnada, que dispone la creación del Registro de la Compensación por Tiempo de Servicios *"(...) a cargo del Ministerio de Economía y Finanzas, con la finalidad de centralizar la información para la liquidación de la compensación por tiempo de servicios y otras prestaciones del personal de los regímenes del Decreto Legislativo 728 y el Decreto Legislativo 276 que se trasladen al nuevo régimen"*.

11. Finalmente, la Undécima Disposición Complementaria Transitoria, al disponer que a los servidores que se encuentren en el régimen pensionario del Decreto Ley 20530, y que opten por incorporarse al régimen del Servicio Civil no se les acumula el tiempo de servicios, debiendo afiliarse al Sistema Nacional de Pensiones o al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, durante este nuevo período de trabajo, tampoco implica una renuncia al derecho pensionario que les corresponde, puesto que la propia disposición *in fine* establece que cuando dichos servidores culminen su servicio civil, percibirán la pensión bajo el régimen del Decreto Ley 20530, más aquella que pudiera haber generado en el sistema nacional o privado, bajo el nuevo régimen.

12. Por todos los argumentos expresados, la demanda debe ser desestimada en el extremo de la impugnación del literal a) de la Novena Disposición Complementaria Final, y la Cuarta y Undécima Disposiciones Complementarias Transitorias, por no haber afectado el principio de irrenunciabilidad de derechos, reconocido en el artículo 26.2 de la Constitución.

**A-1.b. La Proscripción de Cuestionamiento del Traslado**

13. También con referencia al traslado de los servidores pertenecientes a los regímenes de los Decretos Legislativos 276, 728 y 1057 al régimen del servicio civil, se ha cuestionado la siguiente disposición de la Ley 30057:

> Cuarta Disposición Complementaria Transitoria.- *(...) a partir de su traslado al nuevo régimen, cualquier disposición, resolución administrativa o judicial que contravenga esta disposición es nula de pleno derecho o inejecutable por el Sector Público (...).*

14. Para la parte demandante, la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria vulnera los principios de separación de poderes (artículo 43 de la Constitución) e independencia del Poder Judicial (artículo 139.2 de la Constitución), al disponer que cualquier resolución judicial que la contravenga es nula de pleno derecho o inejecutable por el sector

público. El accionado, a su turno, expresa que la disposición impugnada sólo pretende impedir el goce simultáneo de beneficios laborales correspondientes a regímenes distintos, o que los trabajadores puedan volver a su régimen laboral anterior. Añade que si bien busca impedir la impugnación administrativa o judicial luego del acto voluntario de sujeción al nuevo régimen, no se contrapone a los procesos constitucionales que puedan instaurarse en su aplicación. Concluye que no vulnera la función judicial pues sólo es un mecanismo para lograr eficacia en la aplicabilidad de una política de Estado.

15. Se aprecia entonces que la impugnación está referida únicamente a la nulidad que dispone la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria de toda resolución judicial que la contravenga. No ha sido materia de cuestionamiento la nulidad de las resoluciones administrativas.

16. Con relación a la materia impugnada, nuestra Constitución acoge al principio de separación de poderes en su artículo 43, al establecer que el gobierno de la República del Perú *"(…) se organiza según el principio de separación de poderes (…)"*. Dentro de esta forma de concebir la organización del Estado, recordamos que la función jurisdiccional merece una especial atención, toda vez que constituye la garantía última para la protección de la libertad de las personas frente a una actuación arbitraria del Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo (fundamento 7 de la STC 0023-2003-AI/TC).

17. Bajo esa lógica, y teniendo en cuenta que uno de los objetivos principales del principio de separación de poderes radica en la garantía de la independencia de los jueces, el artículo 139.2 de la Constitución, establece que *"Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución"*. Sobre la base de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, el concepto de independencia se optimiza gracias a su desarrollo en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Declaración Universal sobre la Independencia de la Justicia, de Montreal, 1983; los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, Resoluciones de la Asamblea de las Naciones Unidas 40/32 y 40/146, de 1985; y, la Carta Democrática Interamericana, de 2001.

18. La independencia judicial se inserta en las interconexiones entre unidades gubernamentales, al surgir como una aversión a la injerencia de los otros poderes públicos, incluso los fácticos, en su ejercicio funcional, permitiendo que el juez tenga un poder de hecho, no sólo de derecho, para que los terceros no sean los que resuelvan los conflictos en vez de aquél. La independencia judicial implica que cualquiera de los actores externos está impedido de interferir en la actividad resolutiva del juez. A través de ella se *"exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución"*, sin que sea posible la injerencia de otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial, a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso (fundamento 29 de la STC 0023-2003-AI/TC). Sólo así se preserva al juez de cualquier intromisión a la hora de decidir. En estricto, implica la ausencia de vínculos de sujeción política, económica o jerárquica (fundamento 33 de la STC 0023-2003-AI/TC) y la capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos constitucionales (fundamento 11 de la STC 2851-2010-PA/TC).

19. En la misma línea argumentativa, se ha abordado este principio a partir de tres perspectivas (fundamento 31 de la STC 0023-2003-AI/TC, reiterado en fundamento 29 de la STC 0001-2009-PI/TC):

    - Como garantía del órgano que administra justicia (independencia orgánica), por sujeción al principio de separación de poderes.
    - Como garantía operativa para la actuación del juez (independencia funcional), por conexión con los principios de reserva y exclusividad de la jurisdicción; y,
    - Como capacidad subjetiva, con sujeción a la propia voluntad de ejercer y defender dicha independencia.

    Antes que privilegio del juez, es una 'garantía orgánica y funcional' a favor de las instituciones y jueces a quienes se ha confiado la prestación de tutela jurisdiccional (fundamento 11 de la STC 2852-2010-PA/TC; siguiendo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Reverón Trujillo c/ Venezuela, Sentencia

de fondo, de 17 de septiembre de 1997 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 197).

20. Siendo así, para este Colegiado la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria de la ley impugnada resulta contraria a los principios de separación de poderes (artículo 43 de la Constitución) e independencia judicial (artículo 139.2 de la Carta Fundamental), pues si bien bajo el primero de ellos no se puede negar la mutua colaboración y fiscalización que debe existir entre los poderes públicos a fin de lograr la eficacia de una política de Estado, ello impone la ausencia de cualquier injerencia en las funciones y atribuciones de estos poderes (fundamento 42 de la STC 0023-2008-PI/TC).

21. Una ley ordinaria -como la impugnada Ley 30057- no puede restringir la autonomía del Poder Judicial en el cumplimiento de las funciones que la Constitución le ha conferido, ni mucho menos limitar su independencia, disponiendo la nulidad de las resoluciones judiciales que se emitan precisamente en ejercicio de su potestad constitucional de administrar justicia (artículo 138 de la Constitución), máxime si ello también contraviene el derecho de acceso a una tutela jurisdiccional efectiva, como garantía última de protección de los derechos de los trabajadores frente a cualquier actuación arbitraria de su empleador, en este caso, el Estado (artículo 139.3 de la Constitución).

22. Por tanto, corresponde declarar fundada la demanda en este extremo y disponer la expulsión del ordenamiento jurídico de la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria de la Ley 30057, en el término *"o judicial"*, a partir de lo cual, el contenido del segundo párrafo del mencionado dispositivo sería el siguiente: *"Los servidores bajo los regímenes de los Decretos Legislativos 276, 728 y 1057 que ganen los concursos y opten voluntariamente por el traslado al nuevo régimen previsto en la presente Ley, dejan de pertenecer a los regímenes señalados con la respectiva liquidación de sus beneficios sociales, según corresponda, y no tienen derecho a ninguna de las condiciones y beneficios establecidos en ellos; a partir de su traslado al nuevo régimen, cualquier disposición, resolución administrativa que contravenga esta disposición es nula de pleno derecho o inejecutable por el Sector Público."*

23. Pese a lo señalado, lo que corresponde, en todo caso y a la luz de los objetivos perseguidos por la ley del servicio civil (impedir el goce simultáneo de beneficios laborales, o que los trabajadores puedan volver a su régimen laboral anterior), es que -a través de una reforma legislativa- se autorice, cuando se inicie un proceso judicial relativo al traslado al régimen del servicio civil, que se realice un emplazamiento simultáneo de la entidad empleadora y de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, o a quien el legislador democrático designe, para que, en el marco de dicho proceso, pueda presentar los argumentos correspondientes a la validez constitucional del traslado.

**A-2. EL ACCESO, PERMANENCIA Y ASCENSO EN LA CARRERA DEL SERVICIO CIVIL**

24. Asimismo, han sido materia de impugnación cuatro artículos de la Ley 30057, referidos a la forma en que se desarrolla la carrera del servicio civil:

> Artículo 26.- *(...) Solo los servidores que califiquen como personal de rendimiento distinguido o personal de buen rendimiento tienen derecho a participar en los procesos de progresión en la carrera que se convoquen en el Estado (...).*
>
> Artículo 65.- *(...) No comprende a los funcionarios, los directivos públicos, los servidores de confianza, los servidores de servicios complementarios ni los contratados temporalmente.*
>
> Artículo 72.- *El servidor civil de carrera que se incorpora mediante concurso público se sujeta a un período de prueba de tres (3) meses.*
>
> Artículo 77.- *El número de servidores de confianza en ningún caso es mayor al cinco por ciento (5%) del total de puestos previstos por la entidad pública, con un mínimo de dos (2) y un máximo de cincuenta (50) servidores de confianza, correspondiendo al titular de la entidad pública la determinación de la ubicación de los servidores de confianza. Este porcentaje incluye a los directivos públicos a que se refiere el artículo 64 de la presente Ley (...). Mediante resolución de Presidencia Ejecutiva debidamente justificada, Servir establece las excepciones, debidamente justificadas a los topes (mínimos o máximos) señalados en el presente artículo. Esta resolución se publica en el diario oficial El Peruano.*

25. A juicio de los demandantes, los artículos transcritos contravienen los artículos 2.2 y 26.1 de la Constitución, al promover un trato discriminatorio entre los siguientes servidores públicos: (*i*) aquellos que ingresan por primera

vez a la carrera y aquellos que se trasladan de un régimen laboral anterior al de la Ley 30057; (*ii*) aquellos que pertenecen al servicio civil de carrera y aquellos que son excluidos por prestar servicios complementarios o ser contratados temporalmente; (*iii*) aquellos que ingresan por concurso público y los servidores de confianza; y (*iv*) aquellos que, perteneciendo al nuevo régimen laboral, sean calificados como personal de rendimiento distinguido o de buen rendimiento, y los calificados como personal de rendimiento sujeto a observación o desaprobado. Respecto al supuesto (*i*), y teniendo en cuenta que el ingreso a la carrera se da mediante concurso público, alegan que resultaría injustificado no exonerar del periodo de prueba a los que ingresan por primera vez al servicio civil. De otro lado, sobre los supuestos (*ii*) y (*iv*), refieren que no se podría privar a los trabajadores de su derecho de acceso y posterior ascenso dentro de la carrera. Finalmente, el supuesto (*iii*) sería una puerta abierta para que cualquier entidad pública contrate servidores de confianza en porcentajes abusivos y de este modo se evada la regla general del concurso público para acceder al servicio civil.

26. Por su parte, el Congreso de la República precisa que los supuestos invocados *supra* sólo configuran un trato diferenciado en base a criterios objetivos y razonables. De esta forma, refiere que el periodo de prueba establecido en el artículo 72 de la ley impugnada sólo buscaría confirmar si la persona seleccionada responde efectivamente a los objetivos del puesto. De otro lado, la exclusión de aquellos servidores de actividades complementarias y personal contratado temporalmente, se fundamentaría en la temporalidad de las funciones que realizan, pues ésta no les permitiría desarrollar una carrera en el servicio civil. Respecto a la excepción del tercer párrafo del artículo 77, ésta resultaría válida siempre que se encuentre debidamente justificada por la Autoridad Nacional del Servicio Civil, bajo los principios de flexibilidad en la gestión pública, publicidad y transparencia. Finalmente, refiere que el tercer párrafo del artículo 26 sólo ratificaría el principio meritocrático que inspira a la presente ley, según el cual, la permanencia y progresión se basa en el buen rendimiento y aporte al cumplimiento de metas institucionales por parte del servidor.

27. Dentro de la Constitución, se establece que *"Toda persona tiene derecho: (…) A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole"* (artículo 2.2), disposición que resulta aplicable a la situación de los servidores civiles de la Ley 30057, en vista de que en la relación laboral se debe respetar el principio de *"Igualdad de oportunidades sin discriminación"* (artículo 26.1). Por tanto, sobre la base de la igualdad -en tanto derecho y principio (fundamento 20 de la STC 0045-2004-AI/TC; fundamento 7 de la STC 0019-2010-PI/TC, entre otras)- se deben analizar los artículos impugnados

28. Sobre la base de que el principio de igualdad no supone necesariamente un tratamiento homogéneo (fundamento 10 de la STC 0007-2003-AI/TC; fundamento 43 de la STC 0015-2011-PI/TC, entre otras), este Tribunal, al desarrollar la estructura del *test* de proporcionalidad aplicado al principio de igualdad, ha dejado sentado que dicha evaluación ha de realizarse analizando los siguientes presupuestos: la determinación del tratamiento legislativo diferente (la intervención en la prohibición de discriminación); la determinación de la 'intensidad' de la intervención en la igualdad; la determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin); el examen de idoneidad; el examen de necesidad; y, el examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

29. Así, la primera labor del Colegiado consiste en determinar si el tratamiento distinto establecido en las disposiciones legales impugnadas puede considerarse como una intervención en el derecho a la igualdad (fundamento 34 de la STC 0045-2004-AI/TC). 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 condición. 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, que viene a constituir lo que se denomina término de comparación (*tertium comparationis*). 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. Al respecto, este Tribunal en anteriores oportunidades ha dejado establecido que "*entre lo que se compara y aquello con lo cual éste es comparado, han de existir cualidades, caracteres, rasgos o atributos comunes (…)*" (fundamento 32 de la STC 0035-2010-PI/TC).

30. En el presente caso, advertimos que la parte accionante no desarrolla justificación alguna que determine la existencia de un *tertium comparationis* válido e idóneo a fin de proceder al uso del *test* de proporcionalidad aplicado al principio de igualdad. Por el contrario, se aprecia que las disposiciones impugnadas regulan situaciones jurídicas diferenciadas en base a criterios objetivos y razonables.

31. Con relación al personal de servicios complementarios y servidores contratados temporalmente (artículo 65 de la Ley 30057), es precisamente la naturaleza de sus funciones –actividades de soporte, complemento, manuales u operativas respecto de las funciones sustantivas y de administración interna que realiza cada entidad– y la temporalidad de las mismas, lo que no permite que estos puedan desarrollar una carrera dentro del servicio civil (artículo 74 de la ley impugnada).

32. En esa misma línea, la excepción prevista en el artículo 77 *in fine* de la ley impugnada -que reproduce en parte el artículo 4.2 de la Ley 28175, Marco del Empleo Público- tiene en cuenta que el servicio civil debe procurar adaptarse a las necesidades del Estado y de los administrados (principio de flexibilidad reconocido en el artículo III.j del Título Preliminar de la Ley 30057), por lo que, dependiendo de la complejidad o no en la estructura organizacional de las diferentes entidades públicas (gobiernos regionales o locales por ejemplo), será necesario adecuar el tope legalmente establecido en cuanto al número de servidores de confianza (5%), a fin de garantizar la prestación efectiva de un servicio de calidad. Este criterio además resulta acorde con la autonomía política, económica y administrativa que nuestra Constitución les reconoce a los gobiernos descentralizados (fundamento 38 de la STC 0020-2005-PI/TC y *otro*).

33. En ese sentido, la misma disposición establece que tales excepciones sólo pueden realizarse por resolución de la Presidencia Ejecutiva de Servir (máxima norma de la Autoridad Nacional del Servicio Civil), deben estar debidamente justificadas -por ejemplo en la complejidad organizacional de la entidad o el número de personal que labora en una institución-, y deben contar con las garantías de publicidad y transparencia, en tanto se dispone la publicación de la referida resolución en el diario oficial.

34. De otro lado, en cuanto al periodo de prueba establecido en el artículo 72 de la ley impugnada, entendemos que complementa el proceso de reclutamiento y selección de recursos humanos. Y es que aún cuando la selección mediante un concurso de méritos es el mecanismo más adecuado para atraer a las personas idóneas al servicio civil, como cualquier mecanismo, tiene límites. Es por ello que este período de prueba busca identificar si la persona seleccionada puede demostrar un desempeño adecuado en las funciones de su puesto, aspecto clave que no puede ser materia de evaluación durante el proceso de selección.

35. En el presente caso, la ley impugnada prevé un periodo de prueba de tres meses, el cual se encuentra dentro de los márgenes razonables de la legislación comparada que oscila entre uno (España) y seis meses (en Colombia y Chile), aunque incluso puede llegar hasta un año (Canadá), conforme se aprecia del estudio del Banco Interamericano de Desarrollo en el *Informe sobre la situación del servicio civil en América Latina*, del 2006. Dicho periodo de prueba, por tanto, no configura un trato discriminatorio entre los servidores civiles, toda vez que es un mecanismo válido que pretende garantizar la idoneidad de los recursos humanos del servicio civil, y los trabajadores que provienen de un régimen laboral anterior, ya superaron un periodo similar, tal y como se advierte entre otros del artículo 10 del Decreto Supremo 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo.

36. Finalmente, el tercer párrafo del artículo 26 de la Ley 30057 resulta coherente con el esquema meritocrático que propone la reforma del servicio civil y cuyo objetivo final es que los ciudadanos puedan gozar efectivamente de la prestación de un servicio público de calidad. Así, este principio se encuentra presente tanto en el ingreso (concurso de méritos), como en la permanencia (evaluaciones del buen desempeño) y progresión (por concurso entre aquellos servidores que demostraron un buen desempeño) de los servidores dentro de la carrera del servicio civil.

37. La evaluación de desempeño tiene por finalidad incentivar y reconocer el buen rendimiento de los servidores civiles y su aporte al cumplimiento de las metas institucionales, de forma tal que se impulse el mejor desempeño de las entidades en beneficio de la ciudadanía (artículo 19 de la Ley 30057). En consecuencia, consideramos que el trato diferenciado propuesto por el artículo 26 tercer párrafo de la ley impugnada entre el personal de 'rendimiento distinguido' o de 'buen rendimiento' y aquellos servidores de 'rendimiento sujeto a observación' o

'desaprobado', se encuentra plenamente justificado en los principios del mérito, eficacia y eficiencia del servicio civil (artículos III.b y III.d del Título Preliminar de la Ley).

38. Refuerza dicho argumento el que la propia Ley 30057, siendo coherente con el principio de igualdad de oportunidades recogido en su Título Preliminar (artículo III. c), haya previsto una serie de garantías para el desarrollo de este proceso de evaluación, puesto que:

- Cada servidor debe conocer con anticipación sobre qué factores o metas será evaluado, que además de ser mensurables y verificables, deben estar relacionados con las labores y responsabilidad del puesto que desempeña y orientados a alcanzar las metas institucionales (artículos 22.a y 22.c).
- Las metodologías y tipos de evaluación del desempeño son fijadas por el ente técnico y especializado -como es Servir-, y de acuerdo a criterios objetivos como las características institucionales de las entidades, y los servicios y tipos de funciones que brindan (artículo 23).
- El resultado de la evaluación debe ser notificado al servidor público, y de existir disconformidad con el resultado se podrá recurrir ante un comité para la revisión de la calificación, y que en caso de calificación de 'personal desaprobado', el servidor tiene derecho a apelar la misma ante el Tribunal del Servicio Civil (artículo 25).
- Las oficinas de recursos humanos -o las que hagan sus veces- desarrollan actividades de capacitación para atender los casos del personal calificado como 'de rendimiento sujeto a observación', a fin de garantizar un proceso adecuado de formación laboral, en los seis meses posteriores a la evaluación.

39. En consecuencia, tal como ha sido desarrollado a lo largo de los fundamentos precedentes, como el término de comparación propuesto por los accionantes no es idóneo, e incluso, no habiéndose expuesto justificación alguna al respecto, la demanda debe ser desestimada respecto de la inconstitucionalidad del tercer párrafo del artículo 26, del segundo párrafo del artículo 65, del artículo 72 y del artículo 77 *in fine* de la Ley 30057, al no afectar el derecho-principio de igualdad ni el derecho de igualdad de oportunidades sin discriminación.

**A-3. LAS CAUSALES DEL TÉRMINO DEL SERVICIO CIVIL**

40. El siguiente tópico a ser analizado con relación a la ley cuestionada en su constitucionalidad, se refiere a las causales del término del servicio civil, impugnada en dos incisos de un mismo artículo:

> Artículo 49.i.- *Son causales de término del Servicio Civil las siguientes: (…) Cese por causa relativa a la capacidad del servidor en los casos de desaprobación.*
>
> Artículo 49.k.- *Son causales de término del Servicio Civil las siguientes: (…) Supresión del puesto debido a causas tecnológicas, estructurales u organizativas, entendidas como las innovaciones científicas o de gestión o nuevas necesidades derivadas del cambio del entorno social o económico, que llevan cambios en los aspectos organizativos de la entidad. (…).*

41. Para los congresistas accionantes, los dispositivos citados contravienen el derecho a la estabilidad laboral, el deber estatal de fomento del empleo (segundo párrafo del artículo 23 de la Constitución) y la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), dado que, según indican, ambas causales podrían obedecer a factores subjetivos y arbitrarios, teniendo en cuenta que la ley cuestionada no ha establecido ningún límite porcentual en su uso. El demandado, por su parte, considera que la causal de término del servicio civil referida a la capacidad del trabajador, sólo ratificaría la voluntad legislativa de promoción del empleo en base al principio meritocrático, asumiendo además que la supresión de puestos de trabajo por razones tecnológicas, estructurales u organizativas, sólo busca que las entidades evalúen sus procesos y los puestos que requieren de acuerdo a los servicios que prestan.

42. Al respecto, a nuestro juicio, el derecho a la estabilidad laboral comprende tanto la estabilidad laboral de entrada -referido a la preferencia por la contratación de duración indefinida sobre la temporal, reflejada en la autorización de celebrar contratos temporales únicamente cuando la labor a cumplir sea de tal naturaleza- como también la estabilidad laboral de salida -referida a la prohibición de despido arbitrario o injustificado-. Con relación a la protección constitucional del derecho a la estabilidad laboral, este Tribunal ha determinado que por el artículo 27 de la Constitución *"no se consagra el derecho a*

*la estabilidad laboral absoluta, es decir, el derecho 'a no ser despedido arbitrariamente'. Sólo reconoce el derecho del trabajador a la 'protección adecuada' contra el despido arbitrario"* (fundamento 11 de la STC 0976-2001-AA/TC, reiterado en fundamento 110 de la STC 0025-2007-PI/TC), ratificando que el derecho a la estabilidad laboral, como todos los derechos fundamentales, puede ser limitado mediante una ley, siempre que no se vulnere su contenido esencial.

43. En cuanto a la capacidad del trabajador -en caso de desaprobación- como causal de término del servicio civil (artículo 49.i de la ley impugnada), la estabilidad laboral de los servidores civiles se encuentra sujeta a que aprueben la evaluación de desempeño, lo cual resulta acorde con la idoneidad que se exige a todos los funcionarios y trabajadores públicos que están al servicio de la nación (artículos 39 y 40 de la Constitución).

44. La finalidad esencial de este servicio radica en prestar los servicios públicos a sus destinatarios -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 de la STC 0008-2005-PI/TC). En esa lógica, la ley impugnada se inspira en los principios de eficacia, eficiencia, mérito, probidad y ética pública, entre otros (artículo III del Título Preliminar de la Ley 30057), buscando promover el desarrollo de las personas que lo integran y de este modo lograr que las entidades públicas presten servicios de calidad (artículo II del Título Preliminar de la precitada ley).

45. Por tanto, debido a la importancia que reviste un adecuado servicio a la nación, es necesario que los servidores civiles se encuentren sometidos a evaluación, en aras de garantizar la calidad en la prestación de los servicios públicos, razón por la cual este extremo debe ser declarado infundado, máxime si dicha evaluación busca contribuir al desarrollo de los servidores civiles. Aquel personal calificado como de *"rendimiento sujeto a observación"* (artículo 26 de la ley impugnada) tendrá la oportunidad de ser capacitado para rendir una próxima evaluación, luego de lo cual, y sólo en caso de ser ubicado nuevamente en dicha categoría, se configurará la causal de término del servicio civil establecida en el artículo 49.i, causal que no vulnera el derecho a la estabilidad laboral, sino que configura una causa justificada de despido, dado que el servidor retirado de la carrera del servicio civil estará demostrando con ello que no cuenta con la capacidad e idoneidad para el ejercicio de su función.

46. En esa línea, cabe precisar que la evaluación del desempeño de los servidores civiles no es ajeno a las regulaciones comparadas, tal y como se aprecia en el estudio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OCDE, denominado *The State of The Public Service*, 2008, según el cual los países que lo integran -como Estados Unidos, Corea del Sur, Alemania, Francia, Gran Bretaña, Australia, entre otros- tienen como obligatoria la evaluación de desempeño de sus servidores públicos. A nivel de América Latina, según el Banco Interamericano de Desarrollo, en el precitado *Informe sobre la situación del servicio civil en América Latina*, países como Uruguay, Costa Rica, Chile, Colombia, Argentina, México, Bolivia o Venezuela, también prevén dicha obligatoriedad. Siguiendo dicho informe, en algunos de estos países se sanciona con posibilidad de cese el resultado negativo en la evaluación de desempeño, tales como Alemania, Argentina, Bélgica, Bolivia, Canadá, Chile, Colombia, Corea del Sur, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Francia, Guatemala, Irlanda, México, Reino Unido o Uruguay. Incluso se advierte que el cese se produce por dos evaluaciones negativas, en países como México, Uruguay o Bolivia.

47. De otro lado, respecto a la causal de supresión de puestos de trabajo por razones tecnológicas, estructurales u organizativas (artículo 49.k de la ley impugnada), consideramos que la misma tampoco vulnera la estabilidad laboral de los servidores civiles ni el deber estatal de fomento del empleo. Por su intermedio se pretende que las entidades evalúen sus procesos y los puestos que requieren de acuerdo a los servicios que prestan, garantizando la reiterada eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios públicos.

48. La medida aparece como razonable toda vez que existen situaciones en las que las organizaciones pueden dejar de necesitar un puesto específico, por ejemplo, cuando se da la fusión de una o más entidades estatales; en tal supuesto, habrá puestos administrativos que dejen de ser necesarios (como es el caso de un jefe de administración). También tendría sentido la supresión de puestos de trabajo cuando el Estado deja de brindar algún servicio (por ejemplo, programas sociales que alcanzan las metas trazadas).

49. Bajo esa lógica, y a fin de evitar cualquier uso arbitrario de esta causal, la propia Ley 30057, en su artículo 49.k, establece que la validez

de su uso se encuentra sujeta a tres tipos de límites:

- *De carácter material*, pues debe estar debidamente fundamentada acreditando las causas y la excepcionalidad de su adopción, y contar con la opinión técnica favorable de Servir y de la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), de modo previo a su aprobación.
- *De carácter formal*, ya que sólo procede mediante decreto supremo, resolución del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, resolución del titular de la entidad constitucionalmente autónoma, ordenanza regional u ordenanza municipal.
- *De carácter temporal*, pues las respectivas normas han de establecer un plazo mínimo de seis meses contados a partir de su publicación para ejecutar la supresión.

50. Finalmente, la Quinta Disposición Complementaria Transitoria, es clara al disponer que *"El proceso de implementación de las entidades al régimen del Servicio Civil no configura la causal de terminación prevista en el inciso k del artículo 49"*; y en todo caso, el personal que pueda verse afectado por un eventual uso injustificado de esta causal, cuenta con dos garantías:
    - Una, *a nivel administrativo*, pues puede reingresar a la carrera, en el mismo nivel o en un nivel superior, dentro de los dos años posteriores al término de la relación laboral y siempre que ganen el concurso público de méritos transversal.
    - Otra, *a nivel jurisdiccional*, recurriendo a la vía correspondiente para cuestionar la indebida aplicación de esta causal.
51. En este contexto, y teniendo en cuenta las limitaciones a las que se encuentra sujeto el uso de estas causales de término del servicio civil, corresponde declarar infundada la demanda en el extremo de los artículos 49.i y 49.k de la Ley 30057, por cuanto no contravienen los artículos 1, 23 ni 27 de la Constitución.

**B. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS**

52. De otro lado, uno de los temas que más discusión ha generado es el referido a la limitación que la ley ha impuesto a la negociación colectiva de los servidores públicos en los siguientes artículos:

> Artículo 31.2.- *La compensación económica se paga mensualmente e incluye la Valorización Principal y la Ajustada, y la Priorizada, de corresponder. El pago mensual corresponde a un catorceavo (1/14) de la compensación económica. Las vacaciones y los aguinaldos son equivalentes al pago mensual. Esta disposición no admite excepciones ni interpretaciones, ni es materia de negociación.*
>
> Artículo 40.- *Los derechos colectivos de los servidores civiles son los previstos en el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en los artículos de la función pública establecidos en la Constitución Política del Perú. No están comprendidos los funcionarios públicos, directivos públicos ni los servidores de confianza (…) Ninguna negociación colectiva puede alterar la valorización de los puestos que resulten de la aplicación de la presente Ley.*
>
> Artículo 42.- *Los servidores civiles tienen derecho a solicitar la mejora de sus compensaciones no económicas, incluyendo el cambio de condiciones de trabajo o condiciones de empleo, de acuerdo con las posibilidades presupuestarias y de infraestructura de la entidad y la naturaleza de las funciones que en ella se cumplen.*
>
> Artículo 44.b- *La negociación y los acuerdos en materia laboral se sujetan a lo siguiente: La contrapropuesta o propuestas de la entidad relativas a compensaciones económicas son nulas de pleno derecho.*
>
> Tercera Disposición Complementaria Final.- *Los derechos colectivos de quienes prestan servicios al Estado bajo el régimen del Decreto Legislativo 728 se interpretan de conformidad con las disposiciones del Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo y consideran las Leyes de Presupuesto. Esta disposición rige a partir del día siguiente de la publicación de la presente Ley.*
>
> Novena Disposición Complementaria Final.- a) *A partir del día siguiente de la publicación de la presente Ley, son de aplicación inmediata para los servidores civiles en los regímenes de los Decretos Legislativos 276 y 728, las disposiciones sobre el artículo III del Título Preliminar, referido a los Principios de la Ley del Servicio Civil; el Título II, referido a la Organización del Servicio Civil; y el Capítulo VI del Título III, referido a los Derechos Colectivos (…).*

53. Los demandantes sostienen que las referidas disposiciones limitarían los derechos colectivos de los servidores civiles, al disponer -vía una interpretación literal del artículo 42 de

la Constitución- una aparente exclusión de su derecho a la negociación colectiva, reconocido y desarrollado en la jurisprudencia de este Tribunal (STC 0008-2005-PI/TC). Alegan que al limitar la negociación colectiva a las 'compensaciones no económicas' y prohibirla *ex ante* en materia de remuneraciones estaría desconociéndose el centro de las actuales reivindicaciones laborales y el derecho de los trabajadores a reclamar colectivamente la equidad del monto de la remuneración.

54. Por su parte, el accionado sostiene que al tratarse de un derecho de configuración legal, tal y como se reconocería de modo indirecto en el párrafo 2 de la Recomendación 91 de la OIT, la delimitación que del mismo efectúa el legislador, resultaría válida y acorde con el principio de equilibrio presupuestal (STC 2566-2012-PA/TC), tal y como lo demuestra la experiencia comparada. En ese sentido, precisa que el Perú habría ratificado únicamente el Convenio 151 de la OIT , que desarrolla los procedimientos para determinar las 'condiciones de empleo' en la administración pública, sin establecer a la negociación colectiva como el único mecanismo posible; siendo que, respecto del Convenio 154 de la OIT –que sí reconocería dicho mecanismo–, el mismo admite que la legislación o práctica nacionales establezcan las modalidades particulares de su aplicación, aspecto que sólo ratificaría la competencia del legislador para modificar normas laborales (artículo 102.1 de la Constitución). En la Vista de la Causa, agregó que el Decreto Legislativo 276 ya incluía una norma similar, y en la praxis son muy pocas las negociaciones colectivas que versan sobre temas salariales.

**B-1. CONFIGURACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

55. Antes de que pasemos a analizar la validez constitucional de las normas impugnadas, es preciso determinar, en primer lugar, cuál es la naturaleza del derecho a la negociación colectiva de los servidores civiles. Así, la parte demandada refería que *"es un derecho constitucional que se concretiza en la ley como consecuencia del Convenio 151 de la OIT y no sobre la base del artículo 28 de la Constitución"*, y que *"requiere de una ley porque de lo contrario las posturas más efectistas podrían afirmar que simplemente no existe"* (apartados 3.7 y 3.8 de la contestación de demanda).

56. Al respecto, a partir de una interpretación sistemática de los artículos 28 y 42 de la Constitución ha reconocido, que las organizaciones sindicales de los servidores públicos también son titulares del derecho a la negociación colectiva, sobre la base del artículo 28, aunque con las particularidades y excepciones que establece el artículo 42 (fundamento 52 de la STC 0008-2005-PI/TC, ratificado en fundamento 1 de la STC 0206-2005-PA/TC). Este argumento ha sido hecho suyo por la Autoridad Nacional del Servicio Civil en los Informes Legales 337-2010-SERVIR/GC-OAJ y 487-2010-SERVIR/GC-OAJ y también por la Defensoría del Pueblo en el Informe de Adjuntía 001-2014-DP/AAE. En ese sentido, y aún cuando el precitado artículo 42 no hace referencia expresa a este derecho, ello no obsta para su reconocimiento, toda vez que dicha disposición sí establece el derecho de sindicación de los servidores públicos, presupuesto material para el ejercicio de la negociación colectiva, la misma que, se enmarca como un derecho fundamental de configuración legal, bajo los cánones establecidos en el fundamento 12 de la STC 1417-2005-PA/TC.

57. De otro lado, es preciso determinar el parámetro normativo que se utilizará para el examen de constitucionalidad correspondiente, de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Si bien este Tribunal ha establecido como bloque de constitucionalidad del artículo 28 de la Constitución. e indirectamente del artículo 42, a los Convenios 98, 151 y 154 de la OIT, tal como se advierte del fundamento 8 de la STC 2566-2012-PA/TC y fundamento 18 de la STC 3561-2009-PA/TC, resulta insoslayable advertir que el último de los convenios referidos no ha sido ratificado por el Perú. Por ello, a fin de hacer un uso adecuado de esta categoría jurídica, no corresponde considerar al Convenio 154 de la OIT dentro del bloque de constitucionalidad del derecho a la negociación colectiva, pues sólo *"los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional"* (artículo 55 de la Constitución), normativa acorde con lo dispuesto en el artículo 2.b de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, razón por la cual dicho convenio no puede considerarse parte del derecho interno.

58. Tal conclusión no obsta, sin embargo, a que tomemos en cuenta –a modo de parámetro interpretativo- las disposiciones del Convenio 154 de la OIT, sobre la Negociación Colectiva, así como las Recomendaciones OIT 91, sobre los Contratos Colectivos, y 159, sobre las Relaciones de Trabajo en la Administración

Pública, para el desarrollo del contenido normativo de los artículos 28 y 42 de la Constitución, preceptos que, de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, deben ser interpretados a la luz de los Convenios 98 y 151 de la OIT.

**B-1.a. El Carácter de la Negociación Colectiva**

59. Interpretando el artículo 28 de la Constitución, según el cual *"El Estado reconoce los derechos de (...) negociación colectiva (...)"*, a la luz de lo dispuesto por los Convenios 98, sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, y 151, sobre las Relaciones de Trabajo en la Administración Pública, y lo establecido en el mencionado Convenio 154 y la Recomendación 91 de la OIT, cabe colegir que la negociación colectiva se manifiesta como aquel proceso de diálogo encaminado a la conclusión de un acuerdo, contrato o convenio colectivo que pretende reglamentar las condiciones de empleo de los trabajadores (fundamento 4 de la STC 2566-2012-AA/TC). Su fin principal se encuentra en *"(...) mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los destinatarios"* (STC 0261-2003-AA/TC, en referencia al artículo 4 del Convenio 98).

60. La negociación colectiva deviene en el principal instrumento para la armonización de los intereses contradictorios de las partes en el contexto de una relación laboral (fundamento 9 de la STC 2566-2012-PA/TC), razón por la cual, y como parte de su contenido constitucionalmente protegido, el artículo 28 de nuestra Constitución *"encarga al Estado peruano el fomento de la negociación colectiva y la promoción de formas de solución pacífica de los conflictos"*, lo que significa que no sólo ha de garantizar las condiciones necesarias para el ejercicio del derecho, sino que también debe promover su desarrollo (fundamento 3 de la STC 0261-2003-AA/TC), de modo que la convención colectiva que derive de un proceso de negociación, tenga fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado (fundamento 5 de la STC 0785-2004-AA/TC).

61. La negociación colectiva se rige por diversos principios dentro de los cuales se pueden mencionar:

    - *Negociación libre y voluntaria* (artículo 4 del Convenio 98 de la OIT), referida a aquella libertad para negociar y convenir en la negociación.
    - *Libertad para decidir el nivel de negociación* (artículo 4 del mismo convenio).
    - *Buena fe* (artículos 2.1 y 3.1 de la Recomendación 91 de la OIT), que debe orientar la conducta de las partes negociantes a fin de que los acuerdos adoptados sean de cumplimiento obligatorio e inmediato.
    - En el caso de la negociación colectiva en la administración pública, *equilibrio presupuestal*, que a modo de condiciones nacionales se reconocen en los artículos 4 del Convenio 98, 7 del Convenio 151 y 5.1 del Convenio 154 de la OIT. La coordinación que para el caso de las negociaciones colectivas de los servidores públicos, no puede soslayar el límite constitucional que supone un presupuesto equilibrado y equitativo (artículos 77 y 78 de la Constitución).

    La negociación colectiva pretende mejorar las condiciones de vida y de trabajo de sus destinatarios (fundamento 3 de la STC 0261-2003-AA/TC), y de este modo, lograr el bienestar y la justicia social en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social (fundamento 3 de la STC 2566-2012-PA/TC).

**B-1.b. El Objeto de la Negociación Colectiva en la Administración Pública**

62. Teniendo en cuenta los fundamentos expuestos en la demanda y su contestación, y a pesar de la inicial contradicción en la que incurre la parte accionante -al alegar que la ley impugnada no reconocería el derecho a la negociación colectiva en la administración pública–, advertimos que la materia en debate está referida a la circunscripción que formula la Ley 30057 al ejercicio del derecho a la negociación colectiva cuyos titulares sean servidores civiles, permitiéndola para las compensaciones no económicas, y prohibiéndola en materia de remuneraciones.

63. De las disposiciones impugnadas se advierte claramente que, luego de prever la concordancia de todo proceso de negociación colectiva con las posibilidades presupuestarias y de infraestructura de la entidad y la naturaleza de las funciones que en ella se cumplen (artículo 42 de la Ley 30057), el legislador ha establecido un trato diferenciado -con base en la posibilidad de ser materia negociable- entre dos grandes ámbitos de la relación laboral pública:

    - De un lado, las compensaciones no económicas y las condiciones de trabajo o condiciones de empleo, para las que se permite el derecho a la negociación colectiva de los servidores civiles (artículo 42).

- De otro lado, las compensaciones económicas, a las que se excluye explícitamente como materia negociable (artículos 31.2 y 40 *in fine*), sancionando con nulidad cualquier contrapropuesta o propuestas de la entidad empleadora relativas a esta materia (artículo 44.b).

64. En esa línea, y habiéndose establecido que la negociación colectiva en la administración pública es un derecho fundamental de configuración legal, y que su contenido constitucionalmente protegido está referido a los deberes de garantía y fomento por parte del Estado de las condiciones adecuadas para su ejercicio, corresponde ahora verificar si la delimitación que efectúa la ley impugnada respecto de este derecho, contraviene su contenido constitucionalmente protegido. Se debe tomar en cuenta que, como todos los derechos fundamentales, el derecho a la negociación colectiva -en este caso de los servidores civiles- no es de carácter absoluto sino que puede ser limitado mediante una ley, siempre que ésta no vulnere su contenido esencial (fundamento 24 de la STC 2566-2012-PA/TC, en concordancia con el significado de este contenido en STC 0050-2004-AI/TC y otros).

65. En tal perspectiva, resulta ilustrativo lo dispuesto en el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT, que establece el deber de los Estados miembros de adoptar las *"medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo"*. De forma más específica, el artículo 7 del Convenio 151 de la OIT, señala que de ser necesario, los Estados miembros deben adoptar las *"medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones"*.

66. De ello se desprende un corolario doble. En principio, todo aquello que se encuentre vinculado a las *'condiciones de empleo'* de los trabajadores puede ser objeto de negociación colectiva. Esta categoría genérica de amplio alcance, según el Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones – CEACR, denominado 'Estudio General relativo a las relaciones laborales y la negociación colectiva en la administración pública', Informe III (Parte 1B). Conferencia Internacional del Trabajo, 102ª reunión, del 2013, puede abarcar temas como la jornada laboral, periodos de descanso, ascensos, supresión de puestos, e incluso salarios. Sin embargo, a partir del Convenio 151 de la OIT, se deduce que estas condiciones de empleo, dentro de las cuales también se encuentran las *materias remunerativas*, no sólo pueden ser objeto de una negociación colectiva en el ámbito de la administración pública, sino que el legislador puede optar por poner a disposición de los trabajadores otros mecanismos idóneos que permitan un verdadero diálogo al respecto.

67. Si el Perú hubiese ratificado el Convenio 154 de la OIT, la obligación sería distinta, toda vez que la comunidad internacional reconoció en él que la negociación colectiva constituye el medio privilegiado para reglamentar las condiciones de trabajo tanto para el sector público como para el sector privado (artículo 2), reiterando la posibilidad de que los Estados parte adapten la implementación de dicho mecanismo a sus circunstancias particulares (artículos 1.3 y 5.1). Este criterio ha sido desarrollado en el párrafo 50 del mencionado Informe de la CEACR, en cuanto establece que el Estado Miembro que haya ratificado el Convenio 154 *"no puede, en consecuencia, seguir limitándose al método de consulta, como sucedía con el Convenio núm. 151, y debe promover la negociación colectiva de las condiciones de trabajo y empleo"*.

68. Sin embargo, tal exigencia no es aplicable al Perú, sino únicamente la desarrollada en el Convenio 151 de la OIT, referida a la obligatoriedad no para privilegiar a la negociación colectiva, sino para proveer mecanismos idóneos que permitan un verdadero diálogo entre empleador y trabajador. Por lo que, en principio, la delimitación del derecho a la negociación colectiva formulada por las disposiciones impugnadas es constitucional.

**B-1.c. La Negociación Colectiva en la Administración Pública y el Principio de Equilibrio Presupuestal**

69. El fundamento del reconocimiento de un mecanismo alternativo en el Convenio 151 radica en el principio de equilibrio presupuestal, en tanto instrumento de racionalización y organización de la actividad financiera y económica del sector público,

que debe estar presente en toda medida que suponga un costo económico para el Estado, como es el caso de las condiciones de empleo en la administración pública, las cuales se financian con recursos de los contribuyentes y la Nación.

70. La negociación colectiva en la administración pública, al igual que cualquier otro derecho, no es irrestricto, sino que está sujeto a límites, en este caso, presupuestarios (Informe Legal 441-2012-SERVIR/GC-OAJ). Su carácter de derecho fundamental de configuración legal, no implica, sin embargo, que se trate de un derecho 'en blanco', es decir, expuesto a la discrecional regulación del legislador, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución (fundamento 12 de la STC 1417-2005-AA/TC).

71. El principio de equilibrio presupuestario además de estar reconocido en los artículos 4 del Convenio 98, 7 del Convenio 151 y 5.1 del Convenio 154 de la OIT, también ha sido recogido en los artículos 77 y 78 de nuestra Constitución, al establecer que *"El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización"*, y que *"El proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado"*; y cuyo carácter como límite constitucional al derecho de negociación colectiva en la administración pública ha sido validado en jurisprudencia de este Colegiado (fundamento 54 de la STC 0008-2005-PI/TC, reiterado en fundamento 24 de la STC 2566-2012-PA/TC). Este límite presupuestario definitivamente adquiere mayor relevancia en contextos especiales que generen un impacto económico negativo en la actividad desarrollada por el Estado que haga propicia la adopción de tales medidas a fin de evitar mayores perjuicios económicos, según lo expresa la OCDE en la publicación *Public Sector Compensation in Times of Austerity*, de 2012.

72. Asimismo, como una posibilidad para que la negociación colectiva no afecte el principio de equilibrio presupuestario, también se ha postulado que dicha negociación verse únicamente sobre los ingresos propios de las entidades empleadoras. Los ingresos propios son aquellos recursos que, por ejemplo, una municipalidad recauda directamente vía tributos, multas, venta de bienes muebles o inmuebles, entre otros. Al respecto, y aún cuando este criterio fuera validado con anterioridad por este Tribunal (fundamentos 10 y 11 de la STC 1035-2001-AC/TC, reiterado en fundamento 28 de la STC 2566-2012-PA/TC), cabe precisar que en esta oportunidad rechazamos explícitamente tal posibilidad por las siguientes razones:

- Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las tasas *prima facie* son prestaciones tributarias exigidas a aquellos a quienes de alguna manera afecta o beneficia una actividad estatal, las cuales deben estar destinadas a financiar el costo efectivo del servicio prestado y, por lo tanto, deben ser determinadas en función de él, y no de la capacidad contributiva del sujeto pasivo del tributo, (entre muchas, fundamento 1 de la STC 2572-2003-AA/TC). Por tal razón, no sería admisible constitucionalmente hablando que una tasa pudiese solventar el aumento de las remuneraciones de los trabajadores sujetos al régimen del servicio civil.
- En consonancia con el argumento anterior, un ingreso de naturaleza contingente, dado que no puede preverse anualmente a cuánto ascenderá, no podría solventar un gasto con vocación de permanencia en el tiempo. Si se negociara un aumento remunerativo, sería ilógico que el pago de cada año dependiera de los 'ingresos propios' del anterior.
- En el caso de multas, por ejemplo, justificar el aumento remunerativo en su recaudación implicaría un incentivo perverso en la administración, toda vez que los servidores públicos tratarán de recaudar de cualquier forma posible el monto necesario para solventar los nuevos gastos asumidos.

73. De otro lado, a juicio de la Defensoría del Pueblo, las restricciones presupuestarias al derecho a la negociación colectiva de los servidores civiles deben constituir la excepción y no la regla, argumento que conlleva a señalar la proscripción de una limitación permanente de la negociación colectiva en materia remunerativa (Informe de Adjuntía 001-2004-DP/AAE). En ese sentido, señala que el mencionado derecho y el equilibrio presupuestario, bajo la forma de normas-regla –según la teoría argumentativa– se enfrentarían a través de un conflicto cuya solución estaría en la siguiente fórmula: *'Se reconoce la negociación colectiva de los servidores públicos, salvo que no existan posibilidades presupuestarias'*. Sin embargo, tal respuesta no es la más idónea, desde el punto de vista conceptual, toda vez que para este Tribunal es necesario proponer otra fórmula en clave de concordancia práctica, que tome en cuenta los derechos y principios

involucrados, de conformidad con el canon interpretativo que configuran los instrumentos internacionales que dotan de sentido a la norma ínsita en los artículos 28 y 42 de la Constitución.

74. El que la negociación colectiva en el sector público presente ciertas dificultades dado que las remuneraciones de sus trabajadores se determinan por la Ley del Presupuesto de la República, no es razón suficiente para excluir a las organizaciones sindicales de trabajadores públicos de toda participación en el establecimiento de sus beneficios económicos, siempre que se respete el límite constitucional del presupuesto equitativo y equilibrado referido *supra*. Respalda dicha afirmación lo sostenido por el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, en las Recomendaciones incluidas en el Caso 2690, sobre Perú (Sindicato de Unidad de Trabajadores de Sunat vs. Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – Sunat), en tanto que *"la imposibilidad de negociar aumentos salariales de manera permanente es contraria al principio de negociación libre y voluntaria consagrado en el Convenio núm. 98"*. A juicio de los firmantes, el término *negociar* no debe ser interpretado como una alusión exclusiva al mecanismo de negociación colectiva, sino que es perfectamente extensible a los otros mecanismos idóneos reconocidos en el Convenio 151 de la OIT.

75. Es así como, a entender del Tribunal Constitucional, los deberes estatales de garantía y promoción del derecho a la negociación colectiva en la administración pública, así como los fines dirigidos a la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los servidores, y el logro del bienestar en las relaciones de estos con sus empleadores, mantienen plena vigencia en el ámbito de las compensaciones no económicas a través de la negociación colectiva. De otro lado, para ser coherente con las obligaciones que derivan del artículo 7 del Convenio 151 de la OIT, debe procurarse también alguna medida idónea para que los trabajadores reclamen sus legítimas aspiraciones salariales -independientemente de los criterios objetivos establecidos por los artículos 29 al 32 de la Ley 30057- a través de un mecanismo alternativo.

**B-2. LA HABILITACIÓN DE UN MECANISMO ALTERNATIVO PARA NEGOCIAR SOBRE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA**

76. Interpretando las disposiciones impugnadas de conformidad con los artículos 28 y 42 de la Constitución -en concordancia directa con el bloque de constitucionalidad internacional- es posible señalar que si bien es constitucional circunscribir el contenido de los deberes estatales de garantía y fomento de la negociación colectiva al ámbito de las compensaciones no económicas, excluyendo de esta forma a las compensaciones económicas, en salvaguarda de un presupuesto público equilibrado y equitativo, corresponde proveer a los titulares de este derecho de un medio idóneo para que puedan expresar sus posiciones acerca de las condiciones relativas a la compensación económica.

77. Tal y como se estableció *supra*, el Convenio 151 de la OIT permite que los Estados miembros desarrollen mecanismos alternativos a la negociación colectiva, siempre que se garantice a los representantes de los trabajadores la posibilidad de participar en la determinación de dichas condiciones. Una forma de garantizar tal participación radica precisamente en el reconocimiento de estos mecanismos a nivel legislativo, conforme se advierte del artículo 2.2 de la Recomendación 159 de la OIT, sobre las relaciones de trabajo en la administración pública; y del párrafo 174 del Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones – CEACR, denominado 'Estudio General relativo a las relaciones laborales y la negociación colectiva en la administración pública', Informe III (Parte 1B). Conferencia Internacional del Trabajo, 102ª reunión, del 2013. Así, respecto a estos métodos distintos, el propio informe señala que *"(…) se trata en esencia de procedimientos de consulta exclusivamente entre las partes y de sistemas de consulta en que intervienen órganos cuya vocación es conciliar puntos de vista o formular recomendaciones a los órganos de decisión con la ayuda de expertos o personalidades independientes"* (párrafos 162 y ss.). Este instrumento también se encuentra desarrollado por la Recomendación 113 de la OIT, sobre la consulta en las ramas de actividad económica y en el ámbito nacional.

78. Teniendo en cuenta que el Estado Peruano ha ratificado el referido Convenio 151 de la OIT, mas no el Convenio 154, consideramos que aun cuando se trata de un límite constitucionalmente permitido, resulta de imperiosa necesidad que el legislador habilite un mecanismo alternativo a la negociación colectiva -tal y como se hizo en normativa anterior (artículo 44 del Decreto Legislativo 276, artículos 22 y 23 del Decreto Supremo 003-82-PCM y artículo 13 del Decreto Supremo 026-82-JUS)-, donde tanto empleador, trabajadores y representantes del

gobierno central se pongan de acuerdo en el monto de algunos beneficios económicos que los servidores públicos pudiesen recibir.

79. Bajo estos argumentos, se exhorta al legislador para que en un plazo perentorio de noventa días calendario, establezca mecanismos idóneos distintos a la negociación colectiva que permitan un verdadero diálogo entre trabajadores y administración pública respecto a materia remunerativa, de acuerdo a lo establecido en el Convenio 151 de la OIT que interpreta los artículos 28 y 42 de la Constitución. En caso de no emitirse dicha ley, este Tribunal en pos de salvar la constitucionalidad de las normas impugnadas de la Ley 30057, proveerá los alcances específicos del mencionado mecanismo, a través de un nuevo pronunciamiento.

**C. LAS COMPENSACIONES ECONÓMICAS**

80. Por último, pasaremos a analizar el tema de las compensaciones. A entender de los demandantes, el derecho a una remuneración justa se afecta con la dación de una ley como la impugnada que incluye un dispositivo como el que se presenta a continuación:

> Artículo 34.a.- *En el tratamiento para el pago de las compensaciones económicas se tiene en cuenta las siguientes reglas: Las compensaciones económicas no están sujetas a indexaciones, homologaciones, nivelaciones o cualquier otro mecanismo similar de vinculación.*

81. Los congresistas accionantes establecen que tal artículo vulneraría la Constitución ya que, al prohibir las indexaciones, el valor real de la remuneración será licuado por la inflación, mientras que sin homologaciones o nivelaciones se producirán inequidades remunerativas entre servidores de similares características. Esto cobra mayor importancia si se está limitando la negociación colectiva a las 'compensaciones no económicas' y estar prohibida *ex ante* en materia de remuneraciones. El Poder Legislativo, a su vez, defiende la constitucionalidad del artículo impugnado estableciendo que dicho dispositivo no fija un monto remunerativo, sino únicamente desarrolla los componentes de la remuneración, cuya estructura es eminentemente técnica, meritocrática y respetuosa de los convenios internacionales y del principio de equidad.

82. A fin de determinar la posible inconstitucionalidad de la norma objetada corresponde establecer en primer lugar, cuál es el sentido del derecho alegado para luego analizar el caso concreto del mencionado artículo 34.a de la Ley 30057.

**C-1. EL DERECHO FUNDAMENTAL A UNA REMUNERACIÓN**

83. El artículo 24 de la Constitución señala que "*El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual (…)*". Para convertir esta disposición de derecho fundamental en una verdadera norma (sobre ambos términos, STC 1776-2004-AA/TC), se requiere una actividad interpretativa que en el caso concreto contará con el apoyo de instrumentos internacionales.

84. El Tribunal Constitucional ha señalado que la remuneración, en tanto derecho fundamental, es la retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador, que posee una naturaleza alimentaria al tener una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio-derecho a la igualdad y la dignidad, y que al mismo tiempo adquiere diversas consecuencias o efectos para el desarrollo integral de la persona humana (fundamento 6 de la STC 4922-2007-PA/TC).

85. El derecho a la remuneración, que fluye del principio de que nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento, constituye una contraprestación por los servicios del trabajador; es de libre disposición por parte de éste último; tiene carácter alimentario y su pago tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador (artículos 23 *in fine* y segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución). La remuneración también implica un modelo de competitividad, en tanto se manifiesta como un incentivo para atraer y retener personal idóneo.

86. La Ley 30057, del Servicio Civil, bajo la denominación de 'compensación económica', desarrolla la remuneración como aquel conjunto de ingresos y beneficios que la entidad destina al servidor civil para retribuir la prestación de sus servicios a la entidad de acuerdo al puesto que ocupa (artículo 28), a través de una contraprestación en dinero (artículo 29.a), estando compuesta, de acuerdo al artículo 31.1, por un elemento principal (directamente relacionado a la familia de puestos), otro ajustado (según el puesto y funciones) y si corresponde por una valoración priorizada (por situaciones atípicas, como accesibilidad geográfica, por altitud, riesgo de vida, riesgo legal o servicios efectivos en el extranjero).

87. Ahora bien, consideramos imprescindible centrar su estudio en la estructura del derecho. Ésta se encuentra compuesta por elementos diferenciados (fundamento 75 de la STC 0050-2004-AI/TC y otros): el *contenido esencial* es absolutamente intangible para el legislador, definido desde la teoría institucional, y uno *accidental*, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados. Por tal razón, corresponde a este Colegiado definir de manera inicial qué elementos constituyen ambos contenidos.

88. A nuestro criterio el *contenido esencial* del derecho fundamental a la remuneración, tal y como está reconocido en el marco constitucional, abarca los siguientes elementos:

    - *Acceso*, en tanto nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución (artículo 23 de la Constitución).

    - *Equidad,* al no ser posible la discriminación en el pago de la remuneración (primer párrafo del artículo 24 de la Constitución). La Constitución reconoce explícitamente la protección a la remuneración equitativa, al igual que el Convenio 100 de la OIT, desprendiéndose que toda remuneración calculada con base en criterios discriminatorios será inequitativa y, por ende, inconstitucional. Tal postura tiene asidero en el desarrollado principio-derecho de igualdad recogido en el artículo 2.2 de la Constitución y aplicado al ámbito laboral en el fundamento 8 de la STC 4922-2007-PA/TC, concordante con el artículo 7.a.i del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y con el artículo 7.a del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador. Un principio de la compensación (remuneración) es la equidad: *"Al trabajo desempeñado en puestos similares pero en condiciones diferentes de exigencia, responsabilidad o complejidad le corresponde diferente compensación económica y al trabajo desempeñado en puestos y condiciones similares le corresponde similar compensación económica"* (artículo 30.b).

    - *Prioritario*, en tanto su pago es preferente frente a las demás obligaciones del empleador, de cara a su naturaleza alimentaria y su relación con el derecho a la vida y el principio-derecho a la igualdad y la dignidad (segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución).

    - *Suficiencia,* por constituir el *quantum* mínimo que garantiza al trabajador y a su familia su bienestar (primer párrafo del artículo 24 de la Constitución). La Constitución reconoce también que una remuneración, de acuerdo a la jornada de trabajo y labor realizada por el trabajador, debe ser 'suficiente', concepto que en el ámbito internacional se ve reconocida bajo el término de "satisfactoria" (artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 7 del Protocolo de San Salvador). Este concepto posee una estrecha relación con el concepto de 'remuneración mínima' (artículo 2.1 del Convenio 131 de la OIT; artículo 1 del Convenio 26 de la OIT). La *remuneración suficiente,* en tanto parte integrante del contenido esencial del derecho fundamental a la remuneración previsto en el artículo 24 de la Constitución, implica también ajustar su *quantum* a un criterio mínimo –bien a través del Estado, bien mediante la autonomía colectiva- de tal forma que no peligre el derecho constitucional a la vida o el principio-derecho a la dignidad.

    - *No privación arbitraria*, como reflejo del acceso, en tanto ningún empleador puede dejar de otorgar la remuneración sin causa justificada.

89. Finalmente, y sólo con carácter enumerativo, no cerrado, analizando el artículo 24 de la Constitución y sirviéndose de principios establecidos en normas infraconstitucionales, consideramos que son parte del contenido accidental del derecho fundamental a la remuneración:

    - La *consistencia*, en tanto debe guardar relación con las condiciones de exigencia, responsabilidad y complejidad del puesto que ocupa el trabajador. Para su determinación, ha de tomar en cuenta el efecto ingreso (o renta), según el cual la variación del número deseado de horas de trabajo provocada por una variación del ingreso debe mantener constante el salario.

    - La *intangibilidad,* en tanto no es posible la reducción arbitraria de una remuneración, lo que fluye del carácter irrenunciable de los derechos de los trabajadores (artículo 26.2 de la Constitución, definida en múltiple jurisprudencia, como la STC 4188-2004-AA/TC).

Este contenido, al igual que en otros derechos fundamentales, puede estar sujeto a restricciones en virtud de otros bienes y derechos establecidos en la Constitución.

**C-2. UNA REMUNERACIÓN SIN VINCULACIÓN ALGUNA**

90. Ante todo, consideramos que las disposiciones impugnadas no contravienen el rasgo esencial de la equidad del derecho a la remuneración (fundamento 15 de la STC 0027-2006-PI/TC), pues de lo dispuesto en sus artículos 1, y 28 a 31 se aprecia que estas pretenden establecer un régimen laboral único para los servidores civiles, donde, bajo el contexto de los principios de competitividad, equidad y de consistencia interna e intergubernamental en las compensaciones, se propone una estructura en base a criterios objetivos, tales como la familia de puestos, las funciones a desempeñar o eventuales situaciones atípicas, como accesibilidad geográfica, altitud, riesgo de vida, entre otros.

91. De otro lado, en el presente caso, el accionante cuestiona la prohibición de cualquier aumento automático de la remuneración (compensación económica) que le corresponde a todo servidor público, lo cual afectaría el derecho a la remuneración bajo los términos antes explicados.

92. La Ley del Servicio Civil ha establecido de forma general sobre dicha remuneración que "*La compensación económica que se otorga a los servidores civiles de las entidades públicas es anual y está compuesta de la valorización que solo comprende: a) Principal. Componente económico directo de la familia de puestos. b) Ajustada. Otorgada al puesto en razón de la entidad y en función a criterios de jerarquía, responsabilidad, presupuesto a cargo, personal directamente a su cargo, alcance de sus decisiones o monto que involucran las decisiones sobre recursos del Estado. c) Vacaciones. Entrega económica por el derecho vacacional. d) Aguinaldos. Entregas económicas por Fiestas Patrias y Navidad. Adicionalmente y de acuerdo a situaciones atípicas para el desempeño de un puesto, debido a condiciones de accesibilidad geográfica, por altitud, riesgo de vida, riesgo legal o servicios efectivos en el extranjero, se puede incorporar la Valorización Priorizada, la cual es aprobada mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas. Esta modalidad de compensación se restringe al tiempo que dure las condiciones de su asignación"* (artículo 31.1).

93. Sobre la base de la remuneración fijada bajo los criterios antes reseñados, se ha prohibido en el artículo impugnado cualquier tipo de vinculación, entre ellas, la indexación, entendida como un mecanismo mediante el cual el precio fijado en un contrato –en este caso, la remuneración– se va ajustando de acuerdo a los cambios del índice general de precios.

94. Sin embargo, tanto la indexación como los otros tipos de vinculación a las compensaciones económicas no buscan garantizar un *quantum* mínimo en la remuneración, contenido esencial del derecho fundamental a la remuneración según el desarrollo presentado *supra*, sino básicamente mantener en el tiempo su poder adquisitivo, quedando por tanto excluido de su protección constitucional, máxime si como se ha dejado establecido en su momento queda abierta la posibilidad periódica de utilizar un mecanismo alternativo a la negociación colectiva que debe establecer el Congreso de la República.

95. Por lo expuesto la proscripción de cualquier tipo de vinculación establecida en el artículo 34.b de la ley impugnada no contraviene el contenido esencial del derecho fundamental a la remuneración, por lo que también debe rechazarse este extremo de la demanda de inconstitucionalidad.

**III. FALLO**

Por estos fundamentos, nuestro voto es por:

Declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda de inconstitucionalidad en contra de diversos artículos de la Ley 30057, del Servicio Civil. En consecuencia,

1. **FUNDADA** la demanda con relación al extremo de la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria, que incluye el término *"o judicial"*, por violentar el artículo 139.2 de la Constitución, referido a la independencia judicial, quedando el segundo párrafo del mencionado dispositivo redactado de la siguiente manera: *"Los servidores bajo los regímenes de los Decretos Legislativos 276, 728 y 1057 que ganen los concursos y opten voluntariamente por el traslado al nuevo régimen previsto en la presente Ley, dejan de pertenecer a los regímenes señalados con la respectiva liquidación de sus beneficios sociales, según corresponda, y no tienen derecho a ninguna de las condiciones y beneficios establecidos en ellos; a partir de su traslado al nuevo régimen, cualquier disposición, resolución administrativa que contravenga esta disposición es nula de*

*pleno derecho o inejecutable por el Sector Público"*.

2. **INFUNDADA** la demanda con relación a los artículos 31.2, 40, 42 y 44.b, así como la Tercera y literal a) de la Novena Disposición Complementaria Final de la Ley 30057, siempre y cuando el Congreso, dentro del plazo perentorio de noventa días calendario, emita la ley correspondiente que habilite a favor de los trabajadores un mecanismo alternativo a la negociación colectiva en materia remunerativa. En caso no se emita la ley correspondiente, el Tribunal se reserva la posibilidad de operativizar dicho mecanismo en un siguiente pronunciamiento, a fin de tutelar la plena eficacia de los artículos 28 y 42 de la Constitución y los instrumentos internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad.
3. **EXHORTAR** al Congreso de la República para que a través de una reforma legislativa autorice a la Autoridad del Servicio Civil, o a la entidad que designe, para que sea emplazado al mismo tiempo que el empleador al momento de iniciarse el proceso judicial respecto del traslado de los trabajadores pertenecientes a los regímenes de los Decretos Legislativos 276, 728 y 1057 al régimen del servicio civil, a fin de que, en el marco de dicho proceso, pueda presentar los argumentos correspondientes a la validez constitucional del traslado, bajo los fundamentos expuestos en la presente sentencia.
4. Declarar **INFUNDADA** la demanda en los demás extremos impugnados.

**SS.**
**URVIOLA HANI**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.° 00018-2013-PI/TC
LIMA
34 CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA

**VOTO DE LOS MAGISTRADOS VERGARA GOTELLI, MESÍA RAMÍREZ Y CALLE HAYEN**

**ASUNTO**

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por treintaicuatro Congresistas de la República contra los artículos 26°, 31.2°, 34°, inciso b), 40°, 42°, 49°, inciso k), 72°, 77°; su Tercera Disposición Complementaria Final; inciso a) de su Novena Disposición Complementaria Final; y contra su Cuarta y Undécima Disposición Complementaria Transitoria de la Ley del Servicio Civil N° 30057,

**ANTECEDENTES**

**Argumentos de la demanda.**

Con fecha 22 de julio de 2013, treintaicuatro Congresistas de la República, quienes han designado como su apoderado a don Yonhy Lescano Ancieta, interponen demanda de inconstitucionalidad contra las disposiciones mencionadas de la Ley N.° 30057, del Servicio Civil, por cuanto presuntamente infringen los artículos 28°, 23°, 43°, 139.2°, 26.2° 2.2°, 24° y 23° de la Constitución, así como su Cuarta Disposición Final y Transitoria, conforme a los siguientes argumentos:

**a. La vulneración del derecho a la negociación colectiva (artículo 28° y Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución)**

**Sobre el primer párrafo del artículo 40º de la Ley N.º 30057**, se aduce que recorta los alcances de los derechos colectivos consagrados en la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos. Indican que conforme a la ley, los trabajadores del sector público solo tendrían el derecho de sindicación y huelga más no el de negociación colectiva, en tanto que se interpreta que el artículo 42° de la Constitución es la "norma especial" de estos trabajadores que prevalece sobre la "norma general" del artículo 28° de la Constitución, lo que contraviene la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sentada en el Exp. N.° 3561-2009-PA/TC. De modo que para los demandantes, el artículo 28° de la Constitución también incluye a los servidores públicos, lo que es confirmado por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

En ese sentido, indican que el Tribunal Constitucional en el Exp. N.° 00008-2005-AI/TC ha subrayado que la Constitución reconoce en su artículo 42° el derecho de sindicación de los servidores públicos y en consecuencia, las organizaciones sindicales son las titulares del derecho a la negociación colectiva, con las excepciones que establece la propia Constitución. De modo que todas las disposiciones de la Ley N.° 30057 que niegan el derecho a la negociación colectiva, son inconstitucionales.

**Respecto al último párrafo del artículo 40º de la Ley N.º 30057**, cuyo texto dispone que *"Ninguna negociación colectiva puede alterar la valorización de los puestos que resulten de la aplicación de la presente ley",* se alega que la valorización es lo que el artículo 31.b° de la ley denomina "valorización ajustada", que es un componente de lo que dicho artículo denomina "compensación económica", que no es otra cosa que la remuneración del trabajador. De modo que la contraprestación por el trabajo realizado dentro de una relación laboral no puede ser objeto de una prohibición ex ante de que el trabajador pueda reclamar colectivamente

sobre su monto, pues conforme al artículo 24° de la Constitución, el pago remunerativo tiene que ser equitativo, condición que no se cumple si solo la puede fijar unilateralmente el empleador. En una relación laboral, ambas partes deben participar en la formación, reajuste o modificación de la remuneración. La parte trabajadora lo hace a través de su sindicato, planteando una negociación colectiva, por lo que eliminar la posibilidad que las condiciones remuneratorias sean objeto de una negociación colectiva equivale a vaciar de contenido y objeto este derecho constitucional.

**En cuanto al artículo 42º de la Ley N.º 30057**, se indica que esta disposición limita los reclamos de los trabajadores públicos –individual o colectivamente– respecto de "compensaciones no económicas", desconociendo el derecho a reclamar respecto de las remuneraciones, cuando muchas veces los servidores públicos han ejercido su derecho de huelga y su derecho a la negociación colectiva es respecto del conjunto de sus derechos remuneratorios. Esto no ha sido cuestionado nunca, pues el artículo 28° de la Constitución no le pone restricción alguna a la negociación colectiva, como si lo hace la disposición impugnada.

**Sobre el artículo 44º, inciso b) de la Ley N.º 30057**, se señala que esta disposición establece que la contrapropuesta o las propuestas de la entidad relativas a las compensaciones económicas son nulas de pleno derecho. En el último párrafo se precisa además que los acuerdos adoptados en violación de lo dispuesto en dicha disposición son nulos. A juicio de la parte demandante, estas disposiciones contravienen el artículo 51° y 28° de la Constitución, dado que ésta consagra el derecho a la negociación colectiva sin restricciones.

Asimismo, se expone que las siguientes disposiciones vulneran el derecho a la negociación colectiva:

- Artículo 31.2°: Regula que la compensación económica se paga mensualmente e incluye la valorización principal y ajustada, y la priorizada, de corresponder. El pago mensual corresponde a 1/14 de la compensación económica. Las vacaciones y los aguinaldos son equivalentes al pago mensual; asimismo que dicha disposición no admite excepciones, interpretaciones ni es materia de negociación. Se impugna la norma porque constriñe la libertad de negociación colectiva, conforme ha sido expuesto precedentemente.
- La Tercera Disposición Complementaria Final: Dispone que los derechos colectivos de quienes prestan servicios al Estado bajo el régimen del Decreto Legislativo N.° 728 se interpretan de conformidad con las disposiciones del Convenio 151 de la OIT.

El cuestionamiento consiste en que el régimen del Decreto Legislativo N.° 728 corresponde a la actividad privada y cuando se aplica a los trabajadores del sector público por ley expresa, ésta es la norma especial, por lo que no cabe que una norma general, posterior, restrinja la aplicación del precitado decreto legislativo en detrimento de los derechos de los trabajadores, dado que dispone que los derechos colectivos de estos trabajadores deben interpretarse primero conforme al Convenio 151 de la OIT y luego conforme a las leyes presupuestarias, cuando la primera norma aplicable es el Decreto Legislativo N.° 728.

- La Novena Disposición Complementaria Final, inciso a.: Precisa que a partir del día siguiente de la publicación de la Ley N.° 30057, son de aplicación inmediata para los servidores civiles de los Decretos Legislativos N.os 276 y 728, las disposiciones relativas a los derechos colectivos; esto es, la prohibición de efectuar reclamos sobre conceptos remuneratorios, lo que carece de sustento constitucional.

**b. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales (artículo 23° de la Constitución)**

Los precitados artículos 31.2°, 40°, 42°, 44° y la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N.° 30057, limitan el ejercicio de la negociación colectiva al no permitir que los trabajadores públicos planteen sus reivindicaciones salariales al Estado, con el agravante que estos conceptos tienen el carácter de irrenunciable y son de naturaleza alimenticia, dado que son el medio de sustento de estos trabajadores y sus familias.

**c. Violación de los principios de separación de poderes, de la independencia de la función jurisdiccional y de la cosa juzgada (artículos 43° y 139.2° de la Constitución)**

La Cuarta Disposición Complementaria Transitoria de la ley cuestionada dispone que los servidores de los regímenes de los Decretos Legislativos N.os 276, 728 y 1057 que ganen los concursos y opten voluntariamente por el traslado al nuevo régimen previsto en la ley impugnada, a partir de su traslado, no podrán contravenir disposición.

Dicha norma interfiere con las sentencias judiciales que adquieran la autoridad de cosa juzgada y que no puede ser afectada en cumplimiento del principio de separación de poderes. El Tribunal Constitucional en el Exp. N.° 00005-2006-PI/TC refiere que las tres funciones básicas del Estado que se limitan de modo recíproco, sin entorpecerse, constituyen una garantía para los derechos constitucionales frente al absolutismo y la dictadura; asimismo, este principio persigue

asegurar que los poderes constituidos desarrollen sus competencias con arreglo al principio de corrección funcional, sin afectar las competencias de otros. No obstante ello, la disposición glosada interfiere indebidamente con la competencia del Poder Judicial, sustrayéndose a su cumplimiento.

De otro lado, al dejarse sin efecto las resoluciones judiciales, se están invadiendo las competencias exclusivas del Poder Judicial, como la de ejercer la función jurisdiccional y que sus sentencias tengan carácter vinculante para todos los poderes del Estado.

**d. Vulneración del principio que consagra el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos en la Constitución y la ley (artículo 26.2° de la Constitución)**

La Cuarta Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N.° 30057 establece que los servidores de otros regímenes que se trasladen al nuevo régimen laboral, dejan de pertenecer a aquellos y no tienen derecho a ninguna de las condiciones o beneficios establecidos en ellos, lo que significa que no se les reconocerá su tiempo de servicios o sus derechos pensionarios. En ese mismo sentido, la Undécima Disposición Complementaria Transitoria de la precitada ley dispone que a los servidores que se encuentren en el régimen pensionario del Decreto Ley N.° 20530, y que opten por incorporarse al régimen del Servicio Civil, no se les acumulará el tiempo de servicios.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional en el Exp. N.° 00008-2005-PI/TC ha precisado que la regla de no revocabilidad de los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución y la ley, implica que su renuncia sería nula y sin efecto legal alguno, conforme lo establece el artículo V del Título Preliminar del Código Civil.

**e. Vulneración del principio de igualdad ante la ley, así como del principio de igualdad de oportunidades sin discriminación (artículos 2.2° y 26.1° de la Constitución)**

El artículo 26° de la Ley N.° 30057 establece que los servidores que califiquen como personal de rendimiento distinguido o de buen rendimiento, tienen derecho a participar en los procesos de progresión en la carrera que se convoquen.

Dicho artículo clasifica a los trabajadores como de rendimiento distinguido, de buen rendimiento, de rendimiento sujeto a observación y como desaprobado, de modo que cuando se produzca un concurso para ascender en la carrera pública, solo podrán dar examen los trabajadores calificados como de rendimiento distinguido y como de buen rendimiento, lo que es manifiestamente arbitrario y excluye a un grupo de trabajadores de la posibilidad de rendir un examen que podrían aprobar, asumiendo *ex ante* que porque un trabajador salió mal calificado en una ocasión, esto siempre será así. Esto es, que no se le puede privar de la oportunidad de progresar y aspirar al ascender en su carrera, cuando la Constitución reconoce el derecho a la igualdad de oportunidades.

Por su parte, el segundo párrafo del artículo 65° de la ley impugnada, dispone que los servidores de servicios complementarios y los contratados no están incluidos en el servicio civil de carrera, lo que es discriminatorio.

Asimismo, se considera discriminatorio el artículo 72° de la Ley N.° 30057 que pone un periodo de prueba de 3 meses al servicio público de carrera que se incorpora al servicio civil mediante concurso público. Se considera que la norma menoscaba irracionalmente a estos trabajadores respecto de los de otros regímenes laborales, que si ingresan al servicio, están exonerados del periodo de prueba, conforme lo establece la Disposición Complementaria Transitoria de la ley referida. Alegan que se está perjudicando a unos privilegiando a otros, por lo que refieren que todo trabajador que ingresa por concurso público, sin excepción, debe ser exonerado del periodo de prueba.

Se cuestiona también el artículo 77° de la Ley N.° 30057 que establece que el número de servidores de confianza en ningún caso es mayor al 5% del total de puestos previstos por la entidad pública; sin embargo, en su párrafo cuarto se regula que mediante resolución de presidencia ejecutiva, SERVIR establece las excepciones al tope señalado, lo que abre la puerta a que en cualquier entidad se contrate servidores de confianza en porcentajes abusivos o sin límite, de modo que se evada la exigencia del concurso público para acceder al servicio civil, lo que configura un trato discriminatorio.

**f. Vulneración del derecho de los trabajadores a una remuneración equitativa y suficiente (artículo 24° de la Constitución)**

Esta disposición, según los demandantes, resulta violentada por los artículos 31.2°, 40°, 42°, 44° y la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N.° 30057, porque al recortar el derecho de negociación colectiva sobre conceptos remuneratorios, está imposibilitando que los trabajadores reclamen, negocien y celebren convenios colectivos sobre los montos de su compensación económica, afectándose su bienestar.

En ese sentido, el artículo 34.b° de la norma precitada prohíbe que las compensaciones económicas no están sujetas a indexaciones, homologaciones, nivelaciones o cualquier mecanismo similar de vinculación, lo que

vulnera el principio de remuneración equitativa y suficiente, pues sin indexación, el valor real de la remuneración será licuado por la inflación y devaluación. Además, sin homologación continuarán los salarios desiguales para iguales funciones en diversas entidades del Estado; y sin nivelaciones, se producirán inequidades entre servidores de similares características.

**g. Vulneración del principio de que el trabajo es objeto de atención prioritaria del Estado, el relativo al fomento del empleo, así como el principio de dignidad de la persona humana (artículos 23° y 1° de la Constitución)**

El artículo 49.k° de la Ley N.° 30057 dispone como causal para el término de la relación laboral, la supresión del puesto debido a causas tecnológicas, estructurales u organizativas, tales como la innovación científica o de gestión o nuevas necesidades derivadas del cambio del entorno social o económica que conllevan variaciones en los aspectos organizativos de la entidad.

Para los demandante esto afecta la estabilidad de los trabajadores; en ese sentido, si bien la Constitución no consagra el derecho a la estabilidad absoluta, refiere que el derecho al trabajador es objeto de atención prioritaria del Estado, así como el fomento del empleo (artículo 23° de la Constitución) y la defensa de la persona humana (artículo 1° de la Constitución); de modo que una ley no puede abrir la puerta para la supresión de puestos de trabajo cuando conforme a los artículos precitados, debe garantizar la creación de puestos de trabajo y proteger su empleo.

Iguales consideraciones alcanzan al artículo 49.i° de la Ley N.° 30057, que establece el término del servicio civil por causa relativa a la incapacidad del trabajador en caso de desaprobación, dado que una evaluación puede resultar subjetiva y por tanto, arbitraria. En el reglamento del Decreto Legislativo N.° 1026 se puso como límite para la calificación de "servidor de ineficiencia comprobada" –que en la ley impugnada se llama "desaprobado"–, el 2% de cada entidad, pero la ley cuestionada no ha incluido ningún límite.

**§2. Argumentos de la contestación de la demanda.**

Con fecha 29 de noviembre de 2013, el Apoderado del Congreso de la República contesta la demanda solicitando que la misma sea declarada infundada, conforme a los argumentos que se exponen a continuación

**a. La meritocracia en el empleo público**

En materia de empleo público coexisten 3 regímenes generales; el del Decreto Legislativo N.° 276, el del Decreto Legislativo N.° 728 y el del Decreto Legislativo N.° 1057. El primero se ha convertido en una norma insuficiente para ejecutar una política de empleo en el sector público; el segundo está dirigido al sector privado y el tercer es una modalidad temporal de empleo. Esta diversidad normativa hace distinciones entre los trabajadores, conforme al régimen laboral en que se encuentren y permite la aplicación de reglas diferenciadas, aunque realicen funciones o ejerzan cargos idénticos o similares, de modo que los trabajadores sujetos al régimen privado tienen un mejor nivel remunerativo que los de los otros dos.

Esto ha generado las siguientes consecuencias para el sector público: no se atrae ni retiene al personal altamente calificado; inequidad en la promoción y en el control de la idoneidad y de la ética pública; remuneraciones desiguales; no se pueden realizar ascensos ni aumentar los sueldos; abuso en las contrataciones temporales; y/o desmotivación del personal de carrera pues muchos servidores se encuentran en el mismo nivel remunerativo con el que ingresaron.

Una reforma debe sujetarse al programa constitucional y ello, en un estado social de derecho implica un régimen de promoción como derecho constitucional así como una permanente evaluación en el desempeño como interés de la colectividad. La Ley N.° 30057 es el inicio del proceso de reforma normativa, luego de la Ley Marco del Empleo Público y tiene como propósito solucionar las profundas desigualdades institucionales en el servicio civil.

**b. La supuesta inconstitucionalidad de los artículos 31.2º, 34.bº, 40º, 42º, 44º, la Tercera Disposición Complementaria Final, el inciso a. de la Novena Disposición Complementaria Final, la Cuarta y Undécima Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N.º 30057.**

**Delimitación conceptual de la negociación colectiva en el sector público.-** El artículo 42° de la Constitución no concede este derecho a los servidores públicos, más aún tomando en cuenta un nuevo modelo de organización estatal basada en la optimización de los recursos. No obstante ello, el legislador lo prevé en la Ley N.° 30057 integrando dicha disposición con el Convenio N.° 151 de la OIT, configurando un ámbito de negociación que permita establecer mejoras laborales con la preservación del diálogo entre trabajadores y el Estado, de modo que las negociaciones colectivas de los servidores públicos deben efectuarse considerando el límite constitucional que impone el presupuesto de la República, pues las condiciones de empleo en la administración pública se financian con los recursos de los contribuyentes.

La ley establece una distinción en lo que se refiere a lo negociable tomando en cuenta las características

propias de la administración pública respecto de la actividad laboral privada. Esta distinción no incide en los derechos individuales sino en la aspiración colectiva de los trabajadores que pueden ser lesivas a los intereses públicos, por ello, la Constitución diferencia en el artículo 28° el marco constitucional para los trabajadores del sector privado y en el artículo 42° el de los trabajadores del sector público.

La negociación colectiva se concretiza en la ley como consecuencia del Convenio 151 de la OIT y no sobre la base del artículo 28° de la Constitución, aún si se justificara una interpretación extensiva de este artículo, solo es admisible la negociación respecto de condiciones del empleo y no para conceptos remunerativos, pues no se trata de un derecho que tenga un sustento constitucional.

**La experiencia comparada y la regulación de la negociación colectiva en el sector público.-** La OIT reconoce la necesidad de la configuración legal de la negociación colectiva (Recomendación N.° 91, párrafo 2), y considera materia de la negociación las condiciones de trabajo y empleo, de acuerdo con la legislación nacional.

En Estados Unidos las tasas salariales de la mayoría de empleados del ejecutivo federal están determinadas por ley federal, de modo que no pueden ser objeto de negociación colectiva. En el caso español la negociación colectiva es un derecho de índole legal.

**Los límites constitucionales de la negociación colectiva en el sector público.-** Uno de tales límites es el presupuesto público, que expresa el interés ciudadano en el uso de los recursos y como parte de la actividad financiera del Estado se rige por un conjunto de presupuestos expresos y tácitos que emanan de los artículos 77° y 78° de la Constitución, entre ellos, los principios de legalidad y de equilibrio presupuestario. Por tales principios, las negociaciones colectivas en el sector público deben someterse a lo definido en la norma y no al contrario, como ocurre en el sector privado.

**Los Convenios de la OIT y el ámbito de tutela de la negociación colectiva en el sector público.-** El Convenio N.° 98 de la OIT reconoce en su artículo 6° que no trata de la situación de los funcionarios públicos en la administración del Estado, por lo que no corresponde su invocación.

El Convenio N.° 151 es relativo a la libertad sindical, aunque especifica algunos dispositivos sobre la negociación colectiva, en concreto a las condiciones de empleo, la que queda condicionada a la definición legal que los Estados deban desarrollar. Esto ha sido ratificado en el "Estudio General relativo a las relaciones laborales y la negociación colectiva en la Administración Pública" en el que se establecen que existen diversos mecanismos para hacer efectivos los procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo o de cualesquiera otros métodos que permita a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones, como señala el artículo 7° del precitado convenio.

En el Exp. N.° 02566-2012-PA, el Tribunal Constitucional ha señalado que entre las condiciones de empleo a que hace referencia el Convenio N.° 151 de la OIT, las negociaciones colectivas de los servidores públicos deben efectuarse considerando el límite constitucional que impone un presupuesto equilibrado y equitativo.

Respecto al Convenio N.° 154 sobre la negociación colectiva en la administración pública, éste no ha sido suscrito por el Estado peruano, por lo que no puede ser considerado vinculante.

**La negociación colectiva en el sector público como opción de la Ley N.º 30057.-** Conforme a lo previsto por la Constitución, concordada con el Convenio N.° 151 de la OIT, el legislador ha emitido la norma cuestionada para la habilitación de la negociación colectiva a favor de los trabajadores del Estado, exclusivamente en lo que concierne a condiciones de trabajo.

**La objeción a la valoración de los puestos de trabajo y la imposibilidad de ser sometido a la negociación colectiva.-** La gestión de las compensaciones busca garantizar el principio de equidad conforme al cual el trabajo desempeñado en un puesto y en condiciones similares, le corresponde similar compensación, de modo que las compensaciones dentro de la misma entidad guarden relación con el nivel de exigencia, responsabilidad y complejidad del puesto, y que las compensaciones de puestos semejantes en entidades distintas, sean compatibles entre sí.

La ley prevé que su estructura estará conformada por una parte económica y una parte no económica. La primera es la suma de la remuneración o contraprestación por las labores realizadas, así como las prestaciones o beneficios valorizados en dinero otorgado al servidor público que no forman parte del ingreso mensual; la compensación no económica es el conjunto de beneficios otorgados al servidor para motivar o incentivar su competitividad sin involucrar asignación monetaria directa.

Las compensaciones a los servidores públicos se determinaran sobre la base de la conformación de las familias de puestos y la estructura de bandas salariales. Se trata de una nueva estructura habilitada por la ley y los convenios internacionales, por lo que admitir el cuestionamiento a la valoración de los puestos de trabajo es lo que resulta

inconstitucional, porque contraviene los principios presupuestales anteriormente mencionados.

**La vigencia inmediata de la Ley N.º 30057.-** Las disposiciones del Capítulo VI del Título III referido a los derechos colectivos, esto es la prohibición de realizar reclamos colectivos sobre conceptos remunerativos es de aplicación inmediata para los servidores de los Decretos Legislativos N.os 276 y 728.

De otro lado, la negociación colectiva salarial en el sector público nunca ha tenido eficacia práctica. El Decreto Legislativo N.° 276 prohíbe la negociación colectiva de remuneraciones, mientras que los que laboran bajo el régimen CAS no tienen posibilidad de hacerlo. Algunas entidades públicas cuyo personal se encuentra bajo el régimen de la actividad privada, a través de decretos supremos ha sido habilitado para hacerlo, condicionado a entidades con recursos propios.

El Congreso en ejercicio de su función legislativa puede modificar las normas en materia laboral, siendo de aplicación inmediata a las situaciones jurídicas existentes, lo que resulta constitucionalmente válido. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha enfatizado que las leyes laborales no son inmodificables ni inderogables (Exp. N.° 00025-2007-PI/TC).

**Sobre la supuesta irrenunciabilidad de los derechos laborales.-** Se pretende sostener que los trabajadores al pasar a un nuevo régimen estarían renunciando a la negociación colectiva; sin embargo, no existe tal renuncia, dado que el artículo 26.2° de la Constitución tiene un objetivo de tutela diferente al señalado por los demandantes. (Exp. N.° 00008-2005-AI/TC).

La Ley N.° 30057 reconoce el derecho a la negociación colectiva a quienes pasen al nuevo régimen; en ese sentido, preserva el derecho del trabajador a optar por mantenerse en el régimen laboral primigenio, no existiendo obligatoriedad de cambio de régimen ni condicionamiento para renunciar. Se trata de un tránsito voluntario a un nuevo régimen laboral para acceder a otros beneficios y derechos, por lo que no existe disposición de un derecho vigente sino de una sucesión normativa laboral.

**Sobre el supuesto recorte a la compensación por tiempo de servicios (CTS).-** La Ley N.° 30057 no desconoce el derecho a la CTS ni los beneficios obtenidos durante la permanencia en los regímenes respectivos. Se trata de que el trabajador que opte voluntariamente por el régimen del servicio civil, liquida sus compensaciones conforme a la norma bajo la cual cumplía su rol.

**La supuesta afectación al derecho a la remuneración equitativa y suficiente.-** Lo que la norma estipula son los componentes que forman parte de la remuneración, los que han sido configurados con la finalidad de atraer y retener al talento y personal más idóneo, promoviendo una política de remuneraciones compatible con lso fines constitucionales, lo que permitirá mayor predictibilidad en los pagos que reciban los servidores públicos, que el Estado pueda tener un mejor control de la planilla y genere ahorro en costos administrativos, y que cuente con mejor información para tomar decisiones adecuadas.

Lo que no podría existir es una remuneración igual para trabajadores calificados sobre la base del mérito. De modo que la gestión de las compensaciones buscará garantizar el principio de equidad, en razón del cual al trabajo desempeñado en un puesto y condiciones similares, le corresponde igual compensación. Todas ellas deberán guardar relación con el nivel de exigencia, responsabilidad, capacidad y la complejidad del puesto.

**c. Sobre la supuesta inconstitucionalidad de la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N.º 37057.**

**El principio de separación de poderes y la no interferencia en la función jurisdiccional en el Estado democrático contemporáneo.-** La ley trata de evitar la distorsión de los mandatos constitucionales mediante la judicialización de las cláusulas de corte de regímenes laborales y el tránsito al nuevo servicio, que implican una proyección de gasto que debe ser adecuado y equilibrado y que de cuestionarse judicialmente puede menoscabar la atribución del Poder Legislativo para establecer el régimen de carrera pública y del Poder Ejecutivo para implementarlo. Se trata de una restricción basada en el principio de razonabilidad. No se trata de prohibir el acceso a los órganos jurisdiccionales en cualquier circunstancia, sino específicamente en un periodo excepcional de tránsito de los regímenes anteriores al nuevo modelo.

Una vez ingresado al nuevo régimen, el servidor puede recurrir a las instancias administrativas o al juez para promover mejores condiciones de trabajo, pero no se puede cuestionar el proceso de corte, pues sino se quebraría el modelo al permitirse su cuestionamiento. La interpretación correcta se orienta a impedir que haya goce simultáneo de beneficios que están previstos en dos regímenes diferentes, además que se revierta la decisión de traslado al nuevo régimen.

De modo que si de sus efectos se materializa una situación de arbitrariedad, cabe que la justicia constitucional realice su control, pues en ningún caso los procesos constitucionales pueden dejar de operar.

**d. Sobre la supuesta inconstitucionalidad del Tercer Párrafo del Artículo 26º, del segundo**

**párrafo del Artículo 65º, y de los artículos 72º y 77º.**

**Igualdad y no discriminación en el empleo público.-** La discriminación laboral se acredita por dos tipos de acciones; la directa, por la conducta del empleador basada en una razón inconstitucional (negación de acceso al empleo por razón política o sexual, etc.); o la indirecta, cuando la conducta de aquel está basada en la discrecionalidad antojadiza revestida de constitucionalidad (exigencia de conocimientos no vinculados a la evaluación laboral).

**Evaluación del desempeño en condiciones de igualdad.-** No estamos frente a supuestos de discriminación en materia laboral, porque no se puede sostener que la disposición impugnada establece una distinción en una razón inconstitucional (acción directa) o basada en una discrecionalidad antojadiza revestida con apariencia constitucional (acción indirecta). La reforma del servicio se rige por el principio del mérito conforme al cual, la permanencia y progresión se basa en el desempeño.

Todos los servidores civiles se encuentran sujetos a la evaluación de desempeño en igualdad de condiciones, de modo que los que tengan mejor rendimiento serán promovidos, mientras que los que no obtengan tales niveles de aceptación tienen en principio nuevas oportunidades para el ascenso, así como garantías para afirmar una evaluación objetiva.

El resultado de las evaluaciones es el resultado de un proceso transparente y objetivo basado en la asignación de factores a evaluar, de modo que el servidor conozca con precisión que se espera de su desempeño. No hay discriminación; se trata de darle relevancia al mérito sin menoscabar los derechos de los demás trabajadores. El personal calificado como sujeto a observación está en un supuesto distinto, pero no se encuentran impedidos de progresar en la carrera; se evidencia la necesidad de recibir capacitación previa a otro proceso de evaluación.

**Control de la diferencia desde el test de igualdad.-** En principio, se considera que no se está frente a un tratamiento diferenciado arbitrario, así como que la disposición cuestionada supera el test de igualdad.

i. **Determinación del tratamiento legislativo diferente.-** La introducción del tratamiento diferenciado da lugar a dos grupos de destinatarios de la norma: los servidores que califiquen como personal de rendimiento distinguido o buen rendimiento y por lo tanto que tiene derecho a participar en los procesos de progresión de la carrera; y los que no califiquen como tales.

ii. **Intensidad de la intervención.-** En el caso el nivel de intervención no es grave, porque no se sustenta en ninguno de los motivos establecidos en el artículos 2.2° de la Constitución. Tampoco es media, pues no se sustenta en ninguno de los motivos proscritos por la Constitución, por lo que la medida cuestionada es de intensidad leve, de modo que el juicio a realizar para determinar si la diferenciación es legítima o no, debe ser acorde con este nivel de intensidad en la intervención.

iii. **Finalidad del tratamiento diferente.-** El objetivo del tratamiento diferente consiste en establecer que sólo los servidores que califiquen como personal de rendimiento distinguido o personal de buen rendimiento tienen derecho a participar en los procesos de progresión en el servicio civil. Tal fin, la idoneidad de los servidores del Estado está implícito en la Constitución (Exp. N.° 00045-2004-PI/TC y 00035-2010-PI/TC).

iv. **Examen de idoneidad.-** En lo que se refiere a la relación entre la intervención en la igualdad (medio) y el objetivo, a través de las medida de que solo los servidores que califiquen como personal de rendimiento distinguido o personal de buen rendimiento tienen derecho a participar en los procesos de progresión en la carrera del servicio civil (medio), se puede lograr el ascenso en el servicio civil del personal calificado (objetivo).

v. **Examen de necesidad.-** La medida impugnada no supera el examen de necesidad si encontramos otra alternativa que a la vez tenga las características de idónea parao promover el ascenso del personal y menos restrictiva con el derecho a la igualdad de oportunidades en una relación laboral.

vi. **Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.-** Debe realizarse una comparación entre el grado de afectación al principio de igualdad y el grado de optimización o realización del fin constitucional. En el primer caso, la intensidad es leve; es una limitación temporal a la posibilidad de participar en los procesos de progresión de la carrera que durará el tiempo que los servidores se mantengan como personal de rendimiento sujeto a observación o como personal desaprobado. Respecto al grado de realización u optimización, el fin perseguido con el trato diferenciado es lograr la idoneidad de los servidores del servicio civil.

La medida supera el examen de proporcionalidad en sentido estricto porque el grado de realización del fin constitucional no es menor que la intensidad de la intervención o afectación de la igualdad.

e. **Régimen de servidores de actividades complementarias y contratados temporalmente.**

Conforme al artículo 40° de la Constitución, la ley regula el ingreso a la carrera administrativa, así como los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. En ese sentido, la Ley N.° 30057 diferencia a los servidores que se encuentran en la carrera de aquellos que no forman parte de ella, como los servidores de actividades complementarias o el personal contratado temporalmente.

Los servidores de carrera cumplen una función pública en virtud de la cual ejercen una función administrativa o prestan servicios públicos directamente vinculados al cumplimiento de las funciones sustantivas y de administración interna de la entidad; esto es, tienen una tarea asignada de modo permanente en el Estado. La exclusión de los trabajadores con actividades complementarias o temporales no es un acto discriminatorio sino diferencial en tanto que no pueden desarrollar una carrera en el servicio civil.

**Sobre la objeción al periodo de prueba del servidor de carrera.-** Este proceso permite evaluar a un trabajador en la práctica y confirmar si la persona seleccionada responde efectivamente a los objetivos del puesto; no está orientado al despido sino que es una herramienta importante para evaluar el desenvolvimiento de un trabajador en el ejercicio de sus funciones. Actualmente se aplica en los regímenes de los decretos legislativos N.°s 728 y 1057.

La excepción al periodo de prueba de quienes ya han trabajado bajo los regímenes de los decretos legislativos N.°s 276, 728 y 1057 se justifica por cuanto tienen experiencia en el sector público y han demostrado tener idoneidad para desempeñarse en el ejercicio de sus funciones, lo que explica la permanencia y los años de servicios prestados en una determinada entidad pública; y porque anteriormente superaron un periodo de prueba. Esta previsión no es pues discriminatoria.

**Los topes del 5% de servidores de confianza y sus excepciones.-** La encargada de establecer las excepciones es SERVIR, dado que es el ente rector. La gestión de recursos humanos constituye un sistema administrativo necesario para controlar la discrecionalidad de la actuación de las entidades del Estado. Los sistemas administrativos tienen por finalidad regular la utilización de los recursos de las entidades de la administración pública.

SERVIR puede aprobar reglas que garanticen el efectivo funcionamiento del sistema administrativo, como las excepciones a los topes de los servidores de confianza; sin embargo, éstas no pueden darse a menos que cumplan las siguientes previsiones: se puede realizar por resolución de la Presidencia de SERVIR; deben ser debidamente justificadas y deben realizarse bajo los principios de publicidad y transparencia.

Los servidores de confianza están previstos en la administración pública. Conforme a la Ley Marco del Empleo Público se ha regulado su porcentaje en 5%, puesto que obedecen a una situación excepcional, la que no puede convertirse en regla. Por ello, debe considerarse que algunas entidades cuentan con una estructura organizacional compleja y podrían requerir un límite distinto.

**f. La supuesta inconstitucionalidad del artículo 49º incisos k) e i) de la Ley N.º 30057**

**Sobre la supresión de puestos.-** La reforma implica que las entidades evalúen sus procesos y los puestos que requieren de acuerdo a los servicios que prestan a los ciudadanos; ello les permite proyectar la reorganización institucional y de ser el caso, incluso reubicar a sus trabajadores. Esta previsión es atendible en tanto no contravenga derechos laborales mediante actos de arbitrariedad.

La ley impugnada, en su Quinta Disposición Complementaria Transitoria refiere que la implementación del régimen de servicio civil no configura la causal de terminación y supresión del puesto.

Cuando ello ocurra, debe serlo con las garantías del artículo 49.k° de la ley, cuando exista circunstancias irreversibles como la supresión por determinadas causas (tecnológicas, estructural u organizativa); por norma debidamente motivada, siempre que cuente con la opinión técnica favorable de SERVIR y de la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros. Los servidores afectados pueden regresar al servicio civil dentro del plazo de 2 años, en el mismo nivel, o superior, siempre que ganen el concurso público respectivo.

**El término del servicio civil por la causa relativa a la capacidad del trabajador en caso de desaprobación.-** Las evaluaciones de desempeño serán para todos los servidores públicos (salvo los de confianza); con periodicidad anual, transparentes y objetivas, de modo que el trabajador conozca con precisión que se espera de su desempeño.

El desempeño de "rendimiento distinguido" puede dar lugar a un aumento de remuneración hasta un tope de nivel de familia de puestos en que esté ubicado el servidor, de acuerdo a la disponibilidad presupuestal, siempre que dicho rendimiento se obtenga en dos años consecutivos.

Cuando de los resultados se adviertan brechas de conocimientos o competencias, aquellos servirán para planificar las capacitaciones que requiere el servidor, para cumplir los objetivos institucionales

y cerrar esas brechas, así como para la mejora continua del desempeño.

Por ello, cuando se hace referencia a la promoción de los que tengan mejor rendimiento por un lado y a la reevaluación de los que no han logrado una calificación adecuada, se trata de una medida legítima que permite al empleador optimizar sus recursos humanos, preservando un adecuado fomento del empleo en igualdad de condiciones (Exp. N.° 00008-2005-PI/TC).

De modo que el Tribunal Constitucional reconoce el derecho del trabajador a la promoción en el empleo en base a sus méritos y de acuerdo a lo prescrito en los instrumentos internacionales. Por todo ello, se solicita al Tribunal Constitucional que la demanda presentada contra diversas disposiciones de la Ley N.° 30057, sea declarada infundada.

**I. FUNDAMENTOS**

**§1. Delimitación del petitorio.**

1. La demanda de autos está centrada en que las disposiciones referidas de la Ley N.° 30057 vulneran el derecho a la negociación colectiva (artículo 28° y Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución); limitan el ejercicio de los derechos constitucionales en una relación laboral (artículo 23° de la Constitución); violan el principio de separación de poderes, de la independencia de la función jurisdiccional y de cosa juzgada (artículos 43° y 139.2° de la Constitución); afectan el principio que consagra el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos en la Constitución y la ley (artículo 26.2° de la Constitución); lesionan el principio de igualdad ante la ley, así como del principio de igualdad de oportunidades sin discriminación (artículos 2.2° y 26.1° de la Constitución); quebrantan el derecho de los trabajadores a una remuneración equitativa y suficiente (artículo 24° de la Constitución); y finalmente, afectan el principio de que el trabajo es objeto de atención prioritaria del Estado, el relativo al fomento del empleo, así como el principio de dignidad de la persona humana (artículos 23° y 1° de la Constitución).

2. En consecuencia, corresponde que el Tribunal Constitucional dé respuesta a tales cuestionamientos, determinando si efectivamente se produce tal contravención normativa y, en su caso, proceda de acuerdo a sus atribuciones constitucionales.

***§2.*** **El derecho a la negociación colectiva (artículo 28º y Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución).**

3. La parte accionante sostiene que son inconstitucionales los artículos 31.2, 40, 42 y 44.b, así como la Tercera Disposición Complementaria Final y el literal a de la Novena Disposición Complementaria Final de la Ley 30057, del Servicio Civil, por considerar que afectan los derechos de dichos servidores.

   Expresan que dichos dispositivos limitarían los derechos colectivos de los servidores civiles, al disponer -vía una interpretación literal del artículo 42 de la Constitución- una aparente exclusión de su derecho a la negociación colectiva, reconocido y desarrollado en la jurisprudencia (STC 0008-2005-PI/TC). Alegan que al limitar la negociación colectiva a las 'compensaciones no económicas' y prohibirla *ex ante* en materia de remuneraciones estaría desconociéndose el centro de las actuales reivindicaciones laborales y el derecho de los trabajadores a reclamar colectivamente la equidad del monto de la remuneración.

   Por su parte, el accionado sostiene que al tratarse de un derecho de configuración legal, tal y como se reconocería de modo indirecto en el párrafo 2 de la Recomendación 91 de la OIT, la delimitación que del mismo efectúa el legislador, resultaría válida y acorde con el principio de equilibrio presupuestal (STC 2566-2012-PA/TC), tal y como lo demuestra la experiencia comparada. En ese sentido, precisa que el Perú habría ratificado únicamente el Convenio 151 de la OIT , que desarrolla los procedimientos para determinar las 'condiciones de empleo' en la administración pública, sin establecer a la negociación colectiva como el único mecanismo posible; siendo que, respecto del Convenio 154 de la OIT –que sí reconocería dicho mecanismo–, el mismo admite que la legislación o práctica nacionales establezcan las modalidades particulares de su aplicación, aspecto que sólo ratificaría la competencia del legislador para modificar normas laborales (artículo 102.1 de la Constitución).

**§2.1. Consideraciones del Tribunal**

4. El primer aspecto a dilucidar es si el referido artículo 42° de la Constitución constituye un límite a los derechos consagrados en el artículo 28° de la propia Norma Fundamental, cuyo texto señala:

   > *"Artículo 42.- Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos. No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional".*

5. El Tribunal estima que el razonamiento sostenido por el Congreso de la República no es correcto porque los derechos fundamentales de las personas, regulados en los artículos 1° a 29° de la Constitución, están reconocidos para todos las personas que se encuentren dentro de su jurisdicción, con las limitaciones propias de sus particulares circunstancias, de modo que cuando se enumeran los derechos o garantías relacionadas con el ejercicio del derecho al trabajo, no se trata de reconocer éstos solo en las relaciones laborales de naturaleza privada, sino en toda relación laboral, con los límites que se establezcan en la legislación pertinente, siempre que no se afecte el contenido constitucional protegido del derecho o garantía, ni mucho menos se afecte o desnaturalice el acceso o goce de aquel.

6. Cuando el artículo 42° de la Constitución señala los derechos de los servidores públicos, y menciona solo a los de sindicación y huelga ¿ello importa que los demás derechos de naturaleza laboral no enunciados en dicha disposición no son aplicables para aquellos? Un razonamiento sustentado únicamente en la interpretación literal del mencionado artículo 42° llevaría a concluir que los servidores públicos no tendrían derecho a una remuneración equitativa, a beneficios sociales, al descanso semanal y anual remunerado, entre otros, lo que es contrario a los principios de unidad y concordancia práctica.

7. El Tribunal considera que el citado artículo no debe ser interpretado fuera del propio marco de la Constitución, ni concedérsele un sentido restrictivo que en principio no le corresponde. Si bien el artículo 42° de la Constitución reitera parcialmente lo consagrado en el artículo 28° de la misma, la omisión de no hacer referencia al derecho a la negociación colectiva no significa que este derecho se encuentre restringido o eliminado para los servidores públicos, pues la referencia a los derechos de sindicación y huelga a que hace referencia el artículo permite establecer de manera expresa quienes no pueden ejercer tales derechos: funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, interpretar lo contrario sería desconocer lo establecido en la Constitución, máxime si tenemos en cuenta que la negociación colectiva resulta inherente al derecho de sindicalización, pues constituye un mecanismo idóneo para fijar las condiciones de empleo, siendo su finalidad la de celebrar negociaciones colectivas sobre las condiciones materiales, económicas y jurídicas en que debe realizarse el trabajo y una expresión propia del derecho de libertad sindical, el que no puede ser ejercido individualmente, sino que tiene que ser titularizado por las asociaciones de trabajadores o sindicatos.

8. De modo que la redacción del artículo 42° de la Constitución se justifica, cuando se advierte a quienes la Constitución, expresamente, no les reconoce tales derechos, pero en modo alguno puede servir para restringir el ejercicio o eliminar la titularidad de otro derecho no explicitado en aquella norma.

   En ese sentido, pretender que el derecho a la negociación colectiva se reconoce por mandato de la ley resulta errado, puesto que está expresamente contenido en la Constitución y complementado por la regulación prevista en los Convenios de la OIT, cuyas disposiciones permiten mejorar la interpretación y aplicación de la disposición constitucional, para una mejor protección del derecho a la negociación colectiva.

9. La titularidad del derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos es una tesis consolidada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pues con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra diversos artículos de la Ley N.° 28175, Marco del Empleo Público (Exp. N.° 0008-2005-PI/TC), se expuso en relación a la negociación colectiva, así como a su incidencia presupuestaria que:

   > *"51. (…) El artículo 28.° de la Constitución dispone que el Estado reconoce el derecho a la negociación colectiva, cautela su ejercicio democrático, fomenta la negociación colectiva, y que la convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.*
   >
   > *Al respecto, este Colegiado anteriormente ha señalado que "(…) el derecho constitucional a la negociación colectiva se expresa principalmente en el deber del Estado de fomentar y estimular la negociación colectiva entre los empleadores y trabajadores, conforme a las condiciones nacionales, de modo que la convención colectiva que se deriva de la negociación colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado" (Caso COSAPI S.A., Exp. N.° 0785-2004-AA/TC, fundamento 5).*
   >
   > *52. Para ser titular de este derecho existe una condición previa que se deriva del carácter colectivo de la negociación, de manera que los titulares deberán ser los sindicatos, las organizaciones representativas de los*

*trabajadores o los representantes de los trabajadores.*

*En ese sentido, la Constitución reconoce en su artículo 42.° el derecho de sindicación de los servidores públicos. Consecuentemente, las organizaciones sindicales de los servidores públicos serán titulares del derecho a la negociación colectiva, con las excepciones que establece el mismo artículo 42°, a saber los funcionarios del Estado con poder de decisión, los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, y los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.*

*Por ello, para una adecuada interpretación del ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los servidores, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, debemos tener presente el Convenio N.° 151.° de la OIT relativo a la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones del empleo en la administración pública.*

*53. Dicho Convenio establece en su artículo 7.° que deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos en torno a las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones.*

*En el caso del Perú, el ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos, a través de sus organizaciones sindicales, como cualquier otro derecho, no es absoluto y está sujeto a límites.*

*En efecto, dentro de las condiciones nacionales a que hace referencia el Convenio 151.°, la Constitución establece determinadas normas relativas al presupuesto público. En efecto, a tenor de los artículos 77.° y 78.° de la Norma Suprema, el presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, y su proyecto debe estar efectivamente equilibrado.*

*Consecuentemente, si el empleador de los servidores públicos es el Estado a través de sus diferentes dependencias, las limitaciones presupuestarias que se derivan de la Constitución deben ser cumplidas en todos los ámbitos del Estado.*

*Por ello, en el caso de las negociaciones colectivas de los servidores públicos, éstas deberán efectuarse considerando el límite constitucional que impone un presupuesto equilibrado y equitativo, cuya aprobación corresponde al Congreso de la República, ya que las condiciones de empleo en la administración pública se financian con recursos de los contribuyentes y de la Nación.*

*54. Por otro lado, una negociación colectiva en el ámbito laboral implica contraponer posiciones, negociar y llegar a un acuerdo real que ambas partes puedan cumplir. En tal sentido, no porque la ley disponga que todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado y presupuestado se vulnera el derecho a la negociación colectiva y a la libertad sindical.*

*En efecto, precisamente después de los acuerdos logrados mediante la negociación colectiva, conforme a la legislación vigente para los servidores públicos, los que tengan incidencia económica se podrán autorizar y programar en el presupuesto.*

*Por tanto, este Tribunal Constitucional estima que el numeral 10 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.° 28175 no vulnera el derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos, ya que dicha norma es compatible con los límites constitucionales que en materia presupuestaria prevé la Constitución".*

10. Por ello, en el quinto punto resolutivo de la sentencia emitida en el Exp. N.° 0008-2005-PI/TC, se resolvió:

> *"5.* ***DECLARAR*** *que, de acuerdo a lo dispuesto por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y a la reiterada jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, los derechos laborales de los trabajadores, como los de sindicación, negociación colectiva y huelga previstos en el artículo 28° de dicho texto, deberán interpretarse de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 8° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales o Culturales o "Protocolo de San Salvador"; el Convenio 87 de la OIT relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación; el artículo 6° del Convenio*

*N.° 98 de la OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva; y el Convenio N.° 151 de la OIT, relativo a la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, entre otros tratados de derechos humanos".*

11. Posteriormente, estos criterios fueron reiterados y complementados en la sentencia del Exp. N.° 00206-2005-PA/TC, en el sentido de que:

> *"10. En efecto, la libertad sindical y el derecho de sindicación reconocidos por el artículo 28.°, inciso 1 de la Constitución (Exp. N.° 0008-2005-PI/TC, fundamentos 26, 27 y 28), e interpretados conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y al artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, imponen la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación e impedir todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical, tales como condicionar el empleo de un trabajador a que no se afilie o a que deje de ser miembro de un sindicato; o despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier forma a causa de su afiliación sindical o a su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo (artículo 11.° del Convenio N.° 87 de la OIT, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, artículo 1.° del Convenio N.° 98 de la OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva).*
>
> *11. En la misma línea argumentativa, en el citado Exp. N.° 0008-2005-PI/TC, se dejó establecido que la libertad sindical no sólo tiene una dimensión individual, relativa a la constitución de un sindicato y a su afiliación, sino también una dimensión plural o colectiva que se manifiesta en la autonomía sindical y en su personería jurídica (Fundamento 26). Esta dimensión de la libertad sindical se justifica por cuanto el artículo 3.1. del Convenio N.° 87 de la OIT, anteriormente citado, precisa que las organizaciones de trabajadores tienen el derecho de elegir libremente a sus representantes, de organizar su administración y sus actividades y formular su programa de acción, en tanto que el artículo 1.2. del Convenio N.° 98 de la OIT, como ya se dijo, establece la protección a los trabajadores sindicalizados contra todo acto que tenga por objeto despedirlo o perjudicarlo de cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o por su participación en actividades sindicales.*
>
> *12. Por tanto, debemos considerar que la libertad sindical, en su dimensión plural o colectiva, también protege la autonomía sindical, esto es, que los sindicatos funcionen libremente sin injerencias o actos externos que los afecten. Protege, asimismo, las actividades sindicales que desarrollan los sindicatos y sus afiliados, así como a los dirigentes sindicales, para garantizar el desempeño de sus funciones y que cumplan con el mandato para el que fueron elegidos. Sin esta protección no sería posible el ejercicio de una serie de derechos y libertades, tales como el derecho de reunión sindical, el derecho a la protección de los representantes sindicales para su actuación sindical, la defensa de los intereses de los trabajadores sindicalizados y la representación de sus afiliados en procedimientos administrativos y judiciales. Del mismo modo, no sería posible un adecuado ejercicio de la negociación colectiva y del derecho de huelga".*

12. A su vez, esta tesis se ha consolidado en la sentencia del Exp. N.° 02974-2010-PA/TC, precisa no solo la relación entre la negociación colectiva y el derecho de sindicación, sino además, el objetivo de ambos:

> *"9.b. (…) Tal como se ha señalado en el Expediente 0011-2002-AI/TC, "La justicia constitucional no puede sino concebir un Estado constitucional y en esa medida reconocerle (que es distinto de adjudicarle) todas las facultades que en su seno encuentren el terreno para el más eficiente desarrollo de los principios y derechos que la Norma Fundamental contempla. A tal propósito contribuye la tesis institucional, en cuyo entendido la defensa de los derechos fundamentales trasciende tal condición, para convertirse, a su vez, en verdaderas garantías institucionales para el funcionamiento del sistema, razón por la que en estos casos el papel del Estado en su desarrollo alcanza niveles especialmente relevantes, sea para reconocer que la realidad le exige un importante grado de participación en la promoción del derecho, sea para aceptar un rol estrictamente*

*abstencionista". En ese sentido, la negociación colectiva se constituye como el acuerdo destinado a regular las remuneraciones y demás condiciones de trabajo relativas a las relaciones entre trabajadores y empleadores, por medio de las organizaciones sindicales que son las encargadas de representar el conjunto de trabajadores comprendidos dentro de su ámbito, en los conflictos, controversias o reclamaciones de naturaleza colectiva, y a través del cual se adoptarán las medidas idóneas para determinar el otorgamiento a los trabajadores sindicalizados del derecho al pago a cuenta de reintegros de remuneraciones y exigir su cumplimiento".*

13. En resumen, el derecho a la negociación colectiva debe ser tutelado desde la Constitución y los Convenios de la OIT, su ejercicio está vinculado al ejercicio del derecho de huelga, y ambos, cuando se trata de servidores públicos, están inescindiblemente relacionados con el ejercicio del derecho de sindicación; por lo que prohibir a las organizaciones sindicales que agrupan a servidores públicos el ejercicio del derecho a la negociación colectiva para obtener beneficios económicos, importa afectar directamente su contenido esencial, e indirectamente, afecta el derecho de sindicación, al privar a las organizaciones sindicales de una "herramienta" o "instrumento" que le permita exigir mejoras económicas para sus asociados, sea a través de incrementos remunerativos, la concesión de bonificaciones, etc.

14. Obviamente el ejercicio de estos derechos, como el ejercicio de todos los derechos fundamentales, puede tener ciertos límites para su ejercicio, sea que estén contenidos en la propia Constitución, o las normas de desarrollo constitucional que integran el denominado bloque de constitucionalidad. Por ello, corresponde ahora analizar cada una de las disposiciones impugnadas de la Ley N.° 30057, para determinar si su contenido afecta el derecho de negociación colectiva contenido en la Constitución.

- **El artículo 40º primer párrafo de la Ley N.º 30057**, establece que:

  *"Los derechos colectivos de los servidores civiles son los previstos en el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en los artículos de la función pública establecidos en la Constitución Política del Perú. No están comprendidos los funcionarios públicos, directivos públicos ni los servidores de confianza".*

De modo que resulta inconstitucional la previsión que pretende limitar los derechos de los servidores civiles, a aquellos establecidos en los artículos de la función pública, debiendo suprimirse la expresión *"función pública establecidos en la".*

- **El artículo 40º último párrafo de la Ley N.º 30057**, prescribe que:

  *"Ninguna negociación colectiva puede alterar la valorización de los puestos que resulten de la aplicación de la presente Ley".*

En la medida que como consecuencia de la negociación colectiva se pueden mejorar aspectos económicos vinculados a lo que se ha denominado en la ley compensación económica (artículo 31°), la que puede variar como consecuencia de una negociación colectiva voluntaria, libre y de buena fe, no resulta justificable imponer una limitación como la expuesta, tanto más cuando la compensación económica no va a ser la misma para todos los servidores que se encuentran en la misma categoría, sino que puede ser ajustada (artículo 31.b° de la Ley) dentro de las respectivas bandas remunerativas.

- **El artículo 42º de la Ley N.º 30057**, dispone que:

  *"Los servidores civiles tienen derecho a solicitar la mejora de sus compensaciones no económicas, incluyendo el cambio de condiciones de trabajo o condiciones de empleo, de acuerdo con las posibilidades presupuestarias y de infraestructura de la entidad y la naturaleza de las funciones que en ella se cumplen".*

Conforme a lo antes expuesto, es inconstitucional limitar el ejercicio del derecho a la negociación colectiva, en tanto que desnaturaliza su contenido al prever que solo se pueden negociar reclamos vinculados a compensaciones no económicas, así como a las posibilidades presupuestarias y de infraestructura de la entidad; en ese sentido, cabe recordar que este Tribunal ha precisado en el Exp. N.° 00008-2010-PI/TC:

*"53. Dicho Convenio [151 de la OIT] establece en su artículo 7.° que deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos en torno a las condiciones de empleo, o de*

*cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones.*

*En el caso del Perú, el ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos, a través de sus organizaciones sindicales, como cualquier otro derecho, no es absoluto y está sujeto a límites.*

*En efecto, dentro de las condiciones nacionales a que hace referencia el Convenio 151.°, la Constitución establece determinadas normas relativas al presupuesto público. En efecto, a tenor de los artículos 77.° y 78.° de la Norma Suprema, el presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, y su proyecto debe estar efectivamente equilibrado.*

*Consecuentemente, si el empleador de los servidores públicos es el Estado a través de sus diferentes dependencias, las limitaciones presupuestarias que se derivan de la Constitución deben ser cumplidas en todos los ámbitos del Estado.*

*Por ello, en el caso de las negociaciones colectivas de los servidores públicos, éstas deberán efectuarse considerando el límite constitucional que impone un presupuesto equilibrado y equitativo, cuya aprobación corresponde al Congreso de la República, ya que las condiciones de empleo en la administración pública se financian con recursos de los contribuyentes y de la Nación.*

*54. Por otro lado, una negociación colectiva en el ámbito laboral implica contraponer posiciones, negociar y llegar a un acuerdo real que ambas partes puedan cumplir. En tal sentido, no porque la ley disponga que todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado y presupuestado se vulnera el derecho a la negociación colectiva y a la libertad sindical.*

*En efecto, precisamente después de los acuerdos logrados mediante la negociación colectiva, conforme a la legislación vigente para los servidores públicos, los que tengan incidencia económica se podrán autorizar y programar en el presupuesto (…)".*

Por lo que es posible realizar una negociación colectiva aún cuando el objetivo de aquella incida en el presupuesto institucional de la entidad a la que pertenece el sindicato; sin embargo, este no deja de constituir un límite pero para el resultado de la negociación y no para aquella en sí misma, en tanto derecho de los servidores públicos sindicalizados, por lo que el referido artículo resulta inconstitucional.

- **El artículo 44.bº de la Ley N.º 30057**, señala que:

  *"Artículo 44. De la negociación colectiva*

  *La negociación y los acuerdos en materia laboral se sujetan a lo siguiente:*

  *(…)*

  *b) La contrapropuesta o propuestas de la entidad relativas a compensaciones económicas son nulas de pleno derecho.*

Esta disposición es igualmente inconstitucional, por las razones precedentemente expuestas, en tanto dispone la nulidad de oficio, de cualquier propuesta o contrapropuesta presentada dentro de la negociación colectiva, o de los acuerdos a los que se ha arribado, como consecuencia de aquella. En todo caso, la nulidad a que se hace referencia, puede ser declarada judicialmente, en el proceso que ex profesamente se siga para tal efecto, siempre que el ordenamiento jurídico lo permita, pero no de oficio, pues ello el ejercicio regular del derecho de negociación colectiva no puede ser considerado como un acto arbitrario, ilegal o irregular.

- **El artículo 31.2º de la Ley N.º 30057**, refiere que:

  *"Artículo 31. Compensación económica*

  *(…)*

  *31.2 La compensación económica se paga mensualmente e incluye la Valorización Principal y la Ajustada, y la Priorizada, de corresponder. El pago mensual corresponde a un catorceavo (1/14) de la compensación económica. Las vacaciones y los aguinaldos son equivalentes al pago mensual. Esta disposición no admite excepciones ni interpretaciones, ni es materia de negociación".*

Por los argumentos precedentemente expuestos, la última parte de dicho dispositivo debe declararse inconstitucional; ello no solo respecto a la prohibición de negociación contenida en la norma, sino también a la previsión de que dicha disposición no admite excepciones ni interpretaciones, pues de mantenerse vigente aquella, en vía indirecta se estaría impidiendo el desarrollo de la negociación colectiva, si es que aquella

involucra a alguno de los conceptos detallados en la compensación económica.

- **La Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N.º 30057.-** Cuyo tenor es:

  *"TERCERA. Derechos colectivos de quienes presten servicios al Estado bajo el régimen del Decreto Legislativo 728*

  *Los derechos colectivos de quienes prestan servicios al Estado bajo el régimen del Decreto Legislativo 728 se interpretan de conformidad con las disposiciones del Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo y consideran las Leyes de Presupuesto.*

  *Esta disposición rige a partir del día siguiente de la publicación de la presente Ley".*

  Esta disposición no es inconstitucional, en tanto sea interpretada como ha quedado expresado *supra*, esto es, que el ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos está sujeto a lo que establece la Constitución sobre el particular, complementada con el contenido de los tratados sobre la materia, en particular, los emanados de la OIT que el Estado peruano haya ratificado, a lo que cabe agregar, además, que tal interpretación queda sujeta a lo que este Tribunal haya expresado sobre la materia conforme lo dispone el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

- **La Novena Disposición Complementaria Final, inciso a) de la Ley N.º 30057.-** Establece que:

  *"NOVENA. Vigencia de la Ley*

  *a) A partir del día siguiente de la publicación de la presente Ley, son de aplicación inmediata para los servidores civiles en los regímenes de los Decretos Legislativos 276 y 728, las disposiciones sobre el artículo III del Título Preliminar, referido a los Principios de la Ley del Servicio Civil; el Título II, referido a la Organización del Servicio Civil; y el Capítulo VI del Título III, referido a los Derechos Colectivos".*

  En principio, conforme al artículo 103° de la Constitución, *"La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos (…)"*, por lo que entendiendo la disposición impugnada como una modificación a parte del contenido de los Decretos Legislativos N.os 276 y 728, formalmente aquella es compatible con el ordenamiento constitucional.

  Sin embargo, en lo que importa al ámbito sustantivo, esto es, a su contenido, se advierte que la incorporación de los principios contenidos en el artículo III del Título Preliminar de la Ley N.° 30057 a dichos regímenes laborales no colisiona con el contenido de la Constitución, salvo en el caso del principio de previsión presupuestal, el que no es inconstitucional, en tanto no sea interpretado *ex ante* como una limitación para el ejercicio de derechos fundamentales como el de la negociación colectiva, entre otros.

  Por su parte, el Título II de la Ley N.° 30057, relativo a la Organización del Servicio Civil, en tanto define y establece cómo está conformado el sistema administrativo de gestión de recursos humanos, no contiene disposición alguna que colisione con la Constitución, de modo que no corresponde declarar su inconstitucionalidad. Igual razonamiento corresponde en relación a la supuesta inconstitucionalidad del Capítulo IV del Título III de la ley acotada, referido a las compensaciones que se deben dar como consecuencia de la relación laboral, en donde se define su estructura, reglas generales, contenido de la compensación económica, financiamiento y CTS.

15. Como se ha observado en algunos de los párrafos precedentes, el Tribunal ha optado por salvar la constitucionalidad de la norma, interpretando el modo correcto en que aquella debe ser aplicada.

    La emisión de sentencias interpretativas que reducen, amplían, sustituyen o llanamente precisan el ámbito normativo de un texto jurídico, permaneciendo éste en el ordenamiento jurídico, no es algo ajeno al quehacer de los tribunales constitucionales del mundo. De hecho, como se sabe, el Tribunal ha emitido esta clase de sentencias en más de una ocasión (Cfr. SSTC 0010-2002-PI, 0006-2003-PI, 0050-2004-PI –acumulados–, 0006-2006-PI, 0002-2009-PI, entre otras). El asunto pues, no pasa por determinar si presentada una demanda de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional puede expedir una sentencia interpretativa (lo cual, por imperativo de diversos principios constitucionales, entre los que destacan el deber de presumir la constitucionalidad de las leyes y el deber de interpretarlas de conformidad con la Constitución, es claramente posible, sino en determinar si puede ser ése el objeto de la pretensión en un proceso de inconstitucionalidad.

16. En ese sentido, queda claro para el Tribunal que no es posible que la norma impugnada sea aplicada tal como fue promulgada, tanto porque su naturaleza es distinta de la denominación que el legislador ordinario le confirió, como porque su aplicación, en tanto considerada como una norma de naturaleza laboral, exige que sea interpretada y complementada con el contenido de la Constitución, por lo que se justifica dictar en ese extremo una sentencia de naturaleza interpretativa que establezca el sentido correcto de las normas impugnadas.

    Por ello, para no crear un vacío legislativo, se recurre a este tipo de sentencias, como en otras ocasiones ha hecho este Tribunal.

**§3. El ejercicio de los derechos constitucionales en una relación laboral (artículo 23º de la Constitución).**

17. Se ha alegado también que los artículos 31°, 40°, 42°. 44°, la Tercera y la Novena Disposición Complementaria Final; o parte de ellos, vulneran el contenido del artículo 23° de la Constitución.

18. Dicha disposición constitucional establece:

    *"El Estado y el Trabajo*

    *Artículo 23.- El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.*

    *El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.*

    *Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.*

    *Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento".*

19. Resulta pues evidente que al tratar de limitar el ejercicio del derecho constitucional a la negociación colectiva a los servidores públicos que laboren bajo el régimen de la Ley N.° 30057, importa una restricción indebida de este derecho, de modo que, por tal razón también deben ser declarados inconstitucionales los artículos **40º primer párrafo; 42º; 44.bº; y 31.2º última parte.**

20. De otro lado, como ha quedado expuesto precedentemente, ni la Tercera, ni la Novena Disposición Complementaria Final, son inconstitucionales, en tanto sean interpretadas como ha expuesto precedentemente este Tribunal.

**§4. El principio de separación de poderes, de la independencia de la función jurisdiccional y de cosa juzgada (artículos 43º y 139.2º de la Constitución).**

21. La parte demandante refiere que la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria, afecta a los artículos 43° y 139.2° de la Constitución (principio de separación de poderes e independencia de la función jurisdiccional, respectivamente).

22. En ese sentido, la precitada Disposición Complementaria Transitoria regula el traslado de los servidores públicos sujetos a los regímenes de los Decretos Legislativos N.°s 276, 728 y 1057 al régimen del servicio civil. Sobre el particular, precisa que:

    - Dichos servidores se pueden trasladar voluntariamente, previo concurso y que para participar en él, no se requiere renunciar al régimen en que se encuentran laborando.
    - En caso de ganar el concurso y optar por el traslado, dejan de pertenecer a los anteriores regímenes; en consecuencia, se les liquida sus beneficios sociales y no tienen derecho a ninguna de las condiciones y beneficios establecidos en aquellos.
    - A partir de su traslado al nuevo régimen, cualquier disposición, resolución administrativa o judicial que contravenga esta disposición es nula de pleno derecho e inejecutable.
    - No están sujetos a periodo de prueba.
    - Los servidores del servicio civil aportaran al SPP o al SNP; en caso alcancen el derecho para recibir una pensión y opten por seguir laborando, deben tramitar la suspensión de dicha pensión.

23. En principio, y en tanto tal disposición establece la voluntariedad tanto para someterse a un concurso público como para trasladarse de régimen laboral, así como las condiciones para tal efecto y la necesidad de aportar a uno de los regímenes previsionales vigentes, este Colegiado advierte que tales regulaciones no amenazan ni afectan un principio o derecho constitucional; situación contraría se presenta cuando se evalúa la última parte del segundo párrafo de la Disposición Complementaria Transitoria bajo análisis.

24. La parte pertinente establece que *"(…) a partir de su traslado al nuevo régimen, cualquier*

*disposición, resolución administrativa o judicial que contravenga esta disposición es nula de pleno derecho o inejecutable por el Sector Público"*.

25. En relación a la nulidad de pleno derecho o inejecutabilidad de los actos administrativos en general, corresponde distinguir cuando menos, dos posibilidades, teniendo siempre presente que, conforme a la redacción de la norma, esta norma regula únicamente el procedimiento para trasladarse al servicio civil:

    - En primer término, esta disposición puede considerarse que tiene por objeto evitar que instituciones o autoridades ajenas al ente rector del servicio civil (SERVIR), se inmiscuyan en los procesos que convoquen a tal efecto, lo que constituiría una afectación a las competencias que la Ley N.° 30057 le confiere. En ese sentido, no resulta inconstitucional una disposición de este tipo.
    - De otro lado, SERVIR, en tanto órgano administrativo, está facultado para emitir actos cuya nulidad puede ser declarada de oficio, o como resultado de un cuestionamiento en sede administrativa –en vía recursiva–, o en sede jurisdiccional. En el primer caso, puede SERVIR declarar la nulidad de un acto administrativo, siempre que se ciña a lo que establece sobre el particular la Ley N.° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, mientras que en relación al cuestionamiento jurisdiccional, es factible que lo sea a través del proceso contencioso administrativo o, a través del proceso de amparo cuando sea necesaria la tutela urgente de los derechos fundamentales de los trabajadores afectados.

      En consecuencia, no resulta inconstitucional la referencia a la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos que contravengan la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N.° 30057, siempre que aquella sea interpretada como ha quedado anotado precedentemente, se respete el debido proceso y exista una causal de nulidad prevista legalmente.

26. Distinto es el caso de la pretensión contenida en la norma, dirigida a limitar los efectos de una resolución judicial que "contravenga" el sentido de un acto administrativo de SERVIR, dado que una disposición con tal contenido, cuando menos contraviene el artículo 139.2° de la Constitución, que expresamente establece:

    *"Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:*

    *(…)*

    *2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.*

    *Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno".*

27. Se advierte a simple vista que la Constitución expresamente señala que ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni mucho menos modificar o retardar la ejecución de sentencias. En su jurisprudencia, este Tribunal ha dejado sentado que:

    "Sobre el particular, este Tribunal ha sostenido en reiterada jurisprudencia que este derecho garantiza al justiciable que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no sólo no puedan ser recurridas a través de medios impugnatorios –bien porque estos han sido agotados; bien porque ha transcurrido el plazo legal para interponerlos– sino también que el contenido de las mismas no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, ya sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso [STC N.° 04587-2004-AA/TC, fj. 38]".

28. Es evidente, entonces, que una disposición como la analizada afecta directamente la garantía de la cosa juzgada, cuando se pretende –*a priori* y por mandato legal– dejar sin efecto resoluciones judiciales, cuya vigencia y eficacia tienen pleno asidero y respaldo constitucional. De modo que la referencia a la nulidad de las resoluciones judiciales es inconstitucional.

**§5. El principio que consagra el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos en la Constitución y la ley (artículo 26.2º de la Constitución).**

29. Asimismo, se ha cuestionado que la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria de

la Ley N.° 30057 vulnera el artículo 26.2° de la Constitución (irrenunciabilidad de los derechos reconocidos en la Constitución), cuando establece en su segundo párrafo que los servidores que se trasladen al nuevo régimen laboral ya no tienen los derechos, condiciones o beneficios que se establecen en el régimen anterior, lo cual afecta tanto su tiempo de servicios como sus derechos pensionarios, y en el caso del régimen del Decreto Ley N.° 20530, no se les acumulará el tiempo de servicios.

30. El artículo 103° de la Constitución señala 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 (…)".* Conforme a esta disposición, la eficacia de las normas legales se produce desde que entran en vigencia, de modo que afectan a las relaciones jurídicas que se produzcan en tanto se encuentren en vigor.

31. La norma cuestionada regula un supuesto distinto a aquel en el que una persona postula a un régimen laboral, sin tener un contrato vigente con alguna entidad estatal; en este último supuesto, estamos frente al acceso a la carrera pública, en consecuencia, el ganador del concurso, no tiene que renunciar a ningún régimen laboral. Por el contrario, en el caso del traslado, estamos en la situación en la que quien gana un concurso público para acceder a la carrera pública, ya tiene una relación laboral con una entidad pública, y por ello, para pasar al nuevo régimen, debe cortar su relación laboral anterior. Ello conlleva que los beneficios y derechos otorgados por el régimen anterior fenezcan al extinguirse el anterior vínculo laboral, pues son reemplazados por los otorgados en el nuevo sistema.

32. De modo que el trabajador que voluntariamente opta por el traslado acotado, no queda desprotegido respecto de los derechos que la Constitución o los tratados establecen en materia laboral, sino que tanto el acceso como el goce de los mismos, queda supeditado a las reglas establecidas en el nuevo régimen. Más aún, cuando como consecuencia de su traslado, se debe proceder a liquidar los beneficios sociales respectivos, conforme al régimen laboral en que se estuvo laborando antes del traslado.

33. En ese sentido, no puede pretenderse que un trabajador del sector público –en cuales quiera de los regímenes laborales preexistentes–, cuando opte por el traslado al nuevo régimen del servicio civil, pretenda obtener los mismos derechos que tenía en su régimen laboral de origen, dado que ello importaría consagrar en vía interpretativa, lo que tácitamente está negado en la Constitución; esto es, un régimen de "derechos adquiridos". En ese sentido, cabe recordar que cuando tal régimen fue regulado en vía excepcional solo para efectos previsionales, en la Constitución, ello mereció la reforma constitucional implementada por la Ley N.° 28389 del 17 de noviembre de 2004, conforme a la cual se modificaron tanto el artículo 103° de la Constitución, como la Primera Disposición Final y Transitoria de aquella.

34. En consecuencia, no resulta inconstitucional prever que ante un cambio de régimen laboral, los trabajadores del sector público tengan que renunciar al régimen en que se encuentran antes de pasar al nuevo servicio civil, correspondiéndoles a aquellos, los derechos y beneficios que el nuevo régimen establece.

**§6. El principio de igualdad ante la ley, así como del principio de igualdad de oportunidades sin discriminación (artículos 2.2º y 26.1º de la Constitución).**

35. La parte demandante ha cuestionado el artículo 26° de la Ley N.° 30057, por considerarlo contrario al principio de igualdad regulado en el artículo 2.2° de la Constitución, así como al principio de igualdad de oportunidades en la relación laboral.

36. El artículo 26° contiene las siguientes disposiciones:

> *"Artículo 26. Consecuencias de la evaluación*
>
> *La evaluación es la base para la progresión en el grupo de servidores civiles de carrera, las compensaciones y la determinación de la permanencia en el Servicio Civil.*
>
> *Por la evaluación, se califica a los servidores como:*
>
> *a) Personal de rendimiento distinguido;*
>
> *b) Personal de buen rendimiento;*
>
> *c) Personal de rendimiento sujeto a observación; y,*
>
> *d) Personal desaprobado.*
>
> *Solo los servidores que califiquen como personal de rendimiento distinguido o personal de buen rendimiento tienen derecho a participar en los procesos de progresión en la carrera que se convoquen en el Estado.*
>
> *Las entidades solo pueden calificar como personal de rendimiento distinguido hasta*

*el diez por ciento (10%) de los servidores civiles en cada evaluación. En caso de empate, se pueden plantear mecanismos que permitan cumplir con lo señalado en el presente artículo.*

*Por resolución de Servir se establecen los métodos y criterios de evaluación, debiéndose tomar en cuenta el número total de servidores de la entidad, el tipo de puestos existentes, el nivel de gobierno, el sector al que pertenece, la naturaleza de las funciones que cumple, la naturaleza de sus servicios o el rango de recursos presupuestarios.*

*Las oficinas de recursos humanos, o las que hagan sus veces, desarrollan actividades de capacitación para atender los casos de personal evaluado en la categoría de personal de rendimiento sujeto a observación, que garantice un proceso adecuado de formación laboral, en los seis (6) meses posteriores a la evaluación.*

*Si habiendo recibido formación laboral el servidor fuera evaluado por segunda vez como personal de rendimiento sujeto a observación, es calificado como personal "desaprobado"".*

37. Conforme a los argumentos de la parte demandante, corresponde que este Colegiado se pronuncie en relación a si se ha vulnerado o no el principio de igualdad; sobre el particular, en la sentencia dictada en el Exp. N.° 00015-2010-PI/TC, se expuso en relación a dicho principio así como a las características necesarias del término de comparación, lo siguiente:

*"6. Conforme al artículo 2°, inciso 2, de la Constitución, "[t]oda 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". El Tribunal Constitucional, tiene expuesto que la igualdad detenta tanto la condición de principio como la condición de derecho fundamental. "En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo" "de cualquier otra índole") que, jurídicamente, resulten relevantes" (cfr. SSTC 0045-2004-PI, F. J. 20 y 0013.59-2010-PI, F. J. 7).*

*7. Desde luego, como en más de una ocasión se ha enfatizado, y, en buena medida, el juicio común permite advertir, el derecho a la igualdad no consagra llanamente la prohibición de diferenciación, sino la prohibición de diferenciación constitucionalmente injustificada, es decir, aquélla que no se sostiene en criterios objetivos o razonables. Lo que es tanto como sostener que la diferenciación que la Constitución juzga inválida, es aquélla que no supera el denominado test de igualdad, y que, en razón de ello, debe ser considerada como un trato discriminatorio.*

*8. No obstante, antes de analizar si la medida que se juzga discriminatoria supera o no el test de igualdad, es preciso, analizar si existe un término de comparación válido. En efecto, el análisis relacionado con una supuesta violación de la cláusula constitucional de igualdad, exige, ante todo, la comparación de dos situaciones jurídicas, a saber, aquélla que se juzga que recibe el trato discriminatorio, y aquélla otra que sirve como término de comparación para determinar si en efecto se está ante una violación del principio-derecho de igualdad.*

*9. La situación jurídica que se propone como término de comparación no puede ser cualquiera. Ésta debe ostentar ciertas características mínimas para ser considerada como un término de comparación "válido" en el sentido de pertinente para efectos de ingresar en el análisis de si la medida diferenciadora supera o no el test de igualdad. Tales características son, cuando menos, 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. 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.*

*10. Es en esta línea que el Tribunal Constitucional ha planteado que "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" (cfr. STC 0001-2004-PI / 0002-2004-PI, F. J. 47). En similar sentido, se ha sostenido que "[e]ntre lo que se compara y aquello con lo cual este 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" (cfr. STC 0019-2010-PI, F. J. 15). 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 STC 0045-2004-PI, F. J. 33 y ss.".*

38. Dado que la configuración del término de comparación propuesto viene determinada por un precepto legal, preguntarse si dicho término resulta lícito, implica preguntarse si dicha disposición legal resulta conforme con la Constitución.

39. En el caso, se advierte que como consecuencia de la evaluación anual implementada respecto de los servidores públicos del nuevo régimen del servicio civil, aquellos van a ser clasificados en diferentes categorías. Tal clasificación, basada en el resultado de un proceso de evaluación no puede considerarse discriminatoria, puesto que es evidente que no todos los servidores públicos –ni por extensión, los privados–, tienen las mismas capacidades, de modo que el ascenso basado en los méritos personales y profesionales, constituye un elemento diferenciador que permite ascender o premiar a quienes se destacan en el cumplimiento de sus funciones, puesto que ello redundará en una mejor prestación del servicio público que corresponda.

40. No se advierte en la norma bajo análisis que la progresión en la carrera se sustente en razones de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole –que es la proscrita en la Constitución–, sino por el contrario, se tratará de una evaluación sustentada en reglas generales, objetivas y previamente determinadas, lo que determina que estamos frente a un trato diferenciado no previsto directamente desde la norma, sino, sustentado en el resultado de una evaluación.

41. Pretender la inconstitucionalidad de la disposición bajo análisis importaría, por extensión, que todo proceso de evaluación desarrollado en el sector público, donde por los resultados, un grupo de postulantes o trabajadores no acceda a una plaza, cargo, capacitación, etc., es *per se*, discriminatorio, solo porque algunos o probablemente muchos, no culminen con éxito los procesos de evaluación.

    Por consiguiente, dado que la norma se caracteriza por tener un mandato impersonal, esta disposición no contiene visos de ser inconstitucional.

42. Lo que puede resultar arbitrario es el porcentaje previsto para los servidores que pueden ser considerados como "de rendimiento distinguido", dado que ello en instituciones con poca población laboral, puede resultar sumamente arbitrario, de modo que SERVIR debe considerar cuando menos un número mínimo para entidades que no sobrepasen de 100 o 200 servidores, por poner un ejemplo. En este extremo, el artículo 26° de la Ley impugnada debe ser interpretado conforme ha quedado anotado, para que efectivamente la norma sirva de estímulo y no se convierta en un cuello de botella que desmotive o impida la progresión de sus trabajadores.

43. De otro lado, se ha cuestionado el artículo 65° de la Ley impugnada, por considerar que es discriminatoria al no considerar dentro del

servicio civil tanto a los servidores de servicios complementarios como a los contratados.

Conforme a lo establecido en el artículo 8° de la Ley, para incorporarse al servicio civil es necesario aprobar el respectivo proceso de selección, de modo que quienes no lo hagan o quienes no hayan sido contratados conforme a dicho procedimiento, no pueden ser parte del mismo. Este criterio rige para todo tipo de regímenes laborales, dado que quienes han sido contratados fuera de los supuestos de acceso a cada régimen, no forman parte de los mismos, y esto en modo alguno no puede ser considerado discriminatorio.

Lo contrario significaría que cada vez que el sector público requiera un especialista, técnico o profesional para una labor determinada y por tiempo concreto, no sea posible contratar a aquella persona, puesto que resulta necesario e imperativo incorporarlo al nuevo régimen del servicio civil, lo que en modo alguno aparece como una opción constitucionalmente acertada.

44. Asimismo, se ha cuestionado el contenido del artículo 72° de la Ley N.° 30057 en tanto que regula un periodo de prueba de 3 meses para el servidor que se incorpora al servicio civil mediante concurso público, mientras que los trabajadores que ingresan provenientes de otro régimen laboral, están exonerados del mismo.

Sin embargo tal apreciación no es correcta; en primer término porque la Ley distingue entre el proceso de selección –regulado en el artículo8° en adelante–, y el traslado –Cuarta Disposición Complementaria Transitoria–; y, en segundo lugar, porque quienes optan por el traslado, ya tienen experiencia laboral en el Estado, y además, en su momento, ya cumplieron un periodo de prueba, de modo que se advierten diferencias objetivas y razonables entre una y otra situación, por lo que tal objeción también debe ser desestimada.

45. Finalmente, en relación a los artículos 2.2° y 26.1° de la Constitución, se ha cuestionado el artículo 77° de la Ley N.° 30057 porque establece que el porcentaje de servidores de confianza no debe ser mayor al 5% de puestos existente en cada entidad, salvo que SERVIR excepcionalmente establezca otro porcentaje.

Este Colegiado no advierte inconstitucionalidad alguna en esta disposición dado que aquella se encuentra dentro del margen de discrecionalidad con que puede actuar el legislador ordinario, pues la Constitución no establece nada sobre el particular.

**§7. El derecho de los trabajadores a una remuneración equitativa y suficiente (artículo 24º de la Constitución).**

46. Los demandantes refieren que los artículos 31.2°, 40°, 42°, 44° y la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N.° 30057 vulneran el derecho de los trabajadores a una remuneración equitativa y suficiente (artículo 24° de la Constitución), pues al recortarse el derecho a la negociación colectiva sobre conceptos remuneratorios, se imposibilita que los trabajadores hagan reclamos sobre los montos de su compensación económica.

47. De modo que en la medida que el énfasis de este cuestionamiento está vinculado al ejercicio del derecho a la negociación colectiva a efectos de mejorar las condiciones salariales, como este Colegiado se pronunció *supra* sobre el particular, se remite a lo antes expuesto. De otro lado, no es posible que este Tribunal evalúe, en abstracto, si las remuneraciones de determinado régimen laboral, cumplen o no con los requisitos establecidos en la Constitución.

**§8. El principio de que el trabajo es objeto de atención prioritaria del Estado, el relativo al fomento del empleo, así como el principio de dignidad de la persona humana (artículos 23º y 1º de la Constitución).**

48. Finalmente, los demandantes cuestionan la constitucionalidad de los incisos k) e i) del artículo 49° de la Ley N.° 30057, porque contienen disposiciones relacionadas al término de la relación laboral como la supresión del puesto debido a causas tecnológicas, estructurales u organizativas en el primer caso, o por causa relativa a la capacidad del servidor en caso de desaprobación, en el segundo.

49. En el Exp. N.° 00976-2001-AA/TC, el Tribunal Constitucional expuso, respecto del artículo 27° de la Constitución:

> *"11. El artículo 27 de la Constitución prescribe: "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario". Mediante dicho precepto constitucional no se consagra el derecho a la estabilidad laboral absoluta, es decir, el derecho "a no ser despedido arbitrariamente". Sólo reconoce el derecho del trabajador a la "protección adecuada" contra el despido arbitrario.*
>
> *El referido artículo no indica en qué términos ha de entenderse esa "protección adecuada". En su lugar señala que la ley*

*tiene la responsabilidad de establecerla; es decir, que su desarrollo está sujeto al principio de reserva de ley. En la medida que el artículo 27 constitucional no establece los términos en que debe entenderse la "protección adecuada" y prevé una reserva de ley para su desarrollo, el derecho allí reconocido constituye lo que en la doctrina constitucional se denomina un "derecho constitucional de configuración legal".*

*Evidentemente, el que la Constitución no indique los términos de esa protección adecuada, no quiere decir que exista prima facie una convalidación tácita de cualquier posible desarrollo legislativo que se haga en torno al derecho reconocido en su artículo 27 o, acaso, que se entienda que el legislador se encuentre absolutamente desvinculado de la Norma Suprema. Si bien el texto constitucional no ha establecido cómo puede entenderse dicha protección contra el despido arbitrario, ella exige que, cualesquiera que sean las opciones que se adopten legislativamente, éstas deban satisfacer un criterio mínimo de proporcionalidad o, como dice expresamente el texto constitucional, se trate de medidas "adecuadas"".*

50. En el caso, interesa si las causales antes expuestas se encuentran constitucionalmente justificadas si se extinguiera la relación laboral. En el caso del inciso i), dado que la desaprobación del servidor se encuentra relacionada con su capacidad, no es inconstitucional que se produzca el término del servicio civil, pues que no se le puede imponer a ningún empleador –incluyendo al Estado–, que mantenga vínculo laboral con quien no cumple eficientemente con sus labores.

51. Distinto es el caso del inciso k) del artículo 49° de la Ley impugnada, dado que las razones para el término del servicio civil derivan no de la conducta del servidor, sino de situaciones o hechos ajenos a su rendimiento y capacidad. En este supuesto, estamos frente a la "supresión del puesto debido a causas tecnológicas, estructurales u organizativas, entendidas como las innovaciones científicas o de gestión o nuevas necesidades derivadas del cambio del entorno social o económico, que llevan cambios en los aspectos organizativos de la entidad". En estos casos, el término del servicio civil solo se puede dar luego de determinar si no es posible la reubicación del personal excedente, respetando siempre sus derechos laborales y con su consentimiento informado.

    Si con posterioridad al término del servicio civil, por la razón precedentemente invocada, en un plazo que deberá ser reglamentado y que no sea mayor a 1 año, la entidad respectiva realiza nuevos procesos para acceder al servicio civil, se entiende que la decisión adoptada es cuando menos fraudulenta, y debe dar lugar a la recontratación del personal indebidamente cesado, incluso si ha cobrado sus beneficios sociales.

52. En todos los casos, el término del servicio civil puede ser cuestionado en sede judicial, en donde se evaluará la razonabilidad de la decisión adoptada por el empleador, así como si la causal invocada para tal efecto tiene o no sustento. Igualmente, en el caso que la incapacidad se haya producido como consecuencia del servicio civil, el servidor tiene expedita la vía para demandar la indemnización que pudiera corresponder, de ser el caso.

**§9. Las exclusiones en la Ley N.º 30057.**

53. Vale resaltar que en la Vista de la Causa del presente proceso, se abordó la materia referida a las excepciones incluidas en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30057, específicamente en lo que concierne a la exclusión de los efectos de la Ley SERVIR a *"(...)los servidores civiles del Banco Central de Reserva del Perú, el Congreso de la República, la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, y la Contraloría General de la República"*. Al respecto, llama la atención que el apoderado de la parte demandada haya señalado que se han excluido a alrededor de dos mil quinientos trabajadores de cinco entidades públicas en virtud de una supuesta naturaleza especial de las funciones que se desempeñan en dichos entes, sin que en ningún momento haya podido explicar la razonabilidad de la medida impuesta ni justificado la situación excepcional de los mencionados trabajadores.

54. No obstante ello, revisada la Ley N.° 30057, se advierte que esta clasifica a los servidores públicos en las categorías de funcionario público, directivo público, servidores de carrera, servidores de actividades complementarias y servidores de confianza. En el primer caso, se detalla quienes son funcionarios públicos, esto es, a los que resultan de una elección popular, directa y universal (desde el Presidente de la República hasta los alcaldes y regidores); a los que son de designación o remoción regulada (desde los titulares de los órganos constitucionales autónomos hasta gobernadores, entre otros); y a aquellos que son de libre designación

y remoción (desde los ministros hasta los gerentes municipales).

55. De modo que, si la norma debe ser, en principio, aplicable a todos los servidores públicos, ¿cuál es la justificación para excluir a alrededor de dos mil quinientos trabajadores de algunas entidades, más aún, sin justificar cual es la "naturaleza especial de las funciones que se desempeñan en dichos entes"? Por ello, si el objeto de aquella es *"establecer un régimen único 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"* (artículo I del Título Preliminar), no hay justificación alguna para que la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N.° 30057 pretenda una *arbitraria exclusión de beneficios*, sin sustento alguno, esto es, sin justificación o base objetiva.

56. Si bien el legislador ordinario tiene amplia discrecionalidad para establecer qué entidades forman parte o no de determinado régimen laboral, sus decisiones deben ser razonables, de modo que se justifique por qué determinados poderes u órganos constitucionales no están bajo su competencia administrativa y otros sí.

    En efecto, 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, así como interpretarlas, modificarlas o derogarlas (artículo 102.1 de la Constitución). Dicho en otras palabras, se trata de un terreno propio del legislador en el que tiene varias posibilidades de configuración del contenido legal con relevancia constitucional, todas ellas constitucionalmente posibles, el 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.

    Pero el hecho de que el legislador tenga libertad de acción dentro del margen de su discrecionalidad no supone que goce de una discrecionalidad absoluta, sino que su ámbito de actuación 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 (artículo 200 *in fine* de la Constitución). Este principio, según la doctrina consolidada de este Tribunal, implica el 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 tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y no sean arbitrarias (fundamento 9 de la STC 0006-2003-AI/TC; fundamento 12 de la STC 1803-2004-AA/TC, entre otros).

57. En consecuencia, el Tribunal considera que la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N.° 30057 resulta inconstitucional por carecer de razonabilidad, al pretender excluir de los efectos de la Ley SERVIR a *"(...) los servidores civiles del Banco Central de Reserva del Perú, el Congreso de la República, la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, y la Contraloría General de la República*.

    Con la finalidad de que el Congreso de la República subsane la omisión de motivar y justificar las razones objetivas y razonables por las cuales las entidades mencionadas quedan excluidas de la Ley N.° 30057 se declara en este extremo una *vacatio sententiae* que, indefectiblemente, vencerá sesenta días después de publicada la presente sentencia en el diario oficial El Peruano, plazo que, una vez vencido sin que se haya subsanado la omisión de motivar la exclusión del Servicio Civil, ocasionará que la declaratoria de inconstitucionalidad surta todos sus efectos, eliminándose del ordenamiento jurídico tal disposición legal.

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda de inconstitucionalidad presentada contra la Ley N.° 30057; en consecuencia, se declaran **INCONSTITUCIONALES** las siguientes disposiciones:

    a. La previsión contenida en el primer párrafo del artículo 40° de la Ley N.° 30057, en tanto hace referencia a la "*función pública establecidos en la".*

    b. La previsión contenida en el último párrafo del artículo 40° de la Ley N.° 30057.

    c. La previsión contenida en el 42° de la Ley N.° 30057.

d. El inciso b) del artículo 44° de la Ley N.° 30057.

e. La previsión contenida en la última parte del artículo 31.2° de la Ley N.° 30057, en tanto hace referencia a que *"Esta disposición no admite excepciones ni interpretaciones, ni es materia de negociación".*

f. La parte del segundo párrafo de la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria en tanto pretende regular que cualquier resolución *"judicial"* que contravenga a esta disposición es inconstitucional.

g. La parte de la Primera Disposición Complementaria Final, cuyo texto establece que no están comprendidos dentro de los alcances de dicha disposición *"(...) los servidores civiles del Banco Central de Reserva del Perú, el Congreso de la República, la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, y la Contraloría General de la República".*

2. Disponer, respecto a la parte de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N.° 30057 declarada inconstitucional, una *vacatio sententiae* que, indefectiblemente, vencerá sesenta días después de publicada la presente sentencia en el diario oficial El Peruano, plazo que, una vez vencido sin que se haya subsanado la omisión de motivar la exclusión del Servicio Civil, ocasionará que la declaratoria de inconstitucionalidad surta todos sus efectos, eliminándose del ordenamiento jurídico la citada exclusión de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N.° 30057.

3. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad, en lo correspondiente al inciso k) del artículo 49°, el artículo 77°, la Tercera Disposición Complementaria Final, el inciso a) de la Novena Disposición Complementaria Final y la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N.° 30057, siempre que estas disposiciones se interpreten como ha establecido este Tribunal.

4. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**MESÍA RAMÍREZ**
**VERGARA GOTELLI**
**CALLE HAYEN**

***Sentencia 00015-2013-PI/TC*** *Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por congresistas contra la Ley 29248, modificada por el Decreto legislativo 1146, declarando la inconstitucionalidad de la multa por no hacer servicio militar obligatorio. El Tribunal declaró fundada en parte la demanda.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 23 de mayo de 2014

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda interpuesta por los recurrentes en el extremo referente a la inconstitucionalidad de la multa por no cumplir con el servicio militar obligatorio, contenida en el artículo 78.9 de la Ley 29248, modificado por el Decreto Legislativo 1146, siendo infundados los demás extremos de la demanda.

Cabe destacar que en el presente caso no llegó a emitirse una sentencia propiamente dicha, al no existir un consenso sobre su contenido, sino que las posturas de los magistrados se desarrollaron en diferentes votos, y es en base a las posturas ahí manifestadas que se hizo el cómputo respectivo para determinar qué extremos de la demanda alcanzaban los votos necesarios para una declaración de fundado, y cuáles no.

Adicionalmente, se alcanzaron los votos suficientes para exhortar al legislador para que en el plazo más breve regule un mecanismo alternativo dirigido a evitar que la sanción de suspensión de los efectos del Documento Nacional de Identidad derive en una condena de muerte civil.

**Temas:** Servicio militar obligatorio.

EXP. N.° 15-2013-PI/TC
LIMA
CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA

**RAZÓN DE RELATORÍA**

La causa correspondiente al Expediente N° 000015-2013-PI/TC ha sido votada por los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, cuyos votos se acompañan.

Debe señalarse que el magistrado Álvarez Miranda ha votado por declarar fundada la demanda en su totalidad, por lo que su posición suma a la de los magistrados que se detalla a continuación.

Así, con los votos de los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda y de conformidad con el primer párrafo del artículo 5° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se han alcanzado los votos necesarios para declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda y, en consecuencia, **INCONSTITUCIONAL** el artículo 78.9 de la Ley 29248, modificado por el Decreto Legislativo 1146, expulsando del ordenamiento jurídico la frase: "multa del cincuenta por ciento (50%) de la Unidad Impositiva Tributaria, vigente a la fecha en que se hace efectivo el pago. Asimismo, y en tanto no se cancele la multa correspondiente, se aplicará".

Asimismo, con los votos de los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen y Eto Cruz, se **EXHORTA** "al legislador para que en el plazo más breve regule un mecanismo alternativo dirigido a evitar que la sanción de suspensión de los efectos del documento nacional de identidad derive en una condena de muerte civil".

En los demás extremos de la demanda, no se han alcanzado los cinco votos en favor de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, por lo que la demanda es **INFUNDADA** en dichos extremos, como prevé el segundo párrafo del artículo 5° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Lima, 23 de mayo de 2014

**VOTO DE LOS MAGISTRADOS URVIOLA HANI, MESÍA RAMÍREZ Y ETO CRUZ**

La decisión que nos encontramos emitiendo los magistrados Urviola Hani, Mesía Ramírez y Eto

Cruz, para declarar la inconstitucionalidad de parte del Decreto Legislativo 1146, se justifica en el hecho de que consideramos que el servicio militar obligatorio está sustentado en un deber constitucional, como es el de colaborar con la defensa nacional, según pasamos a explicar.

**§. CONFIGURACIÓN DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO**

1. Antes de entrar al análisis del tema del servicio militar, es preciso mencionar que coherente con la profesionalización del servicio civil en las distintas áreas de la administración pública, que actualmente se está llevando a cabo en el país, debería buscarse la profesionalización de las Fuerzas Armadas. Tal profesionalización debe alcanzar su techo institucional, tomando en cuenta que la capacitación ha cobrado importancia para el éxito de las organizaciones modernas y para los propios miembros de la institución. El sintagma 'capacitación y desarrollo' servirá para reconocer la combinación de actividades que utiliza la organización a fin de elevar la base de habilidades de sus profesionales, siempre con el objetivo de *"(...) garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República (...)*" (artículo 165 de la Constitución y artículo 8.2 del Decreto Legislativo 1134, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Defensa).

2. En vista que la capacitación desempeña una función central en el crecimiento y refuerzo de estas capacidades, por lo que se han convertido en la columna vertebral de la instrumentación de estrategias, hoy en día los puestos de los militares de tropa profesional deberían contar con un importante bagaje de lo que es la vida castrense y con un extenso conocimiento para poder contribuir con la institución. Bajo tales consideraciones, es preciso recordar que el artículo 10.3 del aludido Decreto Legislativo 1134 establece que al Ministro de Defensa le corresponde *"Fortalecer y asegurar el nivel de eficiencia y operatividad de las Fuerzas Armadas, así como su preparación, formación, capacitación, especialización, perfeccionamiento, entrenamiento, organización, mantenimiento y equipamiento permanente, a través de las Comandancias Generales de las Instituciones Armadas de acuerdo a la normatividad vigente"*. Sin embargo, a juicio de un general en retiro, las Fuerzas Armadas en forma general no captan el personal de tropa **que requieren sus unidades de combate y tan solo llegan a 33,5% de su efectivo total (**declaración *en* **noticia '**Déficit de voluntarios para Servicio Militar es por ausencia de beneficios', aparecida en La República, del 29 de marzo de 2012. http://www.larepublica.pe/29-03-2012/deficit-de-voluntarios-para-servicio-militar-es-por-ausencia-de-beneficios).

3. Dentro de unas Fuerzas Armadas que deben tender a profesionalizarse, se ha considerado necesario admitir a personas ajenas a la carrera castrense, siempre que su intervención se justifique en el cumplimiento de sus fines constitucionales. Así, los artículos 2, 50 y 53 de la Ley 29248, del Servicio Militar, modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1146, establecen que este servicio es una actividad de carácter personal, prestado por varones y mujeres a partir de los dieciocho años sin discriminación alguna, por entre doce y veinticuatro meses, a través de la cual pueden ejercer su derecho y deber constitucional de participar en la defensa nacional, a cambio de gozar de una serie de beneficios y derechos que buscan compensar las necesidades de los participantes y brindar posibilidades de desarrollo personal para su futuro. Se torna en obligatorio cuando la actividad castrense es realizada de manera forzosa por parte de los mencionados ciudadanos. Sobre esta base, es preciso determinar la validez del servicio militar desde el punto de vista constitucional.

**• El Servicio Militar en la Ley 29248**

4. En primer lugar, es preciso diferenciar qué significa el servicio militar voluntario y el obligatorio, pues ambos coexisten en el país tras la dación del Decreto Legislativo 1146.

5. A lo largo de nuestra historia republicana, las distintas Constituciones nacionales reconocieron un modelo de servicio militar en el país, el mismo que fue desarrollado en normas infraconstitucionales (Ley del 21 de diciembre de 1847, Ley del 15 de noviembre de 1872, Ley del 24 de diciembre de 1887, Ley del 10 de diciembre de 1898, Ley 1569, del 31 de mayo de 1912, Decreto Ley 10967, del 2 de marzo de 1949, Decreto Ley 20788, del 12 de noviembre de 1974 y Decreto legislativo 264, del 8 de noviembre de 1983, presentados como Reclutamiento no forzoso para el Ejército, Ley de Conscripción o simplemente Ley de Servicio Militar Obligatorio). Según lo recuerda la Defensoría del Pueblo, con el paso del tiempo, las conocidas 'levas' se convirtieron en un recurso empleado con frecuencia por personal de las Fuerzas Armadas -vestido de civil- para incorporar a personas, sobre todo jóvenes, en espacios identificados como populares o marginales, privándoseles de su libertad individual y sin comunicar lo sucedido a los familiares (Informe Defensorial 3, Sobre

las levas y el Servicio Militar Obligatorio, de 1997).

6. Preocupado por este escenario, el Congreso de la República emitió la Ley 27178, del Servicio Militar, según la cual el llamamiento sólo se hacía a favor de los inscritos voluntariamente (artículo 34). Antes de aprobar la mencionada norma, en el debate congresal para defender el dictamen de la Comisión de Defensa Nacional, el oficialismo señaló que *"En nuestro país, en los últimos tiempos este tema ha sido materia de debate a consecuencia de informes sobre casos de posibles suicidios, malos tratos, accidentes, deserciones, entre otros hechos que se han traducido en el cuestionamiento, por diversos sectores de la sociedad, de la obligatoriedad de la prestación, su configuración, posibles formas alternativas o sustitutorias del servicio militar, así como la necesaria adecuación del servicio a los nuevos tiempos que vive el país y el mundo (…) El actual contexto de relaciones bilaterales, regionales e internacionales no amerita mantener un modelo de conscripción obligatorio netamente orientado al adiestramiento militar para la defensa nacional"* (posición de la congresista ponente, en 16ª sesión de la Segunda legislatura ordinaria de 1998, del 9 de junio de 1999).

7. Tal regulación se mantuvo con la emisión de la Ley 29248, del Servicio Militar, cuyo objeto explícito fue *"(…) regular el Servicio Militar Voluntario, su organización, alcances, modalidades, procedimientos y su relación con la movilización, de conformidad con la Constitución Política del Perú y los Convenios Internacionales de los cuales el Perú es parte"* (artículo 1). Incluso se insistió en que *"Prohíbese el reclutamiento forzoso como procedimiento de captación de personas con la finalidad de incorporarlas al Servicio Militar"* (artículo 6).

8. Sin embargo, a juicio de la parte demandante las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo 1146 a la mencionada Ley 29248, especialmente la relativa a sorteo con conscripción, ha permitido que el servicio voluntario se transforme en uno obligatorio. En esta misma línea se pronunció el Defensor del Pueblo en funciones quien aseveró que la nueva normatividad desnaturalizaba el carácter voluntario del servicio militar (noticia 'Defensor del Pueblo: Nueva Ley de Servicio Militar desnaturaliza su carácter voluntario', *en* El Comercio, 4 de junio de 2013. http://elcomercio.pe/politica/gobierno/defensor-pueblo-nueva-ley-servicio-militar-desnaturaliza-su-caracter-voluntario-noticia-1585118). Frente a tal postulado, el Poder Ejecutivo alega que al sorteo sólo se acudirá excepcionalmente, por lo que con esta medida el servicio militar no se convierte en obligatorio, pues, al ser voluntario desde su configuración, sólo podrá validarse la convocatoria forzosa en atención de garantizar la adecuada defensa nacional.

- ***El servicio militar voluntario***

9. La Ley 29248 básicamente está destinada a regular el servicio militar voluntario, razón por la cual casi todo su articulado disciplina tal instituto. Se presenta como una forma de colaboración autorizada por parte de ciudadanos a la labor que cumplen las Fuerzas Armadas. Si bien su objetivo está dirigido básicamente a asegurar la Defensa Nacional (su finalidad primordial es garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República, según el artículo 165 de la Constitución), también puede cumplir otros objetivos, siempre que ellos tengan un asidero constitucional (entre muchos, asegurar el orden interno, según el mismo artículo 165, o participar en situaciones de emergencia ocasionadas por desastres naturales, según el artículo 4.19 del Decreto Legislativo 1136, del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas).

10. Para que la población acuda al llamado al servicio militar voluntario es imprescindible una política estatal para hacerlo atractivo a los jóvenes. Desde la teoría de la agencia, el principal (Estado) delega autoridad al agente (personal de tropa) para que actúe en su beneficio e interés, a través de tres diferentes perspectivas (mecanismos de monitoreo, cooperación e incentivos), según el último de los cuales, el actor principal podría obtener algunos indicadores respecto del esfuerzo, interés y motivación del agente, a partir de la contribución de un aliciente a este último (fundamentos 26 y 27 de la STC 0013-2012-PI/TC).

11. En el artículo 54 de la Ley 29248, modificado por el Decreto Legislativo 1146, y en el artículo 75 del Decreto Supremo 003-2013-DE, Reglamento de la Ley 29248, se establecen con relación a quienes se encuentren realizando el servicio militar acuartelado:

    – *Derechos*:

        - Recepción de instrucción básica militar y posibilidad de recepción de educación técnico-productiva o educación superior tecnológica en distintas especialidades.

        - Asignación económica mensual, establecida anualmente en la Ley de

Presupuesto del Sector Público, que en la actualidad ni siquiera alcanza los cuatrocientos nuevos soles y acceso a una línea especial de crédito para el personal de tropa, creada por el Banco de la Nación.

- Alimentación diaria, dotación completa de prendas, prestaciones de salud, viáticos y pasajes para comisión del servicio, seguro de vida y servicio de sepelio y apoyo de asistencia social.

– *Beneficios*:

- Facilidades para iniciar, continuar y culminar estudios de educación universitaria en las instituciones educativas públicas, así como para ser considerados con la categoría más baja para los pagos correspondientes en instituciones educativas privadas y descuento de hasta 50% en el monto de pago por derechos de inscripción, ingreso y pensión mensual por educación en dichas instituciones.
- Bonificación de 20% sobre la nota final, para los postulantes a las Escuelas de Formación de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, descuento de hasta 50% en el monto de pago por derechos de inscripción, ingreso a dichas escuelas y reserva anual de hasta 20% de las vacantes e ingreso directo a las Escuelas Técnicas de las Instituciones de las Fuerzas Armadas, cumplido el primer periodo de reenganche en su institución.
- Descuento de hasta 50% del valor de las entradas a museos, lugares históricos, culturales y a todo espectáculo público organizado por el Ministerio de Cultura u otras dependencias del Sector Público y de las entradas a eventos deportivos organizados por el Instituto Peruano del Deporte, y otras entidades deportivas.

12. Sin embargo, se han escuchado voces que cuestionan el cumplimiento de las disposiciones legales. Así, a juicio de otro general en retiro, se les otorga un pésimo 'rancho' y la asignación económica ni siquiera se cumple (declaración **parte de la noticia '**Déficit de voluntarios para Servicio Militar es por ausencia de beneficios', *en* La República, del 29 de marzo de 2012. http://www.larepublica.pe/29-03-2012/deficit-de-voluntarios-para-servicio-militar-es-por-ausencia-de-beneficios). Así, el Defensor del Pueblo recientemente ha sugerido que por lo menos se procure el **incremento de las propinas,** la entrega oportuna de uniformes, útiles de aseo y facilidades para iniciar y continuar estudios técnicos y superiores a fin de que no haya tanta deserción en el cumplimiento del servicio militar (noticia 'Defensor del Pueblo: Nueva Ley de Servicio Militar desnaturaliza su carácter voluntario', *en* El Comercio, 4 de junio de 2013. http://elcomercio.pe/politica/gobierno/defensor-pueblo-nueva-ley-servicio-militar-desnaturaliza-su-caracter-voluntario-noticia-1585118).

13. Pero el problema no sólo son las deserciones de los que ingresan sino también que no siempre se cumplen las metas de atraer los voluntarios suficientes para que cumplan el servicio militar. Según un estudio realizado por el Instituto de Defensa Legal y el Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo, "*La transición de un sistema obligatorio a uno voluntario produjo, asimismo, la disminución del número de soldados, por la escasa cantidad de jóvenes que se presentaban en los lugares de alistamiento bajo esta nueva modalidad, que, por otro lado, no contemplaba incentivos que los atrajeran*" (Documento de Trabajo Personal militar en situación de vulnerabilidad en el Perú, de 2009). Efectivamente, se echa en falta una suficiente cantidad de incentivos establecidos en la Ley 29248 a favor del servicio militar voluntario. Por tal razón, si bien de la normativa reseñada *supra* se advierten algunos beneficios a favor de quienes prestan un servicio militar voluntario, dentro del marco constitucional vigente, se hace necesario que dichos beneficios se tornen efectivos, máxime si esta modalidad de servicio militar debería gozar de los mayores incentivos posibles a fin de que se puedan cumplir los objetivos desarrollados a su favor dentro de la Ley 29248.

14. Aun así, el modelo actual del servicio militar ha sido pensado en la voluntariedad de quienes participan de él. Por tal razón, no será materia de análisis del presente voto el examen de las normas en materia de esta forma de servicio.

- **El servicio militar obligatorio**

15. Se ha aseverado que la situación actual del servicio militar voluntario ha generado que no muchos jóvenes hayan optado por ingresar libremente a él, por lo que ha tenido que modificarse la mencionada ley a fin de completarse el número de personal necesario porque los adscritos voluntarios no alcanzaban las vacantes exigidas. Por tal razón, se ha señalado que *"si el Ejército requiere personal,*

*lo más apropiado es ofrecer incentivos para que el servicio militar sea atractivo. En una sociedad libre, siempre será posible enlistar un gran número de jóvenes en el Ejército, si esa es una necesidad de la nación. Para ello, sin embargo, es importante que se ofrezca a los soldados un sueldo significativo y otros incentivos, tales como educación y una línea de carrera"* (columna 'El servicio militar obligatorio' *en* Diario 16. http://diario16.pe/columnista/38/luis-felipe-zegarra/2424/el-servicio-militar-obligatorio).

16. Sin perjuicio del análisis que se realice *infra* sobre el sorteo en el servicio militar obligatorio en virtud de la presunción de constitucionalidad de dichas normas, es de resaltarse que, dentro de la mencionada Ley 29248, modificada por el Decreto Legislativo 1146, se señala que *"En caso de que con el llamamiento extraordinario no se logre alcanzar el número de seleccionados voluntarios necesarios para el Servicio Militar Acuartelado, el Poder Ejecutivo procede de inmediato con el sorteo"* (artículo 48), y que *"Cuando el número de seleccionados voluntarios (...) sea menor al requerido por las Instituciones de las Fuerzas Armadas para cubrir las necesidades de personal para el Servicio Militar Acuartelado, se realizará un sorteo público, a cargo de la Dependencia de Movilización y Reserva de cada Institución Armada, con presencia de Notario Público* (...)" (artículo 50). El llamamiento extraordinario al que hacen mención los aludidos dispositivos se produce como parte de un procedimiento dentro del Poder Ejecutivo que concluye en la dación de un decreto supremo, siempre tomando como parámetro que no se haya completado el número de seleccionados voluntarios necesarios.

17. En conclusión, a partir de las introducciones normativas realizadas por el Decreto Legislativo 1146 es que en el país hoy en día coexisten el servicio militar voluntario y el obligatorio, este último a ser analizado a partir del siguiente tópico.

- **El Servicio Militar Obligatorio como manifestación del Deber Constitucional de Participación en la Defensa Nacional**

18. Se ha señalado que el servicio militar voluntario cumple una finalidad constitucional de colaboración con la labor de las Fuerzas Armadas. Sin embargo, el servicio militar obligatorio, entendido en cuerdas separadas del voluntario, debe encontrar su naturaleza en el propio texto constitucional, en caso lo tuviese.

19. Según la parte accionada, la Ley 29248 y el Decreto Legislativo 1146 constituyen la configuración legal del deber constitucional de participar en la defensa nacional, el cual se encuentra claramente establecido en el artículo 163 de la Constitución, concordante con los artículos 38, 44, y 168 del mismo texto constitucional, y se basa en la protección de los derechos fundamentales, el bienestar y el desarrollo de todos los peruanos (puntos 28, 33 y 44 de la contestación de demanda). En tal contexto, se hace necesario determinar si el servicio militar obligatorio cuenta con el respaldo constitucional invocado, y de ser el caso, establecer su contenido.

20. En el Estado constitucional de derecho, la Constitución, antes que un dispositivo político destinado a orientar retóricamente la labor de los poderes públicos, es una norma jurídica vinculante cuya fuerza normativa se extiende al Estado y a la sociedad. El constituyente optó, en el artículo 51 de la Constitución, por reafirmar su soberanía, precisando a partir de una vertiente objetiva que ésta prima sobre toda norma legal o reglamentaria, y constituyéndola como pináculo y parámetro de control del derecho nacional. Asimismo, a partir de sus artículos 45 y 38, la Constitución no preside únicamente el ordenamiento jurídico sino que también es directamente exigible a los particulares y a los poderes públicos de tal manera que éstos no puedan vulnerarla válidamente, consagrándose la soberanía constitucional también a partir de una vertiente subjetiva.

21. Por imperio del referido principio de soberanía constitucional, la Constitución es fuente válida no sólo para establecer derechos sino también para constituir deberes ciudadanos, tal como podría considerarse al servicio militar obligatorio. A través de estos se permite perfeccionar la vigencia de los referidos derechos. Pero, los deberes también importan un mecanismo de resguardo de bienes jurídicos considerados de vital importancia para el ordenamiento constitucional, garantizándose que la participación activa de la comunidad lo refuerce y lo haga sostenible a través del tiempo (criterio de validez de los deberes constitucionales).

22. Si bien el deber en sentido estricto puede considerarse como una expresión de intereses objetivados por una norma -y deriva directamente de ésta- al margen de una concreta relación jurídica, en términos amplios, el concepto de deber constitucional hace referencia a un deber propiamente dicho y a una obligación jurídica, entendida ésta como una correlación a un derecho

subjetivo. Así, la Constitución es vinculante *in totum* frente al ciudadano, por lo que no es necesario que los deberes que le son exigibles se fundamenten en un mandato constitucional explícito sino que también le son oponibles aquellos que se desprenden o están implícitos en la Constitución. De ahí que, por imperio de este deber general, es posible afirmar que los ciudadanos están obligados a respetar los derechos constitucionales de sus pares (fundamento 22.b de la STC 0228-2009-PA/TC y fundamento 8 de la STC 5215-2007-PA/TC), a no subvertir el adecuado funcionamiento de los organismos constitucionales y, en términos generales, a abstenerse de todas aquellas actuaciones que pudieran, de alguna u otra manera, comprometer la vigencia del orden constitucional.

23. Ahora bien, en tanto el ser humano es libre para realizar todo aquello que no esté prohibido por una norma jurídica imperativa, las disposiciones que restringen derechos, al igual que aquellas que reconocen y consagran deberes constitucionales, no pueden aplicarse por analogía y están sujetas a una interpretación restrictiva (artículo 139.9 de la Constitución; fundamento 8 de la STC 2235-2004-AA/TC; y, fundamento 3 de la STC 0023-2005-PI/TC, entre otros). En ese sentido, los deberes constitucionales requieren de un desarrollo legislativo, del cual puedan surgir concretas obligaciones, insertas en una relación jurídica, y exigibles por otro particular o por el Estado. Y es que se ha afirmado *mutatis mutandis* que los principios, deberes y derechos constitucionales, conjuntamente considerados, exigen del Estado que adopte las medidas legislativas pertinentes (fundamento 49 de la STC 0019-2009-PI/TC). De esta manera, se asegura la existencia de un orden en el que la vigencia de los deberes no ahogue, subvierta o desnaturalice la de los derechos reconocidos en la Constitución.

24. Precisamente en esa lógica, resulta interesante que en clave de una interpretación historicista, la Constitución de 1979 haya previsto un apartado específico de deberes ciudadanos (Capítulo VIII, Deberes de la Persona, dentro del Título I de la Constitución), tales como el deber de vivir pacíficamente, con respeto a los derechos de los demás y de contribuir a la afirmación de una sociedad justa, fraterna y solidaria (artículo 72); el deber de honrar al Perú y de resguardar y proteger los intereses nacionales (artículo 73); el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación (artículo 74); el deber de sufragar en comicios políticos y municipales, con las excepciones establecidas en la Constitución y en la ley, así como participar en el quehacer nacional (artículo 75); el deber de contribuir al bienestar general y a la realización de su propia personalidad mediante su trabajo como deber personal y social (artículo 76); y, el deber de pagar los tributos que les corresponden y de soportar equitativamente las cargas establecidas por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos (artículo 77). Adicionalmente, señaló que el servicio militar se presenta como una obligación patriótica de todos los peruanos, el cual debía cumplirse en la forma y condiciones y con las excepciones que fije la ley (artículo 78), dispositivo concordante con el artículo 282 *in fine*, que señalaba que: *"Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están sometidos al Código de Justicia Militar"*.

25. En el caso de la Constitución vigente de 1993, si bien no se advierte un apartado que reconozca el servicio militar obligatorio como deber, sí se prevén diversos deberes:

    – Algunos deberes específicos con la finalidad de hacer explícita la necesidad de su cumplimiento a la luz de los objetivos generales del ordenamiento constitucional. Entre ellos:

        • El deber de los padres de educar, alimentar y dar seguridad a sus hijos (artículos 6 y 13, citado en fundamento 7 de la STC 6572-2006-PA/TC).

        • El deber de los hijos de respetar y asistir a sus padres (artículo 6).

        • El deber de contribuir a la promoción y defensa de la salud, el medio familiar y la comunidad (artículo 7, referido en fundamento 45 de la STC 2016-2004-AA/TC).

        • El deber de promover el desarrollo científico y tecnológico, de coordinar la política educativa del país y promover la creación de centros de educación donde la población lo requiera (artículos 14 y 17, desarrollados en fundamento 7 de la STC 0019-2009-PI/TC).

        • El deber de trabajar (artículo 22) y deber estatal de brindar atención prioritaria al trabajo en sus diversas modalidades (artículo 23, desarrollado en fundamento 54 de la STC 0026-2008-PI/TC y otro, reiterando lo expresado en STC 00008-2005-PI/TC).

        • El deber de votar y de participar en el gobierno municipal de su

jurisdicción respectiva (artículo 31, relacionándolo con el voto obligatorio en fundamento 64.c de la STC 0030-2005-PI/TC).

- El deber de honrar al Perú y de defender los intereses nacionales (artículo 38).
- El deber estatal de promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación (artículo 44, ligado a la democracia representativa en fundamento 9 de la STC 0030-2005-PI/TC).
- El deber de comparecer por requerimiento de autoridad judicial o de comisión investigadora parlamentaria (artículo 97).
- El deber de participar en la defensa nacional (artículo 163). Disposición en la que se fundamentaría el servicio militar obligatorio, y que debe ser concordada con lo dispuesto en el artículo 173 *in fine* de la Constitución: *"Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar"*.

– Conjuntamente con los mencionados deberes constitucionales, también se ha reconocido un ***deber general*** de *"respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la nación"* (artículo 38), el mismo que puede considerar el reconocimiento de deberes catalogados como fundamentales, implícitos en la Constitución, que constituyen su núcleo ético. En ese sentido resulta evidente que éste no solamente reafirma el principio de supremacía constitucional en su vertiente subjetiva (fundamento 9 de la STC 3741-2004-AA/TC), legitimando la exigibilidad de todos los deberes específicos previstos en la Constitución sino que también reitera la necesidad de que todo ciudadano respete los derechos fundamentales de los demás y acate lo dispuesto en las demás normas jurídicas de naturaleza imperativa. Por consiguiente queda claro que el artículo 38 desempeña, frente a los deberes fundamentales, un papel análogo al de su artículo 3 frente a los derechos fundamentales precisando que las obligaciones del ciudadano para con el Estado constitucional no se agotan con el mero cumplimiento de sus deberes específicos.

26. De lo hasta ahora expuesto, se advierte que, a diferencia de la Constitución de 1979, la Constitución vigente no ordena explícitamente el servicio militar como una obligación patriótica de todos los peruanos, pero -conforme se desprende de sus artículos 163 y 173 *in fine*-, tampoco lo prohíbe, máxime si se establece una regulación específica de la norma aplicable a las infracciones al servicio militar. Siendo así, se asume que el ordenamiento jurídico constitucional vigente sólo permite la existencia de un servicio militar obligatorio, siempre que haya una relación directa con la función preventiva o represiva de la defensa nacional, de conformidad con el artículo 163 de la actual Constitución. Y es que si el constituyente hubiese querido establecer la obligatoriedad del servicio militar, lo hubiera hecho de forma expresa, tal como se hizo en la Constitución anterior, dada la relevancia que implica la garantía de la seguridad nacional en un Estado constitucional de derecho. En ese sentido, si bien el legislador se encuentra constitucionalmente habilitado para decidir sobre el carácter obligatorio o no del servicio militar, dicha decisión no puede ser contraria a los derechos y principios constitucionales, sino que debe ceñirse a la valoración de las concretas necesidades de seguridad del Estado peruano.

27. Ahora bien, teniendo en cuenta que el servicio militar obligatorio, en tanto forma de concreción del deber constitucional de participar en la defensa nacional, se desenvuelve en el ámbito de lo constitucionalmente permitido, se hace necesario identificar –a continuación– la extensión y los límites del referido deber, a fin de delimitar su contenido constitucionalmente exigible.

28. Al respecto, el artículo 163 *in fine* de la Constitución establece que *"Toda persona, natural o jurídica, está obligada a participar en la Defensa Nacional, de conformidad con la ley"*, el mismo que es prácticamente reproducido en el artículo 2 *in fine* del Decreto Legislativo 1129, del Sistema de Defensa Nacional, que precisa que *"Las personas naturales y jurídicas extranjeras domiciliadas en el país están obligadas a participar en la Defensa Nacional"*. Tal deber ciudadano específico, a partir de lo señalado por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, debe ser interpretado conjuntamente con lo dispuesto por el artículo XXXIV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes Humanos cuyo tenor literal es el siguiente: *"Toda persona hábil tiene el deber de prestar los servicios civiles y militares que la Patria requiera para su defensa y conservación, y*

*en caso de calamidad pública, los servicios de que sea capaz"*. De ello se desprende entonces el deber constitucional que conmina a todo ciudadano -apto para hacerlo- a participar del Sistema de Defensa Nacional, a través del servicio militar obligatorio, por ejemplo.

29. Tal como lo ha precisado el Tribunal Constitucional en el fundamento 2 de la STC 0005-2001-AI/TC y los fundamentos 8 y 9 de la STC 0002-2008-PI/TC, el Sistema de Defensa Nacional tiene por finalidad garantizar la defensa última del Estado constitucional de derecho, velando por la preservación de un orden político tendiente a la concretización de los derechos fundamentales y a la legitimización de los poderes públicos a través de los principios democráticos que prevé. Este sistema, entonces, *"(…) garantiza la Seguridad Nacional, para la afirmación de los derechos fundamentales y el Estado constitucional de derecho, en el marco de una gestión pública moderna"* (artículo 1 *in fine* del Decreto Legislativo 1129). Estado constitucional donde precisamente el poder público está sometido al Derecho (fundamento 8 de la STC 2192-2004-AA/TC).

30. Por estar orientado el Sistema de Defensa Nacional a garantizar la continuidad del Estado constitucional de derecho -en tanto conservación de un sistema marco respetuoso de los derechos fundamentales y de la forma democrática de gobierno, que no implica una eternización del *status quo* jurídico o político-, en mérito a este deber, que no constituye una sujeción general del ciudadano a la voluntad del Estado, sólo podrán exigírsele actuaciones tendientes a defender y preservar el orden constitucional de todas aquellas fuerzas que busquen amenazarlo, subvertirlo o derrocarlo para sustituirlo por un régimen de distinta naturaleza. De lo contrario, este deber se desnaturalizaría, al obligar a las personas a realizar actuaciones que la Constitución no ordena, en clara contravención de los artículos 24.a y 139.9 de la Constitución. Es bajo estas consideraciones como debe entenderse el servicio militar obligatorio.

31. Ello no implica, sin embargo, que el Sistema de Defensa Nacional deba permanecer inactivo o suspendido en situaciones de normalidad constitucional puesto que, como bien ordena el artículo 163 de la Constitución, el mismo es integral y permanente. Resulta indiscutible entonces que los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Armadas así como todos aquellos que, sin formar parte de las mismas, participan voluntariamente del Sistema de Defensa Nacional a través de los distintos regímenes de empleo público, están llamados a desempeñar cotidianamente sus funciones en el marco de lo que dispone la Constitución, el mencionado Decreto Legislativo 1129, el Decreto Legislativo 1134 y demás normas jurídicas aplicables. Tal regulación implica que, si bien cada ciudadano tiene el deber de participar en la defensa nacional, en circunstancias normales, esta última no depende mayoritariamente del esfuerzo generalizado de la comunidad sino de la labor diaria de quienes, dentro de un marco de una creciente profesionalización, han optado por servir a su país a través de la prosecución de una carrera en las Fuerzas Armadas o en las demás instituciones que pertenecen al sector defensa.

32. En tal contexto, el deber de participar de la defensa nacional podría, a la luz de distintas circunstancias, concretarse en exigencias particulares tales como las siguientes:

    – Abstenerse de estorbar, menoscabar o entorpecer la labor del personal de las Fuerzas Armadas o, en general, la del Sistema de Defensa Nacional.

    – Facilitarle al personal de las Fuerzas Armadas, dentro de lo razonable y proporcional, el dominio de los bienes muebles o inmuebles que requiera para el ejercicio cabal de sus funciones.

    – Tratar con la debida reserva toda información que, dada su naturaleza, deba entenderse protegida por el secreto militar.

    – Familiarizarse con el funcionamiento y la estructura de las Fuerzas Armadas.

    – Adquirir las aptitudes, habilidades y destrezas que les permitan, en caso efectivamente se les convoque al servicio militar obligatorio, colaborar eficazmente con la defensa del país.

33. Ello responde a que, conforme al fundamento 44 de la STC 0012-2006-PI/TC y fundamento 32 de la STC 0017-2003-AI/TC, así como otros pronunciamientos constitucionales, el Sistema de Defensa Nacional no se limita a la realización de actuaciones dirigidas a reprimir o contestar desafíos contra el Estado Constitucional (función represiva) sino que también requiere de un constante y riguroso entrenamiento así como de acciones orientadas a prevenir, dentro de un marco de estricto respeto por los derechos humanos, que las referidas amenazas lleguen a manifestarse (función preventiva). Siendo así, el servicio militar obligatorio permite la participación de los ciudadanos de dieciocho años en la defensa nacional, deber específico que la propia Constitución indirectamente reconoce.

34. Precisamente en esa lógica se advierten dos artículos de la Ley 29248. En el primero se habla del llamamiento y prórroga del licenciamiento, según el cual *"El Poder Ejecutivo, mediante decreto supremo, puede adelantar los llamamientos ordinarios o prorrogar el licenciamiento de cada clase o parte de ella por razones de seguridad, emergencia nacional o movilización"* (artículo 49). El segundo versa sobre el servicio en la reserva, que a la letra dice, *"El servicio en la Reserva se cumple, en las Instituciones de las Fuerzas Armadas, mediante la concurrencia a los llamamientos con fines de instrucción y entrenamiento; asimismo, en los casos de movilización militar por grave amenaza o peligro inminente para la Seguridad y Defensa Nacional"* (artículo 66).

- **Test de Proporcionalidad entre el Servicio Militar Obligatorio y el Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad**

35. Como resulta evidente, en cada uno de los supuestos integrantes del deber de contribuir a la defensa nacional antes descritos, esta obligación compele al ciudadano a renunciar a parte de sus derechos -especialmente el de libre desarrollo de la personalidad- con la finalidad de no vaciar de contenido al deber constitucional correspondiente. Cuando se configura una aparente tensión entre distintas disposiciones constitucionales, ésta debe ser resuelta de acuerdo a los principios interpretativos constitucionales, de tal forma que, de acuerdo al principio de concordancia práctica, se optimice la eficacia del conjunto sin sacrificar, anular o suprimir ninguno de los valores, derechos o principios concernidos (fundamento 12 de la STC 5854-2005-PA/TC).

36. Para resolver este tipo de conflictos, la teoría jurídica especializada ha desarrollado el test de proporcionalidad, y concretamente la ponderación, como el mecanismo idóneo para determinar cuándo son admisibles o no, en términos constitucionales, las referidas medidas restrictivas. Resulta pues pertinente aplicar el test de proporcionalidad, aunque en el presente caso, resulta interesante, no partir del derecho supuestamente afectado, sino del deber impuesto de cumplir el servicio militar obligatorio y compararlo con un derecho, como es el libre desarrollo a la personalidad.

- ***Subprincipio de idoneidad***

37. El examen de idoneidad exige, en primer término, la identificación de un fin de relevancia constitucional, y, una vez determinado tal fin, verificar si la medida legislativa es idónea o adecuada para conseguirlo. Este procedimiento implica, de *un lado*, la distinción entre objetivo y finalidad que persigue la medida impugnada. El objetivo tiene que ver con el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través de una disposición legal. La finalidad comprende el bien jurídico de relevancia constitucional que el órgano productor de la norma ha pretendido alcanzar a través de una disposición legal; y de *otro lado*, verificar la adecuación de la medida. Esta consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador.

38. En línea con lo desarrollado en fundamentos precedentes del presente voto, aun cuando el servicio militar obligatorio es una forma de concretar un deber constitucional, éste no puede convertirse en un mecanismo ordinario de reclutamiento tal como lo señala el propio artículo 6 de la Ley 29248, según el cual se prohíbe el reclutamiento forzoso como procedimiento de captación de personas con la finalidad de incorporarlas al servicio militar. Además, en circunstancias normales, no existe una amenaza cierta y suficientemente grave contra el Estado constitucional que justifique perturbar el libre desarrollo de la personalidad de cientos o hasta miles de peruanos, salvo que el Poder Ejecutivo determine la necesidad de actividades preventivas en pos de la defensa nacional. Vale recordar que mediante el servicio militar obligatorio, *"(…) todo peruano puede ejercer su derecho y deber constitucional de participar en la Defensa Nacional (…) y se considera un deber con la patria para enfrentar sus amenazas y desafíos (…)*" (artículo 2 de la Ley 29248, modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1146).

39. Asumir una posición contraria, es decir que el servicio militar obligatorio, se desligue de contribuir a la defensa nacional, llevaría no solamente a claudicar de los principios de razonabilidad, proporcionalidad y concordancia práctica sino también a desnaturalizar el propio deber ciudadano enunciado, divorciándolo de su finalidad constitucional y utilizándolo arbitrariamente para justificar lesiones innecesarias contra los derechos fundamentales.

40. Por tal razón, se considera que el servicio militar obligatorio, en tanto deber constitucional, no puede entenderse como válido para cumplir con la función de *"(…) prestar ayuda y cooperación en zonas del país que requieran la presencia del Estado en labores de apoyo social y humanitario"*, por lo que debe interpretarse que este cometido,

previsto en el artículo 2 de la Ley 29248, y modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1146, sólo es válido para el servicio militar facultativo, mas no para el obligatorio.

41. De ahí que el reclutamiento forzoso sea constitucionalmente admisible ante la configuración de circunstancias particularísimas en las cuales la conscripción sea la única alternativa posible para rebatir satisfactoriamente una amenaza contra el ordenamiento constitucional, o, cuando el Poder Ejecutivo determine la necesidad de actividades preventivas en pos de la defensa nacional, pues, conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, toda medida restrictiva de derechos fundamentales debe aplicarse como última *ratio* y sustentarse en hechos, conductas y circunstancias objetivas quedando, por el contrario, absolutamente proscrita su aplicación innecesaria, inútil o arbitraria, tal como fuese explicado con amplitud líneas arriba.

42. En esa misma línea, tales actividades preventivas pueden tener lugar, cuando por lo menos exista un riesgo latente y comprobado a la seguridad nacional, como en el caso de la protección de las fronteras ante una injustificada movilización de tropas extranjeras cerca a ellas. Y es que no sólo es preciso estar ante una situación de conflicto armado interno o externo (artículo 1 de los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949), sino que, como se refirió *supra*, el Poder Ejecutivo también puede determinar la necesidad de una actividad preventiva, para lo cual deberá emitir una resolución debidamente motivada, cuestionable en sede judicial a través de un amparo.

43. De otro lado, en cuanto a la adecuación, se considera que, al ser el servicio militar obligatorio una medida restrictiva de derechos, éste sólo resulta constitucionalmente admisible si contribuye a optimizar un fin constitucionalmente válido, como es el de defensa nacional, máxime si todos los ciudadanos estamos constreñidos a colaborar con tal objetivo nacional, en virtud del artículo 163 de la Constitución.

- ***Subprincipio de necesidad***

44. El examen de necesidad implica que "*para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental*" (fundamento 63 de la STC 0034-2004-AI/TC).

45. En este nivel se trata de examinar si frente a la medida adoptada por el legislador (incorporar el servicio militar obligatorio), existían medidas alternativas que, de un lado, hubiesen sido aptas para alcanzar los objetivos propuestos por este (participar en la defensa nacional); y, de otro, hubiesen sido más benignas con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. La respuesta es negativa.

46. En esta oportunidad no coincidimos con la *ratio decidendi* de la Resolución 1, del 18 de junio de 2013, emitida por el Primer Juzgado Constitucional, al resolver una medida cautelar como parte del proceso de amparo (Expediente 16580-2013-85-1801-JR-CI-01), e interpuesta por la Defensoría del Pueblo contra el Ministro de Defensa y otros, a fin de que se deje sin efecto el sorteo público de 12.500 personas en edad de prestar servicio militar programado para el 19 de junio de 2013, a efectos de preservar los derechos constitucionales al libre desarrollo de la personalidad, a la no discriminación y al reconocimiento de la personalidad jurídica. A partir del análisis conjunto de los artículos 1 (servicio militar voluntario), 6 (prohibición de reclutamiento forzoso) y 50 (del sorteo) de la Ley 29248, el juez constitucional decidió otorgar la medida cautelar solicitada, en virtud de la inminencia del sorteo (*periculum in mora*) y la concordancia entre la medida solicitada y la pretensión principal de inaplicación de las disposiciones correspondientes (adecuación), pero principalmente por la casi certeza del derecho pretendido. Expuso que *"la medida adoptada por el Comando de Reservas y Movilización del Ejército, de convocar a un sorteo público para reclutar personas para el servicio militar, no supera el criterio de necesidad, en tanto que no está justificado que dicha forma de reclutamiento de personas para el servicio militar sea la única medida idónea y necesaria para conseguir el objetivo de cubrir las necesidades de personal para el servicio militar acuartelado"* (fundamento octavo).

47. En tal sentido, el reconocimiento del servicio militar obligatorio se postula como última ratio y resulta, en términos generales, una opción más beneficiosa que perjudicial para el Estado constitucional de derecho, incrementando de esa manera la efectividad del Sistema de Defensa Nacional a la luz de sus fines, tal y como han sido delimitados *supra*. Dicho en

otras palabras, sólo podrá justificarse la constitucionalidad de la conscripción cuando el reclutamiento forzoso de parte de la población sea indispensable para preservar la vigencia última del orden constitucional frente a las fuerzas que busquen desplazarlo, o cuando el Poder Ejecutivo determine la necesidad de una actividad preventiva, para lo cual deberá emitir una resolución debidamente motivada. Ello, de conformidad en el principio, contenido en el artículo 139.9 de la Constitución, que manda interpretar restrictivamente las disposiciones normativas que restringen derechos. Por ello, el debate central se encuentra en el examen del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

- ***Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto***

48. En el examen de proporcionalidad en sentido estricto, corresponde sopesar los derechos y principios que han entrado en conflicto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor según las circunstancias específicas, y por tanto, cuál de ellos prevalecerá sobre el otro y decidirá el caso. La única pregunta es *¿es justificable que el servicio militar obligatorio, en tanto manifestación del deber constitucional de contribuir a la defensa nacional (artículo 163 de la Constitución) impida la satisfacción del derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2.1 de la Constitución)*? Para ello se usará la denominada ley de la ponderación. Esta implica que cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro.

49. Entonces, para el análisis de una medida restrictiva como la del servicio militar obligatorio, es preciso constatar que ésta lesione derechos fundamentales solamente en el grado en que ello pueda justificarse a la luz de circunstancias o hechos concretos. Si bien el servicio militar obligatorio podría ser un mecanismo a través del cual los ciudadanos cumplan con su deber constitucional de contribuir al Sistema de Defensa Nacional es evidente que éste constituye una medida restrictiva del derecho al libre desarrollo de la personalidad, recogido en el artículo 2.1 de la Constitución. En esta línea, se encuentra una columna de opinión nacional según la cual, *"Como cualquier individuo, los jóvenes tienen un costo de oportunidad, es decir, tienen alternativas valiosas. En libertad, muchos jóvenes no escogerán servir en el Ejército si este solo les otorga una propina a cambio de arriesgar sus vidas"* (El servicio militar obligatorio. Diario 16. http://diario16.pe/columnista/38/luis-felipe-zegarra/2424/el-servicio-militar-obligatorio).

50. Dicho derecho coadyuva a la estructuración y realización de la vida privada y social del ser humano, de forma concordante con el concepto constitucional que concibe a la persona como un ser espiritual dotado de autonomía y dignidad (fundamento 8 de la STC 3901-2007-PA/TC, fundamento 14 de la STC 2868-2004-AA/TC, entre otros). Su tutela surge cuando se busca intervenir de forma irrazonable o desproporcionada, en ámbitos tan diversos como relaciones amorosas, sentimentales o sexuales de los ciudadanos (fundamento 12 de la STC 3901-2007-PA/TC); determinación de cuándo y con quién contraer matrimonio (fundamento 14 de la STC 2868-2004-AA/TC); autodeterminación reproductiva (fundamento 6 de la STC 2005-2009-PA/TC); o, tener una familia y no ser separado de ella (fundamento 5 de la STC 2892-2010-PHC/TC).

51. En ese sentido, queda claro que obligar a alguien a realizar el servicio militar atenta precisamente contra el derecho fundamental expuesto *supra* puesto que, de esa manera, se estaría suspendiendo la capacidad del conscripto de tomar determinadas decisiones -particularmente aquellas relacionadas a su formación técnica o profesional así como aquellas vinculadas al ejercicio libre de su profesión- tendientes a la estructuración y realización de su personalidad imponiéndosele, en cambio, una labor que podría divergir sustancialmente o ser incompatible con su proyecto de vida original (derivado del derecho a la vida, también en el artículo 2.1 de la Constitución).

52. Debe tomarse en cuenta además que en un informe publicado en 2003 por la Defensoría del Pueblo, dedicado al análisis del servicio militar durante los últimos años de vigencia del modelo obligatorio y los primeros del voluntario (entre abril de 1998 y agosto de 2002), se encontró que en ese periodo murieron cincuenta y seis reclutas en las unidades militares, denunciándose ciento dieciocho casos de presuntas torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes contra la tropa, pudiéndose categorizar en agresión física, ejercicio físico excesivo, y tratos crueles, inhumanos o degradantes de carácter psicológico (Informe Defensorial 42, El derecho a la vida y a la integridad personal en el marco de la prestación del Servicio Militar en el Perú, de 2003).

53. En ese sentido, primero se definirá el grado de la no satisfacción o restricción del libre desarrollo de la personalidad, luego se

definirá el grado de la importancia del servicio militar obligatorio, a fin de determinar si la importancia de la satisfacción de este justifica la afectación o la no satisfacción del otro. El peso abstracto de los derechos no es aplicable al caso peruano, porque todos los derechos o principios poseen la misma jerarquía. También se debe tomar en cuenta la seguridad de las premisas epistémicas y con esta base, a las variables relacionadas con el grado de afectación o satisfacción se les puede atribuir un valor numérico que fluye de la escala triádica, de la siguiente manera: leve, medio e intenso. Por último, a las variables relacionadas con la seguridad de las premisas epistémicas se les puede atribuir un valor de seguridad, que es como sigue: seguro, plausible, y no evidentemente falso.

54. Así las cosas, el grado de restricción o afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2.1 de la Constitución) podría ser catalogado como leve, toda vez que la medida restrictiva del apoyo de los ciudadanos a la defensa nacional no anula o vacía de contenido tal derecho, sino que solamente lo relativiza por un determinado tiempo (un año en su rango mínimo). En efecto, tal medida restrictiva no expulsa a la persona de dieciocho años en términos generales de la vida en comunidad, sino que sólo se le excluye mientras sea necesaria la defensa nacional preventiva o represiva, sin que ello afecte la posibilidad de que posteriormente continúe su proyecto de vida. No resulta aplicable el peso abstracto por las razones anotadas. Con relación a la seguridad de las premisas epistémicas, es claro que su afectación resulta ser plausible.

55. De otro lado, el grado de satisfacción u optimización del deber de servicio militar obligatorio, concretamente, la contribución a la defensa nacional (artículo 163 de la Constitución) podría ser catalogado de acuerdo al tipo de servicio que se vaya a realizar:

    - Será intensa, cuando haya necesidad de salvaguardar el orden constitucional del país de forma represiva, toda vez que todos debemos colaborar con la defensa nacional, al ser la única forma en que nuestras libertades también sean garantizadas.
    - Por el contrario, será media cuando haya necesidad de salvaguardar el orden constitucional del país de forma preventiva, pues todos debemos estar preparados a colaborar con la defensa nacional.

    En cualquier caso, no resulta aplicable el peso abstracto por las razones anotadas. Con relación a la seguridad de las premisas epistémicas, es claro que su afectación también resulta ser plausible.

56. De este modo, la aplicación de la fórmula del peso al derecho al libre desarrollo de la personalidad arroja un resultado distinto, dependiendo de si es represivo o preventivo. En cualquiera de los supuestos, se concluye que la satisfacción del deber de servicio militar obligatorio justifica la restricción del principio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, por tener aquél un mayor grado de satisfacción que el segundo, lo que hace que presentadas tales circunstancias específicas prevalezca tal deber sobre el derecho invocado.

57. Conforme al llamado principio de razonabilidad, toda medida restrictiva de derechos debe estar debidamente amparada en hechos, conductas y circunstancias objetivas (fundamento 11 de la STC 3167-2010-AA/TC), quedando definitivamente proscrita por arbitraria su postulación desprendida de toda razón para explicarla, máxime si la inexistencia o inexactitud de los hechos y los argumentos de derecho sobre los que el poder público funda una decisión discrecional constituye un error de hecho, determinante para la invalidez de la decisión (fundamento 14 de la STC 0090-2004-AA/TC). Por tal razón, cuando el Poder Ejecutivo disponga, por Decreto Supremo, el llamamiento extraordinario para cada una de las instituciones de las Fuerzas Armadas, establecido en el artículo 48 de la Ley 29248, modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1146, debe hacerlo justificando plenamente su decisión, acerca de la existencia de un servicio militar obligatorio ligado indispensablemente a una necesidad de contribuir a la defensa nacional, por lo que el mencionado artículo debe ser interpretado de esta forma, tema que será desarrollado con mayor detenimiento *infra*.

58. En ese sentido, es menester precisar que el deber constitucional reconocido en el artículo 163 de la Constitución no permite exigir al ciudadano la realización de actuaciones como: (*i*) velar por la seguridad ciudadana protegiendo, de esa manera, la vida, el patrimonio y la integridad de las personas contra el delito; (*ii*) asegurar la estabilidad de la organización política velando por la tranquilidad, la quietud, la paz pública y el respeto por la autoridad; (*iii*) resguardar las instalaciones que cubren servicios públicos esenciales tales como el agua potable o la energía eléctrica, actividades reconocidas como parte integrante del deber de preservar el orden interno, competencia de la Policía

Nacional del Perú (artículo 166 de la Constitución, interpretado en fundamento 8 de la STC 0017-2003-AI/TC y fundamento 10 de la STC 0002-2008-PI/TC); (iv) reeducar al ciudadano conminándolo a que haga suyos determinados principios y valores; ni, (v) participar en la construcción de obras de infraestructura o colaborar en proyectos de saneamiento, desarrollo, proyección social u otros similares.

59. Bajo esta lógica, y de conformidad con lo establecido en los fundamentos establecidos *supra*, cabe precisar que las acciones cívicas previstas en el artículo 12 de la Ley 29248, adquieren sentido en el ámbito de un servicio militar voluntario, mas no dentro de la lógica de un servicio militar obligatorio. Así, no puede aseverarse que las personas que se encuentran en el servicio militar obligatorio puedan desarrollar *"(…) acciones cívicas en apoyo a la población, entre ellas, la alfabetización. Esta se realiza de acuerdo con los programas que establecen el Ministerio de Defensa y las Instituciones Armadas"*, actividad que no tiene correlación directa con el deber constitucional del servicio militar voluntario.

- **Formas en que puede Desarrollarse el Servicio Militar Obligatorio**

60. Conforme se ha precisado *supra*, el servicio militar obligatorio puede ser admisible en términos constitucionales siempre que resulte indispensable para garantizar la vigencia del Estado constitucional de derecho, por lo que contribuye a que el Sistema de Defensa Nacional cumpla eficazmente con su función tanto preventiva como represiva, delimitada en el fundamento 2 de la STC 0005-2001-AI/TC y en los fundamentos 8 y 9 de la STC 0002-2008-PI/TC.

61. Siguiendo lo señalado en el fundamento 30 de la STC 0017-2003-AI/TC, la defensa nacional -expresada en el artículo 163 de la Constitución-, aparte de integral debe ser permanente, e involucra al conjunto de acciones y previsiones que permiten la subsistencia y permanencia del Estado, incluyendo su integridad, unidad y facultad de actuar con autonomía en lo interno, y libre de subordinación en lo externo, posibilitando que el proceso de desarrollo se realice en las mejores condiciones. Al ser permanente, *"(…) se trata de una actividad constante que se relaciona con sus sentidos preventivo y represivo"* (fundamento 30), por lo que el servicio militar obligatorio podría convocarse siempre que se justifique para lograr el objetivo preventivo, y que la actividad de los reservistas se relacione únicamente con su formación castrense, pero no para realizar funciones desligadas de ella, tal como se explicará a lo largo del presente voto.

62. Tal como se dejó sentado líneas arriba, en vista que el servicio militar obligatorio puede estar dirigido a cumplir una función preventiva o represiva, las respuestas legislativas deberían depender de cuál objetivo está buscando tutelarse.

- ***El servicio militar obligatorio con una finalidad preventiva (no acuartelado)***

63. De conformidad con lo señalado *supra*, la finalidad preventiva del servicio militar obligatorio implica –a criterio de los magistrados firmantes– la posibilidad de que los ciudadanos participen de la referida defensa nacional incluso en situaciones de normalidad constitucional, sin embargo, el cumplimiento de dicha finalidad no puede entenderse como una derogación de los derechos, garantías y principios que informan las relaciones entre el individuo y el Estado (fundamento 65 de la STC 0017-2003-AI/TC). Y es que la defensa y garantía de la seguridad nacional en circunstancias de normalidad, corresponde principalmente a aquel personal de las Fuerzas Armadas, que dentro de un marco de una creciente profesionalización, han optado por servir a su país a través de la prosecución de una carrera en el ámbito de las instituciones que pertenecen al sector defensa. De modo que los planes y estrategias elegidas por el Ejecutivo para tal efecto, deben priorizar la promoción de un servicio militar voluntario, y sólo de modo excepcional, la vigencia de un servicio militar obligatorio, donde el grado de restricción del derecho al libre desarrollo de la personalidad no supere el nivel medio y sea acorde con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

64. Ahora bien, cabe reiterar que esta vigencia excepcional del servicio militar obligatorio en condiciones de normalidad, está sujeta a que el Ejecutivo justifique la necesidad de recurrir a este tipo de servicio militar mediante resolución debidamente motivada, donde se precise además el número de personal requerido (el cual no podrá ser desproporcionalmente superior al del personal voluntario), así como las actividades para las que se requiere contar con el personal seleccionado, las mismas que no pueden ser ajenas al deber de participación en la defensa nacional.

65. En consecuencia, corresponde al legislador proveer de mecanismos idóneos que

permitan a los ciudadanos contribuir con esta finalidad preventiva de la defensa nacional, bajo modalidades diversas a la del sistema acuartelado, pues teniendo en cuenta que dicha finalidad se desarrolla dentro de circunstancias de normalidad constitucional, un sistema acuartelado implicaría una afectación desproporcionada del derecho al libre desarrollo de la personalidad en tal contexto.

66. En esa lógica, es posible recurrir, por ejemplo, a las diversas modalidades del servicio militar no acuartelado (artículos 55 y 57 de la Ley 29248), a los llamamientos ordinarios con fines de instrucción y entrenamiento de las reservas (artículos 21.b y 66 de la precitada ley) en condiciones de normalidad, u otras formas de contribuir con la defensa nacional.

- ***El servicio militar obligatorio con una finalidad represiva (acuartelado)***

67. El servicio militar obligatorio también sirve para aquellos casos en los cuales se requiera la movilización forzosa de parte de la población para garantizar la supervivencia del Estado constitucional de derecho o del sistema democrático tales como el estallido de un conflicto armado interno o externo conforme a los requisitos detallados en el artículo 1 de los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, o cuando por lo menos exista un riesgo latente y comprobado a la seguridad nacional.

68. En estos casos será importante la configuración del servicio en clave de lo que la propia ley ha señalado como servicio en reserva, que *"Es aquel que se cumple en las Unidades, Bases o Dependencias de las Instituciones de las Fuerzas Armadas, con la concurrencia a instrucción o entrenamiento durante períodos determinados; asimismo, en casos de movilización militar o de grave amenaza o peligro inminente para la seguridad nacional"* (artículos 66 y 69 de la Ley 29248). A través de él sólo será posible prestar el servicio militar obligatorio para cumplir una finalidad represiva de la defensa nacional a través de la forma acuartelada.

**§. CONDICIONES DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO**

69. Definida la constitucionalidad del servicio militar obligatorio, en clave de deber de contribuir a la defensa nacional, corresponde analizar las cuestiones precisas en que se ha operativizado este deber en los artículos impugnados.

- **Los Sujetos Obligados**

70. En primer lugar es preciso mencionar quiénes se encuentran obligados a cumplir con el servicio militar obligatorio, analizándose si existe posibilidad que alguien esté exceptuado de cumplirlo, si puede realizarse un sorteo y si cabe alegarse objeción de conciencia. Todo esto adquiere sentido si según el artículo 10 *in fine* de la Ley 29248, a través del servicio militar, se *"afianza los valores cívicos de servicio a la Patria, participación, responsabilidad, solidaridad, valor, cumplimiento y respeto a la ley y protección de los intereses nacionales. Busca alentar el respeto y amor a los valores patrios, símbolos y tradiciones culturales que apuntan a robustecer la peruanidad"*. El análisis se realizará conjunto para las dos formas de servicio militar obligatorio pero se harán precisiones cuando sea pertinente para el preventivo.

- ***Las excepciones al llamamiento***

71. Se impugna el tercer párrafo del artículo 50 de la Ley 29248, modificados por el Decreto Legislativo 1146. Al respecto, los accionantes manifiestan que la disposición impugnada incurriría en inconstitucionalidad por omisión, al no incluir dentro del grupo de exceptuados a las personas casadas o en situación de concubinato propio así como a los que se encuentran laborando, siguiendo estudios técnicos o recibiendo formación básica no escolarizada. En ese sentido alegan que ello contravendría los derechos constitucionales a la educación y al trabajo así como el derecho-principio de igualdad. Por su parte, el emplazado refiere que prever las referidas causales de excepción resulta innecesario en tanto la disposición impugnada exonera de prestar el servicio militar a aquellos que acrediten ser responsables del sostenimiento del hogar en tanto la capacitación brindada a los reclutas por las Fuerzas Armadas es idónea para suplir tanto la educación básica como la formación técnica.

72. Sobre el particular, se cree conveniente precisar que, habiéndose declarado la constitucionalidad del servicio militar obligatorio referido a la contribución a la defensa nacional, deviene en inconstitucional cualquier tipo de excepción irrazonable al cumplimiento de este deber constitucional.

73. Por lo que, a criterio de los magistrados firmantes del presente voto, sólo cabrían singularidades basadas en criterios objetivos.

    - Efectivamente no podría realizar ningún tipo de servicio militar obligatorio los que

adolecen de discapacidad física o mental grave y permanente. Tampoco podrán prestarlo quienes se encuentren recluidos en un establecimiento penitenciario en caso de estar cumpliendo pena privativa de libertad.

- Por el contrario, resultan desproporcionadas para el servicio militar obligatorio acuartelado las excepciones a favor de quienes acrediten ser responsables del sostenimiento del hogar, de los que se encuentren en el extranjero y de quienes acrediten estar prestando algún servicio voluntario a la comunidad. Estas excepciones resultarían perfectamente válidas para el caso del servicio militar no acuartelado.
- Un caso especial es el de aquellos llamados que se encuentren cursando estudios universitarios. Esta situación no es compatible con el servicio militar acuartelado en el caso de estar cumpliendo un rol represivo para la defensa nacional, pero es válida para el servicio no acuartelado de finalidad preventiva. Cabe precisar al respecto, que por más que el accionado considere que es posible diferenciar a los universitarios con relación a los que realizan estudios superiores técnicos, en vista que los que prestan el servicio pueden tener capacitación de esta naturaleza, tal diferenciación no es válida, toda vez que el grado de intensidad del servicio militar con fines preventivos depende de una injerencia no tan gravosa al libre desarrollo de la personalidad, por lo que no puede impedirse que la persona escoja la carrera que quiera llevar y la institución en la que quiera realizar el estudio técnico, que no necesariamente puede coincidir con el ofrecido por las instituciones castrenses. Finalmente, para estar inmerso en esta excepción, no basta con que el alumno se haya matriculado en la institución educativa universitaria o técnica únicamente con el fin de dejar de prestar este servicio al país, sino que por lo menos, habrá tenido que estudiar previamente un ciclo.

74. Teniendo en cuenta que se ha admitido la obligatoriedad de este servicio militar sólo bajo determinadas circunstancias, corresponde al Poder Ejecutivo, en uso de su potestad de libre configuración normativa infralegal, establecer las excepciones a la prestación de este servicio, por medio de una regulación específica y respetuosa del ordenamiento constitucional, que considere asimismo los posibles mecanismos alternativos a través de los cuales los colectivos exceptuados puedan cumplir con su deber, para con la defensa del Estado constitucional de derecho.

- ***El sorteo para determinar los obligados al servicio militar obligatorio***

75. Se cuestionan el segundo párrafo del artículo 48 y el primer párrafo del artículo 50 de la Ley 29248, modificados por el Decreto Legislativo 1146. En los dispositivos impugnados, se ha previsto la existencia de un procedimiento de reclutamiento forzoso cuando el número de voluntarios al servicio militar no llegue a satisfacer una cuota de vacantes fijada con antelación. Sobre el particular, los demandantes solicitan, con relación al servicio militar obligatorio según los presupuestos antes examinados, que esas disposiciones sean expulsadas del ordenamiento jurídico en tanto desconocen innecesariamente el derecho a la libertad individual (artículo 2.24 de la Constitución) y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2.1 de la Constitución). El emplazado, por su parte, manifiesta que éstas deben ser confirmadas en su constitucionalidad puesto que desarrollan el deber ciudadano de contribuir a la defensa nacional y restringen los derechos fundamentales referidos como última ratio.

76. En ese sentido, se advierte que las disposiciones bajo análisis prevén como única condición para dar inicio al correspondiente procedimiento de reclutamiento forzoso, que el número de voluntarios al servicio militar no llegue a satisfacer una cuota de vacantes fijada con antelación. Como es evidente, del hecho que el número de reclutas sea inferior a un monto mínimo, no se desprende que exista una amenaza a la vigencia del Estado constitucional de derecho, que únicamente pueda ser superada a través de la conscripción.

77. Queda acreditado que, lejos de acatar los parámetros expuestos *supra,* el legislador optó por recurrir a una medida restrictiva de derechos fundamentales de manera innecesaria y arbitraria, sin tomar en cuenta los fines del deber constitucional de participar en la defensa nacional ni los hechos o circunstancias objetivas imperantes y sin explorar la amplísima gama posible de estrategias alternativas en virtud de las cuales podría haber promovido o incluso asegurado la suficiencia del personal en el servicio militar acuartelado.

78. Al respecto, el ministro de Defensa aclaró, a fin de zanjar **especulaciones** respecto a una cifra mucho mayor, que *"Son 12,500 personas y tampoco hablamos de una cifra*

*estratosférica, no perdamos el sentido de la realidad. Se trata de un requerimiento técnico de las Fuerzas Armadas"* (*en* noticia Sorteo para el servicio militar se realizará el 19 de junio. Perú 21, 05 de junio del 2013. http://peru21.pe/actualidad/sorteo-servicio-militar-se-realizara-19-junio-2134374). Bajo este argumento, indirectamente, dejó entrever el titular del sector, que una de las motivaciones que llevó a convocar un sorteo bajo la modalidad del servicio militar obligatorio ha sido la necesidad de mayor tropa, antes que un verdadero interés de defensa nacional.

79. Por lo tanto, hay mérito para concluir que el servicio militar obligatorio, tal y como está concebido en las disposiciones impugnadas, deviene en inconstitucional por lo que corresponde expulsar del ordenamiento jurídico el segundo párrafo del artículo 48 de la Ley 29248, modificada por el Decreto Legislativo 1146, y expulsar del ordenamiento jurídico la frase *"o sea menor"* del artículo 50 de la Ley 29248, modificada por el Decreto Ley 1146, de tal manera que el sorteo al que hace referencia proceda solamente si es que el número de voluntarios para participar en el servicio militar excede la cantidad de plazas fijadas con antelación, quedando el primer párrafo del artículo en mención de la siguiente manera: *"Cuando el número de seleccionados voluntarios exceda al requerido por las Instituciones de las Fuerzas Armadas para cubrir las necesidades de personal para el Servicio Militar Acuartelado, se realizará un sorteo público, a cargo de la Dependencia de Movilización y Reserva de cada Institución Armada, con presencia de Notario Público. Su finalidad es definir quiénes serán incorporados a filas (…)"*.

80. Pese a lo señalado, a criterio de los magistrados que suscriben el presente voto, cuando se establezca a través de una decisión debidamente motivada la necesidad de contar con personas en el servicio militar obligatorio en vista de cumplir con el objetivo de defensa nacional, sí debe avalarse el procedimiento del sorteo, tal como está establecido en el artículo 50 de la Ley 29248, modificado por el Decreto Legislativo 1146, aunque sólo aplicado al servicio militar obligatorio, tanto preventivo como represivo, bajo las consideraciones explicadas en el presente caso.

- ***La objeción de conciencia como supuesto de variación de actividades***

81. Realizado el sorteo, quienes salgan elegidos podrían eximirse del cumplimiento del servicio militar obligatorio si alega el ejercicio del derecho fundamental a la objeción de conciencia. Tal decisión no implica una negación al resultado abstracto surgido del test de proporcionalidad, donde se concluyó que la satisfacción del deber de servicio militar obligatorio justifica la restricción del principio del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por lo que, cabe un examen particular en cada caso a partir de la objeción de conciencia.

82. La objeción de conciencia, según la jurisprudencia constitucional, tiene relación con el derecho a la libertad de conciencia y religión (artículo 2.3 de la Constitución), y permite al individuo objetar el cumplimiento de un deber jurídico -proveniente incluso de un mandato legal o constitucional-, por considerar que tal cumplimiento vulneraría aquellas convicciones personales generadas a partir del criterio de conciencia y que pueden provenir, desde luego, de profesar determinada confesión religiosa (fundamentos 4 y 7 de la STC 0895-2001-AA/TC).

83. Este criterio es concordante con lo establecido por el apartado 11 de la Observación General 22 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 1993, referido específicamente a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio. Según éste, aún cuando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no menciona explícitamente el derecho a la objeción de conciencia, señala que éste *"puede derivarse del artículo 18 (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión), en la medida en que la obligación de utilizar la fuerza mortífera puede entrar en grave conflicto con la libertad de conciencia y el derecho a manifestar y expresar creencias religiosas u otras creencias"*.

84. Sobre la naturaleza de este derecho, en el ámbito nacional, el artículo 4 *in fine* de la Ley 29635, de Libertad Religiosa, ha establecido que este derecho se ejerce *"cuando alguien se ve imposibilitado de cumplir una obligación legal por causa de un imperativo, moral o religioso, grave o ineludible, reconocido por la entidad religiosa a la que pertenece*". Adicionalmente, se ha establecido una naturaleza estrictamente excepcional a la objeción de conciencia, toda vez que "*en un Estado Social y Democrático de Derecho, que se constituye sobre el consenso expresado libremente, la permisión de una conducta que se separa del mandato general e igual para todos, no puede considerarse la regla, sino, antes bien, la excepción, pues, de lo contrario, se estaría ante el inminente e inaceptable riesgo de relativizar los mandatos jurídicos*" (fundamento 7 de la STC 0895-2001-AA/TC).

85. Es así como la objeción de conciencia no podrá estar fundada en meras opiniones o ideas del objetor, sino que debe sustentarse en convicciones que puedan ser objeto de comprobación fehaciente, y que como ha destacado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han alcanzado en el individuo "*un cierto nivel de obligatoriedad, seriedad, coherencia e importancia*" (numeral 36 de la Sentencia Campbell and Cosans v. The United Kingdom, del 25 de febrero de 1982). Asimismo, por aplicación del principio-derecho de igualdad (artículo 2.2 de la Constitución), puede aceptarse que a través de la objeción de conciencia se protejan convicciones que deben poseer una intensidad axiológica equiparable, es decir, convicciones o creencias de las que derivan ciertas consecuencias éticas dirigidas a orientar con carácter prescriptivo el comportamiento de la persona (fundamentos 36 y 37 de la STC 2430-2012-PA/TC).

86. De ello se desprende que, la procedencia de la negativa del objetor a someterse a la conducta que, en principio, le sería jurídicamente exigible, como en el caso concreto es el servicio militar obligatorio, *"debe ser declarada expresamente en cada caso y no podrá considerarse que la objeción de conciencia garantiza ipso facto al objetor el derecho de abstenerse del cumplimiento del deber"* (fundamento 7 de la STC 0895-2001-AA/TC). Y es que, resolver estos conflictos implica una razonable ponderación de los intereses que están en juego, que permita determinar cuándo prevalece la objeción de conciencia y cuándo el deber legal objetado.

87. De esta manera, el ejercicio de la objeción de conciencia, debe enmarcarse, dentro de los límites correspondientes a la libertad religiosa, como son la moral y el orden público, que, a la luz del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 18) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 12), deben entenderse como las limitaciones previstas en la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución; artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; fundamento 18 de la STC 6111-2009-PA/TC).

88. En ese sentido, no podrían alegar tal derecho en el ámbito del servicio militar, bajo el tamiz del derecho a la paz y a la tranquilidad (artículo 22 de la Constitución), aquellas personas que han estado involucradas, según la regulación que se imponga, en actos vandálicos o contrarios al mantenimiento a la paz, como pueden ser un infractor de la ley penal o pandillaje pernicioso, bajo los parámetros de los artículos 183 y ss. del Código de los Niños y Adolescentes, o si se comprueba su realización de actividades ligadas a la violencia, como pertenencia a las denominadas 'barras bravas' así no haya sido juzgado o sentenciado.

89. Asimismo, las modalidades que se establezcan en la ley sobre la materia, no pueden ser analizadas de forma abstracta, sino que, ante el pedido que realice el sorteado en el que justifique estar incurso en alguno de los supuestos de objeción de conciencia que determine el legislador, debe ser la propia autoridad castrense quien, en último término y en cada caso concreto, pondere los derechos o bienes constitucionales en conflicto. En caso la respuesta sea negativa, el afectado podría acudir ante un juez, para que dentro de un proceso constitucional de tutela de derechos, pueda cuestionar la decisión a su entender inmotivada de dicha autoridad (fundamento 39 de la STC 2430-2012-PA/TC).

90. En caso se determine que la persona efectivamente está siendo protegida por el derecho a la objeción de conciencia, la autoridad castrense deberá determinar qué prestación social sustitutoria, alternativa a las labores propia del servicio militar obligatorio, podrá cumplir el llamado. El legislador debe definir qué tipo de prestaciones alternativas son admisibles en el caso peruano, pudiendo tomar como ejemplo, entre muchas fórmulas, brindar educación o atenciones sanitarias a quienes colaboran con la defensa nacional o a sus familiares, realizar servicios sociales por la paz o ayudar a refugiados o cualquier otra que, tutelando sus creencias en la paz, esté dirigido en último término a garantizar la defensa última del Estado constitucional de derecho, velando por la preservación de un orden político tendiente a la concretización de los derechos fundamentales y a la legitimización de los poderes públicos a través de los principios democráticos que prevé (fundamento 2 de la STC 0005-2001-AI/TC y fundamentos 8 y 9 de la STC 0002-2008-PI/TC).

91. Para el caso del servicio militar obligatorio, el ejercicio de la objeción de conciencia servirá para que el sorteado pueda contradecir el uso de la fuerza para contribuir a la defensa nacional, tanto preventiva como represiva. Sin embargo, el legislador democrático debe regular este supuesto, razón por lo cual los magistrados que suscriben el presente voto, consideran necesario exhortar al Poder Legislativo para que emita la regulación correspondiente en el más breve plazo, caso

contrario, y hasta que la misma no se emita se tomará en cuenta los criterios desarrollados *supra.*

- **Los Efectos de la Inasistencia**

92. En caso de haber sido convocado a cumplir con el deber del servicio militar obligatorio, preventivo o represivo, y la persona no acude al llamamiento, se producen efectos jurídicos, que deben ser analizados desde una perspectiva constitucional.

- ***Imposición de una multa***

93. Son cuestionados el cuarto párrafo del artículo 50, el artículo 77.12 y el primer párrafo del artículo 78.9 de la Ley 29248, modificados por el Decreto Legislativo 1146. En los dispositivos impugnados, se establece la aplicación de una multa cuando los sorteados no asistan al llamado forzoso a partir del mencionado sorteo. Al respecto, los congresistas demandantes aseveran que, al condicionar la exigibilidad del servicio militar obligatorio al pago de una suma de dinero, los dispositivos impugnados vulneran el derecho fundamental a la igualdad en tanto permiten que algunos se eximan de cumplir con esa exigencia mientras que otros sí quedarían forzados a acatarla. Asimismo, manifiestan que estos desconocen los principios constitucionales de no confiscatoriedad y capacidad contributiva al forzar a personas de escasos ingresos a pagar una multa ascendiente al 50% de una Unidad Impositiva Tributaria – UIT, generando un estado de cosas inconstitucional. El emplazado, por su parte, refiere que las normas cuestionadas no pueden vulnerar el derecho a la igualdad puesto que constituyen la concretización del deber constitucional de participar de la defensa nacional, sin que los referidos principios de no confiscatoriedad y capacidad contributiva resulten aplicables al presente caso puesto que la multa bajo análisis no constituye un tributo sino una institución propia del derecho administrativo sancionador.

En primer lugar, se ha cuestionado la constitucionalidad del artículo 78.9 de la Ley 29248, modificado por el Decreto Legislativo 1146, así como el artículo 77.12 de la ley objeto de cuestionamiento. De otro lado, las consecuencias sobre el documento nacional de identidad – DNI se examinarán en el siguiente punto.

94. La multa es una de las diversas sanciones administrativas cuya aplicación, prevista en nuestro ordenamiento jurídico como expresión del *ius puniendi* del Estado (fundamento 11 de la STC 1873-2009-PA/TC y fundamento 10 de la STC 4173-2010-PA/TC), está orientada a reprimir a aquellos que incurren en una conducta ilegal con un grado de dañosidad social menor a la que asiste a un delito. Si bien la multa genera una obligación de dar suma de dinero al Estado, responde -a diferencia de lo que ocurre con las tasas, impuestos, contribuciones, precios públicos u otros semejantes- a una conducta previa del sujeto obligado pasible de ser sancionada por considerarse ofensiva a determinados bienes jurídicos y estar debidamente tipificada como tal.

95. *Contrario sensu*, tomando en cuenta la referida naturaleza represiva de la multa, no sería razonable utilizar esa institución jurídica para consumar finalidades distintas a la tutela de los bienes jurídicos mencionados dentro del marco de los objetivos y principios generales que le corresponden. Por lo que, resultaría inadmisible que las distintas entidades administrativas, claudicando a todo criterio de razonabilidad, cobren multas para aumentar sus ingresos, equilibrar sus finanzas, cubrir el costo de determinados servicios o actuaciones o, en general, por cualquier motivo diferente a la finalidad legítima de la multa conforme al derecho administrativo sancionador forzando y desnaturalizando sus normas para aplicarlas a circunstancias que debieran estar regidas por otras instituciones y preceptos jurídicos. Tales precisiones se fundamentan en el principio de razonabilidad que, tal como ha sido expresado en uniforme jurisprudencia, exige que las actuaciones de los poderes públicos no estén desprendidas de los motivos y razones idóneas para explicarlas.

96. Ahora bien, en cuanto al principio de capacidad contributiva y no confiscatoriedad, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el mismo exige que todo ciudadano participe de la financiación del gasto público de manera proporcional a sus posibilidades para hacerlo (fundamento 8 de la STC 0053-2004-AI/TC y fundamento 6 de la STC 0033-2004-AI/TC). De acuerdo a este principio, la presión tributaria, evaluada como un conjunto, deberá ser razonable con la finalidad de no lesionar el derecho fundamental a la propiedad (fundamento 4 de la STC 1907-2003-AA/TC).

97. Por consiguiente queda claro que, al tratarse de un principio referido exclusivamente al ámbito tributario, no hay mérito alguno para aplicarlo al caso de la multa, cuya naturaleza es distinta, ni para concluir que las normas impugnadas lo transgreden debiendo, rechazarse la posición de los congresistas accionantes en ese extremo. No obstante, y con respecto a la pretendida vulneración del

derecho a la igualdad, es constitucionalmente inadmisible establecer un trato diferenciado que discrimine a un grupo determinado de ciudadanos frente a otro en función de su condición económica.

98. En su artículo 2.2, la Constitución reconoce el derecho de toda persona a la igualdad, precisando que *"Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole"*. Este dispositivo no consagra únicamente el derecho fundamental a la no discriminación sino que también establece un principio rector de la organización del orden constitucional y de la actuación del Estado en virtud del cual no debe considerarse proscrito todo trato diferenciado sino solo aquel que, lejos de ampararse en bases objetivas y razonables, encuentra su fundamento en causas constitucionalmente prohibidas (entre muchos, fundamento 20 de la STC 0045-2004-AI/TC, fundamento 61 de la STC 0048-2004-AI/TC). Sólo podrán considerarse discriminatorias aquellas diferencias de trato que impidan a sus víctimas el goce real y efectivo del conjunto de derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento constitucional, convirtiéndose la igualdad en un derecho relacional dirigido a resguardar la eficacia y la vigencia plena de los derechos reconocidos en la Constitución (fundamentos 121 y 122 de la STC 0004-2006-PI/TC).

99. Como parte del test de igualdad, para determinar si se configura una infracción a la igualdad en una situación concreta, es necesario evaluar la situación jurídica de aquel o aquellos sujetos cuyos derechos fundamentales presuntamente se ven menoscabados a través de un trato discriminatorio con relación a la de aquellos cuya condición se usará, como término de comparación (*tertium comparationis*), para determinar la existencia de la referida transgresión constitucional. La circunstancia empleada como parámetro de comparación no puede ser cualquiera, sino como mínimo, deberá ser análoga tanto jurídica como fácticamente a la situación jurídica que se considera lesiva a la igualdad toda vez que, de lo contrario, podrían condenarse por discriminatorias determinadas condiciones que difieren de otras por ser objetiva y razonablemente distintas (fundamento 6 de la STC 0012-2010-PI/TC y fundamento 9 de la STC 0015-2010-PI/TC).

100. A la luz de lo anterior, se advierte que efectivamente se vulneraría el derecho-principio bajo análisis si se hace depender la exigibilidad de un deber constitucional de consideraciones tales como el origen, el género, la religión u otras que el ordenamiento constitucional considere prohibidas como causales de diferenciación. Al ser los deberes constitucionales medidas restrictivas de derechos, conforme a lo desarrollado en el presente voto, resulta inadmisible constitucionalmente que estos le sean exigidos a algunos de forma diferenciada por razones proscritas, en contra del referido carácter relacional de la igualdad. Por consiguiente, corresponde determinar si la multa -en tanto sanción administrativa- se ha convertido en un parámetro de discriminación entre los sorteados, máxime si alguien convocado obligatoriamente podría dejar de asistir con sólo pagar la multa impuesta.

101. El cuestionado artículo 78.9 de la Ley 29248, modificado por el Decreto Legislativo 1146, establece un mecanismo a través del cual determinadas personas pueden en todo sentido práctico eximirse de prestar el servicio militar obligatorio y evitar que la imposición de una medida restrictiva recorte o limite parte de sus derechos constitucionales. Dicho de otra forma, aquellos incapaces de hacer uso del referido mecanismo -y por consiguiente, sujetos a un trato diferenciado- no tendrían manera de evitar la imposición de la misma, salvo que prefirieran ser sancionados, por ejemplo, con la suspensión indefinida de los efectos de su DNI, tal como se analizará *infra*, quedando demostrado que el requisito expuesto sí se consuma en el presente caso. De lo que se puede observar de la norma impugnada, el mencionado trato desigual parecería afectar uno o más derechos constitucionales de los integrantes del colectivo desfavorecido haciéndosele mérito al carácter relacional del derecho a la igualdad.

102. Ahora bien, se debe señalar que la situación jurídica y fáctica de los ciudadanos capaces de pagar la multa prevista en la disposición bajo análisis es semejante a la de aquellos incapaces de hacerlo por carecer de medios económicos suficientes. En esa lógica, el *status* jurídico de ambos colectivos es idéntico no solo en lo referido a la amplitud de sus derechos sino también en lo relacionado a la exigibilidad de sus deberes. Con respecto a los derechos, tal equiparación fluye expresamente de la parte inicial del artículo 2 de la Constitución y del artículo 3 del mismo cuerpo normativo. Asimismo, con relación a los deberes, puede llegarse a esa misma conclusión a partir del artículo 38 de la Constitución que, ha sido desarrollado *supra*, encarga a todos los peruanos sin distinción alguna, el compromiso de respetar, cumplir y defender la Constitución así como los distintos deberes específicos que

contiene. En tal sentido, la distinta condición económica de las personas no constituye una diferencia relevante al momento de evaluar la manera en la que éstas participan del Sistema de Defensa Nacional a través del servicio militar como sí lo pueden ser, entre otros factores, su salud, su actitud psicofísica o sus creencias religiosas conforme a lo detallado en el punto anterior del presente voto.

103. Por consiguiente, los integrantes de los colectivos bajo análisis debieran recibir idéntico tratamiento normativo en todo lo relacionado a su deber de contribuir a la defensa nacional en tanto no existen razones jurídicas o fácticas válidas que justifiquen su diferenciación. Es así como todo tratamiento que, amparándose en causas prohibidas, incida en los derechos fundamentales de los miembros de uno de esos grupos en mayor grado que en los del otro, como efectivamente ocurre en el caso de la multa bajo análisis, debe rechazarse porque desconoce el derecho a la igualdad y deviene, de esa manera, en inconstitucional. Ergo, la multa contenida en la disposición bajo análisis, lejos de adecuarse a la finalidad represiva que le corresponde como institución del derecho administrativo sancionador, constituye una válvula de escape idónea para permitir que determinadas personas se sustraigan de su pretendido deber de contribuir al Sistema de Defensa Nacional a través del servicio militar. En ese sentido, se estima que existen razones suficientes para concluir que la regulación impugnada deviene inadmisible en términos constitucionales.

104. Por tanto, queda claro que la multa consignada en el artículo 78.9 de la Ley 29248, modificada por el Decreto Legislativo 1146, deviene en inconstitucional por lo que corresponde expulsar del ordenamiento jurídico la frase *"multa del cincuenta por ciento (50%) de la Unidad Impositiva Tributaria, vigentes a la fecha en que se hace efectivo el pago. Asimismo, y en tanto no se cancele la multa correspondiente, se aplicará"*.

- ***Suspensión de efectos del documento nacional de identidad***

105. Los artículos impugnados de la Ley 29248, modificados por el Decreto Legislativo 1146, son el 23 y el último párrafo del 78.9. Básicamente se ha señalado, en el ámbito formal, que una regulación como la presentada interfiere ilegítimamente en una materia que se encuentra bajo reserva de ley orgánica, deviniendo en inconstitucional, toda vez que, por mandato del artículo 183 de la Constitución, es competencia del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – Reniec regular la emisión del DNI, por lo que sólo puede desarrollarse a través de una ley orgánica en cumplimiento del artículo 106 de la Constitución. Asimismo, alegan que la disposición transcrita deviene en inconstitucional puesto que regula la emisión y los efectos legales del DNI a pesar de que esas materias están sujetas a reserva de ley orgánica y denuncian la existencia de una infracción adicional al artículo 106 de la Constitución en tanto solo sería posible recortar o restringir los derechos de las personas a través de la promulgación de una ley orgánica. El emplazado, por su parte, manifiesta que la reserva de ley orgánica se extiende a las normas dirigidas a regular la estructura y el funcionamiento de los organismos constitucionales y que, en tal sentido, están dirigidas a los funcionarios y trabajadores que laboran en esas instituciones, sustrayéndose la disposición impugnada de la referida reserva puesto que, lejos de normar el funcionamiento del Reniec, está dirigida a establecer condiciones que debe cumplir el ciudadano para poder obtener su DNI por lo cual debe confirmarse su constitucionalidad. También manifiesta que la constitucionalidad de la disposición impugnada debe confirmarse en tanto no fluye de la Constitución que el instituto jurídico bajo análisis se extienda a las normas que regulen los efectos del incumplimiento de las obligaciones ciudadanas o que restrinjan derechos constitucionales distintos a los de participación ciudadana.

106. El DNI es la cédula de identidad emitida a ciudadanos peruanos mayores y menores de edad, siendo el único título de derecho al sufragio para quienes tengan dieciocho años o más, permitiendo también el ejercicio de la ciudadanía (artículo 30 de la Constitución). Por eso se ha cuestionado que la ausencia ante el llamado al servicio militar obligatorio pueda tener consecuencias sobre el DNI. En esta oportunidad, ante todo, se objeta la validez constitucional del artículo 78.9 *in fine* y del artículo 23 de la Ley 29248, modificado por el Decreto Legislativo 1146,

***Examen de forma***

107. La reserva de ley orgánica es un instituto debidamente reconocido en el artículo 106 de la Constitución, cuyo tenor literal es el siguiente: *"Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución (…)"*. Supone

la imposibilidad absoluta de que fuentes de derecho distintas a una ley aprobada por más de la mitad del número legal de congresistas normen las materias comprendidas dentro de su ámbito (fundamentos 5 y 6 de la STC 0025-2009-PI/TC y fundamentos 39 y 40 de la STC 0048-2004-AI/TC).

108. La reserva de ley orgánica no se extiende solamente a la estructura y al funcionamiento de las entidades listadas sino que también abarca materias por orden expresa de la Constitución, como el desarrollo del derecho de todos los ciudadanos a elegir y ser elegido (artículo 31 de la Constitución); las condiciones para la utilización y el otorgamiento a particulares de los recursos naturales (artículo 66 de la Constitución); y, el ejercicio de las acciones de garantía constitucional así como los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas jurídicas (artículo 200 de la Constitución). Asimismo, la extensión de la reserva de ley orgánica opera conforme a una lógica de *numerus clausus* por lo que resulta pertinente recalcar que solo es indispensable recurrir a esa fuente de derecho para regular las materias constitucionalmente listadas.

109. Se ha señalado con anterioridad que no todo el contenido de una ley orgánica está protegida por el artículo 106 de la Constitución, sino sólo aquellas partes que regulan la estructura y funcionamiento de las instituciones públicas (fundamento 18 de la STC 0013-2009-PI/TC). Al respecto, la estructura y el funcionamiento del Reniec se sitúan indubitablemente dentro del ámbito de protección de la reserva de ley orgánica, expresamente reconocido en el fundamento 22 de la STC 0022-2004-AI/TC, dado que la institución gubernamental bajo análisis forma parte del Sistema Nacional Electoral por mandato del artículo 177 de la Constitución. En ese sentido, es innegable que todas aquellas normas con rango de ley que regulen las competencias del Reniec así como su organigrama, sus procedimientos internos u otros aspectos de su estructura y funcionamiento deberán haberse aprobado con el voto aprobatorio de más de la mitad del número legal de congresistas.

110. No obstante, no se desprende del artículo 106 de la Constitución que la reserva de ley orgánica se extienda a toda norma latamente vinculada al Reniec o, mucho menos, que ésta comprenda todas las disposiciones que regulen el conjunto de requisitos y procedimientos necesarios para que los ciudadanos obtengan su DNI, más aún si es que se toma en cuenta que el ámbito de aplicación de la institución jurídica bajo análisis debe interpretarse de forma especialmente restrictiva por tratarse de una excepción al principio general de representación democrática.

111. Por consiguiente, los magistrados que suscriben el presente voto, consideran que si bien el artículo 23 de la Ley 29248, modificada por el Decreto Legislativo 1146, alude al Reniec al establecer obligaciones frente al ciudadano tendientes a regular la tramitación del referido DNI, éste se sustrae del ámbito de aplicación de la reserva de ley orgánica puesto que no altera la naturaleza jurídica del organismo mencionado *supra*, ni reforma su organigrama de trabajo ni modifica sus competencias o atribuciones ni afecta su organización interna o su rol como organismo autónomo integrante del Sistema Nacional Electoral. Cabe resaltar que argumentar lo contrario implicaría desnaturalizar el sentido del artículo 106 de la Constitución al exigir la promulgación de una ley orgánica para regular materias ajenas a la estructura o el funcionamiento de los organismos previstos en la Constitución.

112. Asimismo, cabe resaltar que, para efectos del presente proceso de inconstitucionalidad, es irrelevante que la disposición impugnada pueda resultar incongruente con el artículo 37 de la Ley Orgánica del Reniec. Lejos de prevalecer sobre las leyes ordinarias por ser normas jurídicas de mayor jerarquía, las leyes orgánicas se diferencian de las demás solamente por las materias que regulan y por los requisitos formales especiales que la Constitución exige para su aprobación. Por consiguiente, queda claro que, tal y como consta en la jurisprudencia reiterada, una ley no deviene en inconstitucional por el mero hecho de contradecir parte del contenido de una ley orgánica -tal y como ocurre en el caso descrito- pero queda viciada de incompetencia cuando, en contravención del artículo 106 de la Constitución, norma un tema comprendido dentro del ámbito del instituto de reserva de ley orgánica. En ese sentido, es pertinente recalcar que la antinomia mencionada *supra* debe absolverse tomando en cuenta los criterios de especialidad y temporalidad empleados ordinariamente para resolver contradicciones entre normas de idéntica jerarquía normativa.

113. Contrariamente a lo argumentado por la parte demandante, no se halla mérito para ampliar el listado de leyes orgánica a las normas restrictivas de derechos. De lo contrario, como queda claro, se llegaría al absurdo de exigir que cada una de ellas sea aprobada por la mayoría del número legal de congresistas tornándose inconstitucionales, por

consiguiente, todos los decretos legislativos que limitan derechos constitucionales así como el conjunto de ordenanzas, decretos de urgencia, reglamentos y leyes ordinarias que los restringen aún si fueran razonables y proporcionales.

114. Por lo tanto, y a la luz de los fundamentos expuestos, queda claro que la pretensión vertida por los congresistas demandantes en ese extremo debe ser desestimada, concluyéndose que, al carecer la pretensión de los congresistas accionantes de todo fundamento en el presente extremo, cabe confirmar la constitucionalidad de los artículos impugnados.

***Examen de fondo***

115. La existencia del DNI, así como su naturaleza jurídica, están reconocidas en el artículo 26 de la Ley 26497, Orgánica del Reniec, según el cual "(…) *es un documento público, personal e intransferible. Constituye la única cédula de Identidad Personal para todos los actos civiles, comerciales, administrativos, judiciales y, en general, para todos aquellos casos en que, por mandato legal, deba ser presentado. Constituye también el único título de derecho al sufragio de la persona a cuyo favor ha sido otorgado".* Sin embargo, el derecho a contar con un DNI no está expresamente recogido en nuestra Constitución, aunque su reconocimiento sí consta tanto en el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en el artículo 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, siendo exigible a partir del fundamento 9 de la STC 0114-2009-PHC/TC.

116. Resulta indubitable además que privar a una persona de su DNI, así como restringir uno o más de los efectos legales del mismo, podría constituir una afectación severa a sus derechos fundamentales hasta el punto que nuestro legislador haya previsto que el ciudadano despojado de ese documento haga valer su derecho a través del proceso de hábeas corpus (artículo 25.10 del Código Procesal Constitucional). Asimismo queda claro que, de manera mediata, la referida afectación al derecho del reconocimiento de la personalidad jurídica, al recortar severamente la capacidad de ejercicio de los ciudadanos, redundaría muy probablemente en otras infracciones constitucionales al menoscabar, entre otros, derechos previstos en la Constitución, como al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2.1), a solicitar información de las entidades públicas (artículo 2.5), a asociarse y a constituir diversas formas de organización jurídica (artículo 2.13), a elegir, remover o revocar a sus autoridades y a ser elegido a un cargo público (artículos 2.17 y 2.31) y a formular peticiones por escrito a la autoridad competente (artículo 2.20).

117. El DNI cumple una importante doble función en nuestro ordenamiento constitucional, contribuyendo de un lado a concretar el derecho a la identidad, al coadyuvar a la identificación precisa de su titular, y del otro, constituyendo un requisito indispensable para el ejercicio de diversos derechos y deberes constitucionales siendo requerido, entre otras cosas, para realizar actividades comerciales, solicitar la tutela judicial o ejercer el sufragio (fundamento 25 de la STC 2273-2005-PHC/TC). Se advierte, en términos más concretos, que restringir los efectos del DNI, aún si se mantiene a salvo su valor identificatorio, según se establece en el artículo impugnado, afectaría el derecho de toda persona a que se respete su personalidad jurídica, que garantiza la facultad de ser sujeto titular de derechos y obligaciones (capacidad de goce) y de poder hacerlos valer en la realidad (capacidad de ejercicio).

118. Desde otro punto de vista, el Estado está habilitado, a través del ejercicio del *ius puniendi*, a restringir derechos fundamentales con la finalidad de reprimir infracciones contra bienes jurídicamente protegidos siempre y cuando se respeten las garantías previstas sobre el particular en la Constitución y el principio del Estado social y democrático de derecho (fundamento 26 de la STC 0033-2007-PI/TC y fundamento 6 de la STC 0012-2006-PI/TC). De ahí fluye que no resulta irrazonable o desmedido disponer la existencia de sanciones consistentes en la suspensión de los efectos legales del DNI, más aún si es que su imposición se reservara a aquellas personas que lesionan los bienes que, por estar reconocidos en la Constitución, están revestidos de máxima importancia dentro del ordenamiento jurídico nacional.

119. Por lo tanto, se estima, *prima facie*, que es constitucionalmente posible imponer las referidas sanciones a aquellos que se resistan a cumplir con sus deberes reconocidos en la Constitución, tales como aquel que manda a los ciudadanos participar de la defensa nacional. No obstante, también resulta evidente que en ninguna circunstancia será admisible que algún deber o principio constitucional sirva de excusa para privar a una persona de su capacidad de ejercicio de forma indefinida o irreversible, lo cual responde a que, aún cuando los derechos que integran el ordenamiento constitucional no

son absolutos, las tensiones que se susciten entre los mismos deban resolverse, conforme al principio de concordancia práctica (fundamento 12 de la STC 5854-2005-PA/TC), sin que ninguno de los mismos sea sacrificado, suprimido o desconocido por completo. Bajo tales consideraciones, se aprecia que el artículo bajo análisis será plenamente respetuoso del ordenamiento constitucional siempre que se prevean mecanismos dirigidos a salvaguardar el derecho fundamental a la personalidad jurídica de tal manera que, antes que constituirse como una condena de 'muerte civil', la medida restrictiva en cuestión esté sujeta a un plazo, a una condición o, cuando menos, a un procedimiento de revisión.

120. En efecto, se advierte que ello también fue previsto en el Decreto Legislativo 1146 que, lejos de disponer la suspensión permanente o irreversible de los efectos del DNI optó por condicionar la vigencia de esa medida restrictiva al pago de una multa ascendiente al 50% de una UIT. Sin embargo, tomando en cuenta que la referida multa deviene inconstitucional por mérito de lo dispuesto *supra*, los magistrados firmantes del presente voto, consideran necesario requerir al Poder Legislativo para que constituya un mecanismo alternativo dirigido a evitar que la sanción bajo análisis derive en una condena de muerte civil.

- **El Desarrollo del Servicio**

121. Por último corresponde determinar cómo los sorteados deben ejercitar el servicio militar obligatorio una vez que asistan a cumplirlo, tomando en cuenta las características privativas del acuartelado y del no acuartelado.

- ***Derechos y deberes***

122. En su momento, se dejó sentado cuáles son los incentivos (derechos y beneficios) que son reconocidos a favor de quienes se encuentren en el servicio militar acuartelado (artículo 54 de la Ley 29248, modificado por el Decreto Legislativo 1146, y en el artículo 75 del Decreto Supremo 003-2013-DE, Reglamento de la Ley 29248).

123. A diferencia de lo señalado para el servicio militar acuartelado voluntario, en este caso la captación forzosa debe tener algunos cambios, por ejemplo, en la asignación básica mensual, toda vez que en el primer caso, la persona acepta que le paguen un monto a costa de la formación que puede obtener dentro del servicio militar, pero en el segundo, está cediendo parte de su autonomía y de su proyecto de vida en pos de la defensa nacional, siendo necesario que, aparte de los otros beneficios que reciba, el legislador repiense el monto de la asignación básica mensual, tanto para los que lo hagan de forma acuartelada o no, tomando en cuenta las circunstancias específicas de cada uno de ellos, máxime si lo que está cumpliendo es un deber derivado de la propia Constitución.

124. Por ello, cabe reafirmar en esta oportunidad que es obligación del Estado cumplir efectivamente con tales derechos y beneficios, así como que los encargados y autoridades de las instituciones castrenses traten con respeto a los acuartelados obligados, máxime si *"La dignidad y los derechos fundamentales de la persona son valores que todo integrante de las Fuerzas Armadas tiene la obligación de respetar y el derecho de exigir"* (artículo 3 de la Ley 29248).

- ***Comisión de delito de función***

125. Por último, los magistrados que suscriben el presente voto, consideran necesario precisar que para aplicación de lo dispuesto por el artículo 173 *in fine* de la Constitución, respecto a que *"quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar"* -concordante con el artículo 39 de la Ley 29248, del Servicio Militar-, se deberá tener en cuenta la interpretación jurisprudencial que al respecto ha sido formulada por el Tribunal Constitucional. En ese sentido, la sujeción del personal del servicio militar (artículo 12 de la Ley 29248) a las disposiciones del Código de Justicia Militar tendrá lugar únicamente cuando la conducta considerada contraria a las normas del servicio militar obligatorio posea la naturaleza propia de un delito de función.

126. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha entendido que la interpretación del 'delito de función' debe realizarse bajo un criterio restrictivo y no extensivo, esto es, limitado exclusivamente a aquellas conductas donde un militar o policía haya infringido un deber u obligación funcional, por la que se encontraba constreñido a mantener, o a realizar, o no realizar, un comportamiento a favor de la satisfacción de un interés considerado institucionalmente como valioso por la Constitución o la ley. Así, se han considerado como características básicas del delito de función, las siguientes: (*i*) debe tratarse de afectaciones sobre bienes jurídicos propios de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, y relevantes para la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses (es decir que comprometa sus funciones constitucionales

y legalmente asignadas, y que revista cierta gravedad que justifique el empleo de una conminación y una sanción penal); (*ii*) que el sujeto activo del ilícito penal-militar sea un militar o efectivo policial en situación de actividad –en este caso el personal que presta el servicio militar–; y (*iii*) que el ilícito haya sido cometido en acto del servicio (fundamento 134 de la STC 0017-2003-AI/TC, reiterado en fundamento 36 de la STC 0012-2006-PI/TC).

127. Finalmente, cabe reiterar que para la configuración de un delito de función no basta con que la conducta prohibida sea realizada por efectivos militares en actividad y en acto del servicio o con ocasión de él, sino que lo principal es que tal conducta afecte bienes jurídicos estrictamente castrenses. De existir dudas en cuanto a la tipificación o interpretación de una determinada conducta como delito de función, estas deben resolverse a favor de su reconocimiento como delito ordinario (fundamento 38 de la STC 0012-2006-PI/TC).

128. Precisamente en esa lógica, los artículos 80 y 81 de la referida Ley 29248, remiten al Código de Justicia Militar, para efectos del respectivo procedimiento y sanciones frente a infracciones a la ley que sean previstas como delitos en dicho Código, y casos en los que el personal militar efectúe reclutamiento forzoso o incurra en deserción o infidencia, respectivamente, mientras que, de otro lado, las infracciones previstas en el artículo 77 de la Ley, remiten a las sanciones administrativas del artículo 78.

Por las consideraciones planteadas, consideramos que se debería declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda contra parte del Decreto Legislativo 1146, modificatorio de diversos artículos de la Ley 29248, del Servicio Militar, y por lo tanto, **INCONSTITUCIONALES** el segundo párrafo del artículo 48 y la frase *"o sea menor"* del artículo 50 de la Ley 29248, modificada por el Decreto Legislativo 1146, por lo que corresponde su expulsión del ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que el sorteo pueda ser utilizado según lo señalado en el presente voto, correspondiendo al legislador emitir la debida regulación; e, **INCONSTITUCIONALES** el cuarto párrafo del artículo 50, así como los artículos 77.12 en su integridad y el 78.9 de la Ley 29248, modificada por el Decreto Legislativo 1146, expulsando del ordenamiento jurídico la frase *"multa del cincuenta por ciento (50%) de la Unidad Impositiva Tributaria, vigente a la fecha en que se hace efectivo el pago. Asimismo, y en tanto no se cancele la multa correspondiente, se aplicará",* correspondiendo **EXHORTAR** al legislador para que en el plazo más breve regule un mecanismo alternativo dirigido a evitar que la sanción de suspensión de los efectos del documento nacional de identidad derive en una condena de muerte civil. Adicionalmente, consideramos pertinente **INTERPRETAR** las excepciones establecidas por el tercer párrafo del artículo 50 de la referida Ley 29248 de conformidad con lo establecido en el presente voto, haciéndose necesario **EXHORTAR** al legislador para que en un plazo perentorio emita la regulación correspondiente a la excepción de objeción de conciencia, sin perjuicio de lo cual, hasta el momento de su emisión, resultarían de aplicación lo establecido en el presente voto; **EXHORTAR** al Congreso de la República para que dicte las reformas legislativas correspondientes al servicio militar obligatorio preventivo y represivo, en cumplimiento de las exigencias establecidas a lo largo del presente voto; e, **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.

**SS.**
**URVIOLA HANI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**ETO CRUZ**

EXP. N.° 0015-2013-PI/TC
LIMA
CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA

**VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI**

Emito el presente voto discrepando con lo expresado en la resolución en mayoría respecto al artículo 23°, tercer párrafo, concordando en los otros extremos.

1. Los recurrentes interponen demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1146, Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 29248, Ley de Servicio Militar en el extremo que modifica los artículos 23° ( tercer párrafo); 48° segundo párrafo, 50° , 77° inciso 12) y 78° inciso 9 de la Ley 29248 Ley del Servicio Militar, por vulnerar el artículo 2° inciso 1), 2), 3), 15), 22) y 24) y artículos 4°, 5°, 13°, 14°, 17°, 19°, 30°, 31° y 106 de la Constitución Política del Perú.

2. El primer artículo cuestionado es el 23°, tercer párrafo, de la Ley N° 29248, Ley del Servicio Militar que establece:

*Artículo 23° tercer párrafo del Decreto Legislativo 1146*

*De igual forma, el peruano, al cumplir los 17 años de edad, se inscribe obligatoriamente en el registro militar. Dicha inscripción podrá realizarla en las oficinas de Inscripción del Registro Militar o en las oficinas del RENIEC al momento en que concurre a realizar la inscripción señalada en el primer párrafo de este artículo, como requisito para la obtención de su Documento Nacional de Identidad (DNI). A efectos de garantizar el cabal cumplimiento de la inscripción en el Registro Militar conforme a lo establecido en este artículo, el Ministerio de Defensa podrá suscribir los convenios que correspondan con RENIEC. (resaltado nuestro)*

*Primer párrafo del Articulo 23°*

*El Peruano, al cumplir los diecisiete (17) años de edad, se inscribe obligatoriamente en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil ( RENIEC), para obtener su Documento Nacional de Identidad (DNI), en concordancia con lo dispuesto en el artículo 31° de la Ley 26497, Ley Órganica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.*

3. Revisado el párrafo cuestionado citado en el fundamento 2 se advierte que propiamente se está condicionando la obtención del Documento Nacional de Identidad (en adelante DNI) a la inscripción en el Registro Militar, es decir tenemos que el Poder Ejecutivo legisló sobre materia que le corresponde al RENIEC, siendo necesario evaluar si el Poder Ejecutivo tenía facultad para ello.

4. Al respecto debo expresar que debemos evaluar la constitucionalidad de forma de la normativa cuestionada. Tenemos que por Ley Autoritativa N° 29915, el Congreso delegó al Poder Ejecutivo *"(...) la facultad de legislar, entre otras materias, respecto a la reforma de la legislación del servicio militar..."*.

5. Es necesario expresar que la Ley N° 26497, Ley Orgánica del RENIEC, establece en su artículo 35°:

   *Párrafo Cuarto: "Para la emisión del Documento Nacional de Identidad (DNI) al obtener la mayoría de edad, será necesario la presentación de la Partida de Nacimiento, o de la Libreta Militar".*

6. En tal sentido encuentro que del texto de la norma podemos advertir que la emisión del Documento Nacional de Identidad no se encuentra condicionado a ningún requisito previo para su obtención, más que la presentación de la partida de nacimiento o de la libreta militar; sin embargo dicha exigencia ha sido establecida en el Artículo 1° del Decreto Legislativo materia de control, cuando modificando el artículo 23 de la Ley 29248 del servicio Militar, señala en su tercer párrafo como requisito para la obtención del documento nacional de identidad la inscripción obligatoria en el Registro Militar.

7. Dentro de los argumentos expresados por los recurrentes se advierte que denuncian la contravención del artículo 106° de la Constitución, pues tratándose de una Ley Orgánica estaría sujeto a reserva de ley. Al respecto tenemos que la reserva de ley es una garantía constitucional destinada a asegurar que determinadas materias de especial importancia sean directamente reguladas por normas de igual rango y fuerza de ley, por lo que entraña una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho. La reserva puede ser variable, según se requiera que la regulación sea mediante ley en sentido estricto, o bien se admita mediante aprobación expresa, que la regulación pueda hacerse por medio de Decreto Legislativo por delegación de facultades; por lo que, para que el Ejecutivo pueda actuar, será necesario que cuente con una ley autoritativa mediante el cual se le delega facultades para legislar mediante decretos legislativos, sobre materia específica, conforme lo establece el artículo 104° de la Constitución.

8. Si bien es cierto en el caso materia de control, la modificación efectuada no estaría atentando contra el artículo en referencia supra, sin embargo el Poder Ejecutivo carece de la autorización expresa para legislar materia que le corresponde a la RENIEC; pues el hecho que las otras materias que contenga la "Ley Orgánica" no se encuentren protegidos por la reserva de ley, ello no significa que estas puedan ser modificadas sin ningún parámetro, sino por el contrario deberán ser reguladas cumpliendo con la forma establecida en el artículo 104° de la Constitución Política, que confiere al Poder Ejecutivo la competencia constitucional de dictar decretos legislativos, con rango de ley, siempre que medie la autorización expresa del Parlamento y sujeto a límites.

9. En tal sentido no advirtiéndose que la Ley Autoritativa haya delegado al Poder Ejecutivo facultades para legislar sobre otras materias diferentes al servicio militar, corresponde **declarar la inconstitucionalidad por la forma el artículo 1º del Decreto Legislativo que modifica el tercer párrafo del artículo 23º de la Ley Nº 29248**.

10. Tenemos también que se cuestiona los artículos 48° y 50° de la Ley N° 29287. Se

observa que se cuestiona vía proceso de inconstitucionalidad el segundo párrafo del artículo 48° y artículo 50° del Decreto Legislativo materia de control constitucional, pues sostienen los recurrentes que trasgreden el derecho constitucional humano a la libertad individual consagrado en el artículo 2°, inciso 24) de la Norma Fundamental, que constituye no solo un derecho fundamental sino también un valor superior del ordenamiento jurídico; transgrede el inciso 1) de la norma Suprema, que garantiza los espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social, los cuales constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra.

11. El Segundo párrafo del artículo 48° establece que:

> *Artículo 48° (segundo párrafo) "[e]n caso de que con el llamamiento extraordinario no se logre alcanzar el número de seleccionados voluntarios necesarios para el Servicio Militar Acuartelado, el Poder Ejecutivo procederá de inmediato con el sorteo establecido en el artículo 50° de la presente ley"*
>
> *Artículo 50° : Cuando el número de seleccionados voluntarios exceda o sea menor al requerido por las Instituciones de las Fuerzas Armadas para cubrir las necesidades de personal para el Servicio Militar Acuartelado, se realizará un sorteo público, a cargo de la Dependencia de Movilización y Reserva de cada Institución Armada, con presencia de Notario Púbico. Su finalidad es definir quiénes serán incorporados a filas.*

12. Este artículo considera que en el caso de que no se alcance el número de seleccionados se procederá el sorteo establecido en el artículo 50° de la Ley cuestionada. Si bien considero que tal articulado convierte el servicio militar en obligatorio para los seleccionados, ello responde a la protección de la defensa nacional y al mantenimiento de la integridad del Estado, siendo por ello necesario que en caso de no alcanzarse el número suficiente de seleccionados voluntarios se realice un sorteo objetivo, **claro está con el establecimiento de las excepciones expresamente señaladas, concordando así en este extremo con lo establecido en la ley cuestionada respecto de las excepciones**. Por ende no considero que el establecimiento del sorteo sea inconstitucional, puesto que responde a un bien de relevancia que busca proteger la defensa del Estado. Sin embargo considero que el Estado debe brindar las condiciones necesarias a efectos de que quien sea seleccionado no vea dicha selección como un castigo que trunque su futuro, sino como una forma en la que no solo se coadyuve en la defensa de su país, sino también pueda acceder a beneficios académicos, labores, etc. En dicho escenario le corresponde al Estado establecer medidas beneficiosas que permitan a los sorteados acceder a beneficios con los cuales vea satisfecha sus aspiraciones.

13. Finalmente respecto a la sanción de multa, establecida en el artículo 78, inciso 9), concuerdo con la ponencia puesta a mi vista que declara la inconstitucionalidad, respecto a la *"multa del cincuenta por ciento (50%) de la Unidad Impositiva Tributaria, vigentes a la fecha en que se hace efectivo el pago. Asimismo y en tanto no se cancele la multa correspondiente, se aplicará."* la demanda debe desestimarse en lo demás que contiene.

Por las consideraciones expuestas, mi voto es porque se declare: **FUNDADA** en parte la demanda interpuesta contra el Decreto Legislativo 1146, modificatorio de la Ley del Servicio Militar N° 29248; en consecuencia, **INCONSTITUCIONAL** por la forma el artículo 1° del Decreto Legislativo 1146 en la parte que modifica el artículo 23° de la Ley 29248; **INCONSTITUCIONAL** el artículo 78.9 de la Ley 29248, modificada por el Decreto Legislativo 1146, expulsando del ordenamiento jurídico la frase *"multa del cincuenta por ciento (50%) de la Unidad Impositiva Tributaria, vigentes a la fecha en que se hace efectivo el pago. Asimismo, y en tanto no se cancele la multa correspondiente, se aplicará"*. En tal sentido corresponde **EXHORTAR** al legislador para que en el plazo más breve regule un mecanismo alternativo dirigido a evitar que la sanción de suspensión de los efectos del documento nacional de identidad derive en una condena de muerte civil, de acuerdo a lo expuesto en el voto de los magistrados Urviola Hani, Mesía Ramírez, Eto Cruz y Calle Hayen, **EXHORTAR** al Poder Ejecutivo, corresponde al Poder Ejecutivo, en uso de su potestad de libre configuración normativa infralegal, establecer las excepciones a la protección.

**S.**
**VERGARA GOTELLI**

**VOTO DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN**

Que habiendo venido a este Tribunal la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.ª 1146, corresponde a este órgano constitucional proceda a efectuar el control constitucional; por lo que haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 5° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, manifiesto a través de este voto mi parecer discrepante con la ponencia, por las consideraciones siguientes:

1. Que mediante escrtito de fecha 17 de junio 2013, los Congresistas de la República que suscriben la demanda integrado por el numero legal que exige la ley, interponen demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1146, Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 29248, Ley de Servicio Militar en el extremo que modifica los artículos 23° ( tercer párrafo); 48° segundo párrafo, 50° , 77° inciso 12) y 78° inciso 9 de la Ley 29248 Ley del Servicio Militar, por vulnerar el artículo 2° inciso 1), 2), 3), 15), 22) y 24) y artículos 4°, 5°, 13°, 14°, 17°, 19°, 30°, 31° y 106 de la Constitución Política del Perú.

   Al respecto nos remitimos al primer artículo materia de control:

   > *Artículo 23° tercer párrafo del Decreto Legislativo 1146*
   >
   > *De igual forma, el peruano, al cumplir los 17 años de edad, se inscribe obligatoriamente en el registro militar. Dicha inscripción podrá realizarla en las oficinas de Inscripción del Registro Militar o en las oficinas del RENIEC al momento en que concurre a realizar la inscripción señalada en el primer párrafo de este artículo, como requisito para la obtención de su Documento Nacional de Identidad (DNI). A efectos de garantizar el cabal cumplimiento de la inscripción en el Registro Militar conforme a lo establecido en este artículo, el Ministerio de Defensa podrá suscribir los convenios que correspondan con RENIEC. (resaltado nuestro)*
   >
   > *Primer párrafo del Articulo 23°*
   >
   > *El Peruano, al cumplir los diecisiete (17) años de edad, se inscribe obligatoriamente en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil ( RENIEC), para obtener su Documento Nacional de Identidad (DNI), en concordancia con lo dispuesto en el artículo 31° de la Ley 26497, Ley Órganica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.*

2. Se sostiene que una regulación como la presentada interfiere ilegítimamente en una materia que se encuentra bajo reserva de ley orgánica, deviniendo en inconstitucional; toda vez que, por mandato del artículo 183° de la Constitución, es competencia del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – Reniec regular la emisión del DNI, en tanto solo sería posible recortar o restringir los derechos de las personas a través de la promulgación una ley orgánica en cumplimiento del articulo 106° de la Constitución.

3. El emplazado, por su parte, manifiesta que la reserva de ley orgánica se extiende a las normas dirigidas a regular la estructura y el funcionamiento de los organismos constitucionales y que, en tal sentido, están dirigidas a los funcionarios y trabajadores que laboran en esas instituciones, sustrayéndose la disposición impugnada de la referida reserva puesto que, lejos de normar el funcionamiento del Reniec, está dirigida a establecer condiciones que debe cumplir el ciudadano para poder obtener su DNI por lo cual debe confirmarse su constitucionalidad.

4. La dilucidación de la controversia, en primer término, requiere que se establezca si el Decreto Legislativo N.° 1146, realiza una modificación de la Ley Orgánica del RENIEC, N° 26497, y si el Poder Ejecutivo contaba con las delegaciones correspondientes para tal fin. Al respecto nos remitimos al texto de la mencionada ley, en cuyo cuarto párrafo establece:

   > *Art. 35°.- párrafo cuarto: "Para la emisión del Documento Nacional de Identidad (DNI) al obtener la mayoría de edad, será necesario la presentación de la Partida de Nacimiento, o de la Libreta Militar".*

5. Que remitiéndonos al texto de la norma, podemos advertir que la emisión del Documento Nacional de Identidad no se encuentra condicionado a ningún requisito previo para su obtención, más que la presentación de la partida de nacimiento o de la libreta militar; sin embargo dicha exigencia ha sido establecida en el Artículo 1° del Decreto Legislativo materia de control, cuando modificando el artículo 23 de la Ley 29248 del servicio Militar, señala en su tercer párrafo como requisito para la obtención del documento nacional de identidad la inscripción obligatoria en el Registro Militar.

6. Los recurrentes sostienen que dicha modificación estaría atentando contra el artículo 106° de la Constitución, pues tratándose de una Ley Orgánica estaría sujeto a reserva de ley, precisando que este

Tribunal se ha pronunciado en la STC N° 022-2004-AI/TC fundamento 24° que: *"[e]n segundo lugar, a tenor de los criterios de soberanía política (artículo 45° de la Constitución) y representación (artículo 43° de la Constitución), están sujetos a reserva de ley orgánica la estructura y funcionamiento de las entidades del sistema electoral ( Jurado Nacional de Elecciones, Oficina Nacional de Procesos Electorales y Registro Nacional de Identificación y Estado Civil), cuyas funciones son vitales para el adecuado funcionamiento del modelo democrático representativo y de las instituciones de democracia directa reconocidas en el artículo 31° de la Constitución".*

7. La reserva de ley, se trata de una garantía constitucional prevista, destinada a asegurar que determinadas materias de especial importancia sean directamente reguladas por normas de igual rango y fuerza de ley, por lo que entraña una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho. La reserva puede ser variable, según se requiera que la regulación sea mediante ley en sentido estricto, o bien se admita mediante aprobación expresa, que la regulación pueda hacerse por medio de Decreto Legislativo por delegación de facultades; por lo que, para que el Ejecutivo pueda actuar, será necesario que cuente con una ley autoritativa mediante el cual se le delega facultades para legislar mediante decretos legislativos, sobre materia específica, conforme lo establece el artículo 104° de la Constitución.

8. A mayor abundamiento cabe precisar, que no todo el contenido de una Ley Orgánica está protegido por el artículo 106° de la Constitución, sino solo aquellas que regulan la estructura y funcionamiento de las Instituciones Públicas. Al respecto este Tribunal se ha pronunciado en la STC 0013-2009-PI/TC fundamento 18), precisando que: *"[r]especto de la exigencia material establecida en el artículo 106° de la Norma Fundamental este Colegiado estima que no todas las normas contenidas en el Reglamento del Congreso de la República o todas aquellas que el legislador considere incorporar tienen o tendrán la naturaleza de Ley Orgánica, sino sólo aquellas que tal como se ha estimado supra regulan su estructura y funcionamiento".*

9. Si bien es cierto en el caso materia de control, la modificación efectuada no estaría atentando contra el artículo en referencia supra, sin embargo este carece de la autorización correspondiente; pues el hecho que las otras materias que contenga la "Ley Orgánica" no se encuentren protegidos por la reserva de ley, ello no significa que estas puedan ser modificadas sin ningún parámetro, sino por el contrario deberán ser reguladas cumpliendo con la forma establecida en el artículo 104° de la Constitución Política, que confiere al Poder Ejecutivo la competencia constitucional de dictar decretos legislativos, con rango de ley, siempre que medie la autorización del Parlamento y sujeto a límites.

10. Respecto a los límites de la habilitación, este Tribunal también se ha pronunciado respecto en la STC 00012-2011-AI (fundamento 10), precisando que: *"Por lo que se refiere a las exigencias que han de observarse en la habilitación para dictarse decretos legislativos delegados, el Tribunal recuerda que ésta: (i) Sólo puede tener como destinatario al Poder Ejecutivo, quedando excluido la posibilidad de que tal habilitación pueda realizarse a favor de otros poderes del Estado u órganos constitucionales; (ii) tiene que ser 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 su Comisión Permanente; (iii) requiere de una ley que fije o determine la materia específica que se autoriza legislar, de manera que no es admisible las delegaciones generales, indefinidas o imprecisas; y, a su vez, que ella precise con exactitud el plazo dentro del cual podrá dictarse la legislación ejecutiva delegada. (iv) no comprende lo que atañe a la reforma constitucional, la aprobación de tratados que requieran de habilitación legislativa, leyes orgánicas, la Ley del Presupuesto y la Ley de la Cuenta General de la República".*

11. Que el Decreto Legislativo N° 1146 en su considerando primero precisa que *"[e]l Congreso de la República, mediante la Ley 29915 ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, entre otras materias, respecto a la reforma de la legislación del servicio militar…"*; sin embargo dicha delegación no le permite a que legisle sobre otras materias, pues la delegación es expresa conforme a lo expuesto *supra*.

12. Si bien es cierto el Ejecutivo contaba con la ley autoritativa N° 29915 en cuyo artículo 1° se delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre las materias especificadas en el artículo 2° de la referida ley; sin embargo ninguno de los 7 incisos contenido en el artículo en referencia, faculta al ejecutivo legislar respecto a temas relacionados a la RENIEC. Siendo esto así, corresponde se declare Inconstitucional por la forma la modificación efectuada al artículo 23 de la Ley 29248, permaneciendo vigente el texto original en sus propios términos.

- **ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 48º SEGUNDO PÁRRAFO Y 50º DE LA LEY 29287.-**

13. Se pretende impugnar mediante el presente proceso de inconstitucionalidad el segundo párrafo del artículo 48° y artículo 50° del Decreto Legislativo materia de control, pues sostienen los recurrentes que trasgreden el derecho constitucional humano a la libertad individual consagrado en el artículo 2° inciso 24) de la Norma Fundamental, que constituye no solo un derecho fundamental sino también un valor superior del ordenamiento jurídico; transgrede el inciso 1) de la norma Suprema, que garantiza los espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social, los cuales constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra.

14. Al respecto nos remitimos al Segundo párrafo del artículo 48° y al artículo 50° de la norma materia de control, cuyo texto a la letra dice:

> *Artículo 48° (segunda párrafo) "[e]n caso de que con el llamamiento extraordinario no se logre alcanzar el número de seleccionados voluntarios necesarios para el Servicio Militar Acuartelado, el Poder Ejecutivo procederá de inmediato con el sorteo establecido en el artículo 50° de la presente ley"*
>
> *Artículo 50°: Cuando el número de seleccionados voluntarios exceda o sea menor al requerido por las Instituciones de las Fuerzas Armadas para cubrir las necesidades de personal para el Servicio Militar Acuartelado, se realizará un sorteo público, a cargo de la Dependencia de Movilización y Reserva de cada Institución Armada, con presencia de Notario Púbico. Su finalidad es definir quiénes serán incorporados a filas.*

15. Se sostiene que la modificación efectuada a la Ley 29248 involucra un cambio importante en la legislación nacional, pues conjuntamente con el servicio militar voluntario, que no es objeto de impugnación se ha reconocido uno obligatorio, el cual cuenta con cuestionamientos de constitucionalidad.

16. Considero que tal cuestionamiento de constitucionalidad no se da, primero porque el llamamiento extraordinario establecido en el artículo 48° de la ley no fue materia de inconstitucionalidad, sino la modificatoria establecida en el artículo 1° del Decreto Legislativo 1146, manteniendo este la intención del legislador, respecto al llamamiento extraordinario cuando no se alcance el número de seleccionados voluntarios suficientes para satisfacer los requerimientos del personal para el Servicio Militar Acuartelado.

17. Si bien el artículo primigenio presentaba un vacio respecto a la forma del llamamiento, razón de su modificación, el nuevo texto ha dispuesto que el llamamiento se efectúe mediante "sorteo", solo en el supuesto que no se alcance el número de voluntarios, debiéndose entender que este llamamiento se efectuará entre los inscritos seleccionados obviamente que no hayan hecho servicio militar y hayan pasado la evaluación de aptitud psicofísica que acredite que no presentan incompatibilidad para la prestación del Servicio Militar.

18. Cabe precisar, que el Estado ha querido darle un tratamiento flexible al Servicio Militar, encaminándolo por el voluntariado, en razón a que la constitución no lo ordena de manera expresa y tampoco lo prohíbe. Sin embargo nos preguntamos a ¿qué obedece su modificación?, y nos remitimos al llamamiento voluntario que se produjo el 28 de diciembre de 2012, que pese al llamamiento ordinario y excepcional, no se alcanzó con el numero de seleccionados voluntarios suficientes; situación que ha conllevado al Ejecutivo al llamamiento extraordinario por sorteo entre los inscritos habilitados y ello en razón a que el Estado por Defensa Nacional debe contar con personal entrenado y capacitado.

19. Que si bien la regla general es el llamamiento voluntario, el llamamiento por excepción a la regla general resulta razonable siempre que los seleccionados voluntarios sea menor al requerido por las Instituciones de las Fuerzas Armadas para cubrir las necesidades de personal para el servicio militar acuartelado; por lo que no resulta inconstitucional que el Estado haya optado por el sorteo para cubrir las plazas que objetivamente demandan las instituciones de las Fuerzas Armadas, por el bien jurídico constitucional de la seguridad nacional, obviamente con las excepciones establecidas y debidamente justificadas.

20. A mayor abundamiento cabe precisar que el llamado excepcional no resulta inconstitucional, por cuanto si nos remitimos al artículo 173° párrafo segundo, aquí se estableció que *"[q]uienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar"*; de donde se puede inferir la obligatoriedad del "Servicio Militar obligatorio. Si bien esta obligatoriedad no se encuentra dispuesta de manera expresa si se encuentra dispuesto

implícitamente desde el momento que el segundo párrafo del artículo 173 de la Constitución lo contempla, por lo que la obligatoriedad o no debe ser regulado por el Estado, conforme lo ha efectuado; razones por las cuales no resulta inconstitucional el segundo párrafo del artículo 48 ni el artículo 50 primer y segundo párrafo.

- **ANÁLISIS DEL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 50**

21. Se cuestiona el tercer párrafo del artículo 50° de la Ley 29248, modificada por el Decreto Legislativo 1146 cuyo texto es el siguientes:

> *Artículo 50° (…) Están exceptuados de prestar Servicio Militar Acuartelado los elegidos por sorteo que adolecen de discapacidad física o mental grave y permanente, quienes se encuentren cumpliendo pena privativa de libertad, quienes acrediten ser responsables del sostenimiento del hogar, aquellos que se encuentren cursando estudios universitarios, quienes acrediten estar prestando algún servicio voluntario a la comunidad y los residentes en el extranjero. Mediante Decreto Supremo se podrán establecer otras excepciones, debidamente fundamentada.*

22. Se sostiene que la disposición impugnada incurriría en inconstitucionalidad por omisión, al no incluir dentro del grupo de exceptuados a las personas casadas o en situación de concubinato propio, así como a los que se encuentran laborando siguiendo estudios técnicos o recibiendo formación básica no escolarizada. En ese sentido alegan que ello contravendría los derechos constitucionales a la educación y al trabajo así como el derecho-principio de igualdad. Por su parte, el emplazado refiere que prever las referidas causales de excepción resulta innecesario en tanto la disposición impugnada exonera de prestar el servicio militar a aquellos que acrediten ser responsables del sostenimiento del hogar en tanto la capacitación brindada a los reclutas por las Fuerzas Armadas es idónea para suplir tanto la educación básica como la formación técnica.

23. Al respecto compartimos con el voto de los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez y Eto Cruz, por lo que consideramos que el artículo cuestionado no resulta inconstitucional; a mayor abundamiento sostenemos que respecto a la exclusión del servicio militar a las personas casadas o en situación de concubinato, la norma ha establecido que *"[e]stán exceptuados aquellos que acrediten ser responsables del sostenimiento del hogar"*.

24. En efecto es obligación del Estado proteger a la familia sea ésta constituida por matrimonio o concubinato, razón por la cual no es suficiente que se acredite solo el estado civil, sino que el llamado a servir demuestre que esta cumplimiento con el sostenimiento del hogar; siendo esto así, el no haberse precisado en la ley que están excluidos los que acrediten su estado civil de casados o concubinos, no conlleva a declarar la inconstitucionalidad de la norma.

25. En cuanto a que se ha exceptuado del servicio militar a los jóvenes que siguen educación universitaria pero no a los jóvenes que siguen estudios técnicos no universitarios; en efecto, dicha diferenciación no es válida, pues resulta atentatoria al derecho de igualdad, sin embargo no basta que se acredite encontrarse matriculado en un centro de educación superior (universitario o Instituto Superior) sino que se demuestre haber cursado por lo menos un ciclo concluido y que los estudios sean continuos con la respectiva constancia otorgado por el centro de estudios. Siendo esto así, también considero que corresponde al Poder Ejecutivo, en uso de su potestad de libre configuración normativa infralegal, establecer las excepciones a la protección de este servicio, por medio de una regulación específica y respetuosa del ordenamiento constitucional.

- **ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 78.9**

26. Respecto al control constitucional del artículo 78° inciso 9) de la Ley 29248 modificado por el Decreto Legislativo 1146, compartimos con el voto de los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez y Eto Cruz, pues también consideramos que el artículo en control deviene en inconstitucional, por lo que corresponde expulsar del ordenamiento jurídico la frase *"multa del cincuenta por ciento (50%) de la Unidad Impositiva Tributaria, vigentes a la fecha en que se ha hace efectivo el pago. Asimismo y en tanto no se cancele la multa correspondiente, se aplicará"*.

Por las consideraciones expuestas, mi voto es porque se declare: **FUNDADA** en parte la demanda interpuesta contra el Decreto Legislativo 1146, modificatorio de la Ley del Servicio Militar N° 29248; en consecuencia, **INCONSTITUCIONAL** por la forma el artículo 1° del Decreto Legislativo 1146 en la parte que modifica el artículo 23° de la Ley 29248; **INCONSTITUCIONAL** el artículo 78.9 de la Ley 29248, modificada por el Decreto

Legislativo 1146, expulsando del ordenamiento jurídico la frase *"multa del cincuenta por ciento (50%) de la Unidad Impositiva Tributaria, vigentes a la fecha en que se hace efectivo el pago. Asimismo, y en tanto no se cancele la multa correspondiente, se aplicará"*. En tal sentido corresponde **EXHORTAR** al legislador para que en el plazo más breve regule un mecanismo alternativo dirigido a evitar que la sanción de suspensión de los efectos del documento nacional de identidad derive en una condena de muerte civil, de acuerdo a lo expuesto en el voto de los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez y Eto Cruz. **EXHORTAR** al Poder Ejecutivo, corresponde al Poder Ejecutivo, en uso de su potestad de libre configuración normativa infralegal, establecer las excepciones a la protección de este servicio, por medio de una regulación específica y respetuosa del ordenamiento constitucional; é **INFUNDADA** en lo demás que contiene;

**Sr.**
**CALLE HAYEN**

EXP. N.° 00015-2013-PI/TC
LIMA
CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA

**VOTO DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA**

Emito el presente voto por las razones que expongo a continuación:

**§. Servicio Militar: ¿voluntario u obligatorio?**

1. El Servicio Militar tiene como origen la necesidad de los Estados, a fines de la Edad Moderna, de proveerse de tropas en una cantidad elevada, superior a la exigencia anterior de contar con ejércitos profesionales, e incluso mercenarios como la Guardia Suiza. Napoleón Bonaparte, en un inútil esfuerzo de mantener su supremacía europea, regresa de su fallida campaña en Rusia y fuerza el alistamiento de miles de jóvenes y viejos para que mueran por la Patria. Eran los tiempos en que los intereses de la sociedad jurídicamente organizada prevalecían por completo sobre los intereses de los individuos que componían esa sociedad. La persona al servicio del Estado.

2. En nuestro país, durante los siglos XIX y el XX el alistamiento forzoso conocido como *la leva,* era aceptado por las élites como una necesidad para cubrir los requerimientos de un ejército preparado para las batallas masivas y la guerra de desgaste. La tragedia de un esposo que no volvía de su labor en el campo de batalla o de un hijo que dejaba de colaborar en el sostenimiento de su familia, eran superados con facilidad por una sociedad que, evidentemente, no comprendía que las libertades y derechos abarcaban no solo al ciudadano de clases medias y altas sino también a las personas humildes de la periferia y del campo. Pero como todas las comunidades políticas tienden a evolucionar, la Constitución vigente, en su artículo 1 determina con meridiana claridad que *la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.*

3. La doctrina y la jurisprudencia de este Tribunal coinciden en señalar esta norma como la rectora de toda interpretación constitucional, que de forma transversal irradia sustancialmente al resto de preceptos contenidos en la Carta Magna. La dignidad humana, en tal sentido, es el presupuesto jurídico de la existencia de todos los derechos fundamentales. La persona humana no puede ser concebida como un medio, sino como un fin en sí mismo; de allí que su defensa constituya el fin supremo que debe inspirar todos los actos estatales, en particular, y los de la sociedad, en general (Cfr. STC 0050-2004-AI/TC y acumulados).

4. Por ello, el precepto ubicado en el segundo párrafo del artículo 173 de nuestra Constitución, que hace mención a la existencia de un servicio militar obligatorio al momento de determinar qué asuntos corresponden a la jurisdicción militar, no establece explícitamente la existencia de aquél. Su contenido normativo, en el espíritu del artículo primero, necesariamente debe distanciarse de la posible interpretación de un Sargento. En tal sentido, inferir que del deber de respetar la Constitución es posible hablar de una obligatoriedad del mismo resulta, en mi opinión, un exceso, más aún cuando históricamente ha sido utilizado como un mecanismo, ajeno a los valores democráticos, de obtención de mano de obra barata para cubrir los puestos de tropa, incluso contra la voluntad del reclutado.

5. Si bien en las actuales circunstancias es impensable hacer a una leva pues la jurisdicción constitucional no lo permitiría, no es menos cierto que con el sorteo que se pretende realizar se busca subrepticiamente el mismo resultado, esto es, llenar los cuarteles con jóvenes, sin su consentimiento, arrancándolos de sus actividades cotidianas, de sus proyectos de vida que en el ejercicio ordinario de su libertad cumplen sin dañar a terceros. Si acaso observáramos una aparente contradicción entre una norma-principio que exige considerar a la persona humana superior a la sociedad y al Estado, y un precepto

esencialmente instrumental, se tendría que preferir necesariamente al primero, mientras que no existan circunstancias extraordinarias y excepcionales en los que el Bien Común y la misma supervivencia de la comunidad política estuviera en grave riesgo.

6. Resulta claro entonces que, en una interpretación sistemática de la Constitución, *la obligación de participar en la defensa nacional, conforme a ley*, recogida en el artículo 163, no puede leerse ajena al mandato de respeto al conjunto de derechos fundamentales cuya protección eficaz constituye, en gran medida, la razón de ser del Estado Constitucional de Derecho. En todo caso, toda persona tiene derecho a objetar por razones de conciencia o de creencia su obligación constitucional a prestar servicio militar obligatorio y que la falta de regulación legislativa no impide ejercer este derecho ni reconocerlo.

7. En esa línea de ideas, la ley reconoce, por lo menos, la necesidad de evitar arrancar a los universitarios de sus aulas para realizar el servicio militar obligatorio, pues alteraría gravemente su proyecto de vida y la continuidad de su aprendizaje. A ello, hubiera sido necesario sumar a los alumnos que acrediten asistencia regular a un instituto de enseñanza superior, pues les asistiría la misma razón. El haber considerado el pago de una multa como forma de establecer costos a la no participación en el servicio, por parte del sorteado, resulta discriminatorio pues se trata de un monto fácilmente superable por algunos niveles económicos e imposible de sufragar para otros, haciendo diferencia entre las personas por un tema relacionado directamente con su capacidad de gasto, lo que resulta inadmisible en la lógica de los derechos fundamentales. Una vez que se separa del padrón a los comprendidos en causales legítimas y racionales de excepción al servicio, el sorteo no debe presentar una nueva causal encubierta a través del pago de una multa, sino a través del instrumento que el legislador entienda constitucionalmente posible.

**§. El servicio militar obligatorio como intervención desproporcionada en la libertad, concretamente en el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de conciencia**

**Bienes constitucionalmente comprometidos**

8. El Tribunal Constitucional, en diversas oportunidades, ha sostenido, sobre la base del principio general de libertad, que el ser humano, en principio, es libre para realizar todo aquello que no esté prohibido en virtud de una ley, ni obligado de hacer aquello que la ley no manda (Cfr. STC 2235-2004-AA/TC). En ese sentido, si bien las limitaciones a los derechos fundamentales solamente pueden establecerse respetando el principio de legalidad, dicha limitación deberá, además, realizarse en términos necesariamente restrictivos.

9. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, encuentra reconocimiento en el artículo 2.1 de la Constitución, que refiere que toda persona tiene derecho *"a su libre desarrollo"*, pues si bien en este precepto no se hace mención expresa al concreto ámbito que libremente el ser humano tiene derecho a desarrollar, es justamente esa apertura la que permite razonablemente sostener que se encuentra referido a la personalidad del individuo, es decir, a la capacidad de desenvolverla con plena libertad para la construcción de un propio sentido de vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos (Cfr. STC 2868-2004-AA/TC).

10. La libertad de conciencia es asumida, por lo general, como la facultad de optar por una determinada concepción deontológica o estimativa de la vida. En otras palabras, como una capacidad para razonar o comportarse con sujeción a la percepción ética o moral con la que se autoconciba cada persona en su entorno social o en el contexto en el que se desenvuelva (Cfr. STC 5680-2009-PA/TC).

11. Como bien lo señala la Corte Constitucional colombiana, a partir del inalienable fuero interno de cada individuo, éste goza de la facultad para actuar o abstenerse de hacerlo en virtud de su razón práctica, de su pensamiento y de su íntima convicción, claro está, sobre la base, implícita de todo derecho y en toda libertad, de que sus expresiones están limitadas por los derechos de los demás y por las necesidades propias del orden público, la tranquilidad, la salubridad y la seguridad colectivas (Sentencia T-409 de 1992).

12. Tampoco puede soslayarse que el carácter objetivo de los derechos fundamentales radica en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional (Cfr. STC 3330-2004-AA/TC), por lo que si bien pueden ser limitados, dicha limitación no puede ser excesiva. Asumir que los derechos fundamentales carecen de límites o que, por

el contrario, pueden ser suprimidos por el legislador, son afirmaciones incompatibles con el sentido común pero, sobre todo, contradictorias con el derecho constitucional.

13. En ese orden de ideas y partiendo de la premisa de que no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción (Cfr. STC 0050-2004-AI/TC *y otros*), corresponde analizar si la existencia de un servicio militar obligatorio resulta una injerencia desproporcionada o no en los citados derechos fundamentales.

14. Al respecto, conviene traer a colación lo argumentado por el Tribunal Constitucional español en lo referido a que la Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos (Cfr. STC 11/1981).

15. En esa línea, conviene precisar que la persona humana no solamente es titular de derechos fundamentales, también es sujeto de deberes u obligaciones, muchos de los cuales son imprescindibles para la convivencia social; sin embargo, no puede soslayarse que entre ambos existe una relación de complementariedad, por lo que cuando se configura una aparente tensión entre distintas disposiciones constitucionales, como ocurre en el caso de autos, ésta debe ser resuelta de acuerdo a los principios interpretativos constitucionales, de tal forma que, de acuerdo al principio de concordancia práctica, se optimice la eficacia del conjunto sin sacrificar, anular o suprimir ninguno de los valores, derechos o principios concernidos (Cfr. STC 5854-2005-PA/TC).

16. Asimismo, tampoco puede soslayarse que toda medida restrictiva de derechos fundamentales debe aplicarse como última *ratio* y sustentarse en hechos, conductas y circunstancias objetivas quedando, por el contrario, absolutamente proscrita su aplicación innecesaria, inútil o arbitraria. Las restricciones legislativas al ejercicio de los derechos constitucionales no pueden ser, bajo ningún concepto, caprichosas. El fundamento de tal afirmación radica, precisamente, en que la proporcionalidad en sí misma preside las actuaciones estatales, las cuales deben reducirse al mínimo posible.

17. Así las cosas, manteniendo el legislador un amplio margen de libre configuración legal, éste encuentra en el contenido protegido de los derechos fundamentales y, más ampliamente, en la libertad *iusfundamental* general del ser humano, un límite *prima facie* que obliga a la acción legislativa a expresarse en términos constitucionalmente razonables y proporcionados (Cfr. STC N.° 000032-2010-PI/TC).

***Test de proporcionalidad***

18. En reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha utilizado el *test de proporcionalidad* para la evaluación de medidas que presuponen afectación de unos bienes constitucionales a favor de otros (STC 0016-2002-AI/TC, 0008-2003-AI/TC, 0018-2003-AI/TC, entre otras). Y es que, para solucionar este tipo de conflictos, la teoría jurídica especializada ha desarrollado el test de proporcionalidad, como el mecanismo idóneo para determinar cuándo son admisibles o no, en términos constitucionales, las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales.

19. Está destinado, en buena cuenta, a solucionar eventuales conflictos entre derechos, intereses o valores en concurrencia. Mediante este *test* se puede llegar a determinar si la intervención legislativa que impone el servicio militar obligatorio, es la más adecuada para perseguir un determinado fin en términos jurídicos.

20. Dicho *test* se desarrolla a través de tres subprincipios: de idoneidad o de adecuación; de necesidad y de proporcionalidad en *stricto sensu*. La forma de aplicación de tales subprincipios ha de ser necesariamente sucesiva.

***Subprincipio de idoneidad***

21. El examen de idoneidad exige, en primer término, *la identificación de un fin de relevancia constitucional* y una vez determinado tal fin*, verificar si la medida legislativa es idónea o adecuada para conseguirlo*. Este procedimiento implica, de *un lado*, la distinción entre objetivo y finalidad que persigue la medida impugnada. El objetivo tiene que ver con el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través de una disposición legal. La finalidad comprende el bien jurídico de relevancia constitucional que el órgano productor de la norma ha pretendido alcanzar a través de una disposición legal; y de *otro lado*, verificar la adecuación de la medida. Esta consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre

el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador.

22. Aunque la salvaguarda de la defensa nacional es un objetivo que indiscutiblemente tiene relevancia constitucional; empero, la mera dotación de reclutas a las instituciones armadas para preservar la soberanía nacional ante amenazas internas y externas no coadyuva, en lo absoluto, a la consecución de tal objetivo, por lo que estamos ante una intervención manifiestamente inútil en la libertad ciudadana, por ser inconducente para alcanzar dicho objetivo.

23. No puede soslayarse que, en las actuales circunstancias, más importante que tener una gran cantidad de tropa es contar con unas fuerzas armadas profesionales capaces de utilizar las tecnologías bélicas más modernas. La fortaleza de los ejércitos modernos ya no está en función de la cantidad de su tropa, como equivocadamente podría pensarse, sino en su tecnología y especialización. En ese esfuerzo, las Fuerzas Armadas más poderosas del mundo han logrado profesionalizarse, mejorando sustancialmente su capacidad operativa y optimizando los costos del armamento que los ciudadanos sufragan con sus impuestos.

24. En Latinoamérica se ha comprobado la necesidad de contar con unas Fuerzas Armadas profesionales capaces de afrontar satisfactoriamente los desafíos de una guerra moderna de alta intensidad con operadores experimentados de los sistemas de defensa, cada vez más sofisticados, y remunerados adecuadamente; fortaleciéndose así la vocación de defender la soberanía nacional, como es la tendencia a nivel mundial. Oficiales, suboficiales y técnicos, deben gozar de remuneraciones y condiciones de trabajo que permitan generar el interés de la juventud en la carrera militar. En ese empeño debe concentrarse el Estado.

25. Es más, incluso en una situación de emergencia, contar con tropa sin la debida formación militar de poco serviría para revertirla. Enviar ciudadanos al frente de batalla sin la instrucción que requiere la guerra moderna sería, a mi juicio, una irresponsabilidad mayúscula en la medida que serían presa fácil de una unidad de comandos profesionales mínimamente equipada. La defensa de la soberanía nacional tiene que necesariamente ser realizada de manera racional. Si bien existe el deber de defender la patria, no necesariamente ello tiene que materializar con acuartelar a la población, salvo que estemos ante una situación excepcionalísima, en el que sea indispensable el concurso de todos, o durante un conflicto inusualmente prolongado. Sin embargo, para eso basta con el desarrollo de una Reserva entrenada y capacitada periódicamente durante algunos fines de semana de cada año, entrenando a cada ciudadano en las labores militares que corresponda a sus aptitudes y habilidades.

Por tales razones, luego de haber contrapesado los bienes jurídicos en pugna estimo que servicio militar obligatorio es una medida absolutamente invasiva en el derecho al libertad personal de los ciudadanos y, por lo tanto, resulta **INCONSTITUCIONAL** *in toto.*

**S.**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

***Sentencia 00002-2013-PI/TC*** *Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente de la República contra la Ordenanza Regional 010-2012-GRA/CR, expedida por el Gobierno Regional de Ayacucho. El Tribunal declaró fundada en parte la demanda.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 30 de mayo de 2014

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad y, en consecuencia, de conformidad con el artículo 193 de la Constitución y el respectivo bloque normativo competencial, inconstitucional la Ordenanza Regional 010-2012-GRA/CR, expedida por el Gobierno Regional de Ayacucho.

El demandante alegó que la ordenanza impugnada afectaba la competencia del Poder Ejecutivo en materia de transporte terrestre interprovincial de personas al disponer que la Dirección Regional de Transportes y Comunicaciones de Ayacucho pueda expedir autorizaciones para que vehículos de la categoría M1 presten el servicio de transporte terrestre interprovincial de personas, cuando el Poder Ejecutivo ha dispuesto que tal servicio sólo puede ser ofrecido por vehículos de la categoría M3, clase III, y excepcionalmente, por vehículos con categoría M3 de menor tonelaje, o M2 en el ámbito regional (artículos 20.3.1 y 20.3.2 del Decreto Supremo 017-2009-MTC), lo que contraviene los límites de la actuación competencial de los gobiernos regionales establecidos en la Constitución (artículos 43, 189 y ss.). Asimismo, señaló que vulnera los principios de cooperación y lealtad regional, pues a través de ella se contradice el ordenamiento legal establecido, así como los principios de taxatividad y cláusula de residualidad.

El Tribunal estimó que la ordenanza impugnada no busca complementar o adecuar la normativa vigente en materia de transportes, sino que resulta manifiestamente contraria a las condiciones técnicas mínimas exigidas en los artículos 20.3.1 y 20.3.2 del Reglamento Nacional de Administración de Transporte, que prescriben que el servicio de transporte público de personas en el ámbito regional sólo puede ser ofrecido por vehículos de la categoría M3, clase III, y, excepcionalmente, por vehículos de la categoría M3 con menor tonelaje, o M2 clase III, mas no por vehículos de la categoría M1.

Como resultado de la aplicación del test de competencia, el Tribunal concluyó que la Ordenanza Regional 010-2012-GRA/CR contraviene el principio de unidad, por tratarse de una norma con rango de ley contraria a la regulación nacional vigente en materia de transportes, y desatiende su deber de lealtad nacional.

**Temas Claves:** Competencias de los gobiernos regionales — principio de unidad y deber de lealtad nacional — test de competencia.

**PLENO JURISDICCIONAL**
Expediente 0002-2013-PI/TC

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Del 11 de octubre de 2013

**STC-04.14.PI**
**Caso Vehículos M1**
Presidente de la República c. Gobierno Regional de Ayacucho

**Asunto**

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República contra la Ordenanza Regional 010-2012-GRA/CR, expedida por el Gobierno Regional de Ayacucho.

Magistrados firmantes:

**SS.**
**URVIOLA HANI**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**CALLE HAYEN**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

**TABLA DE CONTENIDOS**


| | | |
|---|---|---|
| **I.** | **CUESTIONES PRELIMINARES** ..... | 3 |
| A. | RELACIÓN JURÍDICA-PROCESAL..... | 3 |
| B. | PETITORIO CONSTITUCIONAL ..... | 3 |
| C. | VIOLACIÓN CONSTITUCIONAL INVOCADA | 4 |
| D. | DEBATE CONSTITUCIONAL ..... | 4 |
| 1. | Demanda ..... | 4 |
| 2. | Contestación de la demanda..... | 5 |
| E. | FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS | 5 |
| **II.** | **FUNDAMENTOS** ..... | 6 |
| A. | SUPUESTA VIOLACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DEL GOBIERNO REGIONAL DE AYACUCHO EN MATERIA DE TRANSPORTE PÚBLICO..... | 6 |
| A1. | La competencia de los gobiernos regionales en materia de transporte terrestre interprovincial de personas ..... | 7 |
| A2. | Examen de la competencia asumida por el Gobierno Regional de Ayacucho en materia de transporte terrestre interprovincial de personas ..... | 8 |
| B. | EFECTOS DE LA SENTENCIA..... | 10 |
| **IV.** | **FALLO**..... | 11 |


EXPEDIENTE 0002-2013-PI/TC
LIMA
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Arequipa, a los 11 días del mes de octubre de 2013, el Tribunal Constitucional en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Urviola Hani, presidente; Vergara Gotelli, vicepresidente; Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

## I. CUESTIONES PRELIMINARES

### A. RELACIÓN JURÍDICA-PROCESAL

La demanda es interpuesta con fecha 25 de enero de 2013 por el Presidente de la República, representado por el Ministro de Transportes y Comunicaciones, quien actúa a través del Procurador Público Especializado en Materia Constitucional.

En vista de que se impugna una ordenanza regional, a quien le ha correspondido defender su constitucionalidad ha sido al órgano emisor, es decir, al Gobierno Regional de Ayacucho. Con fecha 26 de junio de 2013, el Procurador Público Regional, en representación de dicho gobierno, contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.

### B. PETITORIO CONSTITUCIONAL

La demanda se dirige a cuestionar la constitucionalidad de la Ordenanza Regional 010-2012-GRA/CR, de fecha 27 de abril de 2012, y publicada en el diario oficial *El Peruano* el 9 de junio de 2012. El texto impugnado consta de seis artículos que expresan lo siguiente:

> **Artículo Primero.-** AUTORÍCESE a la Dirección Regional de Transportes y Comunicaciones de Ayacucho, a través de la Dirección de Circulación Terrestre, a fin de que conceda autorizaciones para la prestación del servicio de transporte interprovincial regular de personas en los vehículos de las Categorías M1.
>
> **Artículo Segundo.-** APRUÉBESE excepcionalmente sustituir, vehículos de la flota vehicular M1 con vehículos de la misma categoría (M1 X M1) en tanto se encuentre vigente su permiso excepcional, con vehículos cuya antigüedad no sea mayor de tres años desde el año siguiente a su fecha de fabricación.
>
> **Artículo Tercero.-** DISPONER, a la Dirección Regional de Transportes y Comunicaciones elaborar el correspondiente

Reglamento y dictar las medidas administrativas complementarias para la eficacia de la presente Ordenanza regional en un plazo no mayor a los 30 días, en coordinación con el Consejo Regional, y la publicación en el Diario Oficial "El Peruano" y el Portal Electrónico del Gobierno Regional Ayacucho.

**Artículo Cuarto.-** DISPONER, que el Ejecutivo del Gobierno Regional de Ayacucho, mediante Decreto Regional apruebe el Reglamento de Servicio de Transporte Público Interprovincial y Regional en automóviles colectivos.

**Artículo Quinto.-** DEJAR sin efecto toda disposición regional en cuanto se opongan a lo dispuesto en la presente Ordenanza Regional.

**Artículo Sexto.-** La presente Ordenanza Regional entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Además, se solicita al Tribunal Constitucional que establezca que las normas regionales y locales de similar contenido carecen de efectos jurídicos por contravenir jurisprudencia vinculante de este Colegiado.

## C. VIOLACIÓN CONSTITUCIONAL INVOCADA

Los demandantes, para argumentar su pretensión, alegan la violación de los límites de la actuación competencial de los gobiernos regionales (artículos 43, 189 y ss. de la Constitución y leyes de desarrollo).

## D. DEBATE CONSTITUCIONAL

El accionante y el demandado postulan sobre la constitucionalidad de las normas objetadas una serie de razones que, a manera de epítome, se presentan a continuación.

### 1. Demanda

La demanda interpuesta por el Presidente de la República, a través del Procurador Público Especializado en Materia Constitucional, se sustenta en los siguientes argumentos:

(i) La ordenanza impugnada afecta la competencia del Poder Ejecutivo en materia de transporte terrestre interprovincial de personas al disponer que la Dirección Regional de Transportes y Comunicaciones de Ayacucho pueda expedir autorizaciones para que vehículos de la categoría M1 presten el servicio de transporte terrestre interprovincial de personas, cuando el Poder Ejecutivo ha dispuesto que tal servicio sólo puede ser ofrecido por vehículos de la categoría M3, clase III, y excepcionalmente, por vehículos con categoría M3 de menor tonelaje, o M2 en el ámbito regional (artículos 20.3.1 y 20.3.2 del Decreto Supremo 017-2009-MTC), contraviniendo, en consecuencia, los límites de la actuación competencial de los gobiernos regionales establecidos en la Constitución (artículos 43, 189 y ss.) y sus leyes de desarrollo.

(ii) En cuanto al test de competencia, la norma impugnada vulnera los principios de cooperación y lealtad regional, pues a través de ella se contradice el ordenamiento legal establecido, así como los principios de taxatividad y cláusula de residualidad, al habilitar un supuesto no previsto en la norma emitida por el órgano competente.

### 2. Contestación de la demanda

El gobierno regional emplazado, a través de su Procurador Público, don Carlos Enrique Paredes Orellana, contesta la demanda de inconstitucionalidad, solicitando que sea declarada infundada, en orden a los siguientes argumentos:

(i) La ordenanza regional cuestionada fue emitida en uso de las facultades reconocidas a los gobiernos regionales en los artículos 188 al 191 de la Constitución y los artículos 38 y 56.g de la Ley 27867, Orgánica de los Gobiernos Regionales.

(ii) Los objetivos de la norma fueron regular los vacíos y deficiencias de la normativa nacional, adecuándola a la realidad coyuntural y social de la Región Ayacucho, y formalizar la situación actual del servicio de transporte en esta región en condiciones de seguridad, promoción del empleo y libre competencia, tal y como lo hizo la Ley 28972, que estableció la formalización del transporte terrestre de pasajeros en automóviles colectivos.

## E. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Determinada la posición de las partes del proceso, es preciso que el Tribunal Constitucional defina los temas a desarrollar a lo largo de la presente sentencia:

- La ordenanza regional impugnada, ¿respeta las disposiciones constitucionales y el bloque de constitucionalidad respectivo? En tal sentido:
  - ¿Cómo se dividen el gobierno nacional y los gobiernos regionales la competencia sobre el transporte terrestre interprovincial de personas?
  - ¿Es posible autorizar que la Dirección Regional de Transportes y Comunicaciones

de Ayacucho expida autorizaciones para que vehículos de la categoría M1 presten dicho servicio?

- ¿Cuáles son los efectos de la sentencia recaída en el presente proceso?

## II. FUNDAMENTOS

1. En la presente sentencia se analizará *in toto* la Ordenanza Regional 010-2012-GRA/CR, primero determinándose si existe o no violación de los límites de la actuación competencial de los gobiernos regionales, para luego explicarse cuáles serían las consecuencias de una posible declaratoria de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley impugnada. Tal como ha sido establecido en reiterada jurisprudencia de este Tribunal, si bien desde una perspectiva estrictamente formal, la demanda en este proceso apela a los presupuestos de uno de inconstitucionalidad, toda vez que se trata de enjuiciar la supuesta inconstitucionalidad de la Ordenanza Regional 010-2012-GRA/CR, la cual tiene rango de ley, no se puede omitir el hecho de que, desde la perspectiva material, se trata de un conflicto de competencias de naturaleza positiva por cuanto tanto el demandante como el demandado reclaman su competencia. Bajo este presupuesto corresponde aplicar el test de la competencia (STC 0020-2005-PI/TC y otro), que partiendo del principio de unidad del Estado y de los principios de lealtad regional y nacional y de taxatividad y cláusula de residualidad, se concretiza a través de los principios de: distribución de competencias, efecto útil y poderes implícitos y el de progresividad en la asignación de competencias y transferencia de recursos.

### A. SUPUESTA VIOLACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DEL GOBIERNO NACIONAL EN MATERIA DE TRANSPORTE TERRESTRE DE PERSONAS

*Postura de la parte demandante*

2. En el presente caso el demandante sostiene que la ordenanza impugnada es inconstitucional en su totalidad porque afecta la competencia del Poder Ejecutivo de establecer las características técnicas que deben cumplir los vehículos para la prestación del servicio de transporte terrestre de pasajeros en el ámbito regional, competencia que fue ejercida al establecer las condiciones técnicas mínimas exigidas en los artículos 20.3.1 y 20.3.2 del Reglamento Nacional de Administración de Transporte, disposiciones que a su vez fueron emitidas en uso de las potestades normativas reconocidas en los artículos 4, 5 y 7.1 de la Ley 29370, de Organización y Funciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, entre otros. Asimismo, refiere que la ordenanza vulnera los principios de cooperación y lealtad regional, pues a través de ella se contradice el ordenamiento legal establecido, así como los principios de taxatividad y cláusula de residualidad, al habilitar un supuesto no previsto en la norma emitida por el órgano competente.

*Postura de la parte demandada*

3. El gobierno emplazado justifica la norma impugnada indicando que fue emitida para regular el vacío normativo que generó el Decreto Supremo 017-2009-MTC al derogar el Reglamento de la Ley 28972 (Decreto Supremo 029-2007-MTC, norma por la que los gobiernos regionales estaban facultados para otorgar permisos excepcionales a automóviles de la categoría M1) sin haber derogado expresamente dicha ley, por lo que, a fin de evitar mayor incertidumbre al momento de su aplicación y siendo consecuente con su espíritu, se emite dicha ordenanza. Refiere también que la norma impugnada busca complementar y adecuar la normativa nacional a la realidad de la Región Ayacucho, así como formalizar la situación actual del servicio de transporte en esta región –donde la demanda supera la oferta existente–, bajo condiciones de seguridad, promoción del empleo y libre competencia, objetivos merecedores de tutela.

#### A1. La Competencia de los Gobiernos Regionales en materia de Transporte Terrestre Interprovincial de Personas

4. El Tribunal tomará en cuenta, como parámetro formal y material de evaluación, además de la Constitución, las siguientes normas que forman parte del bloque de constitucionalidad: la Ley 27783, de Bases de la Descentralización; la Ley 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales; la Ley 27181, General de Tránsito y Transporte Terrestre; el Decreto Supremo 017-2009-MTC, Reglamento Nacional de Administración de Transporte; y la Ley 28972, que establece la formalización del transporte terrestre de pasajeros en automóviles colectivos.

5. Sobre la materia de transporte terrestre de pasajeros, los artículos 36.c de la Ley 27783, de Bases de la Descentralización, y 10.2.c de la Ley 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales, establecen que el gobierno nacional y los gobiernos regionales y locales tienen *competencia compartida* en la 'promoción, gestión y *regulación de actividades económicas y productivas en su ámbito y nivel, correspondientes a los*

*sectores* agricultura, pesquería, industria, comercio, turismo, energía, hidrocarburos, minas, *transportes*, comunicaciones y medio ambiente'. Por lo que resulta claro para este Tribunal que los gobiernos regionales son entes competentes para normar actividades y/o servicios en materia de transportes.

6. Es sabido además que según el artículo 13 de la Ley 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales, las competencias pueden ser exclusivas, compartidas o delegadas entre los gobiernos nacional, regionales y municipales, y que de acuerdo con el artículo 11.1 de la Ley 27783, de Bases de la Descentralización *"(...) la normatividad expedida por los distintos niveles de gobierno, se sujeta al ordenamiento jurídico establecido por la Constitución y las leyes de la República"*, por lo que es necesario analizar bajo qué parámetros se ejercen tales competencias en materia de transporte terrestre interprovincial de personas.

7. Así, el artículo 49 de la Ley de Bases de la Descentralización, dispone expresamente que *"(...) el gobierno nacional y los gobiernos regionales y locales mantienen relaciones de coordinación, cooperación y apoyo mutuo, en forma permanente y continua, dentro del ejercicio de su autonomía y competencias propias, articulando el interés nacional con los de las regiones y localidades"*. Más preciso aún resulta el artículo 56.a de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, que establece como funciones de dichas entidades *en materia de transportes: "Formular, aprobar, ejecutar, evaluar, dirigir, controlar y administrar los planes y políticas en materia de transportes de la región, de conformidad con las políticas nacionales y los planes sectoriales"*.

8. En este orden de ideas, a fin de determinar si la ordenanza regional impugnada es inconstitucional por configurar un *exceso* normativo en una disposición con rango de ley, y teniendo en cuenta que entre las leyes ordinarias y las ordenanzas regionales no rige el principio de jerarquía normativa, sino el principio de competencia, resulta necesario aplicar el *test de la competencia* al caso de autos.

**A2. Examen de la Competencia asumida por el Gobierno Regional de Ayacucho en materia de transporte terrestre interprovincial de personas**

9. De lo alegado por las partes, este Tribunal advierte que no existe controversia respecto de la facultad que tienen los gobiernos regionales para promover y regular actividades y/o servicios en materia de transportes, de conformidad con lo establecido en el artículo 192.7 de la Constitución. Lo que se cuestiona en el caso de autos es si el gobierno demandado, al expedir la ordenanza impugnada, transgredió las normas legales que limitan el ejercicio de dicha facultad, afectando en consecuencia el ámbito competencial del gobierno nacional en esta materia (Ministerio de Transportes y Comunicaciones).

10. En este contexto, no se puede soslayar que el objetivo de la acción estatal en materia de transporte y tránsito terrestre se orienta a la satisfacción de las necesidades de los usuarios y al resguardo de sus condiciones de seguridad y salud, así como a la protección del ambiente y la comunidad en su conjunto, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley 27181, General de Tránsito y Transporte Terrestre, por lo que la normativa que pretenda regular este tipo de materia deberá terne en cuenta estas condiciones.

11. Ahora bien, a efectos de proceder a la aplicación del *test de la competencia* en el caso de autos, se debe tener en cuenta lo establecido por los artículos 20.3.1 y 20.3.2 del Reglamento Nacional de Administración de Transporte, normas que forman parte del parámetro de control normativo, y que señalan: *"20.3. Son condiciones específicas mínimas exigibles a los vehículos destinados al servicio de transporte público de personas de ámbito regional: 20.3.1 Que correspondan a la Categoría M3 Clase III, de la clasificación vehicular establecida en el RNV y que cuenten con un peso neto vehicular mínimo de 8.5 toneladas. En caso de que no existan vehículos habilitados con el referido peso neto vehicular, se podrá autorizar vehículos con un peso neto vehicular mínimo de 5.7 toneladas. 20.3.2. Los gobiernos regionales atendiendo a las características propias de su realidad, dentro del ámbito de su jurisdicción, mediante Ordenanza Regional debidamente sustentada, podrán autorizar la prestación del servicio regular de personas en vehículos de las categorías M3 Clase III de menor tonelaje a 5.7 toneladas de peso neto vehicular, o M2 Clase III, en rutas en las que no exista transportistas autorizados que presten servicios con vehículos habilitados de la categoría señalada en el numeral anterior"*.

12. Estando a lo expuesto, y luego de haber ponderado los argumentos ofrecidos por las partes, este Tribunal llega a la conclusión de que la Ordenanza Regional impugnada no busca complementar o adecuar la normativa vigente en materia de transportes, sino que resulta manifiestamente contraria a las condiciones técnicas mínimas exigidas en los artículos 20.3.1 y 20.3.2 del Reglamento Nacional de Administración de Transporte,

ya que tales dispositivos prescriben que el servicio de transporte público de personas en el ámbito regional sólo puede ser ofrecido por vehículos de la categoría M3, clase III, y, excepcionalmente, por vehículos de la categoría M3 con menor tonelaje, o M2 clase III, mas no por vehículos de la categoría M1; condicionando además tales autorizaciones a requisitos como que se trate de rutas en las que no exista transportistas autorizados que presten servicios con vehículos habilitados de la categoría señalada, y que dicho aspecto sea técnicamente sustentado en la ordenanza regional que pretende emitirse, lo cual no ha ocurrido en el caso de autos.

13. Bajo esta lógica, en lo que respecta al *test de la competencia*, se advierte que la Ordenanza Regional 010-2012-GRA/CR contraviene el *principio de unidad,* al tratarse de una norma con rango de ley contraria a la regulación nacional vigente en materia de transportes, y que desatiende su deber de *lealtad nacional,* en los términos que han sido explicados en los fundamentos precedentes.

14. Con relación a la incertidumbre en la aplicación de la Ley 28972, que establece la formalización del transporte terrestre de pasajeros en automóviles colectivos, alegada por el demandado, cabe indicar que el Decreto Supremo 017-2009-MTC, que derogó el anterior Decreto Supremo 029-2007-MTC, constituye el Reglamento vigente de la precitada ley, por lo que el supuesto vacío normativo generado por dicha derogatoria no se configura en el presente caso; debiendo precisarse además que aun cuando exista un vacío normativo en el ordenamiento jurídico, para que la regulación emitida por cualquier gobierno regional sea constitucionalmente válida, ésta debe ser respetuosa de los *principios de unidad, lealtad nacional, taxatividad y cláusula de residualidad,* entre otros.

15. Por otro lado, en cuanto al fin de formalizar la situación actual del servicio de transporte en la Región Ayacucho, tal como lo hizo la Ley 28972 en su momento, cabe precisar que el gobierno regional demandado no adjunta documento alguno que acredite las deficiencias o falencias del servicio que se viene prestando con las condiciones técnicas establecidas en la normativa vigente, advirtiéndose además que el Decreto Supremo 017-2009-MTC, Reglamento Nacional de Administración de Transporte, dispone en su artículo 20.3.4 que para prestar el servicio especial de transporte público de personas en auto colectivo, tales vehículos deberán corresponder a la categoría M2 de la clasificación vehicular establecida en el RNV y cumplir lo señalado en los numerales del presente artículo.

16. En consecuencia, para este Tribunal la normativa no está sujeta a controversia, al excluir a los vehículos de la categoría M1 en la prestación del servicio de transporte público de personas, incluso en el caso de automóviles colectivos, de cara a los objetivos de satisfacción de las necesidades de los usuarios, siempre en resguardo de sus condiciones de seguridad y salud, protección del ambiente y la comunidad en su conjunto. Por estas consideraciones, la demanda debe ser rechazada en este extremo.

**B. EFECTOS DE LA SENTENCIA**

17. Finalmente, la parte demandante solicita que el Tribunal Constitucional establezca que las normas regionales y locales de similar contenido (esto es, que permitan que vehículos de categoría distinta a la establecida por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, brinden el servicio de transporte de personas), carecen de efectos jurídicos por contravenir la presente sentencia.

18. Al respecto, tal como fue expuesto por este Tribunal en el fundamento 92 de la STC 006-2008-PI/TC, seguido en el fundamento 59 de la STC 0020-2005-PI/TC y otro, y en el fundamento 39 de la STC 0006-2006-PC/TC: *"Las sentencias dictadas en un proceso de inconstitucionalidad tienen efecto vinculante para todos los poderes públicos",* y gozan de efectos generales, conforme lo dispuesto en el artículo 82 del Código Procesal Constitucional.

19. En tal sentido, dado el supuesto de que alguna autoridad o persona pretenda desconocer los efectos vinculantes de esta resolución, la corrección de tales excesos no pasa por aplicar un *control preventivo* de constitucionalidad a aquellas normas que no tengan en cuenta los efectos vinculantes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pues ello implicaría, por un lado, una desconfianza en los propios efectos generales y vinculantes que acompañan a la sentencia de inconstitucionalidad, y por otro, desconocer el modelo de *control posterior* adoptado por nuestra Constitución.

20. En consecuencia, a este Colegiado le corresponde defender los efectos de sus sentencias, a pedido de los legitimados activos para presentar demandas de inconstitucionalidad, cuando nuevas normas pretendan desconocer la fuerza vinculante de sus resoluciones, conforme a lo establecido en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional (fundamento 7 de la RTC 006-2008-PI/TC).

**IV. FALLO**

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda de inconstitucionalidad; en consecuencia, de conformidad con el artículo 193 de la Constitución y el respectivo bloque normativo competencial, **INCONSTITUCIONAL** la Ordenanza Regional 010-2012-GRA/CR, expedida por el Gobierno Regional de Ayacucho.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** el pedido de declarar sin efectos jurídicos las normas regionales y locales que desarrollen un contenido similar al de la ordenanza impugnada en la presente causa.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**URVIOLA HANI**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**CALLE HAYEN**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

# B. PROCESOS DE TUTELA DE DERECHOS

***Sentencia 03964-2012-PA/TC*** *Proceso de amparo interpuesto por Edita Flor Moreno Eustaquio. El Tribunal declaró fundada la demanda, en relación a la vulneración al debido proceso.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 29 de enero de 2013

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda interpuesta por la recurrente en relación a la vulneración del debido proceso encontrada en la resolución expedida por la Gerencia Regional de Educación de Lambayeque, en la que se le sancionó con tres meses de suspensión sin goce de remuneración por la comisión de las faltas administrativas de proselitismo político y abuso de autoridad.

Al determinar que en la resolución cuestionada no existe motivación alguna que justifique objetiva y razonablemente la subsunción de las conductas realizadas por la demandante en las faltas administrativas atribuidas, el Tribunal consideró estimar la demanda y ordenar que la sanción sea eliminada del legajo personal de la recurrente.

**Temas Claves:** Debida motivación de las resoluciones — debido proceso — sanciones administrativas.

EXP. N.° 03964-2012-PA/TC
LAMBAYEQUE
EDITA FLOR MORENO EUSTAQUIO

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 22 días del mes de octubre de 2012, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Beaumont Callirgos, Mesía Ramírez y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Edita Flor Moreno Eustaquio contra la resolución de la Sala Especializada en Derecho Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fojas 202, su fecha 9 de agosto de 2012, que declaró improcedente la demanda de autos.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 24 de mayo de 2012, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Gerencia Regional de Educación de Lambayeque, solicitando que se declare la nulidad de la Resolución Gerencial Regional N.° 825-2012-GR.LAMB/GRED, de fecha 3 de mayo de 2012, que la sanciona con tres meses de suspensión sin goce de remuneración, por considerar que afecta sus derechos al trabajo y al debido proceso.

Refiere que la resolución que le inició proceso administrativo disciplinario es nula porque no subsumió su conducta en las faltas administrativas que se le imputaron (proselitismo político y abuso de autoridad) y por las cuales se le impuso la mencionada sanción; que la Comisión de Procesos Administrativos no ha valorado las pruebas de descargo que presentó, y que la sanción impuesta vulnera el principio *non bis in ídem*, pues la denuncia por proselitismo político fue archivada por el Jurado Electoral Especial de Chiclayo, porque no existían elementos suficientes que acrediten la infracción del principio de neutralidad y porque la denuncia por abuso de autoridad fue archivada por el Ministerio Público.

El Sétimo Juzgado Especializado Civil de Chiclayo, con fecha 28 de mayo de 2012, declaró improcedente la demanda, por considerar que la pretensión de la demandante es de naturaleza laboral pública, la cual debe ser dilucidada en el proceso contencioso administrativa y no a través del proceso de amparo.

La Sala revisora confirmó la apelada, por el mismo fundamento.

**FUNDAMENTOS**

**Delimitación del petitorio y procedencia de la demanda**

1. La demanda tiene por objeto que se declare la nulidad de la Resolución Gerencial Regional N.° 825-2012-GR.LAMB/GRED, de fecha 3 de mayo de 2012, mediante la cual se sancionó a la recurrente con suspensión por tres meses

sin goce de remuneración y se dispuso que dicha sanción sea inscrita en su legajo personal.

Antes de emitir un pronunciamiento sobre el fondo, es menester precisar que respecto a la sanción se ha producido la sustracción de la materia, toda vez que los tres meses de suspensión sin goce de remuneración ya se hicieron efectivos, por lo que es de aplicación *a contrario sensu,* en este extremo, el artículo 1° del CPConst. No obstante, este Tribunal considera que debe realizarse una evaluación sobre el fondo, puesto que también la sanción citada ha quedado registrada en el legajo personal de la recurrente.

2. Al respecto, cabe recordar que en la STC 00882-2002-AA/TC este Tribunal enfatizó que la irreparabilidad en la lesión de un derecho constitucional, para que se constituya plenamente como una causal de improcedencia, debe ser total, y no sólo parcial. Un acto es totalmente irreparable cuando de ninguna manera se puede restablecer el ejercicio de un derecho constitucional. En cambio, es parcial, en lo que al caso importa, cuando el restablecimiento sólo lo puede ser de modo fragmentario.

   En el caso de autos, la controversia presenta las características de este último supuesto. En efecto, si bien es cierto que es materialmente imposible que la sanción de suspensión se retrotraiga al estado anterior, también lo es que se ha registrado en el legajo personal la sanción impuesta a la recurrente, razón por la cual cabe analizar sus efectos derivados.

3. Asimismo, cabe enfatizar que en el caso de autos no resulta aplicable el precedente de la STC 00206-2005-PA/TC, por cuanto la controversia versa sobre la afectación del derecho al debido proceso (principio *non bis in ídem* y derechos a la prueba y a la motivación de las resoluciones) y no sobre la protección del derecho al trabajo o cuestiones relacionadas con la aplicación de la legislación laboral pública, motivo por el cual el rechazo liminar de la demanda es arbitrario e incorrecto.

   Hechas las precisiones que anteceden, este Tribunal considera que debería revocarse el auto de rechazo liminar y ordenarse que se admita a trámite la demanda. No obstante ello, y en atención a los principios de celeridad y economía procesal, y de que el amparo es un proceso rápido, sencillo y efectivo, este Tribunal estima pertinente no hacer uso de la mencionada facultad, toda vez que en autos aparecen elementos de prueba suficientes que posibilitan un pronunciamiento de fondo, más aún si la Gerencia emplazada fue notificada del concesorio del recurso de apelación.

   Esta forma de actuar frente al indebido rechazo liminar de una demanda de amparo es utilizada cuando el pronunciamiento de fondo no afecta el derecho de defensa de la parte emplazada, como sucede en el presente caso (Cfr. Exps. N.os 06111-2009-PA/TC, 03599-2010-PA/TC y 00037-2012-PA/TC).

**Sobre la afectación del derecho al debido proceso**

4. En el presente caso, con la Resolución N.° 72-2010-JEE-CH/F, de fecha 16 de diciembre de 2010, obrante a fojas 66, se prueba que el Jurado Electoral Especial de Chiclayo archivó la denuncia presentada por el Partido Político "Alianza para el Progreso" contra la ahora recurrente, por cuanto comprobó que "no existen elementos suficientes que acrediten infracción al principio de neutralidad". En buena cuenta, no se probó que la ahora recurrente haya efectuado propaganda electoral en calidad de Directora del Instituto Superior Tecnológico República Federal de Alemania, ni que haya infringido el principio de neutralidad de los procesos electorales.

   Este hecho demuestra que cuando se le impuso a la recurrente la sanción de suspensión se tenía conocimiento fehaciente de la existencia de la Resolución N.° 72-2010-JEE-CH/F, por cuanto ello le fue informado a la Comisión de Procesos Administrativos en el escrito obrante de fojas 5 a 16; sin embargo, esta resolución no ha sido apreciada por la Gerencia emplazada, a pesar de que es una prueba pertinente y suficiente que evidencia la falta de responsabilidad de la recurrente en la conducta imputada (proselitismo político). Es más, en la Resolución Gerencial Regional N.° 825-2012-GR.LAMB/GRED no existe motivación que demuestre que dicha prueba de descargo fue valorada debidamente, razón por la cual se considera vulnerado el derecho a la prueba en conexidad con el derecho al debido proceso.

5. De otra parte, cabe destacar que en la Resolución Gerencial Regional N.° 825-2012-GR.LAMB/GRED existe una motivación aparente y contradictoria respecto a la conducta que originó la falta de proselitismo político que justifica la sanción de la recurrente, pues por un lado se afirma que la recurrente acepta "que el candidato si se hizo presente en dicha ceremonia y que donó bolsas negras (…) que en dichas bolsas negras que entregó a los alumnos no contenían polos con propaganda electoral, sin embargo tampoco señala que contenían las mismas", mientras que por otro lado se señala que "la investigada

no ha esclarecido como es que los alumnos cursaron invitación al mencionado candidato".

Las conductas descritas no evidencian que la demandante haya infringido o lesionado algún bien jurídico para que puedan ser consideradas como una falta administrativa, pues se le ésta sancionando por no explicar una conducta que ella no ha realizado, lo que tampoco se condice con la realidad del procedimiento administrativo disciplinario, pues en sus escritos obrante de fojas 5 a 16 y 24 a 27, explicó las conductas imputadas. Es más, a la recurrente se le sanciona por no explicar una conducta de terceros, como lo es esclarecer cómo los alumnos cursaron una carta de invitación a un candidato. Tampoco a la recurrente se le sanciona porque omitió cumplir un deber, función u obligación, sino porque no explicó qué contenían las bolsas que el candidato donó a los alumnos del Instituto Superior Tecnológico República Federal de Alemania, a pesar de que ella aseveró que no contenían propaganda electoral.

Por ello, este Tribunal considera que la resolución cuestionada afecta el derecho a la motivación de las resoluciones.

6. Asimismo, conviene señalar que en la Resolución Gerencial Regional N.° 825-2012-GR.LAMB/GRED se consigna que a la demandante también se le sancionó por haber "faltado a sus deberes funcionales establecidos en la Ley del Profesorado y otras normas conexas, así como también ha trasgredido el Art. 125° de la Ley N° 27444 respecto a observaciones de documentación presentada".

   A la luz del considerando transcrito, se advierte que la resolución cuestionada no precisa qué deber o deberes funcionales transgredió la recurrente, si los transgredió por acción u omisión, y por qué los transgredió. Nuevamente, se comprueba que la resolución cuestionada carece de una fundamentación debida que lesiona el derecho a la motivación de las resoluciones.

   En la resolución cuestionada tampoco existe fundamento racional que justifique por qué la demandante ha transgredido el artículo 125° de la Ley N° 27444, por cuanto ella no trabaja en una unidad de recepción documental, sino que es la Directora del Instituto Superior Tecnológico República Federal de Alemania. Tampoco en la resolución citada se menciona qué prueba enerva el derecho a la presunción de inocencia de la recurrente y demuestra que ella misma calificó, negó o difirió la admisión de un documento.

**Efectos de la sentencia**

7. En buena cuenta, en la resolución cuestionada no existe motivación alguna que justifique objetiva y razonablemente la subsunción de las conductas realizadas por la demandante en las faltas administrativas atribuidas, razón por la cual corresponde estimar la demanda y ordenar que la sanción sea eliminada de su legajo personal.

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda; en consecuencia, **NULA** la Resolución Gerencial Regional N° 825-2012-GR.LAMB/GRED, por haberse acreditado la violación del derecho al debido proceso.
2. **ORDENAR** a la Gerencia Regional de Educación de Lambayeque que excluya del legajo personal de doña Edita Flor Moreno Eustaquio la sanción impuesta por la Resolución Gerencial Regional N.° 825-2012-GR.LAMB/GRED, con el pago de los costos.
3. Declarar **IMPROCEDENTE** el extremo referido a que se retrotraiga la sanción de suspensión por tres meses sin goce de remuneración.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**BEAUMONT CALLIRGOS**
**MESÍA RAMÍREZ**
**ETO CRUZ**

***Sentencia 02044-2009-PA/TC*** *Proceso de amparo interpuesto por Juan Ricardo Leiva Salazar. El Tribunal desestimó la demanda y estableció doctrina jurisprudencial vinculante sobre el procedimiento de cobranza coactiva de las deudas tributarias.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 16 de abril del 2014

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda de amparo interpuesta por el recurrente contra el Ejecutor Coactivo y el Auxiliar Coactivo de la Intendencia Regional Junín de la Sunat, en el extremo que cuestiona la constitucionalidad de las medidas de embargo dictadas en un procedimiento de cobranza coactiva. Asimismo, declaró improcedente el extremo referido a la prescripción de la obligación tributaria del recurrente.

El Tribunal estableció como doctrina jurisprudencial vinculante que los presupuestos que toda medida cautelar dictada en procedimiento tributario de ejecución coactiva, o de modo previo a dicho procedimiento, debe contener son: (i) *fumus boni iuris*, o apariencia del derecho invocado; (ii) *periculum in mora*, referido al peligro en la demora del procedimiento de ejecución coactiva y a la obligación de la Administración Tributaria de evaluar si el transcurso del tiempo traerá como consecuencia que el monto adeudado no pueda ser satisfecho; y, (iii) proporcionalidad, referida a la adopción de una medida cautelar idónea, estrictamente necesaria y ponderada para el cobro de la deuda tributaria.

Asimismo, el Tribunal estableció que no es razonable que se mantenga el embargo en forma de retención en todas las cuentas bancarias del deudor por la misma suma adeudada, a pesar de que la deuda se encuentre asegurada con el embargo en sólo una de ellas, y que el levantamiento de las medidas de embargo en la parte que excede el monto necesario para cautelar el pago de la deuda, debe hacerse sin costo alguno para el deudor tributario. Las empresas financieras deben poner en conocimiento del Ejecutor Coactivo la retención o su imposibilidad en un plazo máximo de cinco días de notificada la resolución que ordena el embargo, para que así pueda disponer lo conveniente para la cautela del pago de la deuda o dejar sin efectos las medidas cautelares trabadas que resulten excesivas.

Por último, se estableció que el embargo en forma de retención no podrá afectar la subsistencia del deudor tributario si es que éste recae sobre una cuenta bancaria donde se abona su remuneración o pensión, conforme a lo dispuesto en el artículo 648°, inciso 6, del Código Procesal Civil.

**Temas Claves:** Doctrina jurisprudencial vinculante — embargo — medida cautelar tributaria — procedimiento de cobranza coactiva.

EXP. N.° 02044-2009-PA/TC
JUNÍN
JUAN RICARDO LEIVA SALAZAR

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 12 días del mes de diciembre de 2012, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia.

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Juan Ricardo Leiva Salazar contra la resolución expedida por la Primera Sala Mixta de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, de fojas 165, su fecha 30 de octubre de 2008, que declaró improcedente la demanda de autos.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 26 de febrero de 2007 el recurrente interpone demanda de amparo contra el Ejecutor Coactivo y la Auxiliar Coactivo de la Intendencia Regional Junín de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), solicitando la inejecutabilidad de la Resolución Coactiva N.° 1310070009274, de fecha 19 de febrero de 2007, debido a que la misma vulnera su derecho fundamental a la tutela procesal efectiva. Refiere que el Ejecutor Coactivo de la SUNAT amenaza con ejecutar coactivamente bienes de su propiedad con el objeto de cobrar una Orden de Pago que carece de efectividad y ejecutoriedad al haber transcurrido más de cinco años desde que adquirió firmeza. Afirma que el atributo de embargar está reservado al Poder Judicial, según el artículo 138° de la Constitución, y que la cobranza está prescrita en virtud de haber vencido el plazo del artículo 193.1.2 de la Ley N.° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

La SUNAT propone las excepciones de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda y de falta de legitimidad para obrar del demandado para el caso del Auxiliar Coactivo puesto que no cuenta con facultad alguna de dirigir el procedimiento de cobranza coactiva. Contestando la demanda expresa que el Ejecutor Coactivo con fecha 19 de febrero de 2007 emite la Resolución Coactiva N° 1310070009274 en uso de las facultades que le otorgan el Decreto Supremo N° 135-99-EF, Texto Único Ordenado del Código Tributario (en adelante, Código Tributario) y el Reglamento de Cobranza Coactiva (R.S. N° 216-2004/SUNAT), requiriendo al demandante la acreditación del pago de su deuda tributaria, apercibiéndolo con continuar con la ejecución coactiva. Señala que el artículo 116° del Código Tributario prescribe, en su numeral 2, que el Ejecutor Coactivo tiene la facultad de ordenar, variar o sustituir a su discreción las medidas cautelares a que se refiere el artículo 118° de dicho Código. Alega también que el artículo 193.1.2 de la Ley N.° 27444 no es aplicable al proceso coactivo iniciado ya que el procedimiento de cobranza coactiva de deuda tributaria se rige por lo dispuesto en el Código Tributario y el Reglamento de Cobranza Coactiva (R.S. N.° 216-2004-/SUNAT). Finalmente, señala el emplazado que en cuanto a la prescripción que refiere el recurrente, no es posible identificar a qué acto está dirigido su petitorio, más aún cuando el recurrente tiene deuda tributaria por diversos conceptos.

El Sexto Juzgado Civil de Huancayo, con fecha 20 de julio de 2007, declaró fundada la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, concediendo tres días al recurrente para aclarar la demanda. El recurrente aclaró que el petitorio de la demanda era que se declare nulo e inejecutable la Resolución Coactiva N.° 1310070009274, de fecha 19 de febrero de 2007, que exige el pago del contenido del Expediente Coactivo N.° 13106022204 por la suma de 818,326.00 Nuevos Soles, que incluye órdenes de pago y resoluciones de multa obrantes a fojas 20.

El Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Huancayo, con fecha 11 de junio de 2008, declara infundada la demanda considerando que por el principio de especialidad debe aplicarse el Código Tributario y no la Ley del Procedimiento Administrativo General, y que mientras no se declaren prescritas las obligaciones tributarias a petición de parte —hecho que no se ha probado— *"nada impide que la autoridad administrativa ejerza sus facultades de cobro, conforme a la ley de la materia"*. Asimismo, el Juez considera que *"no es inconstitucional que la autoridad administrativa emita apremios de ejecución forzada de algunas de sus decisiones"*.

A su turno, la Primera Sala Mixta de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín declara improcedente la demanda, considerando que en virtud del artículo 5°, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, el proceso contencioso administrativo es la vía igualmente satisfactoria para dilucidar la presente controversia.

**FUNDAMENTOS**

**Delimitación del petitorio**

1. Mediante la presente demanda se pretende que se anule la Resolución Coactiva N.° 1310070009274 de la SUNAT, de fecha 19 de febrero de 2007, a fojas 20, que requiere al recurrente que, en el término de tres días hábiles, acredite el pago de la deuda tributaria contenida en el Expediente Coactivo N.° 131060222204, bajo apercibimiento de continuar con el procedimiento de ejecución coactiva. Ello debido a que el recurrente alega que, conforme a la Constitución, la capacidad de trabar embargos es de exclusiva competencia del Poder Judicial, no del Ejecutor Coactivo.

2. Asimismo, el recurrente alega que la Orden de Pago que intenta cobrarle la emplazada no puede ejecutarse, pues ha transcurrido más de cinco años desde que adquirió firmeza, de conformidad con el artículo 193.1.2 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

**Sobre la constitucionalidad del procedimiento de cobranza coactiva de la Administración Tributaria y sus medidas cautelares**

3. El recurrente alega que se afecta su derecho a la tutela procesal efectiva, por desvío de la

jurisdicción predeterminada y sometimiento a procedimientos distintos a los previstos en la ley, debido a que la emplazada se atribuye la facultad de dictar medidas de embargo, que, a su juicio, es una potestad exclusiva del Poder Judicial conforme al artículo 138° de la Constitución.

4. Dichas medidas de embargo se enmarcan dentro de un procedimiento de cobranza coactiva. Este Tribunal ya ha tenido oportunidad de señalar que el procedimiento de ejecución coactiva, que nace como una manifestación de la autotutela de la Administración, *"es la facultad que tienen algunas entidades de la administración pública para hacer cumplir actos administrativos emitidos por la misma Administración, es decir, las obligaciones exigibles deben provenir de materias propias de las funciones que cada entidad tiene, basadas en el reconocimiento que cada ley especial ha considerado para cada Administración, o sea, siempre dentro de un marco normativo"* (STC N° 774-1999-AA/TC, fundamento 4).

5. Asimismo este Tribunal ha dicho que por la *ejecutoriedad del acto administrativo* se habilita a la Administración *"a hacer cumplir por sí misma un acto administrativo dictado por ella, sin la intervención del órgano judicial, respetando los límites impuestos por mandato legal, así como a utilizar medios de coerción para hacer cumplir un acto administrativo y a contar con el apoyo de la fuerza pública para la ejecución de sus actos cuando el administrado no cumpla con su obligación y oponga resistencia de hecho. La ejecutoriedad es, pues, una consecuencia del acto administrativo y su sustento constitucional tiene origen en el numeral 1 del artículo 118.° de nuestra Carta Magna, que ordena al Presidente de la República –y, por ende, al Poder Ejecutivo y a toda la Administración Pública– a* "cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales" *"* (STC 0015-2005-PI/TC, fundamentos 44 y 45).

6. Pero aun cuando la Administración Pública tiene la capacidad para proteger directamente sus intereses, pudiendo incluso exigir por sí misma el cumplimiento de sus actos, esta facultad de autotulela de la Administración Pública de ejecutar sus propias resoluciones —sustentada en los principios de presunción de legitimidad y de ejecución de las decisiones administrativas—, *"implica la tutela de los derechos fundamentales de los administrados que pueden verse amenazados o vulnerados por la actividad de la Administración, como son los derechos al debido procedimiento y a la tutela judicial efectiva"* (STC 0015-2005-PI/TC, fundamento 46). Así, por ejemplo, este Tribunal ha tenido oportunidad de decir que la notificación simultánea de una Orden de Pago y la Resolución de Ejecución Coactiva es *"una actuación de naturaleza irrazonable y claramente desproporcionada"* que vulnera el derecho de defensa (STC N° 03797-2006-PA/TC, fundamento 2.2.a).

7. El procedimiento de cobranza coactiva de las deudas tributarias que no sean de gobiernos locales (Cfr. Capítulo III de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, Ley 26979) como es el caso de autos, se encuentra regulado en los artículos 114° a 123° del Código Tributario. Dentro de tales normas se contemplan las medidas cautelares que puede disponer el Ejecutor Coactivo para garantizar el buen fin del proceso de cobranza coactiva (cfr. STC 0015-2005-PI/TC, fundamento 27). Así, el Ejecutor Coactivo podrá disponer de embargos en forma de intervención en recaudación, depósito, inscripción y retención (artículo 118° del Código Tributario), siempre que se dicten dentro del marco constitucional y el respeto a los derechos fundamentales del contribuyente.

   Teniendo en cuenta los criterios expuestos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (*Cfr*. Exp. N.° 00023-2005-PI/TC FJ 52) para el dictado de medidas cautelares y que ellos pueden adaptarse al procedimiento de ejecución coactiva, cabe precisar los presupuestos que toda medida cautelar dictada en procedimiento tributario de ejecución coactiva o de modo previo a dicho procedimiento, debe contener: a) *fumus boni iuris*, que alude a la "apariencia del derecho invocado" y que en el marco del procedimiento de ejecución coactiva vendría delimitado por la existencia de suficientes elementos que generen verosimilitud en cuanto a la deuda tributaria y que ésta haya sido debidamente puesta en conocimiento del deudor tributario; b) *periculum in mora*, referido al peligro en la demora del procedimiento de ejecución coactiva y a la obligación de la Administración Tributaria de evaluar –previamente al dictado de una medida cautelar–, si efectivamente el transcurso del tiempo traerá como consecuencia que el monto adeudado no pueda ser satisfecho, pues solo así se justificaría que se emita una medida cautelar, y c) *proporcional*, referida a la obligación de la Administración Tributaria de adoptar una medida cautelar idónea, estrictamente necesaria y ponderada para el cobro de la deuda tributaria, buscando que en todo caso se logre el equilibrio entre un eficaz aseguramiento del interés fiscal y aquellos derechos fundamentales del contribuyente

que se verán restringidos o limitados por la actuación estatal, y además alude a que la medida adoptada debe ser rigurosamente proporcional hasta el monto necesario para asegurar el cobro de la deuda tributaria.

8. En el caso de autos no es contrario al derecho a la tutela procesal efectiva invocado por el recurrente que la Administración Tributaria, a través de su Ejecutor Coactivo, pueda ordenar, dentro de los límites de la Constitución, las formas de embargo previstas en el artículo 118° del Código Tributario en ejercicio de la facultad de ejecución coactiva de sus actos administrativos. En consecuencia, debe desestimarse la demanda en este punto.

**Algunos criterios sobre el embargo en forma de retención en el procedimiento de cobranza coactiva**

9. Desde luego los medios de coerción con que cuenta el Ejecutor Coactivo deben ser usados con los cuidados necesarios a fin de evitar cualquier empleo irrazonable y desproporcionado, uso prudencial que resulta especialmente importante si se tiene en cuenta la incidencia que pueden tener sobre los derechos constitucionales del contribuyente.

10. Sobre el particular este Tribunal considera necesario señalar algunos criterios en relación al embargo en forma de retención en el procedimiento de cobranza coactiva —que recae *"sobre los bienes, valores y fondos en cuentas corrientes, depósitos, custodia y otros, así como sobre los derechos de crédito de los cuales el deudor tributario sea titular, que se encuentren en poder de terceros"* (artículo 118°, inciso a.4, del Código Tributario)—, pues es en esta medida de embargo donde se pueden presentar algunos abusos que este Tribunal no puede soslayar por su papel de protector de los derechos constitucionales.

11. Así por ejemplo no es razonable que se mantenga el embargo en forma de retención en todas las cuentas bancarias del deudor por la misma suma adeudada, a pesar de que la deuda se encuentre asegurada con el embargo en sólo una de ellas. De ahí que resulta de suma importancia que el Ejecutor Coactivo cumpla con lo dispuesto por el artículo 116°, inciso 2, del Código Tributario y deje *"sin efecto las medidas cautelares que se hubieran trabado, en la parte que superen el monto necesario para cautelar el pago de la deuda tributaria materia de cobranza, así como las costas y gastos incurridos en el Procedimiento de Cobranza Coactiva"*. A juicio de este Tribunal, el levantamiento de las medidas de embargo en la parte que excede el monto necesario para cautelar el pago de la deuda, debe hacerse sin costo alguno para el deudor tributario, sea que este costo provenga de la Administración Tributaria, del Ejecutor Coactivo o de las empresas del sistema financiero, ya que no es por causa imputable al deudor que se ha producido un exceso en el dictado de medidas cautelares.

12. A este propósito es muy importante que las empresas del sistema financiero cumplan con lo ordenado en el artículo 118°, numeral a) inciso 4, del Código Tributario, poniendo en conocimiento del Ejecutor Coactivo la retención o la imposibilidad de ésta en el plazo máximo de cinco días hábiles de notificada la resolución que ordena el embargo en forma de retención, a efectos de que el Ejecutor Coactivo pueda estar informado de si la deuda tributaria y las costas y gastos incurridos en el procedimiento de cobranza coactiva se encuentran suficientemente cautelados, y así disponer lo conveniente para la cautela del pago de la deuda o dejar sin efectos las medidas cautelares trabadas que resulten excesivas.

    El ejecutor coactivo debe evitar la vulneración de los derechos constitucionales de los deudores tributarios, ocasionados por la irrazonable situación de mantener el embargo en forma de retención en todas las cuentas bancarias del deudor por la misma suma adeudada, generándose así un embargo en forma de retención por un monto excesivo y superior al efectivamente adeudado y determinado mediante resolución.

    Una vez transcurridos los cinco días hábiles a que hace referencia el mencionado artículo 118°, numeral a) inciso 4, del Código Tributario, el ejecutor coactivo, *de oficio* y bajo responsabilidad, deberá dejar sin efecto, tal como lo exige el artículo 116°, inciso 2, del mismo Código, aquellas medidas cautelares que se hubieran trabado, en la parte que superen el monto necesario para cautelar el pago de la deuda así como las respectivas costas y gastos. El ejecutor coactivo asumirá la responsabilidad a que hubiere lugar por el tiempo en que un determinado monto o cuenta adicionales –que ya no sirven para cautelar la deuda cuando ésta ya ha sido asegurada en el estricto monto de dinero objeto de tutela cautelar–, siguen bloqueadas como consecuencia de la medida cautelar trabada, y además, la Administración Tributaria deberá asumir el pago de los respectivos intereses que genere a favor del contribuyente el tiempo en que éste no puede hacer uso de su dinero indebidamente retenido.

    Resulta desproporcionado que para cautelar la deuda de un contribuyente mediante el

embargo en la cuenta que este posee en un banco, el respectivo ejecutor coactivo mantenga embargadas otras cuentas del mismo contribuyente en diferentes bancos.

13. En igual sentido el embargo en forma de retención no podría afectar la subsistencia del deudor tributario si es que éste recae sobre una cuenta bancaria donde se abona su remuneración o pensión. Para ello, debe observarse lo dispuesto en el artículo 648°, inciso 6, del Código Procesal Civil, conforme al cual las remuneraciones y pensiones sólo pueden ser embargadas si exceden de cinco Unidades de Referencia Procesal y únicamente hasta una tercera parte de tal exceso (cfr. STC 00691-2004-AA/TC, fundamentos 5 a 7; STC 01780-2009-PA/TC, 7 a 10).

    Al respecto cabe mencionar que en la sentencia Exp. N.° 00691-2004-AA/TC FFJJ 6 y 7, el Tribunal Constitucional ha sostenido que las cuentas de ahorros de una entidad financiera en las que se depositaban mensualmente las remuneraciones de una persona, conforme al citado artículo 648°, inciso 6, del Código Procesal Civil, tienen la calidad de inembargables conforme a los límites contenidos en dicha disposición y mencionados en el parágrafo precedente. En tal sentido tanto el ejecutor coactivo como las entidades financieras deben respetar estrictamente, bajo *responsabilidad*, dicha disposición legal que no hace sino materializar la protección estatal de derechos fundamentales tan vinculados con la subsistencia, la salud y la vida.

**Sobre la ley aplicable a la prescripción de la obligación tributaria y su invocación en el proceso de amparo**

14. Este Tribunal coincide con el Juez *a quo* respecto a que, por el principio de especialidad, la ley aplicable a la prescripción de la obligación tributaria es el Código Tributario y no el artículo 193.1.2 de la Ley N.° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

15. En cuanto a la prescripción de la deuda tributaria que el recurrente pretende oponer en el presente proceso de amparo, debe tenerse en cuenta el Código Tributario, conforme al cual la prescripción de la deuda tributaria sólo puede ser declarada a pedido del deudor (artículos 47°) y *"puede oponerse en cualquier estado del procedimiento administrativo o judicial"* (artículo 48°).

16. Desde esta perspectiva el ordenamiento jurídico tiene previsto que la oposición de la prescripción la formule el deudor tributario en sede administrativa o judicial, en este último caso en el proceso contencioso administrativo ante el Poder Judicial (cfr. Título IV del Libro Tercero del Código Tributario), pero no a través de un proceso constitucional especializado en la protección de derechos constitucionales como es el amparo.

17. A juicio de este Tribunal en tanto que no se aprecia en autos que el recurrente —conforme a lo normado por el artículo 48° del Código Tributario— haya opuesto la prescripción en sede administrativa o contencioso administrativa, éste no estaría buscando la protección de un derecho constitucional, sino intentando oponer la prescripción en un proceso constitucional de amparo, es decir en sede distinta a la prevista en la ley, lo cual resulta improcedente, de conformidad con el artículo 38° del Código Procesal Constitucional.

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo que se cuestiona la constitucionalidad de las medidas de embargo dictadas en un procedimiento de cobranza coactiva.

2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo referido a la prescripción de la obligación tributaria del recurrente.

3. Establecer como Doctrina Jurisprudencial Vinculante, conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los criterios contenidos en los fundamentos 7, 11, 12 y 13 de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**ÁLVAREZ MIRANDA**
**URVIOLA HANI**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**BEAUMONT CALLIRGOS**
**CALLE HAYEN**
**ETO CRUZ**

***Sentencia 04184-2012-HC/TC*** *Proceso de hábeas corpus interpuesto por José Oriol Anaya Oropeza. El Tribunal desestimó demanda relacionada con el antejuicio político.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 7 de junio de 2013

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda respecto a la valoración de los medios probatorios y al cuestionamiento de temas de mera legalidad tales como la tipificación del delito de peculado e infundada en el extremo en que alegaba la vulneración del derecho a la prerrogativa constitucional del antejuicio político.

Respecto a la valoración de los medios probatorios y al cuestionamiento de mera legalidad en el proceso llevado contra el beneficiario a partir de una acusación constitucional formulada por el Congreso de la República, el Tribunal consideró que los mismos son ajenos al contenido constitucionalmente protegido del proceso de hábeas corpus, en tanto juzgarlos corresponde a la jurisdicción ordinaria y no a la justicia constitucional.

Por otro lado, el Tribunal señaló que tanto el Ministerio Público como el Poder Judicial gozan de la potestad de calificar o recalificar jurídicamente los hechos materia de la acusación constitucional, aunque no pueden variar los hechos expuestos inicialmente. En el caso específico, el Tribunal advirtió que los hechos que sustentaron la formalización de la denuncia y el auto de apertura de instrucción no diferían de los expresados en la acusación constitucional, sino que respondían a una recalificación de los mismos.

**Temas Claves:** Acusación constitucional — antejuicio político.

EXP. N.° 04184-2012-PHC/TC
LIMA NORTE
JOSE ORIOL ANAYA OROPEZA

**RAZÓN DE RELATORÍA**

En la presente causa la resolución sólo es suscrita por los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda y no por el señor magistrado Beaumont Callirgos debido a que, a pesar de que estuvo presente en la vista de la causa, no llegó a votar y mediante Resolución Administrativa N° 66-2013-P/TC de fecha 3 de mayo de 2013, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 6 de mayo de 2013, se ha declarado la vacancia de dicho magistrado por la causal establecida en el artículo 16°, inciso 4, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 8 días del mes de mayo de 2013, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Isabel Magaly Anaya Hilario y don William Lyndon Anaya Hilario a favor de don José Oriol Anaya Oropeza contra la resolución de fojas 188, su fecha 3 de setiembre del 2012, expedida por la Segunda Sala Penal con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que declaró infundada la demanda de autos.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 21 de junio del 2012, los recurrentes interponen demanda de hábeas corpus a favor de don José Oriol Anaya Oropeza y la dirigen contra los jueces supremos José Lecaros Cornejo, Víctor Prado Saldarriaga y Hugo Príncipe Trujillo, integrantes de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República; y contra los jueces supremos Javier Villa Stein, Josué Pariona Pastrana, Inés Felipa Villa Bonilla, Francisco Miranda Molina y José Neyra Flores, integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, solicitando que se declaren nulas: *i)* la Resolución Suprema de fecha 11 de febrero del 2011, que condena al favorecido

a cinco años de pena privativa de la libertad por los delitos de falsificación de documentos y peculado pero lo absuelve por el delito de falsa declaración en procedimiento administrativo (A.V. 08-2008); *ii)* la resolución suprema de fecha 3 de noviembre del 2011, que declara no haber nulidad de la referida sentencia condenatoria; y que, en consecuencia, se declare nula toda la investigación, se realice un nuevo juicio oral considerándose los términos de la acusación constitucional, y se deje sin efecto cualquier medida coercitiva que le haya sido impuesta al favorecido. Alega la vulneración del derecho a la libertad individual en conexidad con los derechos a la tutela procesal efectiva, al debido proceso, a la prueba, a la debida motivación de resoluciones judiciales, a la prerrogativa del antejuicio político y del principio de presunción de inocencia.

Sostienen que se ha condenado al favorecido, congresista don José Oriol Anaya Oropeza, mediante la cuestionada sentencia pese a que no se ha acreditado que el Congreso de la República haya reembolsado el importe correspondiente a las boletas de venta emitidas por el restaurante Yorlas por las sumas de S/. 369.00 (boleta de venta N.° 00951, de fecha 16 de abril de 2007); S/. 428.00 (boleta de venta N.° 00970, de fecha 25 de abril del 2007) y S/. 397.00 (boleta de venta N.° 00979 de fecha 27 de abril del 2007) y la suma de S/. 4,574.90 por la compra de un pasaje aéreo de ida y vuelta a Italia; que tampoco se ha probado que dichas boletas sean falsas ni que las boletas emitidas por el referido restaurante hayan sido presentadas por el favorecido al Congreso para su reembolso, por lo que no se ha probado en el procedimiento de acusación constitucional ni en el proceso judicial que al favorecido se le haya reembolsado los importes de dichas boletas, correspondiendo al Congreso y/o al Ministerio Público acreditar en juicio que los importes solicitados por el favorecido le hayan sido realmente reembolsados, por lo que no se cumple con los elementos esenciales de la tipicidad del delito de peculado.

Agregan que dichas boletas han sido consideradas falsas en la sentencia condenatoria a mérito de las declaraciones de la propietaria del referido restaurante y de su conviviente, prestadas luego de más de un año y luego del cierre del año fiscal, por lo que existe la posibilidad de que las boletas emitidas por dicho restaurante no hayan sido registradas legalmente y por tanto son inexistentes; asimismo aducen que tampoco debió considerarse la declaración del asesor del favorecido porque existe una enemistad entre ambos; que debió solicitarse y exhibirse los originales de las boletas con su numeración correspondiente, que en la acusación constitucional se comprobaron los datos que aparecen en las boletas del restaurante por lo que era razonable presumir que eran verdaderas, que no puede enervarse con la declaración de la propietaria del restaurante (deudora tributaria) la inexistencia de memorándum o documento alguno que hayan sido presentados a la Oficina del Departamento de Tesorería y Contabilidad del Congreso de la República o a otra dependencia que acredite que el favorecido solicitó el reembolso por las boletas de venta emitidas por el restaurante; que no se ha merituado el reembolso del pasaje de ida y vuelta a Italia como elemento esencial para condenar al favorecido por el delito de peculado; que el hecho de que el importe por dichos pasajes haya sido cargado a la cuenta de una tercera persona no niega la posibilidad de que haya sido pagado por el favorecido; pero aun cuando haya sido pagado por otra persona constituiría una donación y a pesar de que la acusación constitucional no fue formulada por el delito de peculado respecto al reembolso de los pasajes aéreos, los hechos por los que fue condenado no cumplen con los elementos típicos del delito de peculado; que las pruebas fedateadas carecen de legalidad, pero la sentencia se basa en que los documentos que sustentan los pedidos de reembolso fueron devueltos entre otros cuestionamientos a temas probatorios.

Alegan que los hechos delimitados en la acusación constitucional se circunscriben únicamente al delito de peculado por las boletas de venta del restaurante Yorlas y la falsificación de documento referido a la boleta de venta de la empresa IDA SERVICE SAC; por lo que resulta inconstitucional el haber sido condenado por el delito de peculado en relación al reembolso de la boleta de venta de la razón social Ida Service S.A.C. y por falsificación de documentos en lo que respecta a las boletas de venta del restaurante Yorlas, lo cual debe ser corregido mediante la presente demanda de hábeas corpus.

Alegan también que el favorecido niega que el pasaje aéreo haya sido financiado y pagado por la Liga de Amistad Perú-Parlamento Europeo o por terceras personas, y que según el "trip summary and receipt" adjuntado a su demanda se constata que el pago fue hecho al contado, lo que sumado al hecho de que conforme a la comunicación de fecha 10 de setiembre del 2007 emitida por la citada Liga en el sentido de que dicha agrupación, no realiza ni gestiona pasaje alguno para cualquiera de sus integrantes, deja claro que no hubo indicios que lleven a la conclusión de que dicho pasaje haya sido pagado por terceros ni que el favorecido haya pedido de modo ilegal el reembolso del mismo.

A fojas 103 el demandado Hugo Herculeano Príncipe Trujillo refiere que el favorecido interpuso el medio impugnatorio de nulidad contra la sentencia condenatoria por los delitos de falsificación de documentos y peculado, la cual fue resuelta por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de

Justicia de la República, siendo que la resolución suscrita por su persona se encuentra motivada; que la alegación respecto a que el favorecido fue condenado por un delito que no fue materia de la acusación constitucional no tiene asidero alguno máxime que en segunda instancia la Sala Penal Transitoria se expresó sobre tal supuesto, por lo que el favorecido solicita se efectúe una valoración de los medios probatorios y se ordene su inmediata libertad como si el hábeas corpus fuera una instancia más que permita valorar lo actuado en un proceso ordinario; asimismo, sostienen que la sentencia está sustentada en medios probatorios que en conjunto determinaron la responsabilidad del favorecido, lo que lo hizo merecedor de una condena expedida dentro de un proceso regular, por lo que no se ha vulnerado ningún derecho fundamental que amenace su libertad individual o sus derechos conexos.

El Séptimo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima Norte, con fecha 30 de julio del 2012, declara infundada la demanda al considerar que el favorecido pretende una nueva valoración de los medios probatorios que sustentaron las sentencias condenatorias, las cuales se encuentran debidamente fundamentadas.

La Segunda Sala Penal con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, de fojas 188, su fecha 3 de setiembre del 2012, confirma la apelada al considerar que en la demanda no hace referencia a que el favorecido fue condenado excediéndose los términos de la acusación constitucional, por lo que no es posible que se conozca un nuevo pedido; que está acreditado que el favorecido solicitó el reembolso del pasaje a Italia; que es el autor de los delitos de peculado y falsedad genérica; que en la acusación constitucional se expresa que se deberá acusar al favorecido por los delitos de falsificación de documentos y peculado; que la fiscalía, interpretando el contenido de la acusación, lo acusó en los términos que la sentencia condenatoria explica; que los jueces supremos demandados resolvieron de manera congruente respecto al contenido de la acusación constitucional, por lo que no existió infracción alguna al artículo 100 de la Constitución Política, y que la sentencia condenatoria fue mínimamente motivada.

En su recurso de agravio constitucional (fojas 203) el favorecido señala que se abrió proceso penal y se le condenó por hechos que no fueron materia de acusación constitucional; alega, además, que las sentencias cuestionadas contravienen normas constitucionales y que el favorecido no fue acusado constitucionalmente por peculado en relación al reembolso de la boleta de venta de la empresa Ida Service S.A.C. por lo que es inconstitucional haberlo condenado por dicho delito y que no hubo acusación constitucional ni imputación concreta por el delito de falsificación de documentos respecto a las boletas de venta por el restaurante Yorlas, sino únicamente respecto a las boletas de venta con relación a la empresa Ida Service S.A.C., por lo que se ha vulnerado el artículo 100° de la Constitución Política.

**FUNDAMENTOS**

**Delimitación del petitorio**

1. El demandante solicita que se declaren nulas: *i)* la Resolución Suprema de fecha 11 de febrero del 2011, que condena al favorecido a cinco años de pena privativa de la libertad por los delitos de falsificación de documentos y peculado, pero lo absuelve por el delito de falsa declaración en procedimiento administrativo (A.V. 08-2008), *ii)* la resolución suprema de fecha 3 de noviembre del 2011, que declara no haber nulidad de la referida sentencia condenatoria; y que, en consecuencia, se declare nula toda la investigación y se realice un nuevo juicio oral considerándose los términos de la acusación constitucional; asimismo se deje sin efecto cualquier medida coercitiva que le haya sido impuesta al favorecido. Alega la vulneración del derecho a la libertad individual en conexidad con los derechos a la tutela procesal efectiva, al debido proceso, a la prueba, a la debida motivación de resoluciones judiciales, del principio de presunción de inocencia y del derecho a la prerrogativa del antejuicio político.

**Consideraciones previas**

2. Respecto a las alegaciones destinadas a cuestionar los medios probatorios que sustentaron las sentencias condenatorias (fojas 50 y 29), la calificación jurídica de los hechos imputados y la tipificación respecto del delito de peculado (temas de mera legalidad). Al respecto, se arguye que se le ha condenado al favorecido mediante la cuestionada sentencia pese a que no se ha acreditado que el Congreso de la República haya reembolsado al congresista José Oriol Anaya Oropeza el importe correspondiente a las boletas de venta emitidas por el restaurante Yorlas por las sumas y por el pasaje aéreo; que no se ha probado que dichas boletas sean falsas, aun cuando en la sentencia han sido consideradas falsas por las declaraciones de la propietaria del citado restaurante y por su conviviente, que no debió considerarse la declaración del asesor del favorecido por existir una enemistad entre ambos; que debió solicitarse y exhibirse los originales de las boletas con su numeración correspondiente, entre otros cuestionamientos a temas probatorios.

Asimismo, se alegan cuestiones de mera legalidad señalándose que no se cumple con los elementos esenciales de la tipicidad del delito de peculado. Al respecto, este Tribunal considera que dichos cuestionamientos son materias ajenas al contenido constitucional protegido de los derechos tutelados por el hábeas corpus, puesto que la revisión de una decisión jurisdiccional final que implica un juicio de reproche penal sustentado en actividades investigatorias y de valoración de pruebas y asuntos de mera legalidad como la tipificación del delito de peculado son asuntos propios de la jurisdicción ordinaria y no de la justicia constitucional, por lo que resulta de aplicación de la causal de improcedencia contenida en el artículo 5°, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

**Sobre la afectación al derecho al Antejuicio Político (*artículo 100 de la Constitución*)**

***Argumentos del demandante***

3. Los recurrentes señalan que se ha condenado al favorecido mediante la cuestionada sentencia por los delitos de peculado y falsificación de documentos, pese a que el favorecido no fue acusado constitucionalmente por dichos delitos en cuanto a los reembolsos tanto de la boleta de venta de la razón social Ida Service S.A.C. como de los comprobantes de pago expedidos por el restaurante Yorlas, por lo que resulta inconstitucional que se lo haya condenado por el mencionado delito y por hechos por los cuales no fue acusado constitucionalmente.

***Argumentos del demandado***

4. El demandado Hugo Herculeano Príncipe Trujillo, respecto a la alegación de que el favorecido fue condenado por un delito que no fue materia de la acusación constitucional, alega que ello no tiene asidero alguno máxime si en segunda instancia la Sala Penal Transitoria se expresó sobre tal supuesto; asimismo, que el favorecido solicita que se efectúe una valoración de los medios probatorios y se ordene su inmediata libertad como si el hábeas corpus fuera una instancia más que permita valorar lo actuado en un proceso ordinario; finalmente, considera que la sentencia está sustentada en medios probatorios que en conjunto determinaron la responsabilidad del favorecido.

***Consideraciones del Tribunal Constitucional***

5. En el proceso de inconstitucionalidad **Expediente N.° 0006-2003-AI** el Tribunal Constitucional sobre el **Antejuicio Político** y la **Acusación Constitucional** ha considerado lo siguiente:

> (…) artículo 89° del Reglamento del Congreso, el cual tiene una vinculación directa con la institución de la acusación constitucional regulada en los artículos 99° y 100° de la Constitución, resulta pertinente ingresar en el análisis de estas disposiciones constitucionales.
>
> Así, es posible advertir que, en los artículos 99° y 100° de la Norma Fundamental, el constituyente ha recogido dos procedimientos de acusación constitucional de distinta naturaleza y, por ende, de distintos alcances: el antejuicio político y el juicio político.
>
> **El antejuicio político**
>
> (…) Del privilegio del antejuicio político son beneficiarios el Presidente de la República, los Congresistas, los Ministros de Estado, los miembros del Tribunal Constitucional, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, los Vocales de la Corte Suprema, los Fiscales Supremos, el Defensor del Pueblo y el Contralor General de la República (artículo 99° de la Constitución).
>
> En virtud de dicho privilegio, los referidos funcionarios públicos tienen el derecho de no ser procesados penalmente por la jurisdicción ordinaria, si no han sido sometidos previamente a un procedimiento político jurisdiccional, debidamente regulado, ante el Congreso de la República, en el cual el cuerpo legislativo debe haber determinado la verosimilitud de los hechos que son materia de acusación, así como su subsunción en un(os) tipo(s) penal(es) de orden funcional, previa e inequívocamente establecido(s) en la ley.
>
> En ese sentido, en el antejuicio sólo caben formularse acusaciones por las supuestas responsabilidades jurídico-penales (y no políticas) de los funcionarios estatales citados en el artículo 99° de la Constitución, ante los supuestos delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Una vez que el Parlamento ha sometido a investigación la denuncia (que puede provenir de su propio seno) y ha determinado la existencia de suficientes elementos de juicio que, desde su perspectiva, configuran la comisión de un delito en el ejercicio de las funciones, actúa como entidad acusadora, dejando sin efecto la prerrogativa funcional del dignatario, suspendiéndolo en el ejercicio de sus funciones, y poniéndolo a disposición de la jurisdicción penal.

> De esta forma, en los casos de antejuicio, las funciones del Congreso pueden ser, en cierta medida, asimiladas a las del Ministerio Público (porque acusa), e incluso a las del juez instructor (porque previamente investiga), pero nunca a las del juez decisor (porque nunca sanciona). Y es que la facultad de aplicar sanciones sobre la base de argumentos jurídico-penales, es exclusiva del Poder Judicial.
>
> En síntesis, el antejuicio es una prerrogativa funcional de la que gozan determinados funcionarios, con el propósito de que no puedan ser procesados ante la judicatura penal por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, sin que medie un procedimiento con las debidas garantías procesales ante el Congreso de la República y la consecuente acusación del propio Legislativo (…)
>
> (…) El procedimiento de acusación constitucional contra los funcionarios enumerados en el artículo 99° de la Constitución, por los supuestos delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones (antejuicio), se encuentra regulado en el artículo 89° del Reglamento del Congreso. Queda ello meridianamente claro, cuando dicho artículo, *ab initio*, establece que "[…] mediante el procedimiento de acusación constitucional se realiza el antejuicio político, al que tienen derecho los altos funcionarios del Estado comprendidos en el artículo 99° de la Constitución Política. […]" (el subrayado es nuestro) (…)".

6. El Tribunal Constitucional ha interpretado el artículo 99° de la Constitución Política en el sentido de que el antejuicio político es una prerrogativa funcional de la cual gozan determinados funcionarios al objeto de que no sean investigados, procesados y eventualmente sancionados por el Ministerio Público y el Poder Judicial por los delitos que cometan durante el ejercicio de sus funciones sin ser previamente sometidos a un procedimiento político jurisdiccional al interior del Congreso de la República.

7. Asimismo, este Colegiado en el citado **Expediente N.° 0006-2003-AI/TC** interpretó que la prerrogativa del antejuicio político no puede afectar la independencia y autonomía tanto del Poder Judicial como del Ministerio Público, precisando lo siguiente:

> *(…) El antejuicio político no puede dar lugar a la afectación de la independencia autonomía del Poder Judicial y del Ministerio Público*
>
> (…) Por otra parte, este Tribunal considera que no existen criterios razonables que permitan concluir que la prerrogativa del antejuicio deba dar lugar a algún grado de interferencia con la independencia y autonomía de los poderes públicos encargados, por antonomasia, de la persecución e investigación del delito. Por ello, este Colegiado observa con preocupación lo expuesto en el tercer y quinto párrafo del artículo 100° de la Constitución. El primer párrafo establece: "En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente". Por su parte, el tercero prevé: "Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso".
>
> El Tribunal Constitucional considera que las referidas disposiciones son contrarias al aludido principio fundamental sobre los que se sustenta el Estado democrático de derecho: la separación de poderes. Si bien dicho principio no puede negar la mutua colaboración y fiscalización entre los poderes públicos, impone la ausencia de toda injerencia en las funciones esenciales y especializadas que competen a cada una de las instituciones que diagraman la organización del Estado. En tal sentido, en modo alguno puede restringirse la autonomía que corresponde al Ministerio Público en el desenvolvimiento de las funciones que la Constitución le ha conferido en su artículo 159°; menos aún puede aceptarse la limitación de los principios de unidad, exclusividad e independencia de la función jurisdiccional (incisos 1 y 2 del artículo 139°), la que, desde luego, alcanza también al juez instructor encargado de evaluar la suficiencia de elementos de juicio que justifiquen la apertura de instrucción y de conducir la etapa investigativa del proceso (…)".

8. En la referida sentencia este Colegiado ha interpretado el artículo 100° de la Constitución estimando que no resulta razonable que la prerrogativa del antejuicio político dé lugar a interferencias del Congreso de la República respecto a la autonomía e independencia de la que gozan tanto el Ministerio Público como el Poder Judicial, porque a estas instituciones les corresponde la investigación y el juzgamiento del delito conforme al principio de separación de poderes que sustenta el Estado democrático de derecho.

9. Dicha interpretación conlleva también considerar que, en su caso, el Ministerio Público (Fiscalía de la Nación) al formalizar una denuncia conforme a los términos de la acusación constitucional presentada ante su despacho por el Congreso contra congresistas y otros altos funcionarios del Estado, no está impedido de volver a calificar o recalificar jurídicamente los hechos; es decir, podrá corregir, aplicar o cambiar la tipificación jurídica sobre los mismos hechos materia de la acusación constitucional; ello corresponde a sus atribuciones conferidas constitucionalmente, tal como se encuentra previsto en el artículo 159 de la Constitución Política y en virtud de la autonomía e independencia constitucional de la que goza.

10. Por su parte, el Poder Judicial (en este caso la Sala Penal de la Corte Suprema respectiva), goza de plena autonomía no sólo para evaluar la suficiencia de los elementos de juicio y requisitos puestos en su conocimiento por la Fiscalía de la Nación para sustentar el auto de apertura de instrucción o el auto aprobatorio que llevará a un proceso, sino que podrá calificar o recalificar jurídicamente los hechos materia de acusación constitucional; es decir, podrá corregir la tipificación jurídica sobre los mismos hechos materia de la acusación constitucional; además podrá modificar la calificación jurídica de los hechos materia de acusación constitucional y luego sobre esta base podrá emitir sentencia; asimismo, también podrá condenar por un delito distinto del que fue materia de acusación constitucional o sobreseer también por un delito distinto que tampoco fue materia de dicha acusación constitucional; todo ello en virtud de la autonomía e independencia constitucional de la que goza.

11. Este Tribunal también considera que el único límite que tiene tanto el Ministerio Público como el Poder Judicial para realizar la calificación o recalificación jurídica de los actuados materia de la acusación constitucional son los hechos expresados en la referida acusación; toda vez que al condenar sobre esta variación de hechos se vaciaría de contenido constitucional al derecho a la prerrogativa del antejuicio político.

12. En el presente caso, este Tribunal Constitucional considera que debe analizarse si el favorecido fue procesado y sentenciado por los delitos de peculado y falsificación de documentos por hechos que no fueron materia de la acusación constitucional, lo cual a su criterio, significaría la vulneración del derecho de la prerrogativa constitucional del antejuicio político de la que gozan los congresistas de la República, entre otros funcionarios públicos como el favorecido; en consecuencia, corresponde emitirse un pronunciamiento de fondo.

13. Previamente, este Colegiado debe señalar que conforme al procedimiento de acusación constitucional previsto en el artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República, la denuncia presentada contra el favorecido, congresista de la República José Oriol Anaya Oropeza, fue derivada a la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales, la cual luego de ser admitida a trámite fue delegada al congresista de la República Carlos Bruce Montes de Oca en su calidad de miembro de dicha comisión, para que determine los hechos materia de investigación y evalúe la pertinencia de las pruebas.

14. Luego de la realización de las labores encomendadas el citado congresista, mediante el Informe Final de la Denuncia Constitucional N.° 113 (fojas 124), concluyó que se debe acusar constitucionalmente al favorecido por el delito de peculado y otros, precisándose que dicho informe fue remitido a la Comisión Permanente del Congreso, la cual aprobó dicho informe; a su vez, la acusación constitucional fue aprobada por la Comisión Permanente dando lugar a que el Pleno del Congreso se pronuncie a favor de la formación de causa a consecuencia de la citada acusación, y la Presidencia del Congreso de la República emitió la Resolución Legislativa del Congreso N.° 001-2008-CR (fojas 16 del cuaderno del Tribunal Constitucional) declarando haber mérito para la formación de causa contra el favorecido congresista de la República José Oriol Anaya Oropeza por los delitos de falsa declaración en procedimiento administrativo y falsificación de documentos y peculado, poniendo así fin al procedimiento constitucional, luego de lo cual el expediente conteniendo la citada acusación fue remitido a la Fiscalía de la Nación.

15. Debe precisarse también que el Congreso acusó constitucionalmente al favorecido atribuyéndole la comisión del delito contra la fe pública en su modalidad de **falsificación de documentos** por haber presentado ante el Congreso de la República a través de memorándum N.° 017-2007-JOAO/CR una **boleta de venta falsa aparentemente emitida por la Empresa IDA SERVICE SAC**. por la compra de un pasaje aéreo a Italia para su reembolso; también lo acusó constitucionalmente por el delito contra el patrimonio en la modalidad de **peculado** por haber presentado ante el Congreso de la República **los comprobantes de pago**

**falsos aparentemente emitidos por el restaurante Yorlas por consumos** de alimentos para su reembolso.

16. Al ser remitidos los actuados a la Fiscalía de la Nación y a la Vocalía Suprema de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia de la República se formalizó denuncia penal con fecha 11 de noviembre del 2008 (fojas 24 del cuaderno del Tribunal Constitucional) y se abrió instrucción por resolución suprema de fecha 15 de diciembre del 2008 (fojas 29), respectivamente, contra el favorecido por el delito de falsificación de documentos y peculado conforme a los hechos y a los delitos detallados en la acusación constitucional.

17. Pero mediante sentencia de fecha 11 de febrero del 2011, emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema Penal de Justicia de la República (fojas 50), se condenó al favorecido por la comisión del delito de falsificación de documentos y peculado, precisándose que respecto a la comisión de ambos delitos se consideró que presentó al Congreso de la República para su reembolso la **falsa boleta de venta correspondiente al pasaje aéreo de la empresa IDA SERVICE SAC** así como los **falsos comprobantes de pago de consumos de alimentos del restaurante Yorlas** para su reembolso.

18. De lo anterior se advierte que en la sentencia se recalificaron los mismos hechos que fueron materia de la imputación inicial contenida en la acusación constitucional, la formalización de denuncia y el auto de apertura de instrucción, pues el favorecido fue condenado respecto a la comisión del delito de falsificación de documentos por la presentación para su reembolso de la boleta de venta del pasaje aéreo a Italia y comprobantes de pago falsos del restaurante Yorlas; es decir que se consideraron falsas no sólo la boleta de venta de la Empresa IDA SERVICE SAC, sino también las boletas del restaurante Yorlas, y respecto al delito de peculado se consideró que obtuvo provecho económico ilícito no solo respecto de las boletas del restaurante Yorlas sino también respecto a la boleta de pago de la Empresa IDA SERVICE SAC; lo que en modo alguno significa que se hayan introducido hechos nuevos ni que se hayan cambiado los que fueron materia de la citada acusación, sino que solo se ha efectuado una recalificación de los mismos hechos que fueron materia de la acusación constitucional; consecuentemente, no se ha vulnerado su derecho a la prerrogativa constitucional del antejuicio político; consecuentemente, la demanda debe ser desestimada en este extremo.

19. Por lo expuesto, este Tribunal declara que en el presente caso no se violó el derecho a la prerrogativa del antejuicio político, toda vez que se denunció, procesó y sentenció a don José Oriol Anaya Oropeza por el delito de peculado y otros considerando hechos que fueron materia de la acusación constitucional, la denuncia fiscal y el auto de apertura de instrucción.

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda respecto a la valoración de los medios probatorios y al cuestionamiento de temas de mera legalidad tales como la tipificación del delito de peculado.

2. Declarar **INFUNDADA** la demanda respecto al extremo en el que se alega la vulneración del derecho a la prerrogativa constitucional del antejuicio político.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**URVIOLA HANI**
**VERGARA GOTELLI**
**CALLE HAYEN**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

***Sentencia 05496-2011- PA/TC*** *Proceso de amparo interpuesto por Agustín Llantoy Palomino. El Tribunal estableció doctrina jurisprudencial vinculante sobre la represión de actos lesivos homogéneos.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 13 de junio del 2013

**Resumen:** El Tribunal declaró fundado el recurso de agravio constitucional interpuesto por el recurrente, quien solicitó que se declare la inaplicabilidad de las resoluciones que establecieron su despido de forma arbitraria, puesto que luego de ser repuesto vía amparo en su trabajo se le volvió a despedir de manera irregular. El Tribunal decidió ampliar el ámbito de protección del proceso de amparo al nuevo despido.

El Tribunal declaró la existencia de un acto lesivo homogéneo y señaló que la represión de actos lesivos homogéneos encuentra su sustento en la necesidad de garantizar la obligatoriedad de las sentencias estimativas firmes y evitar el inicio de un nuevo proceso constitucional frente a actos que de forma previa han sido analizados y calificados como lesivos de derechos fundamentales.

Para conocer un pedido de actos lesivos homogéneos, el Tribunal señaló que deben concurrir presupuestos procesales, cuya ausencia implicaría la declaratoria de improcedencia de lo solicitado: (i) la existencia de una sentencia firme a favor de la parte demandante en un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales; (ii) el cumplimiento de lo ordenado en la sentencia de condena; (iii) sólo si existe una sentencia previa y firme en la que se ha establecido claramente el derecho afectado y el acto lesivo, podrá evaluarse si la acción u omisión que se produzca con posterioridad resulta homogénea; y (iv) la sentencia previa mediante la cual se declara fundada la demanda puede ser del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional.

Así, el Tribunal Constitucional reiteró su competencia para el conocimiento de los incidentes que generen las solicitudes de represión de actos lesivos homogéneos presentadas ante el juez de ejecución luego de cumplida o ejecutada la sentencia constitucional, correspondiendo en este caso al Poder Judicial conceder el recurso de agravio constitucional. Asimismo, estableció que si se denegara el recurso antes referido, el recurrente tendrá expedito su derecho a interponer recurso de queja.

**Temas Claves:** Doctrina constitucional relevante — despido arbitrario — represión de actos lesivos homogéneos.

EXP. N.° 05496-2011-PA/TC
LIMA NORTE
AGUSTÍN LLANTOY PALOMINO

**RAZÓN DE RELATORÍA**

La presente sentencia sólo es suscrita por los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, no por el señor magistrado Beaumont Callirgos debido a que, aun cuando estuvo presente en la vista de la causa, no llegó a votar y mediante Resolución Administrativa N° 66-2013-P/TC de fecha 3 de mayo de 2013, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 6 de mayo de 2013, se ha declarado la vacancia de dicho magistrado por la causal establecida en el artículo 16°, inciso 4, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Los votos emitidos alcanzan la mayoría suficiente para formar resolución, conforme al artículo 5° (primer párrafo) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y al artículo 48° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.

Lima, 22 de mayo de 2013

EXP. N.° 05496-2011-PA/TC
LIMA NORTE
AGUSTÍN LLANTOY PALOMINO

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 22 días del mes de mayo de 2013, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Agustín Llantoy Palomino contra la resolución expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima, de fojas 661, su fecha 4 de noviembre de 2009, que declaró improcedente la demanda de autos.

**ANTECEDENTES**

El recurrente con fecha 21 de enero de 2005 interpuso demanda de amparo contra el Director de la Unidad de Gestión Educativa Local N.° 4 del Ministerio de Educación, a fin de que se declare la inaplicabilidad de la Resolución Directoral N.° 005280-2004, de fecha 2 de setiembre de 2004, así como la Resolución Directoral 004713-DRELM-2004, de fecha 30 de diciembre de 2004, por haber sido despedido en forma arbitraria. Este proceso fue estimado mediante la Resolución N.° 165, de fecha 23 de mayo de 2006, la cual declaró fundada la demanda de amparo y dispuso se reponga al actor en la mencionada entidad. Sin embargo con fecha 3 de enero de 2007 el actor fue nuevamente despedido, lo que le llevó a interponer solicitud por represión de actos homogéneos que fue estimada mediante Resolución N.° 215, de fecha 10 de setiembre de 2007, que dispuso nuevamente su reposición en la entidad demandada. Culminado el año 2007 nuevamente fue despedido por la emplazada aduciendo que su contrato había concluido, lo que motivó que el actor volviera a denunciar a la emplazada por actos homogéneos, siendo estimada su nueva solicitud por el Quinto Juzgado Civil de Lima Norte, el cual mediante Resolución N.° 42, de fecha 5 de junio de 2008, resolvió declarar la homogeneidad del acto lesivo y dispuso la reincorporación del demandante en su centro laboral y en el cargo que desempeñaba. Finalmente a partir de enero del año 2009 nuevamente la emplazada lo despidió aduciendo que al haber estado contratado hasta el mes de diciembre de 2008 su contrato culminó. Refiere el actor que de conformidad con la Ley N.° 24041, al haber laborado por más de un año de servicios como servidor público por contrato por servicios personales, no podía ser objeto de despido sino por la comisión de falta grave disciplinaria y previo proceso administrativo, lo que no ha ocurrido en el presente caso.

El Director de la Unidad de Gestión Educativa Local N.° 4 se opone a la solicitud, aduciendo que la entidad que representa ha venido emitiendo las correspondientes resoluciones directorales de contrato de servicios personales en los años 2006, 2007 y 2008 a favor del demandante, bajo el cargo de oficinista en la sede de la UGEL N.° 4; que, sin embargo mediante Memorándum Múltiple N.° 408-2008/DUGEL.04, de fecha 29 de diciembre de 2008, se da por concluida la contratación y/o destaque del personal de la sede y entre los comprendidos en este comunicado se encontraba el actor. Agrega que posteriormente se sometió a evaluación los expedientes de los postulantes para acceder a la contratación de personal administrativo bajo la modalidad de servicios personales para el año fiscal 2009, y que bajo estas consideraciones se presentó el actor sometiéndose voluntariamente al concurso público para la obtención de un contrato como personal administrativo, mas no se ajustaba al perfil requerido conforme a las actas celebradas por la comisión evaluadora.

El Quinto Juzgado Especializado Civil de Lima Norte, con fecha 23 de marzo de 2009, declara improcedente la solicitud de represión de actos homogéneos formulada por el recurrente por considerar que el demandante se sometió a un concurso público y que luego de la evaluación ésta le fue adversa, al quedar fuera del cuadro de méritos, por lo que tales actos y procedimientos administrativos constituyen nuevos elementos de justificación o causal de despido; hechos estos diferentes a los que fueron materia de la presente demanda.

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima, con fecha 4 de noviembre de 2009, confirmó la apelada por similar fundamento.

**FUNDAMENTOS**

**Sentencia del Poder Judicial**

1. Mediante sentencia de fecha 23 de mayo de 2006 (f. 190) la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima declaró fundada la demanda de amparo por haberse acreditado el despido arbitrario por parte de la Unidad de Gestión Educativa Local N.° 4 en contra de don Agustín Llantoy Palomino, que venía laborando desde el 25 de febrero de 2002 hasta el 31 de agosto de 2004, ordenándose su reposición a su centro de trabajo, por lo que sólo podía ser despedido por causa relacionada a su conducta o capacidad laboral, lo que no ha sucedido en el caso concreto puesto que el cese se ha producido alegándose el término de contrato

por no haber aprobado el concurso público de méritos.

**Solicitudes de represión de actos lesivos homogéneos**

2. Con fechas 5 de enero de 2007 y 24 de enero de 2008 el recurrente presentó solicitudes de represión de actos homogéneos, las cuales merecieron resoluciones judiciales favorables estimándose su pretensión al acreditarse la vulneración de sus derechos laborales constituyéndose en actos evidentemente homogéneos. Sin embargo con fecha 7 de enero de 2009, mediante copia certificada del cuaderno de constataciones policiales, se comprobó que el actor nuevamente fue despedido aduciendo la emplazada que el recurrente se encontraba contratado hasta el mes de diciembre del año 2008.

3. El Director de la Unidad de Gestión Educativa N.° 4 contesta la solicitud aduciendo que la entidad que representa ha venido emitiendo las correspondientes resoluciones directorales de contrato de servicios personales en los años 2006, 2007 y 2008 a favor del demandante, bajo el cargo de oficinista en la sede de la UGEL N.° 4; que sin embargo mediante el Memorándum Múltiple N.° 408-2008/DUGEL.04, de fecha 29 de diciembre de 2008, se dio por concluida la contratación y/o destaque del personal de la sede y entre los comprendidos en este comunicado se encontraba el actor; posteriormente el recurrente se sometió a la evaluación de los expedientes de los postulantes para acceder a la contratación de personal administrativo bajo la modalidad de servicios personales para el año fiscal 2009; y que bajo estas consideraciones se presentó el actor sometiéndose voluntariamente al concurso público para la obtención de un contrato como personal administrativo, pero no cumplía el perfil requerido conforme a las actas celebradas por la comisión evaluadora.

**Resolución de primera y segunda instancia**

4. Tanto en primera como en segunda instancia se ha declarado improcedente la solicitud de represión de actos lesivos homogéneos considerando que el nuevo acto no es sustancialmente homogéneo al que fue denunciado inicialmente por el actor y que fuera estimado por el Poder Judicial, bajo el argumento de que el demandante se sometió a un concurso público y que, luego de la evaluación, ésta le fue adversa al quedar fuera del cuadro de méritos, concluyéndose que tales actos y procedimientos administrativos constituyen nuevos elementos de justificación o causal de despido, hechos diferentes a los que fueron materia de la inicial demanda.

**Criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional en relación al pedido de represión de actos homogéneos**

5. En la STC 04878-2008-PA/TC este Colegiado señaló que "la represión de actos lesivos homogéneos es un mecanismo de protección judicial de derechos fundamentales frente a actos que presentan características similares a aquellos que han sido considerados en una sentencia previa como contrarios a tales derechos. En este sentido, lo resuelto en un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales no agota sus efectos con el cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia respectiva, sino que se extiende hacia el futuro, en la perspectiva de garantizar que no se vuelva a cometer una afectación similar del mismo derecho".

6. Posteriormente, en la STC 05287-2008-PA/TC este mismo Colegiado expresó que el carácter homogéneo del nuevo acto lesivo debe ser manifiesto, es decir, no deben existir dudas sobre las esenciales iguales características entre el acto anterior y el nuevo. Y que para la determinación de esta identidad en cada caso concreto, el juez constitucional deberá recurrir a un juicio de comparación entre los términos comprendidos.

7. De otro lado, en relación a la competencia para el control de las resoluciones judiciales que resolvían las solicitudes de represión de actos lesivos homogéneos, el Colegiado consideró que sólo si existe una sentencia previa, en la que se ha establecido claramente el derecho afectado y el acto lesivo, y que ha adquirido la calidad de firme, podrá evaluarse si la acción u omisión que se produzca con posterioridad resulta homogénea. Así, si se declara improcedente o infundada una demanda de tutela de derechos fundamentales, no puede solicitarse con posterioridad la represión de actos lesivos homogéneos. La sentencia previa mediante la cual se declara fundada la demanda puede ser una expedida por el Poder Judicial o por el Tribunal Constitucional (STC 04878-2008-PA/TC, fundamento 19).

8. Ya en lo que constituye competencia específica y propia de este Colegiado, inicialmente se consideró que si él no intervino en el proceso constitucional primigenio, entonces carecía de competencia para conocer el pedido de represión de actos lesivos homogéneos, por cuanto su contenido se relacionaba con una sentencia estimatoria del Poder Judicial, que no llegó a conocimiento del Tribunal

Constitucional (STC 03301-2009-PC/TC, STC 0924-2010-AA/TC).

Posteriormente, tal criterio competencial fue ampliado a través de la STC 04197-2010-PA/TC, de fecha 12 de setiembre de 2011, en la que el Colegiado estableció que dentro de un incidente de represión de actos lesivos homogéneos la sentencia previa mediante la cual se declara fundada la demanda puede ser del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional, máxime cuando por medio del recurso de queja en etapa de ejecución eran elevados los autos para conocimiento de este Colegiado (RTC 00035-2011-Q/TC, RTC 00183-2011-Q/TC).

**Doctrina jurisprudencial sobre la represión de actos lesivos homogéneos**

9. A nivel normativo, la institución de la represión de los actos lesivos homogéneos ha sido recogida en el artículo 60° del Código Procesal Constitucional. El texto de este artículo, ubicado en el capítulo correspondiente al proceso de amparo, dispone que,

> "Si sobreviniera un acto sustancialmente homogéneo al declarado lesivo en un proceso de amparo, podrá ser denunciado por la parte interesada ante el juez de ejecución. Efectuado el reclamo, el Juez resolverá éste con previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días. La resolución es apelable sin efecto suspensivo. La decisión que declara la homogeneidad amplía el ámbito de protección del amparo, incorporando y ordenando la represión del acto represivo sobreviniente".

Por lo demás, la represión de actos lesivos homogéneos encuentra su sustento en la necesidad de garantizar la obligatoriedad de las sentencias estimativas firmes y evitar el inicio de un nuevo proceso constitucional frente a actos que de forma previa han sido analizados y calificados como lesivos de derechos fundamentales.

Para conocer un pedido de actos lesivos homogéneos deben concurrir presupuestos procesales cuya ausencia implicaría la declaratoria de improcedencia de lo solicitado:

a) Existencia de una sentencia firme a favor de la parte demandante en un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales.

b) Cumplimiento de lo ordenado en la sentencia de condena.

c) Sólo si existe una sentencia previa, en la que se ha establecido claramente el derecho afectado y el acto lesivo, y que ha adquirido la calidad de firme, podrá evaluarse si la acción u omisión que se produzca con posterioridad resulta homogénea. Así, si se declara improcedente o infundada una demanda de tutela de derechos fundamentales, no puede solicitarse con posterioridad la represión de actos homogéneos.

d) La sentencia previa mediante la cual se declara fundada la demanda puede ser del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional.

10. Por las consideraciones antes expuestas, y en mérito de lo dispuesto en el artículo VI Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional reitera su competencia para el conocimiento de los incidentes que generen las solicitudes de represión de actos lesivos homogéneos presentadas ante el juez de ejecución luego de cumplida o ejecutada la sentencia constitucional, correspondiendo en este caso al Poder Judicial conceder el recurso de agravio constitucional, el que para estos efectos habrá de denominarse *recurso de agravio constitucional verificador de la homogeneidad del acto lesivo*, según se trate de una sentencia emitida por el Poder Judicial o de una emitida por el Tribunal Constitucional. Asimismo, y de denegarse el recurso antes referido, el recurrente tendrá expedito su derecho a interponer recurso de queja conforme a lo establecido en el artículo 19° del Código Procesal Constitucional.

**Análisis de la controversia**

11. Mediante sentencia de fecha 23 de mayo de 2006 (f. 190), la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima declaró fundada la demanda de amparo por haberse acreditado el despido arbitrario dispuesto por la Unidad de Gestión Educativa Local N.° 4 contra don Agustín Llantoy Palomino, que venía laborando desde el 25 de febrero de 2002 hasta el 31 de agosto de 2004, ordenándose su reposición a su centro de trabajo, por lo que sólo podía ser despedido por causa relacionada a su conducta o capacidad laboral. Sin embargo, a fojas 509 de autos se advierte que el recurrente fue nuevamente despedido por haber concluido su contrato, siendo que su sola participación en el proceso de contratación de personal no desvirtúa en nada el mandato judicial de reposición contenido en la sentencia primigenia.

12. Consecuentemente, se aprecia que el acto denunciado en el presente caso constituye un acto lesivo sustancialmente homogéneo al declarado inconstitucional en la sentencia emitida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior del Cono Norte de Lima, por lo que debe estimarse el presente recurso de agravio constitucional.

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADO** el recurso de agravio constitucional.
2. Declarar la **EXISTENCIA** de acto lesivo homogéneo; y como consecuencia de ello **AMPLIAR** el ámbito de protección del proceso de amparo al despido producido en fecha 7 de enero de 2009 como resultado de la conclusión del contrato de don Agustín Llantoy Palomino.
3. **ORDENAR** al Director de la Unidad de Gestión Educativa Local N.° 4 del Ministerio de Educación se abstenga de llevar nuevamente a cabo dicho acto.
4. **ESTABLECER** como doctrina constitucional vinculante lo establecido en los fundamentos 9 y 10 de la presente sentencia, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**URVIOLA HANI**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**CALLE HAYEN**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

***Sentencia 00470-2013-PA/TC*** *Proceso de amparo interpuesto por María del Carmen Gloria Reátegui Rosselló de Navarro y otros. El Tribunal declaró infundada la demanda al no haberse acreditado la vulneración del derecho a disfrutar de un medio ambiente equilibrado y acorde con el desarrollo de la vida.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 21 de junio de 2013

**Resumen:** El Tribunal Constitucional rechazó la demanda de un grupo de personas que pretendían impedir la continuación de las obras de construcción del Colegio San Jorge de Chorrillos, aduciendo que la obra mencionada atenta contra el disfrute a un medio ambiente equilibrado y acorde con el desarrollo de la vida, en tanto la obra generaba ruidos molestos para los vecinos y las especies que habitan el pantano, modificando el paisaje y afectando el ecosistema de los Pantanos de Villa.

Respecto al contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona, el Tribunal reiteró que el mismo está determinado por los siguientes elementos: (i) el derecho a gozar de ese medio ambiente; y, (ii) el derecho a que ese medio ambiente se preserve.

Por otro lado, el Tribunal ratificó su postura sobre el rol de los organismos técnicos de auxilio en el proceso constitucional, pues no es experto en temas puntuales de carácter técnico y requiere del apoyo de organismos especializados en determinadas materias, como es el caso.

**Temas Claves:** Área natural protegida — derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida — órganos técnicos de auxilio en el proceso constitucional.

EXP. N.° 00470-2013-PA/TC
LIMA
MARÍA DEL CARMEN GLORIA REÁTEGUI ROSSELLO DE NAVARRO Y OTROS

**RAZÓN DE RELATORÍA**

En la presente causa la resolución sólo es suscrita por los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, no por el señor magistrado Beaumont Callirgos debido a que, a pesar de que estuvo presente en la vista de la causa, no llegó a votar y mediante Resolución Administrativa N° 66-2013-P/TC de fecha 3 de mayo de 2013, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 6 de mayo de 2013, se ha declarado la vacancia de dicho magistrado por la causal establecida en el artículo 16°, inciso 4, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 8 días del mes de mayo de 2013, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña María del Carmen Gloria Reátegui Rossello de Navarro y otros contra la sentencia de fojas 787, su fecha 20 de septiembre de 2012, expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de amparo de autos.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 18 de enero de 2011, los recurrentes interponen demanda de amparo contra el colegio San Jorge de Miraflores S.C.R.L., don Juan José Lee Reyes en su calidad de representante legal del mismo, la empresa contratista Marko Construcciones S.A.C. y don Franco Fernández Santa María en su condición de exdirector técnico y exrepresentante legal del Patronato de Defensa de los Pantanos de Villa (Prohvilla), a fin de que por sentencia constitucional se ponga término a

la violación de su derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado.

Sustentan su demanda en que la empresa contratista Marko Construcciones S.A.C. viene llevando a cabo las obras de construcción de la sede de Chorrillos del colegio San Jorge, en un terreno ubicado en la avenida Hernando Lavalle y la alameda Don Augusto, de la urbanización Huertos de Villa, que forma parte de la zona de amortiguamiento de la Reserva de Vida Silvestre Los Pantanos de Villa, sin que para ello cuente con la opinión ambiental favorable emitida por la autoridad competente, esto es, el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas (en adelante, Sernanp), habiendo obtenido la licencia de construcción de modo irregular y con la opinión ambiental de una autoridad incompetente, como es el caso del Patronato de Defensa de los Pantanos de Villa (en adelante, Prohvilla), que ha aprobado indebidamente el correspondiente Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado mediante la Opinión Ambiental N.° 364-2010-MML-PROHVILLA.

Expresan que a pesar de que el Sernanp dispuso la paralización de la obra, los demandados han continuado con la construcción del colegio y ni siquiera vienen respetando las pautas y recomendaciones contenidas en el Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado, lo que viene ocasionando ruidos molestos para los vecinos y las especies que habitan en el pantano, así como la modificación del paisaje y afloraciones de agua, afectando el ecosistema de Los Pantanos de Villa.

El colegio San Jorge de Miraflores S.C.R.L., debidamente representado por don Juan José Lee Reyes, contesta la demanda manifestando que ésta resulta improcedente toda vez que iniciaron las obras de construcción de la sede Chorrillos luego de contar con la aprobación del Anteproyecto Arquitectónico, la opinión ambiental favorable de Prohvilla al Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado y la Licencia de Obra válidamente emitida por la Municipalidad Distrital de Chorrillos. Aducen que el colegio no está dentro de Los Pantanos de Villa sino en la Zona de Amortiguamiento, en la que existen urbanizaciones completas con todo tipo de servicios y cientos de casas (como en las que habitan los recurrentes), centros de esparcimiento, otros tres colegios y un flujo de vehículos acorde con esa situación.

Asimismo, expresan que si bien en un primer momento Sernanp solicitó la paralización de la obra, lo cierto es que al tramitar la licencia de construcción la Comuna de Chorrillos no les advirtió que se requería la opinión favorable de dicha entidad, de manera que les informó que debían presentar el Estudio Semidetallado para su aprobación. En virtud de ello, cumplieron con presentar el anotado estudio, habiendo el precitado órgano, finalmente, emitido opinión ambiental favorable. Por último, proponen la excepción de falta de agotamiento de la vía previa, toda vez que si los actores consideraban que se habían producido infracciones administrativas, debieron agotar las vías previas antes de recurrir, de manera abusiva y deshonesta, al Poder Judicial.

La empresa Marko Construcciones S.A.C., debidamente representada por don Javier Valerio Puchuri Bellido, contesta la demanda alegando que la construcción de la sede Chorrillos del colegio San Jorge constituye una obra igual o menor que otras construcciones que existen en la misma zona, y que se ha cumplido con seguir el procedimiento administrativo debida y legalmente previsto, habiéndose obtenido opinión favorable de Sernanp.

Don Juan José Lee Reyes contesta la demanda a nombre propio manifestando que los recurrentes plantean una demanda de amparo por supuesta afectación del derecho al medio ambiente sin que exista una sola prueba que lo acredite y que, por el contrario, existen informes favorables de las autoridades competentes que demuestran que no existe ningún daño ambiental. Expresa que, en todo caso, se requeriría de una etapa probatoria, porque resulta imposible probar, sobre la base de unas fotografías, que la construcción del colegio afecta el medio ambiente y genera ruidos molestos.

Luego, con fecha 14 de marzo de 2011, también propone la excepción de falta de agotamiento de la vía previa en virtud de los mismos argumentos planteados en su calidad de representante del colegio San Jorge de Miraflores S.C.R.L.

La Autoridad Municipal de los Pantanos de Villa (Prohvilla), debidamente representada por don Daniel Fernando Valle Basto, contesta la demanda expresando que la entidad que representa emite opinión técnica respecto de las certificaciones ambientales –que se tramitan ante cada autoridad competente– expedidas en relación con las actividades que se desarrollan en la Zona Especial de Reglamentación de los Pantanos de Villa, mas no aprueba la certificación ambiental.

Por último, don Franco Eduardo Fernández Santa María, quien en su momento fuera director técnico de la Autoridad Municipal de los Pantanos de Villa (Prohvilla) contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada, y expresa que los argumentos de los demandantes son totalmente falsos, porque el colegio en construcción se ha realizado en una zona permitida y compatible con la zonificación dispuesta por la Ordenanza N.° 1044-MML, esto es, en la Zona de Huertos de Villa, mas no en la Reserva de Vida Silvestre, como maliciosamente se alega en la demanda. Alega, además, que la obra contó con opinión ambiental favorable y la licencia correspondiente, y que la demanda carece

de una prueba idónea, como un estudio de impacto ambiental o similar.

El Décimo Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 5 de octubre de 2011, desestimó la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa y declaró infundada la demanda, por considerar que el proyecto de construcción del colegio emplazado no sólo ha recibido opinión técnico ambiental favorable de la autoridad competente, sino que ante su requerimiento, tal entidad emitió un nuevo informe, en el que concluye que no hay evidencia que demuestre un impacto ambiental en el área natural protegida del Refugio de Vida Silvestre de Los Pantanos de Villa, de manera que no habiéndose acreditado los hechos denunciados, la demanda debe ser desestimada.

La Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó dicha decisión por los mismos fundamentos.

Contra dicha decisión los recurrentes interponen recurso de agravio constitucional alegando que la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima omitió valorar el Informe Ambiental de parte elaborado por PEIA INGENIEROS & CONSULTORES, el cual consideraron irrelevante, y que dieron mayor valor probatorio a los medios probatorios (sic) señalados en la resolución impugnada en perjuicio del informe pericial de parte (sic).

**FUNDAMENTOS**

**Delimitación del petitorio de la demanda y consideraciones previas**

1. Mediante la demanda de amparo de autos, los recurrentes persiguen que mediante sentencia constitucional se ponga término a la afectación de su derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida debido a la construcción de la sede de Chorrillos del colegio San Jorge de Miraflores.

2. En esa medida, el Tribunal Constitucional estima oportuno precisar que su pronunciamiento no sólo se verá circunscrito a los efectos que la construcción del anotado centro educativo podría generar en el invocado derecho al medio ambiente, sino también a los eventuales impactos ambientales que podrían producirse como consecuencia de su futuro funcionamiento.

3. De otro lado, y teniendo en cuenta que la demanda de amparo de autos ha sido interpuesta, principalmente, contra dos personas jurídicas de derecho privado –el colegio San Jorge S.C.R.L. y la empresa Marko Construcciones S.A.C.–, el Tribunal Constitucional estima pertinente reiterar su doctrina conforme a la cual los derechos fundamentales que la Constitución ha reconocido no sólo son derechos subjetivos, sino también constituyen el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento constitucional. Esta última dimensión objetiva de los derechos fundamentales se traduce, por un lado, en exigir que las leyes y sus actos de aplicación se realicen conforme a los derechos fundamentales (efecto de irradiación de los derechos en todos los sectores del ordenamiento jurídico) y, por el otro, en imponer, sobre todos los organismos públicos, un "deber especial de protección" de dichos derechos.

4. Sin embargo, esta vinculación de los derechos fundamentales ante la que se encuentran los organismos públicos no significa que tales derechos sólo se puedan oponer a ellos, y que, por tanto, las personas (naturales o jurídicas de derecho privado) sean ajenas a su respeto. El Tribunal ha manifestado en múltiples ocasiones (algunas veces de manera implícita, otras de manera expresa) que, en nuestro sistema constitucional, los derechos fundamentales vinculan tanto al Estado como a los particulares.

5. Y es que en el Estado democrático de derecho de nuestro tiempo ya no solo se trata de garantizar la existencia de la persona o cualquiera de los demás derechos que en su condición de ser humano le son reconocidos, sino también de protegerla de los ataques al medio ambiente –que es lo que se denuncia en autos– en el que esa existencia se desenvuelve, a fin de permitir que su vida se desarrolle en condiciones ambientales aceptables.

**Análisis de la controversia**

**El derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida previsto en el artículo 2°, inciso 22), de la Constitución)**

**Argumentos de los demandantes**

6. Los recurrentes sustentan su demanda en que se viene construyendo la sede de Chorrillos del colegio San Jorge sin contar para ello con la opinión ambiental favorable emitida por la autoridad competente, esto es, el Sernanp, habiendo obtenido la licencia de construcción de modo irregular y con la opinión ambiental de una autoridad incompetente como es el caso de Prohvilla, que ha aprobado indebidamente el correspondiente Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado mediante la Opinión Ambiental N.° 364-2010-MML-PROHVILLA.

**Argumentos de los demandados**

7. Si bien es cierto, conforme consta en los antecedentes de la presente sentencia, han

contestado la demanda don Juan José Lee Reyes en representación del colegio San Jorge de Miraflores S.C.R.L.; el representante de la empresa Marko Construcciones S.A.C.; el propio don Juan José Lee Reyes a nombre propio; el actual representante de la Autoridad Municipal de los Pantanos de Villa (Prohvilla); y don Franco Eduardo Fernández Santa María, quien en su momento fuera director técnico de la Autoridad Municipal de los Pantanos de Villa (Prohvilla), todos ellos coinciden en negar y contradecir la demanda con argumentos similares.

8. En ese sentido, manifiestan, esencialmente, que: a) las obras de construcción de la sede Chorrillos del Colegio San Jorge cuentan con la aprobación del Anteproyecto Arquitectónico; b) cuentan con la opinión ambiental favorable de Prohvilla al Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado; c) cuentan con la Licencia de Obra válidamente emitida por la Municipalidad Distrital de Chorrillos; d) cuentan con la opinión ambiental favorable de parte de Sernanp; e) los argumentos de los demandantes son totalmente falsos y no han sido acreditados con prueba idónea, al no obrar siquiera un Estudio de Impacto Ambiental que acredite sus afirmaciones; y, f) que el colegio en construcción se ha realizado en una zona permitida y compatible con la zonificación dispuesta por la Ordenanza N.° 1044-MML, esto es, en la Zona de Huertos de Villa, mas no en la Reserva de Vida Silvestre.

**Consideraciones del Tribunal Constitucional**

9. La Constitución Política de 1993 (artículo 2°, inciso 22) reputa como fundamental el derecho de la persona "(…) a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida". El constituyente, al incluir dicho derecho en el Título I, Capítulo I, referido a los derechos fundamentales, ha tenido como propósito catalogar el derecho de las personas a disfrutar de un medio ambiente sano como un derecho de la persona. El carácter de este derecho impone delimitar, principalmente, su contenido. Ello, no obstante, exige analizar previamente el significado de "medio ambiente", pues es un concepto consustancial al contenido mismo del derecho en cuestión.

10. Como ya ha sido establecido por este Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente N.° 00048-2004-AI/TC, 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**.**

11. De otro lado, en tanto derecho, nuestra Constitución ha elevado al nivel de fundamental dicho derecho; siendo ello así, el Estado tiene el deber de efectivizar su plena vigencia, así como de prever los mecanismos de su garantía y defensa en caso de transgresión.

12. En ese sentido, en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha establecido que el contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos; a saber: 1) el derecho a gozar de ese medio ambiente; y, 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve.

13. En su primera manifestación, esto es, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1° de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido.

14. Con relación a la segunda manifestación, 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.

15. Tal derecho al ambiente equilibrado y adecuado participa tanto de las propiedades de los derechos reaccionales como de los derechos prestacionales. En su faz reaccional, éste se traduce en la obligación del Estado de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecten el medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida humana.

16. Mientras que en su dimensión prestacional, impone al Estado tareas u obligaciones destinadas a conservar el ambiente equilibrado, las cuales se traducen, a su vez, en un haz de posibilidades, entre las cuales cabe mencionar la de expedir disposiciones legislativas destinadas a que desde diversos sectores se promueva la conservación del ambiente. Desde luego, no sólo supone tareas de conservación, sino también de prevención que se afecte a ese ambiente equilibrado. El Tribunal considera que, por la propia naturaleza del derecho, dentro de las tareas de prestación que el Estado está llamado a desarrollar, especial relevancia tiene la tarea de prevención y, desde luego, la realización de acciones destinadas a ese fin. Y es que si el Estado no puede garantizar a los seres humanos que su existencia se desarrolle en un medio ambiente sano, estos sí pueden exigir del Estado que adopte todas las medidas necesarias de prevención que lo hagan posible. En ese sentido, este Tribunal estima que la protección del medio ambiente sano y adecuado no sólo es una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención de que ellos sucedan.

17. Como ha quedado anotado *supra*, uno de los argumentos de los recurrentes lo constituye el hecho de que, a su juicio, el emplazado Colegio San Jorge viene construyendo la sede de Chorrillos habiendo obtenido la licencia de construcción u obra de modo irregular.

18. El Tribunal Constitucional discrepa de tal argumento, no sólo porque en autos no obra medio probatorio alguno que acredite que, en efecto, ello ocurrió así, sino porque además, a fojas 152 corre copia de la Licencia de Obra Nueva N.° 6287-10, emitida por la Municipalidad Distrital de Chorrillos a favor del emplazado colegio San Jorge para la construcción de otra sede en el referido distrito, otorgada el 18 de noviembre de 2010 y con vigencia al 18 de noviembre de 2013, de la que se presume su validez al no constar en autos que se haya decretado su nulidad por instancia administrativa o judicial alguna.

19. En el mismo sentido, y a mayor abundamiento, obra a fojas 220 la Resolución de Licencia de Edificación N.° 6287-10, emitida por la Municipalidad Distrital de Chorrillos el 18 de noviembre de 2010, que habilita la edificación de un centro educativo nuevo de propiedad del colegio San Jorge de Miraflores S.C.R.L. En consecuencia, tal argumento debe ser desestimado por carecer de sustento.

20. Se alega, además, que el emplazado colegio San Jorge viene construyendo la sede de Chorrillos con la opinión ambiental de una autoridad incompetente como es el caso de Prohvilla, que ha aprobado indebidamente el correspondiente Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado mediante la Opinión Ambiental N.° 364-2010-MML-PROHVILLA, es decir, sin contar para ello con la opinión ambiental favorable emitida por la autoridad competente, esto es, el Sernanp.

21. Consta, en efecto, de fojas 154 a 156, la Opinión Ambiental N.° 364-2010-MML-Prohvilla, emitida por la Autoridad Municipal de Los Pantanos de Villa, en calidad de órgano adscrito a la Municipalidad Metropolitana de Lima, de fecha 26 de julio de 2010, que concluye emitiendo opinión ambiental favorable para la construcción del colegio materia de autos, que, a juicio de los actores, no era la autoridad competente para ello.

22. Cierto es, como luego se verá, que en materias como la de autos la autoridad competente es el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas (Sernanp). Sin embargo, ello no quita que Prohvilla también ostente competencia para emitir opinión técnica sobre las certificaciones ambientales, que es distinto a aprobarlas. En efecto, tal entidad es un organismo público descentralizado de la Municipalidad de Lima, creado mediante la Ordenanza N.° 184-98-MML, con objetivos y funciones específicas allí previstas, así como en la Ordenanza N.° 838 de la misma comuna, que aprueba sus estatutos, destacando, en particular, la de coordinar los planes de manejo ambiental en Los Pantanos de Villa con el Instituto Nacional de Recursos Naturales (Inrena), hoy fusionado con el Sernanp, según ordena la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N.° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente.

23. De ahí que la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N.° 1013 establece la creación del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (Sernanp) como ente rector del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado, y en su calidad de autoridad técnico-normativa realiza su trabajo en coordinación con Gobiernos regionales, locales y propietarios de predios reconocidos como áreas de conservación privada.

24. Prueba de ello lo constituye el convenio suscrito entre el Sernanp y Prohvilla, que en copia corre de fojas 513 a 523 de autos, y cuyo objeto es implementar mecanismos e

instrumentos de colaboración interinstitucional a fin de fomentar y promover la conservación de la diversidad biológica y la protección del ambiente, entre otros. A juicio de este Tribunal, no es exacto afirmar que Prohvilla era un órgano incompetente para emitir una opinión ambiental, pues en todo caso, se trata, precisamente, de una opinión que, como tal, no es definitiva, pues la aprobación final corresponde, como más adelante se verá, al Sernanp. Por ende, debe descartarse tal alegato por carecer de sustento.

25. Sin embargo, más allá de eso, y contrariamente a lo alegado por los actores –que aducen que el colegio fue construido sin contar para ello con la opinión ambiental favorable emitida por el Sernanp como autoridad competente–, corren en autos:

    a) De fojas 158 a 161, el Informe N.° 027-2010-SERNANP-DGANP-RVSLPV, del 15 de diciembre de 2010, esto es, de fecha anterior a la presentación de la demanda de autos, remitido mediante el Oficio N.° 354-2010-SERNANP-DGANP-RVSLPV de la misma fecha, que contiene una serie de observaciones formuladas por el Sernanp al colegio emplazado para su subsanación.

    b) De fojas 163 a 165, el Oficio N.° 365-2010-SERNANP-DGANP-RVSLPV del 20 de diciembre de 2010, mediante el que se remite el Informe N.° 030-2010-SERNANP-DGANP-RVSLPV, del 22 de diciembre de 2010 (ambos de fecha anterior a la presentación de la demanda), e indica que tras el levantamiento de las observaciones:

    > (…) ha procedido a emitir la Opinión Técnica Ambiental Favorable al Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado de Construcción del Colegio San Jorge – Chorrillos (énfasis agregado).

    Y se plantean una serie de recomendaciones a tener en cuenta durante la construcción que conllevan la suscripción por parte del representante del anotado colegio del acta de compromiso que corre de fojas 166 y 167.

    c) A fojas 226, el Oficio N.° 364-2010-SERNANP-DGANP-RVSLPV, del 20 de diciembre de 2010, mediante el que Sernanp pone en conocimiento de la Municipalidad Distrital de Chorrillos que el colegio emplazado levantó las observaciones y, por tanto, ha emitido opinión técnica ambiental favorable.

26. A juicio de este Tribunal, tampoco resulta exacto afirmar que el colegio emplazado construyó su nueva sede sin contar para ello con la opinión ambiental favorable emitida por el Sernanp, de manera que tal argumento también debe ser desestimado.

27. Y es que si bien es cierto, a fojas 169 corre copia de la Carta N.° 033-2011-SERNANP-DGANP, mediante la que se remite el Informe N.° 045-2011-SERNANP-DGANP-RVSLPV, del 31 de enero de 2011, que corre de fojas 170 a 172, que da por aclarada la Resolución Directoral N.° 001-2011-SERNANP-DGANP, que dejó sin efecto los Informes N.os 027 y 030-2010-SERNANP- DGANP-RVSLPV, ello obedeció a razones de forma mas no de fondo y no atribuibles al colegio emplazado.

28. En efecto, tal y como consta en el Informe N.° 004-2011-SERNANP-OAJ, que en copia corre a fojas 588 –y que, por cierto, constituye un documento interno elaborado por la Oficina de Asesoría Jurídica y no por el área competente, que es la Dirección de Gestión de Áreas Naturales Protegidas del Refugio de Vida Silvestre Los Pantanos de Villa–,

    > (…) se dieron una serie de errores sistemáticos en el proceso de evaluación del DIA semidetallado, como el uso del término "opinión ambiental" en lugar de "opinión previa favorable", remisión de información incompleta al administrado y a la Municipalidad Distrital de Chorrillos, el envío directo de la opinión al administrado, correspondiendo a la Municipalidad hacerlo, entre otros, lo cual evidenciaría que el proceso no fue conducido del modo que normalmente se sigue en éstos casos" (énfasis agregado).

29. De manera que negligencias en las que incurrió la Administración durante el desarrollo del proceso administrativo no pueden ser atribuibles al colegio emplazado, que, a lo largo de estos autos, ha acreditado haber realizado todos los trámites necesarios para llevar a cabo la construcción de su nueva sede sin afectar el invocado derecho al medio ambiente, pues en efecto, conviene precisar que ni el aludido Informe N.° 004 ni la Resolución Directoral que dejó sin efecto los Informes N.os 027 y 030-2010-SERNANP-DGANP-RVSLPV contienen pronunciamiento alguno en el sentido de que se haya producido, se esté produciendo o se vaya a producir daño ambiental alguno.

30. En todo caso, consta a fojas 570 que durante el trámite del proceso de amparo de autos en primera instancia, el juez a cargo del Décimo Juzgado Constitucional de Lima dispuso de

oficio, como actuación probatoria, oficiar al Sernanp a efectos de que cumpla con emitir un informe u opinión técnica respecto a los impactos ambientales al Refugio de Vida Silvestre Pantanos de Villa que generaría no sólo la construcción, sino también el futuro funcionamiento del colegio San Jorge, pedido reiterado a fojas 679 a pedido del propio centro educativo emplazado, según se aprecia a fojas 677.

31. Así, corre de fojas 708 a 711 de autos el Oficio N.° 776-2011-SERNANP-DGANP, del 25 de julio de 2011, suscrito por el director de Gestión de Áreas Naturales Protegidas, mediante el que se remitió al juez de primera instancia copia del Informe N.° 05-2011-SERNANP- RVSLPV, que concluye que:

> (…) luego de la evaluación de los documentos remitidos por la Institución Educativa y las constataciones de campo, no hay evidencia que demuestre que se viene generando un impacto ambiental directo en el área natural protegida de Refugio de Vida Silvestre Los Pantanos de Villa. Sin embargo, por encontrarse dentro de la zona de amortiguamiento, es necesario que SERNANP coordine con las instituciones competentes el seguimiento a la obra, para asegurar los objetivos de establecimiento del área natural protegida (énfasis agregado).

32. En consecuencia, con los fundamentos precedentes, el Tribunal Constitucional considera que el argumento evaluado también carece de asidero y, por lo mismo, estima que, no habiéndose acreditado la afectación del derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida previsto por el artículo 2.22° de la Constitución, la demanda debe ser desestimada.

**Consideraciones finales respecto del RAC y el rol de los órganos técnicos de auxilio en el proceso constitucional**

33. Un último aspecto que este Colegiado considera necesario evaluar lo constituye el hecho de que, al interponerse el recurso de agravio constitucional se ha alegado que la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima omitió valorar el Informe Ambiental de parte elaborado por PEIA INGENIEROS & CONSULTORES; que consideraron irrelevante dicha pericia de parte admitida al proceso (sic); y que dieron mayor valor probatorio a los medios probatorios (sic) señalados en el sexto considerando de la resolución objeto del recurso de agravio, en perjuicio de los informes periciales de parte.

34. Tal argumento obliga a este Tribunal a recordar, como lo ha hecho en anteriores oportunidades (*Cfr.* Expedientes N.os 01939-2011-PA/TC, 04223-2006-AA/TC y, 00921-2003-AA/TC, entre otros), cuál es el rol de los órganos técnicos de auxilio en el proceso constitucional.

35. Y es que en no pocas oportunidades este Tribunal se ha encontrado con causas en las que se requería del auxilio de organismos técnicos especializados en materias cuyo conocimiento le era ajeno, como por ejemplo, en los casos de la empresa de telefonía Nextel (*Cfr.* Expediente N.° 04223-2006-AA/TC) –en los que también se denunciaba la afectación del derecho al medio ambiente debido a una antena de telecomunicaciones que supuestamente emitía ondas electromagnéticas que afectaban la salud– o como en el de la empresa Depósitos Químicos Mineros (*Cfr.* Expediente N.° 00921-2003-AA/TC).

36. En aquellas oportunidades este Colegiado estableció que:

> (…) cuando una dependencia del Estado emite una opinión técnica acerca de un asunto propio de su competencia, no vulnera ni amenaza *per se* derechos constitucionales, a menos que con la emisión de dicho dictamen, se hubiese obrado de una forma absolutamente incompatible con los objetivos propios de la función que se ejerce, u omitido el cumplimiento de normas preestablecidas que regulan su ejercicio. Mientras que en el primer supuesto, se trata de preservar que toda opinión guarde un mínimo de razonabilidad o coherencia a partir de los referentes que proporciona el tipo de función dentro de la que dicha opinión especializada se encuentra inmersa (no se podría, por ejemplo, emitir un informe a favor o en contra de algo respecto de lo cual se carece de conocimientos elementales); en el segundo supuesto se trata de garantizar que al momento de emitirse tal pronunciamiento, se observen todas y cada una de las pautas que la ley impone, a fin de que la opinión pueda considerarse adecuadamente emitida (se trata, por tanto, de respetar la parte reglada que toda opinión debe suponer al momento de adoptarse).

37. En el mencionado caso Nextel, era evidente que este Tribunal no era competente en términos técnicos –por no ser su especialidad– para decidir y evaluar si una antena de telecomunicaciones emitía ondas electromagnéticas que afectaban la salud.

Y es justamente por ello que se apoyó en los informes emitidos por los órganos técnicos competentes y especializados, los cuales valoró porque, precisamente, provenían del órgano especializado y competente.

38. Mientras que en el aludido caso Depósitos Químicos Mineros, ante el cuestionamiento sobre si mediante un proceso constitucional es posible cuestionar pronunciamientos de connotación eminentemente técnica, como la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental por la Dirección de Asuntos Ambientales del Ministerio de Industrias, o la opinión técnica favorable emitida por la Dirección General de Asuntos Ambientales del Ministerio de Energía y Minas, el Tribunal Constitucional sostuvo que

> El hecho de que se hayan observado los criterios mínimos al momento de emitirse opiniones especializadas y que estas hayan sido adecuadamente sustentadas, supone que su cuestionamiento no puede ser asumido como válido, tanto más cuanto que estas han sido expedidas conforme a las competencias establecidas por la normatividad aplicable.

39. Como se aprecia, es claro que en un proceso constitucional como el de autos, el auxilio de organismos técnicos especializados en materias cuyo conocimiento le es ajeno a los integrantes del Colegiado, resulta indispensable para la mejor solución del caso, por lo que dicho auxilio técnico no puede simplemente ser desvirtuado, sino que requiere que el juez pueda otorgarle una alta valoración probatoria en lo que a su especialidad se refiere, salvo, claro está, que no haya reunido los requisitos formales y materiales que precisamente generan su legitimidad.

40. A juicio de este Colegiado, los recurrentes incurren en confusión. Ni el juez de primera instancia ni la Sala Superior ni el Tribunal Constitucional han valorado informe de parte alguno, sino los emitidos, precisamente, por el Sernanp como autoridad competente. Que dichos informes los presente el colegio emplazado no significa que sean de parte, pues los ha presentado, justamente, en cumplimiento de las disposiciones legales que establecen que el Sernanp es el órgano competente, tal y como lo denunciaban a fojas 121 al plantear la demanda y, máxime cuando el informe determinante ha sido el requerido por el juez de primera instancia.

41. De manera que resulta un contrasentido, y carente de toda lógica que con la demanda se reclame al centro educativo emplazado no contar con la opinión ambiental favorable emitida por el Sernanp, y que mediante el recurso de agravio se cuestionen los informes emitidos por dicha autoridad, pues como hemos visto *supra*, son los que se han valorado para llegar a un pronunciamiento, lo cual denota la carencia de argumentos y de sustento de la demanda de autos.

42. A mayor abundamiento, resulta paradójico, por decir lo menos, que el aludido Informe Ambiental de parte elaborado por PEIA INGENIEROS & CONSULTORES no obra en autos, de modo tal que no es posible dar ningún valor probatorio a una prueba no presentada, y por ende, no admitida al proceso como se alega, la que, por lo demás, hasta la fecha no ha sido adjuntada a los autos. El mencionado informe de parte ha sido ofrecido como medio de prueba a un proceso penal, según consta de la copia del escrito presentado al juez penal (fojas 807), por lo que los actores incurren en error al interponer los recursos de apelación (fojas 742) y de agravio constitucional (fojas 810), como igualmente se incurre en error en el mismo recurso de agravio (fojas 812) al alegarse que se da mayor valor a los medios probatorios señalados en el considerando sexto (sic) de la resolución impugnada, cuando lo cierto es que tal considerando no dice nada sobre el particular (fojas 788).

43. Más allá de eso, y aún si obrase en autos, queda claro –por las consideraciones expuestas *supra*– que ni ese ni ningún informe de parte hubiera sido objeto de valoración, tanto es así que, por ejemplo, ninguna de las instancias que han conocido de este proceso han valorado el Informe Ambiental de fojas 29 y siguientes de autos elaborado a pedido del colegio emplazado, sino los del Sernanp como órgano competente.

44. Así lo dispone el Decreto Legislativo N.° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, cuya Segunda Disposición Complementaria Final establece la creación del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (Sernanp) como organismo público técnico especializado adscrito al Ministerio del Ambiente, encargado de dirigir y establecer los criterios técnicos y administrativos para la conservación de las Áreas Naturales Protegidas (ANP), y de cautelar el mantenimiento de la diversidad biológica. El Sernanp es el ente rector del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (Sinanpe), y en su calidad de autoridad técnico-normativa realiza su trabajo en coordinación con Gobiernos regionales, locales y propietarios de predios

reconocidos como áreas de conservación privada.

45. Mientras que el artículo 93.4° del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, aprobado mediante Decreto Supremo N.° 038-2001-AG, dispone que los Estudios de impacto ambiental de actividades a desarrollarse en Áreas Naturales Protegidas o su Zona de Amortiguamiento deben contar con la opinión previa favorable del Inrena como condición indispensable para su aprobación por la autoridad sectorial competente (recuérdese que el Inrena se ha fusionado con el Sernanp, según lo establece la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N.° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente).

46. Consecuentemente, en la medida que el órgano competente (Sernanp) ha concluido que no hay evidencia que demuestre que la construcción y funcionamiento del colegio emplazado viene generando un impacto ambiental directo en el área natural protegida del Refugio de Vida Silvestre Los Pantanos de Villa, la demanda debe ser desestimada al no haberse acreditado la violación del derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida previsto por el artículo 2.22° de la Constitución.

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

**HA RESUELTO**

Declarar **INFUNDADA** la demanda al no haberse acreditado la violación del derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida previsto por el artículo 2.22° de la Constitución.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**URVIOLA HANI**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**CALLE HAYEN**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

***Sentencia 03128-2011- PA/TC***

*Proceso de amparo interpuesto por Lima Airport Partners S.R.L. — LAP. El Tribunal declaró fundada la demanda por haberse acreditado la afectación a la libertad de contratación.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 25 de junio del 2013

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda interpuesta por el recurrente contra el Poder Ejecutivo y los Procuradores Públicos encargado de los asuntos judiciales del Consejo de Ministros y del Congreso de la República, a fin de que se disponga la inaplicación del numeral 7.2. del artículo 7 del Decreto Supremo 007-2006-MTC, la cual afectaba su derecho a la libertad de contratar al reglamentar la prohibición a los aeródromos de subcontratar oficiales de seguridad aeroportuaria para realizar funciones dentro de la Zona de Seguridad Restringida.

Luego de realizar un teste de proporcionalidad al caso concreto, el Tribunal advirtió que la norma no resulta idónea para su fin, la seguridad de la aviación civil, pues dicha restricción solo obliga al Operador Principal a mantener vínculo laboral inmediato y directo con un tipo de personal específico que desarrolla labores en dicha zona; sin embargo, no lo limita respecto de la subcontratación del personal de vigilancia que se encuentra encargado de vigilar y controlar funciones específicas del sistema de seguridad del aeródromo, que sí podría ser materia de subcontratación.

Por otro lado, la existencia de un organismo estatal encargado de supervisar tanto el ingreso de personal idóneo para prestar servicios en los aeródromos, como el cumplimiento de las normas de seguridad aeroportuaria, de acuerdo con los parámetros que el Programa Nacional de Seguridad de la Aviación Civil exige, contribuye de manera eficaz a generar un mejor y adecuado servicio de seguridad aeroportuario en todos sus niveles, inclusive en las mencionadas Zonas de Seguridad Restringida, razón por la cual se evidencia que la medida adoptada no resultaba necesaria, pues la referida Dirección también supervisaba la subcontratación de Oficiales Aeroportuarios.

Por tanto, en ejercicio de la atribución contenida en el artículo 138 de la Constitución Política, el Tribunal declaró inaplicables las referidas disposiciones a favor del recurrente.

**Temas Claves:** Control difuso — libertad de contratación — test de proporcionalidad.

EXP. N.° 03128-2011-PA/TC
LIMA
LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 16 días del mes de abril de 2013, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados, Urviola Hani, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Lima Airport Partners S.R.L.-LAP contra la resolución expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 1033, su fecha 22 de marzo de 2011, que declaró improcedente la demanda de autos.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 25 de abril de 2006, la Sociedad recurrente interpone demanda de amparo contra el Poder Ejecutivo y los Procuradores Públicos

encargados de los asuntos judiciales del Consejo de Ministros y del Congreso de la República, a fin de que se disponga la inaplicación del numeral 7.2. del artículo 7 del Decreto Supremo 007-2006-MTC, pues sostiene que dicha norma afecta su derecho a la libertad de contratar.

Manifiesta que la cuestionada norma al reglamentar la prohibición impuesta a los operadores de los aeródromos de subcontratar personal de seguridad (oficiales de seguridad aeroportuaria) que realizan funciones dentro de la Zona de Seguridad Restringida, ha incurrido en un supuesto de afectación de su derecho invocado, toda vez que el contrato de concesión que suscribió con el Estado peruano el 14 de febrero de 2001, para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, a través de su anexo 4, estableció los lineamientos que el concesionario debe cumplir para la correcta operación del aeropuerto en materia de seguridad, sin establecer limitaciones a la libertad de cumplir con sus obligaciones de seguridad por medio de terceros especializados; y que sin embargo, añade que el numeral 5.3 del artículo 5 de la Ley 28404, Ley de Seguridad de la Aviación Civil (del 30 de noviembre de 2004), claramente prescribe que los Operadores de los Aeródromos no podrán subcontratar los servicios de seguridad, disposición que al ser reglamentada por la norma cuestionada, ha prohibido de manera arbitraria y sin que medie justificación objetiva alguna, la contratación del personal que cumple funciones de inspección de las instalaciones, pasajeros, equipaje de mano y otras que se establezcan en el Programa de Seguridad del Operador del Aeródromo, a través de la subcontratación de dicho personal a través de empresas especializadas, tal y como lo establece la norma cuestionada.

El Procurador Público encargado de los asuntos judiciales del Consejo de Ministros propone las excepciones de ambigüedad en el modo de proponer la demanda

y de falta de legitimidad para obrar pasiva, y contesta la demanda manifestando que la Sociedad demandante no ha señalado claramente cuál es su intención al pretender anular el numeral 2 del artículo 7° del Decreto Supremo 007-2006-MTC y cuál es la relación causal con la Presidencia del Consejo de Ministros.

El Procurador Público encargado de los asuntos judiciales del Congreso de la República deduce la excepción de falta de legitimidad pasiva e interpone denuncia civil para que se incorpore al Ministerio de Transportes y Comunicaciones como parte al proceso.

Mediante Resolución de fecha 1 de octubre de 2007, el Trigésimo Cuarto Juzgado Civil de Lima dispone la incorporación al proceso del Ministerio de Transportes y Comunicaciones como litisconsorte necesario.

El Procurador Público encargado de los asuntos judiciales del Ministerio de Transportes y Comunicaciones contesta la demanda manifestando que el Perú, como miembro de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) y signatario del Convenio de Chicago, ha dispuesto a través del numeral 1) del artículo 8° de la Ley 27261, Ley de Aeronáutica Civil del Perú, que el Ministerio emplazado sea la única autoridad de aeronáutica civil, funciones que ejerce a través de la Dirección General de Aeronáutica, razón por la cual es el Ministerio emplazado quien aprueba los anexos del referido convenio y las normas y métodos recomendados por la OACI, para efectos de mantener los estándares de seguridad que dicha organización recomienda a los Estados a efectos de prevenir cualquier acto que, siendo ajeno a la actividad aeronáutica, la ponga en riesgo, como lo es la instalación de bombas, la ejecución de secuestros, etc. En dicho sentido, la Ley de Seguridad de la Aviación Civil (Ley 28404) recoge todas las normas y métodos recomendados por la OACI con relación al Anexo 17 del Convenio de Chicago, los cuales sustentan y justifican lo regulado en el numeral 2 del artículo 7° del Decreto Supremo 007-2006-MTC cuestionado. Respecto del contenido de dicha norma, sostiene que no es posible que la Sociedad demandante subcontrate los servicios de seguridad del Aeropuerto Jorge Chávez, dado que dicho servicio constituye una actividad principal, por lo que de acuerdo con el Anexo 3 del contrato de concesión, dicho servicio debe ser realizado directamente por el operador principal y por cuenta del concesionario, siendo incluso que la cláusula 5.21 dispone que ni el concesionario ni el operador principal deben emplear ningún operador secundario subcontratista, agente o mandatario para llevar a cabo operaciones principales, mientras que en el Anexo 14 se estipuló que el sistema de seguridad para el aeropuerto deberá cumplir con todos los lineamientos y recomendaciones actuales y futuras del Perú, OACI, FAA e IATA.

Agrega que la norma cuestionada supera el test de proporcionalidad dado que la limitación referida a que los servicios de seguridad en la Zona de Seguridad Restringida sean brindados solo por el operador del aeródromo, tiene por finalidad no solo la seguridad de la aviación civil, sino la de posibles ataques contra la seguridad nacional e internacional, por lo que la exclusión de un tercero diferente al operador del aeródromo para brindar servicios de seguridad resulta una medida idónea pues garantiza el cumplimiento de dicha finalidad y garantiza una menor rotación de personal que tiene acceso a dicha zona y a información

privilegiada, asegurando mayor especialización. Asimismo, considera que no podía adoptarse una medida menos gravosa a la recogida en la norma cuestionada dado que ella reproduce la obligación asumida por la Sociedad demandante a través del contrato de concesión, razón por la cual la referida norma tampoco perjudica las libertades de contratación y empresa de la recurrente.

El Trigésimo Cuarto Juzgado Civil de Lima, con fecha 30 de junio de 2008, declaró fundada la excepción de falta de legitimidad pasiva propuesta por el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales de la Presidencia del Consejo de Ministros y declaró saneado el proceso; y con fecha 22 de julio de 2010 declaró infundada la demanda, por estimar que la norma cuestionada solo busca asegurar la aeronavegación por tratarse de una actividad principal, ya que normalmente son los Estados los que proveen dicho servicio, más aún cuando es el Estado quien debe tener una función supervisora y correctiva o reguladora, respecto de los peligros que representa que la seguridad del aeropuerto no sea realizada por la Sociedad demandante.

La Sala Superior competente revocó la apelada y declaró improcedente la demanda, por estimar que las controversias que surgen de la suscripción del contrato de concesión no son materia de discusión a través del proceso de amparo, pues para ello tiene a su alcance la vía del proceso contencioso administrativo.

**FUNDAMENTOS**

1. La demanda tiene por objeto que se declare la inaplicación a la Sociedad demandante del numeral 2 del artículo 7° del Decreto Supremo 007-2006-MTC, alegándose que dicha norma afecta el derecho a la libertad de contratar.

**Procedencia de la demanda**

2. Como es de verse, la pretensión cuestiona de manera directa la constitucionalidad de la norma antes referida, razón por la cual corresponde recordar que si bien, en principio, no es procedente el amparo contra normas heteroaplicativas, sí procede contra normas autoaplicativas, es decir, contra aquellas normas creadoras de situaciones jurídicas inmediatas, sin la necesidad de actos concretos de aplicación. En efecto, del fundamento 10 de la STC 03283-2003-AA/TC se infiere que cuando las normas dispongan restricciones y sanciones sobre aquellos administrados que incumplan en abstracto sus disposiciones, queda claro que las mismas por sus alcances podrían ser consideradas como de carácter autoaplicativo que desde su entrada en vigencia podría generar una serie de efectos jurídicos que pueden amenazar o violar derechos fundamentales.

3. Sin embargo, debe quedar claro que esta afirmación no significa una valoración del fondo de la controversia, pues sólo se pronuncia sobre la procedibilidad de la demanda de amparo. Así, la determinación del carácter autoaplicativo de una disposición no conlleva necesariamente la estimación de la demanda, porque la verificación de su carácter es sólo un presupuesto procesal, mas no un elemento determinante para su inaplicación porque una ley autoaplicativa no siempre es inconstitucional. Impide, en todo caso, que el proceso de amparo (*control concreto*) se desnaturalice frente al proceso de inconstitucionalidad (*control abstracto*). (STC 00606-2008-PA/TC, fundamento 4).

4. En el presente caso, el tenor de la norma cuestionada dispone lo siguiente

   7.2 El operador del aeródromo no puede subcontratar al personal de seguridad a que se refiere el literal d) del numeral anterior que realiza funciones dentro de la Zona de Seguridad Restringida.

5. Si bien es cierto que la Sociedad demandante no invoca la existencia de un acto concreto de aplicación del Decreto Supremo cuestionado, se aprecia que en la medida que ésta cuenta con el derecho de explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (en adelante el Aeropuerto) en calidad de concesionario y operador de dicho aeropuerto (f. 33), los efectos del referido decreto supremo pueden generar una restricción respecto de su derecho a la libertad de contratación sobre la subcontratación del personal de seguridad que realizaría funciones en la Zona de Seguridad Restringida del mencionado aeropuerto, lo cual demuestra el carácter autoaplicativo de la norma cuestionada. En tal sentido, este Colegiado considera que la demanda incoada merece un análisis sobre el fondo.

**Análisis de la controversia**

6. Antes de ingresar a analizar la controversia planteada, corresponde precisar que en el presente caso existe un contrato de concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, de fojas 33 a 128 (en adelante El Contrato), suscrito entre la demandante y el Estado peruano, el cual data del 14 de febrero de 2001 (f. 147), acto jurídico que regula los derechos y las obligaciones que ambas partes se obligaron a cumplir, con relación a la explotación del referido aeródromo, situación que resulta de necesaria importancia

delimitar, por cuanto el Ministerio emplazado sostiene que la restricción estipulada en la disposición cuestionada, forma parte de los pactos a los que se ha obligado cumplir la Sociedad demandante en El Contrato (f. 426), con relación a la seguridad del Aeropuerto.

7. En primer lugar, en la Cláusula 1 de El Contrato, se estableció un conjunto de definiciones, de las cuales se mencionarán a continuación sólo las más relevantes.

> **Concesión**: significará el acto administrativo plasmado en el presente Contrato mediante el cual el Concedente otorga al Concesionario el derecho para el Aprovechamiento Económico de los Bienes de la Concesión, lo que implica la autorización para prestar los Servicios Aeroportuarios y realizar las Mejoras de acuerdo con lo establecido en el presente Contrato y con sujeción a las Leyes Aplicables. Se excluye de la Concesión, los Servicios de Aeronavegación, con excepción de aquellos a cargo del Concesionario, conforme al Anexo 3 del presente Contrato (f. 39).
>
> **Contrato de Operación**, significará un contrato que suscribe el Concesionario con un Operador para la operación del Aeropuerto o parte del mismo, en las condiciones establecidas en las Cláusulas 5.3 y 5.4 (f. 39).
>
> **Leyes Aplicables**, significará cualquier ley, reglamento, decreto, norma, resolución, orden y/o disposición emitida por una Autoridad Gubernamental (f. 45)
>
> **Normas**, significarán los reglamentos, directivas y resoluciones, que serán de carácter obligatorio para el Concesionario, que de conformidad con su ley de creación puede dictar OSITRAN, incluyendo, pero sin limitarse a aquellas relativas a infracciones y sanciones vinculadas al objeto del presente Contrato (f. 46).
>
> **Operaciones principales,** significan aquellas operaciones contenidas en el Anexo 3, las cuales solo podrán ser realizadas por el Operador Principal (f. 46).
>
> **Operador Principal,** significará el Operador que realiza directamente las Operaciones Principales del Aeropuerto (f. 46).
>
> **Operador Secundario**, significará el Operador u Operadores que llevan a cabo las operaciones no principales del Aeropuerto (f. 46).
>
> **OSITRAN**, significará el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público que cumple las funciones establecidas en el presente Contrato, en la Ley N.° 26917 y en su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N.° 024-98-PCM, sus normas complementarias, modificatorias y ampliatorias, o cualquier entidad que lo sustituya en el futuro. OSITRAN administrará el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Concesionario con criterios técnicos (f. 46).

8. En la Cláusula 2 de El Contrato, se establece lo siguiente con relación a la Concesión:

> **Otorgamiento de la Concesión**: El Concedente por el presente Contrato otorga al Concesionario, con sujeción a lo dispuesto en sus estipulaciones, el Aprovechamiento Económico de los Bienes de la Concesión y demás derechos descritos en el presente Contrato. **En virtud de la Concesión, el Concesionario será responsable de la operación del Aeropuerto** (excluyendo el mantenimiento de aquellos servicios y funciones del Aeropuerto no otorgados en la Concesión), de la asignación de slots para aterrizaje y despegue, de la prestación de los Servicios Aeroportuarios, y **de aquellos Servicios de Aeronavegación a su cargo, conforme al Anexo 3 del presente Contrato**, del diseño y construcción de las Mejoras, y de la reparación, conservación y mantenimiento de los Bienes de la Concesión, de conformidad con los Estándares Básicos y los Requisitos Técnicos Mínimos durante la Vigencia de la Concesión (f. 51) (el resaltado y subrayado es nuestro).

9. Como es de verse, en el presente caso, el marco de acción del derecho a la libertad de contratación de la Sociedad demandante se circunscribe al contenido en las cláusulas 5.3 (f. 57) y 5.4, así como en el Anexo 3 (f 863 a 868) del referido Contrato, situación por la que corresponde citar dichos acápites. Cabe mencionar que en autos no corre la página 27 de El Contrato, foja en la que se encuentra detallada la cláusula 5.4; pese a ello, el texto de la citada cláusula será incorporado en los términos que se desprenden de la información existente en el portal web de la Sociedad demandante.

> **5.3 Contrato de Operación con el Operador Principal**. El Operador Principal llevará a cabo directamente y por cuenta del Concesionario las Operaciones Principales del Aeropuerto, detalladas en el Anexo 3 del presente contrato.

La facturación por todos los servicios que el Operador Principal preste, deberá efectuarla el Concesionario

El **Operador Principal,** o quien haya precalificado por él de acuerdo a las Bases, habiendo celebrado un contrato de transferencia de tecnología, deberá mantener, durante la Vigencia de la Concesión, personal propio, calificado según los requerimientos del puesto, y con experiencia no menor a cinco (5 años) en puestos similares, a los siguientes: (a) Gerente General, (b) Gerente de Operaciones, (c) Gerente de Seguridad, (d) Gerente Comercial; y, (e) Gerente de Abastecimiento y Mantenimiento.

El Concesionario y el Operador Principal suscribirán el Contrato de Operación correspondiente en la oportunidad señalada en la Clausula 11.1.2. El concesionario remitirá copia del mismo a OSITRAN el primer Día Útil siguiente. Asimismo el Concesionario remitirá a OSITRAN, en la misma oportunidad, una declaración jurada manifestando que dicho Contrato de Operación no contiene ninguna disposición que vulnere las cláusulas estipuladas en el presente Contrato así como en las Leyes Aplicables (f. 57).

*El Contrato de Operación deberá establecer las funciones que deberá llevar a cabo el Operador Principal por sí mismo así como la obligación de éste de remitir a OSITRAN a información que éste último considere pertinente solicitarle y de prestarle las facilidades que demande el correcto cumplimiento de sus funciones.*

*El Concesionario no podrá sustituir, suspender ni de otra manera directa o indirecta cambiar al Operador Principal ni modificar sus funciones o responsabilidades, salvo autorización, previa y por escrito del Concedente.*

*El Operador Principal deberá ser dueño (libre de todo gravamen y limitación de dominio) de cuando menos un quince por ciento (15%) del capital social del Concesionario durante el Período Inicial, y un diez por ciento (10%) durante el Período Remanente de Vigencia de la Concesión, sujeto a lo previsto en la Cláusula 21.5.*

*El Concesionario deberá realizar la construcción, mejora, desarrollo y operaciones del Aeropuerto de conformidad con las prácticas y operaciones aeroportuarias internacionalmente aceptadas y los Requisitos Técnicos Mínimos.*

***5.4. Contratos de Operación con Operadores Secundarios**. Las operaciones no principales del Aeropuerto, definidas como tales en el Anexo 3, podrán ser llevadas a cabo por Operadores Secundarios, quienes deberán contar con el personal con la experiencia apropiada. Copia de dichos Contratos de Operación deberá ser enviada a OSITRAN, al siguiente Día Util de la fecha de su suscripción.*

*En la misma oportunidad en que sea enviado a OSITRAN, copia de dichos Contratos de Operación, el Concesionario remitirá una declaración jurada manifestando que dichos Contratos de Operación no contienen ninguna disposición que vulnere las cláusulas estipuladas en el presente Contrato así como en las Leyes Aplicables.(*)*

* El texto en cursiva proviene de la dirección web http://www.mtc.gob.pe/portal/home/concesiones/contratos/LAP/TUO-LAP.pdf, visitada el 23 de enero de 2012. (El resaltado y subrayado es nuestro).

**Anexo 3. Operaciones que se llevan a cabo en el Aeropuerto**. Las Operaciones que se llevan en el Aeropuerto, han sido clasificadas para efectos del presente Contrato de Operaciones Principales y Operaciones No Principales. (…).

1. **Operaciones Principales** Deben ser realizadas directamente por el Operador Principal y por cuenta del Concesionario". Estos servicios son los que se detallan a continuación:

1.1. Servicios Aeroportuarios en relación a la TUUA.

1.1.1. Servicios de Salvamento y Extinción de Incendios (…)

1.1.2. Seguridad. Servicio cuyo objetivo principal es salvaguardar la seguridad, regularidad y eficiencia de la aviación civil contra actos ilícitos dirigidos contra el Aeropuerto, aeronaves, instalaciones en general, pasajeros y/o Usuarios.

1.1.3. Circuito cerrado de televisión (…)

1.2. Servicios de Aterrizaje y Despegue (…)

1.3. Estacionamiento de aeronaves (…)

1.4. Puente de Abordaje (…)

1.5. Servicios de Aeronavegación.

2. **Operaciones No Principales**. Son aquellas operaciones no incluidas en las Operaciones Principales, y que podrán ser llevadas a cabo por el Operador Principal o por el Operador Secundario. Estos servicios, entre otros, son los que se detallan a continuación:

2.1 **Servicios Aeroportuarios en relación a la TUUA**, entre los que se encuentran los siguientes: Transporte de equipaje, Servicio de Transporte de Pasajeros (Terminal - Avión), Entrega de Equipaje, Información, Sala de Pasajeros en Tránsito, Iluminación, Salas de Embarque, Chequeo de pasajeros y equipaje, Sala de Autoridades (Protocolo), Sala de Espera (parte pública).

2.2. **Otros servicios para líneas aéreas, para empresas comerciales y de servicios auxiliares aeroportuarios**. Entre los que se encuentran: counters, locales para comapñias aéreas, salón VIP de compañías aéreas, hangar, carga aérea (peaje).

2.3 **Servicio de Protocolo en el Aeropuerto**.

2.4. **Otros servicios no principales**.

2.4.1.Servicio de rampa o manipulación de tierra (GROUND HANDLING): Servicio de atención que se da a la aeronave en la plataforma del aeropuerto, consistente en: Limpieza de cabina, escalera de embarque/ desembarque de pasajeros, vehículo de abastecimiento de agua, vehículo de desagüe, planta eléctrica, arrancador de turbinas, barra de remolque de aeronave, señalizador, pay mover, vehículo y carretas para equipajes, estiba/desestiba de equipajes y carga, faja transportadora de equipajes, elevador y/o montacargas, etc.

2.4.2.Combustible para aeronaves. Servicio de aprovisionamiento de hidrocarburos para las aeronaves (…).

Cabe mencionar que la cláusula 5.21 de El Contrato, dispone lo siguiente

> Subcontratistas. Ni el Concesionario ni el Operador Principal debe emplear ningún operador Secundario, subcontratista, agente o mandatario para llevar a cabo las Operaciones Principales.

10. En el contexto descrito, corresponde recordar lo manifestado por este Colegiado en reiterada jurisprudencia relacionada con el derecho a la libertad de contratación. Así, el referido derecho:

> "(…) se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo —fruto de la concertación de voluntades— debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público.
>
> Tal derecho garantiza, *prima facie*:
>
> · Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante.
>
> · Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual." (STC 02736-2004-PA/TC, fundamento 9, RTC 04858-2011-PA/TC, considerando 4, STC 2736-2004-PA/TC, fundamento 9, STC 4788-2005-PA/TC, fundamento 7, STC 8943-2006-PA/TC, fundamento 2, entre otras).

11. De acuerdo con el contenido del Contrato de Concesión, se aprecia la existencia de operaciones consideradas como principales y secundarias, las cuales son desarrolladas por el Operador Principal o por un Operador secundario, respectivamente. Asimismo, queda claro que la Sociedad demandante viene a ser la Concesionaria y responsable de la operación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, y de acuerdo con lo sostenido a fojas 585 y a lo vertido en el Acuerdo N.° 263-87-02-CD-OSITRAN, a fojas 547, el Operador Principal del Aeropuerto viene a ser FRAPORT AG, empresa internacional especializada en la operación de aeropuertos.

Asimismo, se ha determinado contractualmente que la seguridad del Aeropuerto es una Operación Principal y que su desarrollo es una obligación exclusiva del Operador Principal que ejecuta por cuenta del Concesionario, conforme lo dispone la cláusula 5.21; sin embargo, de acuerdo con el tercer párrafo de la cláusula 5.3 del referido contrato, la mencionada obligación –entendida como una limitación al derecho a la libertad contractual– se encuentra circunscrita a *mantener, durante*

*la Vigencia de la Concesión, personal propio, calificado según los requerimientos del puesto, y con experiencia no menor a cinco (5 años) en puestos similares, a los siguientes: (a) Gerente General, (b) Gerente de Operaciones, (c) Gerente de Seguridad, (d) Gerente Comercial; y, (e) Gerente de Abastecimiento y Mantenimiento.*

Es decir, que la referida obligación exclusiva o limitación contractual vincula a la Sociedad demandante con el Operador Principal en la medida de que éste último asume el desarrollo de las operaciones principales a nombre del Concesionario, o lo que es lo mismo, asume la obligación de la Sociedad demandante como si de ella misma se tratara, lo que incluye de manera solidaria asumir las responsabilidades que ello pudiera generar –pues en esos términos ha sido formulado el contrato–; pese a ello, la mencionada cláusula 5.3 del Contrato, exige al Operador Principal mantener a su cargo un tipo de personal específico con vínculo laboral directo e inmediato, disponiéndose taxativamente que dicho personal es el Gerente de Seguridad del Aeropuerto, lo que evidencia que dicha limitación no incluye al personal subordinado a dicha gerencia.

12. Se aprecia, en consecuencia, que la Sociedad emplazada y el Operador Principal del Aeropuerto, han dado cumplimiento a lo dispuesto por la cláusula 5.3 del Contrato en sus términos expuestos, lo que incluso en su momento también fue materia de opinión similar por el OSITRAN a través de su Acuerdo N.° 263-87-02-CD-OSITRAN (f. 547).

13. En tal sentido, queda desvirtuado el alegato del Ministerio emplazado relacionado a que la limitación regulada por el artículo 7.2 del Decreto Supremo N.° 007-2006-MTC recoge compromisos respecto de temas de seguridad pactadas en el contrato de Concesión (f. 420), razón por la cual corresponde analizar la constitucionalidad de la norma cuestionada.

**Sobre la disposición cuestionada**

14. Conforme lo ha señalado la propia Sociedad accionante, la prohibición regulada en el cuestionado artículo 7.2 del Decreto Supremo N.° 007-2006-MTC tiene por origen el artículo 5.3 de la Ley 28404 (Ley de la seguridad de la aviación civil), disposición que establece lo siguiente:

> 5.3 El Operador del Aeródromo no podrá subcontratar los servicios de seguridad, debiendo cumplir dicha función con personal propio y de acuerdo a lo establecido en el Programa Nacional de Seguridad de la Aviación Civil.

La referida norma fue publicada el 30 de noviembre de 2004, por lo que su vigencia data del siguiente a dicha publicación, sin embargo, su aplicación recién se produce con la emisión del Decreto Supremo 007-2006-MTC, pues es a partir de esta última norma que se reglamenta la referida prohibición a través del artículo cuestionado.

15. Al respecto cabe precisar que al margen de la capacidad de decidir celebrar un contrato, así como de la capacidad de regular su correspondiente materia o contenido –conforme lo expuesto en el fundamento 10 *supra*–, también forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de contratación:

> "garantizar que la posibilidad del propio cumplimiento de lo pactado no se vea frustrada por una injerencia externa que pueda considerarse de arbitraria. En los términos del artículo 62 de la Constitución, "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". (STC 03866-2006-PA/TC, fundamento 16).

Esto en razón de que

> "no toda restricción del derecho a la libertad contractual supone una afectación del mismo, sino sólo aquellas que se presenten como desproporcionadas en atención a las circunstancias (…)" (STC 01735-2008-PA/TC, fundamento 14).

16. Por tanto, este Tribunal considera que el análisis de la constitucionalidad de la disposición cuestionada genera al mismo tiempo un análisis de la norma de origen, dado que esta última norma viene a ser la concretización de su contenido, situación que en el caso de autos, a su vez, se encuentra vinculada de manera directa con el contenido del contrato de concesión suscrito por la Sociedad demandante y el Estado peruano, pues la ley de origen estipula una condición para la ejecución de dicho contrato que en su formulación no contenía tal y conforme se ha expuesto en los fundamentos 11 a 13, *supra*, razón por la cual el análisis del artículo cuestionado a su vez implica el análisis del artículo 5.3 de la Ley 28404, en lo que corresponda.

17. El cuestionado artículo 7.2 del Decreto Supremo N.° 007-2006-MTC, dispone lo siguiente:

7.2 El operador del aeródromo no puede subcontratar al personal de seguridad a que se refiere el literal d) del numeral anterior que realiza funciones dentro de la Zona de Seguridad Restringida.

El mencionado literal d) del artículo 7.1 del referido decreto supremo, establece lo siguiente:

7.1 Corresponde al personal asignado a la Seguridad de la Aviación Civil del sector aeronáutico las siguientes denominaciones y funciones:

d. **Oficial de Seguridad Aeroportuaria**: Es el personal del Operador del Aeródromo público o privado, que cumple funciones de inspección de las instalaciones, pasajeros, equipaje de mano y otras que se establezcan en el Programa de Seguridad del Operador del Aeródromo, para cuyo efecto recibe capacitación y entrenamiento especializado sobre seguridad de la aviación proporcionado por el Operador del Aeródromo.

Como es de verse, la disposición cuestionada establece una prohibición o limitación al Operador de Aeropuerto u Operador Principal, respecto de la subcontratación de los denominados **oficiales de seguridad aeroportuaria**, para la realización de sus funciones en la **Zona de Seguridad Restringida**, es decir, que la prohibición únicamente opera para un tipo específico de personal que labora en la referida zona de seguridad, mas no para el mismo personal que realiza labores fuera de la referida zona u otro tipo de personal.

Teniendo delimitado el marco de aplicación de la disposición cuestionada, corresponde analizar si ella cuenta con una justificación suficiente en la medida de que, *prima facie*, restringe el derecho a la libertad de contratación de la Sociedad demandante respecto a la contratación de oficiales de seguridad aeroportuaria en la Zona de Seguridad Restringida del Aeropuerto. A tal efecto se someterá dicha medida al test de proporcionalidad.

**Test de proporcionalidad**

18. Tal como lo ha establecido este Colegiado en reiterada jurisprudencia, el test de proporcionalidad incluye, a su vez, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, se ha establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; lo que supone, como se ha señalado señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de *relación medio-medio*, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro (STC 00589-2008-PA/TC, fundamento 25).

19. *Análisis de idoneidad*. Como primer paso del test, corresponde de primera intención, determinar la finalidad que persigue alcanzar la disposición cuestionada. Para ello, conviene recordar que el artículo 44° de nuestro Texto Constitucional establece, como un deber primordial del Estado,

> "defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación".

Asimismo, el artículo 72° dispone lo siguiente respecto las restricciones por seguridad nacional:

> "La ley puede, sólo por razón de seguridad nacional, establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes".

Mientras que mediante el artículo 163° se establece lo siguiente:

> El Estado garantiza la seguridad de la Nación mediante el Sistema de Defensa Nacional.

> La Defensa Nacional es integral y permanente. Se desarrolla en los ámbitos interno y externo. Toda persona, natural o jurídica, está obligada a participar en la Defensa Nacional, de conformidad con la ley.

20. Por otro lado, resulta importante resaltar que a través de la Ley N.° 28404 y el Decreto Supremo N.° 007-2006-MTC, el Estado peruano regula la Seguridad de la Aviación Civil, lo que incluye la seguridad de la aviación aeroportuaria de acuerdo con los textos legales nacionales e internacionales que en la actualidad se encuentran vigentes, entre los cuales encontramos al Convenio de Aviación Civil Internacional de Chicago (en adelante Convenio de Chicago) –suscrito por el Perú mediante la Resolución Legislativa N.° 10358, del 8 de febrero de 1946–, los programas nacionales de seguridad de la Aviación Civil y de Control de Calidad de la Seguridad de la Aviación Civil, y las normas que emita la Dirección General de Aeronáutica Civil, entre otros.

    Al respecto, cabe precisar que la Aviación Civil comprende tanto a la Aviación Comercial como a la Aviación en General, lo que a su vez abarca al transporte aéreo, el transporte aéreo espacial, el trabajo aéreo y toda la actividad aeronáutica civil y comercial en cualquiera de sus formas (artículo 77° de la Ley 27261, Ley de Aeronáutica Civil del Perú).

    Adicionalmente a ello, teniendo en cuenta que el Ministerio emplazado en su contestación de demanda sostiene que la disposición cuestionada se fundamenta en las normas dispuestas en el Anexo 17 del Convenio de Chicago y métodos recomendados por la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), corresponde precisar que el referido anexo regula el tema de la seguridad o protección de la aviación civil internacional contra los actos de interferencia ilícita, los cuales son definidos por el referido anexo en los siguientes términos:

    > ***Actos de interferencia ilícita***. Actos, o tentativas, destinados a comprometer la seguridad de la aviación civil y el transporte aéreo, es decir:
    >
    > - apoderamiento ilícito de aeronaves en vuelo,
    > - apoderamiento ilícito de aeronaves en tierra,
    > - toma de rehenes a bordo de aeronaves o en los aeródromos,
    > - intrusión por la fuerza a bordo de una aeronave, en un aeropuerto o en el recinto de una instalación aeronáutica,
    > - introducción a bordo de una aeronave o en un aeropuerto de armas o de artefactos (o sustancias) peligrosos con fines criminales,
    > - comunicación de información falsa que compromete la seguridad de una aeronave en vuelo, o en tierra, o la seguridad de los pasajeros, tripulación, personal de tierra y público en un aeropuerto o en el recinto de una instalación de aviación civil.

    Asimismo, el referido Convenio define a la Zona de Seguridad Restringida en los siguientes términos

    > ***Zona de seguridad restringida***. Aquellas zonas de la parte aeronáutica de un aeropuerto identificadas como zonas de riesgo prioritarias en las que, además de controlarse el acceso, se aplican otros controles de seguridad. Dichas zonas normalmente incluirán, entre otras cosas, todas las zonas de salida de pasajeros de la aviación comercial entre el punto de inspección y la aeronave; la plataforma; los locales de preparación de embarque de equipaje, incluidas las zonas en las que las aeronaves entran en servicio y están presentes el equipaje y la carga inspeccionados; los depósitos de carga, los centros de correo y los locales de la parte aeronáutica de servicios de provisión de alimentos y de limpieza de las aeronaves.

    En parecidos términos, la legislación nacional ha regulado a los actos de interferencia ilícita y la zona de seguridad restringida a través de las Regulaciones Aeronáuticas del Perú (RAP-107), en su anexo 17, sección 107.1, literal (c), numerales 1 y 59 de la Resolución Directoral N.° 021-2002-MTC-15.16, del 21 de febrero de 2002 y el literal b) del artículo 2° del Decreto Supremo N.° 007-2006-MTC.

21. Del marco constitucional y legal precisado en el fundamento anterior, no cabe duda de que la seguridad de la aviación civil viene a ser una finalidad de promoción y protección constitucionalmente relevante, en la medida que resulta importante para un Estado generar un sistema de seguridad que permita responder adecuadamente cualquier tipo de actuaciones ilícitas que puedan generar perjuicios materiales de un aeródromo y a las aeronaves que transitan por él, así como daños personales de los usuarios y trabajadores que diariamente circulan por sus instalaciones.

22. Procede asimismo analizar la idoneidad de la restricción de cara a la finalidad que ella

pretende promover, esto es, resguardar debidamente la seguridad de la aviación civil y la seguridad personal de los usuarios del servicio aeroportuario y trabajadores que transitan por las Zonas de Seguridad Restringida.

La disposición materia de análisis restringe únicamente la subcontratación de los Oficial de Seguridad Aeroportuaria, que cumplen la función de inspección de las instalaciones, pasajeros, equipaje de mano y otras que se establezcan en el Programa de Seguridad del Operador del Aeródromo dentro de la Zona de Seguridad Restringida del Aeródromo; sin embargo, la Seguridad Aeroportuaria se encuentra a cargo de 6 tipos específicos de personal que realizan labores al interior de un Aeródromo, tal conforme lo dispone el artículo 7° del Decreto Supremo N.° 007-2006-MTC (Inspector de Seguridad de la Aviación Civil de la Dirección General de Aeronáutica Civil, Jefe de Seguridad del Aeródromo, Jefe de Seguridad del Explotador Aéreo, Oficial de Seguridad Aeroportuaria, Oficial de Seguridad del Explotador Aéreo y el Personal de Vigilancia).

En tal sentido, no se llega a comprender razonablemente por qué prohibir la subcontratación de los Oficiales de Seguridad Aeroportuaria que realizan labores específicamente en las Zona de Seguridad Restringida, contribuirá a resguardar en mejor medida la seguridad de la aviación civil y la seguridad personal de los usuarios y trabajadores que utilizan diariamente los servicios aeroportuarios y se trasladan por la referida zona de seguridad, pues dicha restricción solo obliga al Operador Principal a mantener vínculo laboral inmediato y directo con un tipo de personal específico que desarrolla labores en dicha zona; sin embargo, no lo limita respecto de la subcontratación de, por ejemplo, su Personal de Vigilancia que se encuentra encargado de vigilar y controlar funciones específicas de seguridad, cuya labor incluso puede ser ejecutada en la Zona de Seguridad Restringida (literal f. del artículo 7.1 del Decreto Supremo 007-2006-MTC) y que forma parte importante del sistema de seguridad de un aeródromo, pero que, sin embargo, podría ser materia de subcontratación.

En el mismo sentido, podemos referir que la limitación estipulada únicamente para el Operador Principal no resulta idónea, pues el propio Decreto Supremo N.° 007-2006-MTC, otorga la capacidad de contratación a los Explotadores Aéreos –entendidos como la persona, organismo o empresa que se dedica a la explotación de aeronaves o propone dedicarse a ésta, conforme lo dispone el anexo 17, sección 107.1, literal c) numeral 30 del RAP 107– de sus propios Jefes y el Oficiales de Seguridad, personal que cumple funciones al interior de las instalaciones de los aeródromos que son consideradas como Zonas de Seguridad Restringida, pero que, sin embargo, podrían ser materia de subcontratación.

Finalmente, conviene subrayar que la restricción que establece la norma cuestionada no resulta idónea, pues la generación de una relación de subordinación directa entre los Oficiales de Seguridad Aeroportuarios y el Operador Principal –por cuenta del Concesionario–, a modo de empleador y trabajador –formulación de un contrato de trabajo–, no genera una relación de causalidad inmediata o directa para el cumplimiento del fin que pretende perseguir, en tanto que dicha medida no contribuye razonablemente a desincentivar la posible ejecución de los actos de interferencia ilícita, anteriormente definidos.

23. En conclusión, se advierte que la restricción adoptada por el artículo 7.2 del Decreto Supremo N.° 007-2006-MTC no resulta adecuada o idónea para cumplir la finalidad que intenta promover, razón por la cual, al no superar dicha norma el test de idoneidad, la medida adoptada resulta inconstitucional y, por lo tanto, corresponde estimar la demanda.

24. Sin perjuicio de lo expuesto, este Colegiado considera pertinente someter la referida medida al *juicio de necesidad*, a fin de evaluar si en un escenario hipotético de superación del test de idoneidad, la medida adoptada podría haber sido necesaria para el resguardo de la seguridad de la aviación civil y la seguridad personal de los usuarios del servicio aeroportuario y trabajadores de los aeródromos que transitan por las Zonas de Seguridad Restringida.

    El juicio de necesidad exige intentar encontrar la posible adopción de una medida menos gravosa frente a la adoptada para cumplir el fin legítimo que la disposición persigue alcanzar.

    En el supuesto hipotético que el vínculo laboral de los Oficiales de Seguridad Aeroportuarios con el Operador Principal garantizase la seguridad de la Aviación Civil y la seguridad personal de los usuarios del servicio aeroportuario y trabajadores de los aeródromos; ¿existiría una medida menos gravosa del derecho a la libertad de contratación para cumplir dicho fin?

    La respuesta a dicha interrogante resulta positiva, pues de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 11° de la Ley N.° 27261, Ley de Aeronáutica Civil del Perú, *"La Dirección*

*General de Aeronáutica Civil tiene amplias facultades para supervisar e inspeccionar todas las actividades aeronáuticas civiles, sean éstas realizadas por personas naturales o personas jurídicas, así como tomar todas las medidas adecuadas para garantizar la seguridad de las operaciones aéreas"*.

En dicho sentido, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 73° de la mencionada Ley, todo el personal que desarrolla funciones en los aeródromos requiere de las correspondientes licencias o certificaciones expedidas por la Dirección General de Aviación Civil, tal y conforme los artículos 7.4 y 7.5 del Decreto Supremo N.° 007-2006-MTC lo han reiterado; es decir, que toda persona que pretenda ingresar a laborar a un aeródromo, requiere previamente acceder a las licencias o permisos de la citada Dirección, lo cual implica un proceso de supervisión y control en la selección de la contratación del personal que postula a cargos en los aeródromos a nivel nacional, que en la actualidad se encuentra implementado.

Por otro lado, la referida Dirección cuenta con personal especializado, destinado a cumplir con la labor de supervisión de las medidas de seguridad que los Concesionarios, Operadores Aeroportuarios Principales o Secundarios, hayan adoptado en el cumplimiento del Programa Nacional de Seguridad de la Aviación Civil, es decir, que en la actualidad existe implementado y a cargo de una entidad del Estado, un sistema de supervisión de la seguridad aeroportuaria que permite corregir aquellas deficiencias que pueden presentarse en los diversos aeropuertos en el desarrollo de dichas funciones, situación que coadyuva con el mejoramiento de dichos sistemas.

25. En tal sentido, se advierte que la existencia de un organismo estatal encargado de supervisar tanto el ingreso de personal idóneo para prestar servicios en los aeródromos, como el cumplimiento de las normas de seguridad aeroportuaria de acuerdo con los parámetros que el Programa Nacional de Seguridad de la Aviación Civil exige, contribuye de manera eficaz a generar un mejor y adecuado servicio de seguridad aeroportuario en todos sus niveles, inclusive en las mencionadas Zonas de Seguridad Restringida, razón por la cual se evidencia que la medida adoptada no resultaba necesaria, pues la referida Dirección, en la actualidad, también supervisa la subcontratación de Oficiales Aeroportuarios.

26. Determinada entonces la inconstitucionalidad de la restricción dispuesta por el artículo 7.2 del Decreto Supremo N.° 007-2006-MTC, corresponde precisar que en la medida de que dicha regulación viene a ser la concretización del artículo 5.3 de la Ley N.° 28404 y que su propio contenido expresa una limitación para la ejecución del contrato de concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, dado que se ha verificado la carencia de justificación razonable en su imposición, la referida inconstitucionalidad también recae sobre la norma de origen.

27. Por todas las razones antes expuestas, se concluye que la restricción contenida en el artículo 7.2 del Decreto Supremo N.° 007-2006-MTC y en el artículo 5.3 de la Ley N.° 28404, resultan inconstitucionales y, por lo tanto, lesivas del derecho a la libertad contractual de la Sociedad demandante, por lo que corresponde que, en ejercicio de la atribución contenida en el artículo 138° de la Constitución Política, se declare inaplicables las referidas disposiciones a favor de la Sociedad demandante, correspondiendo, en consecuencia, condenar al Ministerio emplazado al pago de las costos que se hayan generado en el presente proceso, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 56° del Código Procesal Constitucional, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la afectación del derecho a la libertad contractual de Lima Airport Partners S.R.L.

2. En aplicación del control difuso de la constitucional de las leyes, declara inaplicable para Lima Airport Partners S.R.L. el artículo 7.2 del Decreto Supremo N.° 007-2006-MTC y el artículo 5.3 de la Ley 28404.

3. Condenar al Ministerio de Transportes y Comunicaciones al pago de los costos.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**URVIOLA HANI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**BEAUMONT CALLIRGOS**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

***Sentencia 02092-2012-HC/TC*** *Proceso de hábeas corpus interpuesto por Antauro Igor Humala Tasso. El Tribunal desestimó la demanda sobre derecho al juez natural y la debida motivación de las resoluciones judiciales.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 2 de julio del 2013

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda interpuesta por el recurrente en lo referente a la afectación del derecho al juez natural y a la debida motivación de las resoluciones judiciales,

Por otro lado, el Tribunal declaró improcedente la demanda respecto a la solicitud de determinar si los hechos del caso constituyen o no delito de rebelión, pues se trata de un aspecto propio de la jurisdicción ordinaria que no compete revisar a la justicia constitucional, y la responsabilidad penal, así como la valoración de las pruebas penales y de su suficiencia, no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal.

**Temas Claves:** Juez natural — debida motivación de las resoluciones.

EXP. N.° 02092-2012-HC/TC
LIMA
ISABEL PAIVA ZÁRATE A FAVOR DE ANTAURO IGOR HUMALA TASSO

**RAZÓN DE RELATORÍA**

En la presente causa, la sentencia es suscrita por los señores magistrados Urviola Hani, Mesía Ramírez y Álvarez Miranda, con el voto singular en el que convergen los señores magistrados Vergara Gotelli., Calle Hayen y Eto Cruz; pero no por el señor magistrado Beaumont Callirgos debido a que, aun cuando estuvo presente en la vista de la causa, no llegó a votar y mediante Resolución Administrativa N° 66-2013-P/TC de fecha 3 de maya de 2013, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 6 de mayo de 2013, se ha declarado la vacancia de dicho magistrado por la causal establecida en el artículo 16°. inciso 4, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Asimismo, vistos los seis votos emitidos, se aprecia que existe discrepancia entre ellas en la relativo al derecho a la igualdad, pues tres magistrados (Vergara Gotelli, Calle Hayen y Eto Cruz) estiman que éste ha sido afectado, por lo que declaran fundada la demanda respecto de este derecho. Sin embargo, los otros tres magistrados (Urviola Hani, Mesía Ramírez y Álvarez Miranda) no comparten este criterio, razón por la cual no lo han declarada así.

Habiéndose producido entonces un empate en este punto, se ha resuelto de acuerdo con la Resolución Administrativa N° 028-2011-P/TC, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 22 de marzo de 2011, que incorpora el artículo 10-A al Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, conforme al cual el Presidente del Tribunal Constitucional cuenta con e/ voto decisorio en los casos en que se produzca empate en la votación de causas vistas por el Pleno del Tribunal Constitucional.

En consecuencia, ya que la posición que decide declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en un extremo e **INFUNDADA** en el otro cuenta con el voto del Presidente del Tribunal Constitucional (además de los votos de los magistrados Mesía Ramírez y Álvarez Miranda), es ésta la que se constituye en sentencia en razón del referido voto decisorio y contar con los votos suficientes conforme al artículo 5° (primer párrafo) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y al artículo 48° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional

Lima, 2 de julio de 2013

EXP. N.° 02092-2012-HC/TC
LIMA
ISABEL PAIVA ZÁRATE A FAVOR DE ANTAURO IGOR HUMALA TASSO

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 25 días del mes de junio de 2013, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado

por los magistrados Urviola Hani Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular en el que convergen los magistrados Vergara Gotelli, Calle Hayen y Eto Cruz, que se agrega, y el voto decisorio del Presidente magistrado Urviola Hani.

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Isabel Paiva Zárate contra la resolución expedida por la Sala Penal de Vacaciones para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 1025 (Tomo I), su fecha 17 de febrero del 2012, que declaró infundada la demanda de autos.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 17 de octubre del 2011, doña Isabel Paiva Zárate, interpone demanda de hábeas corpus a favor de don Antauro Igor Humala Tasso y la dirige contra los magistrados integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, señores Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores y Calderón Castillo y contra el vocal dirimente Santa María Morillo. Alega la vulneración del derecho al debido proceso, a la tutela jurisdiccional efectiva, al juez natural, a la debida motivación de las resoluciones judiciales y libertad individual.

La recurrente señala que por sentencia de fecha 23 de junio del 2011 expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, con el voto dirimente de fecha 6 de setiembre del 2011 y la resolución de fecha 6 de setiembre del 2011 que señala que existen cuatro votos conformes, se condenó al favorecido por el delito contra los Poderes del Estado y Orden Constitucional, en la modalidad de rebelión; por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de homicidio simple, por el delito de sustracción o arrebato de arma de fuego, por el delito de secuestro y por el delito de daños agravados (R.N. N.° 890-2010). La recurrente refiere que los hechos que dieron origen a dicha condena se dieron los días 1 al 4 de enero del 2005, en el que se realizó un alzamiento armado dirigido por el favorecido y acompañado por doscientos miembros del "Movimiento Etnocacerista", en el que se exigía la renuncia del entonces Presidente de la República, don Alejandro Toledo Manrique. En esta acción se tomó el local central de la policía en Andahuaylas por lo que, desde el 1 de enero del 2005, el gobierno de ese entonces decretó el estado de emergencia en el departamento de Apurímac. Añade la recurrente que los móviles de dicho alzamiento fueron puramente políticos, por lo que debió aplicarse el artículo 45° de la Constitución Política del Perú en cuanto 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.*
>
> *Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición".*

La recurrente refiere que el alzamiento por parte del favorecido contra el gobierno de Alejandro Toledo constituyó un delito político (rebelión o sedición) el cual es autónomo por lo que no correspondía que se establezca concurso ideal, ni concurso real con delitos comunes y por lo mismo le correspondía el procedimiento sumario y no ser procesado en un procedimiento ordinario. Asimismo refiere la recurrente que la sentencia cuestionada no se encuentra motivada pues en ella no se hace un análisis del artículo 45° de la Constitución Política del Perú, ni se analizó los fundamentos de la tesis de defensa del favorecido. Esto conllevó a que también se vulnerara el derecho a no ser desviado del procedimiento pre-establecido por ley pues al haberse configurado sólo el delito de rebelión correspondía que el proceso sea de carácter sumario y no ordinario. De otro lado la accionante considera que también se ha vulnerado el derecho al juez natural pues si los hechos sucedieron en Andahuaylas, correspondía que el favorecido sea procesado por un juez de dicha zona y no por un juez de Lima.

A fojas 213 (Tomo I) obra la declaración del favorecido en la que señala que el juez natural en su caso era el de Andahuaylas y que ha sido juzgado en función de delitos comunes (secuestro, homicidio, daño agravado y otros) y no por delitos políticos (rebelión o sedición) que subsumen los delitos comunes y que a los delitos políticos le corresponde el trámite sumario por lo que no debió ser juzgado en un proceso ordinario. El favorecido también refiere que su "Manifiesto de Andahuaylas" se ampara en el artículo 307° de la Constitución Política del Perú de 1979 que establece la figura de la insurgencia. Por ello solicita que se anule el juicio seguido en su contra y sea nuevamente juzgado conforme a la Constitución y la ley.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, al contestar la demanda, señala que los hechos ocurridos en Andahuaylas pudieron configurar un delito político puro pero que al existir hechos conexos y complejos, como son el homicidio, secuestro y arrebato de armas de fuego, le dan una valoración distinta, tratándose de un delito pluriofensivo, donde son varios los bienes jurídicos lesionados. Asimismo se señala que si bien se alega la vulneración del derecho al juez natural no se señala que el órgano jurisdiccional que lo juzgó carezca de facultad

jurisdiccional o que su competencia haya sido conferida con fecha posterior al inicio del proceso, siendo además que la competencia del juzgado de Lima fue determinada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República por resolución de fecha 4 de noviembre del 2005, expediente N.° 28-2005-APURIMAC, por la que se declaró fundada la solicitud de transferencia de competencia. Añade que el proceso contra el favorecido se realizó conforme a las normas del proceso penal ordinario pues no sólo fue condenado por el delito de rebelión sino también por el delito de secuestro, el cual es de tramitación ordinaria. Respecto a la motivación señala que la sentencia cuestionada se encuentra debidamente motivada y una motivación suficiente no se identifica con una motivación exhaustiva que dé respuestas a todas las argumentaciones esgrimidas por la parte, así sean impertinentes o irrelevantes.

A fojas 245, 247, 248, 249, 253 y 908 (Tomo I) obran las declaraciones de los magistrados emplazados en las que señalan que la sentencia cuestionada ha sido dictada respetando las normas constitucionales, normas de derecho penal sustantivo y procesal y respetando el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, previa evaluación de los medios probatorios acopiados a lo largo del proceso penal.

El Trigésimo Cuarto Juzgado Penal de Lima, con fecha 30 de noviembre del 2011 declaró infundada la demanda por considerar que las resoluciones judiciales cuestionadas han explicado por qué el hecho imputado al favorecido encuadra en el tipo penal de rebelión y no configuran el derecho de insurgencia y por qué los delitos de secuestro, homicidio, daños, sustracción de armas los tratan en forma independiente al delito de rebelión.

La Sala Penal de Vacaciones para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la apelada al considerar que el favorecido fue juzgado por un concurso real de delitos, por lo que correspondía que se siga el proceso ordinario, la competencia del juzgado fue determinada por la Corte Suprema y los magistrados que intervinieron lo hicieron conforme a ley.

La recurrente en el recurso de agravio constitucional reiteró los fundamentos de su demanda y señaló que la sentencia de la Sala superior en el proceso de hábeas corpus no se pronunció respecto a la vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales y no analiza idoneamente las afectaciones al derecho al debido proceso.

**FUNDAMENTOS**

**1) Delimitación del petitorio**

La recurrente solicita que se declare nula la sentencia de fecha 23 de junio del 2011 expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, con el voto dirimente de fecha 6 de setiembre del 2011 (R.N. N.° 890-2010) y la resolución de fecha 6 de setiembre del 2011 que señala que existen cuatro votos conformes respecto a la condena de don Antauro Igor Humala Tasso por el delito contra los Poderes del Estado y Orden Constitucional, en la modalidad de rebelión; por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de homicidio simple, por el delito de sustracción o arrebato de arma de fuego, por el delito de secuestro y por el delito de daños agravados; y, que se declare la nulidad de todo el proceso penal seguido contra don Antauro Igor Humala Tasso, disponiendo su inmediata libertad.

La recurrente alega la vulneración del derecho al debido proceso, a la tutela jurisdiccional efectiva, al juez natural, a la debida motivación de las resoluciones judiciales y libertad individual.

**2) Consideraciones previas**

La Constitución Política del Perú establece en el artículo 200°, inciso 1, que a través del hábeas corpus se protege tanto la libertad individual como los derechos conexos a ella. No obstante, no cualquier reclamo que alegue afectación del derecho a la libertad individual o derechos conexos, puede dar lugar a la interposición de una demanda de hábeas corpus, pues para ello debe analizarse previamente si los actos reclamados afectan el contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados. Asimismo, el artículo 25° del Código Procesal Constitucional establece que también procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos a la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad del domicilio, cuya vulneración repercuta sobre la referida libertad.

El Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha establecido que no es función del juez constitucional la calificación jurídica de los hechos imputados, ni la subsunción de la conducta en un determinado tipo penal, pues ello excede el objeto de los procesos constitucionales de la libertad y en estricto el contenido de los derechos protegidos por el hábeas corpus, pues, aquello es tarea exclusiva del juez ordinario.

En ese sentido no corresponde a este Colegiado determinar si los hechos ocurridos del 1 al 4 de enero del 2005, imputados al favorecido, constituyen delito de rebelión por el que ha sido juzgado. Asimismo, no corresponde a este Colegiado determinar -como alega la recurrente-, si los delitos de secuestro, de homicidio simple, de daños y de sustracción o arrebato de arma de fuego debieron ser subsumidos en el delito de rebelión y no ser considerados como delitos independientes

pues esta tarea escapa a las competencias del juez constitucional.

Respecto a la alegada afectación del debido proceso, porque los delitos de rebelión y sedición están sujetos al procedimiento sumario conforme al Decreto Legislativo N.° 124, por lo que correspondía que el proceso penal seguido en contra del favorecido lo sea conforme a las normas del proceso sumario y no a las del proceso ordinario; este Colegiado considera que la determinación del tipo de proceso a seguir (sumario u ordinario) es un aspecto propio de la jurisdicción ordinaria que no compete revisar a la justicia constitucional.

En consecuencia respecto a estos extremos de la demanda es de aplicación el artículo 5°, inciso 1, del Código Procesal Constitucional, por cuanto no están referidos al contenido constitucionalmente protegido de los derechos tutelados por el hábeas corpus.

Debe tenerse presente que el Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha señalado que los juicios acerca de la responsabilidad penal, así como la valoración de las pruebas penales y de su suficiencia, no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal.

**3) Sobre la afectación del derecho al juez predeterminado por ley o juez natural (artículo 139º, inciso 3 de la Constitución Política del Perú)**

**3.1 Argumentos de la demandante**

La demandante señala que se ha contravenido el artículo 139° inciso 3 de la Constitución Política del Perú porque mediante resolución de fecha 4 de noviembre del 2005, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República Tranferencia N.° 28-2005-APURÍMAC, declaró fundada la solicitud de transferencia de competencia incoada por el Procurador Público encargado de los Asuntos Judiciales del Ministerio del Interior y dispusieron que el proceso penal contra el favorecido sea transferido al juez de Lima, quien inicialmente conoció del proceso, aplicando retroactivamente la Ley N.° 28482 de fecha 3 de abril del 2005, que puso en vigencia los artículos 39°, 40° y 44° del Código Procesal Penal.

**3.2 Argumentos de los demandados**

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial respecto a este tema señaló que la transferencia de competencia se realizó porque de acuerdo a los informes de la policía, del INPE y del Ministerio Público, en Andahuyalas no era posible conducir un proceso con objetividad, seguridad, garantía y eficacia. Asimismo refiere que el juzgamiento realizado por los jueces de Lima, no se sustenta en el criterio de la persona a quien se juzgó, sino por la complejidad del proceso y la repercusión nacional.

**3.3 Consideraciones del Tribunal Constitucional**

La Constitución Política del Perú en el artículo 139° establece los principios y derechos de la función jurisdiccional, estableciendo en el inciso 3) *"La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. "Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación".* Es decir, garantiza al justiciable, ante su pedido de tutela, el deber del órgano jurisdiccional de observar el debido proceso y de impartir justicia dentro de los estándares mínimos establecidos por los instrumentos internacionales y el derecho al juez natural o juez predeterminado por ley.

Al respecto, este Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia que el contenido del derecho al juez natural o juez predeterminado por ley presenta dos exigencias; en primer lugar, que quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional, garantizándose, así, la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional, o por una comisión especial creada ex profeso para desarrollar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación, o que cualquiera de los poderes públicos pueda avocarse al conocimiento de un asunto que debe ser ventilado ante órgano jurisdiccional. En segundo lugar que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminadas por la ley, por lo que la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez *ex post facto* o por un juez *ad hoc.* (Cfr. 00290-2002-PHC/TC, Eduardo Calmell del Solar).

En la sentencia recaída en el expediente N.° 0290-2002-PHC/TC, en la que se cuestionaba la legitimidad de las salas y juzgados penales especiales (anticorrupción) de la Corte Superior de Justicia de Lima, por haber adquirido competencia en fecha posterior al proceso penal que se seguía contra el recurrente, este Tribunal señaló que la predeterminación de la competencia que exige el derecho al juez natural no impide la entrada en vigencia de normas que modifiquen la competencia del órgano jurisdiccional con posterioridad al inicio del proceso, siempre que se trate de órganos investidos de jurisdicción antes del inicio del proceso y que la norma en cuestión revista criterios objetivos y generales, de modo tal que no se busque atentar contra la imparcialidad del órgano jurisdiccional.

Asimismo, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N.° 01377-2007-PHC/TC, también se pronunció respecto a la resolución de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República N.° 28-2005-APURÍMAC, de fecha 4 de noviembre del 2005 (fojas 35, Tomo I) y la alegada afectación al derecho al juez natural declarando infundada la demanda al considerar respecto de la Ley N.° 28482 que "Se advierte que la citada norma establece la posibilidad de modificar la competencia sobre la base de criterios objetivos, habilitando la transferencia de manera excepcional, con el único fin de salvaguardar el éxito del proceso". "Asimismo, se aprecia de la copia de la resolución cuestionada (…) que la trasferencia de competencia se basó en razones objetivas, dado que se sustenta en la posible perturbación del normal desarrollo del proceso". "En este sentido, si bien la norma que permite la trasferencia de competencia entró en vigencia con posterioridad al inicio del proceso, ello no resulta vulneratorio del derecho al juez natural en tanto la cuestionada transferencia se llevó a cabo sobre la base de criterios objetivos, tendentes a garantizar el desarrollo del proceso. Asimismo, el órgano jurisdiccional al que se le transfirió competencia, esto es, el 38° Juzgado Penal de Lima ya estaba investido de competencia para asuntos en materia penal mucho antes del inicio del proceso".

Por lo expuesto, este Tribunal declara que en el presente caso no se ha acreditado la afectación del derecho al juez natural, reconocido en el artículo 139°, inciso 3, de la Constitución.

**4) Sobre la afectación del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales (artículo 139º, inciso 5 de la Constitución Política del Perú)**

**4.1 Argumentos de la demandante**

Se señala que la sentencia cuestionada no se encuentra motivada porque se ha omitido toda referencia al artículo 45° de la Constitución Política del Perú. Añade que la sentencia condenatoria debió establecer los criterios por los cuales la tesis de la defensa es errada o equivocada.

**4.2 Argumentos de los demandados**

Los magistrados emplazados señalan que la sentencia que expidieron se encuentra debidamente motivada puesto que se ha explicado razonablemente porque se ha determinado la responsabilidad de los procesados y la pena impuesta.

**4.3 Consideraciones del Tribunal Constitucional**

Uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos.

La necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional, y al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículos 45° y 138° de la Constitución Política del Perú) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa. Justamente, con relación al derecho a la debida motivación de las resoluciones, este Tribunal ha precisado que "la Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica congruente entre lo pedido y lo resuelto, y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa […]" (STC N° 1291-2000-AA/TC. FJ 2).

En el caso de autos, de fojas 77 a la 130 vuelta Tomo I, obra la sentencia de fecha 23 de junio del 2011, en la que los magistrados emplazados, señores Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores y Calderón Castillo, declaran por unanimidad:

a) No Haber Nulidad en la sentencia de la Sala superior de fecha 16 de setiembre del 2009, en el extremo que condenó a don Antauro Humala Tasso como coautor del delito contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional, rebelión;

b) No Haber Nulidad en la sentencia de la Sala superior de fecha 16 de setiembre del 2009, en el extremo que absolvió a don Antauro Humala Tasso de la acusación fiscal por el delito contra la tranquilidad pública, asociación ilícita para delinquir;

c) Haber Nulidad en la sentencia de la Sala superior de fecha 16 de setiembre del 2009, en el extremo que condenó a don Antauro Humala Tasso como co autor por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud, homicidio calificado y reformándola lo condenaron por el delito de homicidio simple.

De fojas 131 a 134 del Tomo I obran los votos singulares de los magistrados Villa Stein y Pariona Pastrana respecto al delito de rebelión y del homicidio simple. De fojas 134 vuelta a la 155 del Tomo I obran los votos discordantes de los magistrados Rodríguez Tineo, Neyra Flores y Calderón Castillo respecto a los delitos de secuestro, sustracción o arrebato de armas de fuego, daños agravados; y la subsunción del delito de tenencia ilegal de armas en el delito de rebelión. De fojas 155 vuelta a la 163 del Tomo I

obran los votos discordantes de los magistrados Villa Stein y Pariona Pastrana respecto a la naturaleza concursal de los delitos de secuestro, daños agravados, sustracción o arrebato de armas de fuego y tenencia ilegal de armas, en relación al delito de rebelión.

Mediante Resolución de fecha 19 de julio del 2011 (fojas 164, Tomo I) declara que se ha producido discordia y se llama al magistrado Santa María Morillo, quien emite su voto dirimente con fecha 6 de setiembre del 2011 (fojas 167 a la 189, Tomo I) pronunciándose respecto de los extremos materia de discordia; es decir, la naturaleza concursal del delito de rebelión en relación a los delitos de secuestro, sustracción o arrebato de arma de fuego y daños agravados y el quantum de la pena. Respecto a dichos puntos el magistrado dirimente consideró que los delitos de secuestro y sustracción de arma de fuego son independientes al delito de rebelión y la responsabilidad del favorecido en dichos delitos se encuentra acreditada, al igual que la responsabilidad penal en el delito de daños agravados.

Por Resolución de fecha 6 de setiembre del 2011 (fojas 190 a la 192, Tomo I) se declaró que se ha formado resolución con los votos de los magistrados Rodríguez Tineo, Flores Neyra, Calderón Castillo y el voto dirimente de Santa María Morillo, al existir coincidencia respecto a los siguientes extremos (materia de la discordia):

a) No Haber Nulidad en la sentencia de la Sala superior de fecha 16 de setiembre del 2009, en el extremo que condenó a don Antauro Humala Tasso:

   a.1 como autor de los delitos de sustracción o arrebato de arma de fuego;

   a.2 como autor del delito de daños agravados;

b) Haber Nulidad en la sentencia de la Sala superior de fecha 16 de setiembre del 2009, en el extremo que condenó a don Antauro Humala Tasso como autor del delito de tenencia ilegal de armas de fuego y reformándola lo absolvieron de la acusación fiscal en dicho extremo;

c) Impusieron a don Antauro Humala Tasso diecinueve años de pena privativa de la libertad.

Este Colegiado considera que la sentencia cuestionada sí se encuentra debidamente motivada respecto al delito de rebelión conforme se aprecia del análisis realizado por los magistrados supremos en los considerandos décimo quinto al décimo octavo de la resolución de fecha 23 de junio del 2011 (fojas 97 vuelta a la 118, Tomo I) y en los votos singulares de los magistrados Villa Stein y Pariona Pastrana, considerandos quinto y sexto de fojas 132 a la 132 vuelta, Tomo I. En efecto, en los referidos considerandos se establece la conducta imputada al favorecido, las diferentes teorías que existen para que se configure el delito político, los elementos del delito de rebelión y su diferencia del delito de sedición, y el que a diferencia de estos delitos la insurgencia es un derecho ciudadano frente a un gobierno usurpador o que haya asumido funciones públicas en violación de la Constitución y las leyes, así como el porqué la conducta del favorecido sí se subsume en dicho delito al señalar que el accionar del favorecido y otros se encontraba dirigido a desconocer y solicitar la renuncia del entonces Presidente de la República, a través del alzamiento de armas, lo que representa una afectación al gobierno central de turno, buscando deponer al gobernante elegido democráticamente por el pueblo (fojas 112, Tomo I) y la vigencia del Estado de Derecho suprime las causas de la rebelión (fojas 132 vuelta, Tomo I).

Respecto al delito contra la vida, el cuerpo y la salud, homicidio imputado a don Antauro Humala Tasso, este Tribunal también considera que la sentencia cuestionada se encuentra debidamente motivada pues se aprecia en el considerando vigésimo las consideraciones y análisis de las pruebas por la que el favorecido es considerando responsable de dicho delito en calidad de coautor y que no le alcanza la configuración de homicidio calificado sino la de homicidio simple con dolo eventual, desvinculándose de la acusación fiscal (fojas 119 a la 123 vuelta, Tomo I); y, en el considerando sétimo de los votos singulares de los magistrados Villa Stein y Pariona Pastrana (fojas 133, Tomo I).

En cuanto a la debida motivación de la sentencia cuestionada respecto al delito de secuestro se aprecia que a fojas 135 vuelta, Tomo I en los votos discordantes de los magistrados Rodríguez Tineo, Neyra Flores y Calderón Castillo que dicho delito es considerado independiente al delito de rebelión (concurso real de delitos), señalándose en el segundo considerando los medios probatorios que acreditan la responsabilidad penal del favorecido respecto de dicho delito. Asimismo, a fojas 141 vuelta, Tomo I se aprecia el considerando quinto en el que se señala que el delito de sustracción o arrebato de armas debe ser considerado como un delito independiente al delito de rebelión, pues en este caso se sanciona la sustracción de las armas, delito que sucedió con posterioridad a la consumación del delito de rebelión y las pruebas que sustentan dicha responsabilidad. A fojas 143 vuelta, Tomo I obra el considerando sétimo en el que se analiza la responsabilidad penal del favorecido respecto del delito de daños agravados y las pruebas que sustentan dicha responsabilidad. En el considerando noveno se señala que el delito de tenencia ilegal de armas se subsume en el delito de rebelión. En el considerando décimo del voto

dirimente del magistrado Santa María Morillo (fojas 167 a la 189, Tomo I) al igual que en el voto de los magistrados Rodríguez Tineo, Neyra Flores y Calderón Castillo considera que los delitos de secuestro, sustracción o arrebato de arma de fuego y daños agravados deben ser considerados como delitos independientes al delito de rebelión pues éstos no son concomitantes a dicho delito por lo que se trata de un concurso real de delitos; es así que en los considerandos décimo primero y décimo segundo se analiza la responsabilidad penal del favorecido respecto del delito de secuestro; en los considerandos décimo tercero y décimo cuarto la responsabilidad penal del favorecido en el delito de sustracción o arrebato de arma de fuego; y, en los considerandos décimo quinto al décimo sétimo la responsabilidad penal respecto al delito de daños agravados.

Cabe señalar, además, que no corresponde a este Colegiado cuestionar el criterio jurisdiccional de los magistrados respecto a la valoración realizada de las pruebas con las que se sustentó la responsabilidad penal del favorecido.

Por lo expuesto, este Tribunal declara que en el presente caso no se ha acreditado la afectación del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, reconocido en el artículo 139°, inciso 5, de la Constitución.

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda respecto de lo señalado en el fundamento 2); y,
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo que se refiere a la afectación de los derechos al juez natural y a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**URVIOLA HANI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.° 02092-2012-HC/TC
LIMA
ISABEL PAIVA ZÁRATE A FAVOR DE ANTAURO IGOR HUMALA TASSO

**VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS VERGARA GOTELLI, CALLE HAYEN Y ETO CRUZ**

Sustentamos el presente voto singular en las consideraciones siguientes:

**ANTECEDENTES**

Con fecha 17 de octubre del 2011, doña Isabel Paiva Zárate interpone demanda de hábeas corpus a favor de Antauro Igor Humala Tasso contra los magistrados integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, señores Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores y Calderón Castillo, y contra el vocal dirimente Santa María Morillo. Alega la vulneración al debido proceso, a la tutela jurisdiccional efectiva, debida motivación de las resoluciones judiciales al juez natural y a no ser sometido a procedimiento distinto.

Sostiene que se ha vulnerado el derecho fundamental a la obtención de una resolución fundada en derecho, pues con el objeto de llegar a una sentencia condenatoria se ha omitido toda referencia al artículo 45° de la Constitución, desde el auto admisorio hasta la sentencia suprema, vulnerándose el principio elemental de la primacía de la Constitución, pues se ha tomado el alzamiento en armas como un "delito común", mezclando la rebelión con seis delitos comunes, motivando que el juzgamiento se haya desarrollado con un procedimiento ajeno y distinto al que realmente le correspondía, pues refiere que en el caso de los delitos políticos, el alzamiento en armas, sea rebelión o sedición es materia de juicio sumario y no el juicio ordinario el que considera ilegal e inconstitucional. Respecto al juez natural, manifiesta que en su caso era el de Andahuaylas y que ha sido juzgado por delitos comunes (secuestro, homicidio, daño agravado y otros) y no por delitos políticos (rebelión o sedición) que subsumen los delitos comunes.

Por otro lado, refiere que el manifiesto de Andahuaylas se ampara en el artículo 307° de la Constitución de 1979, que reconoce la figura de la insurgencia. Por ello solicita que se anule el juicio seguido en su contra y se lo juzgue nuevamente conforme a la Constitución y la ley.

Respecto a los hechos, precisa que los días del 01 al 04 de enero de 2005 acaeció el alzamiento armado de aproximadamente doscientos miembros del "movimiento etnocacerista" dirigido por el beneficiario, exigiendo la renuncia del Presidente de entonces Dr. Alejandro Toledo y sea reemplazado por su Vice Presidente Señor David Waisman, por lo que tomaron el local central policial de Andahuaylas y las armas de su arsenal y allí establecieron su cuartel general. Ese mismo día 1 de enero, el Gobierno, declaró el Estado de Emergencia al Departamento de Apurímac, concentrando a dos mil efectivos entre policías y militares al comando del General Féliz Murazzo, fijado el teatro de operaciones y el estado de guerra interna, frente a frente las fuerzas armadas sediciosas y gubernamentales, produciéndose

escaramuzas y encuentros armados en regla con resultado de muertos, heridos y prisioneros de ambos contendientes. Este cúmulo de hechos es el llamado Andahuaylazo, una guerra interna que duró 4 días y conmocionó al país.

El procurador público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial al contestar la demanda señala que los hechos ocurridos en Andahuaylas pudieron configurar un delito político puro, pero que al existir hechos conexos y complejos, como son el homicidio, el secuestro y el arrebato de armas de fuego, la valoración es distinta, por cuanto se habría configurado en un delito pluriofensivo, en el que son varios los bienes jurídicos lesionados. Asimismo sostiene que si bien se invoca en la demanda el derecho al juez natural no se menciona que el órgano jurisdiccional que lo juzgó carezca de facultad jurisdiccional o que su competencia haya sido conferida con fecha posterior al inicio del proceso, siendo además que la competencia del juzgado de Lima fue determinada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República por resolución de fecha 4 de noviembre del 2005, expediente N.° 28-2005-APURIMAC, por la que se declaró fundada la solicitud de transferencia de competencia. Además, precisa que la sentencia emitida por la Sala Penal Permanente ha motivado objetivamente la sentencia materia de cuestionamiento al establecer que en nuestra legislación el delito de rebelión se encuentra tipificado en el artículo 346 del Código Penal y el bien jurídico que se pretende proteger es el orden constitucional y de los poderes del Estado, reflejada en la Constitución Política vigente, por ende la conducta penal atribuida al favorecido se encuentra tipificada y subsumida dentro de dicha figura delictiva. Señala además que la conducta atribuida al favorecido, referido al delito de rebelión y/o sedición es un delito común y no de carácter político; los Magistrados demandados han efectuado un debido análisis de cada una de las teorías referidas al delito político cuyo concepto es univoco, es decir no es único.

A fojas 245, 247, 248, 249, 253 y 908 (Tomo I) obran las declaraciones de los magistrados emplazados, en las que señalan que la sentencia cuestionada ha sido dictada respetando las normas constitucionales, y las normas de derecho penal sustantivo y procesal, y respetando el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, previa evaluación de los medios probatorios acopiados a largo del proceso penal.

El Trigésimo Cuarto Juzgado Penal de Lima, con fecha 30 de noviembre del 2011 declaró infundada la demanda pues considera que los Magistrados demandados adhiriéndose a la teoría mixta restrictiva concluyen que únicamente formarán parte del delito de rebelión aquellos que son concomitantes a dicho delito (coacción, tenencia ilegal de armas de fuego, etc), en tanto que los demás deberán ser tratados en concurso real; pues consideran que los delitos particulares son los que no forman parte de la rebelión, por lo que los delitos de secuestro, daños y sustracción de armas de fuego serán consideradas de manera independiente del delito político de rebelión.

La Sala Penal de Vacaciones para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la apelada tras considerar que el favorecido fue juzgado por un concurso real de delitos, por lo que correspondía que se siga el proceso ordinario; agregando que la competencia del juzgado fue determinada por la Corte Suprema y que los magistrados que intervinieron obraron conforme a ley.

La recurrente, en el recurso de agravio constitucional, reiteró los fundamentos de su demanda y señaló que la sentencia de la Sala superior en el proceso de hábeas corpus no se pronunció respecto de la vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales y no analizó idóneamente las afectaciones del derecho al debido proceso.

**FUNDAMENTOS**

**Delimitación del petitorio**

1. La recurrente solicita que se declare nulo todo el proceso judicial y otorgue libertad inmediata al beneficiario, pues considera que se ha emitido una resolución con clara vulneración a la obtención a una resolución fundada en derecho, pues considera encontrarse ante una motivación aparente de la sentencia, al haber ignorado, ni siquiera mencionado ni una sola vez el artículo 45° de la Constitución, que tipifica el alzamiento en armas contra el Gobierno legal como delitos políticos de Rebelión y Sedición y por el contrario considera a estos delitos políticos como dos delitos comunes, vulnerándose el principio de la primacía de la norma constitucional, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por ley, llamado principio del juez natural; y a no ser sometido a procedimiento distinto de los previamente establecidos
2. Por otro lado, también corresponde pronunciarse respecto a la posible vulneración al derecho de igualdad en la que hubiera incurrido la Corte Suprema de Justicia de la República al emitir pronunciamiento distinto en casos similares, máxime cuando se trata del mismo delito a que la corte misma ha calificado como delito político; así tenemos que en el cuaderno de este Tribunal mediante escrito de fecha 13 de setiembre de 2012, se acompaña la ejecutoria suprema recaída en

el Expediente N° 3367-2010 que resuelve el recurso de nulidad N° 1478-2010, de donde se puede advertir que la Corte Suprema de Justicia de la República en un caso similar cuyos procesados fueron parte del denominado "andahuaylazo", asume un criterio distinto respecto a la relación entre el delito de rebelión y los delitos comunes que se cometen durante el desarrollo de ésta, pues en esta última ejecutoria, se absorbe dentro del delito de rebelión a los demás delitos. Ello, a criterio de este Colegiado podría resultar violatorio del derecho a la igualdad ante la ley, por lo que aunque este argumento jurídico no haya sido invocado por las partes, conforme al principio *iura novit curia* reconocido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, y además porque este caso en concreto reviste una especial singularidad al estar inmerso un tipo penal sui generis como es el "delito político"; analizaremos el caso también sobre la base del principio de igualdad en la aplicación de la ley.

**Consideraciones previas**

3. La Constitución Política del Perú establece en el artículo 200°, inciso 1, que a través del hábeas corpus se protege tanto la libertad individual como los derechos conexos a ella. No obstante, no cualquier reclamo que alegue afectación del derecho a la libertad individual o derechos conexos puede dar lugar a la interposición de una demanda de hábeas corpus, pues para ello debe analizarse previamente si los actos reclamados afectan el contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados. Asimismo, el artículo 25° del Código Procesal Constitucional establece que también procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos a la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad del domicilio, cuya vulneración repercuta sobre la referida libertad.

4. El Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha establecido que no es función del juez constitucional la calificación jurídica de los hechos imputados, ni la subsunción de la conducta en un determinado tipo penal, pues ello excede el objeto de los procesos constitucionales de la libertad y en estricto el contenido de los derechos protegidos por el hábeas corpus, pues aquello es tarea exclusiva del juez ordinario.

5. Por ello, no nos corresponde determinar si los hechos ocurridos del 1 al 4 de enero del 2005, imputados al favorecido, constituyen un delito de rebelión, o configuran el derecho de insurgencia que alega la defensa. Tampoco determinar –como alega la recurrente– si los delitos de secuestro, homicidio simple, daños y sustracción o arrebato de arma de fuego debieron ser subsumidos en el delito de rebelión y no ser considerados como delitos independientes pues esta tarea escapa de las competencias del juez constitucional.

6. En consecuencia en relación a estos extremos de la demanda es de aplicación el artículo 5°, inciso 1, del Código Procesal Constitucional, dado que la reclamación de la recurrente (hechos y petitorio) no está referida al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal tutelado por el hábeas corpus.

**Sobre la afectación del derecho al juez predeterminado por ley o juez natural (artículo 139°, inciso 3, de la Constitución Política del Perú)**

***Argumentos de la demandante***

7. La demandante alega que se ha contravenido el artículo 139°, inciso 3, de la Constitución porque mediante resolución de fecha 4 de noviembre de 2005, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, -Transferencia N.° 28-2005-APURÍMAC - declaró fundada la solicitud de transferencia del procurador público encargado de los asuntos judiciales del Ministerio del Interior y dispuso que el proceso penal contra el favorecido sea transferido al juez de Lima que inicialmente conoció del proceso, aplicando retroactivamente la Ley N.° 28482, de fecha 3 de abril de 2005, que puso en vigor los artículos 39°, 40° y 44° del Código Procesal Penal.

***Argumentos de los demandados***

8. Al respecto, el procurador público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial aduce que la transferencia se realizó porque de acuerdo con los informes de la Policía, del INPE y del Ministerio Público, en Andahuaylas no era posible conducir un proceso con objetividad, seguridad, garantía y eficacia. Asimismo refiere que el juzgamiento llevado a cabo por los jueces de Lima no se sustenta en el criterio de la persona a quien se juzgó, sino por la complejidad del proceso y la repercusión nacional.

**Consideraciones del Tribunal Constitucional**

9. La Constitución Política del Perú en el artículo 139° establece los principios y derechos de la función jurisdiccional; en el inciso 3 estatuye: *"La observancia del debido proceso y la tutela*

*jurisdiccional. "Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera [que] sea su denominación".* Es decir, garantiza al justiciable, ante su pedido de tutela, el deber del órgano jurisdiccional de observar el debido proceso y de impartir justicia dentro de los estándares mínimos establecidos por los instrumentos internacionales y el derecho al juez natural o al juez predeterminado por ley.

10. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha expresado en reiterada jurisprudencia que el contenido del derecho al juez natural o al juez predeterminado por ley presenta dos exigencias: en primer lugar, que quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional, garantizándose así la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional o por una comisión especial creada ex profeso para desempeñar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación, o que cualquiera de los poderes públicos pueda avocarse al conocimiento de un asunto que debe ser ventilado ante el órgano jurisdiccional. En segundo lugar, que la jurisdicción y la competencia del juez sean predeterminadas por la ley, por lo que la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose de este modo que nadie pueda ser juzgado por un juez *ex post facto* o por un juez *ad hoc* (Cfr. 00290-2002-PHC/TC, Eduardo Calmell del Solar).

11. El Tribunal mediante sentencia recaída en el expediente N.° 0290-2002-PHC/TC, cuya pretensión estaba dirigida a cuestionar la legitimidad de las Salas y Juzgados Penales Especiales (anticorrupción) de la Corte Superior de Justicia de Lima, por haber adquirido competencia en fecha posterior al proceso penal que se seguía contra el recurrente, sostuvo que, la predeterminación de la competencia que exige el derecho al juez natural no impide la entrada en vigor de normas que modifiquen la competencia del órgano jurisdiccional con posterioridad al inicio del proceso siempre que se trate de órganos investidos de jurisdicción antes del inicio del proceso y que la norma en cuestión revista criterios objetivos y generales, de modo tal que no se busque atentar contra la imparcialidad del órgano jurisdiccional.

12. A través de la sentencia recaída en el expediente N.° 01377-2007-PHC/TC, el Tribunal también se pronuncio respecto a la afectación al juez natural, declarando infundada la demanda tras considerar respecto de la Ley N.° 28482, que: "Se advierte que la citada norma establece la posibilidad de modificar la competencia sobre la base de criterios objetivos, habilitando la transferencia de manera excepcional, con el único fin de salvaguardar el éxito del proceso. Asimismo, se aprecia de la copia de la resolución cuestionada […] que la trasferencia de competencia se basó en razones objetivas, dado que se sustenta en la posible perturbación del normal desarrollo del proceso. En este sentido, si bien la norma que permite la trasferencia de competencia entró en vigencia (sic) con posterioridad al inicio del proceso, ello no resulta vulneratorio del derecho al juez natural en tanto la cuestionada transferencia se llevó a cabo sobre la base de criterios objetivos, tendentes a garantizar el desarrollo del proceso. Asimismo, el órgano jurisdiccional al que se le transfirió competencia, esto es, el 38° Juzgado Penal de Lima, ya estaba investido de competencia para asuntos en materia penal mucho antes del inicio del proceso".

    Por las consideraciones expuestas supra, el Tribunal declara que en el presente caso no se ha acreditado la afectación del derecho al juez natural, reconocido en el artículo 139°, inciso 3, de la Constitución.

**Sobre la afectación del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales (artículo 139°, inciso 5, de la Constitución Política del Perú)**

**Argumentos de la demandante**

13. Alega que la sentencia cuestionada no se encuentra motivada porque se ha omitido toda referencia al artículo 45° de la Constitución. Añade que la sentencia condenatoria debió establecer los criterios por los cuales la tesis de la defensa es errónea.

**Argumentos del demandado**

14. Los magistrados emplazados mantienen que la sentencia que expidieron se encuentra debidamente motivada puesto que se ha explicado razonablemente por qué se ha determinado la responsabilidad de los procesados y la pena impuesta.

**Consideraciones del Tribunal Constitucional**

15. Que uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de proceso.

16. La necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional, y al mismo tiempo, es un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículos 45° y 138° de la Constitución Política del Perú) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa. Justamente, con relación al derecho a la debida motivación de las resoluciones, el Tribunal ha precisado que "la Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica congruente entre lo pedido y lo resuelto, y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa [...]" (STC N° 1291-2000-AA/TC. FJ 2).

17. En el caso de autos, de fojas 77 a 130 vuelta, Tomo I, corre la sentencia de fecha 23 de junio del 2011, en la que los magistrados emplazados, señores Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores y Calderón Castillo, declaran por unanimidad:

    a) No haber nulidad en la sentencia de la Sala superior de fecha 16 de setiembre del 2009, en los siguientes extremos: i) respecto a las cuestiones procesales materia de pronunciamiento; ii) respecto al extremo que condenó a Antauro Igor Humala Tasso, -entre otros-, como co autores y no como autor mediato y autores directos de los delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional – rebelión en agravio del Estado. iii) que absolvió a Antauro Igor Humala Tasso de la acusación fiscal por el delito contra la tranquilidad pública – asociación ilícita para delinquir en agravio del Estado; iiii) la que fijo el monto por concepto de reparación civil.

    b) Haber nulidad en la sentencia de la Sala superior de fecha 16 de setiembre del 2009, en el extremo que condenó al beneficiario Antauro Humala Tasso como coautor por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud, homicidio calificado y, reformándola, lo condenaron por el delito de homicidio simple.

18. De fojas 131 a 134 del Tomo I corren los votos singulares emitidos por los magistrados Villa Stein y Pariona Pastrana respecto al delito de rebelión y del homicidio simple.

    De fojas 134 vuelta a 155 del Tomo I obran los votos discordantes de los magistrados Rodríguez Tineo, Neyra Flores y Calderón Castillo respecto de los delitos de secuestro, sustracción o arrebato de armas de fuego, daños agravados, y la subsunción del delito de tenencia ilegal de armas en el delito de rebelión.

    De fojas 155 vuelta a fojas 163 del Tomo I obran los votos discordantes de los magistrados Villa Stein y Pariona Pastrana respecto de la naturaleza concursal de los delitos de secuestro, daños agravados, sustracción o arrebato de armas de fuego y tenencia ilegal de armas, en relación con el delito de rebelión.

19. Mediante resolución de fecha 19 de julio del 2011 (fojas 164, Tomo I) se declara la discordia suscitada y se llama al magistrado Santa María Morillo, quien emite voto dirimente con fecha 6 de setiembre del 2011 (fojas 167 a 189, Tomo I) pronunciándose respecto de los extremos materia de discrepancia; es decir, la naturaleza concursal del delito de rebelión en relación con los delitos de secuestro, sustracción o arrebato de arma de fuego y daños agravados y el quantum de la pena. En lo concerniente a dichos puntos, el magistrado estimó que los delitos de secuestro y sustracción de arma de fuego son independientes del delito de rebelión y que la responsabilidad del favorecido en dichos delitos se encuentra acreditada, al igual que la responsabilidad penal en el delito de daños agravados.

20. Mediante resolución de fecha 6 de setiembre del 2011 (fojas 190 a 192, Tomo I) se resuelve la discordia surgida, formándose resolución con los votos de los magistrados Rodríguez Tineo, Flores Neyra, Calderón Castillo y el voto dirimente de Santa María Morillo, por existir coincidencia en los siguientes extremos (materia de la discordia):

    a) No haber nulidad en la sentencia de la Sala superior de fecha 16 de setiembre del 2009, en el extremo que condenó al beneficiario Antauro Humala Tasso:

        a.1. como autor de los delitos de sustracción o arrebato de arma de fuego.

        a.2. como autor del delito de daños agravados.

    b) Haber nulidad en la sentencia de la Sala superior de fecha 16 de setiembre del 2009, en el extremo que condenó al beneficiario Antauro Humala Tasso como autor del delito de tenencia ilegal de armas de fuego y, reformándola, lo absolvió de la acusación fiscal en dicho extremo.

    c) Impone al beneficiario Antauro Humala Tasso diecinueve años de pena privativa de la libertad.

21. Consideramos que la sentencia cuestionada sí se encuentra debidamente motivada respecto del delito de rebelión conforme se aprecia del análisis realizado por los magistrados supremos en los considerandos decimoquinto al decimoctavo de la resolución de fecha 23 de junio del 2011 (fojas 97 vuelta a fojas 118, Tomo I) y en los votos singulares de los magistrados Villa Stein y Pariona Pastrana, considerandos quinto y sexto, de fojas 132 a 132 vuelta, Tomo I. En efecto, en los referidos considerandos se establece la conducta imputada al favorecido, las diferentes teorías que existen para que se configure el delito político; asimismo se mencionan las diferencias entre el delito de rebelión y el delito de sedición, y se explica cuando se estaría frente a una insurgencia; asimismo considera que la conducta del favorecido y de sus seguidores al tomar la Comisaría Sectorial de Andahuaylas premunidos con arma de fuego en la madrugada del día uno de enero del 2005 consumó el delito de rebelión, pues considera que se atentó contra organización política o constitucional del Estado y además, perseguía una finalidad política, esto es la renuncia del señor doctor Alejandro Toledo Manrique a cargo de Presidente Constitucional de la República, a través del alzamiento de armas, lo que representa una afectación al Gobierno central de turno, buscando deponer al gobernante elegido democráticamente por el pueblo (fojas 112, Tomo I).

22. Estimamos también que la sentencia cuestionada se encuentra debidamente motivada en cuanto al delito contra la vida, el cuerpo y la salud, homicidio imputado a Antauro Humala Tasso, manifestando que en el considerando vigésimo se aprecian las consideraciones y el análisis de las pruebas por las que el favorecido es considerado responsable de dicho delito en calidad de coautor. Asimismo determina que no se configura el homicidio calificado sino el homicidio simple con dolo eventual, desvinculándose de la acusación fiscal (fojas 119 a 123 vuelta, Tomo I); y del considerando sétimo de los votos singulares de los magistrados Villa Stein y Pariona Pastrana (fojas 133, Tomo I).

23. Respecto a la debida motivación de la sentencia cuestionada, se observa a fojas 135 vuelta, Tomo I, que en cuento al delito de secuestro, los votos discordantes de los magistrados Rodríguez Tineo, Neyra Flores y Calderón Castillo considera que dicho delito es considerado independiente del delito de rebelión (concurso real de delitos), señalándose en el segundo considerando de la sentencia los medios probatorios que acreditan la responsabilidad penal del favorecido en el delito en cuestión. Asimismo a fojas 141 vuelta, Tomo I el considerando quinto dice que el delito de sustracción o arrebato de armas debe ser considerado como un delito independiente del delito de rebelión, pues en este caso se sanciona la sustracción de las armas, delito que sucedió con posterioridad a la consumación del delito de rebelión y las pruebas que sustentan dicha responsabilidad. A fojas 143 vuelta, Tomo I, en el considerando sétimo se analiza la responsabilidad penal del favorecido en el delito de daños agravados y las pruebas que sustentan dicha responsabilidad. En el considerando noveno se establece que el delito de tenencia ilegal de armas se subsume en el delito de rebelión. En el considerando décimo del voto dirimente del magistrado Santa María Morillo (fojas 167 a 189, Tomo I) al igual que en el voto de los magistrados Rodríguez Tineo, Neyra Flores y Calderón Castillo se concluye que los delitos de secuestro, sustracción o arrebato de arma de fuego y daños agravados deben ser considerados como delitos independientes del delito de rebelión pues estos no son concomitantes a dicho delito, por lo que se trata de un concurso real de delitos; es así que en los considerandos decimoprimero y decimosegundo se analiza la responsabilidad penal del favorecido en el delito de secuestro; en los considerandos decimotercero y decimocuarto su responsabilidad penal en el delito de sustracción o arrebato de arma de fuego, y en los considerandos decimoquinto al decimosétimo su responsabilidad penal en el delito de daños agravados.

    Por lo expuesto, en el caso de autos no se ha acreditado la afectación del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, reconocido en el artículo 139°, inciso 5, de la Constitución.

**Principio de Igualdad en la aplicación de la ley**

24. Conforme a lo referido en el punto 2 del presente voto, nos pronunciaremos respecto al principio -derecho de igualdad-; pues si bien no se trata de un derecho invocado por las partes, también es cierto que habiendo llegado a nuestro conocimiento la emisión de una sentencia de la Corte Suprema de la República, (Sala Penal Permanente, R. N° 890-2010), mediante la cual pronunciándose en un proceso donde se denuncia los mismos hechos (caso llamado andahuaylazo) respecto a otros procesados, emiten sentencia en sentido diferente al que es materia ahora de análisis, con lo cual estaríamos frente a una posible afectación al derecho igualdad.

25. Que el derecho de igualdad, reconocido en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución, tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en

la aplicación de la ley; así pues, mientras la primera constituye un límite al legislador, la igualdad en la aplicación de la ley se configura como límite a la actuación de los órganos jurisdiccionales o administrativos, exigiendo que los mismos, al momento de aplicar las normas jurídicas, no atribuyan distintas consecuencias jurídicas a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales (Cfr. Exp. N.° 004-2006-PI/TC, fundamentos 123-124; Exp. N° 2593-2006-HC/TC).

26. Al respecto, el Tribunal Constitucional tiene dicho en su jurisprudencia que el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley exige que un mismo órgano jurisdiccional, al aplicar una ley, o una disposición de una ley, no lo haga de manera diferenciada, o basándose en condiciones personales o sociales de los justiciables. Se prohíbe así la expedición por un mismo órgano de resoluciones que puedan considerarse arbitrarias, caprichosas y subjetivas; es decir, que carezcan de justificación que las legitime. Como hemos declarado en la STC 0016-2002-AI/TC: "Ningún particular puede ser discriminado o tratado diferenciadamente por los órganos –judiciales o administrativos– llamados a aplicar las leyes" (FJ 4; RTC 1755-2006-PA/TC, FJ 3; STC 02593-2006-PHC/TC, FFJJ 5 y 6). 10. En suma, conforme al principio de igualdad en la aplicación de la Ley, un órgano jurisdiccional debe aplicar criterios similares a fin de resolver casos sustancialmente iguales, máxime si se trata del mismo hecho.

27. En el presente caso, en la ejecutoria suprema que resolvió la situación jurídica del favorecido (Sala Penal Permanente, R.N. N° 890-2010) la Sala Suprema consideró que el delito de rebelión era independiente de delito de secuestro y otros delitos cometidos durante el acto de rebelión:

> Decimo sexto: Que, en virtud de lo expuesto precedentemente, la doctrina considera al delito de rebelión como un delito de resultado cortado que se consuma con el solo alzamiento en armas, no necesitándose para su configuración el que se logre la finalidad de la acción (…) en tal sentido nos adherimos a la teoría mixta restrictiva, que considera a este tipo de delitos como "puros", excluyendo de tal forma de la figura de delitos políticos a aquellas conductas punibles que vulnerando el bien jurídico "Estado" sin embrago no tiene un fin político (…) o que teniendo un fin político no vulnera ni atenta contra la organización política o constitucional de Estado (…) reduciéndose éstos últimos a meros "delitos comunes"; admitiéndose, por tanto que entre un delito "político" y uno "común" puedan darse las formas concursales que prevé la ley (concurso ideal o real).

28. Sin embargo, con fecha 28 de junio de 2012 (Sala Penal Permanente, R.N. N° 1478-2010), la Corte Suprema de Justicia ha resuelto la situación jurídica de otros implicados en el llamado caso "andahuaylazo", en base a criterios distintos, esta vez subsumiendo a los demás delitos dentro del tipo penal de Rebelión, bajo el argumento de que en el delito de rebelión, se produjeron una serie de actos ilícitos concomitantes, que no pueden ser calificados como otros delitos autónomos o independientes; y que el accionar pluriofensivo, se centró en la pretensión de los "Humalistas" (aproximadamente noventa y cinco personas, entre los que se encuentra el beneficiario del presente proceso constitucional) por deponer al presidente Constitucional del Perú Alejandro Toledo Manrique, sus Ministros y demás autoridades a su cargo, pues consideran que solo ha existido una sola acción típica, que para su configuración, a su vez, se cometerían otros tipos delictivos heterogéneos, es decir se daría una aparente unidad de acción y pluralidad de delitos, frente a una voluntad criminal única que comprende a varios hechos, no pudiéndose realizarse una rebelión si no existen armas de fuego, grupos de personas organizadas con funciones delimitadas jerárquicamente en mandatos y funciones específicas que ocasionan daños, coacciones, secuestros, y otros delitos medios, que se refunden en el propósito de conseguir la dimisión del gobierno, pero formando una unidad delictiva, por lo que consideraron reprimir penalmente solo por el delito de rebelión.

> En el presente caso, podemos sostener que en este delito de rebelión, se produjeron una serie de actos ilícitos concomitantes, que no pueden ser calificados como otros delitos autónomos o independientes. Este accionar pluriofensivo se centró en la pretensión de los "humalistas" (…) por deponer al presidente Constitucional del Perú Alejandro Toledo Manrique, sus ministros y demás autoridades a su cargo (delito fin); y para conseguir dicho propósito decidieron asaltar la comisaría sectorial de Andahuaylas, (…) reduciendo a los efectivos policiales de dicha comisaría tomaron posesión de las armas. Asimismo, los policías que se encontraban de servicio en dicha comisaría fueron reducidos y se les privó de su libertad mientras duró la toma de dicho local. Procedieron también a reducir a los miembros del ejército que estaban

apostados en el cerro Huayhuaca, los mismos que fueron conducidos al interior de la comisaría y obligados a permanecer dentro de ella; estos actos constituyeron (delito medio) los instrumentos para lograr el delito fin.

Existiendo en el presente caso una sola acción típica, para cuya configuración, a su vez, se cometerían otros tipos delictivos heterogéneos (…) no pudiendo realizarse una rebelión si no existen armas de fuego, grupos de personas organizadas con funciones delimitadas jerárquicamente (…) que ocasionan daños, coacciones, secuestros, y otros delitos medios que se refunden en el propósito de conseguir la dimisión del gobierno, pero formando una unidad delictiva, debiendo reprimirse solamente por el delito de rebelión.

29. De este modo, un mismo caso (los hechos ocurridos en Andahuaylas entre el 1 y 4 de enero de 2005) ha sido resuelto por la misma Sala de la Corte Suprema de Justicia con criterios jurídicos distintos. Así, mientras que en ciertas ejecutorias de la Corte Suprema (que resuelve el caso de procesados respecto a los hechos del denominado andahuaylazo) se consideró que el delito de secuestro es independiente del delito de rebelión, en otros procesos sobre los mismos hechos facticos (caso andahuaylazo) se han pronunciado bajo la premisa de que el delito de rebelión absorbe los demás ilícitos. Así tenemos a la ejecutoria suprema que resuelve el recurso de nulidad que se interpuso en el proceso objeto de cuestionamiento, aquí se entendió que el delito de rebelión puede concurrir con otros delitos, esto es, que el artículo del Código Penal que tipifica este delito no absorbe el injusto de otros actos ilícitos cometidos durante la rebelión (homicidios, secuestros, tenencia ilegal de armas); en cambio, en la ejecutoria suprema de fecha 28 de junio de 2012 emitida en el Expediente N° 3367-2010 que resuelve el recurso de nulidad, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema mediante R.N. N.° 1478-2010, estableció que el delito de secuestros no podía ser entendido como un delito independiente de la rebelión. Criterios dispares que se resuelven sobre los mismos hechos facticos (caso Andahuaylazo) que resulta vulneratorio al principio de igualdad, por lo que la demanda debe ser estimada, declarando la nulidad de la ejecutoria suprema cuestionada.

30. Podríamos señalar que el caso escapa de los supuestos con el que permitieron formular la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con el principio de igualdad en la aplicación de la ley en sede judicial (mismo órgano, misma conformación, mismo supuesto normativo e interpretación aplicable, y hechos sustancialmente análogos o similares), dado que no estamos frente a distintos hechos que podrían ser análogos o similares, sino frente a un mismo hecho, que ha merecido respuestas diferentes en relación a si los diversos delitos imputados se subsumen o no en el delito de rebelión, así como en las consecuencias que del mismo derivan, esto es, respecto a la pena, pues en un caso la pena sanciona varios delitos, mientras que en el oro, la pena sólo sanciona un delito, en el cual se subsumen los demás.

31. Consideramos que esta situación es cuando menos irregular pues en relación con un mismo hecho o conjunto de hechos, si bien se pueden sancionar uno o varios delitos dependiendo del nivel de participación y responsabilidad de cada sujeto en los mismos, no resulta jurídicamente admisible que para algunos procesados, tales hechos generen un tipo de consecuencias, sobre todo en relación con la calificación del delito, la subsunción de unos ilícitos dentro de otros, y principalmente, su correlato en las penas impuestas en su calidad de coautores de dichos ilícitos.

32. Esta contradicción advertida en las sentencias dictadas por la misma Sala de la Corte Suprema de Justicia vulnera el principio "derecho de igualdad", máxime si en el caso concreto nos encontramos frente a hechos que la misma sala lo ha considerado como delitos políticos, por lo que merece que la Sala Suprema las revise y concilie sus criterios. Que si bien es cierto en el caso de los recientemente sentenciados cuya sentencia es materia de análisis por el Tribunal, ellos no han sido sentenciados por el delito de homicidio simple por cuanto no le fue imputado, en el caso de autos al beneficiario si le fue imputado, resultando necesario que se determine si dicho delito también se subsume en el de rebelión, dado que ello tendría impacto, necesariamente, en la pena impuesta al demandante.

33. Finalmente, no obstante la estimatoria de la demanda en este aspecto, no debe suponer la generalidad en todos los casos de contradicción de Resoluciones, ya que como hemos señalado, "el delito político" tiene especial singularidad de tipo penal dentro de un Estado Social y democrático de derecho. Así también resulta imprescindible reiterar que el pronunciamiento emitido no condiciona en modo alguno el sentido del pronunciamiento que vaya a adoptar la Corte Suprema de la República.

**Efectos de la sentencia**

34. Si bien el presente voto declara fundada la demanda de hábeas corpus, ello no implica la excarcelación del favorecido, por cuanto

solamente está referida a la ejecutoria suprema que confirma la condena impuesta, por lo que su anulación deja subsistente la sentencia condenatoria expedida en primera instancia que sustenta la privación de libertad del favorecido.

Por estos fundamentos, nuestro voto es por:

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda de hábeas corpus; y en consecuencia, declarar la nulidad de la resolución suprema de fecha 23 de junio de 2011, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, debiendo esta instancia emitir nuevo fallo.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda respecto de lo señalado en los fundamentos 3 al 6.
3. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo que se refiere a la afectación de los derechos al juez natural y a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**VERGARA GOTELLI**
**CALLE HAYEN**
**ETO CRUZ**

EXP. N.° 02092-2012-PHC/TC
LIMA
ISABEL PAIVA ZÁRATE A FAVOR DE ANTAURO IGOR HUMALA TASSO

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Lima, 9 de julio de 2013

**VISTA**

La solicitud de "nulidad de publicación de sentencia", entendida como aclaración, presentada por doña Isabel Paiva Zárate y,

**ATENDIENDO A**

1. Que el primer párrafo del artículo 121° del Código Procesal Constitucional establece: "contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna. En el plazo de dos días a contar desde su notificación (...), el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido (...)".
2. Que mediante escrito de fecha 3 de julio de 2013, doña Isabel Paiva Zárate alega que el voto de los magistrados Urviola Hani, Mesía Ramírez y Álvarez Miranda, que conforman la sentencia en mayoría por la que se desestimó la demanda de hábeas corpus, no se ha pronunciado sobre la presunta afectación del principio de igualdad, como sí lo ha hecho el voto singular concurrente de los magistrados Vergara Gotelli, Calle Hayen y Eto Cruz. En consecuencia, alega que no se ha producido empate, por lo que el voto decisorio del presidente del Tribunal Constitucional deviene en nulo, y los magistrados Urviola Hani, Mesía Ramírez y Álvarez Miranda deben pronunciarse sobre si ha habido o no una violación al principio de igualdad.
3. Que cabe señalar que, en el presente caso, se ha producido el empate en la medida que en el voto suscrito por tres magistrados se consideraba que las resoluciones judiciales cuestionadas no debían ser declaradas nulas por cuanto no vulneraban los derechos constitucionales invocados, mientras que en el voto singular concurrente de otros tres magistrados se proponía la nulidad de la ejecutoria suprema, en razón de la afectación del principio de igualdad, por lo que, de conformidad con el artículo 10-A del Reglamento Normativo del Tribual Constitucional, se aplicó el voto decisorio del Presidente del Tribual Constitucional.
4. Que, asimismo, como puede apreciarse del propio texto de la sentencia, la demanda de hábeas corpus tenía por objeto la nulidad de la sentencia condenatoria sobre la base de una presunta violación de los derechos al juez predeterminado por ley y a la debida motivación en conexidad con la libertad individual. Sobre estos extremos se pronunciaron la sentencia en mayoría y el voto singular. Además, este último, sobre la base del *iura novit curia*, decidió pronunciarse sobre el principio de igualdad, que no había sido invocado en la demanda (fundamentos 2 y 24 a 33 del voto singular). En tal sentido, cuando el voto en mayoría resolvió la demanda de hábeas corpus únicamente sobre la base de los derechos a la debida motivación y al juez predeterminado por ley, no incurrió en omisión alguna, pues resolvió todos los extremos del petitorio de la demanda. Por tanto, la solicitud de aclaración debe ser rechazada.

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

**RESUELVE**

Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de aclaración.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**URVIOLA HANI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

***Sentencia 00303-2012-PA/TC*** *Proceso de amparo interpuesto por Janeth Cecy Cabellos Távara. El Tribunal estimó la demanda al acreditarse que la recurrente fue objeto de un tratamiento arbitrario por habérsele negado el descanso por maternidad.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 17 de julio de 2013

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda interpuesta por una trabajadora de la Municipalidad de Cajamarca que había sido objeto de un tratamiento arbitrario, pues, a pesar de que se encontraba gestando, se le negaron las licencias establecidas en la Ley 26644. Sin embargo, para entonces la amenaza ya se había consumado y el agravio tornado en irreparable, por lo que se ordenó a la municipalidad demandada que en lo sucesivo no vuelva a incurrir en las conductas que motivaron la demanda.

El Tribunal tomó en cuenta la urgencia de la tutela jurisdiccional requerida, muy al margen de la existencia de una vía igualmente satisfactoria, ya que la accionante se encontraba embarazada y requería el mencionado descanso, el cual le fue negado —por omisión— sin razón alguna que justificara la negativa, como ha sido reconocido por la demandada. Por tanto, lo decretado en las instancias judiciales previas resulta indudablemente irrazonable.

El Tribunal señaló además que las trabajadoras gestantes, bajo ningún concepto, pueden ser compelidas a renunciar al descanso pre y post natal. Sus requerimientos de descanso deben ser atendidos con prontitud, por lo que, ante eventuales arbitrariedades, la jurisdicción constitucional, a través de los procesos de cumplimiento y amparo, dada la premura en que debe dilucidarse tal pretensión, resulta idónea para salvaguardar los derechos de las gestantes.

En tal sentido, corresponde a los jueces que conozcan este tipo de demandas resolverlas tan pronto como sea posible, pues, ante la negativa del empleador en acatar dicha obligación, existe un gran riesgo de que el agravio denunciado termine siendo irreparable.

**Temas Claves:** Derecho a la igualdad y no discriminación — derechos del concebido — descanso por maternidad — protección de la madre gestante — rechazo liminar — tutela de urgencia.

EXP. N.° 00303-2012-PA/TC
CAJAMARCA
JANETH CECY CABELLOS TÁVARA

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima a los 1 dias del mes de julio de 2013, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Janeth Cecy Cabellos Távara contra la resolución expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, de fojas 74, su fecha 24 de octubre de 2011, que declaró improcedente la demanda de autos.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 5 de abril de 2011, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Cajamarca a fin de que:

- Se le permita hacer uso de su derecho al descanso por maternidad;
- Se le pague las costas y costos del proceso; y,
- Se multe a la demandada por actuar con manifiesta temeridad y mala fe.

Según refiere, pese a que solicitó hacer uso de su derecho al descanso por maternidad, no ha obtenido respuesta de parte de su empleador. Por ende, considera que se le ha vulnerando sus derechos fundamentales a la igualdad, a la no discriminación y a la protección de la madre gestante.

El Tercer Juzgado Civil de San José - Cajamarca, con fecha 7 de abril de 2011, declara improcedente la demanda *in límine*, por considerar que existe una vía procedimental específica, igualmente satisfactoria, para la protección del derecho fundamental supuestamente vulnerado.

La Sala revisora por los mismos fundamentos de la apelada la confirma.

En su recurso de agravio constitucional la actora aduce que las resoluciones expedidas en el presente proceso no han tomado en cuenta que al negársele el descanso por maternidad también se ha afectado los derechos de su concebido. Asimismo sostiene que, contrariamente a lo señalado en tales resoluciones, recurrir a la vía laboral ordinaria es irrazonable.

**FUNDAMENTOS**

**Delimitación del petitorio**

1. La presente demanda tiene por objeto que se le otorgue a la demandante el descanso por maternidad, alegándose que pese a que cursó la respectiva solicitud al Jefe de Recursos Humanos de la Municipalidad Provincial de Cajamarca, su pedido no obtuvo respuesta alguna.

**Consideraciones procesales previas**

2. La demanda de autos ha sido rechazada liminarmente tanto en primera como en segunda instancia, argumentándose que existe otra vía igualmente satisfactoria para ventilar la pretensión de la recurrente, conforme a lo establecido en el inciso 2 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional.

3. Si bien de conformidad con lo dispuesto por el artículo 5, inciso 2, la demanda de amparo no procede cuando existan vías específicas igualmente satisfactorias, ello no implica que toda pretensión planteada en el proceso de amparo resulta improcedente, siempre que haya a disposición del justiciable una vía ordinaria a la que acudir.

4. Desde una perspectiva general, bien sabido es que para la protección de derechos constitucionales las vías ordinarias siempre han de proveer vías procesales tuitivas, de modo que una aplicación general de tal causal de improcedencia terminaría por excluir toda posibilidad de tutela a través del proceso constitucional de amparo.

5. Sin embargo, tal no es una interpretación *constitucionalmente adecuada* de la citada disposición, en especial, cuando ha de interpretársela *desde* el sentido que le irradia el artículo 200°, inciso 2, de la Constitución y, además, desde la *naturaleza* del proceso de amparo, en tanto *vía de tutela urgente*.

6. Desde tal perspectiva, en la interpretación de la referida disposición debe examinarse si, aun cuando existan vías judiciales específicas igualmente satisfactorias, la resolución de la pretensión planteada exige, en virtud de las circunstancias del caso, una tutela jurisdiccional urgentísima y perentoria.

7. En dicho contexto, en el caso de autos se pone de manifiesto la *urgencia de la tutela jurisdiccional requerida,* muy al margen de la existencia de una vía igualmente satisfactoria, dado que la accionante se encontraba embarazada y requería contar con el citado descanso y éste le fue negado -por omisión- sin razón alguna que justifique dicha negativa, como finalmente ha sido reconocido por la demandada. Es evidente, entonces, que lo decretado en las instancias judiciales previas resulta a todas luces irrazonable.

8. A juicio de este Tribunal, la arbitrariedad denunciada amerita un pronunciamiento de fondo pues no sólo obvia lo previsto en la Ley N.° 26644, sino que abiertamente desconoce lo previsto en los artículos 4° y 23° de la Constitución, que califican a la madre como sujeto de especial protección.

9. Una trabajadora embarazada, en tanto titular de una especial protección constitucional, tiene habilitada la jurisdicción constitucional para exigir el cumplimiento de los mencionados descansos pues, dada su situación de preñez, el Estado se encuentra en la ineludible necesidad de adoptar medidas urgentes para salvaguardar sus intereses, así como los del niño que está por nacer.

10. En todo caso, no se ha tenido en cuenta que el rechazo liminar es una opción procesal a la que sólo cabe acudir cuando no existe ningún margen de duda o discusión en torno a la presencia o configuración de una determinada causal de improcedencia, lo que, conforme ha sido expuesto, no acontece en autos.

11. Así las cosas, pese a que se podría optar por la recomposición total del proceso, ello resulta innecesario, pues a la luz de lo que aparece objetivamente en el expediente, es perfectamente posible emitir un pronunciamiento de fondo, más si se tiene en cuenta que la demandada ha reconocido los hechos y ha tratado de enmendar su proceder.

12. En tales circunstancias, resulta innecesario condenar a la accionante a transitar nuevamente por la vía judicial para llegar a un destino que ahora puede y debe dilucidarse.

13. Ello, por lo demás, resulta plenamente congruente con la idea de anteponer los fines de todo proceso constitucional a las exigencias de tipo procedimental o formal, tal cual lo enuncia el tercer párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

14. Obviamente, la decisión de pronunciarse de inmediato sobre la materia controvertida no supone colocar en estado de indefensión a quien aparece como demandada en la presente causa, habida cuenta que conforme se aprecia de autos, la Procuraduría Pública de la entidad emplazada se apersonó al proceso, reconociendo incluso que su proceder no fue arreglado a derecho.

15. En tal sentido, no cabe duda que es posible emitir un pronunciamiento de fondo a partir de lo que aparece objetivamente en el expediente, en atención a los principios de economía y celeridad procesales (Cfr. artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil) y a que, como ha sido expuesto, la demandada ha participado en el proceso.

**Consideraciones del Tribunal**

16. En el caso de autos se encuentra debidamente acreditado que:

    - La recurrente se encontraba gestando y que la fecha probable de parto era el 7 de abril de 2011.
    - La demandante solicitó con fechas 4 y 28 de marzo 2011 su descanso por maternidad.
    - La demandante no obtuvo respuesta, tal y como la misma demandada lo reconoce en su oficio N°. 0190-2012-A-MPC, de fecha 20 de setiembre de 2012, en el que señala que "las solicitudes presentadas no fueron efectivizadas por la Unidad de Recursos Humanos oportunamente; sin embargo, en vía de regularización se ha celebrado con la recurrente un Acta de Acuerdo sobre otorgamiento de goce de derecho de descanso pre y post natal" (sic), a partir de noviembre de 2012.
    - Dicho documento acredita fehacientemente que la Municipalidad demandada no gestionó ni tampoco otorgó el descanso que le correspondía a la demandada por encontrarse *ad portas* de alumbrar.

    Por tanto, este Colegiado concluye que la accionante ha padecido un tratamiento arbitrario. Y que, aunque la emplazada ha tratado de resarcirla, no puede soslayarse que, así se le brinde la posibilidad de compensar tales días, el agravio se ha tornado irreparable, pues dicho beneficio tiene sentido en la medida que busca coadyuvar a la recuperación de la mujer luego del alumbramiento así como a procurar el bienestar del bebé. Al ser brindado con posterioridad al alumbramiento, si bien podría indemnizar el tiempo que no debió laborar, la finalidad perseguida por la norma ya no se cumpliría.

17. En la medida que luego de presentada la demanda, la agresión denunciada en su momento como amenaza se ha consumado y, en las actuales circunstancias, se ha convertido en irreparable, resulta aplicable, a *contrario sensu*, el artículo 1, segunda parte, del Código Procesal Constitucional. De acuerdo con dicha norma: "Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda."

18. Dada la gravedad del acto lesivo denunciado, y atendiendo a que, en situaciones similares, otras trabajadoras podrían sufrir arbitrariedades de esta índole, es necesario que este Tribunal declare fundada la presente demanda, a fin de ordenar a la emplazada que no vuelva a incurrir en actitudes de este tipo.

19. Las trabajadoras gestantes, bajo ningún concepto, pueden ser compelidas a renunciar al descanso pre y post-natal. Sus requerimientos de descanso deben ser atendidos con prontitud por lo que, ante eventuales arbitrariedades, la jurisdicción constitucional, a través de los procesos de cumplimiento y amparo, dada la premura en que debe dilucidarse tal pretensión, resulta idónea para salvaguardar los derechos de las gestantes.

20. En tal sentido, corresponde a los jueces que conozcan este tipo de demandas resolverlas tan pronto como sea posible, pues, ante la negativa del empleador en acatar dicha obligación, existe un gran riesgo de que el agravio denunciado termine siendo irreparable.

21. Finalmente, este Colegiado considera que la emplazada debe asumir el pago de costos, conforme a lo estipulado en el artículo 56° del Código Procesal Constitucional.

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA** la demanda al haberse acreditado que la accionante ha sido víctima de un tratamiento arbitrario, pues, pese a encontrarse gestando se le han negado las licencias establecidas en Ley N.° 26644; consecuentemente, se dispone que la Municipalidad Provincial de Cajamarca, en lo sucesivo, no vuelva a incurrir en las conductas que motivaron la presente demanda.
2. Disponer que de reincidir la Municipalidad Provincial de Cajamarca en arbitrariedades de esta naturaleza, se apliquen las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley, con el pago de costos.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**MESÍA RAMÍREZ**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

***Sentencia 00512-2013-HC/TC*** *Proceso de habeas corpus interpuesto por Jesús Giles Alipazaga y otros. El Tribunal declaró fundada la demanda por la vulneración del derecho al juez independiente e imparcial.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 5 de agosto del 2013

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda interpuesta por los recurrentes por vulneración del derecho al juez independiente e imparcial, por lo que anuló el proceso penal de usurpación agravada y otros delitos seguido en su contra, y dispuso la transferencia de competencia a otro Distrito Judicial en donde se encuentre vigente el Nuevo Código Procesal Penal.

El Tribunal, exponiendo criterios internacionales y jurisprudencia acorde, determinó que bajo la teoría de la apariencia —formulada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos— la imparcialidad se establece en cada caso en concreto, no bajo un aspecto abstracto, y que "no sólo debe hacerse justicia, sino también debe parecer que se hace". Es decir, que ha de exigirse que el juez se encuentre en una relación razonablemente equidistante de ambas partes, de manera que el proceso judicial cumpla mínimamente con las exigencias derivadas del derecho a un juez independiente e imparcial.

El Tribunal observó que en el proceso penal citado, seguido contra los recurrentes en el Distrito Judicial de Huánuco, la Corte Superior de Justicia de Huánuco tenía un particular interés en el resultado del proceso.

Asimismo, a través de las pruebas expuestas, concluyó que en efecto existía una vulneración al derecho invocado, en tanto el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Huánuco emitió varias opiniones respecto al caso y, si bien no existe una jerarquía desde una perspectiva judicial entre los jueces con el Presidente de la Corte Superior de Justicia del distrito judicial al que pertenecen, administrativamente, aquellos sí poseen un cierto grado de subordinación en relación a éste último, lo que analizado a la luz del caso concreto puede generar cierta dosis de injerencia.

Por tanto, el Tribunal concluyó que en el presente caso los jueces de la Corte Superior de Justicia de Huánuco no aparentaron una verdadera independencia e imparcialidad al procesar a los recurrentes.

**Temas Claves:** Juez independiente e imparcial.

EXP. N.° 00512-2013-PHC/TC
PASCO
JESÚS GILES ALIPAZAGA Y OTROS

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 19 días del mes de junio de 2013, el Pleno del Tribunal Constitucional integrada por los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia; con los votos singulares de los magistrados Urviola Hani y Calle Hayen, y el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli, que se agregan.

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Josué Núñez Barboza, a favor de don Jesús Giles Alipazaga, Clever Edgardo Zevallos Fretel, Lorenzo Silva Céspedes, Nilton Fernando Llanos Doria, Iván Núñez Barboza y Juan Elías Ollague Rojas, contra la resolución expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Pasco, de fojas 647, su fecha 3 de enero de 2013, que declaró improcedente la demanda de autos.

**ANTECEDENTES**

Mediante escritos de fechas 9 y 10 de diciembre de 2012 don Jesús Giles Alipazaga, Clever Edgardo Zevallos Fretel, Lorenzo Silva Céspedes, Juan Elías Ollague Rojas, Iván Núñez Barboza y don Nilton Fernando Llanos Doria interponen demanda de hábeas corpus contra la fiscal de la Cuarta Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huánuco, doña Liliana Viviano Fretel; el juez de investigación preparatoria del distrito de Amarilis, Jenner García Duran; y el presidente de la Corte Superior de Justicia Huánuco, con el objeto de que se declare la nulidad de i) la Disposición Fiscal N.° 02-2012, de fecha 7 de diciembre de 2012, que dispuso formalizar y continuar la investigación preparatoria, ii) el requerimiento fiscal de la prisión preventiva de los actores de fecha 7 de diciembre de 2012 (Caso Fiscal N.° 2006014504-2012-1091-0), y iii) la Resolución Judicial N.° 3, de fecha 9 de diciembre de 2012, a través de la cual el órgano judicial resolvió imponer prisión preventiva, ubicación y captura de Giles Alipazaga y Zevallos Fretel, así como la comparecencia restringida de Silva Céspedes, Ollague Rojas, Núñez Barboza y Llanos Doria, en el proceso penal que se le sigue por los delitos de usurpación agravada y otros (Expediente N.° 0084-2012-68-1201-JR-PE-01). Alegan la afectación de los derechos a la libertad individual, al juez imparcial, a la presunción de inocencia y al debido proceso.

Afirman que fueron denunciados como consecuencia de la emisión y ejecución del Acuerdo de Consejo N.° 131-2012-MPHCO-O, por el cual se aprobó la reversión del inmueble donado por la Municipalidad Provincial de Huánuco a favor de la Corte Superior de Justicia de Huánuco; pese a que ninguno de los recurrentes estuvo presente al momento de los hechos, lo cual se demuestra con el video recabado por la fiscalía, el video recabado por la Municipalidad Provincial de Huánuco y las declaraciones de los guardianes del inmueble allanado. Señalan que la disposición fiscal de formalización y continuación de la investigación preparatoria vulnera los derechos fundamentales, toda vez que no se iniciaron las diligencias preliminares a fin de individualizar al autor de los hechos. Indican que el requerimiento fiscal de su prisión preventiva es arbitrario ya que no cumple con los presupuestos para su dictado, pues no existe prueba que vincule a los denunciados como autores o partícipes del delito; ya que, conforme a las declaraciones de los guardianes, los que ingresaron al aludido predio fueron el personal de serenazgo de la Municipalidad y no los actores. Más aún, no se configuraría el peligro procesal, ya que los demandantes no fueron las personas que ingresaron al bien inmueble y que es impensable que un alcalde y sus regidores puedan darse a la fuga abandonando sus funciones.

De otro lado, en cuanto a la resolución judicial que dispuso su prisión preventiva y comparecencia restringida, señalan que aquella es arbitraria ya que se emitió sin dar inicio a las diligencias preliminares y no cumplió con los presupuestos legales para su dictado. Precisan que en audiencia judicial de la medida restrictiva de la libertad no se valoró el video que exime de responsabilidad penal a los recurrentes del hábeas corpus.

Expresan, además, que al ser juzgados en la Corte Superior de Justicia de Huánuco, supuestamente agraviada en los supuestos delitos cometidos por los recurrentes, se les vulnera su derecho al juez imparcial.

El Primer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Pasco, mediante Resolución N.° 3, de fecha 13 de diciembre de 2012, corriente de fojas 366 a 377, declara improcedente la demanda en aplicación del artículo 5° inciso 1) del Código Procesal Constitucional, pues estima que no se ha vulnerado derecho alguno de los demandados, puesto que los mismos han hecho ejercicio de su derecho de defensa y que no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del hábeas corpus revisar los criterios dogmáticos penales elegidos por el juez ordinario para resolver la controversia planteada.

La Sala Penal de Apelaciones de Pasco, mediante Resolución N. 14, de fecha 3 de enero de 2013, corriente de fojas 647 a 652, confirma la resolución apelada con similares argumentos.

**FUNDAMENTOS**

**1. Delimitación del petitorio**

Los demandantes solicitan la nulidad de: i) la Resolución N.° 3, del 9 de diciembre de 2012, emitida por el Juzgado de Investigación Preparatoria de Amarilis de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, a través de la cual se resolvió imponer prisión preventiva, ubicación y captura de Giles Alipazaga y Zevallos Fretel, así como la comparecencia restringida de Silva Céspedes, Ollague Rojas, Núñez Barboza y Llanos Doria, en el proceso penal que se le sigue por los delitos de usurpación agravada y otros (Expediente N.° 0084-2012-68-1201-JR-PE-01); y, ii) la Resolución N.° 11, del 16 de diciembre de 2012, dictada por la Sala Penal de Apelaciones de Huánuco, que declara infundados los recursos de apelación interpuestos por la defensa de los demandantes.

Al momento de analizar la pretensión debe tenerse presente los últimos acontecimientos relacionados a esta causa, pues tal y como fluye de la documentación adjuntada por los recurrentes y que obra en el cuadernillo de este Tribunal, el Juzgado de Investigación Preparatoria de Amarilis,

mediante Resolución N.° 2, de fecha 22 de mayo de 2013 declaró fundado el requerimiento de cesación de prisión preventiva solicitada por Jesús Giles Alipazaga, dejando sin efecto la prisión preventiva dictada en su contra y dictándole comparecencia restringida; la misma que fue revocada por la Sala Penal de Apelaciones de Huánuco, mediante Resolución N.° 7, de fecha 13 de junio de 2013, y reformándola dispusieron que *continúe* la medida coercitiva de prisión preventiva dictada contra el investigado Jesús Giles Alipazaga, es decir, deja subsistente la prisión preventiva dispuesta inicialmente por el Juzgado de Investigación Preparatoria de Amarilis, mediante Resolución N.° 3, del 9 de diciembre de 2012.

De los antecedentes reseñados y de los fundamentos de la demanda y de su correspondiente modificación y ampliación, se deduce que los demandantes, al alegar la vulneración de su derecho a ser juzgado por un juez imparcial, en realidad no están cuestionando una resolución específica; sino, el inicio de un proceso penal en un distrito judicial donde los jueces de la Corte Superior de Justicia de Huánuco no ofrecen las garantías de un juzgamiento independiente e imparcial.

En este sentido, dado que con la emisión y ejecución del Acuerdo de Concejo N° 131-2012-MPHCO-O, por el cual se aprobó la reversión del inmueble donado por la Municipalidad Provincial de Huánuco a favor de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, se *afectaría* a ésta última; y siendo que es en la misma Corte donde se viene tramitando el proceso penal instaurado en contra de los recurrentes, el Tribunal Constitucional analizará el presente caso a la luz del derecho que le asiste a toda persona acusada, detenida o retenida, a ser juzgada por un juez independiente e imparcial.

**2. Consideración previa**

El artículo 4° del CPConst. prescribe que *"(...) [e]l hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva"*(subrayado nuestro); por lo tanto, no procede cuando dentro del proceso penal que dio origen a la resolución que se cuestiona no se han agotado los recursos que otorga la ley para impugnarla o cuando habiéndose apelado, esté pendiente de pronunciamiento judicial [Cfr. STC N.° 4107-2004-HC/TC, FJ 5].

En consecuencia, en el presente caso no resulta exigible el requisito de la firmeza a la que hemos hecho referencia; pues, como ha quedado establecido en la delimitación del petitorio, el presente hábeas corpus no cuestiona una resolución en específico; sino, el inicio de un proceso penal en un distrito judicial (Huánuco) donde sus jueces no ofrecen las garantías de un juzgamiento independiente e imparcial; por cuanto han emitido resoluciones que restringen, de una u otra manera, la libertad personal de los recurrentes (Resolución N.° 3, emitida por el Juzgado de Investigación Preparatoria de Amarilis; Resolución N.° 11, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de Huánuco; entre otras).

**3. Sobre la afectación del derecho a ser juzgado por un juez independiente e imparcial**

**3.1. Argumentos de los demandantes**

3.1.1. Conforme puede observarse del petitorio de la demanda, corriente a fojas 65 a 77, los recurrentes consideran afectado su derecho a ser juzgado por un juez imparcial. De la misma manera, en el escrito de modificación y ampliación de la demanda de hábeas corpus, corriente a fojas 80 a 84, vuelven a reiterar que al ser juzgados por los jueces de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, supuestamente agraviada en los supuestos delitos cometidos por los recurrentes, se les vulnera su derecho al juez imparcial.

**3.2. Argumentos de los demandados**

3.2.1. Los demandados expresan que no se han vulnerado los derechos de los demandantes, pues se ha resuelto conforme a ley, habiendo los demandantes sido notificados debidamente con la disposición de la formalización de la investigación preparatoria y además han hecho ejercicio de su derecho de defensa.

**3.3. Consideraciones del Tribunal Constitucional**

3.3.1. La independencia judicial debe, pues, percibirse como la ausencia de vínculos de sujeción política (imposición de directivas por parte de los órganos políticos) o de procedencia jerárquica al interior de la organización judicial, en lo concerniente a la actuación judicial *per se*, salvo el caso de los recursos impugnativos, aunque sujetos a las reglas de competencia (Cfr. STC N° 0023-2003-AI/TC, FJ 31).

3.3.2. En este sentido "el *principio de independencia de la función jurisdiccional* tiene dos dimensiones:

**a) Independencia externa**. Según esta dimensión, la autoridad judicial, en el desarrollo de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a ningún interés que provenga de fuera de la organización judicial en conjunto, ni admitir presiones para resolver un caso en un determinado sentido. Las decisiones de la autoridad judicial, ya sea que ésta se desempeñe en la especialidad constitucional, civil, penal, penal militar, laboral, entre otras,

no pueden depender de la voluntad de otros poderes públicos (Poder Ejecutivo o Poder Legislativo, por ejemplo), partidos políticos, medios de comunicación o particulares en general, sino tan solo de la Constitución y de la ley que sea acorde con ésta. (…).

**b) Independencia interna**. De acuerdo con esta dimensión, la independencia judicial implica, entre otros aspectos, que, dentro de la organización judicial: 1) la autoridad judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a la voluntad de otros órganos judiciales, salvo que medie un medio impugnatorio; y, 2) que la autoridad judicial, en el desempeño de la función jurisdiccional, no pueda sujetarse a los intereses de órganos administrativos de gobierno que existan dentro de la organización judicial.

En cuanto al primero de los puntos mencionados, cabe mencionar que el *principio de independencia judicial* prohíbe que los órganos jurisdiccionales superiores obliguen a los órganos de instancias inferiores a decidir de una determinada manera, si es que no existe un medio impugnatorio que de mérito a tal pronunciamiento. De este modo, siempre que medie un medio impugnatorio las instancias superiores podrán corregir a las inferiores respecto de cuestiones de hecho o de derecho sometidas a su conocimiento, según sea el caso.

En cuanto al segundo punto, el *principio de independencia judicial* implica, en primer término, la separación de las funciones jurisdiccionales de las funciones administrativas que eventualmente pudieran desempeñar los jueces dentro de la organización judicial, de manera que las funciones propias de esta administración no puedan influir en la decisión judicial que se adoptará en un determinado proceso. En efecto, si un magistrado ha sido elegido por sus iguales como su representante para desempeñar funciones de naturaleza administrativa, entonces resulta evidente que, para desempeñar el encargo administrativo, mientras este dure, debe suspender sus actividades de naturaleza jurisdiccional, de modo tal que no pueda influir en la resolución de un determinado caso. Así sucede por ejemplo, en el ejercicio de la labor de los presidentes de la Corte Suprema, de las Cortes Superiores de Justicia, de la Oficina de Control de la Magistratura, entre otros" (Subrayado nuestro) [Conforme STC N.° 0004-2006-AI/TC, FJ 18].

3.3.3. Conviene precisar que la garantía de la independencia del juez está íntimamente ligada al derecho a ser juzgado por un juez imparcial, que si bien "no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución. Ello, sin embargo, no ha impedido a este Tribunal reconocer en él a un derecho implícito que forma parte de un derecho expreso. A saber, del derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución" [Cfr. STC 6149-2006-AA/TC, FJ 48]. De allí que, este mismo Tribunal ha reconocido la relación de complementariedad que existe entre ambas garantías al expresar que "mientras la garantía de la independencia, en términos generales, alerta al juez de influencias externas, la garantía de la imparcialidad se vincula a exigencias dentro del proceso, definidas como la independencia del juez frente a las partes y el objeto del proceso mismo. De este modo, ambas deben ser entendidas como una totalidad, por lo que no puede alegarse el respeto al principio de independencia mientras existan situaciones que generen dudas razonables sobre la parcialidad de los jueces" (Subrayado nuestro) [Cfr. STC N° 02465-2004-AA/TC, FJ 9].

3.3.4. Habiendo quedado demostrado la vinculación que existe entre la independencia e imparcialidad del juez, resulta necesario identificar las dos vertientes de la imparcialidad: subjetiva y objetiva. En lo que respecta a la imparcialidad subjetiva, ésta se refiere a cualquier compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o con el resultado del proceso. Desde esta perspectiva, el derecho a un juez imparcial garantiza que una persona no sea sometida a un proceso o procedimiento en el que el juez, o quien está llamado a decidir sobre la cuestión litigiosa, tenga algún tipo de compromiso con alguna de las partes o con el resultado del mismo. Al lado de la dimensión subjetiva, el Tribunal también ha destacado en el principio de imparcialidad una dimensión objetiva, referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable [Cfr. STC N.° 06149-2006-PA/TC, FFJJ 54 a 57]. Así, cuando el Estado ha otorgado a determinadas personas la facultad de ejercer los elementos de la jurisdicción, lo ha hecho justamente para asegurar que sea un tercero el que resuelva los conflictos jurídicos que puedan surgir entre privados, o, entre el Estado y los ciudadanos. Y es que sólo un tercero puede asegurar que el conflicto puesto a su conocimiento sea resuelto con objetividad. Esta posición de neutralidad implica un compromiso de respeto hacia las partes, por lo que crear desajustes durante el proceso

que inclinen la balanza a favor o en contra del imputado resultaría una grave violación a esta responsabilidad y desnaturalizaría la esencia del rol del Juez [Cfr. STC N° 02568-2011-PHC/TC, FJ 14].

3.3.5. De este modo, no puede invocarse el *principio de independencia* en tanto existan signos de parcialidad, pues según el entero del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual comparte este Colegiado: "[Un] Tribunal no podría, sin embargo, contentarse con las conclusiones obtenidas desde una óptica puramente subjetiva; hay que tener igualmente en cuenta consideraciones de carácter funcional y orgánico (perspectiva objetiva). En esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia (…); debe recusarse todo juicio del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad. Esto se deriva de la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables (…)" (subrayado nuestro, Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso De Cubber contra Bélgica, del 26 de octubre de 1984) [Cfr. STC N.° 0004-2006-PI/TC, FJ 20].

3.3.6. Esta teoría, llamada de la apariencia y formulada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con el brocardo *"justice must not only be done; it must also be seen to be done"* [no sólo debe hacerse justicia, sino también parecerlo que se hace] (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Delcourt vs. Bélgica, de 17 de enero de 1970, párrafo 31), no consiente que, en abstracto, este Tribunal pueda establecer cuáles son esas condiciones o características de orden orgánico o funcional que impiden que un juzgador pueda ser considerado como un ente que no ofrece una razonable imparcialidad. Su evaluación, por el contrario, debe realizarse en cada caso concreto [Cfr. STC N.° 06149-2006-PA/TC, FJ 59].

3.3.7. Cabe aclarar que la teoría de la apariencia aplicada a la imparcialidad de los jueces, es perfectamente aplicable, también, a la independencia con que deben contar los mismos al momento de impartir justicia. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estima que "es preciso recordar que para poder establecer sin un tribunal puede ser considerado "independiente" debe tenerse en cuenta, entre otras cosas, la forma de designación de sus miembros y la duración de su mandato, la existencia de garantías frente a presiones externas y la cuestión relativa a la apariencia de independencia que presenta el colegiado. En lo que se refiere a la "imparcialidad", existen dos aspectos que deben tenerse en cuenta con relación a este requisito. En primer lugar, el tribunal debe hallarse subjetivamente libre de cualquier prejuicio o tendencia personal. En segundo lugar, debe ser imparcial también desde el punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer las suficientes garantías para excluir cualquier duda legítima al respecto (…). Los conceptos de independencia e imparcialidad objetiva están estrechamente vinculados y (…) la Corte los considerará de manera conjunta en relación al presente caso" (Subrayado nuestro) [Caso Morris vs. Reino Unido].

3.3.8. Bajo la teoría de la apariencia, ha de exigirse que el juez se encuentre en una relación lo razonablemente equidistante de ambas partes, de manera que el proceso judicial cumpla mínimamente con las exigencias derivadas del derecho a un juez independiente e imparcial.

3.3.9. Debe tomarse en cuenta que si bien, *prima facie*, la imparcialidad e independencia son garantías consustanciales y necesarias para una correcta administración de justicia, éstas deben entenderse, a su vez, como garantías para los imputados (garantía a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial), configurándose, de este modo, su doble dimensión [Cfr. STC N° 00023-2003-AI/TC, FJ 34].

**3.4. Análisis del caso concreto**

3.4.1. En el caso de autos, se observa que sobre el proceso penal que se sigue contra los recurrentes del presente hábeas corpus, el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Huánuco (Jorge Castañeda Espinoza) ha emitido diversas opiniones al respecto; como, por ejemplo, que Giles y compañía actuaron "de forma ilegal e ilícita" durante la "intervención violenta", "la autoridad municipal se excedió en sus actos", "es absurdo pensar que vamos a entregar el terreno" (Véase Diario Ahora del 27 de noviembre de 2012, corriente a fojas 33).

3.4.2. El Presidente de la Corte Superior de Justicia de Huánuco al ser consultado por el juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Pasco (Juez de primera instancia que conoció el presente hábeas corpus) para que exprese ¿Cuáles son las opiniones que su persona ha emitido respecto al caso de los hoy demandantes? Dijo que ninguna, por cuanto sus apreciaciones personales se enmarcan dentro de la razón y el derecho y en defensa de la institución que representa (véase la toma de declaración corriente a fojas 94).

3.4.3. El responsable de la Oficina de Programación e Inversiones del Poder Judicial solicitó, a la Oficina de Programación e Inversiones de la Municipalidad Provincial de Huánuco, su apoyo

"a efecto de que se solicite al señor Alcalde Provincial, como autoridades del Gobierno Local que Ud. integra, eviten acciones que determine la reversión del terreno asignado para tan importante obra de sede judicial" (véase Oficio N.° 355-2012-OPI-PJ, del 23 de octubre de 2012, corriente de fojas 126 a 127).

3.4.4. Entonces, se observa que en el proceso penal de usurpación agravada, daño agravado, abuso de autoridad, ejercicio arbitrario de un derecho por propia mano, violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones, que se sigue contra los recurrentes en el Distrito Judicial de Huánuco, la Corte Superior de Justicia de Huánuco (supuestamente agraviada) tiene un particular interés en el resultado del proceso.

3.4.5. Si bien es cierto, jurisdiccionalmente, los jueces no están sometidos jerárquicamente al presidente de la Corte Superior de Justicia del distrito judicial al que pertenecen; administrativamente, aquellos poseen un cierto grado de subordinación en relación a éste último; lo que analizado a la luz del caso concreto, puede generar cierta dosis de injerencia de parte del referido presidente que comprometa seriamente la independencia e imparcialidad de los jueces al momento de resolver las causas que conocen; máxime si una de ellas compromete a la Corte Superior de Justicia donde labora. Por ejemplo, el Presidente de la Corte Superior de Justicia cautela el cumplimiento de las obligaciones de los magistrados del distrito judicial, supervisa la asistencia y puntualidad de los magistrados cautelando que se registre en su legajo personal, conforma las Salas de acuerdo al criterio de especialización (artículo 90, numerales 4, 5 y 7 del D.S. N° 017-93-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial); asimismo, el Consejo Ejecutivo Distrital, que es integrado y presidido por el Presidente de la Corte Superior, concede o niega las licencias solicitadas por los vocales, jueces especializados o mixtos, de paz letrados; fija los turnos de las salas y juzgados; resuelve los asuntos relativos a traslados, reasignaciones, reubicaciones de funcionarios y demás servidores dentro del distrito judicial (artículo 96, numerales 5, 6 y 16 del D.S. N° 017-93-JUS).

3.5.6. En consecuencia, existen indicios razonables y suficientes que llevan a concluir a este Colegiado que la independencia e imparcialidad de los jueces del distrito judicial de Huánuco están seriamente afectadas por la posición que ha tomado el presidente de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, en defensa de la misma. De allí que, resulta una motivación aparente que el **único** fundamento del juez de investigación preparatoria del distrito de Amarilis para justificar la existencia del peligro de fuga y de obstaculización de la justicia sea la gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento:

"[E]xiste una posibilidad de peligro de fuga por parte de Jesús Giles Alipazaga y Clever Edgardo Zevallos Fretel, toda vez que los delitos por el cual se le viene investigando el Ministerio Público son delitos graves (…), por lo cual ante estos investigados se podría presumir que estando al resultado de la pena que le esperaría estos podrían eludir la acción de la justicia porque la pena que les espera es una pena grave" (véase Resolución N.° 3, de fecha 9 de diciembre de 2012, corriente de fojas 264 a 274).

Más carente de razonabilidad resulta lo expresado por la Sala de Apelaciones de Huánuco que confirma la prisión preventiva contra los referidos recurrentes, expresando que:

"[En] mérito de sus propias actividades laborales en su condición de autoridades políticas existe, con un alto grado de probabilidad, que dispongan de facilidades para permanecer ocultos y/o fugar del país, ello como producto de sus relaciones personales que podrían mantener con otros funcionarios y/o autoridades políticas del país, para coadyuvar igualmente a una posible huida"; seguidamente manifiesta que "según lo manifestado por el Ministerio Público (…), aún falta ampliarse investigación contra los miembros del personal de serenazgo que participaron en los hechos sub judice,(…), y en tal sentido, atendiendo al grado de subordinación que tienen en relación al Alcalde y Teniente Alcalde es de presumir que podrían ser influenciados por éstos para que informen falsamente o se comporten de manera desleal y reticente con la finalidad de sustraerlos de la acción de la justicia, lo mismo que podría ocurrir con los demás testigos y peritos que podrían ser citados en el presente caso; de modo que se presenta un supuesto de obstaculización de la actividad probatoria que podría atentar contra el objetivo del proceso penal" (Véase Resolución N.° 11, de fecha 16 de diciembre de 2012, corriente de fojas 418 a 425).

3.5.7. Como se observa, los jueces de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, para disponer y confirmar la prisión preventiva, han sustentado el supuesto peligro procesal

existente (peligro de fuga y peligro de obstaculización) en criterios meramente subjetivos y no objetivos conforme lo exige la jurisprudencia de este Colegiado que dice: "la existencia o no del peligro procesal debe determinarse a partir del análisis de una serie de circunstancias que pueden tener lugar antes o durante el desarrollo del proceso y que están ligadas, fundamentalmente con los antecedentes del procesado, su situación profesional, el cargo que detenta, su situación familiar y social dentro de la comunidad con las actitudes y valores morales del procesado, su ocupación, sus bienes, sus vínculos familiares y todo otro factor que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la libertad del inculpado, previa a la determinación de su eventual responsabilidad, pone en serio riesgo el correcto desenvolvimiento de la labor de investigación y la eficacia del proceso, además deben existir elementos que permitan prever que el imputado cometa actos que perturben la actividad probatoria" (Subrayado nuestro) [Cfr. STC N.° 3629-2005-PHC/TC, FJ 6].

3.5.8. En conclusión, se observa que en el presente caso los jueces de la Corte Superior de Justicia de Huánuco no aparentan una verdadera independencia e imparcialidad al procesar a los recurrentes. De allí que, de la fundamentación expuesta precedentemente se desprende que existen indicios razonables y suficientes que demuestran la vulneración de la *independencia interna* de los jueces, quienes deben actuar conforme a la Constitución y la ley y no sujetarse a los intereses de la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Huánuco. Estos mismos jueces no cuentan con una *imparcialidad subjetiva*, debido al grado de compromiso que tienen con la institución a la cual pertenecen, quien es, a su vez, la presunta parte agraviada en el proceso penal que se les sigue a los recurrentes, donde se evidencia la existencia del Acuerdo de Consejo N° 131-2012-MPHCO-O que revierte el inmueble donado por la Municipalidad Provincial de Huánuco a favor de la Corte Superior de Justicia de Huánuco; por lo que, el resultado del proceso a la que arriben los jueces de Huánuco comprometerá directamente los intereses de la institución de la cual forman parte. Tampoco cuentan con una *imparcialidad objetiva*, debido a la existencia de influencias negativas hacia los jueces de parte de la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Huánuco; no ofreciéndose, entonces, las suficientes garantías que hagan suponer la imparcialidad de quienes suscriben las resoluciones emitidas en el proceso penal que se les sigue a los recurrentes.

3.5.9. Por tanto, la demanda debe ser declarada fundada y en consecuencia disponer la nulidad de todo lo actuado en el proceso penal iniciado contra los recurrentes, al haberse acreditado que los órganos jurisdiccionales de la Corte Superior de Justicia de Huánuco no ofrecen la garantía que le asiste a toda persona de ser juzgada por un juez independiente e imparcial.

**4. Efectos de la sentencia**

En razón a lo resuelto en el presente caso, este Colegiado estima necesario precisar y delimitar cuáles serán los efectos del presente pronunciamiento; toda vez que, el juez constitucional no puede arrogarse facultades que atañen a los jueces ordinarios. En este sentido, debe tenerse en cuenta que en Huánuco está vigente, desde el 1 de junio de 2012, el Nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 957) en cuyo artículo 39 dispone que *"[l]a transferencia de competencia se dispone únicamente cuando circunstancias insalvables impidan o perturben gravemente el normal desarrollo de la investigación o del juzgamiento (…)"*. Asimismo, el artículo 41 del mismo cuerpo legal prescribe que *"(…) [c]uando se trate del Juez de distinto Distrito Judicial, o de la Sala Penal Superior, la resolverá la Sala Penal Suprema"* (subrayado nuestro). En consecuencia, corresponde a la Sala Penal Suprema disponer la transferencia de competencia a un Distrito Judicial distinto al de Huánuco donde esté vigente el Nuevo Código Procesal Penal, con la finalidad de que las presuntas conductas delictivas objeto de imputación del proceso penal seguido contra los recurrentes del proceso constitucional de autos, con motivo de la emisión y ejecución del Acuerdo de Consejo N° 131-2012-MPHCO-O, sean de conocimiento de un órgano jurisdiccional imparcial.

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, al haberse acreditado la vulneración del derecho a ser juzgado por un juez independiente e imparcial; y en consecuencia, declarar **NULO** el proceso penal de usurpación agravada, daño agravado, abuso de autoridad, ejercicio arbitrario de un derecho por propia mano, violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones, signado con el Expediente N.° 0084-2012 y seguido contra los recurrentes en la Corte Superior de Justicia de Huánuco.

2. **ORDENAR** a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República que, en ejercicio de sus atribuciones, disponga la transferencia de

competencia a un Distrito Judicial distinto al de Huánuco y en donde se encuentre vigente el Nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 957.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.° 00512-2013-PHC/TC
PASCO
JESÚS GILES ALIPAZAGA Y OTROS

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI**

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

1. Que en el presente caso encontramos una demanda de hábeas corpus interpuesta por los recurrentes contra la Fiscal de la Cuarta Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huánuco, doña Liliana Viviano Fretel, el Juez de Investigación Preparatoria del Distrito de Amarilis, Jenner García Duran, y el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, con el objeto de que se declare la nulidad de la i) Disposición Fiscal N° 02-2012, de fecha 7 de diciembre de 2012, que mandó formalizar y continuar la investigación preparatoria, ii) el requerimiento fiscal de la prisión preventiva de los actores, de fecha 7 de diciembre de 2012 (caso fiscal N° 2006014504-2012-1091-0), y iii) la Resolución Judicial N° 3, de fecha 9 de diciembre de 2012, a través de la cual el órgano judicial resolvió imponer prisión preventiva, ubicación y captura de Giles Alipazaga y Zevallos Fretel, así como la comparecencia restringida de Silva Céspedes, Ollague Rojas, Nuñez Barboza y Llanos Doria, en el proceso penal que se le sigue por los delitos de usurpación agravada y otros (Exp. N° 0084-2012-68-1201-JR-PE-01), puesto que considera que se le está afectando sus derechos a la libertad individual, al juez imparcial, a la presunción de inocencia y al debido proceso.

   Afirman en efecto que emitieron el Acuerdo de Consejo N° 131-2012-MPHCO-O, por el cual se aprobó la reversión del inmueble donado por la Municipalidad Provincial de Huánuco a favor de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, el que fue ejecutado conforme a sus competencias. Señalan que por dichos hechos fueron denunciados por el delito doloso, considerando que dicho acto fue arbitrario, habiéndose emitido la disposición fiscal de formalización y continuación de la investigación preparatoria, sin que se inicien las diligencias respectivas a efecto de individualizar al autor de los hechos. Asimismo señalan que el requerimiento fiscal de prisión preventiva es arbitrario puesto que no cumple con los presupuestos exigidos, es decir no existen pruebas que vinculen a los denunciados como autores o participes del delito ni existe peligro procesal, ya que los demandantes no fueron las personas que ingresaron al bien inmueble y que siendo funcionarios de la Municipalidad no podrían darse a la fuga. Finalmente señalan que la resolución judicial que dispuso su prisión preventiva y la comparecencia restringida no cumple con los presupuestos legales exigidos.

   Tenemos también que según documentación adjuntada a esta sede se advierte que el Juzgado de Investigación Preparatoria de Amarilis, por Resolución N° 2, de fecha 22 de mayo de 2013, declaró fundado el requerimiento de cesación de prisión preventiva solicitada por Jesús Giles Alipazaga, dejando sin efecto la prisión preventiva dictada en su contra y dictándole mandato de comparecencia restringida. Dicha resolución fue revocada por la Sala Superior por Resolución N° 7, de fecha 13 de junio de 2013, y reformándola dispuso que continué la medida coercitiva de prisión preventiva dictada en contra del investigado Jesús Giles Alipazaga, es decir, deja subsistente la prisión preventiva dispuesta inicialmente por el Juzgado de Investigación Preparatoria de Amarilis.

2. Tenemos así que si bien los recurrentes cuestionan lo referido a la Disposición Fiscal N° 02-2012, de fecha 7 de diciembre de 2012, que dispuso formalizar y continuar la investigación preparatoria, en puridad de los escritos presentados en realidad lo que expresa es que lo que afecta sus derechos es el inicio del proceso penal en el que se les han restringido sus derechos, esencialmente la libertad individual.

3. Es así que de habernos tenido que pronunciar, tendríamos que señalar que la Constitución establece expresamente en su artículo 200°, inciso 1, que el hábeas corpus procede cuando se vulnera o amenaza el derecho a la libertad individual o sus derechos constitucionales conexos, razón por la que conforme a la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, las actuaciones del Ministerio Público son postulatorias y en ningún caso decisorias sobre lo que la judicatura resuelva en cuanto a la imposición de las medidas coercitivas de la libertad [Cfr. RTC 07961-

2006-PHC/TC, RTC 05570-2007-PHC/TC y RTC 01626-2010-PHC/TC, entre otras], resultando que los pronunciamientos judiciales que coartan la libertad individual si pueden ser objeto de un control constitucional a través del hábeas corpus por comportar un agravio directo a la libertad individual, claro está siempre que cumplan con el requisito de firmeza que exige este proceso libertario.

4. Ahora si nos enfocamos en lo que es materia de la pretension. Es así que se observa que si bien los recurrentes interpusieron demanda de hábeas corpus contra determinadas resoluciones judiciales, en puridad del contenido de la demanda y de los escritos posteriores se advierte que lo que denuncian es la afectación del derecho a ser juzgado por un juez imparcial, cuestionando propiamente el inicio del proceso penal en atención a que consideran que el distrito judicial no brinda la garantía necesaria para que se lleve un juzgamiento independiente e imparcial.

5. En tal sentido se advierte que el cuestionamiento se centra en el hecho de que se ha iniciado el proceso penal ante un órgano que no brinda las garantías necesarias, razón por la que solicita se declare la nulidad del proceso penal a efectos de que otro órgano jurisdiccional –que brinde las garantías– asuma competencia. En dicho contexto se aprecia que los recurrentes expresan que no pueden ser juzgados por jueces de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, cuando la corte es la presunta agraviada en los delitos que se le imputan a los recurrentes, razón por la que consideran que se les afecta su derecho al juez imparcial.

**Sobre el derecho a ser juzgado por un Juez independiente e imparcial**

6. El artículo 139° de la Constitución Peruana establece como uno de los principios propios de la función jurisdiccional *"la independencia en el ejercicio de sus funciones".*

7. Este principio supone un mandato para que en todos los poderes públicos, los particulares e, incluso, al interior del propio órgano, se garantice el respeto de la autonomía del Poder Judicial en el desarrollo de sus funciones, de modo que sus decisiones sean imparciales y más aún se logre mantener esa imagen de imparcialidad frente a la opinión pública.

8. Sobre el particular el Tribunal Constitucional ha sostenido:

> *La independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional.*
>
> *El principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños [otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial] a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso.*
>
> *La independencia judicial debe, pues, percibirse como la ausencia de vínculos de sujeción política (imposición de directivas por parte de los órganos políticos) o de procedencia jerárquica al interior de la organización judicial, en lo concerniente a la actuación judicial per se, salvo el caso de los recursos impugnativos, aunque sujetos a las reglas de competencia.*
>
> *La independencia, como una categoría jurídica abstracta, necesita materializarse de algún modo si pretende ser operativa. En tal sentido, no basta con que se establezca en un texto normativo que un órgano determinado es independiente y autónomo en el ejercicio de sus funciones, como el caso del artículo III del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Justicia Militar ["es autónoma y en el ejercicio de sus funciones sus miembros no dependen de ninguna autoridad administrativa"]; también es importante que la estructura orgánica y funcional de una jurisdicción especializada –como la militar– posibilite tal actuación. (STC N° 0004-2006-AI/TC).*

9. De lo expuesto se desprende, entre otros aspectos, que el *principio de independencia de la función jurisdiccional* tiene dos dimensiones:

   a) **Independencia externa**. Según esta dimensión, la autoridad judicial, en el desarrollo de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a ningún interés que provenga de fuera de la organización judicial en conjunto, ni admitir presiones para resolver un caso en un determinado sentido. Las decisiones de la autoridad judicial, ya sea que ésta se desempeñe en la especialidad constitucional, civil, penal, penal militar, laboral, entre otras, no pueden depender de la voluntad de otros poderes públicos (Poder Ejecutivo o Poder Legislativo, por ejemplo), partidos

políticos, medios de comunicación o particulares en general, sino tan solo de la Constitución y de la ley que sean acordes con ésta.

En el caso de los poderes públicos estos se encuentran prohibidos por la Constitución de ejercer influencias sobre las decisiones judiciales, ya sean estableciendo órganos especiales que pretendan suplantar a los órganos de gobierno de la organización jurisdiccional, o creando estatutos jurídicos básicos distintos para los jueces que pertenecen a una misma institución y se encuentren en similar nivel y jerarquía, entre otros casos.

Ahora bien la exigencia de que el juzgador, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no admite la influencia de otros poderes o personas, sean públicos o privados, no implica que el juez goce de una discreción absoluta en cuanto a las decisiones que debe asumir, pues precisamente el principio de independencia judicial tiene como correlato que el juzgador solo se encuentre sometido a la Constitución y a la ley expedida conforme a ésta, tal como se desprende de los artículos 45 y 146 inciso 1), de la Constitución, que establecen lo siguiente: "El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen (...)"; y "El Estado garantiza a los magistrados judiciales: 1. Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y la ley", respectivamente.

De otro lado es importante precisar que lo expuesto en los parágrafos precedentes no implica que la actuación de los jueces, en tanto que autoridades, no pueda ser sometida a crítica. Ello se desprende de lo establecido en el artículo 139, inciso 20, de la Constitución, que dispone que toda persona tiene derecho "de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley"; y del artículo 2, inciso 4, del mismo cuerpo normativo, según el cual toda persona tiene derecho a la libertad de opinión, expresión y difusión del pensamiento. El derecho a la crítica de las resoluciones judiciales es el derecho de toda persona de examinar y emitir juicios públicamente respecto de las decisiones que adoptan los jueces en todas las especialidades e instancias. Sobre la denominada "crítica social", Luigi Ferrajoli ha sostenido:

> Es por esta vía mucho mejor que a través de las sanciones jurídicas o políticas, como se ejerce el control popular sobre la justicia, se rompe la separación de la función judicial, se emancipan los jueces de los vínculos políticos, burocráticos y corporativos, se deslegitiman los malos magistrados y la mala jurisprudencia, y se elabora y se da continuamente nuevo fundamento a la deontología judicial.
>
> Tal derecho a la crítica de la resoluciones judiciales también tiene límites, entre los que destaca, entre otros, que esta no deba servir para orientar o inducir a una determinada actuación del juez, pues este solo se encuentra vinculado por la Constitución y la ley que sea conforme a esta.

b) **Independencia interna**. De acuerdo con esta dimensión la independencia judicial implica, entre otros aspectos que dentro de la organización judicial: 1) la autoridad judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a la voluntad de otros órganos judiciales, salvo que medie una impugnación; y, 2) que la autoridad judicial, en el desempeño de la función jurisdiccional, no pueda sujetarse a los intereses de órganos administrativos de gobierno que existan dentro de la organización judicial.

10. En cuanto al primero de los puntos mencionados cabe distinguir que el *principio de independencia judicial* prohíbe que los órganos jurisdiccionales superiores obliguen a los órganos de instancias inferiores a decidir de una determinada manera, si es que no existe un medio impugnatorio que de mérito a tal pronunciamiento. De este modo, siempre que medie un medio impugnatorio las instancias superiores podrán corregir a las inferiores respecto de cuestiones de hecho o de derecho sometidas a su conocimiento, según sea el caso.

11. En cuanto al segundo punto el *principio de independencia judicial* implica, en primer término, la separación de las funciones jurisdiccionales de las funciones administrativas que eventualmente pudieran desempeñar los jueces dentro de la organización judicial, de manera que las funciones propias de esta administración no puedan influir en la decisión judicial que se adoptará en un determinado proceso. En efecto, si un magistrado ha sido elegido por sus iguales como su representante para desempeñar funciones de naturaleza administrativa, entonces resulta evidente que,

para desempeñar el encargo administrativo, mientras este dure debe suspender sus actividades de naturaleza jurisdiccional, de modo tal que no pueda influir en la resolución de un determinado caso. Así sucede por ejemplo, en el ejercicio de la labor de los presidentes de la Corte Suprema de las Cortes Superiores de Justicia, de la Oficina de Control de la Magistratura, entre otros.

12. Finalmente cabe precisar que en general "[e] l sometimiento del juez a la ley supone su *no sometimiento* a cualquier otra voluntad, incluida la suya propia, en forma de preferencias personales (lo que más bien podría denominarse *imparcialidad*). En realidad la justificación del juez como *tercero imparcial* se reconduce a la justificación del juez en cuanto sujeto a la ley. Todas las garantías del proceso se orientan a que se haga posible la realización de la voluntad de la ley, eliminando aquellas distancias que pudieran resultar de la falsificación, o supresión, de los supuestos en los que la aplicación de la ley debía basarse".

13. Asimismo también se ha referido en la sentencia recaída en el Expediente N.° 0004-2006-PI/TC, en el caso Palamara Iribarne vs. Chile, la Corte Interamericana reiteró un criterio ya expuesto en el siguiente sentido:

> La Corte estima que la estructura orgánica y composición de los tribunales militares [del ordenamiento jurídico chileno] supone que, en general, sus integrantes sean *militares en servicio activo*, estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando, su nombramiento no depende de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales, no cuenten con garantías suficientes de inamovilidad y no posean una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez o fiscales. Todo ello conlleva a que dichos tribunales carezcan de independencia e imparcialidad. [énfasis agregado]
>
> Respecto de la necesidad de que un juez o tribunal militar cumpla con las condiciones de independencia e imparcialidad, es imprescindible recordar lo establecido por la Corte en el sentido de que es necesario que se garantice dichas condiciones "de cualquier juez [o tribunal] en un Estado de Derecho. La independencia de *cualquier juez* supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo, garantías de inamovilidad y con una garantía contra presiones externas". En el mismo sentido se expresan los Principios Básicos de Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura. [énfasis agregado].

14. En conclusión se aprecia que mientras la garantía de la independencia en términos generales alerta al juez de influencias externas, la garantía de la imparcialidad se vincula a exigencias dentro del proceso, definidas como la independencia del juez frente a las partes y el objeto del proceso mismo. De este modo, ambas deben ser entendidas como una totalidad, por lo que no puede alegarse el respeto al principio de independencia mientras existan situaciones que generen dudas razonables sobre la parcialidad de los jueces. (STC N° 02465-2004-AA/TC).

**En el presente caso**

15. En el caso de autos se advierte que se denuncia en puridad no la nulidad de resoluciones judiciales, sino el inicio de un proceso penal contra los recurrentes ante un órgano judicial (Corte Superior de Justicia de Huánuco) que no otorgaba las garantías del caso, puesto que era el presunto agraviado en el proceso penal.

16. Es así que encontramos de autos que se abrió proceso penal contra los recurrentes por el delito de usurpación agravada, en la modalidad de daño agravado, abuso de autoridad, ejercicio arbitrario de un derecho por propia mano, violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones, imputándose al señor Giles Alipazaga y sus coprocesados el hecho de haber emitido un Acuerdo de Consejo (Acuerdo N° 131-2012-MPHCO-O) que disponía la reversión de un terreno donado por la Municipalidad Provincial de Huánuco a favor de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, evidenciándose que éste órgano es el presunto agraviado en el proceso penal referido.

17. Sin embargo pese a que se advirtió que en el proceso penal subyacente, la Corte Superior de Justicia de Huánuco era la presunta agraviada, el proceso se llevó en dicha sede. En tal sentido si bien se advierte que los jueces no están sometidos jerárquicamente al Presidente de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial al que pertenecen; administrativamente aquellos poseen cierto grado de subordinación en relación a éste último, situación que puede generar alguna injerencia, lo que trae como consecuencia que se comprometa seriamente la independencia e imparcialidad de los jueces al momento de resolver las causas que conocen.

18. Por ende se advierte del proceso penal referido que la Corte Superior de Justicia

de Huánuco es la presunta agraviada, observándose también que los jueces que laboran en dicha Corte son los mismos que han intervenido en el proceso penal, lo que implica que su participación como jueces del proceso penal cuestionado no ofrece las garantías necesarias para que se lleve el proceso penal con regularidad, puesto que la propia Corte Superior de Justicia de Huánuco tiene interés en el resultado del proceso. Por ende al advertirse que se ha abierto el proceso penal y dispuesto medidas restrictivas contra los recurrentes por un órgano cuya imparcialidad e independencia se encuentran en dudas, se ha vulnerado los derechos de los actores, correspondiendo declarar la nulidad del proceso penal seguido contra los demandantes, debiéndose remitir los actuados a otro Distrito Judicial que otorgue mayores garantías. En tal sentido conforme a la normativa aplicable corresponde a la Sala Penal Suprema disponer la transferencia de competencia a un Distrito Judicial distinto al de Huánuco, donde se encuentre vigente el Nuevo Código Procesal Penal, a efectos de que el proceso penal sea de competencia de un órgano que brinde las garantías requeridas y esté investido plenamente de independencia e imparcialidad.

19. En consecuencia la demanda debe ser estimada, correspondiendo declarar la nulidad del proceso penal seguido contra los recurrentes por los delitos de usurpación agravada, en la modalidad de daño agravado, abuso de autoridad, ejercicio arbitrario de un derecho por propia mano, violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones (Exp. N° 0084-2012), por haberse vulnerado su derecho a ser juzgado por un juez independiente e imparcial. Asimismo se debe disponer a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Republica que en ejercicio de sus atribuciones, disponga la transferencia de competencia a un Distrito Judicial distinto al de Huánuco, debiendo verificarse la vigencia del Nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 957.

Por lo expuesto mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda de hábeas corpus sobre la afectación del derecho a ser juzgado por un juez imparcial e independiente, correspondiendo por ende declarar la **NULIDAD** del proceso penal seguido contra los recurrentes por los delitos de usurpación agravada, en la modalidad de daño agravado, abuso de autoridad, ejercicio arbitrario de un derecho por propia mano, violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones (Exp. N° 0084-2012). Asimismo se **ORDENA** a la Sala Penal de la Corte Suprema de la Republica que en ejercicio de sus atribuciones, disponga la transferencia de competencia a un Distrito Judicial distinto al de Huánuco, debiendo verificarse la vigencia del Nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 957.

**S.**
**VERGARA GOTELLI**

EXP. N.° 00512-2013-PHC/TC
PASCO
JESÚS GILES ALIPAZAGA Y OTROS

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI**

Emito el presente voto singular en atención a las siguientes consideraciones:

1. Que mediante escritos de fechas 9 y 10 de diciembre de 2012 don Jesús Giles Alipazaga, Clever Edgardo Zevallos Fretel, Lorenzo Silva Céspedes, Juan Elías Ollague Rojas, Iván Núñez Barboza y don Nilton Fernando Llanos Doria interponen demanda de hábeas corpus contra la fiscal de la Cuarta Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huánuco, doña Liliana Vivanco Fretel, el Juez de Investigación Preparatoria del Distrito de Amarilis, Jenner García Duran, y el presidente de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, con el objeto de que se declare la nulidad de i) la Disposición Fiscal N.° 02-2012, de fecha 7 de diciembre de 2012, que dispuso formalizar y continuar la investigación preparatoria, ii) el requerimiento fiscal de la prisión preventiva de los actores de fecha 7 de diciembre de 2012 (Caso Fiscal N.° 2006014504-2012-1091-0), y iii) la Resolución judicial N° 3, su fecha 9 de diciembre de 2012, a través de la cual el órgano judicial resolvió imponer prisión preventiva y ubicación y captura de Giles Alipazaga y Zevallos Fretel, así como la comparecencia restringida de Silva Céspedes, Ollague Rojas, Núñez Barboza y Llanos Doria, en el proceso penal que se les sigue por los delitos de usurpación agravada y otros (Expediente N.° 0084-2012-68-1201-JR-PE-01). Alegan la afectación a los derechos al debido proceso, a la tutela procesal efectiva y a la libertad individual, entre otros.

   Al respecto afirman que fueron denunciados pese a que ninguno de los recurrentes estuvieron presentes al momento de los hechos, lo cual se demuestra con el video recabado por la fiscalía, el video recabado por la Municipalidad de Huánuco y las declaraciones de los vigilantes del inmueble allanado. Señalan que la disposición fiscal de formalización y continuación de la investigación preparatoria vulnera los derechos fundamentales toda vez que no se iniciaron las diligencias preliminares a fin de individualizar al autor de los hechos. Indican

que el requerimiento fiscal de su prisión preventiva es arbitrario ya que no cumple con los presupuestos para su dictado, pues no existe prueba que vincule a los denunciados como autores o partícipes del delito, dado que conforme a las declaraciones de los guardianes los que ingresaron al aludido predio fueron el personal de serenazgo de la municipalidad y no los actores, y no se da el peligro procesal en la medida que los demandantes no fueron las personas que ingresaron al bien inmueble y que un alcalde y sus regidores no pueden darse a la fuga abandonando sus funciones.

De otro lado, en cuanto a la resolución judicial que dispuso su prisión preventiva y comparecencia restringida, señalan que aquella es arbitraria ya que se emitió sin abrir las diligencias preliminares y no cumplió con los presupuestos legales para su dictado. Precisan que en la audiencia judicial de la medida restrictiva de la libertad no se valoró el video que exime de responsabilidad penal a los recurrentes del hábeas corpus.

2. Que la Constitución establece expresamente en su artículo 200°, inciso 1 que el hábeas corpus procede cuando se vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos a ella. No obstante, no cualquier reclamo que alegue la presunta afectación del derecho a la libertad individual o sus derechos conexos puede dar lugar al análisis del fondo de la materia cuestionada mediante el hábeas corpus, pues para ello debe examinarse previamente si los hechos cuya inconstitucionalidad se denuncia revisten relevancia constitucional y, luego, si aquellos agravian el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la libertad personal.

   Todo ello implica que para que proceda el hábeas corpus el hecho denunciado de inconstitucional debe necesariamente redundar en una afectación directa y concreta en el derecho a la libertad individual, de modo que la amenaza o violación al derecho constitucional conexo incida también, en cada caso, en un agravio al derecho a la libertad individual. Es por ello que el Código Procesal Constitucional prevé en su artículo 5°, inciso 1 que *"no proceden los procesos constitucionales cuando:* (...) *los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado"*.

   Por otra parte, el Código Procesal Constitucional establece en su artículo 4° que el proceso constitucional de hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad personal y la tutela procesal efectiva, por lo tanto su demanda no procede cuando dentro del proceso que dio origen a la resolución judicial que se cuestiona *no* se han agotado los recursos que otorga la ley para impugnarla o que habiendo sido cuestionada se encuentre pendiente de pronunciamiento judicial [Cfr. STC 4107-2004-HC/TC].

3. Que en cuanto al cuestionamiento de la Disposición Fiscal N.° 02-2012 de fecha 7 de diciembre de 2012 que dispuso *formalizar y continuar la investigación preparatoria* y al Requerimiento Fiscal de prisión preventiva de los actores, su fecha 7 de diciembre de 2012, el suscrito advierte que dichos pronunciamientos fiscales no manifiestan una afectación directa y concreta en el derecho a la libertad personal que pueda lugar a la procedencia de la presente demanda. En efecto, la disposición fiscal de formalizar y continuar la investigación preparatoria en contra del investigado, así como el requerimiento fiscal de que se restrinja su libertad personal, no determina, *per se*, un agravio a la libertad individual, pues dichas actuaciones son postulatorias a lo que *el juzgador* resuelva en cuanto a la imposición de las medidas coercitivas de la libertad que pueda corresponder a cada procesado en concreto. Asimismo, cabe advertir que la alegada falta de inicio de las diligencias preliminares que individualicen al autor de los hechos no tiene una incidencia negativa directa en el derecho a la libertad individual que dé lugar a su análisis vía el hábeas corpus.

   Al respecto se debe destacar que el Tribunal Constitucional viene subrayando en su reiterada jurisprudencia que las actuaciones del Ministerio Público son postulatorias y en ningún caso decisorias sobre lo que el juzgador resuelva en cuanto a la restricción del derecho a la libertad personal, y es que ante una eventual denuncia o acusación fiscal, e *inclusive* el requerimiento fiscal de que se restrinja o limite la libertad personal del investigado, será el juzgador competente el que determine en la pertinencia en la imposición de la medida coercitiva de la libertad personal [Cfr. RTC 07961-2006-PHC/TC, RTC 02688-2008-PHC/TC, RTC 05570-2007-PHC/TC y RTC 00475-2010-PHC/TC, entre otras].

   En tal sentido, en cuanto a este extremo, corresponde que la demanda sea rechazada en aplicación de la causal de improcedencia contenida en el artículo 5°, inciso 1 del Código Procesal Constitucional toda vez que los hechos que la sustentan *no* están referidos en forma directa y concreta al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal.

4. Que en lo que concierne al cuestionamiento respecto de la Resolución judicial N° 3, su fecha 9 de diciembre de 2012, a través de la cual el órgano judicial resolvió coartar la libertad personal de los actores (fojas 264), el suscrito advierte que al momento de interponerse la demanda no se había obtenido un pronunciamiento firme respecto de la referida resolución, esto es, que antes de interponerse la demanda constitucional se hayan agotado los recursos que otorga la ley para impugnar la resolución judicial que agravaría los derechos que se reclaman, habilitando así su examen constitucional [Cfr. RTC 01287-2012-PHC/TC, RTC 01588-2012-PHC/TC, RTC 02411-2011-PHC/TC, RTC 2729-2007-PHC/TC, RTC 8690-2006-PHC/TC, entre otros].

   Por consiguiente, en lo que concierne a este extremo corresponde el rechazo de la demanda conforme a lo establecido en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional.

5. Que no obstante el rechazo de la demanda, y con motivo de la alegación de la demanda que refiere que *no existe prueba que vincule a los actores como autores o partícipes del delito tanto así que los videos recabados y las declaraciones de los vigilantes del inmueble allanado demuestran que ellos no estuvieron presentes al momento de los hechos*, cabe destacar que el Tribunal Constitucional viene subrayando en su reiterada jurisprudencia que los juicios de reproche penal de culpabilidad o inculpabilidad, así como la valoración de las pruebas penales y su suficiencia, no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal, toda vez que son aspectos propios de la jurisdicción ordinaria que no compete a la justicia constitucional [Cfr. RTC 02245-2008-PHC/TC, RTC 05157-2007-PHC/TC, RTC 00572-2008-PHC/TC, entre otras].

Por estos fundamentos considero que la demanda de autos debe declararse **IMPROCEDENTE**.

**Sr.**
**URVIOLA HANI**

EXP. N.° 00512-2013-PHC/TC
PASCO
JESÚS GILES ALIPAZAGA Y OTROS

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN**

Haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 5° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, manifiesto, a través de este voto, mi parecer discrepante con la ponencia, por las consideraciones siguientes:

1. Que conforme es de verse del petitorio de la demanda constitucional de hábeas corpus, (fojas 65) los beneficiarios recurren al Juzgado de Investigación Preparatoria de Turno de Pasco por supuesto vulneración al derecho a la libertad y derechos conexos, al juez imparcial, derecho presunción de inocencia y debido proceso y la dirigen en contra de la señora Fiscal Liliana Janete Viviano Fretel , Fiscal de la Cuarta Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huánuco, así como contra del Presidente de la Corte Superior de Justicia de Huánuco señor Jorge Castañeda Espinoza, todos ellos con domicilio en la ciudad de Huánuco, pues refieren que la vulneración a sus derechos fundamentales se efectuó con la emisión de parte de la señora Fiscal de la Disposición N° 02-2010-MP-DJH-DIP-4FPP-HUANUCO, no obstante a que no se aperturaron las diligencias preliminares a fin de individualizar al presunto autor, además de haberse solicitado la detención preventiva, el mismo que refiere no cumple abiertamente con los presupuestos para dictarse, prisión preventiva al cual refiere resulta arbitraria.

2. Que a fojas 80 corre la modificación y ampliación de la demanda, mediante la cual refieren que al haberse dictado prisión preventiva en contra de los accionantes, se ha conculcado sus derechos fundamentales del debido proceso, tutela procesal efectiva, principio de presunción de inocencia, derecho de defensa, falta de motivación de las resoluciones y a la imparcialidad del juez, por lo que solicita se deje sin efecto la resolución N° 3 emitida por el Juzgado de Investigación Preparatoria el cual impone por cuatro meses la prisión preventiva de Jesus Giles Alipazaga y de don Clever Edgardo Zevallos Fretel, así como la comparecencia restringida de los señores Lorenzo Silva Cespedes, Nilton Fernando Llanos Doria, Iván Nuñez Barboza y Juan Elias Ollague Rojas dictado en el proceso penal que se les sigue por los delitos de usurpación agravada y otros (Expediente N° 0084-2012-68-1201-JR-pe-01), pues alegan que esta decisión resulta arbitraria y abusiva.

3. Refieren que de acuerdo al artículo 268° del Nuevo Código Procesal Penal, se tiene que cumplir con tres presupuestos concurrentes para dictar prisión preventiva en contra de los imputados, los cuales precisan que de acuerdo al video de audiencia que anexan se demuestra que no se han cumplido con tales presupuestos, afectando gravemente sus derechos fundamentales.

4. Que el artículo 202°, inciso 2, de la Constitución Política del Perú, señala que son atribuciones del Tribunal Constitucional "Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento". A su vez, el artículo 18° del Código Procesal Constitucional establece que "Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional (...)". No obstante no cualquier reclamo que alegue la presunta afectación del derecho a la libertad individual o sus derechos conexos puede dar lugar al análisis del fondo de la materia cuestionada mediante el hábeas corpus, pues para ello debe examinarse previamente si los hechos cuya inconstitucionalidad se denuncia revisten relevancia constitucional y, luego, si aquellos agravian el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la libertad personal.

5. Todo ello implica que, para que proceda el hábeas corpus, el hecho denunciado de inconstitucional debe necesariamente redundar en una afectación directa y concreta en el derecho a la libertad individual, de modo que la amenaza o violación al derecho constitucional conexo incida también, en cada caso, en un agravio al derecho a la libertad individual. Es por ello que el Código Procesal Constitucional prevé en su artículo 5° inciso 1 que "no proceden los procesos constitucionales cuando: (…) los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado.

6. Por otro lado, el Código Procesal Constitucional establece en su artículo 4° que el proceso constitucional de hábeas Corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad personal y la tutela procesal efectiva, por lo tanto su demanda no procede cuando dentro del proceso que dio origen a la resolución judicial que se cuestiona no se han agotado los recursos que otorga la ley para impugnarla o que habiendo sido cuestionada se encuentre pendiente de pronunciamiento judicial (Cfr. STC 4107-2004-HC/TC).

7. Al respecto nos remitimos a la Disposición Fiscal N° 02-2012 de fecha 7 de diciembre de 2012, que según refieren los beneficiarios resulta vulneratoria, mediante la cual se dispuso formalizar y continuar la investigación preparatoria y al Requerimiento Fiscal de presión preventiva de los actores, su fecha 7 de diciembre de 2012; este Colegiado advierte que dichos pronunciamientos fiscales no manifiestan una afectación directa y concreta en el derecho a la libertad personal que puedan dar lugar a la procedencia de la presente demanda. En efecto, la disposición fiscal de formalizar y continuar la investigación preparatoria en contra del investigado, así como el requerimiento fiscal de que se restrinja su libertad personal, no determina, per se, una agravio a la libertad individual, pues dichas actuaciones son postulatorias y no decisorias, conforme lo ha venido sosteniendo el Tribunal Constitucional en sus innumerables jurisprudencias.

8. En tal sentido, en cuanto a este extremo corresponde que la demanda sea rechazada en aplicación de la causal de improcedencia contenida en el artículo 5° inciso ° del Código Procesal Constitucional, toda vez que los hechos fácticos que la sustentan no están referidos en forma directa y concreta al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal

9. Respecto a la supuesta vulneración en la que se hubiera incurrido al dictarse la Resolución Judicial N° 3 de fecha 9 de diciembre de 2012 a través de la cual el órgano judicial resolvió coartar la libertad personal de los favorecidos (fojas 264); se advierte de la resolución materia de cuestionamiento que esta ha sido emitida con fecha 9 de diciembre de 2012 y la demanda fue interpuesta en la misma fecha esto es antes que la resolución quede firme; es más, contra la referida resolución los favorecidos interpusieron recurso impugnatorio de apelación, el mismo que ha sido resuelto por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huánuco el 16 de diciembre de 2012 cuya copia corre a fojas 697-704 de autos, mediante la cual se confirma la resolución número tres dictada por el Juez del Juzgado de Investigaciones Preparatoria de Amarilis, con lo cual queda fehacientemente acreditado que nos encontramos frente a una resolución que al momento de interponerse la demanda constitucional carecía de firmeza.

10. Que el artículo 4.° del Código Procesal Constitucional establece que constituye un requisito de procedibilidad del hábeas corpus contra resolución judicial la firmeza de la resolución cuestionada. Ello implica que antes de interponerse la demanda constitucional es preciso que se agoten los recursos legalmente previstos contra la resolución cuestionada al interior del proceso (Exp. 4107-2004-HC/TC, Caso Lionel Ricchi de la Cruz Villar).

Por las consideraciones expuestas, mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda de hábeas corpus.

**Sr.**
**CALLE HAYEN**

EXP. N.° 00512-2013-PHC/TC
PASCO
JESUS GILES ALIPAZAGA Y OTROS

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Lima, 18 de octubre de 2013

**VISTA**

La solicitud de aclaración de sentencia, presentada por el Procurador Público a cargo de la Defensa Jurídica del Ministerio Público; y,

**ATENDIENDO A**

1. Que de conformidad con el artículo 121 del Código Procesal Constitucional *"contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna. En el plazo de dos día a contar desde su notificación el Tribunal, de oficio o a instancia de puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en ese incurrido".*

2. Que en el escrito de fecha 9 de agosto de 2013, se solicita la aclaración de la sentencia del 19 de junio de 2013, en tanto la misma ha omitido pronunciarse sobre el cuestionamiento de la Disposición Fiscal N.° 02-2012, de fecha 7 de diciembre de 2012, que dispuso formalizar y continuar la investigación preparatoria y del Requerimiento Fiscal de prisión preventiva de los actores, de fecha 7 de diciembre de 2012. Al respecto se debe destacar que el Tribunal Constitucional viene subrayando en su reiterada jurisprudencia que las actuaciones del Ministerio Público son postulatorias y en ningún caso decisorias sobre lo que el juzgador resuelva en cuanto a la restricción del derecho a la libertad personal, y es que ante una eventual denuncia o acusación fiscal, e inclusive el requerimiento fiscal de que se restrinja o limite la libertad personal del investigado, será el juzgador competente el que determine en la pertinencia en la imposición de la medida coercitiva de la libertad personal [Cfr. RTC 07961-2006-PHC/TC, RTC 02688-2008-PHC/TC, RTC 05570-2007-PHC/TC y RTC 00475-2010-PHC/TC, entre otras].

3. En consecuencia, las actuaciones del Ministerio Público no tienen una incidencia negativa directa en el derecho a la libertad individual; salvo que, en las mismas, para el presente caso, hayan intervenido los jueces del Distrito Judicial de Huánuco, quienes no han actuado con independencia e imparcialidad; pues no debemos olvidar que si bien es cierto, la investigación preparatoria la dirige el Fiscal, los jueces tienen ciertas competencias y funciones dentro de esta etapa (artículos 29° y 323° del Decreto Legislativo N.° 957, Nuevo Código Procesal Penal).

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

**HA RESUELTO**

Declarar **FUNDADA** la solicitud de aclaración. En consecuencia, se **SUBSANA** la omisión producida, debiendo declararse **IMPROCEDENTE** la solicitud de nulidad de la Disposición Fiscal N.° 02-2012 y del Requerimiento Fiscal de prisión preventiva de los actores, de fechas 7 de diciembre de 2012, conforme el fundamento 3.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**ETO CRUZ**
**ALVAREZ MIRANDA**

***Sentencia 02362-2012-PA/TC*** *Proceso de amparo interpuesto por Gisela Elva Tejada Aguirre. El Tribunal estimó la demanda sobre afectación del derecho a la educación y a la igualdad.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 14 de agosto de 2013

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda interpuesta por una alumna de la Escuela de Posgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, quien manifestó que la demandada vulneró su derecho a la educación y a la igualdad al darla de baja de la maestría que venía estudiando por no haber tomado en cuenta la seria discapacidad visual que padece y no implementar un régimen de diferenciado para la evaluación de su desempeño académico.

Cabe destacar que, si bien la recurrente fue reincorporada en sus estudios de posgrado y pudo dar el examen oral que solicitó entre sus pretensiones, ambas situaciones se generaron como consecuencia de la ejecución de un mandato cautelar de naturaleza temporal, por lo que la presente sentencia otorgó a dicho mandato la calidad de ejecutivo.

Finalmente, y en atención a que no se acreditaron debidamente las medidas diferenciadas implementadas, el Tribunal ordenó a la demandada implementar un trato diferenciado para la evaluación de la recurrente que le permitiera sustentar sus conocimientos de acuerdo con la discapacidad visual que padece.

**Temas Claves:** Derecho a la educación — derecho a la igualdad y no discriminación — medida cautelar — personas con discapacidad — régimen de diferenciación — trato diferenciado.

EXP. N.° 02362-2012-PA/TC
LIMA
GISELA ELVA TEJADA AGUIRRE

**RAZÓN DE RELATORÍA**

En la presente causa la resolución sólo es suscrita por los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, no por el señor magistrado Beaumont Callirgos debido a que, a pesar de que estuvo presente en la vista de la causa, no llegó a votar y mediante Resolución Administrativa N° 66-2013-P/TC de fecha 3 de mayo de 2013, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 6 de mayo de 2013, se ha declarado la vacancia de dicho magistrado por la causal establecida en el artículo 16°, inciso 4, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 26 días del mes de julio de 2013, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Gisela Elva Tejada Aguirre contra la resolución de fojas 265, su fecha 12 de enero de 2012, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de autos.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 5 de noviembre de 2009 la recurrente interpone demanda de amparo contra la Escuela de Posgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas solicitando que se declare inaplicable a su persona el numeral 2.2.9 del Reglamento de Estudios, se deje sin efecto la carta de fecha 19 de octubre de 2009, y que, como consecuencia de ello se disponga su reincorporación como estudiante del programa de Maestría de Regulación IV y se le permita rendir una evaluación oral del curso de Derecho de la Regulación y la Competencia.

Refiere sufrir de ambliopía en ambos ojos, enfermedad irreversible que en su caso es producto de cataratas congénitas, las cuales le hicieron

perder la visión del ojo derecho y casi la totalidad de la visión del ojo izquierdo, situación por la cual siempre ha requerido de ayuda para realizar sus estudios y de la evaluación oral para sustentar sus exámenes, pues le es casi imposible concluir una evaluación escrita. Manifiesta haber seguido estudios de pregrado de la carrera de Derecho y haberlos concluido en el año 2006 en la casa de estudios mencionada, institución a la cual puso en conocimiento de sus limitaciones, y que en el año 2008, la Escuela de Posgrado emplazada la invitó a participar del programa de maestría antes indicado, al que postuló e ingresó, procediendo nuevamente a comunicar que por su problema visual requería de facilidades académicas para continuar sus estudios, a lo que la referida universidad le manifestó que ello no era un problema, razón por la cual la recurrente consideró que se le daría el mismo trato que se le brindó durante sus estudios de pregrado; que sin embargo, al finalizar el tercer ciclo de estudios, solicitó al director del programa y al director del Posgrado que se le permitiera rendir una evaluación oral de conocimiento en el curso de Derecho de la Regulación y la Competencia en atención a sus dificultades visuales, pues el profesor del curso pretendía que desarrollara un examen escrito; pese a lo cual su pedido fue desestimado en aplicación del numeral 2.2.9 del reglamento, vulnerándose así sus derechos a la educación, a la salud, a la dignidad y a la igualdad ante la ley.

El representante de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas debidamente acreditado con fecha 21 de enero de 2010, se apersona al proceso para asumir la defensa de la Escuela de Posgrado emplazada, y con fecha 9 de julio de 2010, contesta la demanda solicitando que sea desestimada pues no ha existido una intervención irrazonable en el derecho a la educación de la demandante, dado que de acuerdo con los numerales 2.2.1, 2.2.5, 2.2.6, 2.2.9 y el literal a) del numeral 3.4.1 del reglamento de la maestría, un alumno solo puede sustentar como máximo dos exámenes suplementarios a lo largo de dichos estudios y es dado de baja si acumula dos asignaturas desaprobadas, lo que en el caso de la recurrente ya había ocurrido, dado que sustentó dos exámenes suplementarios en las asignaturas de Análisis de Costos de Transacción y Derecho Administrativo Económico, desaprobando esta última asignatura, y posteriormente también desaprobó el curso de Derecho de la Regulación y la Competencia, razones por las cuales se procedió a darle de baja de conformidad con el reglamento de la maestría. Asimismo refiere que el reclamo de la recurrente solo se presentó al desaprobar el segundo curso, no habiéndose presentado una situación similar cuando desaprobó el curso de Derecho Administrativo Económico y desaprobó el examen suplementario o cuando desaprobó el curso de Análisis de Costos de Transacción, que luego aprobó a través de su segundo examen suplementario. Finalmente, alega que desde el inicio del Programa de Maestría, se tomaron en cuenta sus dificultades visuales y se hizo todo lo posible para facilitar el adecuado desempeño de la recurrente.

El Décimo Juzgado Especializado en lo Contencioso de Lima, con fecha 17 de enero de 2011, declaró fundada la demanda por estimar que pese a que la emplazada conocía de las limitaciones de la recurrente, la sometió al mismo tipo de reglas y evaluaciones que a los demás alumnos sin hacer excepción alguna, por lo que no le brindó un trato diferenciado aun cuando existían razones objetivas para establecer el trato diferenciado.

La Sala revisora revocó la apelada y declaró infundada la demanda al estimar que la separación de la maestría de la recurrente por parte de la emplazada se produjo con arreglo al reglamento de estudios, pues de acuerdo con los correos electrónicos de la recurrente, se le dio una oportunidad adicional a la que prevé el reglamento para que intentara aprobar el segundo curso desaprobado, evaluación que no aprobó.

Mediante recurso de agravio constitucional, la actora solicita que se declare fundada su demanda alegando que los correos electrónicos presentados como prueba han sido recortados, dado que la recurrente sí solicitó una evaluación oral al profesor del curso de Derecho de la Regulación y la Competencia, apelando a su deficiencia visual, y sin embargo, fue sometida nuevamente a una evaluación escrita, razón por la cual se han lesionado los derechos invocados.

**FUNDAMENTOS**

**Delimitación del petitorio**

1. La recurrente pretende que se declare inaplicable a su caso el numeral 2.2.9 del Reglamento de Estudios de la Maestría de Regulación IV de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y la carta de fecha 19 de octubre de 2009, manifestando que ha sido separada del referido estudio de posgrado vulnerándose sus derechos a la educación, a la salud, a la dignidad y a la igualdad ante la ley, al no haberse implementado un régimen de diferenciación acorde a la discapacidad visual que padece.

2. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2° del Código Procesal Constitucional, *"Los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data proceden cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona (...)"*. Asimismo, los

incisos 1), 17), 24) y 25) del artículo 37° del Código Procesal Constitucional prescriben que *"El amparo procede en defensa de los siguientes derechos: 1) De igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole; (…), 17) A la educación, (…), 24) A la salud, 25) Los demás que la Constitución reconoce"*.

3. En el presente caso teniendo en cuenta la finalidad de los procesos constitucionales y que la demandante manifiesta que la Escuela de Posgrado emplazada ha vulnerado su derecho a la educación y a la igualdad al darle de baja de la citada maestría por no haber implementado un régimen de diferenciación pese a que conocía de su discapacidad visual, corresponde ingresar a evaluar el fondo de la controversia en atención a que lo que se cuestiona es un presunto accionar lesivo en perjuicio de los derechos fundamentales a la igualdad, a la educación, a la salud y a la dignidad, generado por una entidad privada, análisis para el cual el proceso de amparo resulta idóneo.

**Análisis de la controversia**

**Alegatos de la demandante**

4. La recurrente manifiesta que la Escuela de Posgrado emplazada ha vulnerado su derecho a la educación y a la igualdad al darle de baja de la citada Maestría en Regulación IV por no haber tomado en cuenta la discapacidad visual que padece –y que oportunamente le comunicó– e implementar un régimen de diferenciación para la evaluación de su desempeño académico.

   Refiere haber seguido estudios de pregrado en Derecho en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y haberlos concluido en el año 2006, dado que recibió un trato diferenciado en atención a su discapacidad visual, razón por la cual, en el año 2008, aceptó la invitación de la Escuela de Posgrado emplazada para seguir los estudios en la Maestría de Regulación IV, pues se le manifestó que no había problema en otorgarle las facilidades académicas necesarias por su discapacidad visual. Expresa que, sin embargo, al finalizar el tercer ciclo de los estudios de posgrado, solicitó al director del programa y al director del Posgrado que se le permitiera rendir una evaluación oral de conocimiento en el curso de Derecho de la Regulación y la Competencia en atención a sus dificultades visuales, pues el profesor del curso pretendía que desarrollara un examen escrito, y que pese a ello, su pedido fue desestimado en aplicación del numeral 2.2.9 del reglamento, vulnerándose así los derechos invocados.

**Alegatos de la Universidad emplazada**

5. La Escuela de Posgrado emplazada manifiesta no haber vulnerado los derechos que se denuncia, toda vez que desde el inicio de los estudios de posgrado de la recurrente, se tomaron en cuenta sus dificultades visuales y se hizo todo lo posible para facilitarle un adecuado desempeño académico. Asimismo, refiere que lo que la recurrente pretende es la inaplicación del reglamento de estudios de posgrado, referente al número de exámenes suplementarios que puede sustentar un estudiante a lo largo de la maestría, pues de acuerdo con los numerales 2.2.1, 2.2.5, 2.2.6, 2.2.9 y el literal a) del numeral 3.4.1 del reglamento de la maestría, un alumno solo puede sustentar como máximo dos exámenes suplementarios y es dado de baja si acumula dos asignaturas desaprobadas. Aduce que en el caso de la recurrente esta situación ya se había presentado pues sustentó estos dos exámenes en las asignaturas de Análisis de Costos de Transacción y Derecho Administrativo Económico, desaprobando esta última asignatura, y posteriormente también desaprobó el curso de Derecho de la Regulación y la Competencia, razón por la cual se desestimó su pedido de un tercer examen suplementario en estricto cumplimiento del reglamento. Finalmente refiere que *"el reclamo de la demandante recién se produce cuando desaprueba el segundo curso de la Maestría sin posibilidad de rendir un tercer examen suplementario. Antes de ello cuando desaprobó el primer curso, esto, Derecho Administrativo Económico en donde además desaprobó el primer examen suplementario o de subsanación, nunca hizo un reclamo semejante al que motiva la presente demanda sobre una supuesta discriminación y afectación de su derecho a la educación"* (f. 138)**.**

**Consideraciones del Tribunal Constitucional**

6. De los alegatos de las partes, se advierte que la controversia se centra en dilucidar si en el caso de autos se afectaron los derechos a la educación y a la igualdad.

**Sobre los derechos a la educación y a la igualdad**

7. Este Colegiado, con relación al derecho a la educación, ha establecido lo siguiente:

   La educación es un **derecho** fundamental intrínseco y un medio indispensable para

> la plena realización de otros derechos fundamentales, y permite al ciudadano participar plenamente en la vida social y política en sus comunidades. Cabe acotar que la educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico.
>
> Es a través de este derecho que se garantiza la formación de la persona en libertad y con amplitud de pensamiento, para gozar de una existencia humana plena, es decir, con posibilidades ciertas de desarrollo de las cualidades personales y de participación directa en la vida social (STC 00091-2005-PA/TC, FJ 6, párrafos 1 y 2).

Asimismo también se ha manifestado que:

> […] [S]i bien mediante el derecho fundamental a la educación se garantiza a toda persona el interés jurídicamente protegido de recibir una formación que tiene por finalidad lograr su desarrollo integral y la promoción del conocimiento, entre otras, también se impone a toda persona el deber de cumplir con aquel conjunto de obligaciones académicas y administrativas establecidas por los órganos competentes (STC 04232-2004-PA, FJ 11, párrafo 9).

Respecto de su conexidad con otros derechos este Tribunal ha declarado que:

> Si bien la educación se configura como un derecho fundamental y como un servicio público, tiene además una relación de conexidad con otros derechos fundamentales, como los que se mencionan a continuación:
>
> a) Con el derecho a no ser víctima de violencia moral, psíquica o física o a tratos inhumanos o humillantes (artículo 2°, inciso 24, apartado h, de la Constitución).
>
> Existe afectación de ambos cuando se aplica a un estudiante castigos humillantes que afectan su integridad física, psíquica y moral.
>
> b) **Con el derecho a la igualdad (artículo 2º, inciso 2, de la Constitución).**
>
> **Existe afectación de ambos cuando se obstaculiza o restringe el acceso o permanencia en las entidades educativas, así como cuando el estudiante es discriminado por estas entidades por razones de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.**
>
> c) Con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2°, inciso 1, de la Constitución).
>
> Se configura la violación de ambos si se fijan, sin ningún criterio razonable y proporcional, restricciones como, por ejemplo, a la apariencia personal.
>
> d) Con el derecho al debido proceso (artículo 139°, inciso 2, de la Constitución).
>
> Se vulneran ambos derechos cuando no se otorga a un estudiante la oportunidad de defenderse de determinadas imputaciones; cuando no se le permite presentar pruebas; o cuando es sancionado con suspensión, separación definitiva u otras sanciones que no estén previamente establecidas en la ley o por remisión de ésta en los respectivos estatutos, entre otros.
>
> e) En el caso del nivel universitario, con el derecho de los estudiantes de participar en las decisiones que les afectan en la universidad (artículo 18° de la Constitución). Se afecta este derecho cuando se impide al estudiante universitario elegir o ser elegido como representante ante los respectivos órganos de la universidad (STC 04232-2004-PA/TC, FJ 19).

Cabe precisar también que la jurisprudencia ha reconocido el derecho a la educación universitaria, estableciendo lo siguiente

> […] [E]l **derecho** fundamental a la **educación universitaria** no sólo garantiza, entre otros, el derecho de acceso a la universidad en condiciones de igualdad (previo cumplimiento de los requisitos que razonablemente se impongan al respecto), sino también el derecho a permanecer en ella libre de limitaciones arbitrarias mientras se desarrolle el estudio y la actividad de investigación, e incluso el derecho a la obtención del respectivo título universitario una vez cumplidos los requisitos académicos y administrativos correspondientes. En el caso de los graduados, su permanencia en la comunidad universitaria se encuentra

> relacionada, principalmente, con el ejercicio de su derecho constitucional a la libertad científica «en» la comunidad universitaria, la que se va a manifestar en el acceso a los locales universitarios o facultades, uso de las aulas, ambientes o servicios con el objeto de participar, desarrollar o fomentar talleres, seminarios, conferencias, u otros formas de debate académico; asistir como alumno libre a los cursos de su interés, el acceso a bibliotecas u otros centros de información, entre otros (STC 04232-2004-PA/TC, FJ 21).

8. Por otra parte este Colegiado también ha efectuado un desarrollo extenso sobre el alcance del derecho y/o principio de igualdad. Así, en una noción básica de ella, se ha manifestado que:

> […] La igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2° de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: "(…) toda persona tiene derecho (…) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación" (STC 00009-2007-PI/TC, FJ 20).

En tal sentido también se ha expresado que:

> [L]a igualdad consagrada constitucionalmente detenta la doble condición de principio y derecho fundamental. En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material *objetivo* que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un *derecho a no ser discriminado* por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo" "de cualquier otra índole") que, jurídicamente, resulten relevantes. En cuanto constituye un derecho fundamental, el mandato correlativo derivado de aquél, respecto a los sujetos destinatarios de este derecho (Estado y particulares), será la *prohibición de discriminación*. Se trata, entonces, de la configuración de una prohibición de *intervención* en el mandato de igualdad (STC 00045-2005-PI/TC, FJ. 20).

Sobre la diferencia de trato por condiciones desiguales, se ha señalado lo siguiente:

> Este Tribunal, en reiteradas ejecutorias (*cf.* SSTC 0261-2003-AA/TC, 010-2002-AI/TC, 0001/0003-2003-AI/TC) ha definido la orientación jurisprudencial en el tratamiento del derecho a la igualdad. Al respecto, se ha expuesto que 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 (STC 01875-2004-PA/TC, FJ 4).

Es por tal razón que:

> […] La aplicación […] del principio de igualdad no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables (STC 00027-2006-PI/TC, FJ 2).

Consecuentemente se ha establecido que:

> […]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. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (STC 00034-2004-PI/TC, FJ 56).
>
> […][L]a igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho, y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia

> de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable (STC 0027-2006-PI/TC, FJ 2).
>
> Se ha puntualizado, por último, que:
>
> […] El fin del tratamiento diferenciado comprende **dos aspectos** que deben ser distinguidos: objetivo y fin. El objetivo es el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través del tratamiento diferenciado. La finalidad **o** fin viene a ser el derecho, principio o bien jurídico cuya realización u optimización se logra con la conformación del objetivo. La finalidad justifica *normativamente* la legitimidad del objetivo del tratamiento diferenciado (STC 00045-2004-PI/TC, FJ 37).

9. Expuesto el alcance de protección constitucional de estos derechos, corresponde evaluar a continuación si la conducta lesiva denunciada vulnera o no los derechos fundamentales invocados.

**Sobre la pretensión**

10. Evaluados los actuados se aprecia que la recurrente pretende la inaplicación del numeral 2.2.9 del Reglamento de Estudios, que dispone que: *"Solo se permite un máximo de dos exámenes suplementarios a lo largo de la Maestría"* (f. 122), y ello debido a que ya había agotado el número máximo de este tipo de exámenes cuando reprobó los cursos de Derecho Administrativo Económico y Análisis de Costos de Transacción, conforme se desprende de la carta cuestionada (f. 4), pues también reprobó el curso de Derecho de la Regulación y la Competencia.

    La referida situación ha sido insistentemente puesta de relevancia por parte de la emplazada, haciendo hincapié en que dicha situación de la recurrente generaba, de manera automática, su baja del programa de maestría, dado que en aplicación estricta del numeral 3.4.1. del reglamento: *"Es dado de baja el alumno que: a) Acumule dos asignaturas desaprobadas a la largo de sus estudios"* (f. 125).

11. Al respecto si bien resulta cierto que el derecho a la educación también genera en el educando la obligación de cumplir con las exigencias administrativas que genera la relación educativa (párrafo segundo del fundamento 7 *supra*), como lo será el pago de derechos administrativos o el cumplimiento de un promedio mínimo para aprobar un curso, entre otros; dicha obligación no exonera a las instituciones educativas de implementar medidas estructurales, académicas o de otro tipo, cuando se advierta la existencia de una situación desigual entre educandos que pueda generar un perjuicio en su desarrollo académico, pues al igual que el Estado (y todas sus instituciones), los particulares también se encuentran en la obligación de respetar los derechos fundamentales (eficacia horizontal), entre los que se encuentra el derecho a la igualdad y a la educación.

    Por ello aun cuando la recurrente había hecho ejercicio del número máximo de los exámenes suplementarios que el reglamento de estudios regula, ello no es un argumento que justifique la ausencia de la implementación de un trato diferenciado cuando se acredite debidamente una situación de desigualdad, razón por la cual, al margen de que dicho argumento invocado por la Escuela de Posgrado emplazada resulte cierto, en el caso de autos, es necesario verificar si los requisitos administrativos, particularmente los de evaluación académica, que regula el reglamento de estudios referido –y que definitivamente son exigibles en todos los casos–, han sido debidamente adecuados a las condiciones especiales que la recurrente manifiesta padecer, pues lo contrario implicaría que los referidos requisitos habrían constituido una limitación irrazonable del derecho a la educación invocado.

12. En principio del Informe Médico N.° 0320-2011, de fecha 26 de mayo de 2011 (f. 230), emitido por el Instituto Nacional de Oftalmología (INO) se aprecia que la recurrente fue operada de catarata congénita a los 8 años de edad y que se le diagnosticó pseudofaco en ambos ojos y ambliopía.

    *"La catarata se produce cuando el cristalino (el 'lente' del ojo) se nubla. El cristalino se encuentra detrás del iris y la pupila y enfoca la luz hacia la retina que está en el fondo del ojo. La retina cambia la luz a señales nerviosas y las envía al cerebro. Para producir una imagen precisa, el cristalino debe mantenerse transparente. La catarata puede ocurrir en uno o ambos ojos".*[1] *[S]egún el momento de aparición, las cataratas se clasifican en catarata congénita (aparece en el momento del nacimiento), catarata infantil (aparece en los dos primeros años de la vida), catarata juvenil (aparece en la primera década de la vida) y catarata senil o degenerativa (aparece generalmente*

1 Fuente (http://www.minsa.gob.pe/index.asp?op=6), visitado con fecha 20 de marzo de 2013.

*en etapas posteriores a los 60 años de edad),siendo esta la más frecuente*"[2].

La pseudofaquia *"es la condición mediante la cual, la lente natural del ojo (cristalino) ha sido retirado y reemplazado con la implantación de una lente artificial (lente intraocular)"*[3]. Por otro lado, la ambliopía es conocida como "ojo perezoso" u "ojo vago" y puede definirse como *"la disminución de la agudeza visual como resultado de un procesamiento defectuoso a nivel del sistema nervioso central. Es un desorden del desarrollo visual causado por un defecto óptico, físico o del alineamiento ocular durante la niñez temprana"*[4].

La ambliopía *"se produce cuando el desarrollo de la visión en uno de los ojos es peor que en el otro ojo, en un período crítico de la evolución del sistema visual como es la infancia. Disponemos de dos ojos que envían sus imágenes al cerebro, quien se encarga de fusionarlas en una imagen única. Cuando el cerebro de un niño recibe dos imágenes diferentes, porque existe estrabismo y cada ojo mira hacia un sitio diferente, se anula una de las imágenes para evitar la visión doble. Así mismo, si un niño tiene una diferencia en la refracción de sus ojos o alguna enfermedad que afecta sólo a uno de los ojos, el cerebro selecciona la imagen más nítida anulando la visión del ojo peor"*[5]. Cabe señalar también que la ambliopía *"es la afección más importante en los niños con catarata congénita; se define como la reducción de la agudeza visual corregida unilateral o bilateralmente, que no se puede atribuir a ninguna anormalidad estructural del ojo o la vía visual posterior. (…) En muchas ocasiones, la cirugía precoz de la catarata congénita es el primer peldaño, seguida posteriormente de una adecuada estimulación a edad temprana para lograr contrarrestar positivamente la ambliopía"*[6].

Del Informe Médico N.° 0709-2012, de fecha 4 de diciembre de 2012 (f. 47 del cuaderno del Tribunal Constitucional), también emitido por el INO, se observa que se diagnostica a la accionante pseudofaquia en ambos ojos, atrofia macular en ambos ojos, retinopatía miópica y membrana neovascular.

*"La membrana neovascular (MNV) representa la proliferación de neovasos desde la coroides hacia la retina donde provocan una pérdida visual rápida y severa si hay afectación foveal. Esta disminución de visión es secundaria a las hemorragias, exudados y líquido intra y subretiniano que provoca la propia MNV y que altera la arquitectura retiniana normal. La MNV, también conocida como membrana subretiniana o neovascularización coroidea, es una complicación común a distintos procesos patológicos oculares, el más frecuente de los cuales es la degeneración macular asociada a la edad (DMAE) neovascular. Otras enfermedades menos conocidas en las que puede aparecer la MNV como proceso asociado son la miopía magna, la rotura coroidea tras traumatismo, determinadas inflamaciones oculares o las estrías angiodes."*[7] *"En el campo visiual, la lesión prococa un estocoma central, y el paciente ve mejor un objeto cuando no lo mira directamente y consigue fijarlo con la retina extramacular. La lesión se caracteriza por el crecimiento de tejido fibroso y vascular por debajo de la retina. (…). Se trata de una lesión visualmente muy incapacitante y de mal pronóstico visual"*[8].

Adicionalmente, la recurrente ha presentado el certificado de discapacidad N.° 000007, de fecha 12 de enero de 2013 (f. 54 del cuaderno del Tribunal Constitucional), del cual se desprende que vale como diagnóstico del daño la recurrente presenta ceguera en ojo derecho y visión subnormal en ojo izquierdo (H54.1)

2 Eduardo Ariel Ramos Gómez, Susana Rodríguez Masó, Mirtha Copello Noblet, Marilyn Linares Guerra, Annelise Reselló Leyva, Norma Rodríguez Cabrera. *Catarata congénita y baja visión. Habilitación visual en grupo de pacientes* [En línea]. En Revista Habanera de Ciencias Médicas 2011:10 (1) 61-76, visitado el 4 de abril de 2013, (http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=180418876010).

3 Fuente (http://www.hospitalitaliano.org.ar/oftalmo/index.php?contenido=ver_seccion.php&id_seccion=7926, visitado el 20 de marzo de 2013.

4 Carrión Ojeda, Carlos; Gálvez Quiroz, Flor, Morales De la Cruz, José; Guevara Florián, Víctor; Jaramillo, Raphael, Gazzani Meza, Merí. *Ametropía y ambliopía en escolares de 42 escuelas del programa "Escuelas Saludables" en le DISA II, Lima, Perú, 2007-2008.* En *sisbib.unmsm.edu.pe/bvrevistas/acta_medica/2009.../a07v26n1.pdf.* Estudio galardonado con el Premio a la Investigación del Instituto Nacional de Salud del Niño del 2008.

5 Fuente http://www.iohoyos.com/es/salud-ocular/enfermedades/ojo-vago---ambliopia_27, visitado el 20 de marzo de 2013.

6 Eduardo Ariel Ramos Gómez, Susana Rodríguez Masó, Mirtha Copello Noblet, Marilyn Linares Guerra, Annelise Reselló Leyva, Norma Rodríguez Cabrera. *Catarata congénita y baja visión. Habilitación visual en grupo de pacientes* [En línea]. En Revista Habanera de Ciencias Médicas 2011:10 (1) 61-76, visitado el 4 de abril de 2013, (http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=180418876010).

7 Biarnes Pérez, Marc. El tratamiento de la membrana neovascular en las estrías angiodes con bevacizumab [En linea]. (http://www.cgcoo.es/download.asp?file=media/gaceta/gaceta423/...pdf), visitado el 4 de abril de 2013.

8 J.R. Fontenla. *Diagnóstico a primera vista* [En linea]. www.elsevier.es/sites/default/files/.../1v0n1578a13079667pdf001.pdf, visitado el 4 de abril de 2013.

y como diagnóstico etiológico se señala que también presenta miopía degenerativa en ambos ojos (H44.2) y catarata congénita en ambos ojos (Q12.2). Asimismo, el referido certificado indica que por la gravedad de la discapacidad de la recurrente requiere, además, de asistencia momentánea de otras personas, pero que sí puede estudiar en centros de estudios regulares, puede trabajar en su labor habitual con adaptaciones; requiere de ayuda técnica, biomecánica o personal para la comunicación, información y la señalización, así como para efectos estéticos o cosméticos, y que es dependiente de otra persona. La Clasificación Internacional Estadística de Enfermedades y Problemas de Salud (Versión 2010) de la Organización Mundial de la Salud define al código H54.1 como un severo impedimento visual binocular, mientras que el código H44.2 indica la presencia de miopía degenerativa y el código Q12.2 señala la presencia de un coloboma del cristalino.

*"La miopía es un defecto refractivo en el que existe dificultad para la visión de lejos. Se debe a que los rayos de luz que inciden en el ojo se enfocan por delante de la retina, ya sea por aumento de la curvatura corneal, por aumento del índice de refracción de los medios refringentes o por una longitud axial del globo ocular incrementada. Estos errores de la refracción se corrigen con lentes negativas, o cóncavas o divergentes, como también se les llama. Se denomina miopía alta, magna, patológica o degenerativa (MD) al defecto refractivo con equivalente esférico igual o mayor a -6,00 dioptrías (D). Este suele acompañarse de longitud axial de 26 mm o m{as y degeneración progresiva retinocoroidea en el polo posterior. [L]a Miopía degenerativa (…) constituye una de las causas fundamentales de pérdida de la visión, se considera una enfermedad ocular y un simple transtorno refractivo. (…). Se conoce que es esta entidad se desarrollan lesiones degenerativas de la retina periférica, que predisponen a complicaciones graves como el desprendimiento de retina (DR) regmatógeno. De ahí que los exámenes de los pacientes miopes se enfoquen generalmente en el examen minucioso de la periferia. (…) Su curso suele ser lento y progresivo, lo cual demanda una exploración integral, con seguimiento en el tiempo, por parte del retinólogo"*[9].

El coloboma es definido como *"Anomalía congénita en la que algunas de las estructuras del ojo están ausentes debido a la fusión incompleta de la fisura intraocular fetal durante la gestación"*[10]. *"Un coloboma de cristalino se caracteriza por la presencia de un orificio en el ecuador del tejido de cristalino"*[11].

13. Expuestos los alcances del diagnóstico de la recurrente, también es necesario manifestar que de acuerdo con los alegatos de las partes, durante sus estudios de pregrado, la accionante recibió un trato diferenciado en atención a la limitación visual que padece pues habría sido evaluada mediante exámenes orales (f. 32), conociendo la Escuela de Posgrado emplazada de la discapacidad visual que la misma afrontaba (f. 136).

14. Valorando el mencionado diagnóstico de la recurrente, este Colegiado considera que su padecimiento sí constituye una limitación que requiere un trato diferenciado, dado que las afecciones visuales como la catarata, la ambliopía, la atrofia macular en ambos ojos, la retinopatía miópica y la membrana neovascular han generado en ella limitaciones visuales, las cuales han sido determinadas a través del certificado de discapacidad N.° 000007, de fecha 12 de enero de 2013 (f. 54 del cuaderno del Tribunal Constitucional) y en cuyo detalle nos hemos detenido en el sétimo párrafo del fundamento 12 *supra*. Asimismo, y con relación al referido diagnóstico, cabe recalcar que tanto la presencia de cataratas como la ambliopía en la actualidad, se presentan como uno de los problemas de salud pública que el país enfrenta, pues diversos estudios elaborados por galenos de nuestro país, han evidenciado que el diagnóstico tardío de estas afecciones impide su reversión, lo cual genera limitaciones en la edad adulta, por lo que se recomienda su diagnóstico y tratamiento durante la infancia[12]. Tal ha sido el

9 Dres. Suzel Ivón Lapido Polanco, Rafael Ernesto Gonzáles Díaz, Violeta Rodríguez Rodríguez, Yorlandis Gonzales Arias, Waldemar Baldoquín Rodriguez, Madelaine López Gonzales. Alteraciones del polo posterior de la miopía degenerativa [En linea]. Revista Cubana de Oftalmología, (http://www.revoftalmologia.sld.cu/index.php/oftalmologia/article/view/120/html_72), visitado el 3 de abril de 2013.

10 Fuente Descriptores en Ciencias de la Salud, (http://decs.bvs.br/cgi-bin/wxis1660.exe/decsserver/?IsisScript=../cgi-bin/decsserver/decsserver.xis&task=exact_term&previous_page=homepage&interface_language=e&search_language=e&search_exp=Coloboma&show_tree_number=T), visitado el 4 de abril de 2013.

11 Jitendra Jethani, Vishal R. Sharma y Kenshuk Marwah. *Superior Lens Coloboma with Superior Rectus Palsy and Congenital Ptosis* [En Linea]. En (http://www.journalofoptometry.org/en/linkresolver/superior-lens-coloboma-with-superior/13188767/), visitado el 4 de abril de 2013.

12 Carrión Ojeda, Carlos; Gálvez Quiroz, Flor, Morales De la Cruz, José; Guevara Florián, Víctor; Jaramillo, Raphael,

impacto de este tipo de enfermedades visuales que a través de la Resolución Directoral N.° 149-INSN-DG-2012, del 28 de febrero de 2012, se ha aprobado la Guía Clínica de Catarata Congénita para el tratamiento de menores (que indica que uno de los efectos adversos de esta enfermedad es la ambliopía); y mediante la Resolución Directoral N.° 792-2012-INSN-DG, del 7 de noviembre de 2012, se ha aprobado la conformación de Estrategias de Catarata Congénita y Retinopatía de la Prematuridad y la Estrategia de los Errores Refractivos (Ambliopía) para el tratamiento de estas afecciones en menores de edad, recomendaciones médicas que nos permiten comprender la situación de desigualdad en la que se encuentran las personas que padecen de este tipo de enfermedades (sean éstas congénitas o adquiridas en la edad adulta) y que por lo tanto, requieren del establecimiento de un trato diferenciado en la sociedad para el logro del desarrollo personal, profesional y laboral.

15. Efectuado el estudio de los actuados, este Colegiado advirtió la ausencia probatoria respecto de las medidas académicas que la Escuela de Posgrado emplazada en su contestación de demanda refiere haber implementado para otorgar las facilidades necesarias a la recurrente y así procurarle un desarrollo exitoso de sus estudios, razón por la cual, a través de la Resolución de fecha 29 de octubre de 2012, se le requirió que informara por escrito del tipo de evaluaciones que se realizan a todos los alumnos de la Maestría de Regulación IV y cuál era el tipo de evaluación que se aplicaba a la recurrente, bajo apercibimiento de tenerse por ciertos los hechos alegados. El referido requerimiento fue atendido mediante escrito de fecha 12 de noviembre de 2012, reiterando el contenido del Reglamento de Estudios con relación al tipo de evaluación que se exige a los alumnos, sin precisar el trato diferenciado que señala haber brindado a la recurrente, ni el tipo de evaluaciones a las que se le sometió durante sus estudios de maestría.

    Particularmente llama la atención de este Colegiado la insistencia de la Escuela de Posgrado emplazada respecto de la evaluación de la recurrente en el curso de Derecho de la Regulación y de la Competencia, que fue el segundo curso que desaprobó y en el cual no tenía la posibilidad de rendir un examen suplementario de acuerdo con el numeral cuestionado del reglamento. Al respecto, también cabe precisar que de fojas 143 a 148 obran copias de correos electrónicos cursados entre la recurrente y don Eduardo Quintana Sánchez, quien es el profesor del curso antes mencionado, comunicaciones a partir de las cuales la parte emplazada también sostiene el argumento de que la recurrente aceptó rendir un examen escrito extraordinario para aprobar dicho curso.

    Asimismo de la información remitida a esta sede jurisdiccional, se desprende que el referido profesor precisó lo siguiente: *"a) El problema planteado por la alumna no justificaba un mal desempeño en el curso, b) había eliminado la nota más baja en controles, c) Había incrementado la nota en el parcial haciendo una curva de 4 puntos, d) Había tomado dos exámenes para resolver en casa con tiempo de resolución de una semana, e) Los temas del examen final fueron anunciados con tres semanas de anticipación, f) El examen de la alumna obtuvo la nota más baja del salón. Fue el menos extenso al tener dos hojas y media al doble espacio, siendo que en el caso de la segunda pregunta (cuyo peso era de 8 puntos) la respuesta fue de media cara.*

    *Puntualmente, la opción que se le planteó a la alumna, fue la de sustituir la nota del examen final, enviándole una pregunta para que sea resuelta y devuelta a su correo y que en paralelo, debía presentar un pedido de recalificación. (…)"* (f. 27 del cuaderno del Tribunal Constitucional).

16. Respecto de la valoración de los correos electrónicos antes mencionados, este Colegiado considera pertinente manifestar que la falta de valoración de su contenido no incide en la resolución del presente caso, pues conforme ya se ha explicado en el fundamento 11 *supra*, la controversia no se centra en aplicar directamente las reglas generales que la parte emplazada ha considerado necesario implantar a todo el alumnado para el cumplimiento de los fines educativos y que están reguladas en su reglamento de estudios, sino en verificar si dichas reglas han sido debidamente adecuadas a la especial situación de discapacidad visual de la recurrente.

17. Sin embargo sobre la base de las afirmaciones que ha efectuado el profesor del referido curso y que han sido recogidas en el informe citado en el tercer párrafo del fundamento

Gazzani Meza, Merí. *Ametropía y ambliopía en escolares de 42 escuelas del programa "Escuelas Saludables" en le DISA II, Lima, Perú, 2007-2008. En sisbib.unmsm.edu.pe/bvrevistas/acta_medica/2009.../a07v26n1.pdf.* Estudio galardonado con el Premio a la Investigación del Instituto Nacional de Salud del Niño del 2008. Mendiola Solari, Fernando. *Ambliopía.* En Revista electrónica PPAEDIATRICA, de la Asociación de Médicos Residentes del Instituto Especializado de Salud del Niño. Volumen 3. N.° 2, Mayo- Agosto de 2000. (http://sisbib.unmsm.edu.pe/bvrevistas/paediatrica/v03_n2/indice.htm).

15 *supra*, queda claro que las evaluaciones que se exigieron a la recurrente para dicho curso fueron de tipo escrito, pese a que el propio reglamento, en su numeral 2.4, permite también la evaluación oral. Asimismo, y en la medida en que la parte emplazada no ha cumplido con acreditar el trato diferenciado que reiteradamente ha manifestado haber implementado a favor de la recurrente con anterioridad a la fecha en que se le dio de baja del Posgrado, este Colegiado considera que éstas no existieron, pues de ser así, el citado profesor no habría puesto de manifiesto su crítica con relación a la extensión de los exámenes escritos que resolvió la recurrente, sino en todo caso, del criterio que ella hubiera expuesto de haber sido evaluada oralmente, razones por las cuales se evidencia que se lesionó el derecho a la educación de la recurrente al no haberse acreditado la implementación del trato diferenciado que ella requería dada la discapacidad visual que padece y que oportunamente dio a conocer a la Escuela de Posgrado, por lo que corresponde estimar la demanda.

18. Asimismo conforme se aprecia del documento de fojas 322, corresponde también manifestar que desde el 28 de junio de 2011, la recurrente fue reincorporada en sus estudios de posgrado, dada la ejecución de una medida cautelar que le fuera otorgada por el Décimo Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, y que en razón de ello, se le permitió rendir un examen oral en el curso Derecho de la Regulación y de la Competencia, pudiendo aprobarlo con la nota 14.

19. En tal sentido aparentemente se habría producido la sustracción de la materia controvertida, dado que la accionante en la actualidad ha sido reincorporada a sus estudios e incluso ha podido rendir el examen oral que requirió como parte de sus pretensiones; sin embargo, cabe acotar que ambas situaciones se han generado como consecuencia de la ejecución de un mandato cautelar de naturaleza temporal, por lo que la presente sentencia otorga a dicho mandato la calidad de ejecutivo. Asimismo cabe precisar que este Tribunal también le solicitó a la parte emplazada la información respectiva sobre las medidas que habría implementado a favor de la recurrente con posterioridad a la ejecución del dicho mandato; pese a ello, la Escuela de Posgrado emplazada únicamente procedió a manifestar que *"desde el inicio del Programa de la Maestría, se tomó en cuenta las dificultades visuales de la alumna y se hizo todo aquello que nos fue posible para facilitar su adecuado desempeño"* (f. 25 del cuaderno del Tribunal Constitucional), sin indicar cuáles habían sido esas medidas a las que reiteradamente se ha referido, razón por la cual en aplicación del apercibimiento decretado en la Resolución del 29 de octubre de 2012, corresponde tener por cierta la falta de implementación del trato diferente a favor de la recurrente y declarar fundada la demanda, debiéndose ordenar a la parte emplazada que implemente evaluaciones que permitan a la recurrente sustentar sus conocimientos de acuerdo con la discapacidad que padece en la actualidad.

20. En la medida en que, en el presente caso, se ha evidenciado la lesión del derecho invocado, corresponde ordenar que el emplazado asuma el pago de las costas y costos procesales en atención a lo dispuesto por el artículo 56° del Código Procesal Constitucional. Dichos pagos deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA** la demanda porque se ha acreditado la afectación del derecho a la educación y a la igualdad por parte de la emplazada, al haber aplicado inconstitucionalmente el numeral 2.2.9 del Reglamento de Estudios a la recurrente.

2. **ORDENAR** a la Escuela de Posgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas que implemente un trato diferenciado para la evaluación de doña Gisela Elva Tejada Aguirre que le permita sustentar sus conocimientos de acuerdo con la discapacidad visual que padece, más el pago de costas y costos.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**URVIOLA HANI**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**CALLE HAYEN**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

***Sentencia 02920-2012-HC/TC*** *Proceso de habeas corpus interpuesto por Oscar Luis Castañeda Lossio. El Tribunal estimó la demanda y estableció que el dictamen de un fiscal superior obliga a los fiscales inferiores.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 10 de setiembre de 2013

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda interpuesta por el recurrente, en la cual solicitó la nulidad de la resolución expedida por la Sexta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, que dispuso abrirle instrucción por los delitos de colusión desleal y de malversación de fondos.

El recurrente alegó que el Décimo Segundo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima resolvió no abrirle instrucción por los delitos mencionados, pronunciamiento que fue apelado por el fiscal provincial. Si bien el fiscal superior estuvo de acuerdo con la decisión del citado juzgado, la Sala emplazada ordenó que se le abriera instrucción pese al desistimiento del titular de la acción penal.

De esta manera, el problema del caso era determinar qué ocurre cuando el fiscal provincial penal considera que debe formular denuncia penal o dictamen acusatorio y el fiscal superior es de opinión contraria. En consecuencia, el Tribunal analizó la independencia y el principio de unidad del Ministerio Público, concluyendo que, conforme al artículo 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, los fiscales de menor grado o rango deben sujetarse a las instrucciones de sus superiores.

En tal sentido, el Poder Judicial no debe asumir qué dictámenes son los que puede tomar en cuenta. Para el Tribunal esto no implica una intromisión de un órgano constitucional respecto de otro, sino respetar el ordenamiento jurídico en cuanto regula el estatuto interno de los fiscales del Ministerio Público en todos sus niveles. En caso contrario, el Poder Judicial podría terminar dando más validez a los dictámenes de un fiscal adjunto al provincial, por encima de la opinión de un fiscal superior o supremo, sin tomar en cuenta los principios de unidad y de jerarquía en el Ministerio Público.

De esta manera, el Tribunal concluyó que al recurrente se le inició un proceso penal sin existir una acusación fiscal válida, por lo que declaró fundada la demanda.

**Temas Claves:** Acusación fiscal.

EXP. N.° 02920-2012-PHC/TC
LIMA
ÓSCAR LUIS CASTAÑEDA LOSSIO

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 23 días del mes de agosto de 2013, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular de los magistrados Urviola Hani y Calle Hayen, que se agregan

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto contra la sentencia expedida por la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 261, su fecha 11 de abril de 2012, que declaró infundada la demanda de autos.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 9 de enero de 2012 el recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra la Sexta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, solicitando que se declare la nulidad de la Resolución de fecha 14 de setiembre de 2011 que dispuso abrirle instrucción por los delitos de colusión desleal y de malversación de fondos (Exp. N.° 34432-2010).

Afirma que el Décimo Segundo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima resolvió no abrirle instrucción por los delitos mencionados, pronunciamiento judicial que al ser apelado por el fiscal provincial originó que el fiscal superior opinara dando su conformidad con lo resuelto por el juzgado citado; sin embargo, la Sala emplazada ordenó que se le abra instrucción pese al desistimiento del titular de la acción penal. Señala que la cuestionada resolución no contiene una debida motivación y que al mismo tiempo resulta insuficiente ya que carece de una justificación razonada, que afecta sus derechos a la tutela procesal efectiva, al debido proceso, a la motivación de las resoluciones judiciales y el principio acusatorio. Agrega que la Sala emplazada decidió de manera arbitraria y usurpó la función del Ministerio Público, pues no existe proceso sin acusación.

El Procurador Público Adjunto del Poder Judicial se apersonó al proceso y solicitó que la demanda sea declarada improcedente.

El Décimo Octavo Juzgado Penal de Lima, con fecha 30 de enero de 2012, declaró infundada la demanda, por considerar que el recurrente fue denunciado penalmente por el fiscal provincial, quien de ese modo ejerció la acción penal, atribución constitucional que le da contenido al principio acusatorio; en ese sentido, si el juez de primera instancia declaró no haber mérito para abrir proceso penal, ello no vulnera el principio acusatorio. Ante ello la Sala Penal emplazada solicitó al fiscal superior opinión respecto de la apelación del auto de no apertura de instrucción y en tal sentido, tal opinión se encontraba limitada a la legalidad y consistencia interna del auto apelado, evaluación que no constituye una manifestación del principio acusatorio, sino un mero examen de legalidad; por ello, resolver en contra de la opinión del Fiscal Superior no constituye una vulneración del principio acusatorio.

La Sala revisora confirmó la apelada por similares argumentos.

**FUNDAMENTOS**

**Petitorio**

1. La demanda tiene por objeto que se declare la nulidad de la Resolución de fecha 14 de setiembre de 2011, emitida por la Sala Penal emplazada en el Exp. N.° 34432-2010, que revocando la resolución que declaró no ha lugar a la apertura de instrucción en contra del recurrente, ordenó al juzgado de la causa le abra instrucción por los delitos de colusión desleal y malversación de fondos en agravio de la Municipalidad Metropolitana de Lima.

2. Sobre el particular, conviene indicar que es de conocimiento público que mediante la Resolución de fecha 22 de julio de 2013, emitida por la Sexta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima en el Exp. N.° 34432-2010, se declaró fundada la excepción de naturaleza de acción propuesta por el recurrente.

   Este hecho evidencia que luego de presentada la demanda ha cesado la agresión, por lo que cabría declarar su improcedencia; sin embargo, atendiendo al agravio producido y que éste se puede presentar en otros procesos penales, el Tribunal emitirá un pronunciamiento de fondo de acuerdo a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 1° del Código Procesal Constitucional.

**El Ministerio Público, su independencia y el principio de unidad del Ministerio Público**

3. Conforme a lo dispuesto en los artículos 158° y 159° de la Constitución, el Ministerio Público es un órgano autónomo, que tiene entre sus atribuciones promover la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho, velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta impartición de justicia, representar en los procesos judiciales a la sociedad, conducir desde su inicio la investigación del delito, ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte, entre otros.

   Asimismo, el artículo 1° de la Ley Orgánica del Ministerio Público (LOMP) señala que: *"El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil. También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la presente ley y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que le señalan la Constitución*

*Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación".*

4. En ese sentido, al Ministerio Público, en tanto órgano constitucionalmente constituido, le es exigible que el desarrollo de sus actividades las despliegue dentro de los mandatos normativos impuestos por la Constitución. Siendo justamente ello lo que le permite al Tribunal ejercer un control estrictamente constitucional, más no funcional, de su actividad, habiendo en su momento señalado que la actividad del Ministerio Público se encuentra ordenada por el principio de *interdicción de la arbitrariedad* que se alza como un límite a la facultad discrecional que la propia Constitución le ha otorgado.

5. Es en este marco constitucional que ante la existencia de suficientes elementos incriminatorios que hacen necesaria una investigación judicial, el fiscal deberá formalizar la denuncia ante la judicatura penal competente, decisión que evidencia el desarrollo de una mínima actividad probatoria así como un razonable grado de convicción al que debe arribar el fiscal en el transcurso de esta investigación previa al proceso penal (juicio oral).

6. El problema se puede presentar en relación a que ocurre cuando el fiscal provincial penal considera que debe formular denuncia penal o dictamen acusatorio y el fiscal superior es de opinión contraria. Esto nos lleva inevitablemente a tomar en consideración cuáles son los alcances y los límites de la independencia y la autonomía del Ministerio Público.

7. Como referencia, en la STC 00004-2006-PI/TC, el Tribunal subrayó que:

> "La independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional.
>
> El principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños [otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial] a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso.

La independencia judicial debe, pues, percibirse como la ausencia de vínculos de sujeción política (imposición de directivas por parte de los órganos políticos) o de procedencia jerárquica al interior de la organización judicial, en lo concerniente a la actuación judicial *per se*, salvo el caso de los recursos impugnativos, aunque sujetos a las reglas de competencia.

La independencia, como una categoría jurídica abstracta, necesita materializarse de algún modo si pretende ser operativa. En tal sentido, no basta con que se establezca en un texto normativo que un órgano determinado es independiente y autónomo en el ejercicio de sus funciones, como el caso del artículo III del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Justicia Militar ['es autónoma y en el ejercicio de sus funciones sus miembros no dependen de ninguna autoridad administrativa']; también es importante que la estructura orgánica y funcional de una jurisdicción especializada –como la militar– posibilite tal actuación.

De lo expuesto se desprende, entre otros aspectos, que el *principio de independencia de la función jurisdiccional* tiene dos dimensiones:

**Independencia externa**. Según esta dimensión, la autoridad judicial, en el desarrollo de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a ningún interés que provenga de fuera de la organización judicial en conjunto, ni admitir presiones para resolver un caso en un determinado sentido. Las decisiones de la autoridad judicial, ya sea que ésta se desempeñe en la especialidad constitucional, civil, penal, penal militar, laboral, entre otras, no pueden depender de la voluntad de otros poderes públicos (Poder Ejecutivo o Poder Legislativo, por ejemplo), partidos políticos, medios de comunicación o particulares en general, sino tan solo de la Constitución y de la ley que sea acorde con ésta (…).

**Independencia interna**. De acuerdo con esta dimensión, la independencia judicial implica, entre otros aspectos, que, dentro de la organización judicial: 1) la autoridad judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a la voluntad de otros órganos judiciales, salvo que medie un medio impugnatorio; y, 2) que la autoridad judicial, en el desempeño de la función jurisdiccional, no pueda sujetarse a los intereses de órganos administrativos de gobierno que existan dentro de la organización judicial (…).

8. El razonamiento transcrito no puede predicarse al Ministerio Público, salvo en el caso de la independencia externa, pues en el caso de la independencia interna, no puede sostenerse lo mismo ni legislativamente ni argumentativamente.

   En el primer caso, el artículo 5° de la LOMP, regula la autonomía funcional de los fiscales, y establece expresamente que *"Los Fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución. Siendo un cuerpo jerárquicamente organizado deben sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores"* (subrayado fuera del original).

   Conforme a dicho dispositivo, los fiscales de menor grado o rango, deben sujetarse a las instrucciones de sus superiores, dado que queda claro que el Ministerio Público es un órgano orgánica y jerárquicamente estructurado, de modo que las competencias que se le han atribuidas puedan ser ejercidas por los funcionarios determinados para tal efecto, quienes pueden actuar conforme a su criterio o conforme a lo ordenado o dispuesto por sus superiores.

   En sentido similar, cabe destacar que en el caso del retiro de la acusación fiscal en el transcurso del juicio oral, el inciso d) del artículo 387.4 del Nuevo Código Procesal Penal prescribe que *"La decisión del Fiscal jerárquicamente superior vincula al Fiscal inferior y al Juzgador"*.

9. En el segundo caso, no hay previsión legislativa para determinar la actuación de dos fiscales, de distintos grados, dentro de un mismo proceso o con relación a una incidencia.

   En el caso del Poder Judicial el asunto es clarísimo, dado que en caso que se interponga un recurso de apelación, los actuados son elevados al superior, quien puede confirmar, revocar o anular la resolución venida en grado; sin embargo, no puede ordenarle a la instancia inferior cómo debe resolver un asunto o cuestión litigiosa; a lo sumo puede disponer la realización de determinadas diligencias o actuaciones probatorias o que se emita una nueva sentencia pronunciándose sobre extremos anteriormente omitidos.

   En el caso del Ministerio Público, lo que existe es una práctica que no solo carece de sustento normativo, sino que además, no es igual en todos los casos. Sin querer agotar todos los supuestos, veamos algunos ejemplos:

   a. Qué ocurre cuando el fiscal provincial en su dictamen refiere que no hay mérito para formalizar denuncia penal (supuesto parcialmente regulado en el artículo 78° del CdePP): si el dictamen es apelado en sede del Ministerio Público, éste es puesto en conocimiento del fiscal superior quien puede coincidir o no con el criterio del fiscal provincial. En el primer caso, no hay previsión de cómo debe proceder el fiscal superior, pero entendemos que no hay problema alguno, pues correspondería que el caso se archive, mientras que en el segundo supuesto, corresponde que el fiscal provincial acate lo ordenado por el fiscal superior, pues así lo establece la norma procesal precedentemente citada, la que además coincide con lo regulado en el artículo 5° de la LOMP (principio jerárquico).

   b. El problema se presentaría cuando el fiscal provincial formula denuncia y este criterio no es compartido por el juez penal quien archiva el proceso, y en vía de recurso de apelación la Sala Penal Superior conoce del recurso, y como lo dispone el tercer párrafo del artículo 77° del CdePP, remite los actuados a conocimiento del fiscal superior. Sin embargo, dicha norma solo establece el plazo para que se emitan tanto el dictamen fiscal superior así como la resolución correspondiente de la sala superior; sin embargo, no establece cuales son las consecuencias derivadas de la coincidencia o discrepancia en el contenido de los dictámenes emitidos por los representantes del Ministerio Público.

      En caso de coincidir ambos dictámenes, es evidente que la denuncia penal presentada inicialmente subsiste, por lo que el Poder Judicial está facultado para ordenar que se abra instrucción; pero en caso que el dictamen del fiscal superior discrepe del dictamen del fiscal provincial ¿qué criterio debe mantenerse? En aplicación del artículo 5° de la LOMP, consideramos que debe primar el del fiscal superior.

   c. Otro supuesto es el que se presenta cuando el fiscal en su dictamen refiere que no hay mérito para formular acusación en un proceso penal, el mismo que se encuentra regulado en el artículo 220° del CdePP y conforme al cual, conforme se expone en los diversos incisos contenidos en dicho dispositivo, puede disponer el archivamiento del proceso, la ampliación de la instrucción o elevar la misma al superior jerárquico.

      Queda claro que el objetivo de tal elevación, es para que el superior

jerárquico se pronuncie de modo que si coincide con el criterio del fiscal, en el sentido que no hay mérito para acusar, en aplicación del principio acusatorio, es imposible que el juez penal pueda imponer sanción alguna (STC 2005-2006-PHC/TC). Si por el contrario, el superior jerárquico ordena que se acuse, corresponde que el fiscal presente el dictamen acusatorio respectivo.

Sin embargo, lo que no está regulado, es cómo se debe proceder cuando el fiscal superior o supremo no comparte el criterio del inferior quien ha formulado acusación mientras que el juez penal opina que no hay mérito para pasar a juicio oral, de modo que elevados los actuados para su conocimiento, emite dictamen señalando que no procede acusar a determinada persona. Se puede asumir como hasta ahora ha ocurrido que ¿basta una acusación para que el juez penal emita un pronunciamiento de fondo? La respuesta es clara si tenemos que tal acusación es emitida por el fiscal superior, pero no tanto si lo ha sido por el fiscal provincial, ya que es contraria al dictamen del fiscal superior. Dicho de otro modo, aunque el fiscal provincial acuse, si el fiscal superior discrepa de la acusación, ¿puede el juez competente dictar una sentencia condenatoria? Consideramos que en aplicación del precitado artículo 5° de la LOMP, cuando un actuado llega a conocimiento del fiscal superior o supremo, es el criterio de éste el que debe primar sobre el criterio de los fiscales de menor jerarquía.

10. Lo expuesto por supuesto no debe afectar las relaciones entre el Ministerio Público y el Poder Judicial; de hecho, parte de la independencia y la autonomía del Poder Judicial se sustenta en que lo expuesto por los representantes del Ministerio Público no es vinculante para los órganos del Poder Judicial; y ello efectivamente es correcto, dado que la Constitución y las respectivas leyes orgánicas le otorgan a cada uno de tales órganos respectivos, el conjunto de competencias o atribuciones que les corresponden; sin embargo, el Poder Judicial, en materia penal no puede actuar al margen de las competencias del Ministerio Público, en tanto que éste es el titular de la acción penal y el órgano encargado de emitir dictámenes en forma previa a las resoluciones judiciales que la ley contempla, entre las cuales está la de emitir dictamen acusatorio (artículo 225° del CdePP). Sin embargo, las discrepancias que puedan presentarse entre los distintos funcionarios del Ministerio Público, no pueden ni deben ser zanjadas por la práctica o los criterios que viene aplicando el Poder Judicial, sino que deben serlo conforme a las reglas previstas para tal efecto por la LOMP.

11. En consecuencia, el Poder Judicial no debe asumir qué dictámenes son los que puede tomar en cuenta, sino que debe respetar las reglas existentes para tal efecto en la LOMP. Esto no importa una intromisión de un órgano constitucional respecto de otro, sino respetar el ordenamiento jurídico en cuanto regula el estatuto interno de los fiscales del Ministerio Público en todos sus niveles.

    En caso contrario, el Poder Judicial puede terminar dando más validez a los dictámenes de un fiscal adjunto al provincial, por encima de lo opinado por un fiscal superior o supremo, sin tomar en cuenta los principios de unidad y de jerarquía en el Ministerio Público.

    Finalmente, cabe precisar que el presente criterio jurisprudencial será aplicable por todos los órganos jurisdiccionales penales o mixtos a los casos que tengan en trámite. Los casos resueltos con criterios diferentes al presente no generan violación alguna, pues recién con la presente sentencia este Tribunal adopta una posición sobre la problemática analizada en el fundamento 9.c), *supra*.

**Análisis del caso**

12. Se cuestiona la resolución dictada por la Sala Penal emplazada que ordena se abra instrucción contra el recurrente, a pesar de que el fiscal superior discrepó, expresamente, de la denuncia del fiscal provincial. Cabe señalar que este proceso llegó a conocimiento de la Sala emplazada porque luego de interponerse la denuncia penal por parte del Ministerio Público, el Décimo Segundo Juzgado Penal de Lima, declaró no haber lugar a la apertura de instrucción contra el recurrente por los delitos de colusión desleal y de malversación de fondos en agravio de la Municipalidad Metropolitana de Lima, por lo que se ordenó el archivo definitivo de la denuncia en dicho extremo, decisión respecto de la cual discrepó el fiscal provincial.

13. Por ello, tanto la denuncia del fiscal provincial como la resolución del juez que señalan no haber lugar a la apertura de instrucción fueron puestos en conocimiento del fiscal superior competente, quien expresamente por dictamen del 24 de junio de 2011 opinó que se confirme la resolución del Décimo Segundo Juzgado Penal de Lima. Es evidente que el dictamen del fiscal superior contradice el

dictamen del fiscal provincial denunciante. En consecuencia ¿cuál dictamen es el que debe quedar subsistente?

14. El Poder Judicial ha optado por considerar válido el dictamen del fiscal provincial y ha ordenado al juez de la causa que abra instrucción al recurrente; sin embargo, no ha considerado que este dictamen quedó sin efecto por el propio mérito del dictamen emitido por el superior, quien además es superior jerárquico del fiscal provincial. Y es que siendo el Ministerio Público el titular de la acción penal, corresponde a sus órganos emitir pronunciamiento sobre el particular, en el momento y oportunidad que corresponda, pero en modo alguno puede el Poder Judicial escoger cual dictamen queda subsistente y en consecuencia, cuál de ellos le sirve de sustento para emitir la resolución que considera pertinente. De modo que el dictamen del fiscal superior, prima sobre el dictamen del fiscal provincial, el cual queda sin efecto, y en consecuencia, no puede generar consecuencias procesales de ninguna naturaleza.

15. En ese sentido, aunque inicialmente se presentó una denuncia fiscal de manera oportuna, ésta no puede surtir los efectos esperados (que se abra instrucción), dado que aunque el dictamen fiscal superior no vincula a los jueces del Poder Judicial, si obliga a los fiscales inferiores, quienes deben adecuar su comportamiento funcional al contenido de los dictámenes de sus superiores jerárquicos. Por ello, aquella denuncia quedó sin efecto desde el momento en que el fiscal superior dictaminó en contrario, por lo que el Poder Judicial no puede pretender abrir instrucción, pues carece de la opinión expresa del órgano competente para tal efecto y a través del funcionario competente para ello; en el caso de autos, el fiscal superior.

16. Consecuentemente, se advierte que al recurrente se le inició un proceso penal sin que haya existido una denuncia fiscal válida. Consecuentemente, corresponde declarar fundada la demanda y disponer que la Sala Penal emplazada no vuelva a incurrir en las acciones que motivaron la interposición de la demanda.

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

**HA RESUELTO**

Declarar **FUNDADA** la demanda; en consecuencia, **ORDENAR** que, en el futuro, la Sexta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima actué conforme al fundamento 9.c.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.° 02920-2012-PHC/TC
LIMA
ÓSCAR LUIS CASTAÑEDA LOSSIO

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI**

Emito el presente voto en discordia bajo las siguientes consideraciones:

1. Con fecha 9 de enero de 2009 don Luis Castañeda Lossio interpone demanda de hábeas corpus contra las integrantes de la Sexta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, vocales Piedra Rojas y Chamorro García, con el objeto de que se declare la nulidad de la Resolución de fecha 14 de setiembre de 2011 que, revocando la resolución que declaró *no ha lugar a la apertura de instrucción* en contra del actor, dispuso que se abra instrucción por los delitos de colusión desleal y malversación de fondos (Expediente N.° 34432-2010).

   Al respecto, afirma que el Décimo Segundo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima resolvió no abrir instrucción en su contra por los mencionados delitos, pronunciamiento judicial que al ser apelado por la fiscalía provincial dio lugar a que el fiscal superior opinara dando su conformidad con lo resuelto por el juzgado de primera instancia; aduce que sin embargo, las vocales emplazadas ordenaron que se abra la instrucción pese al desistimiento del titular de la acción penal. Señala que la cuestionada resolución no contiene una debida motivación y que al mismo tiempo resulta insuficiente ya que carece de una justificación razonada, lo cual afecta los derechos a la tutela procesal efectiva, al debido proceso, a la motivación de las resoluciones judiciales y el principio acusatorio. Agrega que la Sala Superior emplazada decidió de manera arbitraria y usurpadora a la función del Ministerio Público, pues no existe proceso sin acusación.

2. La Constitución establece expresamente en el artículo 200°, inciso 1, que el hábeas corpus procede cuando se vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos

constitucionales conexos a ella. No obstante, no cualquier reclamo que alegue la presunta afectación del derecho a la libertad individual o sus derechos conexos puede dar lugar al análisis del fondo de la materia cuestionada mediante el hábeas corpus, pues para ello debe examinarse previamente si los hechos cuya inconstitucionalidad se denuncia revisten relevancia constitucional y, luego, si agravian el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la libertad personal.

Todo ello implica que para que proceda el hábeas corpus el hecho inconstitucional denunciado debe necesariamente redundar en una afectación directa y concreta en el derecho a la libertad individual. Es por ello que el Código Procesal Constitucional prevé en el artículo 5°, inciso 1, que *"no proceden los procesos constitucionales cuando:* (...) *los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado".*

3. Respecto a la procedencia del hábeas corpus, el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha precisado que si bien el juez constitucional puede pronunciarse sobre la eventual violación o amenaza de violación a los derechos constitucionales conexos, tales como los derechos al debido proceso, a la tutela procesal efectiva, a la motivación de las resoluciones judiciales, etc.; ello ha de ser posible siempre que exista conexión entre estos derechos y el derecho a la libertad individual, de modo que la amenaza o violación del derecho constitucional conexo incida también, en cada caso, en un agravio al derecho a la libertad individual.

4. Fluye del estudio de la demanda que vía el presente hábeas corpus se pretende que se declare la nulidad de la resolución judicial que revocó la resolución del juzgado –que declaró no ha lugar a la apertura de instrucción– y dispuso que se abra instrucción en contra del actor por los mencionados delitos.

5. Considerando lo expuesto y analizada la resolución judicial cuya nulidad se pretende, se aprecia que *esta* **no determina una afectación directa y concreta en el derecho a la libertad individual, y que dicha ausencia de incidencia en el derecho fundamental materia de tutela del hábeas corpus comporta el rechazo de la demanda**. En efecto, la declaración de nulidad de un auto que dispone que *no ha lugar a la apertura de instrucción,* en sí misma, no comporta un agravio al derecho a la libertad personal que pueda dar lugar a la procedencia de la demanda.

   Al respecto es oportuno indicar que la declaración de nulidad de una resolución que dispone que no ha lugar a la apertura de instrucción, de un sobreseimiento o incluso de una sentencia, sea absolutoria o condenatoria, en sí, no determina una restricción del derecho a la libertad personal, pues cuestión distinta es que en dichos pronunciamientos judiciales, a su vez, se imponga una medida que coarte la libertad individual del procesado (investigado), lo cual no acontece en el caso de autos [Cfr. RTC 02661-2012-PHC/TC].

6. A mayor abundamiento, la emisión del auto de apertura no implica, *per se*, la imposición de medidas que coarten la libertad ambulatoria, pues es el juez penal de la causa quien, con base en los presupuestos procesales de la materia y, si fuera el caso, decretará la medida coercitiva de la libertad personal que pueda corresponder. En este contexto el actor tiene expedita la vía ordinaria o constitucional a efectos de hacer valer los derechos que puedan haber sido afectados con la emisión de dicho pronunciamiento judicial, tema que *no* es la materia del presente hábeas corpus. En consecuencia, en la medida en que la resolución judicial cuya nulidad se pretende no determina una afectación directa y concreta en el derecho a la libertad personal, corresponde el rechazo de la demanda de autos.

7. En consecuencia, la demanda debe ser rechazada en aplicación de la causal de improcedencia contenida en el artículo 5°, inciso 1, del Código Procesal Constitucional toda vez que el petitorio y los hechos que sustentan la demanda *no* están referidos en forma directa y concreta al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal.

8. Sin perjuicio de lo manifestado precedentemente, cabe hacer referencia a que, como es de conocimiento público, la Sexta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima ha confirmado el auto de 28 de noviembre de 2012 que declaró fundada la excepción de naturaleza de acción deducida por la defensa técnica del recurrente, mediante resolución de 22 de julio de 2013 (Expediente N° 34432-2010).

9. Dado que lo pretendido en el presente proceso constitucional tiene como propósito que se declare la nulidad de la Resolución de fecha 14 de setiembre de 2011 que dispuso que se abra instrucción por los delitos de colusión desleal y malversación de fondos en contra del recurrente, y por otro lado que, como se ha expuesto *supra*, se ha estimado la excepción

de naturaleza de acción por él interpuesta en el marco del proceso ordinario, resulta evidente que la alegada afectación se ha tornado irreparable.

10. Por tanto, considero adicionalmente que carece de objeto emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia por haber operado la sustracción de la materia, resultando aplicable, a *contrario sensu*, el artículo 1° del Código Procesal Constitucional.

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

**S.**
**URVIOLA HANI**

EXP. N.° 02920-2012-PHC/TC
LIMA
ÓSCAR LUIS CASTAÑEDA LOSSIO

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN**

Haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 5° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, manifiesto a través de este voto, mi parecer discrepante con la ponencia, por las consideraciones siguientes:

1. Que conforme es de verse de la demanda que corre a fojas 1 de autos, el beneficiario con fecha 9 de enero de 2012 interpone demanda de Habeas Corpus, pues sostiene que los magistrados que emitieron la resolución de fecha 14 de setiembre de 2012 han afectado su derecho a la Tutela Procesal Efectiva, Debido Proceso (motivación) y al Principio Acusatorio, por lo que solicita que a través del presente proceso constitucional se declare:

   a) La Nulidad de la Resolución de fecha 14 de setiembre de 2011 emitida por la Sexta Sala Especializada en lo Penal para procesos con Reos Libres, que resolvió Revocar la resolución de primera instancia que declaró No Ha Lugar la apertura de instrucción contra el beneficiario por el delito contra la Administración Pública – Colusión Desleal y Malversación de Fondos - en agravio de la Municipalidad Metropolitana de Lima y reformulándola dispuso que el Juez de la causa abra instrucción contra Oscar Luis Castañeda Lossio por el mismo delito.

   b) Se emita nueva resolución conforme a lo decidido por el Fiscal Superior de la Sexta Fiscalía Superior Penal de Lima quien emitiendo opinión precisó que se encuentra de acuerdo con lo resuelto por el Juez de Primera Instancia y en contra del ejercicio de la acción penal.

   Sostiene que con la emisión de las referidas resoluciones se estaría vulnerando el principio acusatorio, pues al haber el Fiscal Superior opinado por estar de acuerdo con lo resuelto por el Juez Provincial, se abría producido un desistimiento del ejercicio de la acción penal y archivo del proceso. Sin embargo la Sala Superior Penal revocó la resolución emitida por el Juez de Primera Instancia, ordenando abrir instrucción, produciéndose una grave afectación a su libertad individual que se ha visto restringida al dictarse comparecencia restringida, con afectación y restricción de su libertad locomotora.

2. Que, conforme lo dispone el artículo 202°, inciso 2 de la Constitución Política del Perú, son atribuciones del Tribunal Constitucional "Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento", en este mismo sentido el Código Procesal Constitucional establece en su artículo 18° que "Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional (...)".

3. Que el artículo 25° del Código Procesal Constitucional el hábeas corpus procede ante la acción u omisión que amenace o vulnere la libertad individual. Asimismo la última parte de la acotada establece que "[t]ambién procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso.....". A prima facie podríamos entender que nos encontramos frente a una improcedencia de la demanda en razón a que no se encontraría afectada la libertad del procesado; sin embargo, siendo que el beneficiario alega vulneración al Principio acusatorio pues sostiene que se le ha aperturado proceso penal cuando el Fiscal Superior se ha desistido de la acción penal, dando mérito a que se disponga la medida de comparecencia restringida.

4. Que este Tribunal a emitido pronunciamiento en la STC 2005-2006-PHC fundamento 2), precisando que "[...]las vulneraciones al procedimiento preestablecido y al principio acusatorio, constituyen elementos del debido proceso, susceptible de protección; si bien en principio fue aplicado al proceso de amparo, resulta procedente su tutela en el proceso de hábeas corpus, en tanto que de la pretendida afectación a estos derechos se derive

una vulneración o amenaza de la libertad individual.

5. En el presente caso, si bien es cierto que en autos no aparece la resolución que apertura proceso penal contra el beneficiario ni que se haya dictado contra él medida de comparecencia restringida; también es cierto que al haberse dispuesto la apertura de la acción penal por el Superior contra el favorecido por el delito contra la Administración Pública – Colusión desleal y malversación de fondos, conforme lo señala el actor en su escrito de agravio, cuya parte pertinente corre a fojas 292, precisando además que se ha dictado la medida de comparecencia restringida, afirmación que debe ser procesada teniendo en cuenta lo dispuesto en el 288° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, esto es el deber de los abogados de: 1) Actuar como servidor de la Justicia y como colaborador de los Magistrados; 2) Patrocinar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe; 3) Defender con sujeción a las leyes, la verdad de los hechos y las normas del Código de Ética Profesional; entre otros: por lo que de faltar a la verdad el abogado patrocinante que suscribe el recurso de agravio se haría merecedor de las medidas dispuestas en el artículo 292° de la acotada norma, con lo cual queda claro que existe una real y evidente amenaza a la libertad individual. Siendo esto así, resulta procedente analizar las pretendidas vulneraciones al debido proceso en el presente hábeas corpus.

6. La necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, es un derecho fundamental de los justiciables. Mediante la motivación, por un lado, se garantiza que la impartición de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículo 138° de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa. El Tribunal Constitucional ha sostenido que dicho derecho no garantiza una determinada extensión de la motivación o que se tenga que pronunciar expresamente sobre cada uno de los aspectos controvertidos o alegados por la defensa, ni se excluye que se pueda presentar la figura de la motivación por remisión [Cfr.STC 1230-2002-HC/TC].

7. En cuanto a la motivación respecto al supuesto desistimiento de la impugnación fiscal, cabe precisar que en autos no obra resolución alguna que acredite que el Fiscal Superior se ha desistido de la denuncia penal, obrando en autos la Opinión del Fiscal Superior por que se confirme el auto apelado de fecha 14 de enero del 2011, en el extremo que declara No ha Lugar a la apertura de Instrucción contra Oscar Luis Castañeda Lossio por el delito contra la Administración Pública – Colusión Desleal y Malversación de Fondos, en agravio de la Municipalidad de Lima, el mismo que es emitido a través del dictamen N° 446-2011 recaído en el expediente penal N° 34432-2010.

8. Que el artículo 159°, inciso 5, de la Constitución señala que corresponde al Ministerio Público ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte. Pues bien, el contenido normativo de esta disposición constitucional se refiere a la facultad que el Ministerio Público tiene para ejercitar la acción penal ante la existencia de suficientes elementos incriminatorios a fin de garantizar el principio del interés general en la investigación del delito que se deriva de la obligación del Estado constitucional de proteger los derechos de la persona y proteger a la población de las amenazas contra su seguridad (artículos 3° y 44° de la Constitución) o, en su defecto, de abstenerse en el ejercicio de la acción penal ante la ausencia de suficientes elementos incriminatorios.

9. Siendo, el Ministerio Público el titular del ejercicio de la acción penal pública, este ejercicio se materializa a través de dos funciones: La *función investigadora* y la *función acusadora*. La primera consiste en la decisión de formalizar la acción penal ante el juez (CdePP) o la de formalizar la acción penal y continuar con la investigación preparatoria con conocimiento del juez (NCPP) una vez conocida la denuncia o la noticia criminal, siempre que existan suficientes elementos incriminatorios que hagan necesaria la investigación penal. La segunda consiste en la decisión de comunicar al juez la atribución o la formulación de la responsabilidad penal del procesado y la propuesta de la pena que se le debe imponer por el hecho cometido. Estas dos actuaciones despliegan y tienen efectos comunes, y por lo mismo merecen un tratamiento similar, lo que no significa como es obvio que debido al estadío del proceso penal puedan tener efectos y/o manifestaciones diferentes.

10. La *función investigadora* en el marco del modelo antiguo del proceso penal (CdePP) corresponde al Fiscal Provincial formalizar la acción penal luego de haber realizado una actividad probatoria mínima, así como un razonable grado de convicción respecto de los elementos incriminatorios del caso. Producida la formalización de la acción penal es el juez penal que mediante una resolución debidamente motivada puede disponer abrir instrucción contra el denunciado o, en su

defecto declarar no ha lugar a la apertura de instrucción; siendo esta última decisión materia de recurso de apelación por el Titular de la acción penal, siendo el Juez Superior el que deberá resolver la impugnación interpuesta previa opinión del Fiscal Superior. En este estadio procesal, previo a la decisión de la Sala Superior corresponde al Fiscal Superior emitir dictamen de grado, quién también en el ejercicio de la titularidad de la acción penal puede opinar porque se confirme la resolución apelada o que este sea revocada y se disponga se abra instrucción contra el denunciado.

11. Atendiendo a lo expuesto supra podemos advertir que es aquí donde surge el debate jurídico, pues en el caso de autos el Fiscal Superior opinó porque se confirme el auto de *no* ha lugar a abrir instrucción (lo que implica un apartamiento o una rectificación a la pretensión del Fiscal Provincial) y que la Sala Superior decida revocar la resolución apelada y disponer que el juez penal abra instrucción contra el denunciado, lo que nos ubica en la siguiente interrogante *¿la decisión de la Sala Penal de abrir instrucción al favorecido no obstante a que el Fiscal Superior opinó por que se confirme la decisión del Juez Penal por la no apertura de la instrucción, vulnera el principio constitucional que reconoce al Ministerio Público como titular de la acción penal pública en su función investigadora*?

12. Para responder la interrogante señalada, resulta necesario determinar previamente si el mencionado principio que reconoce al Ministerio Público como titular de la acción penal pública en su función investigadora es un principio constitucional absoluto o no. Al respecto, conviene precisar que todo derecho fundamental o principio constitucional sean éstos individuales o sociales, positivos o negativos, son susceptibles de ser limitados o restringidos, y por lo tanto, pueden realizarse u optimizarse en una medida gradual, sin tener que aceptar la alternativa del todo o nada. Así tenemos que el principio que reconoce al Ministerio Público como titular de la acción penal pública tampoco es un principio absoluto, pues puede ser limitado o restringido no sólo por su propio contenido, sino también por su relación con otros bienes constitucionales, por ejemplo, con el principio del interés público en la investigación del delito. Entonces en ciertas situaciones *excepcionales* que proporcionen una justificación constitucional objetiva y razonable y de acuerdo a las circunstancias del caso concreto, el principio que reconoce al Ministerio Público como titular de la acción penal pública puede ceder ante otro bien de relevancia constitucional como es el principio del interés general en la investigación del delito.

13. Por lo dicho, aun cuando el Fiscal Superior en el ejercicio de la titularidad de la acción penal pública e incluso considerando su función jerárquicamente superior solicite que se confirme el auto de *no* ha lugar a abrir instrucción (lo que implicaría un apartamiento o una rectificación a la pretensión del Fiscal Provincial), la Sala Superior –siempre que exista la necesidad o la conveniencia de proseguir la investigación penal para que se dilucide los hechos incriminados y la responsabilidad o irresponsabilidad penal del denunciado, esto es, a fin de tutelar el principio del interés general en la investigación del delito–, puede tomar en cuenta o no la opinión del Fiscal Superior, como en el caso de autos que resolvió por revocar la resolución de no ha lugar a abrir instrucción, disponiendo que el Juez Penal abra instrucción contra el denunciado. Y es que como ha quedado dicho, el hecho de que el Ministerio Público ostente la titularidad en el ejercicio de la acción penal no significa que pueda actuar de manera totalmente discrecional e incontrolada, antes bien sus actuaciones y/o decisiones se encuentran sujetas al principio de prohibición de la arbitrariedad, y en definitiva, a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, y es en estos términos en los que debe entenderse que la decisión de la Sala Superior de continuar con la investigación penal –pese a la negativa del Fiscal Superior que a su vez se aparta del criterio del Fiscal Provincial– se encuentra constitucionalmente justificada.

14. Cabe precisar que este Tribunal ha adoptado similar criterio en los supuestos relacionados a la *función acusadora* del Ministerio Público. Así por ejemplo, en las sentencias recaídas en los Exp. N° 2005-2006-PHC/TC y Exp. N° 4620-2009-PHC/TC este Tribunal ha configurado el contenido constitucionalmente protegido del principio acusatorio y sus excepciones, concluyendo que el juez penal puede decidir la continuación del proceso penal cuando, por ejemplo, se ha vulnerado el derecho a la prueba de la parte civil.

15. En el caso concreto, se advierte que la Sexta Sala Penal para procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, a través de la resolución cuestionada, de fecha 14 de setiembre de 2011, ha expresado ampliamente las razones (resumidas en el rubro: conclusiones) por las cuales existe la necesidad o la conveniencia de que prosiga la investigación penal para que se dilucide

los hechos incriminados y la responsabilidad o irresponsabilidad penal del denunciado, contra don Oscar Luis Castañeda Lossio, por los delitos de colusión desleal y malversación de fondos, en agravio de la Municipalidad Metropolitana de Lima (fojas 52), por lo tanto, considero que se trata de una actuación judicial que se encuentra constitucionalmente justificada.

Por las consideraciones expuestas, mi voto es porque

1. Se declare **INFUNDADA** la demanda de hábeas corpus.
2. Poner en conocimiento del Congreso de la República la ausencia de regulación legal sobre la cuestión jurídica surgida en el presente caso a efectos de que proceda conforme a sus atribuciones y competencias.

**Sr.**
**CALLE HAYEN**

***Sentencia 00319-2013-PA/TC*** *Proceso de amparo interpuesto por la Sociedad Agrícola San Agustín S.A. El Tribunal declaró fundada la demanda por amenaza de violación al derecho de propiedad.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 16 de setiembre de 2013

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda interpuesta por el recurrente contra la Sunat, en la cual solicitó la inaplicación del artículo 5 del TUO de la Ley del Impuesto a la Renta, norma autoaplicativa que grava con dicho impuesto la indemnización justipreciada que recibiera por la expropiación del Fundo San Agustín para la futura ampliación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez en Lima, y la tutela judicial de su derecho de propiedad generado por el cobro del impuesto a la renta y la amenaza de futuros cobros de dicho impuesto respecto del justiprecio recibido.

El Tribunal, luego de concluir que una expropiación es la enajenación forzosa de un bien, evaluó los alcances del procedimiento de expropiación y la indemnización justipreciada, a fin de determinar si la imposición del impuesto a la renta sobre esta última resulta legítima en términos constitucionales.

Al respecto, el Tribunal destacó que el procedimiento expropiatorio genera un pago justo que, para la legislación peruana, se determina por dos elementos, la determinación del valor comercial actualizado del bien, y la compensación por los daños que dicha pérdida forzosa le genera al titular del derecho.

El Tribunal determinó a continuación que la indemnización no genera algún tipo de renta o ganancia. En cambio, en una enajenación voluntaria, sí puede darse una mejoría económica para las partes, pues el valor de la transferencia se fija libremente, y muchas veces en base a variables subjetivas; pero estos elementos no son propios del procedimiento expropiatorio. Así, el Tribunal concluyó que en dicho procedimiento no se genera ningún beneficio que implique una ganancia, utilidad o ingreso adicional que se configure como un hecho imponible del impuesto a la renta conforme a nuestra legislación.

Por tanto, y basándose también en los hechos particulares del caso, el Tribunal decidió inaplicar el artículo 5 del TUO de la Ley de Impuesto a la Renta referente a la imposición del impuesto a la renta sobre el pago de la indemnización recibida por el recurrente y dispuso que la Sunat devolviera el pago adelanto que este realizó.

**Temas Claves:** Derecho de propiedad — expropiación — indemnización justipreciada.

EXP. N.° 00319-2013-PA/TC
LIMA
SOCIEDAD AGRICOLA SAN AGUSTIN S.A. (SASA)

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 18 días del mes de junio de 2013 el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Vergara Gotelli, Álvarez Miranda y Eto Cruz, y con el voto singular del magistrado Calle Hayen; votos, todos, que se agregan a los autos.

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Sociedad Agrícola San Agustín S.A. contra la resolución expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 452, su fecha 14 de agosto de 2012, que declaró improcedente la demanda de autos.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 28 de octubre de 2011, la Sociedad recurrente interpone demanda de amparo contra la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria (SUNAT) solicitando la inaplicación del artículo 5° del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, Decreto Supremo N.° 179-2004-EF, norma autoaplicativa que grava con dicho impuesto a la indemnización justipreciada recibida el 19 de mayo de 2011 y el 12 de julio de 2011, como consecuencia de la expropiación sufrida del Fundo San Agustín para la futura ampliación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez en Lima. Asimismo solicita la restitución de S/. 16'417,931.00, efectuados bajo protesta por concepto del impuesto a la renta. Solicita tutela judicial de su derecho de propiedad generado por el cobro del impuesto a la renta y la amenaza que existe sobre futuros cobros de dicho impuesto respecto del justiprecio recibido.

Sostiene que mediante Resolución Suprema N.° 675-72-VI-DU del 8 de noviembre de 1972, el Estado declaró de necesidad pública la modificación de los planos de zonificación general del Sistema Vial de Lima Metropolitana, estableciendo al sector Noroeste del Callao, donde se sitúa el Fundo San Agustín, como área de reserva para la futura ampliación del referido aeropuerto, razón por la cual, aun cuando mantuvo la titularidad de dicho fundo, en los hechos se vio en la imposibilidad de explotar dicho bien. Agrega que en 1978, fue despojada de una parte importante del referido predio de manera ilegal mediante el otorgamiento de títulos irregulares por parte de la Dirección General de la Reforma Agraria a favor de terceros, actuación que luego de un largo proceso judicial fue anulada por la Corte Suprema. Estos dos hechos no solo le generaron la pérdida de la posesión de una parte del Fundo San Agustín por más de 30 años, sino que también le produjo una carga económica injustificada por el litigio que tuvo que enfrentar, daños que no han sido compensados por el Estado.

Agrega que luego de casi 30 años, el Estado trató de retomar la medida adoptada en 1972, por lo que con fecha 25 de julio de 2000, publicó la Ley N.° 27329 que declaró de necesidad pública la expropiación de los inmuebles adyacentes al aeropuerto, lo que suponía la expropiación del Fundo San Agustín equivalente a un área de 3'440,112.983 $M^2$, proceso que debía tardar 2 años como máximo según lo que dispone el artículo 7° de la Ley N.° 27117; sin embargo, luego de 8 años, con la emisión de la Resolución Suprema N.° 053-2008-MTC del 4 de mayo de 2008, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) recién autorizó la ejecución de la expropiación de dichos predios, siendo que con la publicación de la Resolución Suprema N.° 093-2008-MTC, el 24 de julio de 2008, se dio inicio al procedimiento expropiatorio el cual culminó mediante el laudo de conciencia contenido en la Resolución N.° 147 del 30 de abril de 2011, que dispuso el pago de la indemnización justipreciada ascendente a S/.820,069,761.80 (sic) nuevos soles, monto respecto del cual se tuvo que otorgar el 30% a los posesionarios que ocupaban los terrenos del fundo, por lo que únicamente la Sociedad demandante recibió la suma de S/. 490'801,009.00 monto que viene siendo gravado por el Impuesto a la Renta cuestionado, pese a que dicho bien no ha generado rentas gravables.

Finalmente agrega que ha procedido a pagar a la SUNAT las sumas de S/. 900, 205.00 y S/. 15'517,726.00 bajo protesta, por concepto de impuesto a la renta en los meses de mayo y junio de 2011, desembolso que lesiona su patrimonio y la situación de indemnidad en la que debería encontrarse como consecuencia de la expropiación sufrida, pues la enajenación obligatoria que ha supuesto la expropiación de su bien de capital sumado al gravamen del referido impuesto resulta contraria al principio de capacidad contributiva pues la indemnización justipreciada de origen expropiatorio no se constituye en una ganancia del capital ni genera rentas y por lo tanto no puede dar lugar al pago del impuesto cuestionado.

La procuradora Ad hoc de la SUNAT propone excepción de falta de agotamiento de la vía previa y contesta la demanda manifestando que existe una vía igualmente satisfactoria como lo son el procedimiento contencioso tributario y el procedimiento contencioso administrativo. Asimismo refiere que la Administración aun no ha fiscalizado a la Sociedad demandante a efectos de verificar el cumplimiento de sus obligaciones tributarias incluyendo la liquidación del impuesto a la renta correspondiente al año 2011, por lo que no se ha emitido o notificado orden de pago o resolución de determinación de deuda alguna al respecto; así como tampoco se ha notificado resolución de ejecución coactiva alguna, por lo tanto no existe amenaza cierta o de inminente realización que le pudiera generar un perjuicio real, efectivo o tangible sobre sus derechos reclamados.

El Décimo Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, con fecha 30 de enero de 2012, declaró infundada la excepción propuesta y saneado el proceso, y con fecha 23 de marzo de 2012, declaró fundada la demanda por estimar que el artículo 5° del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, Decreto Supremo N.° 179-2004-EF, al gravar la indemnización justipreciada recibida por la expropiación del Fundo San Agustín, lesionó el derecho a la propiedad de la Sociedad demandante por cuanto gravar la indemnización justipreciada que recibió como compensación

del proceso expropiatorio al que fue sometida disminuye en la práctica el valor de su patrimonio y se constituye en una situación doblemente gravosa, pues en dicho proceso ya ha sido privada de un predio que posiblemente pudo constituirse en una fuente permanente de utilidades, beneficios económicos y rentas; por lo que pretender gravar dicho justiprecio resulta irrazonable y afecta la garantía de indemnidad patrimonial y el contenido esencial del derecho a la propiedad.

La Sala revisora revocó la apelada y declaró improcedente la demanda por estimar que el impuesto a la renta no grava todo el justiprecio sino solo la renta, plusvalía o ganancia de existir esta, razón por la cual no afecta la garantía de indemnidad que se desprende del proceso expropiatorio. Agrega que en autos la recurrente no ha acreditado la confiscatoriedad que se produciría por el cobro del impuesto a la renta.

Mediante recurso de agravio constitucional, la Sociedad recurrente solicita que se revoque la recurrida y se declare fundada su demanda por cuanto el impuesto a la renta del cual pretenden la inaplicación, lesiona la garantía de indemnidad que le asiste como consecuencia del proceso expropiatorio al que ha sido sometida por el Fundo San Agustín, por cuanto afirmar que dicho impuesto grava a la indemnización justipreciada considerando que el valor actualizado del inmueble cumple la función de un precio que permite una ganancia, resulta errado en la medida que dicha indemnización viene a ser un medio de reparación de daños, cuyo pago solo busca asegurar una indemnización plena e integral a favor del expropiado, asegurando una justa compensación económica por el bien del que ha sido privado. Agrega que recibir la indemnización justipreciada no enriquece ni empobrece al expropiado ya que solo repara la pérdida de aquello que ya formaba parte de su propiedad, por lo tanto no se genera renta gravable de impuesto.

**FUNDAMENTOS**

**Delimitación del petitorio**

1. La Sociedad recurrente solicita la inaplicación del artículo 5° del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley del Impuesto a la Renta, Decreto Supremo N.° 179-2004-EF, norma autoaplicativa que grava con dicho impuesto a la indemnización justipreciada recibida el 19 de mayo de 2011 y el 12 de julio de 2011, como consecuencia de la expropiación sufrida del Fundo San Agustín. Asimismo solicita la restitución de S/. 16'417,931.00, efectuados bajo protesta por concepto del impuesto a la renta. Solicita tutela judicial de su derecho de propiedad generado por el cobro del impuesto a la renta y la amenaza que existe sobre futuros cobros de dicho impuesto respecto de la indemnización justipreciada recibida.

**Sobre el amparo contra las normas autoaplicativas**

2. En reiterada jurisprudencia este Colegiado ha establecido que "si bien no son procedentes los amparos contra normas heteroaplicativas, sí proceden contra normas autoaplicativas, es decir, contra aquellas normas creadoras de situaciones jurídicas inmediatas, sin la necesidad de actos concretos de aplicación. En efecto, del fundamento 10 de la STC 03283-2003-AA/TC, se infiere que cuando las normas dispongan restricciones y sanciones sobre aquellos administrados que incumplan en abstracto sus disposiciones, queda claro que por sus alcances se trata de una norma de carácter autoaplicativo que desde su entrada en vigencia generará una serie de efectos jurídicos que pueden amenazar o violar derechos fundamentales" (STC N.° 2835-2010-PA/TC, FJ 2).

   "Sin embargo, debe quedar claro que esta afirmación no significa una valoración del fondo de la controversia, pues sólo se pronuncia sobre la procedibilidad de la demanda de amparo. Así, la determinación del carácter autoaplicativo de una disposición no conlleva necesariamente a estimar la demanda, porque la verificación de su carácter es sólo un presupuesto procesal, más no un elemento determinante para su inaplicación porque una ley autoaplicativa no siempre es inconstitucional. Impide, en todo caso, que el proceso de amparo (*control concreto*) se desnaturalice frente al proceso de inconstitucionalidad (*control abstracto*)" (STC 00606-2008-PA/TC, FJ 4).

   En el presente caso, se pretende la inaplicación del impuesto a la renta sobre el supuesto de la "expropiación que regula el artículo 5° del TUO de la LIR, Decreto Supremo N.° 179-2004-EF, supuesto que se constituye en una norma autoaplicativa en el caso de la Sociedad recurrente en la medida que el Fundo San Agustín, que fuera de su propiedad ha sido materia de un procedimiento expropiatorio y en el año 2011, ha recibido el pago de la indemnización justipreciada por dicho bien, razón por la cual, corresponde efectuar un análisis sobre el fondo de la controversia.

**Análisis de la controversia**

**Argumentos de las partes**

3. La **Sociedad demandante** sostiene que el artículo 70° de la Constitución Política debe interpretarse como una garantía de

indemnidad, pues considera que el derecho de propiedad garantiza la conservación de la integridad del patrimonio de la persona, en tal sentido, sostiene que al producirse una expropiación, el Estado se encuentra en el deber de indemnizar en forma completa y plena al titular del derecho por el daño que le produce, razón por la cual, la indemnización justipreciada asegura que la situación patrimonial sea igual antes y después de la expropiación, pues así garantiza la indemnidad patrimonial del expropiado al reparar la pérdida de aquello que ya formaba parte de su patrimonio, por lo tanto no sufre pérdida pero tampoco obtiene beneficio alguno, razón por la que afirma que la indemnización justipreciada forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad frente al proceso expropiatorio. En tal sentido, manifiesta que la indemnización justipreciada recibida, no puede calificarse como ganancia sino como reparación y por lo tanto no corresponde aplicar sobre ella, el impuesto a la renta.

Asimismo, refiere que la Ley General de Expropiaciones, Ley N.° 27117, reconoce la referida garantía al establecer una distinción entre el valor actualizado del inmueble y el valor de los daños adicionales generados por la expropiación, pues busca asegurar una indemnización plena e integral a favor del expropiado.

4. Por su parte, la **SUNAT** manifiesta que el impuesto a la renta no grava la indemnización justipreciada como tal, sino que grava la posible renta que pueda resultar de comparar la indemnización justipreciada recibida (que incluye el valor -comercial actual del inmueble) con el valor de adquisición actualizado con normas de inflación con incidencia tributaria. En ese sentido afirma que el impuesto a la renta empresarial grava la utilidad comercial de una empresa luego de realizar el procedimiento de determinación donde se consideran todos los ingresos, costos y gastos de un año, siendo la indemnización justipreciada un ingreso de la empresa y solo en la medida de que pueda representar una utilidad para ella, será incidido por el impuesto a la renta respecto de la posible ganancia que conlleve.

   Agrega que el deber de contribuir constituye una restricción constitucionalmente válida del derecho de propiedad, por lo que gravar con el impuesto a la renta la posible ganancia derivada de la indemnización justipreciada, no lesiona dicho derecho, puesto que la manifestación de riqueza que justifica la imposición del impuesto, que en el caso de la Sociedad demandante se presenta por el hecho de que en la actualidad estaría recibiendo un mayor valor por el bien expropiado de lo que a ella le costó al momento de su adquisición, hecho que conlleva el gravamen de la posible ganancia de capital (renta) como consecuencia de la realización económica de la propiedad. También afirma que si bien la propiedad como índice de manifestación de riqueza hace que el tributo sea patrimonial y que la base imponible de ese tributo esté directamente vinculado al valor del bien de cuya propiedad se trate, ello no sucede en el caso de la Sociedad demandante, pues el índice de manifestación de riqueza es la utilidad (renta) neta anual que obtenga el contribuyente luego de considerar todos sus ingresos anuales (incluida la indemnización justipreciada) y restar todos sus costos (que incluye el costo de adquisición del inmueble expropiado) y gasto, lo que hace que el tributo no sea patrimonial sino un tributo sobre la renta.

   Por otro lado, refiere que el nacimiento de la obligación tributaria sobre la posible ganancia de capital que puede existir con ocasión de la percepción de la indemnización justipreciada es totalmente ajena al derecho de propiedad vinculado a la expropiación, pues el impuesto a la renta grava hechos económicos (posible ganancia en la transferencia de bienes a título oneroso) sin que sea muy relevante para efectos tributarios la causa jurídica de éstos (la posible ganancia puede provenir de una venta, una permuta, cesión definitiva, expropiación, aporte de sociedades, etc), siendo lo fundamental el hecho de que puede llegar a determinarse renta o utilidad como consecuencia de dichos hechos económicos, razón por la cual, al haberse llevado a cabo un proceso expropiatorio en los términos que exige la Constitución, no se ha afectado el derecho de propiedad denunciado, pues este se agotó con el pago de la indemnización justipreciada, no debiéndose perder de vista que la demandante es una empresa, razón por la cual, para ella, dicha indemnización viene a ser un ingreso que podría representar algún tipo de utilidad o ganancia de capital, constituyéndose así, en un hecho nuevo que genera una relación jurídica tributaria independiente a la expropiación, por tener un origen, contenido y fundamento distinto.

**Consideraciones del Tribunal Constitucional**

5. En el presente caso, se advierte que la pretensión demandada se encuentra referida a determinar si la indemnización justipreciada recibida por la Sociedad demandante como consecuencia del proceso de expropiación que ha sufrido del Fundo San Agustín, se constituye como un hecho constitucionalmente válido

de ser gravado por el impuesto a la renta. El artículo 5° del TUO de la Ley del Impuesto a la Renta, Decreto Supremo N.° 179-2004-EF dispone lo siguiente:

> "Para los efectos de esta ley, se entiende por enajenación la venta, permuta, cesión definitiva, expropiación, aporte a sociedades y, en general, todo acto de disposición por el que se transmita el dominio a título oneroso".

6. En primer lugar, cabe recordar que este Colegiado en la STC N.° 3666-2008-PA/TC, ha establecido lo siguiente:

> "De acuerdo con nuestra Constitución (artículo 74°), la potestad tributaria es la facultad del Estado para crear, modificar o derogar tributos, así como para otorgar beneficios tributarios. Esta potestad se manifiesta a través de los distintos niveles de Gobierno u órganos del Estado –central, regional y local–. Sin embargo, es del caso señalar que esta potestad no es irrestricta o ilimitada, por lo que su ejercicio no puede realizarse al margen de los principios y límites que la propia Constitución y las leyes de la materia establecen.
>
> La imposición de determinados límites que prevé la Constitución permite, por un lado, que el ejercicio de la potestad tributaria por parte del Estado sea constitucionalmente legítimo; de otro lado, garantiza que dicha potestad no sea ejercida arbitrariamente y en detrimento de los derechos fundamentales de las personas.
>
> Por ello, se puede decir que los principios constitucionales tributarios son límites al ejercicio de la potestad tributaria, pero también son garantías de las personas frente a esa potestad; de ahí que dicho ejercicio será legítimo y justo en la medida que su ejercicio se realice en observancia de los principios constitucionales que están previstos en el artículo 74° de la Constitución, tales como el de legalidad, reserva de ley, igualdad, respeto de los derechos fundamentales de las personas y el principio de interdicción de la [arbitrariedad].
>
> (…)
>
> De ahí que la potestad tributaria del Estado, a juicio de este Colegiado, debe ejercerse principalmente de acuerdo con la Constitución –*principio de constitucionalidad*– y no sólo de conformidad con la ley –*principio de legalidad*–. Ello es así en la medida que nuestra Constitución incorpora el principio de supremacía constitucional y el principio de fuerza normativa de la Constitución (artículo 51°)" (FJ 6 a 8 y 10).

7. Asimismo, teniendo en cuenta que todo tributo se encuentra vinculado a la capacidad económica del contribuyente, también se ha determinado que

> "(…) la capacidad contributiva tiene un nexo indisoluble con el hecho sometido a imposición; es decir, siempre que se establezca un tributo, éste deberá guardar íntima relación con la capacidad económica de los sujetos obligados, ya que sólo así se respetará la aptitud del contribuyente para tributar o, lo que es lo mismo, sólo así el tributo no excederá los límites de la capacidad contributiva del sujeto pasivo, configurándose el presupuesto legitimador en materia tributaria y respetando el criterio de justicia tributaria en el cual se debe inspirar el legislador, procurando siempre el equilibrio entre el bienestar general y el marco constitucional tributario al momento de regular cada figura tributaria. De modo que, cuando el Tribunal Constitucional reconoce que todo tributo que establezca el legislador debe sustentarse en una manifestación de capacidad contributiva (STC N.° 2727-2002-AA/TC), lo que hace es confirmar que la relación entre capacidad económica y tributo constituye el marco que, en términos generales, legitima la existencia de capacidad contributiva como principio tributario implícito dentro del texto constitucional". (STC N.° 33-2004-PI/TC, FJ 12).

8. También cabe precisar que en anterior jurisprudencia este Colegiado ha tenido la oportunidad de evaluar la constitucionalidad de diversos impuestos, tomando como base de análisis, la estructura del tributo cuestionado. Así, corresponde recordar que en el caso de la determinación de la inconstitucionalidad del Impuesto Mínimo a la Renta (IMR) y el Anticipo Adicional al Impuesto a la Renta (AAIR), este Tribunal arribó a la conclusión de la existencia de una incongruencia entre la finalidad del tributo (pretendía gravar la renta) y el hecho imponible sobre el que recaía el mismo (gravaba el patrimonio generador de la renta), dado que en los hechos, dichos tributos gravaban la fuente productora de renta y no la renta como producto de la explotación de dicha fuente (*Cfr*. STC N.° 2727-2002-PA/TC y STC N.° 033-2004-PI/TC).

   Posteriormente, al efectuar el análisis sobre el Impuesto Extraordinario a los Activos Netos (IEAN) y el Impuesto Temporal a los Activos

Netos (ITAN), este Colegiado consideró legítima la regulación de impuestos sobre la capacidad contributiva que suponía la existencia de los activos netos de una empresa, siempre y cuando se utilicen mecanismos congruentes para tal fin. Así, estimó constitucional que se produzcan gravámenes sobre el patrimonio empresarial, por resultar este una manifestación de la capacidad contributiva de este tipo de entidades, sobretodo porque dichos tributos fueron de carácter temporal y por un porcentaje que no incidía de manera confiscatoria en el patrimonio gravado (STC N.° 2727-2002-PA/TC y 3797-2006-PA/TC).

9. Conforme lo hemos expuesto en el fundamento 5 *supra*, de lo que trata la presente controversia, es de determinar si en efecto la indemnización justipreciada producto de un proceso de expropiación resulta un supuesto de hecho pasible de ser gravado por el impuesto a la renta, razón por la cual corresponde determinar, en primer lugar, qué es lo que se entiende por expropiación.

10. Al respecto, la Ley General de Expropiación, Ley N.° 27117, dispone lo siguiente:

> "**Artículo 2**.- La expropiación consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.
>
> **Artículo 3**.- El único beneficiario de una expropiación es el Estado.
>
> **Artículo 4**.- En la ley que se expida en cada caso deberá señalarse la razón de necesidad pública o seguridad nacional que justifica la expropiación, así como también el uso o destino que se dará al bien o bienes a expropiarse.
>
> **Artículo 5**.- La expropiación es improcedente cuando se funda en causales distintas a las previstas en la presente Ley, cuando tiene por objeto el incremento de las rentas públicas o cuando responde a la necesidad de ejercitar derechos reales temporales sobre el bien".

Como es de verse, el supuesto expropiatorio implica una transferencia de carácter forzosa a favor del Estado por causas únicamente vinculadas a la necesidad pública o seguridad nacional, debidamente justificadas y aprobada por una ley, situación que evidencia que al margen de que el supuesto expropiatorio se trate de la enajenación de un bien, pues hay una transferencia del derecho de propiedad, la misma resulta compulsiva, pues el titular del derecho no puede oponerse a dicho procedimiento, salvo que la expropiación no reúna los requisitos legales antes expuestos, tal y conforme la propia ley lo dispone en su artículo 23°, razón por la cual, no nos encontramos a un supuesto ordinario de enajenación, sino de una de naturaleza obligatoria.

11. Por otra parte y en cuanto a la indemnización justipreciada, la citada Ley dispone lo siguiente:

> **Artículo 15.- De la indemnización justipreciada**
>
> **15.1 La indemnización justipreciada comprende el valor de tasación comercial debidamente actualizado del bien que se expropia y la compensación que el sujeto activo de la expropiación debe abonar en caso de acreditarse fehacientemente daños y perjuicios para el sujeto pasivo originados inmediata, directa y exclusivamente por la naturaleza forzosa de la transferencia**.
>
> 15.2 La entrega efectiva y total del monto de la indemnización justipreciada, se efectuará en dinero, una vez transcurrido el plazo para la contestación de la demanda o de la contestación de la reconvención, según corresponda. En caso de oposición del sujeto activo a la compensación, el sujeto pasivo deberá otorgar garantía real o fianza bancaria por la diferencia existente entre su pretensión y la del Estado.
>
> 15.3 La indemnización justipreciada no podrá ser inferior al valor comercial actualizado conforme a lo dispuesto en el Artículo 16 de la presente Ley; ni podrá exceder de la estimación del sujeto pasivo.
>
> 15.4 En ningún caso la indemnización justipreciada podrá comprender el valor de las mejoras realizadas en el bien a expropiar por el sujeto pasivo con posterioridad a la fecha de publicación de la resolución a que se refiere el Artículo 8 de la presente Ley.
>
> **Artículo 16.- De la tasación**
>
> El valor del bien se determinará mediante tasación comercial actualizada que será realizada exclusivamente por el Consejo Nacional de Tasaciones - CONATA.
>
> Asimismo, de la propia Ley se desprende que la transferencia que supone la expropiación,

por tratarse de una enajenación forzosa otorga a favor del expropiado no solo el pago del justiprecio por el bien materia de dicho procedimiento, sino que también le otorga el pago de una indemnización.

Al respecto, la propia norma establece que la indemnización justipreciada se constituye por dos elementos, uno viene a ser el valor de la tasación comercial del bien materia de la expropiación debidamente actualizado y el otro viene a ser la compensación que el Estado debe otorgar al titular del bien expropiado como consecuencia de la generación de daños y perjuicios producto de dicho procedimiento, los cuales deben ser acreditados de manera fehaciente.

Entonces, queda claro que dependiendo de diversos factores, como lo pueden ser el uso, la explotación, la zonificación del bien materia de expropiación u otros, es que se producirá un valor comercial (X) y una compensación por los daños (Y) a pagarse a favor del propietario del bien, siendo incluso que este segundo elemento de la expropiación, puede no generarse, en el supuesto hipotético de que dicho procedimiento se produzca respecto de un bien inmueble abandonado por su titular, por ejemplo.

12. En tal sentido, teniendo en cuenta que la expropiación viene a ser una enajenación forzosa de un bien, lo que corresponde evaluar es si ¿la imposición del impuesto cuestionado sobre la indemnización justipreciada resulta legítimo en términos constitucionales? Al respecto, en el caso de autos, la SUNAT sostiene que sí, pues considera que el Impuesto a la Renta se impone sobre todas las rentas que haya percibido una persona jurídica durante un año y que la indemnización justipreciada resulta ser un ingreso más de la Sociedad demandante que puede generar utilidades para el ejercicio fiscal en que la recibió; sin embargo, dicho alegato no responde coherentemente con la interrogante, pues no cabe duda que el Impuesto a la Renta es liquidado al final de cada ejercicio fiscal en donde se determinará si se generó o no renta en los términos que la ley refiere, pese a ello, corresponde identificar, si la recepción de una indemnización justipreciada como consecuencia de la expropiación es necesariamente un supuesto gravable por el referido impuesto, para lo cual se hace necesario determinar los supuestos bajo los cuales se generan hechos imponible del impuesto a la renta y así verificar si la recepción de la indemnización justipreciada resulta o no un hecho pasible del gravamen de la Ley del Impuesto a la Renta.

13. En términos legales el TUO de la Ley del Impuesto de la Renta define como hechos imponibles de dicho impuesto, los siguientes supuestos:

"**Artículo 1**.- El Impuesto a la Renta grava:

a) Las rentas que provengan del capital, del trabajo y de la aplicación conjunta de ambos factores, entendiéndose como tales aquellas que provengan de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos.

b) Las ganancias de capital.

c) Otros ingresos que provengan de terceros, establecidos por esta Ley.

d) Las rentas imputadas, incluyendo las de goce o disfrute, establecidas por esta Ley.

Están incluidas dentro de las rentas previstas en el inciso a), las siguientes:

1) Las regalías.

2) Los resultados de la enajenación de:

(i) Terrenos rústicos o urbanos por el sistema de urbanización o lotización.

(ii) Inmuebles, comprendidos o no bajo el régimen de propiedad horizontal, cuando hubieren sido adquiridos o edificados, total o parcialmente, para efectos de la enajenación.

3) Los resultados de la venta, cambio o disposición habitual de bienes".

De la norma antes mencionada, se advierte que son 4 los hechos imponibles del Impuesto a la Renta que definen su estructura, siendo que cada uno de ellos alude a la existencia de renta cuando nos encontramos frente a un plus, ingreso adicional, ganancia o utilidad económica generada como consecuencia del manejo de una fuente permanente de explotación económica (capital, trabajo y la aplicación conjunta de ambos).

14. A la luz de lo antes descrito y teniendo en cuenta que la pretensión demandada se encuentra directamente vinculada al cuestionamiento del procedimiento de expropiación como un supuesto de hecho imponible del impuesto a la renta, se hace necesario conocer sus alcances para verificar si en su ejecución, puede producirse o no alguna situación que pueda definirse como "renta" a favor del expropiado para evaluar la pretensión demandada.

**Alcances del procedimiento de expropiación y la indemnización justipreciada**

15. La Ley General de Expropiaciones (Ley N.° 27117) dispone que luego de emitirse la ley que autoriza la expropiación (únicamente por necesidad pública o seguridad nacional), corresponde emitirse la norma (Resolución Suprema, la norma regional respectiva o el Acuerdo de Consejo) para que se dé inicio a la ejecución de dicho procedimiento (artículo 6°). Posteriormente a ello, de no existir duplicidad registral o proceso judicial que discuta la propiedad del inmueble, se procederá en primer lugar al trato directo para lo cual, luego de 5 días de publicada la resolución que da inicio a la ejecución de la expropiación, el sujeto activo procede vía notarial a efectuar una oferta por el valor comercial del inmueble actualizado más un 5% de dicho valor a modo de compensación por el eventual perjuicio que le pueda causar la pérdida del bien inmueble al expropiado (artículo 9.1 de la Ley N.° 27117 y artículo 70° de la Constitución). Si éste acepta la oferta, el procedimiento culmina con la cancelación del monto aceptado, el cual debe ser pagado dentro de los 45 días siguiente de publicada la resolución que da inicio a la ejecución de la expropiación (artículo 9.2 de la Ley N.° 27117).

    En el caso de que el sujeto pasivo no acepte el trato directo, en un plazo de 20 días contados desde la publicación de la resolución que da inicio a la expropiación, éste deberá justificar documentalmente su negativa sobre la base de la compensación de los perjuicios que le pudieran ocasionar este proceso (artículo 9.3 de la Ley N.° 27117).

    Asimismo, el sujeto pasivo tiene 20 días para comunicar al sujeto activo su decisión de acudir a la vía arbitral para dilucidar el monto de la indemnización justipreciada. De no presentarse esta situación, el sujeto activo recurrirá a la vía judicial (artículo 9.4 de la Ley N.° 27117). Finalmente, cabe precisar que ambas partes tienen el derecho de oponerse o cuestionar los montos que ellas planteen sobre la determinación del valor comercial del inmueble, así como la compensación por los daños (artículo 9.5 de la Ley N.° 27117).

16. Como es de verse, el procedimiento legalmente establecido para ejecutar una expropiación, no regula posibilidad de negociación respecto de la transferencia del derecho de propiedad –aspecto que desarrollaremos en el fundamento 21 *infra*–, únicamente le da la posibilidad al titular del derecho para oponerse o cuestionar el monto que el sujeto activo (Estado) ofrece a cancelar como indemnización justipreciada, pues es claro que una vez autorizada la expropiación, el sujeto pasivo se encuentra compulsivamente obligado a perderlo –salvo que ésta no cumpla con los requisitos que la Constitución y la ley establecen– pudiendo únicamente objetar el monto que recibirá por su inmueble por no encontrarse debidamente calculado al valor comercial actualizado y el monto de la compensación por no cubrir los daños que dicho procedimiento genera en el titular del derecho.

17. En este punto del análisis, corresponde aclarar que lo que el Texto Constitucional y legal regulan sobre la indemnización justipreciada como consecuencia de la expropiación, no solo debe entenderse como el pago de dos conceptos a favor del sujeto pasivo, sino como una garantía a su favor que le permite obtener una "indemnización o reparación justa" por la pérdida compulsiva de su bien inmueble y la restricción que este procedimiento supone de su derecho de propiedad, pues si bien resulta legítimo que el Estado acceda a la transferencia (forzosa) de un bien inmueble para desarrollar, implementar o realizar un fin en beneficio del interés general (necesidad pública y seguridad nacional), ello no supone que dicha transferencia admita la transmisión de dicho derecho de manera gratuita, sino que el propio procedimiento implica necesariamente otorgarle al sujeto pasivo una compensación que le permita resarcir dicha pérdida de manera equitativa o justa, de ahí que se le otorgue al sujeto pasivo el derecho de cuestionar en sede arbitral o judicial el monto dinerario que el Estado le ofrece cancelar por dicho predio y los daños que ocasiona. Este concepto, también encuentra identidad con lo que dispone el numeral 2 del artículo 21° de la Convención Americana de Derechos Humanos cuando señala que:

    "**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".

Sobre esta materia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador estableció lo siguiente respecto a la práctica internacional en la determinación de la indemnización justa:

> "Esta Corte nota que en el derecho internacional, a través de la práctica de diferentes tribunales internacionales, no existe un criterio uniforme para establecer

la justa indemnización, sino que cada caso es analizado teniendo en cuenta la relación que se produce entre los intereses y derechos de la persona expropiada y los de la comunidad, representados en el interés social. Por su parte, se puede observar que la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante "Corte Europea" o "Tribunal Europeo") aplica distintos métodos de cálculo sobre los cuales fundamenta sus decisiones sobre reparaciones. Entre éstos destaca que para elegir el método de cálculo que servirá de base en la evaluación del valor del bien, toma en cuenta los precios en el mercado inmobiliario de bienes similares y examina las justificaciones a los avalúos propuestos por las partes. En caso de existir una diferencia importante entre las evaluaciones de los peritajes, el Tribunal Europeo ha desechado alguno de estos como elemento de referencia. Asimismo, la Corte Europea distingue entre expropiaciones lícitas e ilícitas, utilizando diferentes métodos de cálculo, dependiendo del caso, para determinar el monto de la justa indemnización. En su jurisprudencia reciente ha establecido nuevos criterios en casos de expropiaciones ilícitas, el cual ha sido retomado en los últimos casos aplicándolo también para expropiaciones consideradas como lícitas.

[…]

Además, en el análisis del *"fair balance"* (justo equilibrio) entre la protección del derecho a la propiedad y las exigencias del interés público, el Tribunal Europeo observa las circunstancias particulares de cada caso, tales como las modalidades previstas por la legislación interna, la existencia de un recurso interno efectivo, el otorgamiento de una indemnización de la parte expropiatoria, el tiempo transcurrido o situaciones de incertidumbre de los derechos del propietario, para así determinar si la medida empleada por parte del Estado fue proporcional a su objetivo establecido. En razón de esa ponderación, si la carga que ha debido asumir el beneficiario ha sido excesiva, y sumando los demás requisitos, puede encontrar una violación del derecho a la propiedad, lo cual va a influir al fijar la justa indemnización.

Por su parte, la Corte Permanente de Justicia Internacional estableció que en casos de expropiación el pago de una indemnización constituye un principio general en derecho internacional, y que una reparación equitativa es aquella que corresponde 'al valor que tenía la empresa al momento de la desposesión'. En la práctica de los tribunales de arbitraje internacional destaca que la fijación del monto de la indemnización se realiza sobre la base del 'justo valor del mercado', lo que es equivalente a la reparación integral y efectiva por el daño sufrido. Para determinar dicho monto, estos tribunales se basan normalmente en peritajes, pero en ocasiones han también determinado el valor del bien sobre la base de una aproximación en atención a los avalúos propuestos por las partes. Asimismo, los tribunales han tomado en cuenta otras circunstancias relevantes, incluyendo las 'consideraciones equitativas' y se observan diferentes criterios en cuanto a la fecha a partir de la cual se calcula el monto de la indemnización. Además, la práctica internacional ha recogido los principios de que la indemnización deberá ser adecuada, pronta y efectiva." (Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, párrafos 57 a 59 de la Sentencia de 3 de marzo de 2011, Reparaciones y costas)

18. Estando al referente internacional sobre el análisis de la indemnización justa, la Corte Interamericana concluyó en el citado caso que:

> "Respecto a la **justa indemnización**, la Corte estableció en su Sentencia de 6 de mayo de 2008 que, en casos de expropiación, además de tomar como elemento de referencia el valor comercial del bien objeto de la expropiación anterior a la declaratoria de utilidad pública, se debe atender 'el justo equilibrio entre el interés general y el interés particular'. Así, el Tribunal refirió que 'a fin de que el Estado pueda satisfacer legítimamente un interés social y encontrar [dicho] justo equilibrio […] debe utilizar los medios proporcionales a fin de vulnerar en la menor medida el derecho a la propiedad de la persona objeto de la restricción'. Para ello, resulta indispensable observar las 'justas exigencias' de una 'sociedad democrática', valorar los distintos intereses en juego y las necesidades de preservar el objeto y fin de la Convención". (Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, párrafo 76 de la Sentencia de 3 de marzo de 2011, Reparaciones y costas).

19. Teniendo en cuenta lo anterior, se advierte que el procedimiento expropiatorio genera un pago justo que, para la legislación peruana, se determina por 2 elementos, uno de ellos viene a ser la determinación del valor comercial actualizado del bien y el otro es la compensación por los daños que dicha perdida forzosa le

genera al titular del derecho. En términos de la Corte Interamericana, los factores que se observan para la determinación de la indemnización justa en los procedimientos expropiatorios, deben resultan objetivos, pues ha estimado que:

> "(…) para fijar el valor de un bien objeto de expropiación, se debe tomar en cuenta sus características esenciales, es decir, naturales (tales como su ubicación o sus características topográficas y ambientales) y jurídicas (tales como las limitaciones o posibilidades del uso del suelo y su vocación)" (Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, párrafo 67 de la Sentencia de 3 de marzo de 2011, Reparaciones y costas)

Como es de verse, los factores que la legislación peruana estipulan al respecto, resultarán adecuados a lo que la jurisprudencia interamericana ha acogido como factores de determinación de la indemnización justa, siempre que se tome en cuenta las características que dicho bien ofrece.

20. Expuesto los alcances de la indemnización justa, resulta oportuno preguntarnos: ¿Existe existe la posibilidad de producción de ganancia, utilidad o mejora, en los términos que el artículo 1° de la LIR regula, ante una enajenación forzosa como lo es el procedimiento expropiatorio?

21. Estando claro que el procedimiento expropiatorio genera una indemnización justa limitada al valor comercial actualizado del inmueble expropiado y la compensación por daños, sin embargo no podría afirmarse que dicho monto genere algún tipo de "renta" o "ganancia" por su sola recepción o que dicha enajenación obligatoria genere los mismos efectos que una enajenación voluntaria, pues en este último supuesto, siempre se presentará la posibilidad de mejoría económica a favor de ambas partes pues existe la libertad en el establecimiento del valor de la transferencia ya sea que ello resulte impulsado por variables (subjetivas) como lo serían la ventaja comercial de la ubicación del inmueble, los diversos usos comerciales que se puede brindar para su explotación, el aprovechamiento máximo de los ambientes que mantiene en pie para la inversión que se pretende formular, por ejemplo. Estas variables (subjetivas) no constituyen elementos propios del procedimiento expropiatorio, pues este es un proceso compulsivo por naturaleza, y por lo tanto no presenta ventajas a favor del titular del bien expropiado dado la ausencia de una negociación para la trasmisión del derecho de propiedad, razón por la cual no podría afirmarse que en su configuración se permita la generación de beneficios económicos a favor del propietario, todo lo contrario, genera en él la obligación de traslación de un bien inmueble sin encontrar en dicho procedimiento alguna forma de beneficio que se pueda identificar como una ganancia, utilidad o ingreso adicional que se configure como un hecho imponible del impuesto a la renta en los términos que la Ley regula.

22. Queda claro entonces que el procedimiento expropiatorio resulta compulsivo y limitado al pago de una indemnización justa, por lo que corresponde ahora verificar si en el procedimiento expropiatorio llevado a cabo en el Fundo San Agustín, se produjo algún tipo de "*renta*" o "*ganancia*" que pudiera ser pasible del Impuesto a la renta, razón por la que corresponde a continuación, establecer los detalles de dicho procedimiento.

**Sobre la expropiación del Fundo San Agustín**

23. De acuerdo con la información contenida en el laudo de conciencia, obrante a fojas 19 y ss., se aprecia que mediante la Resolución Suprema N.° 675-72-VI-DU de fecha 8 de noviembre de 1972, se declaró de necesidad y utilidad pública la modificación de los Planos de Zonificación General y Sistema Vial de Lima Metropolitana para desarrollar la futura ampliación del aeropuerto internacional de Lima, para lo cual se realizó un cambio de zonificación que afectó el Sector Nor Oeste del Callao, ubicación en la que se encontraba el Fundo San Agustín. Con la dación la Ley N.° 27329 (publicada el 25 de julio de 2000), se declaró de necesidad pública la expropiación a los bienes inmuebles de dominio privado adyacentes al Aeropuerto Internacional Jorge Chávez para la ampliación mejora y desarrollo del citado aeropuerto.

    Con fecha 12 de julio de 1978, se dictó la Resolución Directoral N.° 482-78-AA/DZAG, que otorgó la calidad de campesinos calificados y beneficiarios de la Reforma Agraria del Fundo San Agustín a más de 90 familias, adjudicándoles en propiedad los predios que ocupaban, siendo que la Dirección General de Reforma Agraria con fecha 9 de mayo de 1979, interpuso una demanda de expropiación por dichos predios (expediente N.° 70-79); sin embargo, este proceso culminó sin sentencia sobre el fondo 17 años después al emitirse la Resolución N.° 32 del 24 de enero de 1996, en aplicación de la Ley N.° 26505 que dispuso la conclusión de todos los procesos

de expropiación y afectación para fines de la Reforma Agraria (f. 34 y 35).

Mediante la Resolución Suprema N.° 093-2008-MTC, del 24 de julio de 2008 (f. 10 a 18), se aprobó la ejecución de la expropiación, entre otros, del Fundo San Agustín, se aprecia que dicho predio tenía la calidad de bien inmueble inscrito en registros públicos a favor de la Sociedad demandante, es decir, que formaba parte del patrimonio de una persona jurídica y por lo tanto, se constituía como un bien de su capital societario.

Posteriormente y al no prosperar la propuesta del Estado con relación al pago de indemnización justipreciada ofrecida a la Sociedad recurrente, éste decidió someter dicho extremo de la expropiación a un proceso de arbitraje para determinar el monto de la indemnización justipreciada a la que alude la Constitución y la Ley General de Expropiaciones para culminar la expropiación del referido Fundo, estableciéndose a través del laudo de conciencia recaído en la Resolución N.° 147, de fecha 30 de abril de 2011 (f. 19 y ss.), que el Estado representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones debía efectuar el pago de S/. 506'196,432.15 correspondiente a la valorización comercial actualizada al 30 de abril de 2011 del predio ascendente a 3'440,112.983 $m^2$. Cabe precisar que en la medida de que la titularidad del derecho de propiedad de la Unidad Agrícola 82, que formaba parte integrante del predio expropiado, se encontraba en litigio judicial, el Tribunal Arbitral consideró pertinente reservar el pago de S/. 2'221,893.922, hasta que se determinara judicialmente la titularidad de dicha extensión de terreno, razón por la cual la Sociedad recurrente recibiría únicamente S/. 503'974,538.23. Asimismo, se ordenó el pago de S/. 7'742,210.71 a favor de la Sociedad demandante por el valor de las construcciones efectuadas en el terreno expropiado.

A modo de indemnización adicional o compensación por la producción de daños y perjuicios producto de la demora en la ejecución del proceso de expropiación el monto de S/. 247'935,313.83 por el valor del terreno expropiado y S/. 3'808,857.98 por el valor de las edificaciones y obras complementarias, en función del interés según la Tasa Activa en Moneda Nacional (TAMN), por el periodo del 23 de setiembre de 2000 al 24 de julio de 2002, en aplicación a lo que dispone el inciso c) del artículo 7.1 de la Ley General de Expropiaciones. Por otro lado, en atención a lo que establece el inciso d) del artículo 7.1 de la Ley General de Expropiaciones dispuso el pago adicional del 10 % del valor del terreno a favor de la Sociedad demandante ascendente a S/. 50'397,453.82, así como el 10% adicional por el valor de las edificaciones y obras complementarias, monto ascendente a S/. 774'221.07. Finalmente, se dispuso que el MTC consigne S/. 1'093,082.93 calculados con arreglo a la Tasa Activa de Moneda Nacional (TAMN) y S/. 222,189.39 correspondiente al 10% del valor del terreno a favor del que resulte titular de la Unidad Agrícola 82.

24. Como es de verse, *prima facie*, la expropiación del fundo San Agustín, se llevó a cabo en cumplimiento de las normas constitucionales y legales que regulan dicho procedimiento, emitiéndose un laudo arbitral en los términos requeridos por las partes y estableciéndose el valor comercial del predio expropiado y el pago de la compensación por los daños y perjuicios correspondientes.

**¿Existe o no la presencia de renta o ganancia en la expropiación del Fundo San Agustín?**

25. Teniendo en cuenta lo anteriormente detallado, no debemos perder de vista que en el caso de la expropiación del citado fundo, nos hallamos frente a un bien del capital social de la Sociedad demandante que sufrió una transferencia forzosa en los términos que la Constitución y la ley dispone, es decir que los montos que se asignaron por cada elemento de la indemnización justipreciada únicamente versan sobre el contenido que la legislación peruana dispone y respecto del cual el Estado no ha procedido a efectuar cuestionamiento alguno. En dicho sentido, corresponde preguntarnos, ¿si por el hecho de que el sujeto pasivo de la expropiación es una persona jurídica que desarrolla una actividad económica, implica *per se* que la transferencia forzosa del bien expropiado genera ganancia con el solo pago?

26. Al respecto la SUNAT sostiene que *"en el presente caso estamos ante un impuesto que grava la ganancia o utilidad que pueda derivarse del mayor valor recibido por el inmueble respecto a lo que le costó adquirir el mismo, lo que se conoce como ganancia de capital según la Ley del Impuesto a la Renta …"* (f. 57 del cuaderno del Tribunal Constitucional).

    Sin embargo, estimamos que dicha afirmación no podría sostenerse en los hechos pues conforme lo detalláramos en el fundamento 13 *supra*, los hechos imponibles del referido impuesto se encuentran directamente relacionados a la presencia de una ganancia económica generada como producto de la aplicación del trabajo y el capital o de ambos

factores de generación de riqueza (capacidad contributiva), situación que no se identifica con el desarrollo de una expropiación, dado que este procedimiento carece de una etapa de negociación que permita al Estado y al expropiado obtener un beneficio económico (lo que sí sucede en la enajenaciones voluntarias) pues el uso de esta potestad estatal se limita al desarrollo de obras en beneficio del interés general, las cuales en definitiva, buscan un bienestar en la ciudadanía y no una generación de ingresos.

27. Asimismo y con relación a lo afirmado por la SUNAT, corresponde precisar también que si la Constitución y la Ley establecen pagar a favor del sujeto pasivo de la expropiación el valor del bien actualizado a la fecha de la transferencia forzosa, dicho cálculo no podría generar "renta" como consecuencia de una *ganancia de capital* en los términos que la LIR regula, pues conforme lo hemos detallado en el fundamento 17 *supra*, la indemnización justipreciada implica la existencia de un "pago justo" a favor del sujeto pasivo por la pérdida de su bien en beneficio del interés general, carácter del cual no puede nacer "renta", pues aun cuando puede existir diferencia económica entre el valor que tuvo dicho bien a su fecha de adquisición (incluso actualizado) y el que presenta a la fecha de la ejecución de la expropiación, los factores que son aplicados para la determinación de dicho pago solo buscan el equilibrio económico del sujeto pasivo por la pérdida que sufre, hecho por el cual no se puede equiparar la recepción de la indemnización justipreciada con la transferencia voluntaria de un bien del capital social, dado que no existe la posibilidad de obtener beneficios económicos adicionales en la aplicación de otros factores que no sean los que la ley ha establecido, razón por la cual corresponde desestimar dicho alegato por infundado.

28. Ahondando más en el detalle de los montos cancelados a favor de la Sociedad demandante, no queremos dejar de destacar que los pagos a los que hace alusión el laudo arbitral sobre los literales c) y d) del numeral 7.1 de la Ley N.° 27117, corresponden a la compensación por los daños ocasionados en perjuicio de la Sociedad demandante como consecuencia de la demora en la ejecución de dicho procedimiento, pues pese a que desde la dación de la Resolución Suprema N.° 675-72-VI-DU de fecha 8 de noviembre de 1972, se estableció la reserva de los terrenos de dicho fundo para la construcción de la ampliación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, no fue hasta el 25 de julio del año 2000 que el Estado mediante la Ley N.° 27329, autorizó la expropiación de dicho fundo, siendo incluso que la ejecución del procedimiento recién se inició con la publicación de la Resolución Suprema N.° 093-2008-MTC del 24 de julio de 2008.

    Esta situación temporal, en el caso de una persona jurídica que en su momento se dedicaba a explotar los terrenos agrícolas del Fundo San Agustín, se traduce en los hechos, en daños de tipo económico, pues dado el periodo de tiempo que existe entre la declaratoria de reserva de dicho predio para la ampliación del Aeropuerto citado hasta la realización y culminación efectiva del procedimiento expropiatorio –entre otros hechos de pérdida del dominio como los expresados en el párrafo segundo del fundamento 23 *supra*–, evidencia la existencia de 36 años en los que la Sociedad demandante, pese a que mantenía la titularidad de dicho bien, no podía haber hecho uso del mismo en términos que le generaran beneficios económicos, pues el gravamen que cargaba como consecuencia de la reserva para el desarrollo del futuro aeropuerto y la afectación del predio para fines de la reforma agraria, le impidieron materialmente, la posibilidad de explotación de dicho fundo o su transferencia en términos beneficiosos (pues dichas cargas hicieron poco atractivo la transferencia del predio), hechos que evidencian la depreciación del valor del predio y la consecuente existencia de daños y perjuicios que correspondían ser compensados con un *pago justo*, razones por las cuales, tampoco podría considerarse que el monto establecido por la transferencia del predio y la compensación económica otorgada a favor de la Sociedad demandante, ha generado una "renta" o "ganancia" en los términos que exige el TUO de la LIR, dado esta particular y perjudicial situación.

29. Consecuentemente, el hecho de que el procedimiento de expropiación recaiga sobre un bien del capital social y que por ello el Estado se encuentre en la obligación de efectuar *el pago de la indemnización justipreciada (en dinero) a favor del sujeto pasivo, no implica que en el caso de la Sociedad demandante se haya producido un ingreso adicional a su patrimonio como afirma la SUNAT*, pues el monto dinerario recibido tiene como función el equilibrio patrimonial del sujeto pasivo dado la pérdida compulsiva de su bien inmueble, lo que supone en términos constitucionales, asegurar la situación económica del sujeto pasivo de un modo similar o igual a la que mantenía antes de la expropiación, razón por la cual, la configuración de esta enajenación forzosa en sí misma no genera señales de

capacidad contributiva pasible de ser gravada por el impuesto a la renta en los términos que su propia estructura exige.

Por esta misma razón, *tampoco se puede admitir como válida la tesis de la SUNAT referida a que la recepción del pago de la indemnización justipreciada genera un hecho jurídico nuevo, capaz de la imposición del impuesto a la renta*, pues admitir dicha tesis equivaldría a justificar la aplicación de este impuesto sobre el patrimonio de la Sociedad demandante que no ha generado renta –dado la particular situación a la que ha sido sometida y que ha sido descrita en el fundamento 23 *supra*–, hecho que claramente no evidencia la presencia de capacidad contributiva (plus, renta, ganancia o ingreso adicional) en los términos que la LIR regula.

30. En consecuencia, se advierte que el supuesto de "expropiación" contenido en el artículo 5° del TUO de la LIR no se identifica como un hecho imponible del impuesto a la renta, pues la naturaleza del pago de la indemnización justipreciada se encuentra destinada a buscar el equilibrio económico del sujeto pasivo de la expropiación, más no la generación de "renta" en los términos para los que ha sido creado dicho impuesto, razón por la cual corresponde estimar la demanda.

31. Asimismo, corresponde manifestar que los fundamentos expuestos en la presente sentencia no deben ser entendidos como una forma de exoneración tributaria, pues del estudio del caso, se advierte que la incorporación de la "expropiación" como un hecho imponible del impuesto a la renta, distorsiona en sí mismo la finalidad de dicho impuesto, pues según la SUNAT se busca imputar la existencia de rentas producto de la "ganancia del capital", sin embargo el pago de la indemnización justipreciada tiene por finalidad el equilibrio económico del sujeto pasivo de la expropiación, lo que evidencia la inexistencia de renta y por tanto la imposibilidad de la imposición legítima del referido impuesto.

32. Finalmente, teniendo en cuenta que la pretensión demandada se encuentra dirigida también a la restitución del impuesto pagado por adelantado bajo protesta, este Tribunal considera que dicha pretensión resulta atendible en la medida de que pese a que la norma legal establece un supuesto impositivo que podría ser materia de cobranza por parte de la Administración, ello no supone que el administrado se encuentre en la obligación de asumir el pago de un impuesto cuando en los hechos no se llegue a configurar el hecho imponible de dicho impuesto, pues no existe capacidad contributiva que en los hechos justifique el cobro del tributo, razón por la cual corresponde disponer la devolución de lo indebidamente pagado a cuenta por dicho tributo.

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la amenaza de la violación del derecho de propiedad de la Sociedad Agrícola San Agustín S.A. respecto de la indemnización justipreciada recibida con ocasión de la expropiación del Fundo San Agustín.

2. Inaplicar el artículo 5° del del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, Decreto Supremo N.° 179-2004-EF referente a la imposición del impuesto a la renta sobre el pago de la indemnización recibida por la Sociedad demandante.

3. Disponer que la SUNAT proceda a la devolución del pago adelantado del impuesto a la renta ascendente a S/. 16'417,931.00.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**URVIOLA HANI**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.° 00319-2013-PA/TC
LIMA
SOCIEDAD AGRICOLA SAN AGUSTIN S.A. (SASA)

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI**

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

1. La Sociedad recurrente interpone demanda de amparo contra la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria (SUNAT) solicitando la inaplicación del artículo 5° del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, Decreto Supremo N° 179-2004-EF, norma autoaplicativa que grava con dicho impuesto a la indemnización justipreciada recibida el 19 de mayo de 2011 y el 12 de julio de 2011, como consecuencia de la expropiación sufrida del Fundo San Agustín para la futura ampliación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez en Lima.

2. Para poder resolver el presente caso debemos centrarnos en lo que es tema de discusión, esto es determinar si la indemnización justipreciada producto del proceso expropiatorio resulta un supuesto de hecho que debe ser gravado por el impuesto a la renta, razón por la que es necesario conocer los antecedentes y establecer si el justiprecio pagado como consecuencia de la expropiación debe ser gravado por el impuesto a la renta.

3. Los antecedentes del caso son:

   a) Por Resolución Suprema N° 675-72-VI-DU del 8 de noviembre de 1972, el Estado declaró de necesidad publica la modificación de los planos de zonificación general del Sistema Vial de Lima Metropolitana, estableciendo al sector noroeste del Callao, donde se encuentra ubicado el Fundo San Agustín –propiedad de la sociedad recurrente– como área de reserva para la futura ampliación del referido aeropuerto, razón por la cual, aun cuando mantuvo la titularidad de dicho fundo, en los hechos se vio en la imposibilidad de explotar dicho bien.

   b) Con fecha 25 de julio de 2000 se publicó la Ley N° 27329 que declaró de necesidad publica la expropiación de los inmuebles adyacentes al aeropuerto, lo que suponía la expropiación del Fundo San Agustín equivalente a un área de 3´440,112,983 mts2, proceso que debía tardar 2 años como máximo según lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 27117, Ley General de Expropiaciones.

   c) Luego de 8 años, con la emisión de la Resolución Suprema N° 053-2008-MTC, del 4 de mayo de 2008, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) recién autorizó la ejecución de la expropiación de dichos predios.

   d) Por Resolución Suprema N° 093-2008-MTC, de fecha 24 de julio de 2008, se dio el inicio del procedimiento expropiatorio el cual culminó mediante el laudo de conciencia contenido en la Resolución N° 147 del 30 de abril de 2011, que dispuso el pago de la indemnización justipreciada ascendente a S/. 820,069,761.80 nuevos soles, monto respecto del cual se tuvo que otorgar el 30% a los posesionarios que ocupaban los terrenos del fundo, por lo que la sociedad demandante solo recibió la suma de S/. 490´801,009.00 nuevos soles.

   e) Dicho monto S/. 490´801,009.00 es el monto que viene siendo gravado por el impuesto a la renta, acción del emplazado que viene siendo cuestionado por la sociedad demandante en el presente proceso de amparo.

4. La pregunta después de recorrer los antecedentes del caso sería ¿La indemnización justipreciada como consecuencia del proceso de expropiación puede ser gravada por el impuesto a la renta?, ¿La indemnización justipreciada constituye una indemnización o reparación por un daño o un pago que genera un beneficio que puede ser gravado por el impuesto a la renta? ¿Con el gravado del impuesto a la renta se está garantizando la indemnidad que le asiste al afectado con el proceso expropiatorio?

5. Para dar respuestas a dichas interrogantes tendremos que analizar lo referido al derecho de propiedad y a la expropiación, así como si puede gravarse el monto justipreciado obtenido como consecuencia del procedimiento expropiatorio.

**El derecho de propiedad y la expropiación**

6. El derecho de propiedad es un derecho fundamental que guarda una estrecha relación con la libertad personal, pues a través de él se expresa la libertad económica que tiene toda persona en el Estado social y democrático de derecho. El derecho de propiedad garantiza la existencia e integridad de la propiedad (corporal o incorporal) para el propietario, así como la participación del propietario en la organización y el desarrollo de un sistema económico-social. De ahí que en el artículo 70.° de la Constitución se reconozca que el "derecho de propiedad es inviolable" y que el "Estado lo garantiza".

7. Por ello, 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. De ahí que el artículo 70.° de la Constitución precise que el derecho de propiedad se "ejerce en armonía con el bien común". Y no solo esto; además, incluye el derecho de defender la propiedad contra todo acto que tenga efectos de privación en la integridad de los bienes protegidos.

8. En este orden de ideas, como ya este Tribunal lo ha señalado en la sentencia recaída en el expediente N.° 05614-2007-PA/TC, 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.

9. En consecuencia, el goce y ejercicio del derecho de propiedad solo puede verse restringido en los siguientes supuestos: **a)** estar establecidas por ley; **b)** ser necesarias; **c)** ser proporcionales, y **d)** hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. En conclusión, el derecho de propiedad solamente puede ser materia de restricciones por las causas y finalidades señaladas en la propia Constitución.

10. No obstante la protección constitucional del derecho de propiedad, el mismo artículo 70.° de la Constitución, con fundamento en la prevalencia del bien común, contempla la figura de la expropiación como potestad del Estado; esto es, la privación de la titularidad de ese derecho contra la voluntad de su titular. Por ello puede considerarse que la propiedad es un derecho que puede ser sacrificado en cualquier momento si así lo exige la seguridad nacional o la necesidad pública, según lo señala el artículo 70.° de la Constitución.

11. Pues bien para que la expropiación como acto sea legítima debe observarse, en primer término, el principio de legalidad en virtud del cual la actividad de todas las personas y la Administración Pública está sometida, primero, a la Constitución Política y, segundo, al ordenamiento jurídico positivo. En segundo término, para que la expropiación como procedimiento sea legítima tiene que respetarse el derecho al debido proceso del titular del derecho de propiedad.

12. Según el artículo 70.° de la Constitución vigente el acto de expropiación, para que sea constitucionalmente válido, requiere:

    a) Que existan motivos de seguridad nacional o de necesidad pública definidos por el Congreso de la República mediante una ley especial porque la naturaleza de las cosas así lo exige. Los motivos expropiatorios de la Constitución de 1979, en cambio, tenían que fundamentarse en la necesidad y la utilidad públicas o en el interés social.

    b) Que el Estado pague previamente, en efectivo, una indemnización justipreciada que incluya el precio del bien expropiado y la compensación por el eventual perjuicio el que a su vez debe ser establecida en el procedimiento expropiatorio. Es decir, que el Estado tiene el deber de indemnizar en forma plena y completa al titular del derecho de propiedad privada, por el daño que no tenía el deber de soportar.

13. Así pues las entidades de la Administración Pública tienen el deber constitucional de respetar el derecho de propiedad. Por consiguiente, cuando requieran bienes inmuebles por los supuestos expresados en la Constitucion del Estado, deben obrar con sujeción al principio de legalidad y al derecho al debido proceso; es decir entendemos entonces que para que el Estado pueda llevar válidamente el acto expropiatorio se requieren determinados supuestos tales como que exista una ley del Congreso de la República que exprese alguno de los motivos contemplados en la Constitución para que proceda la expropiación así como el pago del justiprecio al despojado. El Estado a través de dicha normativa ha pretendido legitimar el acto de expropiación, buscando que la imposición de la entrega de un bien por parte de alguien encuentre como contraparte una equivalencia que satisfaga o por lo menos no perjudique de manera más gravosa al expropiado.

14. La Ley General de Expropiación, Ley N° 27117, dispone que:

> "***Artículo 2°***.- *La expropiación consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.*
>
> ***Artículo 3°***.- *El único beneficiario de una expropiación es el Estado.*
>
> ***Artículo 4°***.- *En la ley que se expida en cada caso deberá señalarse la razón de necesidad pública o seguridad nacional que justifica la expropiación, así como también el uso o destino que se dará al bien o bienes a expropiarse.*
>
> ***Artículo 5°.***- *La expropiación es improcedente cuando se funda en causales distintas a las previstas en la presente Ley, cuando tiene por objeto el incremento de las rentas públicas o cuando responde a la necesidad de ejercitar derechos reales temporales sobre el bien.*
>
> ***Artículo 15°***.- *De la indemnización justipreciada*

*15.1 La indemnización justipreciada comprende el valor de tasación comercial debidamente actualizado del bien que se expropia y la compensación que el sujeto activo de la expropiación debe abonar en caso de acreditarse fehacientemente daños y perjuicios para el sujeto pasivo originados inmediata, directa y exclusivamente por la naturaleza forzosa de la transferencia. (subrayado agregado).*

***Artículo 16.-** De la tasación*

*El valor del bien se determinará mediante tasación comercial actualizada que será realizada exclusivamente por el Consejo Nacional de Tasaciones - CONATA."*

15. Se observa entonces de la norma referida que se ha establecido no solo los supuestos y los requisitos para que se dé el procedimiento expropiatorio, sino también se ha determinado que la indemnización justipreciada comprende *i)* el valor de la tasación comercial actualizada del bien; y ii) la compensación que el sujeto activo de la expropiación debe abonar en caso de acreditarse daños y perjuicios para el sujeto pasivo.

16. Con ello se corrobora que el procedimiento expropiatorio es un acto impuesto por el Estado por supuestos expresados en la ley al propietario de determinado bien; es decir la expropiación no es un acto voluntario en el que las partes se ponen de acuerdo para ceder un bien con el objeto de que exista un beneficio para ambas partes, sino un acto estatal que constituye una imposición al propietario de un inmueble para determinados fines, correspondiéndole por dicho acto realizar un pago que propiamente constituye una indemnización por la imposición que se le realiza al propietario, buscando garantizar la indemnidad que le asiste al propietario por el procedimiento expropiatorio, puesto que el obligar que una persona se desprenda de un bien constituye a todas luces la afectación de su derecho de propiedad, razón por la que el Estado busca resarcir dicho acto con el pago de la indemnización justipreciada –considerando que el derecho de propiedad también está sujeto a limites– a efectos de que dicho acto estatal finalmente no se constituya en un acto arbitrario.

17. Partimos entonces del hecho de que *a) la entrega del bien no es voluntaria, es una imposición estatal; b) que no existe la intención del despojado de adquirir un beneficio económico por dicha entrega del bien; y c) que no existe acuerdo entre las partes por lo que se busca reparar el daño a través de la indemnización denominada justiprecio.*

18. Por tanto al no existir una acto voluntario de disposición de un bien, ni una intención de obtener una ganancia por dicho despojo, ¿es constitucionalmente admisible que se grave con el impuesto a la renta la indemnización justipreciada por la expropiación?. Para ello debemos tener claro que es el impuesto a la renta y que conceptos son gravables por dicho impuesto.

19. El TUO de la Ley del Impuesto a la Renta establece en su artículo 1° como hechos imponibles de dicho impuesto:

    a) Las rentas que provengan del capital, del trabajo y de la aplicación conjunta de ambos factores, entendiéndose como tales aquellas que provengan de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos.

    b) Las ganancias de capital.

    c) Otros ingresos que provengan de terceros, establecidos por esta Ley.

    d) Las rentas imputadas, incluyendo las de goce o disfrute, establecidas por esta Ley.

    Están incluidas dentro de las rentas previstas en el inciso a), las siguientes:

    1) Las regalías.

    2) Los resultados de la enajenación de:

        (i) Terrenos rústicos o urbanos por el sistema de urbanización o lotización.

        (ii) Inmuebles, comprendidos o no bajo el régimen de propiedad horizontal, cuando hubieren sido adquiridos o edificados, total o parcialmente, para efectos de la enajenación.

    3) Los resultados de la venta, cambio o disposición habitual de bienes.

20. Se advierte entonces que la renta grava propiamente la ganancia, beneficio económico o plus que se obtiene de determinada transacción, evidenciándose que el Estado grava lo que se obtiene de un acto **voluntario** que va a generar al sujeto activo un beneficio o plus económico. A manera de ejemplo ilustrativo podemos decir que:

    **"a"** tiene una propiedad que adquirió el 2005 por el monto de S/ 500 nuevos soles. En el año 2010 decide voluntariamente vender su propiedad a **1,000 soles** y **"b"** quiere comprar dicho bien, realizan una serie de negociaciones y finalmente el bien es vendido por 1,000 nuevos soles a **"b".** En la línea de lo que es materia del caso, el impuesto a la renta (IGR) se gravará por los S/. 500.00 nuevos soles que ha ganado "a" con la venta

del inmueble, puesto que ese monto es el plus o beneficio económico que ha obtenido por dicha transacción, previamente analizada.

Tal monto es la recaudación que realiza el Estado buscando solventar los gastos de salud, educación, vivienda, etc que está obligado a brindar a la sociedad, haciendo para ello participes a todos los ciudadanos. Por tanto sólo es admisible que el Estado exija a los ciudadanos el otorgamiento de determinado monto –a través del impuesto– siempre que este ciudadano obtenga algún beneficio económico por sus actos, puesto que imponer a todos las personas –sin distinción– el impuesto a la renta, implicaría afectar el patrimonio de los ciudadanos y por ende su propia subsistencia, ya que si no existe ganancia o beneficio económico no puede existir hecho generador del impuesto a la renta.

**En el presente caso**

21. Es evidente que en el procedimiento expropiatorio al que fue sometido la Sociedad Agrícola San Agustín (SASA), no fue un acto en el que **existió acuerdo de voluntades, discusión o negociación** respecto de la transferencia de la propiedad ni, mucho menos, del monto que se obtendrá por dicha transferencia, es decir en dicho procedimiento el propietario no ha tenido la libertad –como es en cualquier transacción– de imponer un monto que él considere justo por transferir su propiedad, ni ha tenido la oportunidad de establecer sus condiciones como titular del bien (libertad de contratar). En tal sentido al estar frente a un acto forzoso e impuesto al propietario, por lo menos corresponde que el Estado le otorgue una justa indemnización por el despojo al que está siendo sometido, de manera que se busque, de una u otra manera, que si bien la propiedad no está de manera física se tiene su equivalente en términos monetarios.

22. De lo expuesto se evidencia entonces que no existe una posibilidad de ganancia por parte del expropiado respecto de su propiedad. Y digo esto porque es ilógico suponer que un acto impuesto en el que no se discute precio alguno ni condiciones para la transferencia puede originar un beneficio económico. Además debe tenerse presente que si el acto no es voluntario y por ende impuesto al titular originario de la propiedad, la imposición de un impuesto sobre ello constituye una doble afectación al derecho de propiedad del expropiado, puesto que, primero se le impone el despojo sin la posibilidad de que el expropiado imponga sus condiciones, afectándose su derecho de propiedad y su libertad de contratación, y segundo, sin constituir un acto en el que el propietario haya buscado una ganancia, se le grava sobre la indemnización justipreciada el impuesto a la renta, viendo nuevamente afectado su derecho de propiedad, ya que ello constituye una reducción al monto percibido por el supuesto daño causado, lo que en puridad significa que el monto pagado por la reparación por la expropiación en realidad es menor al monto que se refiere.

23. Por ello, partiendo de la idea de que no existe ganancia alguna que beneficie al expropiado en el procedimiento expropiatorio, no se puede considerar a la expropiación como hecho generador del impuesto a la renta, razón por la que considero que dicho acto de gravar el monto obtenido por dicha expropiación es arbitrario y vulnerador del derecho a la propiedad del actor. Por ende no puede aplicarse el artículo 5° del TUO de la Ley del Impuesto a la Renta, puesto que –como hemos expresado– la expropiación no puede generar una renta o ganancia para el expropiado. Por tanto corresponde estimar la demanda, e inaplicar el artículo 5° del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, Decreto Supremo N° 179-2004-ef, referente a la imposición del impuesto a la renta al pago de la indemnización recibida por la sociedad demandante. Ello de ninguna manera constituye una exoneración del impuesto, simplemente el acto expropiatorio no puede ser gravado con el impuesto a la renta por las razones que hemos expresado en el presente voto.

Por lo expuesto mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda y en consecuencia se debe **INAPLICAR** el artículo 5° del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, Decreto Supremo N° 179-2004-ef, referente a la imposición del impuesto a la renta al pago de la indemnización justipreciada recibida por la sociedad demandante. Disponer a la SUNAT la devolución del pago adelantado cobrado por concepto del impuesto a la renta ascendente a la suma de S/. 16´417,931.00

**S.**
**VERGARA GOTELLI**

EXP. N.° 00319-2013-PA/TC
LIMA
SOCIEDAD AGRICOLA SAN AGUSTIN S.A.

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ETO CRUZ**

No obstante suscribir los fundamentos de la sentencia de autos, y por tanto, concuerdo con el fallo al que finalmente se ha llegado, deseo añadir los siguientes fundamentos:

1. El artículo 5° de la Ley del Impuesto a la Renta dispone que *"para los efectos de esta ley, se entiende por enajenación la venta, permuta, cesión definitiva, expropiación, aporte a sociedades y, en general, todo acto de disposición por el que se transmita el dominio a título oneroso"*. Contrario a lo dispuesto en ésta normativa, la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones, señala en su Tercera Disposición Final que: *"Las enajenaciones por causa de expropiación quedan expresamente excluidas del ámbito de aplicación de todos los tributos que graven transferencias"* (Subrayado nuestro).

2. Aparentemente, existiría incompatibilidad entre las normas citadas; ya que, por un lado, la Ley del Impuesto a la Renta, al asimilar dentro del concepto de enajenación, la venta con la expropiación, estaría gravando a ésta última con el referido impuesto; mientras que, la Ley General de Expropiaciones, al señalar expresamente que una expropiación por parte del Estado, se encontraría excluida del impuesto a la renta, esto es, no se configuraría el supuesto hecho imponible del referido impuesto. Sin embargo, no existe contradicción alguna entre las referidas normas, pues no debemos olvidar que la ley especial prima sobre la ley general; por lo que, en el presente caso, la Ley General de Expropiaciones prima sobre la Ley del Impuesto a la Renta. En consecuencia, la indemnización justipreciada recibida por la recurrente no resulta gravable.

3. Entonces, se observa que la Ley General de Expropiaciones, tiene por finalidad que el propietario expropiado reciba en su patrimonio, un monto indemnizatorio que sustituya equivalentemente al bien que se ha visto forzado por el Estado a transferir. Denotándose con ello, que la indemnización justipreciada no tiene por finalidad generar un beneficio económico, una renta, una ganancia de capital al expropiado; sino mantener el equilibrio patrimonial de expropiado, sustituyéndose un bien con otro; puesto que, el derecho de propiedad exige que la expropiación no suponga una pérdida patrimonial (ni tampoco una ganancia); sino que se mantenga indemne el patrimonio.

En consecuencia, asumo los fundamentos y la decisión expuestos en el proyecto en mayoría.

**S.**
**ETO CRUZ**

EXP. N.° 00319-2013-PA/TC
LIMA
SOCIEDAD AGRICOLA SAN AGUSTIN S.A.

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA**

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados emito el presente fundamento de voto pues la justificación por la cual estimo la presente demanda es la siguiente:

***Marco Constitucional de la Tributación***

1. La búsqueda de una sociedad más equitativa, propia del Estado Social y Democrático de Derecho, se logra justamente a través de diversos mecanismos, entre los cuales la tributación juega un rol preponderante y esencial, pues mediante ella cada ciudadano, respondiendo a su capacidad contributiva, aporta parte de su riqueza para su redistribución en mejores servicios y cobertura de necesidades estatales.

2. Y es que, en buena cuenta, el reparto de los tributos ha de realizarse de forma tal que se trate igual a los iguales y desigual a los desiguales, por lo que las cargas tributarias han de recaer, en principio, donde exista riqueza que pueda ser gravada, lo que evidentemente implica que siempre se tenga en consideración la riqueza de los contribuyentes.

3. La imposición de determinados límites que prevé la Constitución permite, por un lado, que el ejercicio de la potestad tributaria por parte del Estado sea constitucionalmente legítimo; de otro lado, garantiza que dicha potestad no sea ejercida arbitrariamente y en detrimento de los derechos fundamentales de las personas.

4. En tal sentido, se puede decir que los principios constitucionales tributarios son límites al ejercicio de la potestad tributaria, pero también son garantías de las personas frente a esa potestad; de ahí que dicho ejercicio será legítimo y justo en la medida que su ejercicio se realice en observancia de los principios constitucionales que están previstos en el artículo 74° de la Constitución.

5. En tales circunstancias, el legislador podrá gravar determinadas manifestaciones o fuentes de riqueza sustentando para ello la naturaleza, medios y fines del tributo siempre

que respete los lineamientos establecidos en la Constitución.

6. Ahora bien, la Constitución no ha constitucionalizado ningún tributo, ni tampoco ha determinado qué tipo de actividades económicas puedan ser, o no, objeto de regulaciones fiscales. En consecuencia, el Estado, a través de sus órganos constitucionales competentes, es libre de crear los gravámenes que considere atendibles, sin más límites que los que emanen del propio texto constitucional y, fundamentalmente, del conjunto de principios constitucionales tributarios establecidos en su artículo 74°.

7. Entre tales principios, que bajo ningún concepto puede ser desconocido por el legislador, tenemos al de proscripción de la confiscatoriedad, que si bien garantiza que la ley tributaria no pueda afectar irrazonable y desproporcionadamente la esfera patrimonial de las personas; tiene también una faceta institucional, toda vez que asegura que ciertas instituciones que conforman nuestra Constitución económica (pluralismo económico, propiedad, empresa, ahorro, entre otras), no resulten suprimidas o vaciadas de contenido cuando el Estado ejercite su potestad tributaria.

8. En tal sentido, si el Estado reconoce la propiedad privada y la legitimidad de la actividad de los particulares encaminada a obtener ganancias económicas, mal podría admitirse la existencia de tributos que impliquen una verdadera expropiación de facto de la propiedad o de los beneficios de la iniciativa económica de los particulares (Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N.° 409-96).

***Impuesto a la Renta e indemnizaciones justipreciadas en materia de expropiaciones***

9. A través del impuesto a la renta, no cabe duda que el legislador busca gravar la ganancia, esto es, beneficios económicos netos. Independientemente de las teorías sobre lo que entiende por renta ("renta producto", "flujo de riqueza" y "consumo más incremento patrimonial"), que a nivel doctrinario se haya desarrollado (Cfr. Roque García Mullín), el TUO de la Ley del Impuesto a la Renta recoge, entre otros conceptos, a las ganancias de capital[1], vale decir, a las originadas en la realización de bienes de capital no destinados al rubro comercial del negocio (mercadería).

10. Sin embargo, en la medida que a través de la indemnización justipreciada únicamente se persigue restablecer el equilibrio económico[2] del expropiado dado que no busca empobrecerlo ni enriquecerlo a costa del erario público, en puridad no existe renta alguna susceptible de ser gravada en la medida que simple y llanamente busca salvaguardar la indemnidad patrimonial del expropiado de los innegables perjuicios materiales que la expropiación trae consigo.

11. En tales circunstancias, admitir que dicha indemnización se encuentre sujeta a impuesto a la renta importa, en la práctica, destruir esa situación de equilibrio que se ha tratado de reparar con la indemnización. Al respecto, resulta necesario precisar que aunque existen ganancias de capital que incrementan la capacidad contributiva del contribuyente y, por ende, pueden ser susceptibles de ser gravadas, la indemnización justipreciada en nada incrementa la riqueza del expropiado por lo que su gravamen es inconstitucional.

12. En ese orden de ideas, la opción legislativa que grava tal indemnización justipreciada resulta confiscatoria en la medida que vacía de contenido a la garantía de indemnidad patrimonial prevista en el artículo 70° de nuestra Constitución.

Por tales consideraciones, también considero que la presente demanda resulta **FUNDADA.**

**S.**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.° 00319-2013-PA/TC
LIMA
SOCIEDAD AGRICOLA SAN AGUSTIN S.A.

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN**

Haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 5° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, manifiesto a través de este voto, mi parecer discrepante en la ponencia, por las consideraciones siguientes:

1. Que es de verse de autos, que la pretensión está dirigida a que se declare inaplicable el artículo 5° del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo N° 179-2004-EF, que

1 Las que técnicamente se encuadran en la teoría del "flujo de riqueza".

2 Al respecto, cabe precisar que dicha indemnización comprende: (i) el justiprecio que equivale al valor comercial del predio y (ii) los eventuales daños y perjuicios (Cfr. artículo 15° de la Ley General de Expropiaciones, Ley N.° 27117).

grava con ese tributo a la indemnización justipreciada recibida por SASA con motivo de la expropiación de su fundo San Agustín; y que se ordene a la SUNAT abstenerse de realizar acciones tendientes al cobro del impuesto a la renta y que se le restituya los pagos realizados a cuenta del impuesto a la renta que abonó, debido a la indemnización justipreciada percibida.

2. El artículo 3° del Código Procesal Constitucional dispone que es procedente un proceso de amparo "cuando se invoque amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma auto aplicativa incompatible con la Constitución (…)". Este mismo artículo señala que "[s] on normas auto aplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada". Entonces, es necesario determinar si la norma cuya inaplicación se solicita en el presente proceso de amparo tiene la calidad de auto aplicativa, a fin de verificar la procedencia de la demanda de amparo de autos.

3. En reiteradas oportunidades, este Colegiado ha señalado, que no procede el amparo directo contra norma cuando se trata de normas heteroaplicativas, es decir, que tienen su eficacia condicionada a la realización de actos posteriores; contrario a ello, si procede cuando el acto lesivo es causado por normas auto aplicativas, esto es, cuando no requieren de un acto posterior de aplicación sino que la afectación se produce desde la vigencia de la propia norma (Expedientes N° 1311-2000-AA/TC; N° 504-2000-AA/TC; N° 0830-2000-AA/TC; N° 2670-2002-AA/TC; y, N° 487- 2003-AA/TC). Específicamente, en relación al carácter autoaplicativo de las normas tributarias, este Tribunal ha manifestado que *"[…] Estas normas tributarias son del tipo auto aplicativas, pues en la medida que el demandante sea sujeto pasivo del tributo y se configure en su caso el hecho imponible de la norma, la misma ya le es exigible, es decir, ya se encuentra obligado al pago sin esperar que la administración desemboque su actuación administrativa para ejercer la cobranza de la deuda"* (Exp. N° 02302-2003-AA/TC, Fundamento 9).

4. Siguiendo el mismo criterio establecido en la sentencia recaída en el Exp. N° 1311-2000-AA/TC, cuando se cuestiono la conformidad con el principio de legalidad, del Decreto Supremo N° 158-99-EF, se afirmo que *"[…] si bien parece que el acto lesivo no se había producido al interponerse la demanda, pues no constaba en autos prueba de que el impuesto había sido aplicado o cobrado al accionante, es opinión de este Tribunal que el hecho de que el Decreto Supremo N.° 158-99-EF no requiera de acto posterior alguno para su obligatoriedad, lo cual hace un dispositivo legal de eficacia inmediata, imperativo frente a los sujetos pasivos del impuesto, por lo que no puede negarse su naturaleza auto aplicativa o de acto aplicatorio, es decir, con mayor certeza de ocurrencia que la amenaza de violación del derecho (…) y por ende, procedía esta acción de amparo, aún cuando en la práctica no se hubiera realizado todavía el acto de aplicación de cobranza del impuesto […]".*

   Por tanto, no cabe duda que, el articulo 5° del TUO de la LIR, aprobado por Decreto Supremo N.° 179-2004-EF, sea una norma autoaplicativa, así se advierte del texto del norma*, "[s]e entiende por enajenación la venta, permuta, cesión definitiva, expropiación, aporte a sociedades y, en general, todo acto de disposición por el que se transmita el dominio a título oneroso";* desprendiéndose del mismo que la expropiación es considerada como una forma de enajenación, al igual que una venta; y por ende, gravada con el impuesto a la renta.

5. Que el artículo 74° de la Constitución, refiere que la potestad tributaria es la facultad del Estado para crear, modificar o derogar tributos, así como para otorgar beneficios tributarios. Esta potestad se manifiesta a través de los distintos niveles de Gobierno u órganos del Estado —central, regional y local—. Sin embargo, esta potestad no es irrestricta o ilimitada, por lo que su ejercicio no puede realizarse al margen de los principios y límites que la propia Constitución y las leyes que la materia establecen. En ese sentido, la imposición de determinados límites que prevé la Constitución permite, por un lado, que el ejercicio de la potestad tributaria por parte del Estado sea constitucionalmente válido; de otro lado, garantiza que dicha potestad no sea ejercida arbitrariamente y en detrimento de los derechos fundamentales de las personas. Por ello, se puede afirmar que los principios constitucionales tributarios son límites al ejercicio de la potestad tributaria, pero también son garantías de las personas frente a esa potestad; de ahí que dicho ejercicio será legítimo y justo en la medida en que su ejercicio se realice en observancia de los principios constitucionales que están previstos en el artículo 74° de la Constitución, tales como el de legalidad, reserva de ley, igualdad, respeto de los derechos fundamentales de las personas e interdicción de la confiscatoriedad.

   Más aún, en materia tributaria, el poder constituyente ha tenido un mayor cuidado al regular los límites constitucionales que

debe respetar el legislador. En reiteradas oportunidades, este Tribunal ha reconocido que el ejercicio de la potestad tributaria del legislador está limitada por los principios implícitos y expresos derivados del artículo 74° de la Constitución —el mismo que, en su último párrafo prescribe que *"no surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo",* tales como el principio de legalidad, reserva de ley, igualdad, respeto de los derechos fundamentales, interdicción de la confiscatoriedad y capacidad contributiva.

6. Que el artículo 5° de la LIR —norma cuya inaplicación se solicita en el presente caso, dispone que *"para los efectos de esta Ley, se entiende por enajenación la venta, permuta, cesión definitiva, expropiación, aporte a sociedades y, en general, todo acto de disposición por el que se transmita el dominio a título oneroso".* Contrario a lo dispuesto en el citado artículo de la LIR, la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones, señala en su Tercera Disposición Final que: *"Las enajenaciones por causa de expropiación quedan expresamente excluidas del ámbito de aplicación de todos los tributos que graven transferencias"*.

7. Así podríamos afirmar *prima facie,* que existiría incompatibilidad entre las normas citadas, ya que por un lado, la norma general —Ley del Impuesto a la Renta, al asimilar dentro del concepto de enajenación, la venta con la expropiación, estaría gravando a esta última con el referido impuesto; mientras que, la ley especial —Ley de Expropiación, al señalar expresamente que una expropiación por parte del Estado, se encontraría inafecta del impuesto a la renta, esto es, no se configuraría el supuesto de hecho imponible del referido impuesto.

   Estando a lo expuesto supra, corresponde determinar si la norma que solicita su inaplicación que grava con el impuesto a la renta a la expropiación transgrede derechos fundamentales y el orden objetivo de valores y principios constitucionales.

8. El artículo 70° de la Constitución Política dispone que *"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".*

   Asimismo, el artículo 21° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señala que *"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. […] ".*

9. Sobre el ejercicio del derecho a la propiedad privada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los Casos Ivcher Bronstein (sentencia del 6 de febrero de 2001) y Palamara Iribarne (sentencia del 22 de noviembre de 2005), ha precisado *"que el derecho a la propiedad no es un derecho absoluto y que el artículo 21.2 de la Convención establece que para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad consagrado en la Convención, debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social, sujetarse al pago de una justa indemnización, limitarse a los casos y practicarse según las formas establecidas por la ley".* Esta forma de tutela del derecho a la propiedad privada se deriva del artículo 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del artículo 70° de la Constitución, que expresamente señalan como requisito para poder llevar a cabo una legítima privación de la propiedad privada el pago de una justa indemnización.

10. Al respecto, resulta importante subrayar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los Casos James and others v. the United Kingdom (sentencia del 21 de febrero de 1986) y Lithgow and Others v. the United Kingdom (sentencia del 8 de julio de 1986), ha destacado que por la privación de la propiedad privada existe un derecho intrínseco a recibir una indemnización. En sentido similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Salvador Chiriboga (sentencia del 6 de mayo de 2008), ha precisado que *"en casos de expropiación el pago de una indemnización constituye un principio general del derecho internacional".*

11. Por su parte, este Colegiado en la sentencia recaída en el Exp. N° 0008- 2003-AI) ha establecido que *[…] el concepto constitucional de la propiedad difiere y, más aún, amplia los contenidos que le confiere el derecho civil. Así, mientras que en este último el objeto de la propiedad son las cosas u objetos materiales susceptibles de valoración, para el*

*derecho constitucional la propiedad no queda "enclaustrada" en el marco del dominio y de los derechos reales, sino que abarca y se extiende a la pluralidad in totum de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica"* (fundamento 26).

12. En el mismo sentido ha señalado en la sentencia recaída en el Exp. N° 7364- 2006-PA/TC, que *"[…] la comprensión constitucional de la propiedad comprende, prima facie, además la garantía de indemnidad o conservación de la integridad del patrimonio de la persona. La "inviolabilidad" de la propiedad a la que refiere el articulo 70° de la Constitución debe interpretarse no solo como prohibición de intervenciones en el libre ejercicio o goce de los mencionados atributos clásicos del derecho de propiedad, sino también como garantía de indemnidad. Así las cosas, el derecho de propiedad garantiza la conservación de la integridad del patrimonio de la persona y, por consiguiente, prohíbe la indebida detracción del mismo"* (fundamento 6) (subrayado agregado).

**Naturaleza jurídica de la indemnización justipreciada en una expropiación**

13. El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 00864-2009-PA/TC, ha señalado que la expropiación consiste "[…] *en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio (articulo 2° de la Ley General de Expropiaciones, Ley N° 27177). Así, se le debe entender como una potestad del Estado de la privación de la titularidad de ese derecho contra la voluntad de su titular.* Asimismo, ha dejado sentado que *"El Estado está en la obligación de indemnizar en forma plena y completa al titular del derecho de propiedad privada, por el daño que no tenía el deber de soportar, toda vez que las entidades de la Administración Pública tienen el deber constitucional de respetar el derecho de propiedad. Esto viene a significar que cuando el Estado requiera bienes inmuebles deben obrar con sujeción al principio de legalidad y al derecho al debido procedimiento para que pueda expropiarse, caso contrario, no será constitucional".* [Fundamentos 21 y 27] (Subrayado agregado).

Igualmente, en la sentencia recaída en el Exp. N° 5614-2007-PA/TC, se señala que, *"[…] el Estado se encuentra obligado a pagar previamente una indemnización justipreciada que incluya el precio del bien expropiado y la compensación por el eventual perjuicio, que, a su vez, debe ser establecida en el procedimiento expropiatorio. Sólo a través del mencionado desembolso, la expropiación podrá considerarse como válida en tanto límite del derecho a la propiedad".* [Fundamentos 11.b y 12].

14. En ese sentido, podemos afirmar que la expropiación, es una excepción a la inviolabilidad del derecho de propiedad — artículos 2° inciso 16 y 70° de la Constitución, y que a su vez, genera la obligación del Estado, en tanto sujeto activo, de compensar y/o indemnizar al sujeto pasivo de la expropiación del daño causado como consecuencia del acto expropiatorio. Así, siguiendo al tratadista Roberto Dromi, el elemento material de la expropiación es la indemnización *"[…] la competencia constitucional para adquirir el dominio sobre el bien desapropiado esta subordinada a la condición de que el patrimonio de su propietario quede indemne, es decir, sin daño. Una expropiación sin indemnización, o con indemnización injusta importa una confiscación o despojo carente de sustento jurídico.* Asimismo, el citado autor precisa que *"[…] la indemnización debe ser integralmente justa. Si bien la Constitución no lo declara de modo expreso, ello surge del carácter y sentido de la indemnización, como modo de resarcimiento. Indemnizar quiere decir dejar indemne o sin daño. Equivale a dar al expropiado en dinero, el mismo valor de la propiedad que se le priva. La expropiación no debe empobrecer ni enriquecer al expropiado, sino dejarlo en igual situación económica. La indemnización, para ser justa, debe ser objetiva, actual e integral."* [Dromi, Roberto, Tratado de Derecho Administrativo. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, p. 470] (Subrayado agregado).

15. Por su parte, precisa Marienhoff, que *"[…] la indemnización acordada al expropiado no puede ser afectada o disminuida mediante la aplicación de impuestos, porque ello afectaría el requisito de que tal indemnización debe ser integralmente justa.* Refiere también que *"[…] la indemnización expropiatoria solo es integral cuando ella trasunte efectivamente un equilibrio de valores entre el bien objeto de la expropiación y lo que en definitiva recibira el expropiado por la privación de dicho bien. El patrimonio del expropiado debe permanecer inalterado. Como consecuencia*

*de que la indemnización debe ser integral, el resarcimiento debe involucrar y considerar diversos rubros: la depreciación monetaria; los intereses; la exención de impuestos; todos los valores que integren la consistencia jurídica de lo que se expropie"* [Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, Tomo IV, p. 303 y 273] (Subrayado agregado).

16. Siendo esto así y estando a que la expropiación es un acto forzado de poder público, en el que el expropiado no puede oponerse, por el contrario, se le priva de un bien generador de renta —causándole un daño no buscado por el afectado; por ende, no equivale a una enajenación**,** puesto que se trata de una medida de fuerza a través de la cual el Estado se apropia de un bien con prescindencia de la voluntad del expropiado, tratándose de un ingreso que se origina en un mandato legal, -en el presente caso, contenido en la Ley N° 27329, que declara de necesidad pública la expropiación de inmuebles adyacentes al Aeropuerto Internacional "Jorge Chavez", con lo cual no existe un consentimiento previo de la persona afectada con la expropiación, pues no surge como consecuencia de una relación en que los intervinientes hayan participado en igualdad de condiciones y consentido el nacimiento de obligaciones de pago, sino que es el Estado el que de manera unilateral y por causas de seguridad nacional o necesidad pública, decide privar de su propiedad a un particular y por ello abonar un justiprecio, siendo este el valor de sustitución del bien, con lo cual no se puede entender este justiprecio como ganancia de capital. Si se aceptase la tesis de que el artículo 5° de la LIR grave a la indemnización justipreciada, producto de la expropiación, el expropiado no tendría una reparación plena y completa, que le asegure indemnidad patrimonial; pues, estaría devolviendo, de ser el caso, al mismo Estado - en calidad de tributos, parte de la suma que recibió como consecuencia de la expropiación sufrida. Es decir, se mermaría el valor económico que le garantizaba mantener el equilibrio patrimonial entre el antes y después de la expropiación; por lo que la indemnización justipreciada al ser una garantía constitucional de la propiedad que asegura una situación de indemnidad patrimonial, cualquier afectación tributaria acarrearía la vulneración mismo al derecho de propiedad; consecuentemente, el artículo 5° del TUO de la LIR, resulta incompatible con el orden objetivo de principios y valores constitucionales que irradia nuestro ordenamiento, contraviniendo la garantía de indemnidad patrimonial que comprende el derecho de propiedad del sujeto expropiado, el mismo que resulta inaplicable al monto de la indemnización justipreciada recibida por SASA, originada en la expropiación de su predio agrícola Fundo San Agustín.

Por estos fundamentos, mi voto es por:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda disponiendo que se inaplique al caso concreto el artículo 5° del Texto Único Ordenado de la Ley de Impuesto a la Renta en lo referido a la indemnización justipreciada recibida por la demandante producto de la expropiación de su Fundo San Agustín.
2. Dejar expedito el derecho que le asiste al demandante para iniciar y proseguir las acciones administrativas a que hubiere lugar para lograr el reembolso de las sumas pagadas y/o cobradas por SUNAT, en relación a los pagos realizados a cuenta del impuesto a la renta que abonó, debido a la indemnización justipreciada percibida.

**S.**
**CALLE HAYEN**

***Sentencias 01034-2013-PA/TC y 00776-2014-PA/TC***

*Procesos de amparo interpuestos por César José Hinostroza Pariachi sobre nombramientos del Consejo Nacional de la Magistratura.*

Fecha de publicación de la sentencia 01034-2013-PA/TC en el Portal Oficial del TC: 27 de setiembre de 2013

Fecha de publicación del auto de aclaración 1 de la sentencia 01034-2013-PA/TC en el Portal Oficial del TC: 5 de noviembre de 2013

Fecha de publicación de la sentencia 00776-2014-PA/TC en el Portal Oficial del TC: 8 de mayo de 2014

Fecha de publicación del auto 00776-2014-PA/TC en el Portal Oficial del TC: 13 de octubre de 2014

Fecha de publicación del auto de aclaración 2 de la sentencia 01034-2013-PA/TC en el Portal Oficial del TC: 27 de enero del 2015

**Resumen:** El Tribunal Constitucional, mediante la sentencia 03891-2011-PA/TC, de fecha 16 de enero de 2012, declaró fundada la demanda interpuesta por el recurrente contra el Consejo Nacional de la Magistratura — CNM, en la cual solicitó la nulidad del acuerdo en el que se decidió no nombrarlo como Fiscal Supremo, pese a que ocupó el primer puesto del cuadro de méritos, por haberse acreditado la violación de sus derechos al debido proceso y a la motivación de las resoluciones. Por tanto, se ordenó al CNM a emitir un nuevo acuerdo debidamente motivado, y que sus miembros vuelvan a votar su decisión.

Sin embargo, en la etapa de ejecución de sentencia la entidad emplazada declaró desierto el concurso para la plaza de Fiscal Supremo, al no haberse alcanzado el número de votos requeridos. En tal sentido, el demandante presentó pedidos de represión de actos lesivos homogéneos, solicitó que se ejecute la citada sentencia en sus propios términos, y una ampliación de sentencia. Sin embargo, estos pedidos fueron rechazados o no lograron lo solicitado por el recurrente, de manera que este interpuso un recurso de apelación por salto para que el mismo Tribunal emitiera un pronunciamiento respecto al cumplimiento de su primera sentencia.

El Tribunal indicó que no resultaba pertinente emitir una nueva sentencia, sino que se debía lograr el cumplimiento efectivo de la anterior sentencia constitucional, según lo dispuesto en el artículo 59 del Código Procesal Constitucional, donde se establecen las pautas o directivas necesarias para lograr el cumplimiento efectivo de las sentencias constitucionales y, por ese medio, reparar de modo definitivo los derechos fundamentales afectados. De esta manera, el Tribunal declaró fundado el recurso de apelación por salto mediante la sentencia 01034-2013-PA/TC, y ordenó al CNM nombrar un Fiscal Supremo entre los postulantes que quedaban en carrera, César José Hinostroza Pariachi y Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, en el concurso convocado por esa entidad para el 2010 en la plaza aun vacante.

Sin embargo, mediante auto de aclaración de la sentencia 01034-2013-PA/TC, el Tribunal precisó que el criterio que debe seguir el CNM para nombrar al nuevo Fiscal Supremo debe ser en estricto orden de méritos, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Carrera Judicial.

Posteriormente, y en atención a que el CNM no dio cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia 01034-2013-PA/TC y nombró a otras personas, el Tribunal declaró fundado un segundo recurso de apelación por salto planteado por el demandante, mediante la sentencia 00776-2014-PA/TC, ordenando directamente al CNM a nombrar al recurrente como Fiscal Supremo.

Asimismo, dispuso que en caso de no existir plazas, el CNM deje una plaza vacante en reserva para César José Hinostroza Pariachi y que, como medida reparadora, no realice ningún concurso público para Fiscales Supremos mientras no se le nombre como Fiscal Supremo.

Ante esta situación, el CNM interpuso un pedido de nulidad, entendido como reposición, alegando la vulneración del artículo 154, inciso 1, de la Constitución, según el cual una de las funciones del CNM es el nombramiento de fiscales, previo concurso público de méritos y evaluación personal, de manera que el Tribunal no puede ordenar que se nombre a un Fiscal Supremo. Alegó además que la sentencia quebrantó la finalidad restitutoria del amparo.

La controversia se resolvió finalmente con el auto 00776-2014-PA/TC, emitido por la nueva conformación del Pleno del Tribunal, mediante el cual se declaró fundado el recurso de reposición interpuesto por el CNM y, en consecuencia, nulo todo lo actuado a partir de la decisión del Tribunal de fecha 9 de setiembre de 2013 (es decir, a partir de la sentencia 01034-2013-PA/TC), por haberse acreditado la vulneración de la cosa juzgada establecida en la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2012 (es decir, en la sentencia 03891-2011-PA/TC), y por afectar las competencias exclusivas del CNM en materia de nombramiento de fiscales establecidas en el artículo 154, inciso 1, de la Constitución.

Asimismo, el Tribunal declaró que el CNM cumplió con motivar de modo suficiente su decisión sobre la postulación del recurrente al cargo de Fiscal Supremo, tal como se ordenó en la sentencia 03891-2011-PA/TC.

Por último, el Tribunal emitió un segundo auto de aclaración de la sentencia 01034-2013-PA/TC, señalando que carecía de objeto pronunciarse respecto de los recursos planteados por el CNM al interior de ese proceso, debido a que se había producido la sustracción de la materia.

**Temas Claves:** Apelación por salto — Consejo Nacional de la Magistratura — cosa juzgada — debida motivación de las resoluciones — ejecución de sentencia — represión de actos lesivos homogéneos.

EXP. N.° 01034-2013-PA/TC
LIMA
CESAR JOSE HINOSTROZA PARIACHI

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 9 días del mes de setiembre de 2013, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto de los magistrados Vergara Gotelli y Eto Cruz; y el voto singular de los magistrados Urviola Hani y Calle Hayen, que se agregan

**ASUNTO**

Recursos de apelación por salto a favor de la ejecución de la STC N.° 03891-2011-PA/TC, interpuestos por don César José Hinostroza Pariachi, de fecha 28 de enero de 2013, y por el Procurador Público del Consejo Nacional de la Magistratura, de fecha 30 de enero del mismo año; contra la Resolución N.° 34, de fecha 21 de enero de 2013, obrante a fojas 906 del Tomo II, expedida por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, que declaró improcedente el pedido de conclusión del proceso, nula la Sesión N.° 2301 del Consejo Nacional de la Magistratura de fecha 29 de noviembre de 2012, ordenando que los consejeros vuelvan a emitir nuevo pronunciamiento; improcedente los pedidos de sentencia ampliatoria y de destitución; y fijó pautas para que la emplazada cumpla cabalmente con la sentencia constitucional.

**ANTECEDENTES**

**a. Demanda y sentencia del Tribunal Constitucional**

Con fecha **13 de mayo de 2011**, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), solicitando que se declare la nulidad del **Acuerdo N.º 176-2011**, adoptado por mayoría y contenido en el Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria de fechas 27 y 28 de enero de 2011, que resolvió no nombrarlo Fiscal Supremo pese a que ocupó el primer puesto del cuadro de méritos; invocando la afectación de sus derechos al debido proceso y a la motivación de los actos administrativos [f. 100, tomo I].

Mediante **STC N.º 03891-2011-PA/TC**, de fecha **16 de enero de 2012**, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, considerando que el acto lesivo cuestionado había vulnerado los derechos del actor al debido proceso y a la motivación de las resoluciones; y en consecuencia, nulo el Acuerdo N.° 176-2011, ordenando al CNM emitir un nuevo acuerdo debidamente motivado, y a sus miembros, volver a votar su decisión *"de conformidad con lo dispuesto por el artículo 154° 1 de la Constitución, el segundo párrafo del artículo 33° de la Ley N.° 29277 de la Carrera Judicial y el artículo 53° del Reglamento de Concursos para el Acceso Abierto en la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales aprobado mediante Resolución N.° 281-2010-CNM"* [fundamento 61]. Cabe señalar que en los fundamentos de esta sentencia también se declaró vulnerados los derechos de acceso a la función pública y a la presunción de inocencia.

A su vez, mediante resolución aclaratoria de fecha 16 de abril de 2012, el Tribunal precisó que *"independientemente de que haya dos nuevos consejeros, es dicho órgano constitucional (CNM) con sus actuales integrantes el que debe proceder a emitir un nuevo acuerdo, debiendo todos sus miembros actuales, previamente, votar su decisión"*; y respecto a la realización previa de una entrevista personal al recurrente antes de la votación, que era el CNM y no el Tribunal Constitucional *"el que deberá definir de qué manera procede"*.

**b. Etapa de ejecución de sentencia**

Mediante Resolución N.° 05, de fecha 22 de mayo de 2012, el Quinto Juzgado Constitucional de Lima resolvió notificar al CNM para que en el término de dos días cumpla con lo ordenado en la sentencia del Tribunal Constitucional [f. 339, tomo I]. Y mediante Resolución N.° 06, del 25 de junio, ordenó a la emplazada informar las acciones tomadas para cumplir con la sentencia constitucional [f. 351, tomo I].

En cumplimiento de ésta, la entidad emplazada, mediante **Acuerdo N.º 766-2012**, contenido en el Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria del CNM de fecha **08 de junio de 2012**, resolvió *"declarar desierto el concurso para la plaza de Fiscal Supremo, al no haber alcanzado los doctores César Hinostroza Pariachi [y otro] el número de votos requeridos por el artículo 154 inciso 1 de la Constitución Política para ser nombrados"* [f. 356, tomo I]; lo que fue puesto en conocimiento del Juzgado Constitucional por el Procurador del CNM con fecha 26 de junio de 2012 [f. 366, tomo I], y admitido por dicho Juzgado a través de la Resolución N.° 07, del 11 de julio de 2012, que declaró *"téngase por cumplido el mandato contenido en la resolución número seis"* [f. 368, tomo I].

**b.1. Primer pedido de represión de acto lesivo homogéneo**

Con fecha **10 de julio de 2012**, el recurrente promueve una primera solicitud de represión de acto lesivo homogéneo, pidiendo que se declare nulo el Acuerdo N.° 766-2012 y se disponga una nueva votación en la que se respete sus derechos fundamentales [f. 409, tomo I].

Sin embargo, mediante **Resolución N.º 10**, de fecha **10 de agosto de 2012**, el Quinto Juzgado Constitucional de Lima declaró improcedente dicho pedido, pues si bien la emplazada había señalado dar cumplimento de la sentencia mediante el Acta del CNM de 08 de junio de 2012, *"tal hecho todavía no ha sido avalado por esta judicatura y menos se ha declarado la conclusión del proceso... aún más, el propio actor (...) señala que el CNM no ha dado cumplimiento a lo ordenado por el TC"* [f. 501, tomo I]. A su vez, la Primera Sala Especializada en lo Civil de Lima confirma la apelada, vía Resolución N.° 04, del 12 de octubre de 2012 [f. 699, tomo II].

**b.2. Requerimiento de ejecución de sentencia "en sus propios términos"**

Con fecha **01 de agosto de 2012**, el recurrente solicita al Quinto Juzgado Constitucional de Lima requerir al CNM para que cumpla la sentencia constitucional "en sus propios términos" [f. 509, tomo I].

En respuesta a este requerimiento, el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, mediante **Resolución N.º 11**, de fecha **14 de agosto de 2012**, resolvió declarar nula la sesión N.° 2202 del CNM del 08 de junio de 2012, en el extremo que decide no nombrar al actor en el cargo de Fiscal Supremo; y en consecuencia, *"ORDENA que los Consejeros del CNM vuelvan a emitir nuevo pronunciamiento, sujetándose de manera estricta a lo dispuesto por el TC en su sentencia de fecha 16 de enero de 2012, aclarada mediante resolución de fecha 16 de abril del mismo año"* [f. 530, tomo I]

Ante ello, con fecha 28 de agosto de 2012, el Procurador del CNM interpone recurso de apelación contra la Resolución N.° 11 [f. 582, tomo I], y la amplía por escrito de 28 de agosto del mismo año. Sin embargo, con fecha 6 de septiembre de 2012, el actor requiere el cumplimiento de esta misma resolución, bajo apercibimiento de ordenarse la destitución de los miembros del CNM [f. 603, tomo I].

Efectuado este nuevo requerimiento, el CNM, mediante Acuerdo N.° 1535-2012, contenido en el Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria del CNM de fecha 31 de octubre de 2012, resolvió *"reservar la votación del magistrado César Hinostroza Pariachi hasta que el CNM sea notificado con la resolución de requerimiento en el plazo de cinco días referente*

*al postulante Mateo Castañeda Segovia, con la finalidad de que la votación de ambos magistrados se lleve a cabo en un solo acto"* [f. 633, tomo I]. Sin embargo, a través de la Resolución N.° 21, de fecha 19 de noviembre de 2012, el Quinto Juzgado Constitucional de Lima dispuso *"que los Consejeros del CNM vuelvan a emitir nuevo pronunciamiento, sujetándose de manera estricta a lo dispuesto por el TC en su sentencia de fecha 16 de enero de 2012, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de multa ascendente a 10 URP en caso de incumplimiento"* [f 645 tomo I].

Finalmente, mediante **Acuerdo N.º 1614-2012**, contenido en el Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria del CNM de fecha **29 de noviembre de 2012**, el CNM resolvió *"No nombrar al señor CÉSAR HINOSTROZA PARIACHI, como FISCAL SUPREMO DEL MINISTERIO PÚBLICO, al no haber alcanzado el voto conforme de los dos tercios del número legal de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, de conformidad con el artículo 154 inciso 1 de la Constitución Política"* [f. 672, tomo I]; lo que fue puesto en conocimiento del Juzgado por el Procurador del CNM, mediante escrito de fecha 14 de diciembre de 2012 [f. 678, tomo I].

**b.3. Segundo pedido de represión de acto lesivo homogéneo**

Ante este nuevo Acuerdo del CNM, el actor presenta una segunda solicitud de represión de acto homogéneo, con fecha **3 de enero de 2013** [f. 736, tomo II].

No obstante, con **Resolución N.º 30**, del **8 de enero de 2013**, el Quinto Juzgado Constitucional de Lima vuelve a declarar improcedente este nuevo pedido, por considerar que si bien la emplazada había dado cumplimiento de la sentencia adjuntando copia del Acta de fecha 29 de noviembre de 2012, *"sin embargo, tal hecho todavía no ha sido avalado por esta judicatura y menos se ha declarado la conclusión del proceso, por lo que no se cumple uno de los presupuestos para el trámite de la represión de actos homogéneos… es más, el propio actor (…) señala que el CNM no ha dado cumplimiento a lo ordenado por el TC… lo que será evaluado oportunamente a fin de aplicar, de ser el caso, lo dispuesto en los artículos 22° y 59° del Código Procesal Constitucional"* [f. 771, tomo II].

b.4. Solicitud de emisión de sentencia ampliatoria

Con fecha **7 de enero de 2013**, el recurrente solicita al Juzgado que declare la nulidad del Acuerdo N.° 1614-2012 y dicte una sentencia ampliatoria en aplicación del artículo 59° del Código Procesal Constitucional, sustituyendo la renuencia del órgano demandado a cumplir la sentencia del Tribunal Constitucional [f. 816, tomo II].

Finalmente, ante los pedidos de conclusión de proceso de la demandada y de destitución y sentencia ampliatoria del actor, el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, mediante **Resolución N.º 34**, de **21 de enero de 2013** [f. 906, tomo II] resuelve declarar improcedente el pedido de archivamiento, nula la sesión N.° 2301 del CNM de fecha 29 de noviembre de 2012, en el extremo que decide no nombrar al actor en el cargo de Fiscal Supremo, y ordena *"que los Consejeros del CNM vuelvan a emitir nuevo pronunciamiento, sujetándose de manera estricta a lo dispuesto por el TC en su sentencia de fecha 16 de enero de 2012, lo ordenado en la resolución 11, la resolución de la Sala Superior y la presente resolución"*; improcedente los pedidos de sentencia ampliatoria y de destitución; y fija algunas pautas para que la emplazada cumpla cabalmente con la sentencia constitucional.

**b.5. Recursos de apelación por salto a favor de la ejecución de la STC N.° 03891-2011-PA/TC**

Con fecha **28 de enero de 2013**, el actor interpone recurso de apelación por salto contra la Resolución N.° 34, en el extremo en que declara improcedente la solicitud de sentencia ampliatoria [f. 939, tomo II], sosteniendo la inviabilidad de otorgar a la demandada una tercera oportunidad para realizar la evaluación de su postulación bajo criterios objetivos, algo a lo que, a su entender, el CNM se ha mostrado renuente.

Por su parte, con fecha **30 de enero de 2013**, el Procurador del CNM interpone recurso de apelación por salto contra la Resolución N.° 34, en el extremo en que declara nula la sesión N.° 2301 y se ordena nuevo pronunciamiento [f. 1076, tomo II], alegando que a través de sus Resoluciones N.os 11 y 34 el Juzgado ha desnaturalizado la ejecución de la sentencia del Tribunal Constitucional, al exigir que dicho cumplimiento también se ajuste a las pautas dictadas por su despacho y a lo resuelto por la Sala Superior, apartándose de esta manera de sus atribuciones.

**FUNDAMENTOS**

**§1. Sobre el derecho a la ejecución de las sentencias constitucionales**

1. De conformidad con el artículo 139°, inciso 2 de la Constitución, toda persona sometida a un proceso judicial tiene derecho a que no se deje sin efecto aquellas resoluciones que han adquirido la autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución.

2. Sobre el particular, este Tribunal ha sostenido en reiterada jurisprudencia que este derecho garantiza al justiciable que las resoluciones

que hayan puesto fin al proceso judicial no sólo no puedan ser recurridas a través de medios impugnatorios –bien sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo legal para interponerlos– sino también que el contenido de las mismas no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, ya sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso [STC N.° 04587-2004-AA/TC, fundamento 38].

3. En el ámbito de los procesos constitucionales este derecho encuentra una configuración expresa en el artículo 22°, primer párrafo del Código Procesal Constitucional, el cual dispone que la sentencia que cause ejecutoria al interior de estos procesos "se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda".

4. La ejecución de las sentencias en sus propios términos, ha dicho este Tribunal en la STC N.° 01939-2011-PA/TC, constituye una garantía a favor de las partes procesales, esto es, "tanto para el ejecutante como para el ejecutado, puesto que les impide reabrir el debate ya finalizado y clausurado por la firmeza, así como modificar el derecho reconocido por sentencia firme a su capricho, alterando las condiciones en que fue delimitado [Carballo Piñeiro, Laura. *Ejecución de condenas de dar (tratamiento procesal adaptado a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil),* Barcelona, Bosch, 2001, p. 30]. En ese mismo sentido, ha reconocido que:

> "[no] resulta admisible que los contenidos de una resolución estimatoria puedan ser reinterpretados en vía de ejecución y que incluso tal procedimiento se realice de forma contraria a los propios objetivos restitutorios que con su emisión se pretende. Producida una sentencia estimatoria, y determinado un resultado a partir de sus fundamentos, es indiscutible que no pueden, estos últimos, ser dirigidos contra la esencia de su petitorio, de manera tal que este termine por desvirtuarse" [STC N.° 01102-2000-AA/TC].

5. Así pues, con la finalidad de garantizar la eficacia de este derecho en el contexto de los procesos constitucionales, este Tribunal, en la STC N.° 0004-2009-PA/TC, publicada el 15 de noviembre de 2010, ha establecido que el recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional procede contra la resolución del juez de ejecución que declara actuado, ejecutado o cumplido el mandato de una sentencia del Tribunal Constitucional, o que declara fundada la contradicción u observación propuesta por el obligado; frente a supuestos de inejecución, ejecución defectuosa o desnaturalización de una sentencia constitucional.

**§2. Análisis de la controversia**

6. De autos se desprende que la controversia consiste en determinar si, en fase de ejecución de sentencia, se ha desvirtuado lo decidido en la STC N.° 03891-2011-PA/TC, que declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por don César José Hinostroza Pariachi contra el CNM.

7. En tal sentido, y atendiendo a que ambas partes procesales han presentado dos recursos de apelación por salto con distintos contenidos y pretensiones, el Tribunal Constitucional los analizará por cuerdas separadas, y examinará los argumentos allí expuestos a partir de un triple canon: a) lo ordenado en la STC N.° 03891-2011-PA/TC; b) lo autorizado en la STC N.° 0004-2009-PA/TC; y c) lo exigido a partir del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la ejecución de las sentencias constitucionales (artículo 139° inciso 2 de la Constitución).

8. Dicho esto, y como paso previo, vale la pena destacar que la Resolución N.° 34, de 21 de enero de 2013, expedida en vía de ejecución por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, y cuestionada en distintos extremos por ambos recursos de apelación por salto, ha resuelto declarar lo siguiente:

   8.1 Improcedente el pedido de conclusión del proceso

   8.2 Nula la sesión N.° 2301 del CNM de fecha 29 de noviembre de 2012, en el extremo que decide no nombrar al actor en el cargo de Fiscal Supremo, y ordena *"que los Consejeros del CNM vuelvan a emitir nuevo pronunciamiento, sujetándose de manera estricta a lo dispuesto por el TC en su sentencia de fecha 16 de enero de 2012, lo ordenado en la resolución 11, la resolución de la Sala Superior y la presente resolución"*.

   8.3 Improcedente los pedidos de sentencia ampliatoria y de destitución; y

   8.4 Fija algunas pautas para que la emplazada cumpla cabalmente con la sentencia constitucional.

**§2.1. Recurso de apelación por salto presentado por el Procurador Público del Consejo Nacional de la Magistratura**

9. A fojas 1076 del Tomo II, obra el recurso de apelación por salto a favor de la ejecución

de la STC N.° 03891-2011-PA/TC planteado por el Procurador del CNM, de fecha 30 de enero de 2013, en el que cuestiona el extremo de la Resolución N.° 34 que declara nula la sesión N.° 2301 y ordena nuevo pronunciamiento. Al respecto, sostiene que el *juez a quo* se estaría tomando atribuciones que no posee, pues el juez constitucional *"no puede atribuirse la facultad de señalar las pautas que los consejeros deberán tener presente al emitir su voto en cumplimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional, limitándose a vigilar que la autoridad haya cumplido con expresar los motivos adecuados al momento de tomar su decisión sin poder contradecirlos o modificarlos"*; y afirma que si bien *"el no nombramiento del demandante se sustenta en un hecho distinto al analizado por el Tribunal Constitucional"*, ello es acorde con la Constitución pues el artículo 154° de la Constitución *"establece la potestad discrecional del CNM para la selección y nombramiento de jueces y fiscales"*. En tal sentido, solicita que este Tribunal deje sin efecto la resolución apelada y disponga que el Juzgado expida otra en la que se dé por cumplido el mandato dispuesto en la sentencia constitucional.

10. La Resolución N.° 34, expedida en vía de ejecución por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, declaró improcedente el pedido de conclusión del proceso efectuado por el Procurador del CNM, y en consecuencia, nula la sesión N.° 2301 del CNM de fecha 29 de noviembre de 2012, en el extremo en que decide no nombrar al actor en el cargo de Fiscal Supremo y ordena un nuevo pronunciamiento por parte de la emplazada.

    En concreto, el juez de ejecución consideró que, a diferencia del consejero García Núñez, sus colegas Paz de la Barra y Guzmán Díaz *"han reproducido de forma idéntica los fundamentos que expusieron en la sesión 2202, la cual fue anulada por el Juzgado mediante resolución 11, de fecha 14 de agosto de 2012"* [fundamento tercero]; por cuya razón, y en aras de garantizar una correcta ejecución de la sentencia constitucional y de no seguir dilatando esta etapa del proceso, fijó una serie de pautas a ser observadas por la emplazada en la nueva votación, cuales son: *"1. Podrán analizar un hecho posterior a la aprobación del cuadro de méritos, siempre y cuando los cuestionamientos que se haga al candidato Pariachi consten en su carpeta de postulación y hayan sido de su previo conocimiento a efectos de que ejerza su derecho de defensa. 2. Deberán definir qué entienden por 'conducta éticamente irreprochable'. 3. Deberán precisar cuál es el fundamento jurídico para restarle validez a un pronunciamiento emitido en un proceso disciplinario llevado ante OCMA o el archivo de una denuncia penal ante la Fiscalía"* [fundamento sexto].

11. Merituadas las pruebas documentales que obran en autos, este Tribunal constata que, en efecto, los consejeros Paz de la Barra y Guzmán Díaz, lejos de cumplir el mandato contenido en la Resolución N.° 11, han repetido los mismos argumentos que fueron sido declarados inconstitucionales por el juzgado en dicha resolución ejecutoria, tal como se evidencia a continuación:

    11.1 Inicialmente, mediante **Resolución N.º 11**, de fecha **14 de agosto de 2012**, el Quinto Juzgado Constitucional de Lima declaró nula la sesión N.° 2202 del CNM del **08 de junio de 2012**, y ordenó nuevo pronunciamiento de la emplazada, luego de valorar que la información periodística sobre la *compra de una segunda casa por parte de la esposa del actor* –que sustentó los votos de los consejeros García Núnez, Paz de la Barra y Guzmán Díaz– era un hecho cuyo conocimiento se había producido con posteridad a la culminación del proceso de selección y de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, y respecto del cual la OCMA ya había archivado una investigación preliminar. En tal sentido, estimó que los mencionados consejeros no habían tenido en cuenta lo señalado en el artículo 22° del Reglamento de Concursos para el Acceso Abierto en la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales, ni lo dispuesto en el fundamento 59 de la sentencia constitucional materia de ejecución.

    11.2 En cumplimiento de esta decisión, el CNM emite el **Acuerdo N.º 1614-2012** contenido en el Acta de Sesión Plenaria del CNM de fecha **29 de noviembre de 2012**, con el que decide no nombrar al actor en el cargo de Fiscal Supremo. Sin embargo, de la lectura de este acuerdo, se aprecia que los consejeros Paz de la Barra y Guzmán Díaz basaron su decisión en fundamentos idénticos a los declarados inconstitucionales, en vía de ejecución, por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, tal como se demuestra enseguida:

| **Acuerdo N.º 766-2012**, contenido en el Acta de Sesión Plenaria del **08 de junio de 2012** (voto de los consejeros García Núnez, Paz de la Barra y Guzmán Díaz) | **Acuerdo N.º 1614-2012**, contenido en el Acta de Sesión Plenaria del **29 de noviembre de 2012** (voto de los consejeros Paz de la Barra y Guzmán Díaz) |
|---|---|
| Los consejeros afirmaron esta vez que el actor *"no cuenta con el perfil de Fiscal Supremo de trayectoria personal éticamente irreprochable, en razón de no haber actuado con ética al tratar de justificar su omisión incurrida en no haber consignado en sus Declaraciones Juradas la adquisición de un inmueble en Estados Unidos de Norteamérica efectuada por su cónyuge"* | Los consejeros vuelven a afirmar que el actor *"no cuenta con el perfil de Fiscal Supremo de trayectoria personal éticamente irreprochable, en razón de que no ha actuado con ética al tratar de justificar su omisión incurrida en no haber consignado en sus Declaraciones Juradas la adquisición de un inmueble en Estados Unidos de Norteamérica efectuado por su cónyuge"* |

11.3 Es por ello que, con entera razón, el juez de ejecución señala en su **Resolución N.º 34**, de fecha **21 de enero de 2013**, que los consejeros Paz de la Barra y Guzmán Díaz *"han reproducido de forma idéntica los fundamentos que expusieron en la sesión 2202, la cual fue anulada por el Juzgado mediante resolución 11, de fecha 14 de agosto de 2012"*.

12. De ahí que a este Tribunal no le quepa duda que lo ordenado en la Resolución N.° 34, en vez de constituir una ejecución defectuosa o excesiva de la STC N.° 03891-2011-PA/TC (como lo sostiene la demandada), supone antes bien un mandato de ejecución plenamente acorde con el derecho fundamental a la ejecución de las resoluciones judiciales (artículo 139° inciso 2 de la Constitución), que pone remedio a una situación de abierta rebeldía o desacato por parte de la demandada a lo ordenado por el juez de ejecución en su Resolución N.° 11 y, por esa vía, a la sentencia expedida por este Tribunal Constitucional.

13. Ciertamente, y de otro lado, este Colegiado aprecia que lo argumentado y ordenado por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima en sus dos resoluciones (N.os 11 y 34) encuentra pleno respaldo en el fallo y la motivación de la STC N.° 03891-2011-PA/TC, y en esa medida, no tiene visos de inconstitucionalidad; toda vez que, como se verá a continuación, los Acuerdos N.os 766-2012 y 1614-2012 expedidos por el CNM han incumplido de modo manifiesto la sentencia constitucional, aunque no por la razón *formal* esgrimida por el juez ejecutor de que *se estaría cuestionando al actor por un hecho posterior al proceso de selección y a la sentencia del Tribunal Constitucional*, sino por la razón sustantiva de que ambos acuerdos se sustentan en *motivaciones que contradicen los parámetros constitucionales fijados en la STC N.º 03891-2011-PA/TC*. Y esto es así, si se tiene en cuenta que en dicha sentencia constitucional, este Tribunal declaró fundada la demanda de amparo al considerar vulnerados:

13.1 El derecho del actor al *debido proceso y a la motivación de las resoluciones*, previstos en los incisos 3 y 5 del artículo 139° de la Constitución [punto resolutivo N.° 1 de la sentencia]; por considerar

13.1.1 Respecto al cuestionamiento sobre la adquisición de un inmueble en los Estados Unidos de Norteamérica, que *"por lo menos desde el año 2005, para el Consejo Nacional de la Magistratura era un hecho conocido la existencia del inmueble (…) lo cual constituye un hecho lícito y amparado en la Norma Fundamental que garantiza el derecho de propiedad"*, por lo que *"sustentar el cuestionado acuerdo de no nombramiento en la adquisición del aludido inmueble constituye un hecho que atenta contra el derecho a la debida motivación"* [fundamento 35 de la sentencia].

13.1.2 Respecto al cuestionamiento de haber intervenido como abogado en el patrocinio de un ciudadano de nacionalidad china procesado por la presunta comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, que *"no sólo no representaba irregularidad alguna, en tanto el actor no tuvo participación en el posterior proceso penal en el que estuvo involucrado el antes mencionado ciudadano chino, sino que además, se encontraba*

*ejerciendo su derecho al libre ejercicio de la profesión que forma parte del contenido del derecho a la libertad de trabajo, reconocido en el artículo 2.15° de la Constitución"* [fundamento 38 de la sentencia].

Por todo ello, el Tribunal Constitucional determinó que el acuerdo cuestionado *"si bien ha sido emitido al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida, resulta arbitrario por cuanto carece de justificaciones objetivas que, por lo demás, debió provenir de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso de evaluación materia del concurso público al que postuló el actor"* [fundamento 46 de la sentencia].

13.2 El derecho del actor a la *presunción de inocencia*, reconocido en el ordinal "e", inciso 24 del artículo 2° de la Constitución [fundamento 56 de la sentencia]; toda vez que el acuerdo entonces cuestionado había sido emitido *"en función de determinadas denuncias periodísticas que habían sido desvirtuadas por el actor, y respecto de las cuales la entonces Fiscal de la Nación dispuso promover investigación preliminar de oficio –que luego sería archivada–"*.

13.3 El derecho del actor de *acceso a la función pública,* previsto en el artículo 23°, numeral 1, literal c), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [fundamento 53 de la sentencia], en razón a que *"el actor ocupaba el primer lugar en el cuadro de méritos, y que objetiva y razonablemente no se había acreditado responsabilidad alguna en los hechos que se le imputaban"* [fundamento 53 de la sentencia].

13.4 Finalmente, el Tribunal manifestó que encontraba legítimo que, atendiendo a su función constitucionalmente reconocida por el artículo 154.1° de la Norma Fundamental, *"el Consejo Nacional de la Magistratura recoja denuncias de los medios de comunicación"*; sin embargo, y con igual énfasis, consideró *"inadecuado que dicha competencia pretenda ejercerse a costa de la plena vigencia de los derechos fundamentales… máxime cuando durante el concurso público existió la posibilidad de presentar tachas"* [fundamento 59 de la sentencia].

13.5 En consecuencia, la orden expresa del Tribunal Constitucional fue la siguiente: *"corresponde al Consejo Nacional de la Magistratura emitir un nuevo acuerdo debidamente motivado lo que supone, evidentemente, que sus miembros previamente vuelvan a votar su decisión, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 154.1° de la Constitución, el segundo párrafo del artículo 33° de la Ley N.° 29277, de la Carrera Judicial y, el artículo 53° del Reglamento de Concursos para el Acceso Abierto en la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales aprobado mediante Resolución N.° 281-2010-CNM"* [fundamento 61 de la sentencia, al cual se remite su punto resolutivo N.° 3].

14. En consecuencia, y de acuerdo a lo antes expuesto, resulta convincente afirmar que el CNM estaba constitucionalmente prohibido de invocar similares o idénticas razones al momento de dar cumplimiento a la sentencia constitucional (vale decir, al emitir el nuevo acuerdo debidamente motivado que esto supone). Sin embargo, esto es, precisamente, lo que ha ocurrido en autos, pues los Acuerdos N.os 766-2012 y 1614-2012 del CNM incurren en los mismos vicios de inconstitucionalidad declarados como tales en la STC N.° 03891-2011-PA/TC, y en particular:

14.1 Del *derecho al debido proceso y a la motivación de las resoluciones:* pues si bien ambos acuerdos aluden a la adquisición de un segundo inmueble en los Estados Unidos de Norteamérica distinto al primero, y tal hecho no estuvo comprendido formalmente dentro del proceso de selección y nombramiento, los consejeros García Núñez, Paz de la Barra (en su momento) y Guzmán Díaz consideraron legítimo emitir opinión al respecto porque *"existe un permanente cuestionamiento público de los medios de comunicación sobre la adquisición no declarada de este segundo inmueble comprado por la esposa del postulante antes de la convocatoria a concurso a tres plazas para Fiscales Supremos"*. Pero más aún, este Tribunal aprecia que en sus votos concurrentes dichos consejeros cuestionaron la Resolución N.° 13 de la Unidad de Investigación y Anticorrupción de la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA) de fecha 25 de mayo de 2012 (posteriormente confirmada mediante Resolución N.° 20 de la Jefatura de la OCMA, del 5 de septiembre de 2012) la cual ya se había pronunciado por

la inexistencia de responsabilidad administrativa por este nuevo cuestionamiento, señalando que *"esta Resolución adolece de un gravísimo desconocimiento de la institución Jurídica de Derecho Civil denominado: Fenecimiento de la Sociedad de Gananciales"*

⇨ De lo que se deprende que **la motivación expuesta en los votos de tales consejeros es, nuevamente, sólo** aparente, pues "intentan dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico", "carece de justificaciones objetivas" y "no proviene de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso de evaluación materia del concurso público al que postuló el actor" [fundamentos 44 y 45 de la sentencia].

14.2 Del *derecho a la presunción de inocencia*: pues los consejeros García Núñez, Paz de la Barra (en su momento) y Guzmán Díaz afirmaron en sus votos concurrentes que *"el Fiscal de la Nación en la actualidad viene investigando al postulante (…) por la existencia o no de enriquecimiento ilícito derivado de la adquisición de este segundo inmueble, investigación preliminar que por encontrarse en trámite no nos referimos respecto de su contenido, para no transgredir la presunción de inocencia exclusivamente dirigida al supuesto delito de enriquecimiento ilícito"*, desconociendo así que por Disposición Fiscal N.° 05 de fecha 9 de julio de 2012, la Fiscalía de la Nación resolvió no haber mérito para formalizar y continuar investigación preparatoria contra el actor, por la presunta comisión del delito de enriquecimiento ilícito, en agravio del Estado, archivando definitivamente los actuados.

⇨ En consecuencia, **el CNM vuelve a incurrir en la misma afectación del derecho a la** presunción de inocencia, pues tales votos se han emitido "en función de determinadas denuncias periodísticas que habían sido desvirtuadas por el actor, y respecto de las cuales la entonces Fiscal de la Nación dispuso promover investigación preliminar de oficio –que luego sería archivada–" [fundamentos 56 de la sentencia]; y finalmente,

14.3 Del *derecho de acceso a la función pública:* pues no obstante que la posición del actor en el cuadro de méritos del Concurso Público no ha variado, los consejeros García Núñez, Paz de la Barra (en su momento) y Guzmán Díaz, conforme a lo antes expuesto, han decidido no nombra al actor como Fiscal Supremo mediante una decisión arbitraria e injustificada.

⇨ Por consiguiente, se acredita que **el CNM vuelve a incurrir en la misma afectación del derecho de acceso a la función pública del actor**, pues "el actor ocupaba el primer lugar en el cuadro de méritos, y (…) objetiva y razonablemente no se había acreditado responsabilidad alguna en los hechos que se le imputaban" [fundamento 53 de la sentencia].

15. Por otra parte, en relación al extremo de la Resolución N.° 34 que fija una serie de pautas al CNM para dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal Constitucional, se debe recordar que ya en anterior oportunidad hemos afirmado que el juez ejecutor, si bien no puede replantear o modificar los términos de una resolución judicial al ejecutarla, sí tiene por obligación desplegar todas las actividades que resulten conducentes para realizar una correcta actuación de la sentencia emitida [STC N.° 03066-2012-AA/TC, fundamento 29]. Y esto es así, en la medida en que el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales "se satisface cuando el órgano judicial adopta las medidas oportunas y necesarias para llevar a efecto la ejecución del fallo. Si esas medidas se adoptan, el derecho a la ejecución de sentencias se habrá satisfecho, aunque si se adoptan con una tardanza excesiva e irrazonable, puede generarse lesión al derecho" [STC N.° 02813-2007-PA/TC, fundamento 16].

16. En ese sentido, cuando el artículo 59° tercer párrafo del Código Procesal Constitucional señala que "[e]n todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto, y mantendrá su competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho", debe entenderse que tal habilitación legal le permite al juez constitucional fijar, en vía de ejecución, las pautas o directivas que resulten pertinentes y oportunas para ilustrar al demandado acerca de la forma cómo lograr el cumplimiento efectivo de la sentencia constitucional, y por ese medio, de reparar de modo definitivo el derecho o derechos fundamentales allí reconocidos, particularmente en situaciones de rebeldía o reiterancia como en el caso de autos. Así es como ha procedido el Quinto Juzgado Constitucional de Lima en el fundamento sexto de su Resolución N.° 34, y es así también como lo entiende este Tribunal Constitucional (aunque, ciertamente, asunto diverso es dilucidar si el dictado de tales pautas, en las

actuales circunstancias, resultan suficientes para poner fin a la controversia de autos: a ello daremos respuesta en el siguiente apartado).

17. En definitiva, por las razones anteriormente expuestas, el Tribunal Constitucional considera que el recurso de apelación por salto planteado por el Procurador del CNM debe ser desestimado.

**§2.2. Recurso de apelación por salto presentado por don César José Hinostroza Pariachi**

18. En su recurso de apelación por salto, de fecha 28 de enero de 2013, el actor solicita que el Tribunal Constitucional dicte una sentencia ampliatoria que, en vía de ejecución, ordene a la emplazada su nombramiento definitivo como Fiscal Supremo en el marco de la convocatoria N.° 002-2010–SN/VCNM; todo ello, por considerar que el Consejo emplazado no ha podido, en dos oportunidades, fundamentar de acuerdo a la Constitución, las razones por las cuales no lo eligió Fiscal Supremo, pese a haber ocupado el primer puesto en el cuadro de méritos, incumpliendo así de forma reiterada la sentencia proferida por este Colegiado.

19. En ese sentido, en relación a la alegada renuencia de la entidad demandada, la parte recurrente sostiene que, a través del Acta de Sesión Plenaria de fecha 29 de noviembre de 2012, se colige que el Consejo es renuente a cumplir en sus propios términos la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró fundada la demanda de amparo; dado que reproduce los fundamentos ya invalidados por dicho Colegiado en su sentencia constitucional, e igualmente invalidados por la Resolución N.° 11 expedida por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima; lo que pone en evidencia que los consejeros Paz de la Barra, Guzmán Díaz y García Núñez no cuentan con otros argumentos para acordar su no nombramiento como Fiscal Supremo.

20. A este respecto, este Tribunal aprecia que el fallo de su sentencia estimatoria de fecha 16 de enero de 2012, dispuso lo siguiente:

> "1. Declarar FUNDADA la demanda al haberse acreditado la violación de los derechos al debido proceso y a la motivación de las resoluciones previstos por los incisos 3) y 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, y en consecuencia,
>
> 2. Declarar NULO el Acuerdo N.° 0176-2011 adoptado, por mayoría, por el Consejo Nacional de la Magistratura y contenido en el Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria de fechas 27 y 28 de enero de 2011.
>
> 3. Ordenar al Consejo Nacional de la Magistratura emitir un nuevo acuerdo debidamente motivado lo que supone, evidentemente, que sus miembros previamente vuelvan a votar su decisión, conforme a lo expuesto en el Fundamento N.° 61, supra".

21. Por su parte, en cumplimiento de lo ordenado en esta sentencia, el Consejo Nacional de la Magistratura emitió el Acuerdo N.° 766-2012, de fecha 8 de junio de 2012, en el que los consejeros Paz de la Barra y Guzmán Díaz manifestaron su decisión de no nombrar al recurrente en el cargo para el cual postula, bajo el siguiente argumento:

> "(el postulante) no cuenta con el perfil de Fiscal Supremo de trayectoria personal éticamente irreprochable, en razón de no haber actuado con ética al tratar de justificar su omisión incurrida en no haber consignado en sus Declaraciones Juradas la adquisición de un inmueble en Estados Unidos de Norteamérica efectuada por su cónyuge".

Asimismo, respecto a lo resuelto por la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial (OCMA) en relación a este cuestionamiento, expresaron:

> "(…) con relación a esta Resolución de Primera Instancia de la OCMA, debo opinar que esta Resolución adolece de un gravísimo desconocimiento de la institución Jurídica de Derecho Civil denominado: Fenecimiento de la Sociedad de Gananciales, ya que el Magistrado Investigador de la OCMA Carlos Santillán Tuesta considera que con un documento privado con firma legalizada denominado 'Acuerdo Mutuo de Separación Convencional', resulta suficiente para poner fin a un Régimen Patrimonial de Sociedad de Gananciales (…) situación irregular que debe ponerse en conocimiento del Jefe de la OCMA, y de la Fiscalía de Control Interno del Ministerio Público".

22. En vía de ejecución de sentencia, el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, mediante Resolución N.° 11 de fecha 14 de agosto de 2012, declaró nulo el acuerdo mencionado en el párrafo anterior, por considerar que el Consejo no había dado cabal cumplimiento a la sentencia del Tribunal Constitucional, al tratarse de un cumplimiento simplemente aparente de la misma.

23. No obstante ello, y tal como se afirmó antes, los consejeros antes mencionados, a través del

Acuerdo 1614-2012, de fecha 29 de noviembre de 2012, se limitaron a reproducir los mismos argumentos que habían sido declarados inconstitucionales por el juez de ejecución, al expresar que el postulante:

> "no cuenta con el perfil de Fiscal Supremo de trayectoria personal éticamente irreprochable, en razón de que no ha actuado con ética al tratar de justificar su omisión incurrida en no haber consignado en sus Declaraciones Juradas la adquisición de un inmueble en Estados Unidos de Norteamérica efectuado por su cónyuge".

Y en relación a lo resuelto por la OCMA:

> "con relación a esta Resolución de Primera Instancia de la OCMA, debo opinar que esta Resolución adolece de un gravísimo desconocimiento de la institución Jurídica de Derecho Civil denominado: Fenecimiento de la Sociedad de Gananciales, ya que el Magistrado Investigador de la OCMA Carlos Santillán Tuesta considera que con un documento privado con firma legalizada denominado 'Acuerdo Mutuo de Separación Convencional', resulta suficiente para poner fin a un Régimen Patrimonial de Sociedad de Gananciales (…) situación irregular que debe ponerse en conocimiento del Jefe de la OCMA, y de la Fiscalía de Control Interno del Ministerio Público".

24. En consecuencia, para este Tribunal se encuentra suficientemente acreditada la renuencia del órgano demandado en cumplir la sentencia constitucional de fecha 16 de enero de 2012, y la resolución expedida en vía de ejecución por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, N.° 11 de fecha 14 de agosto de 2012, lo que demuestra a su vez una conducta inaceptable que desafía la autoridad de este Colegiado como supremo y definitivo intérprete de la Constitución (artículo 1° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), e instancia final en los procesos de tutela de derechos como el proceso de amparo (artículo 202° inciso 2 de la Constitución).

25. En dicho contexto, el Tribunal Constitucional estima que resulta de imperiosa necesidad evaluar la pertinencia de expedir, en aplicación del artículo 59° del Código Procesal Constitucional, una sentencia ampliatoria que resuelva definitivamente la controversia en la ejecución de la STC N.° 03891-2011-PA/TC, toda vez que ha quedado demostrado que devolver los autos para que el Consejo demandado emita una nueva resolución acorde a Derecho no sólo sería inoficioso, sino además, incompatible con el fin de satisfacción pronta y oportuna de los derechos fundamentales del recurrente que reclama el caso sub *litis*.

26. En ese orden de ideas, el Tribunal valora que, habiendo pasado ya más de un año desde que fuera expedida la sentencia constitucional de autos, y poco más de catorce meses desde la fecha de interposición de la demanda de la cual ella trae origen, nada estaría más alejado de los principios de economía procesal y tutela efectiva de los derechos fundamentales (artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), que optar por brindar una nueva e inoficiosa oportunidad al Consejo demandado (*rectius*, a los consejeros Paz de la Barra, Guzmán Díaz y García Núñez) para que emita una nueva decisión en torno a la postulación del demandante, cuyo resultado inconstitucional, vistas las actuales circunstancias, resulta del todo previsible.

27. De otro lado, en tanto el demandante solicita que el Tribunal Constitucional lo nombre fiscal supremo, corresponde expresar que ello no solo no constituye una competencia que pueda ser ejercida por este Colegiado, sino también que en materia de protección de derechos fundamentales, sus sentencias tienen efectos restitutorios y no constitutivos.

28. No obstante ello, corresponde a este Tribunal Constitucional ordenar al Consejo Nacional de la Magistratura que proceda a nombrar al recurrente o a don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, en el concurso convocado por esa entidad el año 2010 en la plaza aún vacante de fiscal supremo.

29. Sin perjuicio de lo expuesto, este Tribunal estima del todo pertinente aclarar que la orden emanada de esta resolución de ejecución, en modo alguno supone una interferencia en las competencias constitucionales que pertenecen al Consejo Nacional de la Magistratura, y que este Colegiado no pone en ningún momento en cuestión. Antes bien, estima que la decisión aquí adoptada obedece a que las sentencias del Tribunal Constitucional obligan a todos los poderes públicos (artículo 82° del Código Procesal Constitucional), mandato del cual deriva la proscripción de situaciones de renuencia al cumplimiento de las mismas, que es lo que ha quedado acreditado en el caso de autos.

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación por salto presentado por la parte demandante; en consecuencia,

2. Reponiéndose las cosas al estado anterior de la vulneración de los derechos invocados, y en aplicación del artículo 59° del Código Procesal Constitucional, ordena al Consejo Nacional de la Magistratura, proceder a nombrar, entre los postulantes que quedan en carrera, esto es, don César José Hinostroza Pariachi o don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, a aquel que corresponda desempeñarse como Fiscal Supremo, conforme a las bases y reglamentos vigentes al momento de realizarse la convocatoria para dicha plaza.

3. Declarar **INFUNDADO** en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.° 01034-2013-PA/TC
LIMA
CESAR JOSE HINOSTROZA PARIACHI

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI**

Emito el presente fundamento de voto bajo las siguientes consideraciones:

**Petitorio**

1. En el presente caso llega a esta sede los recursos de apelación por salto interpuesto tanto por demandante, señor Hinostroza Pariachi como por el Procurador Publico del Consejo Nacional de la Magistratura, a favor de la ejecución de la STC N° 03891-2011-PA/TC, emitida por este Colegiado.

**Antecedentes**

2. Para resolver los recursos de apelación por salto es necesario conocer el iter procesal del caso a efectos de verificar si efectivamente se ha incumplido el mandato de este Colegiado:

   a) Con fecha 13 de mayo de 2011 el recurrente interpuso demanda de amparo contra el Consejo Nacional de la Magistratura con la finalidad de que se declare la nulidad del Acuerdo N° 0176-2011 adoptado, por mayoría, por los consejeros del precitado órgano y contenido en el Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria de fechas 27 y 28 de enero de 2011, en el que se decidió no nombrarlo en el cargo de Fiscal Supremo para el que estaba postulando, pese haber ocupado el primer puesto del cuadro de merito.

   b) Llegado el recurso de agravio constitucional, el Tribunal Constitucional, en instancia final, con fecha 16 de enero de 2012, emita la STC N° 03891-2011-PA/TC, declarando fundada la demanda, considerando que el acto lesivo cuestionado efectivamente sí había vulnerado los derechos invocados por el actor, declarando en consecuencia la nulidad del Acuerdo N° 176-2011, ordenando al CNM emitir nuevo acuerdo debidamente motivado, debiendo sus miembros volver a votar su decisión de conformidad con el artículo 154°.1 de la Constitución, el segundo párrafo del artículo 33° de la Ley N° 29277 de la Carrera Judicial y el artículo 53° del Reglamento de Concursos para el Acceso Abierto en la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales, aprobado mediante Resolución N° 281-2010-CNM. Cabe expresar que en el caso de autos tuve un fundamento de voto en el que expresé que la demanda debe ser estimada señalando expresamente las causas de mi decisión.

   c) En etapa de ejecución el actor solicita al juez de ejecución, Juez del Quinto Juzgado Constitucional de Lima, que se dé cumplimiento a la sentencia del Tribunal Constitucional. Es así que mediante Resolución N° 05, de fecha 22 de mayo de 2012, se resolvió notificar al CNM para que en el término de dos días cumpla con lo ordenado en la sentencia del Tribunal Constitucional. El Procurador del CNM con fecha 26 de junio de 2012, pone en conocimiento al Juzgado de ejecución que la entidad emplazada, en presunto cumplimiento, emite el Acuerdo N° 766-2012, contenido en el Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria del CNM de fecha 08 de junio de 2012, resolvió *"declarar desierto el concurso para la plaza de Fiscal Supremo, al no haber alcanzado los doctores Cesar Hinostroza Pariachi [y otro] el número de votos requeridos por el artículo 154 inciso 1 de la Constitución Política para ser nombrados"*.

   d) Con fecha 10 de julio de 2012 el recurrente interpone una solicitud de represión de acto lesivo homogéneo, con el objeto de que se declare nulo el Acuerdo N° 766-2012 y se disponga una

nueva votación en la que se respete sus derechos fundamentales.

e) Mediante Resolución N° 10, de fecha 10 de agosto de 2012, el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, declara improcedente dicho pedido, expresando que si bien la entidad emplazada ha informado dar presunto cumplimiento a lo ordenado por el juzgado, *"tal hecho todavía no ha sido avalado por esta judicatura y menos se ha declarado la conclusión del proceso …* aún mas, el propio actor (…) señala que el CNM no ha dado cumplimiento a lo ordenado por el TC". Dicha resolución es confirmada por la Primera Sala Especializada en lo Civil de Lima.

f) Con fecha 1 de agosto de 2012 el recurrente solicita al juzgado que requiera al CNM para que cumpla la sentencia constitucional *"en sus propios términos".*

g) Con fecha 14 de agosto de 2012 el juzgado de ejecución emite la Resolución N° 11, declarando la nulidad de la Sesión N° 2202, de fecha 08 de junio de 2012, emitida por el CNM en el extremo que decide no nombrar al actor en el cargo de Fiscal Supremo y en consecuencia dispone *que los Consejeros del CNM vuelvan a emitir nuevo pronunciamiento, sujetándose de manera estricta a lo dispuesto por el TC en su sentencia de fecha 06 de enero de 2012, aclarada mediante Resolución de fecha 16 de abril del mismo año.*

h) En tal sentido se aprecia que el juez de ejecución consideró que el ente emplazado –CNM– no cumplió con lo dispuesto por este Tribunal, disponiendo nuevamente la emisión de nueva resolución.

i) El Procurador Publico del CNM interpone recurso de apelación contra la citada resolución. Asimismo el actor requiere el cumplimiento de la misma resolución, bajo apercibimiento de ordenarse la destitución de los miembros del CNM.

j) Mediante Resolución N° 21 de fecha 19 de noviembre de 2012, el juez de ejecución dispuso que *"los Consejeros del CNM vuelvan a emitir nuevo pronunciamiento, sujetándose de manera estricta a lo dispuesto por el TC en su sentencia de fecha 16 de enero de 2012, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de multa ascendente a 10 URP en caso de incumplimiento"*

k) Nuevamente el CNM, en presunto cumplimiento de lo ordenado, emite el Acuerdo N° 1614-2012, contenido en el Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria del CNM de fecha 29 de noviembre de 2012, resolviendo "No nombrar al señor Cesar Hinostroza Pariachi, como FISCAL SUPREMO DEL MINISTERIO PUBLICO, al no haber alcanzado el voto conforme de los dos tercios del numero legal de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, de conformidad con el artículo 154 inciso 1 de la Constitución Política".

l) Contra esta resolución el recurrente interpone nuevo pedido de represión de acto homogéneo, considerando que el CNM reproduce el agravio sancionado por el Tribunal Constitucional.

m) Tal pedido es resuelto por Resolución N° 30, de fecha 8 de enero de 2013, considerando que si bien el ente demandado ha presentado un escrito expresando que presuntamente cumple con el mandato judicial dispuesto, el juzgado de ejecución aun *no ha sido avalado por esta judicatura y menos se ha declarado la conclusión del proceso, por lo que no se cumple uno de los presupuestos para el trámite de la represión de actos homogéneos … es más, el propio actor (…) señala que el CNM no ha dado cumplimiento a lo ordenado por el TC … lo que será evaluado oportunamente a fin de aplicar, de ser el caso, lo dispuesto en los artículos 22° y 59° del Código Procesal Constitucional.*

n) Con fecha 7 de enero de 2013 el recurrente solicita al Juzgado que declare la nulidad del Acuerdo N° 1614-2012 y dicte una sentencia ampliatoria en aplicación del artículo 59° del Código Procesal Constitucional, solicitando se sustituya la renuencia del órgano demandado a cumplir la sentencia del Tribunal Constitucional.

o) Ante los pedidos de conclusión del proceso y destitución solicitado por la entidad demandada y de sentencia ampliatoria solicitada por el actor, el juez del Quinto Juzgado Constitucional de Lima, mediante Resolución N° 34, de fecha 21 de enero de 2013, resuelve declarar improcedente el pedido de archivamiento, nula la Sesión N° 2301 del CNM de fecha 29 de noviembre de 2012, en el extremo que decide no nombrar al actor en el cargo de Fiscal Supremo, y ordena nuevamente que *"los Consejeros del CNM vuelvan a emitir un nuevo pronunciamiento, sujetándose de*

*manera estricta a lo dispuesto por el TC en su sentencia de fecha 16 de enero de 2012, lo ordenado en la resolución 11, la resolución de la Sala Superior y la presente resolución"*, y resolvió la improcedencia de los pedidos de sentencia ampliatoria y de destitución, y fijó algunas pautas para que la emplazada cumpla cabalmente con la sentencia constitucional.

p) Contra esta resolución el actor interpone recurso de apelación por salto con fecha 28 de enero de 2013, en el extremo que declara improcedente la solicitud de sentencia ampliatoria, argumentando para ello que no puede otorgarse a la entidad emplazada una tercera oportunidad para realizar la evaluación de su postulación, puesto que se evidencia la renuencia de este ente. Por su parte el Procurador del CNM interpone recurso de apelación por salto contra la misma resolución en el extremo que declara la nulidad de la Sesión N° 2301 emitida por el CNM y se ordena nuevo pronunciamiento, argumentando para ello que lo que se pretende ejecutar no es la sentencia del Tribunal Constitucional sino las pautas dictadas por el despacho del juez de ejecución.

q) Es así que ambos recursos de apelación por salto llegan a esta sede a fin de que este Colegiado se pronuncie al respecto.

**Respecto al Recurso de apelación por salto interpuesto por el Procurador del CNM**

3. El Procurador Publico del CNM interpone recurso de apelación por salto contra la Resolución N° 34, de fecha 21 de enero de 2013, en el extremo que declara la nulidad de la Sesión N° 2301 y dispone al CNM la emisión de nueva decisión.

4. Al respecto cabe expresar que el recurso de apelación por salto, recurso desarrollado en la STC N° 0004-2009-PA/TC, tiene singularidades y supuestos expresados en la citada resolución. Es así que este Colegiado ha expresado que:

> *"La solución a los problemas de la falta de ejecución de sentencias constitucionales y al de su ejecución defectuosa o desnaturalización debe partir, a juicio de este Tribunal, por exonerar a las Salas Superiores del Poder Judicial de conocer el recurso de apelación interpuesto contra la resolución del juez de ejecución que declara actuado, ejecutado o cumplido el mandato de la sentencia de este Tribunal, o que declara fundada la contradicción u observación propuesta por el obligado. Ello se justifica en la optimización del derecho a la efectiva ejecución de lo resuelto, específicamente, por el Tribunal Constitucional, y porque el trámite en las salas superiores, en vez de contribuir con la realización efectiva del mandato de las sentencias de este Tribunal, genera dilaciones indebidas y resoluciones denegatorias que, en la mayoría de casos, terminan siendo controladas y corregidas por este Colegiado.*
>
> *Por esta razón, teniendo presente los derechos fundamentales afectados por la inejecución, ejecución defectuosa o desnaturalización de una sentencia constitucional y atendiendo a lo dispuesto por el artículo III del Título Preliminar del CPConst., según el cual el Tribunal Constitucional tienen el deber de adecuar la exigencia de las formalidades para el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales, el recurso de apelación interpuesto contra las resoluciones del juez de ejecución será conocido por el Tribunal Constitucional. En efecto, este recurso será conocido por salto, lo cual origina que la denominación propuesta en la RTC 00168-2007-Q/TC sea variada por la de "recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional". Igualmente, debe precisarse que contra la resolución que deniega la concesión del recurso mencionado procede el recurso de queja previsto en el artículo 401° del Código Procesal Civil.*
>
> *Finalmente, debe precisarse que el recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional no procede cuando: a) el cumplimiento de la sentencia comporte un debate sobre la cuantificación del monto de la pensión de cesantía o jubilación, o de los devengados, o de los reintegros, o de los intereses, o de las costas o de los costos; b) el mandato de la sentencia constitucional cuya ejecución se pretende establece en forma clara y expresa que es de cumplimiento progresivo; y c) cuando el propio recurrente decide que la correcta ejecución del mandato de la sentencia constitucional se controle a través del amparo contra amparo. En estos casos el proceso de ejecución de la sentencia constitucional sigue su trámite en las dos instancias del Poder Judicial y contra la resolución denegatoria de segundo grado procede el recurso de agravio constitucional interpuesto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional previsto en la RTC 00168-2007-Q/TC, salvo en el supuesto b), supra."*

5. En tal sentido se advierte que el recurso de apelación por salto está principalmente dirigido al demandante ganador que reclama la inejecución o ejecución defectuosa de una decisión emitida por el máximo órgano de la justicia constitucional, buscando la ejecución en los términos expuestos en la resolución judicial final. En el presente caso el que interpone recurso de apelación por salto es el Procurador del CNM, es decir es propiamente el encargado de la defensa del emplazado quien interpone el recurso de apelación por salto buscando se deje sin efecto la declaratoria de nulidad de la Sesión N° 2301, dispuesta por el juez de ejecución. En tal sentido considero que el recurso de apelación por salto no cumple con los requisitos establecidos en la sentencia del Tribunal Constitucional, puesto que no es el demandante ganador que busca le ejecución de la decisión judicial sino el demandado perdedor quien considera que cuestiona la decisión judicial del juez ejecutor, razón por la que el recurso debe ser desestimado.

**Respecto del recurso de apelación por salto interpuesto por el demandante Hinostroza Pariachi**

6. Conforme lo expresado en los antecedentes del caso este Colegiado advierte que el recurrente solicita se aplique la figura de la sentencia ampliatoria, debiéndose emitir una decisión que de por terminado el presente proceso constitucional, solicitando que el juez constitucional se sustituya al órgano emplazado en razón de que ha mostrado clara muestras de renuencia a ejecutar la decisión judicial.

7. Así se observa que este Tribunal se pronunció sobre la pretensión propuesta por el actor en la STC N° 03891-2011-PA/TC, disponiendo que el CNM emita nueva resolución debidamente motivada. En ejecución de sentencia el juez de ejecución dispone que la entidad emplazada emita nueva resolución debidamente motivada, emitiendo dicha resolución hasta en dos oportunidades, por considerar que la entidad emplazada no cumplió la decisión judicial en sus términos. Ante la presunta renuencia del ente emplazado para cumplir lo dispuesto por este Tribunal el actor solicita el pedido de sentencia ampliatoria con el objeto de que el juez constitucional se sustituya al ente emplazado y lo nombre como Fiscal Supremo.

8. De autos se observa que el CNM en presunto cumplimiento de lo dispuesto por este Tribunal emitió, en una primera oportunidad el Acuerdo N° 766-2012, contenido en el Acta de Sesión de fecha 08 de junio de 2012. En dicha resolución se evidencia que los consejeros reproducen los mismos fundamentos que expusieron en la sesión 2202, la que había sido anulada por el juez de ejecución mediante Resolución N° 11, de fecha 14 de agosto de 2012. Posteriormente nuevamente el juez de ejecución vuelve a declarar la nulidad, disponiendo que emita nueva resolución que exprese otros argumentos que sustente la decisión. Sin embargo nuevamente el ente emplazado emite el Acuerdo N° 1614-2012, contenido en el Acta de Sesión Plenaria de fecha 29 de noviembre de 2012, en el que los consejeros, respecto los cuales se cuestionó la motivación de sus votos, reproducen sus mismos argumentos. Por ende considero acertada la decisión del juez de ejecución, puesto que válida y legítimamente considera que el ente emplazado no ha cumplido con ejecutar la decisión de este Colegiado en sus términos, disponiendo emita nueva resolución debidamente motivada con argumentos objetivos.

9. Debo expresar que considero que efectivamente el CNM no ha cumplido con emitir una resolución que contenga argumentos distintos a los ya rechazados por este Colegiado en vez anterior, observándose que –de manera renuente– los demandados vuelven a reproducir los mismos argumentos, lo que implica que este Colegiado rechace dichos fundamentos.

10. Asimismo cabe expresar que rechazo el proyecto en mayoría en lo referido a la mención del señor Castañeda Segovia, puesto que, primero, éste no es parte del presente proceso, y segundo, en causa anterior consideré –expresándolo en mi voto singular– que el citado señor no cumplía con los requisitos exigidos en la ley. Por ello considero que si bien el CNM debe pronunciarse emitiendo nueva resolución, en ésta sólo deberá pronunciarse por el recurrente.

Mi voto es porque se declare **FUNDADO** el recurso de apelacion por salto interpuesto por el actor, y en consecuencia disponer que el CNM emita nueva resolucion debidamente motivada respecto de la postulacion del señor Hinostroza Pariachi, basandose solo en razones objetivas. Declarar **INFUNDADA** lo demas que contiene.

**S.**
**VERGARA GOTELLI**

EXP. N.° 01034-2013-PA/TC
LIMA
CESAR JOSE HINOSTROZA PARIACHI

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ETO CRUZ**

Concuerdo con los fundamentos y el fallo de la sentencia emitida, pero deseo ahora agregar las siguientes consideraciones a modo de fundamento de voto:

1. Como se recuerda, con fecha 13 de mayo de 2011, el recurrente interpuso demanda de amparo contra el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), solicitando que se declare la nulidad del Acuerdo N.° 176-2011, que resolvió no nombrarlo Fiscal Supremo pese a que ocupó el primer puesto del cuadro de méritos; invocando la afectación de sus derechos al debido proceso y a la motivación de los actos administrativos.

2. Mediante STC N ° 03891-2011-PA/TC, de fecha 16 de enero de 2012, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, luego de considerar que el acto lesivo cuestionado había vulnerado los derechos del actor al debido proceso, a la motivación de las resoluciones, de acceso a la función pública y a la presunción de inocencia; y en consecuencia, nulo el Acuerdo N.° 176-2011, ordenando al CNM emitir un nuevo acuerdo debidamente motivado. Y así, en cumplimiento de esta sentencia, el CNM, mediante Acuerdo N.° 766-2012, de fecha 08 de junio de 2012, resolvió declarar desierto el concurso para la plaza de Fiscal Supremo.

3. Posteriormente, con fecha 01 de agosto de 2012, el recurrente solicitó al Juzgado requerir al CNM para que cumpla la sentencia constitucional "en sus propios términos", en respuesta a lo cual, mediante Resolución N.° 11, de fecha 14 de agosto de 2012, el juez de ejecución resolvió declarar nulo el Acuerdo N.° 766-2012, en el extremo que decide no nombrar al actor en el cargo de Fiscal Supremo; ordenando emitir nuevo pronunciamiento sujetándose a la sentencia del TC.

4. En cumplimiento de este auto, inediante Acuerdo N.° 1614-2012, de fecha 29 de noviembre de 2012, el CNM resolvió no nombrar al actor como Fiscal Supremo. Sin embargo, el juez de ejecución, mediante Resolución N.° 34, del 21 de enero de 2013, declaró nulo este Acuerdo (en el extremo que decide no nombrar al actor en el cargo de Fiscal Supremo), ordenando nuevo pronunciamiento sujetándose a la sentencia del TC y las resoluciones de ejecución; improcedente el pedido de sentencia ampliatorio del demandante y la sanción de destitución; y fijó algunas pautas para el cumplimiento cabal de la sentencia del TC.

5. Es en este contexto que, con fecha 28 de enero de 2013, el actor interpuso recurso de apelación por salto contra la Resolución N.° 34, en el extremo en que declara improcedente su solicitud de sentencia ampliatorio, sosteniendo que era inviable otorgar al CNM una tercera oportunidad para realizar la evaluación de su postulación bajo criterios objetivos, al ser manifiesta su conducta renuente a cumplir la sentencia del TC. Lo propio hizo el Procurador del CNM, con fecha 30 de enero de 2013, respecto al extremo en que la referida resolución declaró nulo el Acuerdo N.° 1614-2012 y ordenó nuevo pronunciamiento, argumentando que el Juzgado estaba desnaturalizando la ejecución de la sentencia del TC.

6. En tal sentido, considero que no hay mayor controversia en admitir, como lo hace el Juzgado en su Resolución N.° 34, que el nuevo Acuerdo del CNM fue declarado nulo porque los consejeros Paz de la Barra y Guzmán Díaz, lejos de cumplir el mandato contenido en la Resolución N.° 11 (de ejecución), repitieron los mismos argumentos que habían sido declarados inconstitucionales por el Juzgado en dicha resolución ejecutoria, razón por la cual, en lo que a esto concierne, corresponde desestimar el recurso de apelación por salto planteado por el Procurador del CNM.

7. Por su parte, en su recurso de apelación por salto, el demandante ha solicitado que el Tribunal Constitucional dicte una sentencia ampliatorio que, en vía de ejecución, ordene a la emplazada su nombramiento definitivo como Fiscal Supremo en el marco de la convocatoria N.° 002-2010—SN/VCNM; todo ello, por considerar que el CNM no ha podido en dos oportunidades fundamentar, de acuerdo a la Constitución, las razones por las cuales no lo eligió Fiscal Supremo, pese a haber ocupado el primer puesto en el cuadro de méritos, incumpliendo así de forma reiterada la sentencia proferida por este Colegiado.

8. Y, en efecto, esto ha sido así: tanto del recuento de hechos antes aludido, así como de lo que obra en el expediente de autos, considero que se encuentra absolutamente acreditado que el CNM se ha mostrado renuente a cumplir en sus propios términos la sentencia del TC en el caso del actor, pues ha reproducido mismos los fundamentos ya invalidados por este Colegiado en su sentencia constitucional, e igualmente declarados ilegítimos por la Resolución N.°

11 expedida en vía de ejecución por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima; lo que revela que los consejeros Paz de la Barra, Guzmán Díaz y García Núñez no cuentan con otros argumentos para acordar el no nombramiento del actor como Fiscal Supremo, limitándose, como lo han hecho, a reproducir los mismos argumentos que habían sido invalidados por el juez de ejecución.

9. En tal perspectiva, y si bien concuerdo con el fallo de la sentencia en el sentido de ordenar al CNM a nombrar, entre los postulantes que quedan en carrera (señores César José Hinostroza Pariachi y Mateo Gnmaldo Castañeda Segovia), a quién deberá desempeñarse como Fiscal Supremo en el marco de la Convocatoria N.° 002-2010— SN/VCNM; también debo dejar constancia de mi absoluta convicción de que en autos ha quedado acreditada la renuencia del CNM a cumplir, hasta en dos oportunidades, la STC N.° 03891-2011-PA/TC respecto al postulante César José Hinostroza Pariachi; situación de renuencia ésta que no necesariamente es la misma en el Exp. N.° 01034- 2013-PA/TC, referido al postulante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia y al cumplimiento de la STC N.° 04944-2011-PA/TC.

10. Razones éstas, todas las cuales, me llevan a afirmar que **el candidato Hinostroza Pariachi, al haber ocupado el primer puesto en el marco de la Convocatoria N.° 002-2010—SN/VCNM, y estando probado en su expediente de ejecución que el CNM se ha mostrado totalmente renuente a cumplir la sentencia de autos, goza de un derecho preferente para ser nombrado Fiscal Supremo en ejecución de la STC N.° 03891-2011-PA/TC;** derecho éste que deberá ser necesariamente observado por la entidad demandada en dicha etapa procesal

**Sr.**
**ETO CRUZ**

EXP. N.° 01034-2013-PA/TC
LIMA
CESAR JOSE HINOSTROZA PARIACHI

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI**

Sin perjuicio del respeto que me merecen mis colegas magistrados del Pleno del Tribunal Constitucional, formulo el presente voto singular cuyas razones principales expongo a continuación:
Cuestión previa

1. Vienen a conocimiento del Tribunal Constitucional los recursos de apelación por salto a favor de la ejecución de la STC N.° 03891-2011-PA/TC, interpuestos por don César José Hinostroza Pariachi, de fecha 28 de enero de 2013, y por el Procurador Público del Consejo Nacional de la Magistratura, de fecha 30 de enero del mismo año; contra la Resolución N.° 34, de fecha 21 de enero de 2013, obrante a fojas 906 del Tomo II, expedida por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, que declaró improcedente el pedido de conclusión del proceso, nula la Sesión N.° 2301 del Consejo Nacional de la Magistratura de fecha 29 de noviembre de 2012, ordenando que los consejeros vuelvan a emitir nuevo pronunciamiento; improcedente los pedidos de sentencia ampliatoria y de destitución; y fijó pautas para que la emplazada cumpla cabalmente con la sentencia constitucional.

**Demanda y sentencia del Tribunal Constitucional**

2. Con fecha **13 de mayo de 2011**, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), solicitando que se declare la nulidad del **Acuerdo N.º 176-2011**, adoptado por mayoría y contenido en el Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria de fechas 27 y 28 de enero de 2011, que resolvió no nombrarlo Fiscal Supremo pese a que ocupó el primer puesto del cuadro de méritos; invocando la afectación de sus derechos al debido proceso y a la motivación de los actos administrativos [f. 100, tomo I].

3. Mediante **STC N.º 03891-2011-PA/TC**, de fecha **16 de enero de 2012**, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, considerando que el acto lesivo cuestionado había vulnerado los derechos del actor al debido proceso y a la motivación de las resoluciones; y en consecuencia, nulo el Acuerdo N.° 176-2011, ordenando al CNM emitir un nuevo acuerdo debidamente motivado, y a sus miembros, volver a votar su decisión "*de conformidad con lo dispuesto por el artículo 154° 1 de la Constitución, el segundo párrafo del artículo 33° de la Ley N.° 29277 de la Carrera Judicial y el artículo 53° del Reglamento de Concursos para el Acceso Abierto en la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales aprobado mediante Resolución N.° 281-2010-CNM*" [fundamento 61]. Cabe señalar que en los fundamentos de esta sentencia también se declaró vulnerados los derechos de acceso a la función pública y a la presunción de inocencia.

4. A su vez, mediante resolución aclaratoria de fecha 16 de abril de 2012, el Tribunal

precisó que *"independientemente de que haya dos nuevos consejeros, es dicho* **órgano constitucional (CNM) con sus actuales integrantes el que debe proceder a emitir un nuevo acuerdo, debiendo todos sus miembros actuales, previamente, votar su decisión**"; y respecto a la realización previa de una entrevista personal al recurrente antes de la votación, que era el CNM y no el Tribunal Constitucional "*el que deberá definir de qué manera procede*".

**Etapa de ejecución de sentencia**

5. Mediante Resolución N.° 05, de fecha 22 de mayo de 2012, el Quinto Juzgado Constitucional de Lima resolvió notificar al CNM para que en el término de dos días cumpla con lo ordenado en la sentencia del Tribunal Constitucional [f. 339, tomo I]. Y mediante Resolución N.° 06, del 25 de junio, ordenó a la emplazada informar las acciones tomadas para cumplir con la sentencia constitucional [f. 351, tomo I].

6. En cumplimiento de ésta, la entidad emplazada, mediante **Acuerdo N.º 766-2012**, contenido en el Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria del CNM de fecha **08 de junio de 2012**, resolvió "*declarar desierto el concurso para la plaza de Fiscal Supremo, al no haber alcanzado los doctores César Hinostroza Pariachi [y otro] el número de votos requeridos por el artículo 154 inciso 1 de la Constitución Política para ser nombrados*" [f. 356, tomo I]; lo que fue puesto en conocimiento del Juzgado Constitucional por el Procurador del CNM con fecha 26 de junio de 2012 [f. 366, tomo I], y admitido por dicho Juzgado a través de la Resolución N.° 07, del 11 de julio de 2012, que declaró "*téngase por cumplido el mandato contenido en la resolución número seis*" [f. 368, tomo I].

**Primer pedido de represión de acto lesivo homogéneo**

7. Con fecha **10 de julio de 2012**, el recurrente promueve una primera solicitud de represión de acto lesivo homogéneo, pidiendo que se declare nulo el Acuerdo N.° 766-2012 y se disponga una nueva votación en la que se respete sus derechos fundamentales [f. 409, tomo I].

8. Sin embargo, mediante **Resolución N.º 10**, de fecha **10 de agosto de 2012**, el Quinto Juzgado Constitucional de Lima declaró improcedente dicho pedido, pues si bien la emplazada había señalado dar cumplimento de la sentencia mediante el Acta del CNM de 08 de junio de 2012, *"tal hecho todavía no ha sido avalado por esta judicatura y menos se ha declarado la conclusión del proceso... aún más, el propio actor (...) señala que el CNM no ha dado cumplimiento a lo ordenado por el TC"* [f. 501, tomo I]. A su vez, la Primera Sala Especializada en lo Civil de Lima confirma la apelada, vía Resolución N.° 04, del 12 de octubre de 2012 [f. 699, tomo II].

**Requerimiento de ejecución de sentencia "en sus propios términos"**

9. Con fecha **01 de agosto de 2012**, el recurrente solicita al Quinto Juzgado Constitucional de Lima requerir al CNM para que cumpla la sentencia constitucional "en sus propios términos" [f. 509, tomo I].

10. En respuesta a este requerimiento, el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, mediante **Resolución N.º 11**, de fecha **14 de agosto de 2012**, resolvió declarar nula la sesión N.° 2202 del CNM del 08 de junio de 2012, en el extremo que decide no nombrar al actor en el cargo de Fiscal Supremo; y en consecuencia, *"ORDENA que los Consejeros del CNM vuelvan a emitir nuevo pronunciamiento, sujetándose de manera estricta a lo dispuesto por el TC en su sentencia de fecha 16 de enero de 2012, aclarada mediante resolución de fecha 16 de abril del mismo año"* [f. 530, tomo I].

11. Ante ello, con fecha 28 de agosto de 2012, el Procurador del CNM interpone recurso de apelación contra la Resolución N.° 11 [f. 582, tomo I], y la amplía por escrito de 28 de agosto del mismo año. Sin embargo, con fecha 6 de septiembre de 2012, el actor requiere el cumplimiento de esta misma resolución, bajo apercibimiento de ordenarse la destitución de los miembros del CNM [f. 603, tomo I].

12. Efectuado este nuevo requerimiento, el CNM, mediante Acuerdo N.° 1535-2012, contenido en el Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria del CNM de fecha 31 de octubre de 2012, resolvió *"reservar la votación del magistrado César Hinostroza Pariachi hasta que el CNM sea notificado con la resolución de requerimiento en el plazo de cinco días referente al postulante Mateo Castañeda Segovia, con la finalidad de que la votación de ambos magistrados se lleve a cabo en un solo acto"* [f. 633, tomo I]. Sin embargo, a través de la Resolución N.° 21, de fecha 19 de noviembre de 2012, el Quinto Juzgado Constitucional de Lima dispuso *"que los Consejeros del CNM vuelvan a emitir nuevo pronunciamiento, sujetándose de manera estricta a lo dispuesto por el TC en su sentencia de fecha 16 de enero de 2012, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de multa ascendente a 10 URP en caso de incumplimiento"* [f 645 tomo I].

13. Finalmente, mediante **Acuerdo N.º 1614-2012**, contenido en el Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria del CNM de fecha **29 de noviembre de 2012**, el CNM resolvió *"No nombrar al señor CÉSAR HINOSTROZA PARIACHI, como FISCAL SUPREMO DEL MINISTERIO PÚBLICO, al no haber alcanzado el voto conforme de los dos tercios del número legal de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, de conformidad con el artículo 154 inciso 1 de la Constitución Política"* [f. 672, tomo I]; lo que fue puesto en conocimiento del Juzgado por el Procurador del CNM, mediante escrito de fecha 14 de diciembre de 2012 [f. 678, tomo I].

**Segundo pedido de represión de acto lesivo homogéneo**

14. Ante este nuevo Acuerdo del CNM, el actor presenta una segunda solicitud de represión de acto homogéneo, con fecha **3 de enero de 2013** [f. 736, tomo II].

15. No obstante, con **Resolución N.º 30**, del **8 de enero de 2013**, el Quinto Juzgado Constitucional de Lima vuelve a declarar improcedente este nuevo pedido, por considerar que si bien la emplazada había dado cumplimiento de la sentencia adjuntando copia del Acta de fecha 29 de noviembre de 2012, *"sin embargo, tal hecho todavía no ha sido avalado por esta judicatura y menos se ha declarado la conclusión del proceso, por lo que no se cumple uno de los presupuestos para el trámite de la represión de actos homogéneos... es más, el propio actor (...) señala que el CNM no ha dado cumplimiento a lo ordenado por el TC... lo que será evaluado oportunamente a fin de aplicar, de ser el caso, lo dispuesto en los artículos 22° y 59° del Código Procesal Constitucional"* [f. 771, tomo II].

**Solicitud de emisión de sentencia ampliatoria**

16. Con fecha **7 de enero de 2013**, el recurrente solicita al Juzgado que declare la nulidad del Acuerdo N.° 1614-2012 y dicte una sentencia ampliatoria en aplicación del artículo 59° del Código Procesal Constitucional, sustituyendo la renuencia del órgano demandado a cumplir la sentencia del Tribunal Constitucional [f. 816, tomo II].

17. Finalmente, ante los pedidos de conclusión de proceso de la demandada y de destitución y sentencia ampliatoria del actor, el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, mediante **Resolución N.º 34**, de **21 de enero de 2013** [f. 906, tomo II] resuelve declarar improcedente el pedido de archivamiento, nula la sesión N.° 2301 del CNM de fecha 29 de noviembre de 2012, en el extremo que decide no nombrar al actor en el cargo de Fiscal Supremo, y ordena *"que los Consejeros del CNM vuelvan a emitir nuevo pronunciamiento, sujetándose de manera estricta a lo dispuesto por el TC en su sentencia de fecha 16 de enero de 2012, lo ordenado en la resolución 11, la resolución de la Sala Superior y la presente resolución"*; improcedente los pedidos de sentencia ampliatoria y de destitución; y fija algunas pautas para que la emplazada cumpla cabalmente con la sentencia constitucional.

**Recursos de apelación por salto a favor de la ejecución de la STC N.° 03891-2011-PA/TC**

18. Con fecha **28 de enero de 2013**, el actor interpone recurso de apelación por salto contra la Resolución N.° 34, en el extremo en que declara improcedente la solicitud de sentencia ampliatoria [f. 939, tomo II], sosteniendo la inviabilidad de otorgar a la demandada una tercera oportunidad para realizar la evaluación de su postulación bajo criterios objetivos, algo a lo que, a su entender, el CNM se ha mostrado renuente.

19. Por su parte, con fecha **30 de enero de 2013**, el Procurador del CNM interpone recurso de apelación por salto contra la Resolución N.° 34, en el extremo en que declara nula la sesión N.° 2301 y se ordena nuevo pronunciamiento [f. 1076, tomo II], alegando que a través de sus Resoluciones N.os 11 y 34 el Juzgado ha desnaturalizado la ejecución de la sentencia del Tribunal Constitucional, al exigir que dicho cumplimiento también se ajuste a las pautas dictadas por su despacho y a lo resuelto por la Sala Superior, apartándose de esta manera de sus atribuciones.

20. De conformidad con el artículo 139°, inciso 2 de la Constitución, toda persona sometida a un proceso judicial tiene derecho a que no se deje sin efecto aquellas resoluciones que han adquirido la autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución.

21. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha sostenido en reiterada jurisprudencia que este derecho garantiza al justiciable que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no sólo no puedan ser recurridas a través de medios impugnatorios –bien sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo legal para interponerlos– sino también que el contenido de las mismas no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, ya sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos

jurisdiccionales que resolvieron el caso [STC N.° 04587-2004-AA/TC, fundamento 38].

22. En el ámbito de los procesos constitucionales este derecho encuentra una configuración expresa en el artículo 22°, primer párrafo del Código Procesal Constitucional, el cual dispone que la sentencia que cause ejecutoria al interior de estos procesos "se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda".

23. La ejecución de las sentencias en sus propios términos, ha dicho el Tribunal en la STC N.° 01939-2011-PA/TC, constituye una garantía a favor de las partes procesales, esto es, "tanto para el ejecutante como para el ejecutado, puesto que les impide reabrir el debate ya finalizado y clausurado por la firmeza, así como modificar el derecho reconocido por sentencia firme a su capricho, alterando las condiciones en que fue delimitado [Carballo Piñeiro, Laura. *Ejecución de condenas de dar (tratamiento procesal adaptado a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil),* Barcelona, Bosch, 2001, p. 30]. En ese mismo sentido, ha reconocido que

> "[no] resulta admisible que los contenidos de una resolución estimatoria puedan ser reinterpretados en vía de ejecución y que incluso tal procedimiento se realice de forma contraria a los propios objetivos restitutorios que con su emisión se pretende. Producida una sentencia estimatoria, y determinado un resultado a partir de sus fundamentos, es indiscutible que no pueden, estos últimos, ser dirigidos contra la esencia de su petitorio, de manera tal que este termine por desvirtuarse" [STC N.° 01102-2000-AA/TC].

24. Así pues, con la finalidad de garantizar la eficacia de este derecho en el contexto de los procesos constitucionales, el Tribunal, en la STC N.° 0004-2009-PA/TC, publicada el 15 de noviembre de 2010, ha establecido que el recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional procede contra la resolución del juez de ejecución que declara actuado, ejecutado o cumplido el mandato de una sentencia del Tribunal Constitucional, o que declara fundada la contradicción u observación propuesta por el obligado; frente a supuestos de inejecución, ejecución defectuosa o desnaturalización de una sentencia constitucional.

25. De autos se desprende que la controversia consiste en determinar si, en fase de ejecución de sentencia, se ha desvirtuado lo decidido en la STC N.° 03891-2011-PA/TC, que declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por don César José Hinostroza Pariachi contra el CNM.

26. En tal sentido, y atendiendo a que ambas partes procesales han presentado dos recursos de apelación por salto con distintos contenidos y pretensiones, corresponde analizarlos por separado a fin de examinar los argumentos allí expuestos a partir de un triple canon: a) lo ordenado en la STC N.° 03891-2011-PA/TC; b) lo autorizado en la STC N.° 0004-2009-PA/TC; y c) lo exigido a partir del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la ejecución de las sentencias constitucionales (artículo 139° inciso 2 de la Constitución).

27. Dicho esto, y como paso previo, vale la pena destacar que la Resolución N.° 34, de 21 de enero de 2013, expedida en vía de ejecución por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, y cuestionada en distintos extremos por ambos recursos de apelación por salto, ha resuelto declarar lo siguiente:

    a) Improcedente el pedido de conclusión del proceso

    b) Nula la sesión N.° 2301 del CNM de fecha 29 de noviembre de 2012, en el extremo que decide no nombrar al actor en el cargo de Fiscal Supremo, y ordena *"que los Consejeros del CNM vuelvan a emitir nuevo pronunciamiento, sujetándose de manera estricta a lo dispuesto por el TC en su sentencia de fecha 16 de enero de 2012, lo ordenado en la resolución 11, la resolución de la Sala Superior y la presente resolución"*

    c) Improcedente los pedidos de sentencia ampliatoria y de destitución, y

    d) Fija algunas pautas para que la emplazada cumpla cabalmente con la sentencia constitucional.

**Recurso de apelación por salto presentado por el Procurador Público del Consejo Nacional de la Magistratura**

28. A fojas 1076 del Tomo II, obra el recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de la STC N.° 03891-2011-PA/TC planteado por el Procurador del CNM, de fecha 30 de enero de 2013, en el que cuestiona el extremo de la Resolución N.° 34 que declara nula la sesión N.° 2301 y ordena nuevo pronunciamiento. Al respecto, sostiene que el *juez a quo* se estaría tomando atribuciones

que no posee, pues el juez constitucional *"no puede atribuirse la facultad de señalar las pautas que los consejeros deberán tener presente al emitir su voto en cumplimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional, limitándose a vigilar que la autoridad haya cumplido con expresar los motivos adecuados al momento de tomar su decisión sin poder contradecirlos o modificarlos"*; y afirma que si bien *"el no nombramiento del demandante se sustenta en un hecho distinto al analizado por el Tribunal Constitucional"*, ello es acorde con la Constitución pues el artículo 154° de la Constitución *"establece la potestad discrecional del CNM para la selección y nombramiento de jueces y fiscales"*. En tal sentido, solicita que este Tribunal deje sin efecto la resolución apelada y disponga que el Juzgado expida otra en la que se dé por cumplido el mandato dispuesto en la sentencia constitucional.

29. La Resolución N.° 34, expedida en vía de ejecución por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, declaró improcedente el pedido de conclusión del proceso efectuado por el Procurador del CNM, y en consecuencia, nula la sesión N.° 2301 del CNM de fecha 29 de noviembre de 2012, en el extremo en que decide no nombrar al actor en el cargo de Fiscal Supremo y ordena un nuevo pronunciamiento por parte de la emplazada.

30. En concreto, el juez de ejecución consideró que, a diferencia del consejero García Núñez, sus colegas Paz de la Barra y Guzmán Díaz *"han reproducido de forma idéntica los fundamentos que expusieron en la sesión 2202, la cual fue anulada por el Juzgado mediante resolución 11, de fecha 14 de agosto de 2012"* [fundamento tercero]; por cuya razón, y en aras de garantizar una correcta ejecución de la sentencia constitucional y de no seguir dilatando esta etapa del proceso, fijó una serie de pautas a ser observadas por la emplazada en la nueva votación, cuales son: *"1. Podrán analizar un hecho posterior a la aprobación del cuadro de méritos, siempre y cuando los cuestionamientos que se haga al candidato Pariachi consten en su carpeta de postulación y hayan sido de su previo conocimiento a efectos de que ejerza su derecho de defensa. 2. Deberán definir qué entienden por 'conducta éticamente irreprochable'. 3. Deberán precisar cuál es el fundamento jurídico para restarle validez a un pronunciamiento emitido en un proceso disciplinario llevado ante OCMA o el archivo de una denuncia penal ante la Fiscalía"* [fundamento sexto].

31. Merituadas las pruebas documentales que obran en autos, puede constarse que, en efecto, los consejeros Paz de la Barra y Guzmán Díaz, lejos de cumplir el mandato contenido en la Resolución N.° 11, han repetido los mismos argumentos que fueron declarados inconstitucionales por el juzgado en dicha resolución ejecutoria, tal como se evidencia a continuación

    a) Inicialmente, mediante **Resolución N.º 11**, de fecha **14 de agosto de 2012**, el Quinto Juzgado Constitucional de Lima declaró nula la sesión N.° 2202 del CNM del **08 de junio de 2012**, y ordenó nuevo pronunciamiento de la emplazada, luego de valorar que la información periodística sobre la *compra de una segunda casa por parte de la esposa del actor* –que sustentó los votos de los consejeros García Núnez, Paz de la Barra y Guzmán Díaz– era un hecho cuyo conocimiento se había producido con posterioridad a la culminación del proceso de selección y de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, y respecto del cual la OCMA ya había archivado una investigación preliminar. En tal sentido, estimó que los mencionados consejeros no habían tenido en cuenta lo señalado en el artículo 22° del Reglamento de Concursos para el Acceso Abierto en la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales, ni lo dispuesto en el fundamento 59 de la sentencia constitucional materia de ejecución.

    b) En cumplimiento de esta decisión, el CNM emite el **Acuerdo N.º 1614-2012** contenido en el Acta de Sesión Plenaria del CNM de fecha **29 de noviembre de 2012**, con el que decide no nombrar al actor en el cargo de Fiscal Supremo. Sin embargo, de la lectura de este acuerdo, se aprecia que los consejeros Paz de la Barra y Guzmán Díaz basaron su decisión en fundamentos idénticos a los declarados inconstitucionales, en vía de ejecución, por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, tal como se demuestra enseguida:

| **Acuerdo N.º 766-2012**, contenido en el Acta de Sesión Plenaria del **08 de junio de 2012** (voto de los consejeros García Núnez, Paz de la Barra y Guzmán Díaz) | **Acuerdo N.º 1614-2012**, contenido en el Acta de Sesión Plenaria del **29 de noviembre de 2012** (voto de los consejeros Paz de la Barra y Guzmán Díaz) |
|---|---|
| Los consejeros afirmaron esta vez que el actor *"no cuenta con el perfil de Fiscal Supremo de trayectoria personal éticamente irreprochable, en razón de no haber actuado con ética al tratar de justificar su omisión incurrida en no haber consignado en sus Declaraciones Juradas la adquisición de un inmueble en Estados Unidos de Norteamérica efectuada por su cónyuge"* | Los consejeros vuelven a afirmar que el actor *"no cuenta con el perfil de Fiscal Supremo de trayectoria personal éticamente irreprochable, en razón de que no ha actuado con ética al tratar de justificar su omisión incurrida en no haber consignado en sus Declaraciones Juradas la adquisición de un inmueble en Estados Unidos de Norteamérica efectuado por su cónyuge"* |

c) Es por ello que, con entera razón, el juez de ejecución señala en su **Resolución N.º 34**, de fecha **21 de enero de 2013**, que los consejeros Paz de la Barra y Guzmán Díaz *"han reproducido de forma idéntica los fundamentos que expusieron en la sesión 2202, la cual fue anulada por el Juzgado mediante resolución 11, de fecha 14 de agosto de 2012"*.

32. De ahí que no queda duda que lo ordenado en la Resolución N.° 34, en vez de constituir una ejecución defectuosa o excesiva de la STC N.° 03891-2011-PA/TC (como lo sostiene la demandada), supone antes bien un mandato de ejecución plenamente acorde con el derecho fundamental a la ejecución de las resoluciones judiciales (artículo 139° inciso 2 de la Constitución), que pone remedio a una situación de abierta rebeldía o desacato por parte de la demandada a lo ordenado por el juez de ejecución en su Resolución N.° 11 y, por esa vía, a la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional.

33. De otro lado, se aprecia que lo argumentado y ordenado por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima en sus dos resoluciones (N.os 11 y 34) encuentra pleno respaldo en el fallo y la motivación de la STC N.° 03891-2011-PA/TC, y en esa medida, no tiene visos de inconstitucionalidad; toda vez que, como se verá a continuación, los Acuerdos N.os 766-2012 y 1614-2012 expedidos por el CNM han incumplido de modo manifiesto la sentencia constitucional, aunque no por la razón *formal* esgrimida por el juez ejecutor de que *se estaría cuestionando al actor por un hecho posterior al proceso de selección y a la sentencia del Tribunal Constitucional*, sino por la razón sustantiva de que ambos acuerdos se sustentan en *motivaciones que contradicen los parámetros constitucionales fijados en la STC N.° 03891-2011-PA/TC*. Y esto es así, si se tiene en cuenta que en dicha sentencia constitucional, este Tribunal declaró fundada la demanda de amparo al considerar vulnerados:

1.1 El derecho del actor al *debido proceso* y a la *motivación de las resoluciones*, previstos en los incisos 3 y 5 del artículo 139° de la Constitución [punto resolutivo N.° 1 de la sentencia]; por considerar

1.1.1 Respecto al cuestionamiento sobre la adquisición de un inmueble en los Estados Unidos de Norteamérica, que *"por lo menos desde el año 2005, para el Consejo Nacional de la Magistratura era un hecho conocido la existencia del inmueble (…) lo cual constituye un hecho lícito y amparado en la Norma Fundamental que garantiza el derecho de propiedad"*, por lo que *"sustentar el cuestionado acuerdo de no nombramiento en la adquisición del aludido inmueble constituye un hecho que atenta contra el derecho a la debida motivación"* [fundamento 35 de la sentencia].

1.1.2 Respecto al cuestionamiento de haber intervenido como abogado en el patrocinio de un ciudadano de nacionalidad china procesado por la presunta comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, que *"no sólo no representaba irregularidad alguna, en tanto el actor no tuvo participación en el posterior proceso penal en el que estuvo*

*involucrado el antes mencionado ciudadano chino, sino que además, se encontraba ejerciendo su derecho al libre ejercicio de la profesión que forma parte del contenido del derecho a la libertad de trabajo, reconocido en el artículo 2.15° de la Constitución"* [fundamento 38 de la sentencia].

Por todo ello, el Tribunal Constitucional determinó que el acuerdo cuestionado *"si bien ha sido emitido al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida, resulta arbitrario por cuanto carece de justificaciones objetivas que, por lo demás, debió provenir de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso de evaluación materia del concurso público al que postuló el actor"* [fundamento 46 de la sentencia].

1.2 El derecho del actor a la *presunción de inocencia*, reconocido en el ordinal "e", inciso 24 del artículo 2° de la Constitución [fundamento 56 de la sentencia]; toda vez que el acuerdo entonces cuestionado había sido emitido *"en función de determinadas denuncias periodísticas que habían sido desvirtuadas por el actor, y respecto de las cuales la entonces Fiscal de la Nación dispuso promover investigación preliminar de oficio –que luego sería archivada–"*.

1.3 El derecho del actor de *acceso a la función pública*, previsto en el artículo 23°, numeral 1, literal c), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [fundamento 53 de la sentencia], en razón a que *"el actor ocupaba el primer lugar en el cuadro de méritos, y que objetiva y razonablemente no se había acreditado responsabilidad alguna en los hechos que se le imputaban"* [fundamento 53 de la sentencia].

1.4 Finalmente, el Tribunal manifestó que encontraba legítimo que, atendiendo a su función constitucionalmente reconocida por el artículo 154.1° de la Norma Fundamental, *"el Consejo Nacional de la Magistratura recoja denuncias de los medios de comunicación"*; sin embargo, y con igual énfasis, consideró *"inadecuado que dicha competencia pretenda ejercerse a costa de la plena vigencia de los derechos fundamentales… máxime cuando durante el concurso público existió la posibilidad de presentar tachas"* [fundamento 59 de la sentencia].

1.5 En consecuencia, la orden expresa del Tribunal Constitucional fue la siguiente: *"corresponde al Consejo Nacional de la Magistratura emitir un nuevo acuerdo debidamente motivado lo que supone, evidentemente, que sus miembros previamente vuelvan a votar su decisión, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 154.1° de la Constitución, el segundo párrafo del artículo 33° de la Ley N.° 29277, de la Carrera Judicial y, el artículo 53° del Reglamento de Concursos para el Acceso Abierto en la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales aprobado mediante Resolución N.° 281-2010-CNM"* [fundamento 61 de la sentencia, al cual se remite su punto resolutivo N.° 3].

34. De acuerdo a lo antes expuesto, puede afirmarse que el CNM estaba constitucionalmente prohibido de invocar similares o idénticas razones al momento de dar cumplimiento a la sentencia constitucional (vale decir, al emitir el nuevo acuerdo debidamente motivado que esto supone). Sin embargo, esto es, precisamente, lo que ha ocurrido en autos, pues los Acuerdos N.os 766-2012 y 1614-2012 del CNM incurren en los mismos vicios de inconstitucionalidad declarados como tales en la STC N.° 03891-2011-PA/TC, y en particular:

    1.1 Del *derecho al debido proceso y a la motivación de las resoluciones:* pues si bien ambos acuerdos aluden a la adquisición de un segundo inmueble en los Estados Unidos de Norteamérica distinto al primero, y tal hecho no estuvo comprendido formalmente dentro del proceso de selección y nombramiento, los consejeros García Núñez (en su momento), Paz de la Barra y Guzmán Díaz consideraron legítimo emitir opinión al respecto porque *"existe un permanente cuestionamiento público de los medios de comunicación sobre la adquisición no declarada de este segundo inmueble comprado por la esposa del postulante antes de la convocatoria a concurso a tres plazas para Fiscales Supremos"*.

    Pero más aún, se aprecia que en sus votos concurrentes dichos consejeros cuestionaron la Resolución N.° 13 de la Unidad de Investigación y Anticorrupción de la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA) de fecha 25 de mayo de 2012 (posteriormente confirmada mediante Resolución N.° 20 de la Jefatura de la OCMA, del 5 de septiembre de 2012) la cual ya se había pronunciado por la inexistencia de responsabilidad administrativa por este nuevo cuestionamiento, señalando

que *"esta Resolución adolece de un gravísimo desconocimiento de la institución Jurídica de Derecho Civil denominado: Fenecimiento de la Sociedad de Gananciales"*

⇨ De lo que se desprende que **la motivación expuesta en los votos de tales consejeros es, nuevamente, sólo** aparente, pues "intentan dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico", "carece de justificaciones objetivas" y "no proviene de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso de evaluación materia del concurso público al que postuló el actor" [fundamentos 44 y 45 de la sentencia].

1.2 Del *derecho a la presunción de inocencia*: pues los consejeros García Núñez (en su momento), Paz de la Barra y Guzmán Díaz afirmaron en sus votos concurrentes que *"el Fiscal de la Nación en la actualidad viene investigando al postulante (…) por la existencia o no de enriquecimiento ilícito derivado de la adquisición de este segundo inmueble, investigación preliminar que por encontrarse en trámite no nos referimos respecto de su contenido, para no transgredir la presunción de inocencia exclusivamente dirigida al supuesto delito de enriquecimiento ilícito"*, desconociendo así que por Disposición Fiscal N.° 05 de fecha 9 de julio de 2012, la Fiscalía de la Nación resolvió no haber mérito para formalizar y continuar investigación preparatoria contra el actor, por la presunta comisión del delito de enriquecimiento ilícito, en agravio del Estado, archivando definitivamente los actuados.

⇨ En consecuencia, **el CNM vuelve a incurrir en la misma afectación del derecho a la** presunción de inocencia, pues tales votos se han emitido "en función de determinadas denuncias periodísticas que habían sido desvirtuadas por el actor, y respecto de las cuales la entonces Fiscal de la Nación dispuso promover investigación preliminar de oficio –que luego sería archivada–" [fundamentos 56 de la sentencia]; y finalmente,

1.3 Del *derecho de acceso a la función pública*: pues no obstante que la posición del actor en el cuadro de méritos del Concurso Público no ha variado, los consejeros García Núñez, Paz de la Barra (en su momento) y Guzmán Díaz, conforme a lo antes expuesto, han decidido no nombrar al actor como Fiscal Supremo mediante una decisión arbitraria e injustificada.

1.4 ⇨ Por consiguiente, se acredita que **el CNM vuelve a incurrir en la misma afectación del derecho de acceso a la función pública del actor**, pues "el actor ocupaba el primer lugar en el cuadro de méritos, y (…) objetiva y razonablemente no se había acreditado responsabilidad alguna en los hechos que se le imputaban" [fundamento 53 de la sentencia].

35. Por otra parte, en relación al extremo de la Resolución N.° 34 que fija una serie de pautas al CNM para dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal Constitucional, se debe recordar que ya en anterior oportunidad este Colegiado ha afirmado que el juez ejecutor, si bien no puede replantear o modificar los términos de una resolución judicial al ejecutarla, sí tiene por obligación desplegar todas las actividades que resulten conducentes para realizar una correcta actuación de la sentencia emitida [STC N.° 03066-2012-AA/TC, fundamento 29]. Y esto es así, en la medida en que el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales "se satisface cuando el órgano judicial adopta las medidas oportunas y necesarias para llevar a efecto la ejecución del fallo. Si esas medidas se adoptan, el derecho a la ejecución de sentencias se habrá satisfecho, aunque si se adoptan con una tardanza excesiva e irrazonable, puede generarse lesión al derecho" [STC N.° 02813-2007-PA/TC, fundamento 16].

36. En ese sentido, cuando el artículo 59° tercer párrafo del Código Procesal Constitucional señala que "[e]n todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto, y mantendrá su competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho", debe entenderse que tal habilitación legal le permite al juez constitucional fijar, en vía de ejecución, las pautas o directivas que resulten pertinentes y oportunas para ilustrar al demandado acerca de la forma cómo lograr el cumplimiento efectivo de la sentencia constitucional, y por ese medio, de reparar de modo definitivo el derecho o derechos fundamentales allí reconocidos, particularmente en situaciones de rebeldía o reiterancia como en el caso de autos. Así es como ha procedido el Quinto Juzgado Constitucional de Lima en el fundamento sexto de su Resolución N.° 34, y es así también como lo entiende el suscrito.

37. En definitiva, por las razones anteriormente expuestas, considero que el recurso de apelación por salto planteado por el Procurador del CNM debe ser desestimado.

**Recurso de apelación por salto presentado por don César José Hinostroza Pariachi**

38. En su recurso de apelación por salto, de fecha 28 de enero de 2013, el actor solicita que se dicte una sentencia ampliatoria que, en vía de ejecución, ordene a la emplazada su nombramiento definitivo como Fiscal Supremo en el marco de la convocatoria N.° 002-2010–SN/VCNM; todo ello, por considerar que el Consejo emplazado no ha podido, en dos oportunidades, fundamentar de acuerdo a la Constitución, las razones por las cuales no lo eligió Fiscal Supremo, pese a haber ocupado el primer puesto en el cuadro de méritos, incumpliendo así de forma reiterada la sentencia proferida por este Colegiado.

39. En ese sentido, en relación a la alegada renuencia de la entidad demandada, la parte recurrente sostiene que, a través del Acta de Sesión Plenaria de fecha 29 de noviembre de 2012, se colige que el Consejo es renuente a cumplir en sus propios términos la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró fundada la demanda de amparo; dado que reproduce los fundamentos ya invalidados por dicho Colegiado en su sentencia constitucional, e igualmente invalidados por la Resolución N.° 11 expedida por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima; lo que pone en evidencia que los consejeros Paz de la Barra, Guzmán Díaz y García Núñez no cuentan con otros argumentos para acordar su no nombramiento como Fiscal Supremo.

40. A este respecto, conviene recordar el fallo de la sentencia estimatoria de fecha 16 de enero de 2012 emitida por este Tribunal, la cual dispuso lo siguiente:

> "1. Declarar FUNDADA la demanda al haberse acreditado la violación de los derechos al debido proceso y a la motivación de las resoluciones previstos por los incisos 3) y 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, y en consecuencia,
>
> 2. Declarar NULO el Acuerdo N.° 0176-2011 adoptado, por mayoría, por el Consejo Nacional de la Magistratura y contenido en el Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria de fechas 27 y 28 de enero de 2011.
>
> 3. Ordenar al Consejo Nacional de la Magistratura emitir un nuevo acuerdo debidamente motivado lo que supone, evidentemente, que sus miembros previamente vuelvan a votar su decisión, conforme a lo expuesto en el Fundamento N.° 61, supra".

41. Por su parte, en cumplimiento de lo ordenado en esta sentencia, el Consejo Nacional de la Magistratura emitió el Acuerdo N.° 766-2012, de fecha 8 de junio de 2012, en el que los consejeros Paz de la Barra y Guzmán Díaz manifestaron su decisión de no nombrar al recurrente en el cargo para el cual postula, bajo el siguiente argumento:

> "(el postulante) no cuenta con el perfil de Fiscal Supremo de trayectoria personal éticamente irreprochable, en razón de no haber actuado con ética al tratar de justificar su omisión incurrida en no haber consignado en sus Declaraciones Juradas la adquisición de un inmueble en Estados Unidos de Norteamérica efectuada por su cónyuge"

Asimismo, respecto a lo resuelto por la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial (OCMA) en relación a este cuestionamiento, expresaron:

> "(…) con relación a esta Resolución de Primera Instancia de la OCMA, debo opinar que esta Resolución adolece de un gravísimo desconocimiento de la institución Jurídica de Derecho Civil denominado: Fenecimiento de la Sociedad de Gananciales, ya que el Magistrado Investigador de la OCMA Carlos Santillán Tuesta considera que con un documento privado con firma legalizada denominado 'Acuerdo Mutuo de Separación Convencional', resulta suficiente para poner fin a un Régimen Patrimonial de Sociedad de Gananciales (…) situación irregular que debe ponerse en conocimiento del Jefe de la OCMA, y de la Fiscalía de Control Interno del Ministerio Público".

42. En vía de ejecución de sentencia, el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, mediante Resolución N.° 11 de fecha 14 de agosto de 2012, declaró nulo el acuerdo mencionado en el párrafo anterior, por considerar que el Consejo no había dado cabal cumplimiento a la sentencia del Tribunal Constitucional, al tratarse de un cumplimiento simplemente aparente de la misma.

43. No obstante ello, y tal como se afirmó antes, los consejeros antes mencionados, a través del Acuerdo 1614-2012, de fecha 29 de noviembre de 2012, se limitaron a reproducir los mismos argumentos que habían sido declarados inconstitucionales por el juez de ejecución, al expresar que el postulante:

> "no cuenta con el perfil de Fiscal Supremo de trayectoria personal éticamente

> irreprochable, en razón de que no ha actuado con ética al tratar de justificar su omisión incurrida en no haber consignado en sus Declaraciones Juradas la adquisición de un inmueble en Estados Unidos de Norteamérica efectuado por su cónyuge"

Y en relación a lo resuelto por la OCMA:

> "con relación a esta Resolución de Primera Instancia de la OCMA, debo opinar que esta Resolución adolece de un gravísimo desconocimiento de la institución Jurídica de Derecho Civil denominado: Fenecimiento de la Sociedad de Gananciales, ya que el Magistrado Investigador de la OCMA Carlos Santillán Tuesta considera que con un documento privado con firma legalizada denominado 'Acuerdo Mutuo de Separación Convencional', resulta suficiente para poner fin a un Régimen Patrimonial de Sociedad de Gananciales (...) situación irregular que debe ponerse en conocimiento del Jefe de la OCMA, y de la Fiscalía de Control Interno del Ministerio Público".

44. En consecuencia, se encuentra suficientemente acreditada la renuencia del órgano demandado en cumplir la sentencia constitucional de fecha 16 de enero de 2012, y la resolución expedida en vía de ejecución por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, N.° 11 de fecha 14 de agosto de 2012.

45. Sin embargo –y he aquí las principales razones de mi discrepancia con lo decidido por mis demás colegas magistrados– no encuentro cómo el Tribunal Constitucional pueda ordenar al Consejo Nacional de la Magistratura que proceda a nombrar a don César José Hinostroza Pariachi o a don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, en el concurso convocado por esa entidad el año 2010 en la plaza aún vacante de fiscal supremo.

46. Y es que la decisión de nombrar o no a un abogado como magistrado del Poder Judicial o Ministerio Público corresponde exclusiva y excluyentemente al Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) conforme a lo expresamente establecido en el numeral 1 del artículo 158° de nuestra Carta Magna. Por ello, el Tribunal Constitucional no puede subrogar al emplazado en dicha labor a través de sus pronunciamientos. Hacerlo implica, en mi opinión, arrogarse atribuciones que le son totalmente ajenas.

47. Además, tampoco puede soslayarse que la propia naturaleza de los procesos constitucionales es netamente restitutoria y no declaratoria; por ende, ordenar al Consejo que elija entre tal o cual postulante a un cargo que previamente no ostenta es una situación que contradice nuestra propia jurisprudencia.

48. La manera en que tal desacato debe ser enmendado no puede desvirtuar las propias competencias de este Tribunal, ni la naturaleza misma del amparo, toda vez que de acuerdo con el artículo 1° del Código Procesal Constitucional, ante la violación o amenaza de violación de un derecho fundamental, la justicia constitucional tiene la ineludible obligación de retrotraer las cosas al estado previo a la vulneración del mismo o, en su caso, ordenar el cese de la amenaza.

49. En tales circunstancias considero que, verificada la nueva afectación, lo que corresponde es ordenar al Consejo Nacional de la Magistratura adopte un nuevo acuerdo en el que sus consejeros deberán emitir un voto debidamente motivado y suficientemente razonado respecto de las razones por las cuales deciden nombrar, o no, al actor al cargo al que postuló.

50. En consecuencia, mi voto es por:

    a) Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación por salto planteado por el Procurador del CNM.

    b) Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación por salto presentado por la parte demandante; en consecuencia,

    c) Reponiendo las cosas al estado anterior a la vulneración de los derechos invocados, nulo el Acuerdo de Consejo N.° 1614-2012 de fecha 29 de noviembre de 2012, a fin de que la emplazada ejecute en sus propios términos la STC N.° 03891-2011-PA/TC y, de ser el caso, emita un nuevo acuerdo debidamente motivado.

**S.**
**URVIOLA HANI**

EXP. N.° 01034-2013-PA/TC
LIMA
CESAR JOSE HINOSTROZA PARIACHI

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN**

Con el debido respeto que me merece la opinión del magistrado ponente, disiento del mismo, por lo que procedo a emitir el presente voto singular, por las consideraciones siguientes:

1. Que, viene a este Tribunal la apelación por salto interpuesto por el demandante contra

la resolución N° 34 de fecha 21 de enero de 2013 en el extremo que declara improcedente su solicitud de sentencia ampliatoria, pues considera que de parte del Consejo Nacional de la Magistratura existe renuencia manifiesta y reiterada para dar cumplimiento al mandato de la sentencia del Tribunal, con lo cual al no concederle su solicitud se generaría una ejecución defectuosa. Respecto a la apelación por salto interpuesto por el Procurador Público contra la misma resolución, este sostiene que al haberse declarado Nula la sesión N° 2301 del Consejo Nacional de la Magistratura llevada a cabo por el pleno el 29 de noviembre de 2012, en el extremo que decide no nombrar al actor en el cargo de Fiscal Supremo, se estaría desnaturalizando la ejecución de la sentencia.

2. Al respecto cabe precisar que de conformidad con el artículo 139°, inciso 2, de la Constitución, toda persona sometida a un proceso judicial tiene derecho a que no se deje sin efecto aquellas resoluciones que han adquirido la calidad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución.

3. Sobre el particular, este Tribunal ha sostenido en reiterada jurisprudencia que este derecho garantiza al justiciable que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no sólo no puedan ser recurridas a través de medios impugnatorios –bien porque estos han sido agotados; bien porque ha transcurrido el plazo legal para interponerlos– sino también que el contenido de las mismas no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, ya sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso [STC N.° 04587-2004-AA/TC, fj. 38].

4. En el ámbito de los procesos constitucionales, este derecho encuentra una configuración expresa en el artículo 22°, primer párrafo, del Código Procesal Constitucional, el cual dispone que la sentencia que cause ejecutoria al interior de estos procesos "se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda".

5. La ejecución de las sentencias en sus propios términos, ha dicho este Tribunal en la STC N.° 01939-2011-PA/TC, constituye una garantía a favor de las partes procesales "tanto para el ejecutante como para el ejecutado, puesto que les impide reabrir el debate ya finalizado y clausurado por la firmeza, así como modificar el derecho reconocido por sentencia firme a su capricho, alterando las condiciones en que fue delimitado (Carballo Piñeiro, Laura: Ejecución de condenas de dar (tratamiento procesal adaptado a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil), Barcelona, Bosch, 2001, p. 30). En ese mismo sentido, ha reconocido que: [no] resulta admisible que los contenidos de una resolución estimatoria puedan ser reinterpretados en vía de ejecución y que incluso tal procedimiento se realice de forma contraria a los propios objetivos restitutorios que con su emisión se pretende. Producida una sentencia estimatoria, y determinado un resultado a partir de sus fundamentos, es indiscutible que no pueden, estos últimos, ser dirigidos contra la esencia de su petitorio, de manera tal que este termine por desvirtuarse [STC N.° 01102-2000-AA/TC].

6. Así pues, con la finalidad de garantizar la eficacia de este derecho en el contexto de los procesos constitucionales, este Tribunal, en la STC N.° 0004-2009-PA/TC, publicada el 15 de noviembre de 2010, ha establecido que el recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional procede contra la resolución del juez de ejecución que declara actuado, ejecutado o cumplido el mandato de una sentencia del Tribunal Constitucional, o que declara fundada la contradicción u observación propuesta por el obligado, frente a supuestos de inejecución, ejecución defectuosa o desnaturalización de una sentencia constitucional. Siendo que la apelación por salto interpuesto por ambas partes reúne los requisitos para ser visto por este Tribunal, corresponde emitir pronunciamiento a fin de verificar la correcta ejecución de la sentencia emitida por este Tribunal.

7. Que conforme es de verse de la sentencia de este Tribunal, se resolvió declarar Fundada la demanda de amparo al haberse acreditado la violación al debido proceso y a la motivación de las resoluciones judiciales previstos por los incisos 3 y 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, pues sostiene en su fundamento 44) que *"(...) aunque la entidad demandada haya cumplido con motivar y sustentar las razones por las cuales decidió no nombrar al actor en el cargo al que postuló, no se advierte que ésta haya sido ejercida de una forma eficiente o idónea, conforme lo impone la Constitución, sino de manera arbitraria"*, pues consideró este Tribunal que una motivación aparente carente de sustento fáctico y justificaciones objetivas resulta vulneradora al debido proceso y a la motivación, pues consideró que los fundamentos expuestos por el CNM no provenían de hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso de evaluación materia del concurso público al que postuló,

por lo que resolvió declarar Nulo el acuerdo N° 0176-2011 adoptado por mayoría y contenido del Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria de fecha 27 y 28 de enero de 2011.

8. Que mediante resolución N° 5 de fecha 22 de mayo de 2012 que corre a fojas 339, se dispuso notificar al Consejo Nacional de la Magistratura para que en el término de dos días cumpla con lo ordenado en la sentencia del Tribunal constitucional, apareciendo a fojas 356 a 365, el Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria del Consejo Nacional de la Magistratura de fecha 08 de junio de 2012, mediante la cual se resolvió no nombrar al demandante en la plaza de Fiscal Supremo, al no haber alcanzado el número de votos requeridos; pues si bien votaron a su favor los consejeros Gastón Soto Vallenas, Pablo Talavera Elguera, Maezono Yamashita y Máximo Herrera Bonilla, los Consejeros Vladimir Paz de la Barra, Luz Marina Guzman votaron por no nombrar al recurrente pues consideraron .que no cuenta con el perfil de Fiscal Supremo de personal éticamente irreprochable, en razón de que no ha actuado con ética al tratar de justificar su omisión incurrida en no haber consignado en sus Declaraciones Juradas la adquisición de un inmueble en Estados Unidos de Norteamérica efectuado por su Cónyuge doña Gloria Gutierrez Chapa con fecha 22 de Diciembre de 2005.

9. Que el accionante como argumento de descargo frente al cuestionamiento público sobre la adquisición del segundo inmueble, presentó al CNM en su defensa la resolución de fecha 25 de mayo de 2012 emitida por la OCMA,, mediante el cual declara no haber mérito para abrir procedimiento disciplinario por tal adquisición. Los consejeros discordantes opinan que esta Resolución adolece de un gravísimo desconocimiento de la Institución Jurídica del Derecho Civil respecto al fenecimiento de la Sociedad de Gananciales; pues si bien su esposa doña Gloria Gutierrez Chapa adquirió una casa de dos pisos en el mes de Diciembre de 2004 cuya numeración es N° 12867 SOUTH WEST 135 TERRACE, de los Estados Unidos de Norteamérica; dicha adquisición al ser parte de la sociedad de gananciales debió ser declarada por el magistrado postulante; pues un documento privado con firmas legalizadas con fecha 27 de setiembre de 2004 denominado "Acuerdo Mutuo de Separación Convencional" que presentó el magistrado ante el OCMA para demostrar que con ese documento puso fin a su régimen patrimonial de sociedad de gananciales, resulta totalmente insuficiente para dar por fenecida la Sociedad de Gananciales. Entre otros fundamentos que llevaron a la convicción a no nombrar al recurrente en el cargo de Fiscal Supremo.

10. El Consejero Gonzalo García Nuñez, votó por el no nombramiento pues consideró que al haber omitido el postulante consignar en sus declaraciones juradas, la adquisición de un inmueble por su cónyuge doña Gloria Gutiérrez Chapa en la Ciudad de Miami – EEUU, el 22 de diciembre del 2005, no obstante encontrarse bajo el régimen patrimonial de Sociedad de Gananciales, obligado a declarar el inmueble en la correspondiente declaración de bienes y rentas, no lo hizo, incumpliendo de esta forma con lo dispuesto en la ley 27482 y el artículo 2° del Código de Ética del Poder Judicial, que establece que el Juez debe encarnar un modelo de conducta ejemplar sustentado entre otros, en los valores de honestidad e integridad, los cuales deben manifestarse en la transparencia de sus funciones públicas y privadas.

11. Mediante escrito de fecha 10 de julio de 2012, el recurrente solicita represión de actos homogéneos y por consiguiente se declare Nulo y sin efecto legal el contenido del Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria del Consejo Nacional de la Magistratura de fecha 8 de junio del 2012 en cuyo acto se decide no nombrarlo como Fiscal Supremo, por no haber alcanzado los 5 votos que exige el artículo 154 inciso 1 de la Constitución Política y se declare Nulo el acuerdo N° 766-2012 contenido en el Acta por el cual se declara desierto el concurso para la plaza de Fiscal Supremo, por lo que solicita una nueva votación en la que se respete los derechos fundamentales del recurrente.

12. Que mediante Resolución N° 10 de fecha 10 de agosto de 2012 (fojas ) se resolvió declarar Improcedente el pedido de represión de actos homogéneos por prematuro, conforme al texto expreso contenido en el fundamento tercero de la resolución aludida, mediante la cual se señala: *"En el presente caso, si bien la emplazada mediante escrito presentado el 26 de junio pasado ha señalado haber dado cumplimiento la sentencia y ha adjuntado copia del Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria del Consejo Nacional de la Magistratura del 8 de junio de 2012, sin embargo tal hecho todavía no ha sido avalado por esta judicatura y menos se ha declarado la conclusión del proceso, por lo que no se cumple uno de los presupuestos para el trámite de la represión de actos homogéneos, el cual es haberse declarado por cumplido la sentencia emitida por el TC; aún más el propio actor fundamenta el pedido de represión de actos homogéneos y señala – que el CNM no ha dado cumplimiento a lo ordenado por el TC-, es decir a su criterio, no*

*se habría cumplido en sus propios términos lo resuelto en sentencia firme, lo que será evaluado oportunamente a fin de aplicar, de ser el caso, lo dispuesto en el artículo 22° del Código Procesal Constitucional.*"

13. Contra la aludida resolución, el recurrente interpone recurso de apelación (fojas 546) el mismo que es concedido sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida mediante resolución N° 12 de fecha 3 de setiembre de 2012 (fojas 580).

14. Mediante Resolución 11° de fecha 14 de agosto de 2012, el Juzgado declaró Nula la Sesión N° 2202 del Consejo Nacional de la Magistratura llevada a cabo el día 8 de junio de 2012 en el extremo que decide no nombrar en el cargo de Fiscal Supremo y Ordena que los Consejeros del CNM vuelvan a emitir nuevo pronunciamiento, pues considera que el nuevo acuerdo no se ajusta a los estándares constitucionales establecidos por el TC en su sentencia materia de ejecución que debe cumplirse en sus propios términos.

15. El Procurador Público del CNM interpone recurso de apelación (fojas 582), contra la referida resolución, pues sostiene que la resolución reproduce los argumentos de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2012; recurso impugnatorio que fue concedido mediante resolución N° 13 de fecha 3 de setiembre de 2012, sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida.

16. Que mediante resolución 16 de fecha 18 de setiembre de 2012 (fojas 604), el Juez Constitucional requiere a la demandada para que en el plazo de 10 días de notificado, lleven a cabo una sesión plenaria extraordinaria y procedan a emitir un nuevo acuerdo debidamente motivado respecto al candidato Cesar José Hinostroza Pariachi, teniendo en cuenta el fundamento 61° de la sentencia.

17. A fojas 678 corre el Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria del Consejo Nacional de la Magistratura de fecha 29 de noviembre de 2012 presentado por el CNM, mediante la cual no se completó voto para nombrar al recurrente en la plaza de Fiscal Supremo; pues si bien cuatro consejos votaron por el nombramiento, no sucede lo mismos con tres de los magistrados, quienes se ratificaron en su votación emitida en el Acta de Sesión de fecha de junio de 2012, y ello en razón a que su solicitud de ampliación de fecha de la votación para poder entrevistar al recurrente debido a nuevos cuestionamientos presentados y admitidos por el postulante -con relación al segundo inmueble adquirido por la cónyuge del postulante en los Estados Unidos de Norteamérica, no declarado ante las autoridades peruanas- no fueron admitidos por el Juez Ejecutor, habiendo el pleno acordado por que se lleve la votación debido al requerimiento del Juzgado.

18. Que en efecto a fojas 626 corre el escrito presentado por el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Consejo Nacional de la Magistratura, solicitando se le conceda plazo de ampliación razonable para el cumplimiento del mandato ordenado; por lo que se le otorgó 5 días para que el Consejo lleve a cabo la Sesión Plenaria Extraordinaria, bajo apercibimiento de imponérsele multa compulsiva y progresiva. Que asimismo a fojas 656 corre el oficio N° 113-2012-VPB/CNM de fecha 27 de noviembre de 2012 remitido por el Consejero Vladimir Paz De La Barra al 5to Juzgado Constitucional de Lima solicitando al Juzgado determine si el Consejo Nacional de la Magistratura, garantizando el derecho de defensa y el debido proceso, debe o no correr traslado a los postulantes de los nuevos cuestionamientos- como el hecho de no haber declarado la adquisición de un inmueble adquirido en los Estados Unidos de Norteamérica por su Cónyuge, no obstante a que la Sociedad de Gananciales no habría fenecido -, y realizar una sesión pública de entrevista personal para verificar tales cuestionamientos; pues considera el Consejero que no pueden dejarse de lado bajo la creencia de que solo se debe tener en cuenta únicamente los cuestionamientos anteriores al acto de votación que dio lugar a ambos amparos; pues sostiene que tal actitud sería actuar de espaldas a la realidad y con total irrespeto al país. Que si bien el referido oficio no fue canalizado por los canales correspondientes debido a la huelga judicial, también es cierto que al haber tomado conocimiento el Juzgado respecto al pedido del Consejero y si bien no puede interferir en las funciones del Consejo Nacional de la Magistratura, si pudo conceder un plazo prudente a efecto de que se proceda a correr traslado al accionante respecto a los nuevos hechos, se proceda a una nueva entrevista pública y proceder a la votación vía Sesión Plenaria; pues si bien sostiene en la Resolución N° 24 de fecha 29 de noviembre de 2012 tercer considerando "que tampoco se advierte necesidad de tutela urgente", también es cierto que ha venido requiriendo el cumplimiento de su mandato bajo apercibimiento de multa compulsiva y progresiva, no obstante a que los hechos alegados por el Consejero solicitante se trataba de cuestionamientos de conocimiento público y merecía una aclaración por el postulante en nueva entrevista pública;

máxime si estos nuevos hechos se produjeron con posterioridad al periodo de tachas.

19. Por otro lado cabe precisar que la Constitución Política del Estado en su artículo 150° ha dotado al Consejo Nacional de la Magistratura de autonomía e independencia para el ejercicio de sus funciones y se rige por su Ley Orgánica, teniendo como funciones el nombramiento, previo concurso público de méritos y evaluación personal, de los jueces y fiscales de todos los niveles, conforme lo dispone el Artículo 154°. Por lo tanto no se encuentran sometidos a ninguna autoridad. Si bien están obligados como toda persona a dar cumplimiento a las sentencias consentidas y/o ejecutoriadas emitida por el Poder Judicial, ello no lo obliga a que sus actuaciones cuenten con la autorización de ningún juez ni autoridad alguna; por lo que resulta una negligencia solicitar autorización al Juez Ejecutor Constitucional para realizar actos propios que la exige la Constitución, pues son los encargados de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales, resultando suficiente que el Consejo acredite ante el Juzgado que viene cumpliendo con su mandato y precise las acciones que viene ejecutando para dar cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal Constitucional.

20. Que si bien es cierto la solicitud de autorización para correr traslado al recurrente respecto a los nuevos acontecimientos y llevar a cabo una nueva entrevista al postulante resulta irregular, por los fundamentos supra; también es cierto que el Juez ejecutor debió emitir pronunciamiento a la solicitud requerida por uno de los Consejeros admitiendo o no la solicitud y no proceder a requerir la inmediata votación, pese a que era necesario debido a los nuevos hechos que este sea aclarado en entrevista pública, permitido que el postulante absuelva en acto público los nuevos acontecimientos que mellan su imagen y así se emita una nueva votación de acuerdo a derecho; por lo que la Sesión Plenaria Extraordinaria de fecha 29 de noviembre, no cumple con las exigencias establecidas por el Tribunal Constitucional, mediante la cual se dispuso que *"corresponde al Consejo Nacional de la Magistratura emitir un nuevo acuerdo debidamente motivado lo que supone, evidentemente, que sus miembros previamente vuelvan a votar su decisión, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 154.1 de la Constitución, el segundo párrafo del artículo 33° de la Ley 29277, de la Carrera Judicial y, el artículo 53° del Reglamento de Concursos para el Acceso Abierto en la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales aprobado mediante Resolución 281-2010-CNM".*

21. Sin embargo la resolución N° 34 de fecha 21 de enero de 2013 que corre a fojas 906, procedió a declarar Nula la Sesión 2301 del Consejo Nacional de la Magistratura de fecha 29 de noviembre de 2012 y ordenó que los Consejeros vuelvan a emitir nuevo pronunciamiento, bajo el argumento de que solo correspondía que los Consejeros votar sobre la base de todo lo actuado y aprobado hasta el cuadro de méritos, y no analizar un hecho posterior, que según la resolución no ha sido aceptado como denuncia y menos ha sido puesta a conocimiento del postulante para que efectúe el descargo, además de no haberse generado una investigación previa a la votación del pleno; con lo cual queda claro que el Juzgado también considera la necesidad de una ampliación de la investigación respecto a los nuevos hechos, pues era obvio que la resolución sin las investigaciones respecto a los nuevos hechos ha conllevado que se emita una Sesión de Plenaria con las deficiencias advertidas.

22. Por otro lado se advierte del sexto considerando de la resolución N° 34 pautas que el Juez ejecutor establece para la votación a la cual deberá sujetarse los consejeros al emitir su nueva decisión, bajo el argumento de evitar que se siga dilatando la ejecución, el cual resulta vulneratorio a lo dispuesto en el artículo 150° de la Constitución Política del Estado; pues, si bien los juez ejecutan sus sentencias en sus propios términos, también es cierto que dicha facultad la deben ejercer en respeto a los órganos que por mandato de la Constitución sus funciones resultan independientes y no se encuentran sometidos a la función jurisdiccional ni direccionados por estos.

23. En cuanto a la apelación por salto interpuesta por el amparista, este sostiene que la resolución impugnada no le otorga tutela jurisdiccional efectiva, ya que el Consejo Nacional de la Magistratura al no cumplir con la sentencia del Tribunal Constitucional solicita que sea el Juez ejecutor quien lo designe como Fiscal Supremo. Al respecto cabe precisar que la única Institución que tiene la facultad de nombrar a los Jueces y Fiscales por mandato expreso de la Constitución es el Consejo Nacional de la Magistratura; siendo esto así y estando a los fundamentos expuestos supra, la pretensión del accionante no puede ser estimada.

Por estas consideraciones, mi voto es porque se declare **FUNDADA** la apelación por salto interpuesta por el Procurador Público al haberse desnaturalizado la ejecución de la sentencia de este Tribunal, consecuentemente **NULA** la Resolución N° 34 de fecha 21 de enero de 2013, en el extremo que declara Nula la Sesión del Consejo Nacional de la Magistratura de fecha 29 de noviembre de

2013 y decide no nombrar al actor en el cargo de Fiscal Supremo y Ordena que los Consejeros vuelvan a emitir nuevo pronunciamiento: e **INFUNDADA** la apelación por salto interpuesta por don Cesar José Hinostroza Pariachi por lo tanto **ORDENO** que el Juez Constitucional en ejecución, proceda a emitir nueva resolución conforme a los fundamentos 16 al 20 *supra.*

**Sr.**
**CALLE HAYEN**

EXP. N.° 01034-2013-PA/TC
LIMA
CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Lima, 31 de octubre de 2013

**VISTA**

La solicitud de aclaración de conceptos de la parte considerativa y subsanación de la parte resolutiva presentada por don César José Hinostroza Pariachi; y, la solicitud de nulidad presentada por el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Consejo Nacional de la Magistratura, contra la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 9 de setiembre de 2013; y,

**ATENDIENDO A**

1. Que conforme lo dispone el artículo 121° del Código Procesal Constitucional, en su parte pertinente, *"el Tribunal de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en la que hubiese incurrido".*

2. Que don César José Hinostroza Pariachi solicita que el Tribunal Constitucional aclare su sentencia de fecha nueve de setiembre de 2013, en cuanto a los conceptos de su parte considerativa; y subsanar la supuesta omisión incurrida en la parte resolutiva de la sentencia referida.

3. Sostiene el recurrente que el Consejo Nacional de la Magistratura debe proceder de inmediato a nombrarlo como Fiscal Supremo, ya que si se somete a votación su postulación existe el grave riesgo de no alcanzar la votación exigida por el artículo 154.1 de la Constitución, toda vez de que existe el grave riesgo que quienes votaron en su contra vuelvan a incurrir en el mismo hecho "motivando sus votos con nuevos argumentos inconstitucionales". Que en tal sentido, se precise que dichos consejeros están prohibidos de votar en su contra y, que a la hora de decidir, debe respetarse el orden de méritos alcanzado.

4. Solicita también el recurrente que se aclare si el señor Mateo Castañeda Segovia es parte de su proceso y cuál es el motivo para incorporarlo. También solicita que este Colegiado aclare por qué se ordena al Consejo Nacional de la Magistratura elegir entre él o el señor Mateo Castañeda Segovia, poniéndolos en igualdad de condiciones, siendo que este no es parte en el proceso; no ha solicitado sentencia ampliatoria y ha ocupado el tercer lugar en el orden de méritos.

5. También solicita que se aclare si existe derogación tácita de la disposición contenida en el segundo párrafo del artículo 33 de la ley 29277, Ley de la Carrera Judicial. Y, por último solicita que se precise taxativamente cuáles serían los criterios objetivos a observar por el Consejo Nacional de la Magistratura para proceder al nombramiento de uno u otro candidato. de votar en su contra y orden de ms consejeros estojnsejo debren cuanto a los conceptos de su parte rsolutiva;

6. Que por su parte, el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Consejo Nacional de la Magistratura, solicita la nulidad de la publicación de la sentencia de fecha 9 de setiembre de 2013, por considerar que la sentencia no contiene los votos necesarios; y además por existencia de un vicio insalvable dado que la Constitución en su artículo 154.1° establece que para el nombramiento de los magistrados se necesita el voto conforme de los dos tercios del número legal de miembros.

7. Que la primera pretensión del demandante, en el sentido que el Consejo Nacional de la Magistratura proceda a nombrarlo de inmediato como Fiscal Supremo debe ser desestimada, no sólo porque ello significaría desnaturalizar los alcances y el contenido de la sentencia, sino porque el Tribunal ha señalado que el Consejo tiene que decidir entre los postulantes César Hinostroza Pariachi o Mateo Castañeda Segovia. Darle la razón al recurrente en este extremo significaría invadir las competencias del Consejo Nacional de la Magistratura, órgano autónomo e independiente con relevancia constitucional, aún cuando se trate de una entidad administrativa.

8. Sin embargo, en efecto, la decisión que debe tomar el Consejo deberá de llevarse a cabo en estricto orden de méritos, no sólo porque así lo exige la ley de la carrera judicial, sino porque de otro modo se infringiría principios que son el fundamento del orden constitucional y democrático (igualdad, publicidad, no discriminación, debida motivación, presunción de inocencia, etc.). De ahí que, cuando el Consejo Nacional de la Magistratura decide

no elegir a quien ha ocupado objetivamente, el primer puesto en el orden de méritos para cubrir una plaza de juez o de fiscal, tiene que argumentar con arreglo a la Constitución cuáles son los deméritos que lo despojan en la entrevista personal de ese primer puesto, sin que en ello sea posible expresiones vagas como "postulante cuestionado en los medios de comunicación social", ya que eso importaría por parte del Consejo Nacional de la Magistratura reconocer que su autonomía e independencia puede verse afectada por opiniones periodísticas que no han sido investigadas ni corroboradas por el Poder Judicial mediante sentencia firme. De ahí que cuando este Alto Colegiado ordena al Consejo Nacional de la Magistratura una votación motivada conforme a la Constitución, no sólo lo hace en defensa de la persona, sino también en salvaguarda de la autonomía y la independencia del propio Consejo.

9. Y en cuanto a que este Colegiado aclare porqué es que se ordena al Consejo Nacional de la Magistratura elegir entre él y el postulante Mateo Castañeda Segovia, resulta necesario señalar lo que sigue. Que es de conocimiento de este Intérprete de la Constitución que el señor Mateo Castañeda también ha interpuesto proceso de amparo contra el Consejo por acto lesivo homogéneo al del recurrente y, teniéndose en consideración la posibilidad de afectar el derecho de un tercero que también formaba parte del mismo proceso evaluador, este colegiado procedió, con arreglo a al principio de primacía del fondo sobre la forma, a integrar y armonizar una decisión respecto de ambos, sin que haya tenido lugar acumulación objetiva ni subjetiva de los procesos por razones de economía procesal. Asimismo, cuando el Tribunal Constitucional lo incorpora en el fallo *sub judice*, con la posibilidad de ser elegido como Fiscal Supremo no lo hace trasladándolo, ni *ipso jure* ni *ipso facto*, al primer lugar en el orden de méritos, sino que ordena también al Consejo a decidir y a motivar las razones por las cuales también este postulante se ha visto desplazado, ya que ambos poseen la condición de agraviados por un mismo autor y en un mismo concurso público. Y, de ser el caso, a motivar debidamente cómo es que habiendo quedando tercero en la evaluación objetiva, termina primero en el orden de méritos, si es que así fuese, luego de la entrevista personal.

10. En relación con el extremo de su articulación, en virtud de la cual solicita que este Colegiado diga "cuáles serían los criterios objetivos a observar por el Consejo Nacional de la Magistratura para proceder al nombramiento de uno u otro candidato"; dicha solicitud debe desestimarse por inoportuna, toda vez que el Tribunal Constitucional no es órgano consultivo ni puede emitir directivas dirigidas a otro órgano con autonomía e independencia para indicarle cómo es que debe de actuar, salvo lo ya expresado en el fundamento 8 de la presente resolución.

11. Y en cuanto al pedido de nulidad solicitada por el Procurador del Consejo Nacional de la Magistratura, también resulta contraproducente, ya que no se puede pretender la nulidad de un fallo a traves de un recursop que la nulidad de un fallo que no estrador del Consejo Nacional de la Magistratura, tambines periodebe ser desés de un recurso que no está previsto en el ordenamiento procesal constitucional.

12. Respecto de los fundamentos de voto de los magistrados y su supuesta contradicción con la parte resolutiva, este colegiado considera necesario precisar que los fundamentos de voto no forman parte de la sentencia ni constituyen *ratio decidendi*. Por consiguiente no procede contra ellos impugnación ni articulación alguna; que siendo esta una interpretación válida del primer párrafo del artículo 5° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N.° 28301 que a la letra dice: *"... El Tribunal, en Sala Plena, resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos [... ]".,* debe inferirse que el Tribunal Constitucional ha declarado fundada la demanda de amparo con mayoría simple de votos emitidos de conformidad con su ley orgánica, siendo este el fundamento jurídico que en conjunto la sustenta.

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

**RESUELVE**, con los fundamentos de voto de los magistrados Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, que se agregan

1. Declarar **FUNDADA EN PARTE** la solicitud formulada por el recurrente César Hinostrtoza Pariachi, en el extrtemo que solicita declarar, conforme a los fundamentos supra, que el Consejo Nacional de la Magistratura deberá proceder a nombrar al Fiscal Supremo en estricto orden de méritos.

2. Declarar improcedente lo solicitado por el Procurador Público a cargo de los asuntos del Consejo Nacional de la Magistratura.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.° 01034-2013-PA/TC
LIMA
CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA**

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados emito el presente fundamento de voto por las razones que a continuación expongo

1. Tal corno se advierte del pedido de don César José Hinostroza Pariachi, lo solicitado no es otra cosa que la reconsideración de lo resuelto con fecha 9 de setiembre de 2013, a pesar de que a nivel nacional ello es irrevisable. Lo señalado en dicha sentencia, en mi opinión, es absolutamente claro. En consecuencia, lo solicitado en tal extremo resulta manifiestamente improcedente máxime cuando se ha requerido, en puridad, que este Colegiado termine designándolo como fiscal supremo en desmedro de don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia.
2. Finalmente debo precisar que la decisión final de elegir entre don César José Hinostroza Pariachi o Mateo Grimaldo Castañeda Segovia corresponde al Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), no a este Tribunal. Si el CNM se encuentra en esta disyuntiva tampoco es responsabilidad de este Colegiado por cuanto ello se debe al continuo incumplimiento del debido proceso en sede administrativa a pesar de dos sentencias previas en que se señaló con claridad cómo debía repararse el agravio denunciado. No obstante ello, no puede soslayarse que dicha designación no puede desconocer el orden de méritos por lo que lo que se decida deberá ser convenientemente motivado.

**S.**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.° 01034-2013-PA/TC
LIMA
CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI**

Emito el presente fundamento de voto bajo las siguientes consideraciones:

1. Llega a este Colegiado el pedido de aclaración de conceptos de la parte considerativa y subsanación de la parte resolutiva presentada por Cesar José Hinostroza Pariachi; y la solicitud de nulidad presentada por el Procurador Publico a cargo de los asuntos judiciales del Consejo Nacional de la Magistratura contra la sentencia del Tribunal Constitucional
2. Que de conformidad con el tercer párrafo del artículo 121° del Código Procesal Constitucional (CPConst), "Contra los decretos y autos que dicte el Tribunal, sólo procede, en su caso, el recurso de reposición ante el propio Tribunal. El recurso puede interponerse en el plazo de tres días a contar desde su notificación. Se resuelve en los dos días si siguientes" (subrayado agregado)
3. Respecto al pedido solicitado por el señor César Hinostroza Pariachi, se observa que éste expresa que:
   a) El Tribunal debe aclarar que los consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura están prohibidos de votar en su contra y que a la hora de decidir debe respetarse el orden de meritos alcanzados;
   b) Solicita que se aclare si el señor Mateo Castañeda Segovia es parte del proceso y cuál ha sido el motivo para incorporarlo;
   c) El Tribunal Constitucional aclare por qué se ordena al Consejo Nacional de la Magistratura a elegir entre él y el señor Castañeda Segovia, poniéndolos en igualdad de condiciones; y,
   d) El Colegiado aclare si existe derogación tácita de la disposición contenida en el segundo párrafo del artículo 33° de la Ley N° 29277, de la Carrera Judicial, y que precise cuáles serían los criterios objetivos que debe observar el Consejo Nacional de la Magistratura para proceder al nombramiento de uno u otro candidato.
4. En tal sentido respecto al punto a) de los pedidos realizados por el señor Hinostroza Pariachi se advierte que, conforme lo expresado en el artículo 33° de la Ley de la Carrera Judicial, efectivamente el Consejo Nacional debe elegir en estricto orden de merito, por lo que este punto debe ser estimado, debiéndose verificar que ello está plasmado en mi voto.
5. Asimismo en lo referido al punto b) y c), debo expresar que en mi fundamento de voto considero que debe realizarse el nombramiento conforme lo dispone el artículo 33° de la referida ley, al igual que mis colegas, sin considerar al señor Castañeda Segovia, por lo cual no tengo nada que aclarar respecto a este punto.
6. Finalmente respecto al punto d) solicitado por el actor debo expresar que este Colegiado en ningún momento ha analizado la validez de dicho articulado, no existiendo pronunciamiento respecto a dicha norma. Asimismo no corresponde a este Tribunal dar

directivas de cómo debe proceder el Consejo Nacional de la Magistratura respecto a uno u otro candidato como lo solicita el recurrente, por lo que dicho pedido debe desestimarse.

7. Asimismo encontramos el pedido de nulidad presentado por el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Consejo Nacional de la Magistratura, quien expresa que la sentencia de fecha 9 de setiembre de 2013 es nula puesto que la sentencia no contiene los votos necesarios.

8. Al respecto debo expresar que los fundamentos de voto que acompañan la sentencia, constituyen la posición de los jueces constitucionales que concuerda con la decisión en mayoría, pero que expresa sus propias razones En ese sentido mi posición concuerda con la posición de los jueces constitucionales que suscribieron la sentencia cuestionada, puesto que dispone que el ente emplazado elija al recurrente conforme lo establece el artículo 33° de la Ley de la Carrera Judicial, concordando así con lo expresado por la mayoría, sin embargo pese a que no hice referencia respecto al señor Castañeda Segovia en atención a que en causa anterior del referido señor tuve voto singular, debo expresar que respetuoso de lo resuelto en mayoría por este Tribunal suscribí su posición por la coincidencia en la parte resolutiva. Por ende considero que no existe nulidad alguna que amparar

Mi voto es porque se declare:

1. **FUNDADA** en parte la solicitud del actor referido a que el Consejo Nacional de la Magistratura debe pronunciarse conforme lo dispone el artículo 33° de la Ley de la Carrera Judicial; e **IMPROCEDENTE** en lo demás que contiene.

2. **IMPROCEDENTE** el pedido de nulidad formulado por el Procurador Público del Consejo Nacional de la Magistratura.

**S.**
**VERGARA GOTELLI**

EXP. N.° 00776-2014-PA/TC (EXP. N.° 01034-2013-PA/TC)
LIMA
CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 14 días del mes de abril de 2014, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

**ASUNTO**

Recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de la STC N.° 01034-2013-PA/TC, interpuesto por don César José Hinostroza Pariachi, de fecha 08 de enero de 2014; contra la Resolución N.° 49, de fecha 26 de diciembre de 2013, obrante a fojas 1665 del Tomo III, expedida por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, que declaró la sustracción de la materia y el archivamiento del proceso.

**ANTECEDENTES**

**a. Demanda y sentencia del Tribunal Constitucional**

Con fecha **13 de mayo de 2011**, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), solicitando que se declare la nulidad del **Acuerdo N.º 176-2011**, adoptado por mayoría y contenido en el Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria de fechas 27 y 28 de enero de 2011, que resolvió no nombrarlo Fiscal Supremo en el marco de la Convocatoria N.° 002-2010-SN/VCNM, pese a que ocupó el primer puesto del cuadro de méritos; invocando la afectación de sus derechos al debido proceso y a la motivación de los actos administrativos [f. 100, tomo I].

Mediante **STC N.º 03891-2011-PA/TC**, de fecha **16 de enero de 2012**, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, considerando que el acto lesivo cuestionado había vulnerado los derechos del actor al debido proceso y a la motivación de las resoluciones; y en consecuencia, nulo el Acuerdo N.° 176-2011, ordenando al CNM emitir un nuevo acuerdo debidamente motivado, y a sus miembros, volver a votar su decisión *"de conformidad con lo dispuesto por el artículo 154° 1 de la Constitución, el segundo párrafo del artículo 33° de la Ley N.° 29277 de la Carrera Judicial y el artículo 53° del Reglamento de Concursos para el Acceso Abierto en la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales aprobado mediante Resolución N.° 281-2010-CNM"* [fundamento 61]. Cabe señalar que en los fundamentos de esta sentencia también se declaró vulnerados los derechos de acceso a la función pública y a la presunción de inocencia.

**b. Etapa de ejecución de la STC N.º 03891-2011-PA/TC**

Mediante **Acuerdo N.º 766-2012**, contenido en el Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria del CNM de fecha **08 de junio de 2012**, el CNM resolvió *"declarar desierto el concurso para la plaza de Fiscal Supremo, al no haber alcanzado los doctores César Hinostroza Pariachi [y otro] el número de votos requeridos por el artículo 154 inciso 1 de la Constitución Política para ser nombrados"* [f. 356, tomo I]

Mediante Resolución N.° 11, de fecha 14 de agosto de 2012, el Quinto Juzgado Constitucional de Lima

resolvió declarar nula la sesión N.° 2202 del CNM del 08 de junio de 2012, en el extremo que decide no nombrar al actor en el cargo de Fiscal Supremo; y en consecuencia, "ORDENA que los Consejeros del CNM vuelvan a emitir nuevo pronunciamiento, sujetándose de manera estricta a lo dispuesto por el TC en su sentencia de fecha 16 de enero de 2012, aclarada mediante resolución de fecha 16 de abril del mismo año" [f. 530, tomo I]

En cumplimiento de ello, mediante **Acuerdo N.º 1614-2012**, contenido en el Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria del CNM de fecha **29 de noviembre de 2012**, el CNM resolvió *"No nombrar al señor CÉSAR HINOSTROZA PARIACHI, como FISCAL SUPREMO DEL MINISTERIO PÚBLICO, al no haber alcanzado el voto conforme de los dos tercios del número legal de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, de conformidad con el artículo 154 inciso 1 de la Constitución Política"* [f. 672, tomo I].

Con fecha **7 de enero de 2013**, el recurrente solicita al Juzgado que declare la nulidad del Acuerdo N.° 1614-2012 y dicte una sentencia ampliatoria en aplicación del artículo 59° del Código Procesal Constitucional, sustituyendo la renuencia del órgano demandado a cumplir la sentencia del Tribunal Constitucional [f. 816, tomo II].

Finalmente, ante los pedidos de conclusión de proceso de la demandada y de destitución y sentencia ampliatoria del actor, el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, mediante **Resolución N.º 34**, de **21 de enero de 2013** [f. 906, tomo II] resuelve declarar improcedente el pedido de archivamiento, nula la sesión N.° 2301 del CNM de fecha 29 de noviembre de 2012, en el extremo que decide no nombrar al actor en el cargo de Fiscal Supremo, y ordena *"que los Consejeros del CNM vuelvan a emitir nuevo pronunciamiento, sujetándose de manera estricta a lo dispuesto por el TC en su sentencia de fecha 16 de enero de 2012, lo ordenado en la resolución 11, la resolución de la Sala Superior y la presente resolución"*; improcedente los pedidos de sentencia ampliatoria y de destitución; y fija algunas pautas para que la emplazada cumpla cabalmente con la sentencia constitucional.

**c. Primer recurso de apelación por salto**

Con fecha **28 de enero de 2013**, el actor interpone recurso de apelación por salto contra la Resolución N.° 34, en el extremo en que declara improcedente la solicitud de sentencia ampliatoria [f. 939, tomo II], sosteniendo la inviabilidad de otorgar a la demandada una tercera oportunidad para realizar la evaluación de su postulación bajo criterios objetivos, algo a lo que, a su entender, el CNM se ha mostrado renuente. Por su parte, con fecha **30 de enero de 2013**, el Procurador del CNM interpone recurso de apelación por salto contra la Resolución N.° 34, en el extremo en que declara nula la sesión N.° 2301 y se ordena nuevo pronunciamiento [f. 1076, tomo II], alegando que a través de sus Resoluciones N.os 11 y 34 el Juzgado ha desnaturalizado la ejecución de la sentencia del Tribunal Constitucional, al exigir que dicho cumplimiento también se ajuste a las pautas dictadas por su despacho y a lo resuelto por la Sala Superior, apartándose de esta manera de sus atribuciones.

Mediante **STC N.º 01034-2013-PA/TC**, de fecha **9 de setiembre de 2013**, el Tribunal Constitucional declaró fundado el recurso de apelación por salto planteado por la parte demandante, al considerar acreditada la renuencia del CNM en cumplir la sentencia constitucional de fecha 16 de enero de 2012, y la resolución expedida en vía de ejecución por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, N.° 11 de fecha 14 de agosto de 2012, *"lo que demuestra a su vez una conducta inaceptable que desafía la autoridad de este Colegiado como supremo y definitivo intérprete de la Constitución (artículo 1° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), e instancia final en los procesos de tutela de derechos como el proceso de amparo (artículo 202° inciso 2 de la Constitución)"* [fundamento 24]; en consecuencia, en aplicación del artículo 59° del Código Procesal Constitucional, y luego de valorar que *"nada estaría más alejado de los principios de economía procesal y tutela efectiva de los derechos fundamentales (artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), que optar por brindad una nueva e inoficiosa oportunidad al Consejo demandado para que emita una nueva decisión en torno a la postulación del demandante (…)"*, ordenó al CNM *"proceder a nombrar, entre los postulantes que quedan en carrera, esto es, don César José Hinostroza Pariachi o don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, a aquel que corresponda desempeñarse como Fiscal Supremo, conforme a las bases y reglamentos vigentes al momento de realizarse la convocatoria para dicha plaza"* [punto resolutivo N.° 2 ].

**d. Etapa de ejecución de la STC N.º 01034-2013-PA/TC**

Mediante **Acuerdo N.º 1835-2013**, contenido en el Acta de Sesión N.° 2482, de fecha **15 de noviembre de 2013** [fojas 1362 del Tomo III], el CNM resolvió declarar que los postulantes Hinostroza Pariachi y Casteñeda Segovia *"no alcanzaron el requisito constitucional del voto conforme de los dos tercios del número legal de los siete miembros que actualmente conforman el Consejo Nacional de la Magistratura"*.

Mediante Resolución N.° 44, de fecha **9 de diciembre de 2013** [fojas 1487], el Quinto Juzgado Constitucional de Lima declaró improcedente

el pedido de conclusión del proceso solicitado por la demandada, y en consecuencia, requirió al CNM para que procedan a nombrar, entre los postulantes que quedan en carrera, a aquél que corresponda desempeñarse como Fiscal Supremo, *"conforme a las bases y reglamentos vigentes al momento de realizarse la convocatoria para dicha plaza, en estricto orden de méritos, conforme lo ordenado por el Tribunal Constitucional de forma expresa y sustentado desde los fundamentos 24 a 29 de la sentencia emitida en la STC N° 1034-2013-PA/TC, y en los fundamentos 7, 8 y 9 de la resolución aclaratoria de fecha 31 de octubre de 2013, MANDATO que deberá ser cumplido en el plazo improrrogable de 02 días útiles contado a partir de la notificación de la presente resolución; bajo apercibimiento de multa*". Asimismo, se declaró improcedente el pedido de suspensión del concurso 002-2012-SN/CNM *"correspondiendo a los miembros del CNM tomar las medidas correspondientes con el fin de efectivizar lo ordenado por el TC, bajo responsabilidad"*.

Por su parte, mediante Resolución N.° 45, de fecha **16 de diciembre de 2013** [fojas 1508], el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, integrando la Resolución N.° 44, declaró nula la sesión 2482 y el Acuerdo 1835-2013, en el extremo en que el CNM decidió no nombrar al actor en el cargo de Fiscal Supremo.

Mediante Resolución N.° 47, de fecha **17 de diciembre de 2013** [fojas 1623], el Juez ordenó suspender el concurso N.° 002-2012-SNCNM , hasta que se resuelva en definitiva la ejecución de la sentencia *"a fin de evitar posible irreparabilidad en el derecho del actor"* y ordenó *"OFÍCIESE en el día al Presidente del CNM para que proceda de acuerdo a ley"*.

Mediante Resolución N.° 48, de fecha **17 de diciembre de 2013**, el Juez volvió a requerir al CNM para el cumplimiento de la STC N.° 01034-2013-PA/TC [fojas 1629].

Mediante **Acuerdo N.º 1988-2013**, emitido en Sesión de Pleno N.° 2498, de fecha **18 de diciembre de 2013** [fojas 1650], el CNM decidió no nombrar al actor en el cargo de Fiscal Supremo, señalándose allí, entre otras cosas, que *"este cumplimiento constituye una solución institucional ante la imposibilidad jurídica propuesta por el Juzgado"* y que *"el mandato del juez constituye un imposible jurídico y fáctico para ejecutar, no sólo por la exigencia constitucional de los 5 votos al que ninguno de los citados demandantes (Hinostroza Pariachi y Castañeda Segovia) ha alcanzado ni alcanzará en el futuro* (…) *salvo que el juez ordene que el nombramiento 4 votos para el nombramiento, que ningún juez se atreverá a disponer"*. Cabe señalar que, en este caso, los consejeros Herrera Bonilla, Talavera Elguera y Maezono Yamashita, quienes venían votando a favor del demandante, cambiaron su voto en contra de la postulación del demandante, sin ofrecen motivación alguna para ello.

Y ese mismo día, mediante **Acuerdo N.º 1990-2013**, contenido en el Acta de Sesión N.° 2499, de fecha **18 de diciembre de 2013** [fojas 1645], el CNM resolvió nombrar como Fiscal Supremo a la Dra. Zoraida Ávalos Rivera, quien figuraba en el primer puesto del cuadro de méritos elaborado por el Consejo, adonde además figuraban los postulantes Nora Miraval Gambini (2° puesto) y José Pereira Rivarola (3° puesto); todo ello, en el marco de la Convocatoria N.° 002-2012-SN/CNM.

Mediante Resolución N.° 49, de fecha 26 de diciembre de 2013 [fojas 1665] el Quinto Juzgado Constitucional de Lima declaró la sustracción de la materia y el archivamiento definitivo del proceso.

**e. Segundo recurso de apelación por salto**

Con fecha **08 de enero de 2014**, el recurrente interpone recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de la STC N.° 01034-2013-PA/TC, y contra la Resolución N.° 49 expedida por el juez de ejecución [fojas 1701].

**FUNDAMENTOS**

**§1. Sobre el derecho a la ejecución de las sentencias constitucionales**

1. De conformidad con el artículo 139°, inciso 2 de la Constitución, toda persona sometida a un proceso judicial tiene derecho a que no se deje sin efecto aquellas resoluciones que han adquirido la autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución.

2. Sobre el particular, este Tribunal ha sostenido en reiterada jurisprudencia que este derecho garantiza al justiciable que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no sólo no puedan ser recurridas a través de medios impugnatorios –bien sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo legal para interponerlos– sino también que el contenido de las mismas no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, ya sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso [STC N.° 04587-2004-AA/TC, fundamento 38].

3. En el ámbito de los procesos constitucionales este derecho encuentra una configuración expresa en el artículo 22°, primer párrafo del Código Procesal Constitucional, el cual dispone que la sentencia que cause ejecutoria al interior de estos procesos "se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda".

4. La ejecución de las sentencias en sus propios términos, ha dicho este Tribunal en la STC N.° 01939-2011-PA/TC, constituye una garantía a favor de las partes procesales, esto es, "tanto para el ejecutante como para el ejecutado, puesto que les impide reabrir el debate ya finalizado y clausurado por la firmeza, así como modificar el derecho reconocido por sentencia firme a su capricho, alterando las condiciones en que fue delimitado [Carballo Piñeiro, Laura. *Ejecución de condenas de dar (tratamiento procesal adaptado a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil),* Barcelona, Bosch, 2001, p. 30]. En ese mismo sentido, ha reconocido que:

> "[no] resulta admisible que los contenidos de una resolución estimatoria puedan ser reinterpretados en vía de ejecución y que incluso tal procedimiento se realice de forma contraria a los propios objetivos restitutorios que con su emisión se pretende. Producida una sentencia estimatoria, y determinado un resultado a partir de sus fundamentos, es indiscutible que no pueden, estos últimos, ser dirigidos contra la esencia de su petitorio, de manera tal que este termine por desvirtuarse" [STC N.° 01102-2000-AA/TC].

5. Así pues, con la finalidad de garantizar la eficacia de este derecho en el contexto de los procesos constitucionales, este Tribunal, en la STC N.° 0004-2009-PA/TC, publicada el 15 de noviembre de 2010, ha establecido que el recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional procede contra la resolución del juez de ejecución que declara actuado, ejecutado o cumplido el mandato de una sentencia del Tribunal Constitucional, o que declara fundada la contradicción u observación propuesta por el obligado; frente a supuestos de inejecución, ejecución defectuosa o desnaturalización de una sentencia constitucional.

**§2. Análisis de la controversia**

6. De autos se desprende que la controversia de autos consiste en determinar si, en fase de ejecución de sentencia, se ha desvirtuado lo decidido por este Tribunal en la STC N.° 01034-2013-PA/TC, que declaró fundado el recurso de apelación por salto planteado por la parte demandante, y ordenó al CNM proceder a nombrar, entre los postulantes que quedaban en carrera, esto es, don César José Hinostroza Pariachi o don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, a aquel que corresponda desempeñarse como Fiscal Supremo, conforme a las bases y reglamentos vigentes al momento de realizarse la convocatoria para dicha plaza.

***§2.1 Sobre la presunta sustracción de la materia***

7. El recurso de apelación por salto tiene por objeto que se declare la nulidad de la resolución N.° 49, del 26 de diciembre de 2013 (f. 1665), emitida con ocasión del pedido del recurrente para que se declare la nulidad de la Sesión N.° 2498 y el Acuerdo N.° 1988-2013 que no lo nombra como Fiscal Supremo, así como al pedido de nulidad de la Sesión N.° 2499 y del Acuerdo N.° 1990-2013 que designa a doña Zoraida Ávalos Rivera como Fiscal Suprema; en ese sentido, dicha resolución declara la sustracción de la materia y dispone el archivo del proceso, dado que no existe vacante alguna que cubrir.

8. El Código Procesal Constitucional regula dos supuestos para que la sustracción de la materia se produzca, como se puede advertir de los artículos 1° y 5°.5 de dicha norma:

   8.1. En el primer caso, el segundo párrafo del artículo 1° refiere que "Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión (…". Como se aprecia del mismo, la norma establece que dependiendo del agravio, el juez puede declarar fundada la demanda, pero no dice que otra u otras alternativas tiene el juzgador –atendiendo justamente a la naturaleza de aquél–. Frente a ello, jurisprudencialmente este Tribunal ha declarado la sustracción de la materia, teniendo presente o el cese de la amenaza o agresión, o la irreparabilidad de la agresión.

   8.2. En el segundo caso, el artículo 5°.5 precitado precisa que la demanda es improcedente cuando "A la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable".

9. Como se advierte en ambos casos, estamos frente a situaciones en las que o la agresión o amenaza han cesado, o se han convertido en irreparables, lo que obviamente debe ocurrir antes de que se haya emitido sentencia resolviendo la pretensión planteada en cada caso.

10. Sin embargo, en el caso de autos nos encontramos frente a una situación en la que la parte recurrente ya cuenta no sólo con una

sentencia dictada a su favor, sino además con otra que complementa la anterior ante los nuevos hechos o actuaciones ocurridas o desarrolladas por la parte obligada, esto es, el Consejo Nacional de la Magistratura. En consecuencia, no procede declarar la sustracción de la materia ni mucho menos el archivo del proceso, sino determinar de qué manera se deben ejecutar las decisiones emitidas por este Tribunal y que tienen la calidad de cosa juzgada.

11. Por ello, este Tribunal recuerda al *a quo*, que el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales constituye parte inseparable de la exigencia de efectividad de la tutela judicial. En efecto, el Tribunal Constitucional ya ha dejado establecido en anterior oportunidad que *"el derecho a la ejecución de resoluciones judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, y que no se agota allí, ya que, por su propio carácter, tiene una vis expansiva que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal (…) El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido"* [STC N.° 0015-2001-AI, 0016-2001-AI y 0004-2002-AI/TC, fundamento 11]. En esa misma línea de razonamiento, se ha precisado en otra sentencia que *"la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela"*, reiterando la íntima vinculación entre tutela y ejecución al establecer que *"el derecho al cumplimiento efectivo y, en sus propios términos, de aquello que ha sido decidido en el proceso, forma parte inescindible del derecho a la tutela jurisdiccional a que se refiere el artículo 139.3 de la Constitución"* [STC N.° 04119-2005-PA/TC, fundamento 64].

12. Como lógica consecuencia de lo expuesto, no corresponde ya que este Tribunal se pronuncie sobre el fondo del proceso –pues existen dos sentencias sobre el particular–, sino únicamente recordar que en tanto no se ejecuten las sentencias dictadas en sede constitucional, en sus propios términos, no solo se afectan los derechos inicialmente demandados –debido proceso y a la motivación–, sino también los derechos de acceso a la función pública y a la presunción de inocencia, así como a la ejecución de las resoluciones judiciales.

13. Como correlato de ello, corresponderá que el CNM, con esta u otra conformación, procedan a ejecutar las sentencias emitidas, las que se mantienen subsistentes ante el incumplimiento de lo ordenado por el Tribunal Constitucional.

***§2.2 Sobre el modo de ejecutar la STC N.° 01034-2013-PA/TC en el presente caso***

14. Resuelta así esta cuestión previa, el Tribunal Constitucional debe entrar a analizar el modo en el que deberá ejecutarse la STC N.° 01034-2013-PA/TC, en concordancia con lo establecido primigeniamente en la STC N.° 03891-2011-PA/TC.

15. Al respecto, para este Tribunal no pasa desapercibido el hecho de que, con fecha posterior a la notificación de la STC N.° 01034-2013-PA/TC a la parte demandada y el correspondiente apercibimiento dictado por el juez *a quo*, el órgano demandado decidió proseguir con el procedimiento de selección y nombramiento iniciado con la Convocatoria N.° 0002-2012-SN/CNM, al punto de que, con fecha 18 de diciembre de 2013, mediante Acuerdo N.° 1990-2013, contenido en el Acta de Sesión N.° 2499, resolvió nombrar como Fiscal Supremo a la Dra. Zoraida Ávalos Rivera, quien figuraba en el primer puesto del cuadro de méritos elaborado por el Consejo. Y es tal decisión la cual, como se acaba de ver *supra*, motivó que el juez *a quo*, erróneamente, declarara la sustracción de la materia y el archivamiento definitivo del proceso.

16. Sin embargo, lo que el Quinto Juzgado Constitucional de Lima inexplicablemente olvida es que el CNM, de forma anterior a esta decisión, ya había sido notificado oportunamente de cuatro actos procesales, a saber:

    10.1. Notificación de la STC N.° 01034-2013-PA/TC, que ordenó al CNM proceder a nombrar, entre los postulantes que quedaban en carrera, esto es, don César José Hinostroza Pariachi o don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, a aquel que corresponda desempeñarse como Fiscal Supremo, conforme a las bases y reglamentos vigentes al momento de realizarse la convocatoria para dicha plaza [notificación ocurrida con fecha **4 de octubre de 2013**, según cédula que corre a fojas 1307 del Tomo II].

    10.2. Notificación de la Resolución N.° 44, de fecha 9 de diciembre de 2013, expedida por el propio Juzgado, mediante la cual requirió al CNM para que cumplan el mandato del Tribunal Constitucional [notificación ocurrida con fecha **11 de diciembre de 2013**, según cédula que corre a fojas 1497 y 1498 del Tomo III]

10.3. Notificación de la Resolución N.° 47, de fecha 17 de diciembre de 2013, mediante la cual el Juzgado había ordenado la suspensión del concurso N.° 002-2012-SN/CNM, *"a fin de evitar posible irreparabilidad en el derecho del actor"*, precisamente porque la plaza de Fiscal Supremo concursada era la única en la cual podía efectuarse el nombramiento de cualquier de los demandantes (señores Hinostroza Pariachi o Castañeda Segovia) [notificación ocurrida con fecha **18 de diciembre de 2013**, a horas **09:55**, según cédula de notificación que corre a fojas 1638 del Tomo III]; y finalmente,

10.4. Notificación de la Resolución N.° 48, de fecha 17 de diciembre de 2013, mediante la cual el propio Juez volvió a requerir al CNM para que dé cumplimiento de la STC N.° 01034-2013-PA/TC [notificación ocurrida con fecha **18 de diciembre de 2013**, a horas **09:55**, según cédula de notificación que corre a fojas 1635 del Tomo III].

17. En consecuencia, si algo resulta meridianamente claro del recuento de estas todas notificaciones procesales, es que el CNM estaba plenamente informado del mandato contenido en la STC N.° 01034-2013-PA/TC, de los requerimientos del juez de ejecución (producidos en dos oportunidades) y, lo que es más grave aún, del requerimiento de suspensión del concurso N.° 002-2012-SN/CNM.

    No obstante ello, en abierto desacato a lo resuelto por este Colegiado (y a los recaudos proveídos por el juez de ejecución para evitar la inejecutabilidad de la sentencia constitucional), el Consejo demandado prosiguió con el concurso N.° 002-2012-SN/CNM y, lo que es peor, declaró a un ganador en dicha plaza para Fiscal Supremo, paradójicamente el mismo día en que señalaba que el cumplimiento de la STC N.° 01034-2013-PA/TC era *"un imposible jurídico"* [Acuerdo N.° 1988-2013, de fecha 18 de diciembre de 2013, que obra a fojas 1650].

18. Al respecto, y a propósito del contenido de la Resolución N.° 47 que ordenó la suspensión del concurso N.° 002-2012-SN/CNM, *"a fin de evitar posible irreparabilidad en el derecho del actor"*, el Tribunal Constitucional estima conveniente precisar que tal pronunciamiento del juez *a quo* no sólo resultaba compatible con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, que obliga a quienes son responsables de ejecutarlas a *"adoptar, según las normas y procedimientos aplicables -y con independencia de que la resolución a ejecutar haya de ser cumplida por un ente público o no- las medidas necesarias y oportunas para su estricto cumplimiento"* [STC N.° 015-2001-AI, 016-2001-AI y 004-2002-AI/TC (acumulados), fundamento 12], sino también con lo previsto en el artículo 15° del Código Procesal Constitucional, que posibilita la solicitud y concesión de medidas cautelares cuando exista *"apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado o razonable para garantizar la eficacia de la pretensión"*, requisitos éstos que también pueden verificarse en etapa de ejecución de una sentencia constitucional que ya es firme [con el mismo criterio, puede verse la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 1 de julio de 2011, que concedió medida provisional en etapa de ejecución de una sentencia de la propia Corte].

19. En definitiva, a este Colegiado no le queda margen de duda de que todos los actos procedimentales posteriores a la notificación de la STC N.° 01034-2013-PA/TC a la parte demandada, y que tuvieron por objeto forzar la "inejecución" de la referida sentencia constitucional creando una supuesta "sustracción de la materia" allí adonde simplemente no podía haberla, no hacen otra cosa que demostrar una conducta procesal inaceptable por parte del CNM, completamente alejada de los principios de buena fe y rectitud que deben presidir la etapa de ejecución de las sentencias constitucionales [*Cfr*: STC N.° 03066-2012-PA/TC, fundamento 37], y con mayor razón las sentencias de este Alto Colegiado, que resultan plenamente vinculantes para todos los poderes públicos, y cuyos efectos empiezan a regir desde el día siguiente a su notificación [artículo 48° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional], so pena de transgredir la prohibición constitucional de avocamiento a causas pendientes ante un órgano jurisdiccional (en este caso, pendiente de ejecución) y de dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ambas reconocidas en el artículo 139° inciso 2° de la Constitución.

20. En tal sentido, el Tribunal Constitucional considera que, ante la evidencia de esta práctica abusiva y fraudulenta adoptada órgano demandado, y con el objeto de hacerle frente, debería atenderse a lo que dispone el artículo 44° del TUO de la Ley N.° 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo (aprobado por Decreto Supremo N.° 013-2008-JUS) [de aplicación supletoria a los procesos constitucionales, de conformidad con

el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional] , en el extremo en que se señala:

> *"Artículo 49.- Actos administrativos contrarios a la sentencia*
>
> *Son nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir el cumplimiento de éstas"*.

Así pues, y en ejecución de la STC N.° 01034-2013-PA/TC, el Tribunal Constitucional valora que una opción de reparación consistiría en declarar la nulidad de todos los actos posteriores realizados por el CNM después de notificado con la STC N.° 01034-2013-PA/TC; lo que supondría la nulidad de los nombramientos de las Fiscales Supremos Zoraida Avalos Rivera y Nora Miraval Gambini.

**§2.3 *La autorestricción de las competencias del Tribunal Constitucional y la plena efectividad de los derechos fundamentales en un Estado Constitucional, máxime si se trata de la ejecución de la STC N.° 01034-2013-PA/TC***

21. El Tribunal Constitucional consciente de su rol tutelar de los derechos fundamentales y de las sentencias que así lo reconocen y declaran su violación podía, sin ninguna dificultad y clase de impedimento, hacer uso de la facultad y competencia establecida en el artículo 59 del Código Procesal Constitucional que establece *"Cuando el obligado a cumplir la sentencia sea un funcionario público el Juez puede expedir una sentencia ampliatoria que sustituya la omisión del funcionario y regule la situación injusta"*, ordenando el nombramiento del accionante como Fiscal Supremo y anulando todo los actos posteriores que se opongan al mandato del Tribunal Constitucional.

22. Sin embargo, en respeto del principio de colaboración y buena fe de los poderes públicos, como de la lealtad constitucional que debe promover los órganos constitucionalmente autónomos, este colegiado considera que se debe respetar la prerrogativa constitucional del Consejo Nacional de la Magistratura de nombrar jueces y fiscales del Perú; de tal forma que sin invadir dicha competencia se debe proceder de manera inmediata a ordenar al CNM a que cumpla con nombrar al accionante en sede de ejecución de sentencia como Fiscal Supremo del Ministerio Público.

23. El Tribunal considera que proceder a declarar la nulidad de todos los actos realizados por el Consejo Nacional de la Magistratura, en especial los actos de nombramiento de las dos fiscales supremas, como una medida de reparación en vía de ejecución de la STC N.° 01034-2013-PA/TC resultaría manifiestamente desproporcionada y, en tal sentido, contraria a la función pacificadora que deben ostentar sus sentencias, orientadas como están a "crear certidumbre, estabilidad y seguridad respecto de los hechos que, directa o indirectamente, sean sometidos a su conocimiento o que puedan tener lugar como consecuencia de la expedición de sus sentencias" [STC N.° 0021-2003-AI/TC, fundamento 2]. Además de ello, el Tribunal no olvida que, de conformidad con el artículo 158° de la Constitución, los miembros del Ministerio Público tienen los mismos derechos y prerrogativas que los del Poder Judicial en la categoría respectiva, una de las cuales es precisamente "[l]a inamovilidad en sus cargos" [artículo 146° inciso 2 de la Constitución]. En definitiva, por estas razones, optar por la nulidad de todo lo actuado con posteridad a la notificación de la STC N.° 01034-2013-PA/TC al CNM, obligaría a este Tribunal a adoptar una medida desproporcional e inadecuada si se tiene en cuenta los hechos descritos, por lo que tal opción debe descartarse [sobre la imposibilidad fáctica del reintegro de magistrados destituidos con violación de sus derechos humanos, *cfr*: las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaídas en los casos *Corte Suprema de Justicia vs. Ecuador*, sentencia de 23 de agosto de 2013, párrafos 213 a 215; y *Tribunal Constitucional vs. Ecuador*, sentencia de 28 de agosto de 2013, párrafos 258 a 264].

24. El Tribunal Constitucional considera que la autorestricción de sus competencias y facultades, en especial en cuanto al uso y alcance del art. 59 del Código Procesal Constitucional, debe llevar al Consejo Nacional de la Magistratura a una seria y adecuada reflexión jurídica y social de reconocer la importancia de respetar y cumplir con las sentencias constitucionales, más aún si se relacionan con la vigencia y plena efectividad de derechos fundamentales en sede de ejecución de sentencia en que de manera firme se ha ordenado nombrar como Fiscal Supremo del Ministerio Público al accionante. El hecho de que el máximo Tribunal de la justicia constitucional en el Perú se autolimite en el empleo de sus facultades constitucionales y legales debe tener como correlato que el Consejo Nacional de la Magistratura cumpla con ejecutar las sentencias constitucionales dictadas por este Tribunal y el juez de ejecución, a fin de preservar la imagen de la justicia en el Perú y el pleno respeto a los derechos fundamentales, pues de otro modo

no se entiende cómo el Consejo Nacional de la Magistratura cuando, dentro del marco de sus competencias, evalúa, ratifica y destituye a jueces y fiscales de todas las jerarquías en el Perú exige a los magistrados del país el respeto de la Constitución y la ley si es que la misma institución no cumple de manera adecuada y de buena fe con las sentencias constitucionales. En ese sentido, sería un precedente nefasto para la propia credibilidad, autoridad y legitimidad del CNM que, por un lado, exija a los jueces respetar la Constitución y ejecutar sus sentencias si, por otro lado, de motu proprio desconoce las sentencias emitidas por el máximo Tribunal de la jurisdicción constitucional en el Perú.

25. El Tribunal Constitucional destaca que el propio Consejo Nacional de la Magistratura en diversas resoluciones promueve y exige a los magistrados (jueces y fiscales del Perú), como es su deber constitucional y legal, a cumplir y ejecutar los fallos de la justicia constitucional que han adquirido la calidad de cosa juzgada. Solo a título de ejemplo debe apreciarse la **Resolución N° 200-2012-PCNM**, de fecha 29 de marzo de 2012, en la que decide: *"No renovar la confianza a don Paulo Jorge Vivas Sierra y, en consecuencia, no ratificarlo en el cargo de Vocal (hoy Juez Superior) de la Corte Superior de Justicia de Cañete"*, **registrando como una de las razones de su no ratificación el mostrarse renuente a no cumplir con las decisiones del TC** (véase: http://www.cnm.gob.pe/webcnm/archivos/pdf/2012/er/RER2002012PCNM.pdf); por lo que resulta llamativo y paradójico que haya resistencia a cumplir de manera adecuada con los fallos de la justicia constitucional tendientes a preservar y restablecer los derechos fundamentales violados.

### §2.4 *El respeto a los derechos fundamentales de acceso a la función pública, presunción de inocencia y las medidas reparadoras de la justicia convencional y constitucional en la etapa de ejecución de sentencia*

26. El centro de la discusión constitucional, tanto en la demanda de amparo promovido por el accionante como en sede de ejecución de sentencia, ha sido y es el respeto a los derechos de acceso a la función pública y de presunción de inocencia, máxime si en el concurso público en el que participó y fue convocado por el propio Consejo Nacional de la Magistratura (Convocatoria N.° 002-2010-SN/VCNM) ocupó el primer lugar en el cuadro de méritos general para acceder la plaza de fiscal supremo del Ministerio Público.

27. El Tribunal Constitucional en la sentencia del **Exp. N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC; Caso: Colegio de Abogados de Arequipa y otro** estimó: *"que los contenidos de este derecho son los siguientes:* a) Acceder o ingresar a la función pública*; b) Ejercerla plenamente;* c) Ascender en la función pública*; d) Condiciones iguales de acceso. 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" (el resaltado es nuestro).

28. La idea central sobre la que gira el derecho al acceso de la función pública es el **principio del mérito**. En efecto, el acceso a la *función pública no representativa* está regido por el principio de acceso por mérito a través de oposición. En el Estado Constitucional, tal como se inscribe el Estado peruano, el principio del mérito y la capacidad es el principio basilar que ha de regir la regulación de las condiciones de acceso a la función pública. Dicho principio vincula positivamente al legislador respecto a que la regulación del acceso a la función pública observe irrestrictamente el mérito, la capacidad y la experiencia profesional; asimismo, que toda actuación de la administración del Estado y de toda entidad pública, en general, cumpla tal principio en todos sus actos en relación al acceso a la función pública de las personas.

29. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso **Apitz Barbera contra Venezuela** del **05 de Agosto del 2008** ha reconocido la vigencia del derecho al acceso a la función pública en condiciones de igualdad, consagrado en el art. 23.3 de la CADH. En dicha sentencia la Corte ha sentado la doctrina que: *"el respeto y garantía de este derecho se cumplen cuando "los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución [sean]*

*razonables y objetivos" y que "las personas no sean objeto de discriminación" en el ejercicio de este derecho"*. El Tribunal Constitucional español ha señalado que el derecho de acceso a la función pública: *"impide a los poderes públicos exigir requisitos no relacionados con el mérito y la capacidad"* (SSTC 193/1987, de 9 de diciembre; 206/1988, de 7 de noviembre; 67/1989, de 18 de abril; 27/1991, de 14 de febrero y 215/1991, de 14 de febrero).

30. En el caso del demandante resulta que ha ocupado el primer lugar del cuadro de méritos para ocupar la plaza de Fiscal Supremo, situación que ha sido reconocido en la sentencia estimatoria **N.º 03891-2011-PA/TC** y en la sentencia de ejecución **N.º 01034-2013-PA/TC,** y que el Consejo Nacional de la Magistratura no ha controvertido sino que lo aceptó desde el primer momento, de tal manera que el accionante no sólo tenía el mejor derecho para ser nombrado, sino que de acuerdo al principio de capacidad y mérito en el acceso de la función pública el Consejo Nacional de la Magistratura debía nombrarlo, más aún si registraba el primer lugar tanto en la prueba escrita como en el examen curricular y en la entrevista personal obtuvo el segundo lugar de las entrevistas de postulantes para ocupar la plaza de Fiscal Supremo. Pese a ello, el Tribunal recuerda que fueron nombrados como Fiscales Supremos los postulantes que ocuparon el segundo lugar y quinto lugar en el cuadro de méritos, violándose de esta manera el derecho de acceder a la función pública en condiciones de igualdad. El Tribunal Constitucional, como el máximo intérprete de la justicia constitucional en el Perú, no solo reconoció oportunamente este hecho, sino que considera que debe repararse de manera adecuada y suficiente nombrando al actor como Fiscal Supremo del Ministerio Público.

31. El Tribunal Constitucional destaca que las objeciones planteadas contra el actor y que acreditarían que no cuenta con una "conducta éticamente irreprochable" han sido planteadas con posterioridad a la clausura de la etapa de tachas y oposiciones del concurso público propio de la Convocatoria N.° 002-2010-SN/VCNM, los mismos que no han sido comunicados de manera oportuna al actor, violándose el derecho a ser informado de los cargos; de tal manera que sobre la base del principio de preclusión procesal y de presunción de inocencia no es válido desde el punto de vista constitucional y convencional sostener que el actor no cuenta con una conducta éticamente reprochable. Mantener un punto de vista contrario a los preceptos constitucionales y convencionales vigentes no solo supone desacatar la sentencia constitucional **N.º 03891-2011-PA/TC** y la sentencia de ejecución **N.º 01034-2013-PA/TC**, sino, además, incurrir en responsabilidades civiles y penales, en especial, supone cometer el delito de abuso de autoridad (art. 376 del CP).

32. En el sistema interamericano de Derechos Humanos se ha reconocido de manera pacífica y oportuna la posibilidad de efectuar reparaciones frente a la violación comprobada, como en este caso, de los derechos fundamentales o convencionales (art. 63.1 de la Convención). La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso **Chocrón Chocrón contra Venezuela** del 01 de julio del 2011 ha sostenida que: "la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente y que esa disposición "recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado".

33. El Tribunal Constitucional sobre la base del desarrollo internacional de protección de los derechos humanos plantea como mecanismo innovador y genuino, dada la reiterada violación de los derechos fundamentales y convencionales del actor efectuada por el Consejo Nacional de la Magistratura, la figura de reparación adecuada y suficiente que no puede ser otra que ordenar su nombramiento como Fiscal Supremo del Ministerio Público del Perú.

34. Al respecto, debe tomarse en cuenta la sentencia de la Corte IDH en el **Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela** de fecha 30 de junio de 2009 en el que se señaló como medida de reparación frente a la violación del derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad que: *"la Corte declara que en este caso el Estado debe reincorporar a la señora Reverón Trujillo a un cargo similar al que desempeñaba, con la misma remuneración, beneficios sociales y rango equiparables a los que le correspondería el día de hoy si hubiera sido reincorporada"*. Si bien es cierto que en el caso Reverón Trujillo se ordenaba reponer un derecho a una juez provisional que había sido separada de su cargo por el estado venezolano, el caso del actor -y la subsiguiente violación de sus derechos constitucionales y convencionales- es mucho más grave ya que el Consejo Nacional de la Magistratura del Perú le ha impedido acceder a la función pública en condiciones de igualdad, pese a que ocupó el primer lugar del cuadro de

méritos en el concurso público convocado por la propia institución. Aquí no se trata de una simple negativa a no nombrar en el cargo, sino de una negativa arbitraria que ha sido declarada no menos de cinco veces por la justicia constitucional, tanto en sede de este Tribunal como en ejecución de sentencia, en la que se reconoce la sucesiva y reiterada violación del derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad y el principio a la presunción de inocencia. Tan grave es la remoción o separación arbitraria de un magistrado (juez o fiscal) de su cargo como el impedir que un ciudadano ocupe un cargo público no representativo cuando ha obtenido el primer lugar en un concurso público. Incluso, este hecho puede llevar a una afectación constitucional y convencional mucho más grave e intensa, tal como ha ocurrido en este caso.

35. El Tribunal Constitucional tiene presente que la Corte IDH en el **Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela** señaló que la destitución arbitraria: *"podría generar un temor en los demás jueces que observan que sus colegas son destituidos y luego no reincorporados aún cuando la destitución fue arbitraria. (….). Por tanto, un recurso que declara la nulidad de una destitución de un juez por no haber sido ajustada a la ley debe llevar necesariamente a la reincorporación"*. En esta línea de ideas, se debe destacar que la violación del derecho de acceso a la función pública del actor y la negativa arbitraria del CNM de reconocer el derecho de acceso a la función pública podría llevar de manera irremediable a que los postulantes al cargo de juez o fiscal sientan desaliento y temor a participar en un concurso público convocado por el Consejo Nacional de la Magistratura si luego de cumplidas todas las etapas se obtiene, en base a la capacidad y mérito del postulante, un lugar adecuado en el cuadro de méritos y pese a ello no se le nombra como magistrado (juez o fiscal), sin aportar razones o brindando razones abiertamente inconstitucionales, como en este caso. Es más, llevado al campo de la administración pública se tiene que todo postulante a un cargo público no representativo vería desalentada su decisión de participar en un concurso público de méritos si es que no se le asegura ni se le provee de los mecanismos de seguridad suficiente para cubrir la plaza la que postula si es que tiene un buen lugar en el cuadro de méritos y de manera arbitraria el ente público simplemente no quiere nombrarle en el cargo. En tal sentido, queda claro que una vez que se haya declarado la nulidad de la decisión de no nombrar a un funcionario público (fiscal supremo en este caso) el único camino que se puede seguir es ordenar a la institución su nombramiento inmediato.

36. El Tribunal Constitucional se ve obligado, además, a dictar esta medida de reparación, ordenando que se proceda a nombrar al actor en el cargo de Fiscal Supremo, debido a que también se busca evitar que se demande al Estado peruano internacionalmente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y luego ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la violación de derechos humanos universalmente reconocidos como es el acceso a la función pública en condiciones de igualdad (art. 23.1 de la Convención americana) y la presunción de inocencia; con la consecuente condena del Estado peruano por el actuar de uno de sus organismos autónomo, al margen de las responsabilidades penales y civiles que puede dar lugar este hecho, amén del desprestigio internacional del Perú en la protección de los derechos humanos.

37. El Colegiado Constitucional desarrollando un fin reparador y preventivo se sirve recordar al Consejo Nacional de la Magistratura que ya anteriormente el Estado peruano ha sido demandado internacionalmente por actos cometidos por este órgano constitucionalmente autónomo al no brindar cobertura constitucional suficiente al momento de motivar las decisiones de no ratificación de los magistrados (jueces y fiscales) del Perú, situación que llevó al Estado peruano a firmar soluciones amistosas en las que se reconoció la violación de los derechos fundamentales; y que la reiterada jurisprudencia de este Tribunal ha tenido la oportunidad de constatar (Véase, y solo a título ejemplificativo, la sentencia del Exp. N.° 01412-2007-PA/TC; Caso: Lara Contreras). Por este motivo, el Tribunal Constitucional, en armonía con el principio de defensa preventiva del Estado peruano y dada los precedentes anteriores del Consejo Nacional de la magistratura ordena esta medida de reparación en favor del actor.

38. Los mecanismos reparadores respecto a cómo se debe implementar el nombramiento del actor como fiscal Supremo son: i) el Consejo Nacional de la Magistratura deberá requerir al Fiscal de la Nación la información actualizada sobre la existencia de una plaza vacante para cumplir con el mandato de la presente sentencia que resuelve el recurso de apelación por salto a fin de incorporar al demandante como Fiscal Supremo de dicha institución; ii) En caso que no sea posible este hecho se dispone, de manera supletoria, que el Consejo Nacional de la Magistratura reserve una plaza a fin de que sea ocupada

por el demandante César Hinostroza Pariachi, una vez que se produzca la correspondiente vacancia en la Fiscalía Suprema. Dentro de esta medida reparadora el Consejo Nacional de la Magistratura no debe realizar ningún concurso público para Fiscales Supremos, mientras no se nombre al demandante como Fiscal Supremo del Ministerio Público.

39. El máximo intérprete de la Constitución dicta, además, como medida reparadora que el Consejo Nacional de la Magistratura no repita en lo sucesivo, en este o en otros casos, una conducta que contraviene de manera flagrante el respeto a los derechos de acceso a a la función pública en condiciones de igualdad y el respeto al principio de presunción de inocencia.

**§2.3 *Sobre la responsabilidad constitucional de los consejeros demandados en la ejecución de la STC N.° 01034-2013-PA/TC***

40. De conformidad con el artículo 22° del Código Procesal Constitucional, para el cumplimiento de las sentencias constitucionales, y de acuerdo al contenido específico del mandato y la magnitud del agravio constitucional *"el juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable"*.

41. En el caso de la imposición de *multas coercitivas*, éstas constituyen un medio compulsorio a través del cual se busca coaccionar a la parte demandada para que cumpla con lo dispuesto en la sentencia constitucional. En cambio, en el caso específico de la *destitución del responsable*, se trata sin duda alguna de una medida de última ratio, a la cual cabe acudir sólo cuando las otras vías hayan resultado infructuosas, y siempre que se cumpla con la debida observancia de los procedimientos legales y constitucionales que prevé el ordenamiento jurídico para la remoción de determinadas autoridades y funcionarios de alto rango.

42. En el caso concreto, este Tribunal aprecia que, vistas las actuales circunstancias, la imposición de multas coercitivas resulta un medio idóneo para lograr el cabal cumplimiento de lo ordenado en la sentencia de autos; pero asimismo, observa que la aplicación de tal medida puede resultar infructuosa de ocurrir una nueva renuencia del Consejo demandado, por lo que, sin perjuicio de lo anterior, debe estarse igualmente a lo que establece el artículo 99° de la Constitución, de conformidad con el cual, *"corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: (…) a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura (…) por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas"*.

43. En consecuencia, dada la renuencia reiterada del órgano demandado en cumplir las sentencias y resoluciones de ejecución dictadas en la presente causa, el Tribunal Constitucional considera que resulta de aplicación lo previsto en el artículo 22° del Código Procesal Constitucional, de modo tal que si, una vez notificada la presente sentencia, el CNM no diera cumplimiento del mandato constitucional dentro del plazo de diez (10) días hábiles, el juez de ejecución deberá aplicar el equivalente a 20 Unidades de Referencia Procesal, a modo de *multa acumulativa* al órgano demandado; y, en caso de renuencia, deberá proceder al mecanismo de la *destitución del responsable*, disponiendo la remisión de los actuados a la Comisión Permanente del Congreso de la República, a fin de que, en cumplimiento del artículo 99° de la Constitución, se proceda a la acusación constitucional de los consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura, por infracción de la Constitución [concretamente, de los artículos 51°, 201° primer párrafo y 202° inciso 2 de la Constitución] y/o por comisión de ilícito penal [artículos 368° y 377° del Código Penal, que tipifican los delitos de "incumplimiento de obligación" y de "desobediencia o resistencia a órdenes del funcionario público", respectivamente], y se proceda a la remoción definitiva de dichos funcionarios; de modo tal que los nuevos consejeros que sean elegidos por el Congreso de la República en reemplazo de los removidos, una vez instalados en sus cargos, den cabal cumplimiento a lo ordenado por este Colegiado.

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

**RESUELVE**

1. Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación por salto planteado por el demandante César José Hinostroza Pariachi; y por consiguiente, **ORDENAR** al Consejo Nacional de la Magistratura, que **NOMBRE** al demandante como Fiscal Supremo del Ministerio Público, **respetando estrictamente el orden de méritos** alcanzado en dicho concurso (Convocatoria N.° 002-2010–SN/VCNM), tal como lo establece el artículo 33° de la Ley N.° 29277, Ley de la Carrera Judicial.

2. **DISPONER** que el Consejo Nacional de la Magistratura deberá requerir al Fiscal de la Nación la información actualizada sobre la existencia de una plaza vacante para cumplir

con el mandato de la STC N.° 01034-2013-PA/TC, a fin de incorporar al demandante como Fiscal Supremo de dicha institución;

3. En caso de no existir plazas vacantes, **DÉJESE EN RESERVA** una plaza a fin de que sea ocupada por el demandante César José Hinostroza Pariachi, una vez que se produzca la correspondiente vacancia en la Fiscalía Suprema.

4. **DISPONER** que el Consejo Nacional de la Magistratura, dentro de la medida reparadora, no realice ningún concurso público para Fiscales Supremos, mientras no se nombre al demandante como Fiscal Supremo del Ministerio Público, como medida de reparación en cumplimiento de la STC N.° 01034-2013-PA/TC y de la presenta sentencia.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.° 00776-2014-PA/TC (EXP. N.° 01034-2013-PA/TC)
LIMA
CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI

**AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Lima, 7 de octubre de 2014

**VISTO**

El pedido de nulidad, entendido como recurso de reposición, de fecha 12 de mayo de 2014, interpuesto por el Procurador Público Adjunto del Consejo Nacional de la Magistratura, contra la resolución del Tribunal Constitucional de fecha 14 de abril de 2014; y,

**ATENDIENDO A QUE**

1. El artículo 121° del Código Procesal Constitucional establece que "contra los decretos y autos que dicte el Tribunal, solo procede, en su caso, el recurso de reposición ante el propio Tribunal". Asimismo, debe tenerse en cuenta que, el artículo III de su Título Preliminar prevé que el Tribunal Constitucional debe adecuar la exigencia de las formalidades previstas en dicho Código al logro de los fines de los procesos constitucionales, los cuales son garantizar la primacía de la Constitución y tutelar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

**§1. Pedido de nulidad planteado en el presente caso**

2. El pedido de nulidad, entendido como recurso de reposición, planteado por el Procurador Público a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura, cuestiona la resolución del Tribunal Constitucional de fecha 14 de abril de 2014, en cuanto: i) ordena al Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) que nombre a César José Hinostroza Pariachi como Fiscal Supremo; ii) deja en reserva una plaza a favor de dicha persona para que la ocupe una vez que se produzca la respectiva vacancia en la Fiscalía Suprema; y, iii) ha sido resuelta por solo cuatro magistrados y no por el Pleno del Tribunal Constitucional.

3. El Procurador Público a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura alega que dicha resolución del 14 de abril de 2014, vulnera otra vez el artículo 154.°, inciso 1), de la Constitución, el cual establece que una de las funciones exclusivas del Consejo Nacional de la Magistratura (en adelante CNM) es el nombramiento, previo concurso público de méritos y evaluación personal, de los fiscales de todos los niveles. Como dicho nombramiento requiere el voto conforme de los dos tercios del número legal de sus miembros, los magistrados del Tribunal Constitucional que suscriben la resolución del 14 de abril de 2014 no pueden ordenar que se nombre a César José Hinostroza Pariachi como Fiscal Supremo porque ello constituye una intromisión en las atribuciones del CNM. Refiere también que dicha resolución afecta el artículo 65.4 de la Ley de la Carrera Judicial, pues no puede considerarse a César José Hinostroza Pariachi como candidato en reserva dado que no se encuentra en el cuadro de aptos elaborado por el CNM. Finalmente, aduce que la resolución quebranta la finalidad *restitutoria* del amparo, establecida en la Constitución, el Código Procesal Constitucional y en reiterada jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional sobre casos similares, al disponer que el CNM nombre a César José Hinostroza Pariachi como Fiscal Supremo.

**§2. Actuaciones relevantes en el proceso: sentencia definitiva del Tribunal Constitucional (cosa juzgada) y resoluciones dictadas en la etapa de "ejecución" de sentencia**

4. Teniendo en cuenta que el pedido planteado en autos alude a determinados "vicios insalvables" ocurridos en la etapa de ejecución de sentencia y que el CNM ha cumplido con lo resuelto en la sentencia definitiva con calidad de cosa juzgada del Tribunal Constitucional,

es indispensable precisar cuáles han sido las pretensiones del demandante y cuáles las principales decisiones jurisdiccionales en el presente caso:

- **16 de mayo de 2011**. El demandante César José Hinostroza Pariachi interpone demanda de amparo contra el CNM (fojas 100 a 133). Entre sus pretensiones principales, destaca la siguiente.

  > Restituyéndose las cosas al estado anterior a la violación de mi derecho a un debido proceso ["a no ser víctima de una decisión arbitraria" y a la debida motivación, fojas 105 y ss.], se declare la nulidad del Acuerdo N.° 176-2011, del Consejo Nacional de la Magistratura (…) y que emita un nuevo acuerdo, previa votación, respetando estrictamente el orden de méritos ya establecido.

- **8 de setiembre de 2011.** El demandante interpone recurso de agravio constitucional (fojas 241 a 285), alegando, entre otros fundamentos, la vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones administrativas (fojas 251 a 263). Solicita lo siguiente: que "la presente demanda sea declarada FUNDADA y, retrotrayendo las cosas al momento de la vulneración de mis derechos fundamentales, disponerse una nueva votación respecto a mi postulación al cargo de Fiscal Supremo".

- **16 de enero de 2012**. El Tribunal Constitucional expide sentencia definitiva con calidad de cosa juzgada, resolviendo lo siguiente:

  1. Declarar FUNDADA la demanda al haberse acreditado la violación de los derechos al debido proceso y a la motivación de las resoluciones previstos por los incisos 3) y 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, y en consecuencia,
  2. Declarar NULO el Acuerdo N.° 0176-2011 adoptado por el Consejo Nacional de la Magistratura (…)
  3. Ordenar al Consejo Nacional de la Magistratura emitir un nuevo acuerdo debidamente motivado lo que supone, evidentemente, que sus miembros previamente vuelvan a votar su decisión (…).

- **29 de noviembre de 2012.** El CNM, en sesión plenaria, convocada a fin de dar cumplimiento a la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional, adoptó el Acuerdo N.° 1614-2012, resolviendo no nombrar a César José Hinostroza Pariachi como Fiscal Supremo, al no haber alcanzado el voto conforme de los dos tercios del número legal de miembros del CNM (fojas 672 a 677).

- **21 de enero de 2013**. En la etapa de ejecución de sentencia, el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, mediante Resolución N.° 34, declaró, entre otros puntos: i) improcedente el pedido de conclusión del proceso solicitado por el CNM; ii) que el CNM vuelva a emitir un nuevo pronunciamiento; y, iii) improcedente el pedido de sentencia ampliatoria (fojas 906 a 913).

- **28 de enero de 2013**. El demandante César José Hinostroza Pariachi, interpone recurso de apelación por salto contra la Resolución N.° 34, del 21 de enero de 2013, alegando, entre otros argumentos, el siguiente: "en el presente caso, el juez de ejecución está plenamente habilitado para ordenar que se me expida el título como fiscal supremo, porque otorgarle una tercera oportunidad [al CNM] para realizar la evaluación (…) implicaría seguir vulnerando su derecho fundamental". (fojas 944).

- **30 de enero de 2013**. El Procurador Público del CNM interpone recurso de apelación por salto contra la Resolución N.° 34, del 21 de enero de 2013, alegando, entre otros argumentos, que el Juez del Quinto Juzgado Constitucional no puede atribuirse la facultad de "señalar las pautas" que los consejeros deberán tener presente al emitir su voto (fojas 1093), de modo que al hacerlo "ha desnaturalizado la ejecución de la sentencia del Tribunal Constitucional" (fojas 1096).

- **9 de setiembre de 2013**. En la etapa de ejecución de sentencia, el Tribunal Constitucional, en mayoría (magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda), y con votos singulares (magistrado Urviola Hani y Calle Hayen), declara fundado el recurso de apelación por salto presentado por el demandante, y ordena al CNM que proceda a nombrar "entre los postulantes que quedan en carrera, esto es, don César José Hinostroza Pariachi o don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, a aquel que corresponda desempeñarse como Fiscal Supremo".

- **14 de abril de 2014**. En la etapa de ejecución de sentencia, el Tribunal Constitucional (magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda) declara fundado el recurso de apelación por salto planteado por el demandante y ordena que el CNM nombre a César José Hinostroza Pariachi como Fiscal Supremo, entre otros extremos.
- **12 de mayo de 2014**. El Procurador Público Adjunto del CNM plantea ante el Tribunal Constitucional el pedido de nulidad de la decisión del TC de fecha 14 de abril de 2014.
- **21 de mayo de 2014**. Son elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los doctores Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, quienes junto con el Presidente Urviola Hani, conforman el nuevo Pleno del Tribunal Constitucional. Los nuevos magistrados asumieron funciones el 3 de junio de 2014.

**§3. Primacía de la Constitución, adecuación de las formalidades y justificación de un pronunciamiento de carácter excepcional**

5. De la revisión de lo solicitado por el Procurador Público del CNM, cabe destacar que no solo se cuestiona la resolución del Tribunal Constitucional del 14 de abril de 2014, sino también la de fecha 9 de setiembre de 2013 (fojas 53 a 58 del cuaderno del Tribunal Constitucional), expedidas en la etapa de ejecución de sentencia, en la medida que "desnaturalizan" la cosa juzgada de la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2012 y vulneran las competencias constitucionales del CNM. Por tanto, el pedido de "nulidad de pleno derecho", entendido como *recurso de reposición*, formulado por el Procurador Público del CNM, si bien se dirige expresamente a que se declare la nulidad de la resolución del 14 de abril de 2014 (que ordena al CNM nombrar a César José Hinostroza Pariachi como Fiscal Supremo), cabe asumir, en aplicación del principio de *suplencia de queja deficiente*, que se dirige también contra aquella decisión del Tribunal Constitucional del 9 de setiembre de 2013 (que ordena al CNM nombrar a César José Hinostroza Pariachi o a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo), puesto que, del referido pedido y de los reiterados cuestionamientos realizados por el CNM en dicha etapa de ejecución de sentencia, se desprende el mismo cuestionamiento: que el Tribunal Constitucional invadió las competencias constitucionales del Consejo Nacional de la Magistratura.

6. Teniendo en cuenta lo expuesto, el Tribunal Constitucional estima que su pronunciamiento no sólo debe circunscribirse al examen de la resolución de fecha 14 de abril de 2014, sino que además debe extenderse al de todas aquellas decisiones que se hayan dictado, según lo cuestionado por el Procurador Público del CNM, en contravención de la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2012, que tiene la calidad de cosa juzgada, así como de las competencias constitucionales del CNM. Al respecto, cabe precisar que el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece que el Tribunal Constitucional debe "adecuar la exigencia de las formalidades previstas en [dicho] Código al logro de los fines de los procesos constitucionales". A su vez, el artículo II prevé que "son fines esenciales de los procesos constitucionales *garantizar la primacía de la Constitución* y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales". En el presente caso, el Procurador Público del CNM cuestiona que en la etapa de ejecución de una sentencia definitiva del Tribunal Constitucional con autoridad de cosa juzgada, se han expedido decisiones que no sólo desconocen dicha cosa juzgada sino que además, asumiendo competencias constitucionales del CNM, han obligado a dicho órgano a nombrar al demandante César José Hinostroza Pariachi como Fiscal Supremo. Ello constituye un supuesto que justifica un pronunciamiento excepcional del Pleno del Tribunal Constitucional en el que se examinen los aludidos cuestionamientos a efectos de garantizar la primacía de la Constitución.

7. En tal sentido, son cuatro los puntos que deben dilucidarse en el presente caso: i) la competencia del Pleno del Tribunal Constitucional en la etapa de ejecución de sentencia; ii) si las decisiones de fechas 9 de setiembre de 2013 y 14 de abril de 2014 del Tribunal Constitucional, entre otras decisiones, vulneran la cosa juzgada establecida en la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2012; iii) si el Consejo Nacional de la Magistratura ha cumplido con lo dispuesto en dicha sentencia definitiva; y, iv) los límites del juez constitucional en el control de las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura.

**§4. Sobre la competencia del Pleno del Tribunal Constitucional en la etapa de ejecución de sentencia**

8. Mediante Resoluciones Legislativas N.° 005-2013-2014, 006-2013-2014, 007-2013-2014, 008-2013-2014, 009-2013-2014 y 010-2013-2014, publicadas en el diario

oficial *El Peruano* con fecha 22 de mayo de 2014, el Congreso de la República da cuenta de que en sesión plenaria del 21 de mayo de 2014 ha elegido a don Ernesto Jorge Blume Fortini, don Eloy Andrés Espinosa-Saldaña Barrera, doña Marianella Leonor Ledesma Narváez, don Manuel Jesús Miranda Canales, don Carlos Augusto Ramos Núñez y don José Luis Sardón de Taboada magistrados del Tribunal Constitucional.

9. Con la incorporación de los nuevos magistrados, el Pleno del Tribunal Constitucional, así como sus respectivas Salas asumieron la competencia para conocer todos los procesos pendientes de resolver. En el caso de autos, tratándose del cuestionamiento de decisiones del Tribunal Constitucional expedidas como consecuencia de la tramitación del recurso de apelación por salto es de aplicación el segundo párrafo del artículo 29-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, que establece lo siguiente: "(…) Todos estos expedientes [de apelación por salto, recurso de agravio a favor del cumplimiento de sentencias del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial y actos homogéneos] son resueltos por los mismos magistrados que intervinieron en la *sentencia*. Si algún magistrado ya no se encuentra en el Tribunal Constitucional, se completa con los Magistrados del Colegiado que previno (Pleno, Sala 1 o Sala 2), de menor a mayor antigüedad y al final se llama al Presidente de la Sala o del Pleno" [resaltado agregado].

10. Cuando dicha disposición reglamentaria establece, entre otros supuestos, que el recurso de apelación por salto debe ser resuelto por los mismos magistrados que intervinieron en la sentencia, debe entenderse que dicha sentencia alude a la **sentencia definitiva, con calidad de cosa juzgada**. En el presente caso, dicha sentencia definitiva es aquella expedida por el Pleno del Tribunal Constitucional con fecha 16 de enero de 2012 (Expediente N.° 03891-2011-PA/TC), que declaró fundada la demanda y ordenó al CNM emitir un nuevo acuerdo debidamente motivado. Por tanto, teniendo en cuenta que en el caso de autos se examinarán decisiones del Tribunal Constitucional que responden al recurso de apelación por salto, el nuevo Pleno del Tribunal Constitucional es competente para asumir conocimiento.

**§5. La sentencia definitiva con autoridad de cosa juzgada como parámetro y límite de la etapa de ejecución de sentencia**

11. El inciso 2) del artículo 139° de la Constitución establece el principio de que no debe dejarse sin efecto resoluciones que han adquirido la calidad de cosa juzgada. En los términos de dicho precepto constitucional,

> Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 2) La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. *Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada*, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución (…) [resaltado agregado].

12. Dicha disposición constitucional debe interpretarse, por efectos del principio de unidad de la Constitución, de conformidad con el inciso 13) del mismo artículo 139° de la Constitución, que prevé "la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada".

13. En reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha establecido los elementos principales que configuran la garantía de la cosa juzgada. Así, en el Expediente N.° 04587-2004-AA/TC FJ 38, sostuvo que "mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó" .

14. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha sostenido que "el derecho a la tutela jurisdiccional (…) garantiza, entre otros aspectos, que una sentencia con calidad de cosa juzgada sea cumplida en sus términos. Como consecuencia de ello, se desprende, por un lado, un mandato de que las autoridades cumplan lo ordenado o declarado en ella en sus propios términos y, por otro, una prohibición de que cualquier autoridad, incluida la jurisdiccional, deje sin efecto las sentencias y, en general, resoluciones que ostentan la calidad de cosa juzgada (art. 139°, inc. 2, Const.). Esto último resulta relevante

en el caso ya que ello implica que si un juez deja sin efecto una sentencia con calidad de cosa juzgada se habrá afectado el derecho a la tutela jurisdiccional de la persona, cuya pretensión dicha sentencia ha estimado" [Exp. N.° 01569-2006-PA/TC FJ 4].

15. Por otra parte, el derecho a la efectiva ejecución de las resoluciones judiciales, exigible en la etapa de ejecución de sentencia, constituye la materialización de la tutela jurisdiccional del Estado respecto de aquello que ha sido definido en una sentencia con la calidad de cosa juzgada. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a la efectiva ejecución de las resoluciones judiciales "impone especiales exigencias a los sujetos pasivos del derecho, es decir, a los que se encuentran en principio vinculados y, en particular, a quienes participaron en calidad de partes en el proceso y, desde luego, al propio juez" (Exp. N.° 00015-2001-AI/TC FJ 12).

16. La etapa de ejecución de sentencia definitiva no puede convertirse en sede de un nuevo proceso que modifique o anule los efectos de tal sentencia, precisamente porque desnaturalizaría su finalidad de cumplimiento de lo ya decidido en una sentencia firme, concluyente y definitiva, que por ello tiene la calidad de cosa juzgada. En dicha ejecución de sentencia, tanto los respectivos jueces como el Tribunal Constitucional tienen la obligación especial de proteger y efectivizar lo decidido en la sentencia definitiva, sin que puedan, en ningún caso, reducir, modificar o aumentar los efectos de lo decidido, incorporar nuevas pretensiones o valoraciones que no fueron objeto de debate en el proceso principal que dio origen a la sentencia definitiva y, menos aún, resolver conforme a su moral subjetiva.

17. En el presente caso, la sentencia definitiva con calidad de cosa juzgada, es aquella expedida por el Pleno del Tribunal Constitucional con fecha 16 de enero de 2012, en la que se resuelve declarar fundada la demanda por haberse acreditado la violación de los derechos al debido proceso y a la motivación de las resoluciones previstos por los incisos 3) y 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú; y ordena al CNM "emitir un nuevo acuerdo debidamente motivado lo que supone, evidentemente, que sus miembros previamente vuelvan a votar su decisión". Dicha sentencia definitiva, que ordenaba al CNM una nueva motivación, es la que, una vez en etapa de ejecución de sentencia, debía ser cumplida y ejecutada "en sus propios términos" tanto por los jueces de ejecución como por el Tribunal Constitucional al ser sometida a su conocimiento, sin que haya podido ser desnaturalizada, ni modificada. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, mediante decisión del 9 de setiembre de 2013, resolviendo el recurso de apelación por salto interpuesto por el demandante, ordenó al CNM que nombre a César José Hinostroza Pariachi o a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo, y a partir de tal decisión expidió otros pronunciamientos como el de fecha 14 de abril de 2014, mediante el cual ordenó al CNM que nombre a César José Hinostroza Pariachi como Fiscal Supremo, entre otros extremos.

18. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional considera que las decisiones del Tribunal Constitucional, de fecha 9 de setiembre de 2013 (que ordena al CNM nombrar a César José Hinostroza Pariachi o a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo) y del 14 de abril de 2014 (que ordena al CNM nombrar a César José Hinostroza Pariachi como Fiscal Supremo), desnaturalizan la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2012 y, con ello, afectan la garantía de cosa juzgada que la revestía, pues dicha sentencia tan solo ordenaba al CNM una nueva motivación. Por tanto, debe declararse fundado el recurso de reposición de autos; y, en consecuencia, declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la decisión del Tribunal Constitucional de fecha 9 de setiembre de 2013, incluida la del 14 de abril de 2014, expedidas en la etapa de ejecución de sentencia, por contener evidentes afectaciones a la cosa juzgada. Es necesario precisar que, al margen de que se puedan autodenominar "sentencias" decisiones como la del 9 de setiembre de 2013, constituyen en realidad "autos" que resuelven incidencias en la etapa de ejecución de sentencia.

19. A este respecto, cabe precisar que los actos procesales se califican no por los nombres que se les atribuyan, sino por el contenido o esencia de la situación jurídica que regulan. Así por ejemplo, cuando el artículo 59° del Código Procesal Constitucional menciona la expresión "sentencia ampliatoria", es claro que con independencia de dicha nominación, el respectivo acto procesal es en su esencia un "auto", pues regula una incidencia en la cual el juez, en etapa de ejecución de una sentencia definitiva, debe sustituir la omisión de un funcionario público de modo que se cumpla lo decidido en dicha sentencia definitiva. Por ello, a efectos de uniformizar la nomenclatura del Código Procesal Constitucional, cuando éste haga referencia a la denominada "sentencia ampliatoria", expedida en la etapa de ejecución de una sentencia definitiva, con calidad de cosa

juzgada, debe entenderse que dicha "sentencia ampliatoria" constituye en la teoría procesal una "sentencia incidental", cuya naturaleza o esencia es la de un "auto". En el presente caso, la decisión del Tribunal Constitucional de fecha 9 de setiembre de 2013, que se autodenomina "sentencia" y que ordena al CNM nombrar al postulante César José Hinostroza Pariachi o a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo, o aquella decisión de fecha 14 de abril de 2014, que se autodenomina "sentencia" y que ordena al CNM nombrar a César José Hinostroza Pariachi como Fiscal Supremo, ambas dictadas en la etapa de ejecución de una sentencia definitiva, constituyen inequívocamente "autos", toda vez que resuelven incidencias (recursos de apelación por salto) presentadas en dicha etapa.

20. Finalmente, más allá de que decisiones tales como la del 9 de setiembre de 2013, deben ser declaradas nulas por contener evidentes afectaciones a la cosa juzgada de la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2012, cabe precisar que su autodenominación de "sentencia" resulta impertinente en la medida en que conforme al artículo 59° del Código Procesal Constitucional, la aludida "sentencia ampliatoria" debe dictarse para sustituir la "omisión del funcionario" encargado de cumplir la sentencia definitiva. Ello no es lo que ha sucedido en el caso del CNM, en razón de que precisamente éste había expedido decisiones mediante las cuales dicho órgano consideraba haber cumplido con lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la referida sentencia del 16 de enero de 2012.

**§6. La motivación del CNM y la verificación del cumplimiento de la sentencia definitiva con calidad de cosa juzgada**

21. Teniendo en cuenta la nulidad identificada respecto de todo lo actuado a partir de la decisión del Tribunal Constitucional de fecha 9 de setiembre de 2013, corresponde resolver los recursos de apelación por salto interpuestos por César José Hinostroza Pariachi y el Procurador Público del CNM (fojas 906 a 913) contra la Resolución N.° 34, de fecha 21 de enero de 2013, expedida por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, que declaró: i) improcedente el pedido de conclusión del proceso solicitado por el CNM; ii) que el CNM vuelva a emitir un nuevo pronunciamiento; y, iii) improcedente el pedido de sentencia ampliatoria.

22. Al respecto, cabe mencionar que de fojas 672 a 677, obra el Acta de la Sesión Plenaria Extraordinaria del CNM, de fecha 29 de noviembre de 2012. Esa acta, entre otros extremos, contiene el Acuerdo N.° 1614-2012, que resuelve no nombrar a César José Hinostroza Pariachi como Fiscal Supremo del Ministerio Público, por no haber alcanzado el voto conforme de los dos tercios del número legal de miembros del CNM, de conformidad con el artículo 154°, inciso 1), de la Constitución. Tal acta del CNM establece lo siguiente:

> Acto seguido se procedió a la votación de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento respectivo. Se inició la votación respecto del siguiente postulante:
>
> **CÉSAR HINOSTROZA PARIACHI**
>
> **Por su nombramiento**: votaron los señores Consejeros Gastón Soto Vallenas, Luis Maezono Yamashita, Máximo Herrera y Pablo Talavera Elguera.
>
> **Por el no nombramiento**: votaron los señores Consejeros Vladimir Paz de la Barra, Gonzalo García Núñez y Luz Marina Guzmán Díaz.
>
> **El fundamento de voto de los señores Consejeros Vladimir Paz de la Barra y Luz Marina Guzmán Díaz es el siguiente**:
>
> (…) Los suscritos, esta vez no votan por el candidato **CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI** para el cargo porque no cuenta con el perfil de Fiscal Supremo de trayectoria personal éticamente irreprochable, en razón de que no ha actuado con ética al tratar de justificar su omisión incurrida en no haber consignado en sus Declaraciones Juradas la adquisición de un inmueble en Estados Unidos de Norteamérica efectuado por su cónyuge (…) incumpliendo además lo dispuesto por la Ley 27482 que regula la obligación de los jueces de presentar Declaraciones Juradas de Ingresos y de Bienes y Rentas. Estas son las razones:
>
> **PRIMERA RAZÓN.-** Que la Ley 27482, obliga entre otras personas a los jueces superiores, a presentar al inicio, durante el ejercicio con una periodicidad anual y al término de la gestión, su correspondiente Declaración Jurada de Bienes y Rentas, que contenga todos los ingresos, bienes y rentas debidamente especificados y valorizados tanto en el país como en el extranjero.
>
> Que asimismo, el artículo 34° inciso 14) de la Ley de la Carrera Judicial establece que es deber de los jueces presentar una declaración jurada de bienes y rentas al

inicio del cargo, anualmente, al dejar el cargo y cada vez que sus bienes y/o rentas varíen en más de un veinte por ciento (20%).

**SEGUNDA RAZÓN.-** Que el Juez Superior **CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI** celebró su matrimonio con doña Gloria Gutiérrez Chapa, optando por el régimen de sociedad de gananciales, por lo que consecuentemente como Juez tiene pleno conocimiento de lo dispuesto en el Título III Régimen Patrimonial, del Libro III Derecho de Familia del Código Civil, en cuyo artículo 301° se establece que la Sociedad de Gananciales está integrada por bienes propios y bienes sociales; y que además en los artículos 302° y 310° se precisa cuáles son los bienes propios y cuáles los sociales; enfatizándose en el primer párrafo del citado artículo 310° lo siguiente: **" Son bienes sociales... los que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión".**

Que, por otro lado, en el Libro X Derecho Internacional Privado del Código Civil, específicamente en el artículo 2078, se dispone que **"el Régimen patrimonial del matrimonio y las relaciones de los cónyuges respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal. El cambio de domicilio no altera la ley competente para regir las relaciones de los cónyuges en cuanto a los bienes adquiridos antes del cambio".**

Que siendo esto así, se concluye que todos los bienes que los cónyuges **CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI** y **GLORIA GUTIÉRREZ CHAPA** hubieran adquirido respectivamente en el Perú y en el extranjero, con dinero proveniente de sus correspondiente trabajo, profesión o industria y durante la vigencia de sus matrimonios y régimen patrimonial de sociedad de gananciales constituyen bienes sociales, razón por la que el magistrado HINOSTROZA PARIACHI tenía la obligación de consignar en su Declaración Jurada Anual la adquisición de la casa de dos pisos efectuado por su esposa en Diciembre de 2004, cuya numeración es la siguiente: **N.° 12867 SOUTH WEST 135 TERRACE,** de los Estados Unidos de Norteamérica.

**TERCERA RAZÓN.-** Que se pone fin a la sociedad de gananciales, conforme lo dispone el artículo 318° del Código civil, por invalidación del matrimonio, separación de cuerpos, divorcio y declaración de ausencia; causales que necesariamente deben ser objetos de un proceso judicial y sentencia consentida o ejecutoriada; además se pone fin a la sociedad de gananciales por muerte de uno de los cónyuges; por último se pone fin a la sociedad de gananciales, por cambio de régimen patrimonial de sociedad de gananciales a la separación de patrimonios, siempre que se realice por escritura pública debidamente inscrita en el Registro Personal, acto registral a partir del cual dicho cambio de régimen tendrá plena vigencia, como lo prescribe el artículo 296° del referido Código Civil.

Que dentro de este contexto jurídico, el documento privado con firmas legalizadas con fecha 27 de Setiembre de 2004 denominado: **"Acuerdo Mutuo de Separación Convencional"** que presentó ante la OCMA el magistrado CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI para tratar de demostrar que con tal documento privado puso fin a su régimen patrimonial de sociedad de gananciales y que por ende el inmueble adquirido por su esposa constituye un bien propio de ella, respecto al cual no tiene la obligación de incorporarlo en su Declaración Jurada, resulta totalmente insuficiente para dar por fenecida su Sociedad de Gananciales, toda vez que se pone fin a la Sociedad de Gananciales conforme se dijo anteriormente, por muerte de uno de los cónyuges, por sentencias que declaren la anulación del matrimonio, el divorcio, la separación de cuerpos, la ausencia de uno de los cónyuges, o por el cambio de régimen patrimonial de Sociedad de Gananciales a la de separación de patrimonio, cambio este último que resulta legal y válido cuando se celebra por escritura pública debidamente inscrita en el Registro Personal. Que siendo esto así, el citado **"ACUERDO"** presentado por el Juez Superior CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI, en lo que se refiere a la declaración del fenecimiento de su régimen de sociedad de gananciales no tiene ninguna validez jurídica; y si con ello se ha pretendido sustituir su régimen de sociedad de gananciales al de separación de patrimonios, dicho **"ACUERDO"** es **nulo ipso jure,** por imperio del segundo párrafo del artículo 295° del Código Civil, y no tiene valor alguno por mandato del artículo 296° del citado cuerpo legal; razón por la cual dicho Juez Superior, hoy postulante a Fiscal Supremo**,** con la sola existencia de dicho **"ACUERDO"** no se encontraba eximido de incorporar tal adquisición inmobiliaria en sus correspondientes Declaraciones Juradas a presentarse con anterioridad a la fecha de adquisición del inmueble por su esposa.

Por estos fundamentos, se concluye que el inmueble ubicado en N.° 12867 SOUTH WEST 135 TERRACE, de los Estados Unidos de Norteamérica, tiene la categoría jurídica de bien social y como tal constituye una propiedad de los cónyuges CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI y Gloria Gutiérrez Chapa, por haber sido adquirido dentro de la vigencia de su matrimonio y su correspondiente régimen de Sociedad de Gananciales, razón por la cual el postulante a Fiscal Supremo, Juez Superior CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI, tenía la obligación de consignar tal adquisición en sus respectivas Declaraciones Juradas Anuales desde el 2005 hasta el 2012, lo que no cumplió, conforme se señala en el Quinto Considerando de la Resolución NÚMERO **TRECE de fecha 25 de Mayo de 2012 (Registro N.° 5255b-2012-CALLAO)** expedida por el Magistrado Carlos Santillán Tuesta, de la Unidad de Investigación y Anticorrupción de la OCMA del Poder Judicial.

**CUARTA RAZÓN.-** Que es necesario recordar que aproximadamente en Setiembre de 2010 el Consejo Nacional de la Magistratura convocó a Concurso Público para cubrir tres plazas de Fiscales Supremos, concurso que culminó aproximadamente en el mes de Enero de 2011, tiempo en el cual se publicó en algunos medios de comunicación que el postulante CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI había adquirido un primer inmueble en los Estados Unidos de Norteamérica, situación que al haber sido incorporada en sus Declaraciones Juradas por consiguiente sólo se cuestionó por algunas personas y medios de comunicación, la procedencia de dinero para tal adquisición; sin embargo resulta coincidente que el proceso de remate del segundo inmueble, esta vez adquirido a nombre de su esposa doña Gloria Gutiérrez Chapa, se ha producido inmediatamente después de haberse cuestionado la adquisición del primer inmueble; que en todo caso la OCMA debió investigar, la procedencia del pago de la cuota inicial efectuada por la esposa del postulante para acceder al préstamo hipotecario que le otorgó el BAC FLORIDA BANK por la cantidad de $242,800.00; además la forma del cumplimiento del pago del 60% de su remuneración mensual por concepto de pensión alimenticia a que se refiere el mencionado "ACUERDO MUTUO DE SEPARACIÓN CONVENCIONAL"; así como el inmueble en que habría vivido el mencionado Juez Superior CÉSAR HINOSTROZA PARIACHI durante la época en que se encontraba fuera de su casa conyugal, por decisión mutua, para los efectos de establecer la veracidad del citado "ACUERDO".

**QUINTA RAZÓN.-** Que por último, no genera convicción el argumento utilizado por el postulante a Fiscal Supremo CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI, para justificar su omisión de incorporar este segundo inmueble en sus Declaraciones Juradas manifestando que al producirse la reconciliación con su esposa en el año 2008, ésta no le había comunicado el problema de la hipoteca del año 2005, sino hasta después del remate de dicho inmueble efectuado el 15 de Abril de 2011; argumento de defensa que tal vez generaría convicción en tanto se tratase por ejemplo de la adquisición de un televisor y no de una casa. Que asimismo, del movimiento migratorio de ambos cónyuges aparece que después de su "ACUERDO MUTUO DE SEPARACIÓN CONVENCIONAL" de fecha 26 de setiembre de 2004, los citados cónyuges hasta en tres oportunidades han coincidido en el tiempo en estar en los Estados Unidos de Norteamérica: CÉSAR HINOSTROZA PARIACHI (Salida 27-07-2005 entrada 08-08-2005, salida 03-02-2007, entrada 18-02-2007, salida 26-07-2009, entrada 05-08-2009) GLORIA ELISA GUTIERREZ CHAPA (Salida 24-07-2005, entrada 08-08-2005, salida 03-02-2007, entrada 18-02-2007, salida 26-07-2009, entrada 05-08-2009); tanto más que en la página web / http://histórico.pj.pe/Corte Superior/ Noticias. ASP?Código=3996&opción= detalle&sede=9 aparece que la Presidenta del Comité de Damas del Poder Judicial, doña Jesús Victoria Espinoza de Távara, esposa del entonces Presidente del Poder Judicial Francisco Távara Córdova, le tomó juramento, entre otras personas, a la señora Gloria Gutiérrez de Hinostroza como Directora de Actividades Culturales del Comité de Damas de la Corte Superior de Justicia del Callao, acto de juramentación que se realizó con fecha 09 de Febrero de 2007 en circunstancias en que ambos cónyuges se encontraban separados desde el 27 de Setiembre de 2004 hasta el año 2008 en que se reconciliaron según lo afirmado en la citada Resolución de la OCMA.

**SEXTA RAZÓN.-** Que el postulante a Fiscal Supremo CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI, como argumento de descargo frente al cuestionamiento público sobre la adquisición del segundo inmueble, ha presentado un escrito recepcionado por el Consejo Nacional de la Magistratura con fecha 04 de junio de 2012, en el que

sustenta toda su defensa en la Resolución de fecha 25 de mayo de 2012 (REGISTRO n°5255B-CALLAO) expedida por el Magistrado Carlos Santillán Tuesta de la Unidad de Investigación y Anticorrupción de la OCMA del Poder Judicial, que declara no haber mérito para abrir procedimiento disciplinario por tal adquisición inmobiliaria. Que con relación a esta Resolución de Primera Instancia de la OCMA, debo opinar que esta Resolución adolece de un gravísimo desconocimiento de la Institución Jurídica de Derecho Civil denominado: Fenecimiento de la Sociedad de Gananciales, ya que el Magistrado Investigador de la OCMA Carlos Santillán Tuesta considera que con un documento privado con firma legalizada denominado: **"Acuerdo Mutuo de Separación Convencional"**, resulta suficiente para poner fin a un Régimen Patrimonial de Sociedad de Gananciales, otorgándole a dicho documento privado plena validez Jurídica contrario a lo que disponen los artículos 295°, 296°, 310° y 318° del Código Civil, consideración que le sirve de sustento para arribar a la conclusión de que no debe abrirse procedimiento disciplinario contra el Juez Superior CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI; situación irregular que debe ponerse en conocimiento del Jefe de la OCMA, y de la Fiscalía de Control Interno del Ministerio Público.

**SÉTIMA RAZÓN.-** Que en el presente voto, se ha emitido opinión jurídica con respecto a la citada Resolución de la OCMA, porque el mismo postulante lo ha presentado ante el Consejo Nacional de la Magistratura, como argumento de defensa. Que, asimismo, del citado reporte del SIATF del Ministerio Público al que cualquier persona puede acceder, aparece que el Fiscal de la Nación en la actualidad viene investigando al postulante al Fiscal Supremo CÉSAR HINOSTROZA PARIACHI, por la existencia o no de enriquecimiento ilícito derivado de la adquisición de este segundo inmueble, investigación preliminar que por encontrarse en trámite no nos referimos respecto de su contenido, para no transgredir la presunción de inocencia exclusivamente dirigida al supuesto delito de enriquecimiento ilícito.

Que, finalmente, el hecho de que en este voto se haya emitido opinión jurídica con relación a la adquisición de un segundo inmueble en los Estados Unidos de Norteamérica, que no estuvo comprendido formalmente dentro del proceso de Selección y Nombramiento, es porque actualmente existe un permanente cuestionamiento público de los medios de comunicación sobre la adquisición no declarada de este segundo inmueble, comprado por la esposa del postulante antes de la convocatoria a concurso a tres plazas para Fiscales Supremos, tanto más si el propio postulante CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI se ha sometido a dicho cuestionamiento, de tal manera que en ejercicio de su derecho de defensa ha presentado escritos ante el Consejo Nacional de la Magistratura tratando de desvirtuar tal cuestionamiento público, el mismo que por respeto al país y a los medios de comunicación, resulta imperativo pronunciarse.

**El señor Consejero Gonzalo García Núñez, fundamentó su voto por el no nombramiento de don César Hinostroza Pariachi al cargo de Fiscal Supremo, en las razones siguientes:**

(…)

3. Que sobre los argumentos anotados, el juez del Quinto Juzgado

Constitucional considera que la votación debió ceñirse estrictamente a todo lo actuado y aprobado hasta el cuadro de méritos, y que los hechos a que hacen referencia los votos corresponden a hechos posteriores.

4. Que frente a estos argumentos, corresponde entonces establecer que la información de la conducta de un postulante que pudieran evidenciarse entre el Cuadro de Méritos elaborado por la Dirección de Selección y Nombramiento del CNM y el acto de votación de los Señores Consejeros, quienes intervienen en este acto haciendo uso del criterio discrecional que la ley les ha otorgado, simplemente debe ser ignorado, sin que se tenga presente que la elección refiere a un magistrado que debe tener no solo las suficientes competencias para ocupar el cargo de fiscal supremo, como es el caso, sino también debe tener una sólida formación profesional y una conducta intachable.

5. Que a partir de lo resuelto por el Tribunal Constitucional y por el Juez del Quinto Juzgado Constitucional, el criterio discrecional del Consejero del Consejo Nacional de Magistratura, no es tal, sino que deberá sujetarse a parámetros pre-establecidos.

6. Que, revisada entonces la hoja de vida del postulante Hinostroza Pariachi, correspondiente a la Convocatoria

002-2010-SN-CNM, en el rubro inmuebles, el postulante consignó como su propiedades: 1) Casa Habitación: Calle Carlos Baca Flor N° 116 Pueblo Libre – Lima; 2) Casa Habitación: 15840 SW 146 TER MIAMI FLORIDA; y 3) Departamento: Calle Vía Láctea N° 490- Surco Calle Carlos Baca Flor N° 116 Pueblo Libre – Lima.

7. Que, la sentencia tanto del Tribunal Constitucional y del Juzgado Constitucional señalan que para efectos de la selección y nombramiento del postulante Hinostroza Pariachi, solo debe considerarse la información contenida en el legajo del postulante hasta el momento de la elaboración del Cuadro de Méritos por la Dirección de Selección y Nombramiento del Consejo, mas no así la información que circuló en diversos medios de comunicación como son El Comercio, Caretas , Hildebrant en sus Trece, Justicia Viva, Diario 16, La Razón, La República y que se encuentran referidas a la compra de una segunda casa en los Estados Unidos de Norteamérica por la cónyuge del magistrado postulante doña Gloria Gutiérrez Chapa en diciembre de 2005, valorizada en $ 323,800, sobre este hecho, el postulante Hinostroza Pariachi ha referido mediante descargo, que desconocía la referida compra, porque en ese tiempo se encontraba separado de hecho de su cónyuge presentando además un documento privado denominado "Acuerdo Mutuo de Separación Convencional de fecha 27 de setiembre de 2004".

8. Que, de la revisión del expediente del postulante Hinostroza Pariachi, no se consigna información alguna del postulante respecto a la relación patrimonial con su cónyuge, pese a que tales hechos tuvieron incidencia en el patrimonio de la familia Hinostroza Pariachi, por ser pre existentes a la postulación del referido Juez Superior a la plaza de Fiscal Supremo.

9. Que, resulta evidente que el referido postulante no consignó toda su información patrimonial pre existente al momento de su postulación.

10. Que la Ley N° 27482, establece la obligación que tiene todo funcionario público (incluye magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público) de presentar la Declaración Jurada de Ingresos y de Bienes y Rentas. Que dicha declaración debe ser presentada: al inicio, durante el ejercicio con una periodicidad anual y al término de la gestión o el cargo; encontrándose referido el contenido de la misma a todos los ingresos bienes y rentas, debidamente especificados y valorizados tanto en el país como en el extranjero.;

11. Que de la información obrante en su legajo, en el extremo referido a sus bienes patrimoniales, no ha consignado lo referente a la propiedad adquirida por su cónyuge también en Miami, sustentando su comportamiento a la separación de hecho con su cónyuge y al documento privado denominado "Acuerdo Mutuo de Separación Convencional", el cual no fue inscrito en la forma que la ley establece para su vigencia.

12. Que el nivel de magistrado al cual postula el Juez Superior Hinostroza Pariachi reporta al cargo de Fiscal Supremo, lo que supone en rigor que el Consejo Nacional de la Magistratura, debe seleccionar al candidato que reúna no solo los atributos de idoneidad y de experiencia profesional sino también los atributos que las obligaciones de la ética exigen para tan alto cargo de la magistratura en el Perú.

13. Que el postulante Hinostroza Pariachi, tiene la condición actual de Juez Superior, por tanto su comportamiento está sujeto en forma permanente a lo establecido en el Código de Ética del Poder Judicial del Perú aprobado en Sesiones de Sala Plena de fechas 09, 11 y 12 de marzo de 2004, en cuyo artículo 10° se establece "el juez debe ser transparente en lo relativo a su patrimonio, informando regularmente sobre sus bienes e ingresos".

14. Que del mismo modo, el Código de Ética del Ministerio Público aprobado por Resolución de la CEMP N° 614-97-MP-FN-CEMP del 11 de julio de 1997 vigente en la Convocatoria, y que a la fecha ha sido modificado por el Ministerio Público, expidiéndose su nuevo Código de Ética del Ministerio Público por Resolución N° 018-2011-MP-FN-JFS, en el que se establece dentro de los principios y valores, lo correspondiente a la Transparencia de los Fiscales "…debemos también ser transparentes hacia la sociedad respecto de nuestro patrimonio, de modo que su licitud está en permanente disposición de ser demostrada", en su Tercera Disposición Final, dispone que "los principios, valores y deberes del presente código de ética, conforman el perfil del fiscal y deben ser considerados en todo proceso de evaluación para las acciones correctivas o de estímulo correspondientes".

15. Es decir, a criterio del suscrito, y estando a las normas concordantes relativas

a la ética del magistrado, el postulante no ha mostrado una conducta que se ajuste estrictamente a lo que se requiere para ostentar tan importante cargo de la magistratura.

Por lo expuesto, mi voto de conciencia en el que me ratifico es por no nombrar al postulante César Hinostroza Pariachi.

Con el resultado de la votación, el Pleno del Consejo por mayoría adoptó el siguiente:

**ACUERDO N° 1614-2012:**

No nombrar al señor CÉSAR HINOSTROZA PARIACHI, como FISCAL SUPREMO DEL MINISTERIO PÚBLICO, al no haber alcanzado el voto conforme de los dos tercios del número legal de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, de conformidad con el artículo 154 inciso 1 de la Constitución Política.

23. Sobre el particular, de la revisión de autos, el Tribunal Constitucional, resolviendo los recursos de apelación por salto interpuestos por el demandante y por el CNM, contra la aludida Resolución N.° 34, de fecha 21 de enero de 2013, considera que la motivación expresada en el Acta de la Sesión Plenaria Extraordinaria del CNM, de fecha 29 de noviembre de 2012 (Acuerdo N.° 1614-2012), cumple con la exigencia de expresar una justificación razonable y proporcional de su decisión de no nombrar al postulante César José Hinostroza Pariachi como Fiscal Supremo, tal como se evidencia del fundamento 22 de la presente. Dicha motivación fue exigida en la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional, de fecha 16 de enero de 2012, que, como ya se ha mencionado, tenía la calidad de cosa juzgada. Por tanto, habiéndose cumplido con lo ordenado en la sentencia definitiva, debe declararse el archivo definitivo del proceso.

24. En efecto, analizando dicha Acta de la Sesión Plenaria del CNM, específicamente los fundamentos de voto de los Consejeros Vladimir Paz de la Barra, Luz Marina Guzmán Díaz y Gonzalo García Núñez, tal como este Tribunal Constitucional ha decidido citarlos en su totalidad en el fundamento 22 de la presente, y teniendo en cuenta el tipo de proceso examinado por el CNM (proceso de selección y nombramiento), se aprecia la existencia de los elementos principales que una motivación de un órgano constitucional como el CNM debe expresar para justificar legítimamente sus decisiones: i) una adecuada identificación del objeto de pronunciamiento; ii) motivación interna (lógica); así como los criterios de motivación externa: iii) consistencia; iv) coherencia; v) aceptabilidad de las consecuencias; y, vi) universalidad.

*i) Identificación del objeto de pronunciamiento.* Se menciona que el objeto de pronunciamiento es la evaluación sobre si el postulante César José Hinostroza Pariachi cuenta o no con una "trayectoria personal éticamente irreprochable" para el cargo de Fiscal Supremo y, específicamente, si cumplió con su deber de mencionar en su declaración de bienes y rentas una determinada casa que adquirió su esposa.

*ii) Motivación interna (lógica).* Mediante las razones "primera", "segunda", "tercera", "cuarta", "quinta" y "sexta", de los consejeros Paz de la Barra y Guzmán Díaz y las razones 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15 del Consejero García Núñez, se justificó su decisión de no elegir al postulante porque, principalmente, no se encontraba eximido de incorporar una adquisición domiciliaria de su esposa en sus correspondientes declaraciones juradas como juez, lo que evidencia que no cuenta con una trayectoria éticamente irreprochable. Para ello exponen, entre otras, las siguientes razones:

**"Primera", "10", "13" y "14"**: la Ley N.° 27482, que regula la publicación de la declaración jurada de ingresos y de bienes y rentas de los funcionarios y servidores públicos del Estado; el artículo 34° inciso 14) de la Ley de la Carrera Judicial; y determinados Códigos de Ética obligan a los jueces a presentar una declaración jurada de bienes y rentas al inicio del cargo, anualmente, al dejar el cargo y cada vez que sus bienes y/o rentas varíen en más de un 20%.

**"Segunda" y "6, 7, 8 y 9"**: el Juez Superior César José Hinostroza Pariachi celebró su matrimonio, optando por el régimen de sociedad de gananciales, y además que dicho juez tenía la obligación de consignar en su declaración jurada anual la adquisición, por parte de su esposa, de una casa ubicada en el N.° 12867 South West 135 Terrace, Estados Unidos.

**"Tercera" y "11"**: el artículo 318° del Código Civil, establece cuáles son las causales para poner fin a la sociedad de gananciales, dentro de los que no se encuentra el "documento privado con firmas legalizadas con fecha 27 de Setiembre de 2004 denominado: ´Acuerdo Mutuo de Separación Convencional`" que presentó el

magistrado César José Hinostroza Pariachi, por lo que éste no se encontraba eximido de declarar la aludida casa.

**"Cuarta"**: no genera convicción el argumento de defensa del demandante Hinostroza en el sentido de que no declaró el aludido bien inmueble porque recién en el año 2008 tomó conocimiento de éste al producirse la reconciliación con su esposa, pues, por ejemplo, en el año 2007, ésta juramentó como Directora de Actividades Culturales del Comité de Damas de la Corte Superior de Justicia del Callao.

De lo expuesto, se evidencia la actividad interpretativa realizada por tres consejeros del CNM respecto del artículo 154°, inciso 1), de la Constitución, así como de la Ley N.° 27482, el artículo 34°, inciso 14), de la Ley de la Carrera Judicial; y determinados Códigos de Ética, en el sentido de que uno de los criterios que no permite nombrar a un juez –y, extensivamente, a un fiscal– es no poseer "una trayectoria personal éticamente irreprochable", por ejemplo, cuando no se declara la adquisición de un bien inmueble que pertenece a la sociedad de gananciales (*premisa normativa*); y que en el caso del postulante César José Hinostroza Pariachi, dichos consejeros del CNM han verificado que no ha declarado el inmueble ubicado en el N.° 12867 South West 135 Terrace, Estados Unidos, perteneciente a la sociedad de gananciales (*premisa fáctica*), por lo que determinó la conclusión lógica de no nombrar a dicho postulante.

*iii) Consistencia.* Si lo que se evalúa en este punto es la prohibición de utilizar premisas contradictorias, de la revisión conjunta de los argumentos de los consejeros del CNM que votaron por el no nombramiento del postulante Hinostroza, no se evidencia contradicción entre tales argumentos, pues existen criterios uniformes en cuanto a la falta de idoneidad y a la conducta del mencionado postulante.

*iv) Coherencia.* Mediante la coherencia se busca evitar la contradicción axiológica, de modo tal que la interpretación realizada por el órgano constitucional deba ser conforme con los principios constitucionales y valores del sistema jurídico. En el caso del postulante Hinostroza, los consejeros del CNM expresaron argumentos que evidencian la conformidad de su interpretación de las normas legales y éticas que exigen a los magistrados la declaración anual de bienes y rentas con aquellas normas constitucionales que establecen tanto el marco de actuación del CNM en el nombramiento y selección de postulantes al Ministerio Público, como el respeto de derechos fundamentales de los postulantes, como los de defensa y a la motivación, entre otros.

*v) Aceptabilidad de las consecuencias.* Se verifica que los argumentos de los Consejeros del CNM han evaluado las consecuencias de su decisión respecto de la obligación jurídica y ética de realizar la declaración de bienes y rentas por parte de los jueces.

*vi) Universalidad.* Implica que para justificar una decisión debe, por lo menos, formularse una regla que sirva no sólo en un caso concreto sino en cualquier otro que presente las mismas características. En el caso del postulante Hinostroza, los consejeros del CNM establecieron una regla universalizable: que los postulantes al cargo de Fiscal Supremo del Ministerio Público deben contar con una trayectoria éticamente irreprochable, consignando en sus declaraciones juradas de bienes y rentas todos los bienes inmuebles adquiridos por la sociedad de gananciales.

25. La *evaluación conjunta* de dichos elementos es indispensable para justificar las decisiones de órganos constitucionales como el CNM, en la medida que permite despejar cualquier apariencia de arbitrariedad, pues, por ejemplo, no bastará hacer una retórica mención de que se ha identificado una conducta que afecta la exigencia de una trayectoria personal éticamente irreprochable, sino que dicha mención debe estar fundamentada en argumentos idóneos y suficientes como los que se sostienen en el presente caso.

26. Y es que una de las principales orientaciones de los órganos constitucionales, además de la defensa de la dignidad humana como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1° de la Constitución), es precisamente la materialización del principio de Estado de derecho (artículos 3° y 43° de la Constitución), uno de cuyos pilares es el principio de interdicción de la arbitrariedad, que exige, entre otros contenidos, que las decisiones estatales no sean decisiones vagas, caprichosas, superficiales o despóticas. En lo que se refiere al presente caso, conforme al artículo 154° de la Constitución, el CNM decide si nombra o no nombra a un postulante al cargo de juez o fiscal; si ratifica o no ratifica a un juez o fiscal; o si sanciona o no

a determinados jueces o fiscales, entre otras competencias. Optar por una u otra alternativa está en su margen de discrecionalidad, pero justificar y razonar su decisión sobre la elección de tal alternativa constituye una inexcusable obligación, no siendo admisible no emitir justificación o ampararse únicamente en su discrecionalidad o en su condición de autoridad.

27. Dicha exigencia de rigurosidad en la justificación del razonamiento tampoco está exenta en todos los ámbitos de la judicatura ordinaria, pues incluso en el caso de los jueces de paz, que también forman parte del Sistema Judicial, estos imparten justicia según su leal saber y entender, y no por ello sus decisiones dejan de ser menos trascedentes para la administración de justicia. Este mismo criterio también se ve reproducido en el caso del arbitraje, en el cual también participan los árbitros de conciencia, cuyo referente de solución de la controversia no será la norma jurídica sino otros criterios como la equidad. Estos de ninguna manera los eximen de ofrecer una justificación razonable y proporcional del asunto objeto de análisis.

28. En suma, el Tribunal Constitucional considera que la mencionada decisión del CNM ha motivado correctamente su decisión de no nombrar al postulante César José Hinostroza Pariachi, dado que tal decisión cumple los estándares de motivación exigibles al Consejo Nacional de la Magistratura, tanto por la Norma Fundamental como por la Ley N.° 29277, de la Carrera Judicial.

    Dichos estándares de motivación exigibles al CNM aumentarán, por ejemplo, en los casos de no ratificación de jueces y fiscales, o en aquellos donde se impongan sanciones disciplinarias, pues en tales casos el CNM debe tener acceso a mayores elementos probatorios generados en el respectivo periodo de ratificación o de investigación disciplinaria.

**§7. La imposibilidad jurídica de que un juez constitucional pueda ordenar al CNM el nombramiento de fiscales**

29. No cabe duda de que una las características principales del Estado Constitucional tiene que ver con el rol predominante de los órganos jurisdiccionales en el ámbito interpretativo de las disposiciones constitucionales. Dicho rol se explica, entre otros factores, en la medida que tales disposiciones contienen, en general, un alto contenido valorativo o amplios grados de indeterminación, lo que implica una importante actividad interpretativa de los jueces y, sobre todo las exigencias a estos de necesarias cargas de argumentación de sus decisiones a efectos de legitimar su autoridad.

30. Sin embargo, estas actividades de interpretación y argumentación no se encuentran exentas de límites, toda vez que dichos órganos jurisdiccionales (Poder Judicial, Tribunal Constitucional, entre otros) son, en su esencia poderes constituidos y por tanto, están supeditados a los mandatos de la Constitución. Precisamente, uno de ellos tiene que ver con el respeto de aquellas competencias exclusivas de los poderes del Estado, órganos constitucionales o gobiernos regionales y locales.

31. En el caso de autos, la Constitución ha establecido de modo claro y preciso en sus artículos 150° y 154° que el CNM tiene las competencias exclusivas de "selección y (…) nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando estos provengan de elección popular", así como de "1. Nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles. Dichos nombramientos requieren el voto conforme de los dos tercios del número legal de sus miembros", entre otras competencias. Como se aprecia, en ningún extremo de dicha disposición constitucional, ni en otra de la Norma Fundamental se posibilita que el nombramiento de jueces o fiscales lo puedan realizar los jueces o el Tribunal Constitucional.

32. Por tanto, el Tribunal Constitucional, en las decisiones de fecha 9 de setiembre de 2013, mediante la cual ordenó al CNM que nombre a César José Hinostroza Pariachi o a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo; o en la de 14 de abril de 2014, que ha ordenado al CNM nombrar a César José Hinostroza Pariachi como Fiscal Supremo, ha ejercido una competencia exclusiva del Consejo Nacional de la Magistratura que no le corresponde, emitiendo pronunciamientos que no se fundan en algún tipo de cobertura normativa en el sistema constitucional peruano y que, por ende, no surten ningún tipo de efectos jurídicos.

33. La existencia de un sistema de equilibrio y de distribución de poderes en el sistema constitucional, con todos los matices y exigencias que impone la sociedad, sigue constituyendo, en su idea central, una obligación ineludible en todo Estado Constitucional. La separación de las 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.

34. Finalmente, habiéndose verificado lo siguiente: i) que se debe declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la decisión del Tribunal Constitucional de fecha 9 de setiembre de 2013, incluida la del 14 de abril de 2014, expedidas en la etapa de ejecución de sentencia, por contener evidentes afectaciones a la cosa juzgada y a las competencias constitucionales del CNM; ii) que se encuentran pendientes de resolver los recursos de apelación por salto de fechas 28 y 30 de enero de 2013, presentados por César José Hinostroza Pariachi y el CNM contra la Resolución N.° 34, de fecha 21 de enero de 2013, expedida por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima; y, iii) que se ha acreditado que mediante Acta de la Sesión Plenaria Extraordinaria de fecha 29 de noviembre de 2012 (Acuerdo N.° 1614-2012), tres Consejeros del CNM han motivado suficientemente su decisión de no nombrar al postulante César José Hinostroza Pariachi, cumpliendo con los estándares de motivación exigibles al CNM, tanto por la Constitución, como por la Ley N.° 29277, de la Carrera Judicial; el Tribunal Constitucional estima que corresponde revocar, en todos sus extremos, la Resolución N.° 34, de fecha 21 de enero de 2013, expedida por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, y declarar que mediante la aludida Acta de Sesión Plenaria, el CNM ha cumplido con motivar de modo suficiente su decisión sobre la postulación de César José Hinostroza Pariachi al cargo de Fiscal Supremo, tal como se ordenó en la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2012; por lo que debe disponerse el archivo definitivo del proceso.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú y el fundamento de voto del magistrado Urviola Hani que se acompaña,

**RESUELVE**

1. Declarar **FUNDADO** el recurso de reposición interpuesto por el CNM; y en consecuencia, declarar la **NULIDAD** de todo lo actuado a partir de la decisión del Tribunal Constitucional de fecha 9 de setiembre de 2013, por haberse acreditado la vulneración de la cosa juzgada establecida en la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2012, así como por afectar las competencias exclusivas del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), estatuidas en el artículo 154°, inciso 1), de la Constitución.

2. Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación por salto interpuesto por el CNM con fecha 30 de enero de 2013 contra la Resolución N.° 34, de fecha 21 de enero de 2013, expedida por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima; y en consecuencia, **REVOCAR** dicha resolución, en todos sus extremos, y **DECLARAR** que mediante el Acta de la Sesión Plenaria Extraordinaria de fecha 29 de noviembre de 2012 (Acuerdo N.° 1614-2012), el CNM ha cumplido con motivar de modo suficiente su decisión sobre la postulación de César José Hinostroza Pariachi al cargo de Fiscal Supremo, tal como se ordenó en la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2012; por lo que dispone el archivo definitivo del proceso.

3. Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación por salto interpuesto por el demandante César José Hinostroza Pariachi contra la Resolución N.° 34, de fecha 21 de enero de 2013.

Publíquese y notifíquese.

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

EXP. N.° 00776-2014-PA/TC (EXP. N.° 01034-2013-PA/TC)
LIMA
CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI**

1. En la decisión del Tribunal Constitucional de fecha 9 de setiembre de 2013, que ordena al Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) nombrar a César José Hinostroza Pariachi o a Mateo Grimaldo Castañeda, en el cargo de Fiscal Supremo –cuya nulidad ha sido declarada en el pronunciamiento de autos–, emití un voto singular oponiéndome a dicha orden de nombramiento toda vez que ésta es una competencia propia del CNM y en ningún caso del Tribunal Constitucional. Así, mis argumentos fueron los siguientes:

> 45. (…) he aquí las principales razones de mi discrepancia con lo decidido por mis demás colegas magistrados- no encuentro cómo el Tribunal Constitucional pueda ordenar al Consejo Nacional de la Magistratura que proceda a nombrar a don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia o a don César José Hinostroza Pariachi, en el concurso

convocado por esa entidad el año 2010 en la plaza aún vacante de Fiscal Supremo.

46. Y es que la decisión de nombrar o no a un abogado como magistrado del Poder Judicial o Ministerio Público corresponde exclusiva y excluyentemente al (…) CNM conforme a lo expresamente establecido en el numeral 1 del artículo 158° de nuestra Carta Magna. Por ello, el Tribunal Constitucional no puede subrogar al emplazado en dicha labor a través de sus pronunciamientos. Hacerlo implica, en mi opinión, arrogarse atribuciones que le son totalmente ajenas.

47. Además, tampoco puede soslayarse que la propia naturaleza de los procesos constitucionales es netamente restitutoria y no declaratoria; por ende, ordenar al Consejo que elija entre tal o cual postulante a un cargo que previamente no ostenta es una situación que contradice nuestra propia jurisprudencia (…).

2. Asimismo, más allá de la contundencia de dichos argumentos, debo mencionar que en aquella oportunidad tuve una opinión distinta en cuanto a la exigencia de motivación del CNM, la misma que justifico en la imperiosa necesidad de que los magistrados de un Colegiado como el Tribunal Constitucional, en la medida que el margen de razonabilidad lo permita, deben ceder en ciertas posiciones individuales cuando con ello se fortalece la decisión conjunta.

**S.**
**URVIOLA HANI**

EXP. N.° 01034-2013-PA/TC
LIMA
CESAR JOSE HINOSTROZA PARIACHI

**AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Lima, 7 de enero de 2015

**VISTOS**

El recurso de queja por denegatoria del recurso de apelación por salto, de fecha 16 de diciembre de 2013, presentado por la Procuraduría Pública del Consejo Nacional de la Magistratura, contra la resolución N.° 46, de fecha 17 de diciembre de 2013, que declara improcedente el recurso de apelación por salto interpuesto contra la resolución N.° 44, de fecha 9 de diciembre de 2013; y el recurso de apelación por salto, de fecha 18 de diciembre de 2013, presentado por dicha Procuraduría, contra la resolución N.° 47, de fecha 17 de diciembre de 2013, emitidas ambas en el proceso de amparo seguido por don César José Hinostroza Pariachi; y,

**ATENDIENDO A**

1. Que con fecha 7 de octubre de 2014, el Pleno del Tribunal Constitucional expidió el Auto (Exp. N.° 00776-2014-PA/TC, generado en etapa de ejecución de sentencia del Exp. N.° 01034-2013-PA/TC), que declaró, entre otros extremos, el archivo definitivo del proceso, toda vez que mediante Acta de la Sesión Plenaria Extraordinaria de fecha 29 de noviembre de 2012 (Acuerdo N.° 1614-2012), el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) cumplió con motivar de modo suficiente su decisión de no nombrar a César José Hinostroza Pariachi en el cargo de Fiscal Supremo. Dicha exigencia de nueva motivación fue ordenada en la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2012.

2. Que teniendo en cuenta lo resuelto, carece de objeto pronunciarse respecto de los recursos planteados por la Procuraduría Pública del Consejo Nacional de la Magistratura, debido a que se ha producido la sustracción de la materia.

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

**RESUELVE**

Declarar **IMPROCEDENTES** los recursos de autos.

Publíquese y notifíquese.

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

***Sentencias 01044-2013-PA/TC y 00791-2014-PA/TC*** *Procesos de amparo interpuestos por Mateo Grimaldo Castañeda Segovia sobre nombramientos del Consejo Nacional de la Magistratura*

Fecha de publicación de la sentencia 01044-2013-PA/TC en el Portal Oficial del TC: 27 de setiembre de 2013

Fecha de publicación del auto 01044-2014-PA/TC en el Portal Oficial del TC: 5 de noviembre de 2013

Fecha de publicación de la sentencia 00791-2014-PA/TC en el Portal Oficial del TC: 30 de abril del 2014

Fecha de publicación del auto de aclaración de la sentencia 00791-2014-PA/TC en el Portal Oficial del TC: 8 de mayo del 2014

Fecha de publicación del auto 00791-2014-PA/TC en el Portal Oficial del TC: 15 de julio del 2014

Fecha de publicación del auto de aclaración de la sentencia 01044-2014-PA/TC en el Portal Oficial del TC: 5 de marzo del 2015

**Resumen:** El Tribunal Constitucional, mediante la sentencia 04944-2011-PA/TC, de fecha 16 de enero de 2012, declaró fundada la demanda interpuesta por el recurrente contra el Consejo Nacional de la Magistratura — CNM, en la cual solicitó la nulidad del acuerdo en el que se decidió no nombrarlo como Fiscal Supremo, en el que obtuvo el tercer puesto del cuadro de méritos, por haberse acreditado la violación de sus derechos al debido proceso y a la motivación de las resoluciones. Por tanto, se ordenó al CNM a emitir un nuevo acuerdo debidamente motivado, y que sus miembros vuelvan a votar su decisión.

Sin embargo, el CNM no nombró al recurrente en el cargo de Fiscal Supremo por falta de idoneidad y ausencia de conducta irreprochable. En consecuencia, el demandante interpuso un recurso de apelación por salto a favor de la primera sentencia del Tribunal, solicitando anular esta nueva decisión del CNM. El Tribunal declaró fundado el recurso de apelación mediante la sentencia 01044-2013-PA/TC, y ordenó al CNM a nombrar un Fiscal Supremo entre los postulantes que quedaban en carrera, César José Hinostroza Pariachi y Mateo Grimaldo Castañeda Segovia. Luego se declaró improcedente un pedido de nulidad presentado por el CNM contra esta sentencia.

Posteriormente, y en atención a que el CNM no dio cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia 01044-2013-PA/TC y nombró a otra persona, el Tribunal declaró fundado un segundo recurso de apelación por salto planteado por el demandante, mediante la sentencia 00791-2014-PA/TC, ordenando directamente al CNM a nombrar al recurrente como Fiscal Supremo.

Asimismo, declaró nulos todos los actos posteriores realizados por el CNM después de notificado con la sentencia 01044-2013-PA/TC; por tanto, anuló los nombramiento de las magistradas Zoraida Ávalos Rivera y Nora Victoria Miraval Gambini, dejando a salvo y con plena validez las actuaciones realizadas por dichas magistradas mientras ejercieron sus funciones y ordenando que se les habilite dos vacantes como medida reparadora para reincorporarlas.

Luego, el Tribunal declaró fundado en parte el pedido de nulidad, entendido como aclaración, contra la sentencia 00791-2014-PA/TC, presentado por el CNM y otros respecto a la nulidad de los nombramientos de las magistradas mencionadas. El Tribunal dejó sin efecto dicho punto resolutivo de la citada sentencia, precisando que los referidos nombramientos fueron válidos y legítimos. Asimismo, dispuso que en caso de no existir plazas, el CNM deje

una plaza vacante en reserva para el Mateo Grimaldo Castañeda Segovia y que, como medida reparadora, no realice ningún concurso público para Fiscales Supremos mientras no se le nombre como Fiscal Supremo.

Ante esta situación, el CNM interpuso un pedido de nulidad, entendido como reposición, alegando la vulneración del artículo 154, inciso 1, de la Constitución, según el cual una de las funciones del CNM es el nombramiento de fiscales, previo concurso público de méritos y evaluación personal, de manera que el Tribunal no puede ordenar que se nombre a un Fiscal Supremo. Alegó además que la sentencia quebrantó la finalidad restitutoria del amparo.

La controversia se resolvió finalmente con el auto 00791-2014-PA/TC, emitido por la nueva conformación del Pleno del Tribunal, mediante el cual se declaró fundado el recurso de reposición interpuesto por el CNM y, en consecuencia, nulo todo lo actuado a partir de la decisión del Tribunal de fecha 9 de setiembre de 2013 (es decir, a partir de la sentencia 01044-2013-PA/TC), por haberse acreditado la vulneración de la cosa juzgada establecida en la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2012 (es decir, en la sentencia 04944-2011-PA/TC), y por afectar las competencias exclusivas del CNM en materia de nombramiento de fiscales establecidas en el artículo 154, inciso 1, de la Constitución.

Asimismo, el Tribunal declaró que el CNM cumplió con motivar de modo suficiente su decisión sobre la postulación del recurrente al cargo de Fiscal Supremo, tal como se ordenó en la sentencia 04944-2011-PA/TC.

Por último, el Tribunal emitió un Auto de Aclaración de la sentencia 01044-2013-PA/TC, señalando que carecía de objeto pronunciarse respecto de los recursos planteados por el CNM al interior de ese proceso, debido a que se había producido la sustracción de la materia.

**Temas Claves:** Apelación por salto — Consejo Nacional de la Magistratura — cosa juzgada — debida motivación de las resoluciones — ejecución de sentencia.

EXP. N.° 01044-2013-PA/TC
LIMA
MATEO GRIMALDO CASTAÑEDA SEGOVIA

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 9 días del mes de setiembre de 2013, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados, Urviola Hani, Presidente; Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia con el voto singular de los magistrados Urviola Hani y Calle Hayen, que se agregan

**ASUNTO**

Recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de la STC N.° 04944-2011-PA/TC, interpuesto por don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, de fecha 30 de enero de 2013, contra la Resolución N.° 23, de fecha 21 de enero de 2013, obrante a fojas 1059 del Tomo II, expedida por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, que declaró por cumplido el mandato ordenado en la resolución N.° 13 y según el estado del proceso, ordena su conclusión y archivo definitivo.

**ANTECEDENTES**

En el recurso precitado, se solicita la nulidad del acuerdo adoptado por el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) en su Sesión Plenaria N.° 2301 de 29 de noviembre de 2012, en cuanto resuelve no nombrar al recurrente en el cargo de fiscal supremo, por una supuesta falta de idoneidad y ausencia de conducta irreprochable; por lo que debe ordenársele al CNM que emita nueva votación respetando sus derechos fundamentales y que se apliquen los apremios legales contenidos en el artículo 22° del Código Procesal Constitucional.

Asimismo, refiere que la motivación respecto a que carece de idoneidad para el cargo, es subjetiva, pues no recoge el íntegro de lo que expuso ante las preguntas concretas que le fueron formuladas; además la entrevista personal se produjo el 26 de enero de 2011 y fue aprobada por el CNM, otorgándosele la nota de 73.00. De otro lado, refiere que entrevista psicológica y psiquiátrica, que califica su idoneidad para el cargo, fu puntuada con 19.5 puntos (sobresaliente) y en ella se concluye que el demandante *"posee competencias altas en vocación de servicio, liderazgo y otras, para cumplir su labor de Magistrado con eficiencia".*

De otro lado, la resolución cuestionada es contraria a la resolución N.°13 emitida por el mismo juzgado detallado en el asunto, cuando se anuló la penúltima votación efectuada por el CNM respecto del recurrente, al no reparar que dicha entidad ha vuelto a afectar sus derechos al debido proceso y a la debida motivación al evaluar un hecho posterior a la entrevista personal e incluso al fallo del TC, respecto del cual no se le solicitó descargo alguno, afectando su derecho constitucional a la presunción de inocencia, lo que sin embargo ha sido considerado por el CNM como una conducta reprochable, al haber sido sindicado.

**FUNDAMENTOS**

**§1. Sobre el contenido del acuerdo adoptado por el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) en su Sesión Plenaria N.° 2301 de 29 de noviembre de 2012**

1. En la Sesión Plenaria Extraordinaria del 29 de noviembre de 2012, identificada como Sesión N ° 2301, la misma que corre a fojas 899 y siguientes, en relación al demandante en autos se advierte que el CNM adoptó el Acuerdo N.° 1615-2012, por el que deciden *"No nombrar al doctor MATEO GRIMALDO CASTAÑEDA SEGOVIA como FISCAL SUPREMO DEL MINISTERIO PUBLICO al no haber alcanzado el voto conforme de dos tercios del número legal de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, de conformidad con el artículo 154 inciso 1 de la Constitución Política".*

2. Conforme al detalle de dicho acuerdo, votaron a favor del nombramiento 3 consejeros, esto es, don Vladimir Paz de la Barra, doña Luz Marina Guzmán Díaz y don Pablo Talavera Elguera, mientras que en su contra votaron 4 consejeros, esto es, don Gastón Soto Vallenas, don Luís Maezono Yamashita, don Gonzalo García Núñez y don Máximo Núñez, quienes son los que fundamentan su decisión, conforme se detalla a continuación.

3. En cuanto al ítem "Evaluación de Idoneidad", se expresa que al ser preguntado respecto a las decisiones del Ministerio Público que podrían resultar injustas, así como que haría como Fiscal Supremo, los consejeros que lo desaprobaron expusieron que sus *"respuestas fueron de carácter genérico, sin exponer con profundidad sus conocimientos sobre la realidad de una institución a la que perteneció por más de 25 años, así como sus propuestas para mejorar la* actuación *de la institución a la que postula".*

   De otro lado, respecto a las acciones que podría tomar el Ministerio Público en casos como el VRAE y qué medidas adoptaría *"solo aludió a la eventualidad de que los investigados o procesados se acojan a colaboración eficaz, así como a eventuales soluciones de carácter legislativo";* por lo que los consejeros que fundamentan su voto concluyen que *"Estas situaciones inciden en que no se genere convicción por parte de los Consejeros, para decidir afirmativamente para el nombramiento".*

4. En lo que respecta al ítem "Evaluación de Conducta", se expone que el Tribunal Constitucional consideró insuficiente la motivación en relación a la situación derivada del tratamiento judicial del caso denominado "Business Track". En ese sentido, exponen que sobre dicho caso se le preguntó sobre el cuestionamiento ciudadano a su participación en ese caso dado que la Segunda Sala Especializada en lo Penal para procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima en la sentencia emitida en aquel proceso expone que existen indicios suficientes de que hay terceros no comprendidos o acusados en el mismo, como el caso del recurrente en autos, Mateo Castañeda Segovia, por lo que se dispuso que se remitan copias al Ministerio Público para que proceda conforme a sus atribuciones.

5. Se deja constancia que el recurrente adjuntó copia de la sentencia emitida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la que se corrige la sentencia antes expuesta con lo que en su criterio, el cuestionamiento había desparecido. Ello a criterio del CNM es que el recurrente expresa su conformidad con la evaluación de dicho dato y aunque el dato es posterior a la emisión del cuadro de méritos, consideran los consejeros que emiten el voto, que es un hecho relevante, por lo que no puede ser soslayado en la votación, sobre todo, si el demandante ha solicitado que se tenga en cuenta la ejecutoria suprema; la que además según el criterio de los mismos consejeros, no excluye al demandante de una posible investigación, sino que se limita a indicar que la posibilidad de investigación debe seguir el procedimiento establecido en el segundo párrafo del artículo 265° del Código de Procedimientos Penales.

   Asimismo, para los consejeros precitados, la presunción de inocencia no ha quedado enervada, pero debe analizarse la situación jurídica del postulante, dado que la conducta irreprochable debe entenderse no solo como una conducta libre de toda posibilidad de cuestionamiento por la ausencia de condenas o sanciones penales o administrativas o de evidencias objetivamente irrefutables de comportamientos contrarios a la moral y las buenas costumbres, sino también como una

situación de ausencia de cuestionamientos relevantes en proceso de esclarecimiento.

**§2 El debido proceso administrativo**

6. Como ha tenido oportunidad de establecer este Tribunal en más de una oportunidad, el derecho al debido proceso previsto por el artículo 139.3° de la Constitución Política del Perú, aplicable no sólo a nivel judicial sino también en sede administrativa e incluso entre particulares, supone el cumplimiento de todas las garantías, los requisitos y las normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos y conflictos entre privados, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos.

7. El derecho al debido proceso, y los derechos que contiene son invocables, y, por tanto, están garantizados, no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. Así, *el debido proceso administrativo* supone, en toda circunstancia, el respeto -por parte de la administración pública o privada- de todos los principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139° de la Constitución (juez natural, juez imparcial e independiente, derecho de defensa. etc.).

8. El fundamento principal por el que se habla de un debido procedimiento administrativo encuentra sustento en el hecho de que tanto la jurisdicción como la administración están indiscutiblemente vinculados a la Carta Magna, de modo que si ésta resuelve sobre asuntos de interés de los administrados, y lo hace mediante procedimientos internos, no existe razón alguna para desconocer las categorías invocables ame el órgano jurisdiccional.

9. En ese sentido, y como también ha sido precisado por este Tribunal, el derecho al debido proceso comprende, a su vez, un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo; entre estos derechos constitucionales, especial relevancia para el presente caso adquiere el derecho a la motivación de las resoluciones, conforme se explicará en los fundamentos que a continuación se exponen

**§3. El proceso de selección y nombramiento llevado a cabo por el CNM**

10. Advierte este Colegiado que el CNM tanto al evaluar la idoneidad y la conducta del demandante, incurren en apreciaciones subjetivas que perjudican su postulación al cargo de Fiscal Supremo. Ello se advierte del contenido de las apreciaciones esbozadas respecto de cada punto evaluado, dado que no tienen ningún sustento normativo, sino subjetivo como se advierte de la motivación expuesta.

11. En el primer caso, resulta inaudito que no exista parámetro alguno para evaluar la idoneidad o la conducta del postulante, los que deben ser fijados desde el momento mismo de la convocatoria a concurso, y no integrarse en la etapa en la que se le ocurra al consejero evaluador.

12. No es que tales aspectos no puedan ser evaluados; por el contrario, este Colegiado considera que ello es necesario para el nombramiento de magistrados tanto del Poder Judicial como del Ministerio Público, pero en modo alguno puede convertirse en el ejercicio de una actividad discrecional. Conforme al contenido del acta que contiene la motivación, la evaluación de la idoneidad termina en una discrepancia en la que algunos consejeros se dan por satisfechos con las respuestas otorgadas, mientras que otros no; sin embargo, el evaluado no tiene conciencia ni conocimiento de que es lo que los evaluadores esperan de sus respuestas, ni mucho menos tienen pautas o parámetros de cómo va a ser evaluado.

13. Con la aplicación de criterios como los detallados, más pareciera que el CNM está evaluando los conocimientos del postulante en relación a un determinado tema, dado que sus respuestas fueron consideradas de carácter genérico y sin profundidad, no erróneas, equivocadas o impertinentes, dado que estas últimas si pueden demostrar desconocimiento o ignorancia sobre un tema considerado relevante.

14. Más grave es lo expuesto en relación a la participación del recurrente como representante del Ministerio Público en el caso "Business Track". Si bien el CNM parte de la premisa que el principio de presunción de inocencia del recurrente no ha sido enervado por el resultado de los actuados judiciales, luego el CNM se contradice, cuando refiere que tal dato no puede pasar inadvertido, de modo que se considera relevante y aunque —a la fecha de la emisión de la resolución—, el recurrente no contaba con proceso penal en trámite en su contra, ello es suficiente para descalificado como postulante, al señalar que su conducta no es irreprochable. De modo que califica el contenido de una sentencia

judicial que ordena que se remita copia de los actuados al Ministerio Público para que en uso de sus atribuciones realice las investigaciones pertinentes respecto de -entre otras personas-, Mateo Castañeda Segovia, como si de una sanción se tratara.

15. De modo que para el CNM, la existencia de una denuncia penal, o en el caso de funcionarios detallados en el artículo 99° de la Constitución, la existencia de una acusación constitucional, descalifica a tales funcionarios de seguir ejerciendo el cargo para el que fueron elegidos y desempeñan, tanto más cuando su conducta debe ser considerada de plano, reprochable.

16. En consecuencia resulta evidente que en el caso de autos, además del derecho al debido proceso en sede administrativa, se está afectando el derecho a la presunción de inocencia, pues como se ha señalado anteriormente *(cfr.* STC 0618-2005-PHC/TC, fundamentos 21 y 22) este derecho fundamental, en tanto que presunción *iuris tantum,* implica que *"(...) a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta que se expida la sentencia definitiva".* De igual forma, se ha dicho *(vid* STC 2915-2004-PHC/TC, fundamento 12) que *"la presunción de inocencia se mantiene 'viva' en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigatorio llevado a cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla (...)".*

17. En consecuencia, si entre los requisitos para postular al cargo de magistrado del Poder Judicial o fiscal del Ministerio Público no se ha determinado que los postulantes no deben tener denuncia o proceso penal en trámite, ello no puede considerarse un demérito a ser utilizado como si de un "requisito impropio" se tratara para en las etapas finales de un concurso, pretender excluir a un candidato.

**§4. La ejecución de las sentencias de los órganos jurisdiccionales**

18. De conformidad con el artículo 139°, inciso 2 de la Constitución, toda persona sometida a un proceso judicial tiene derecho a que no se deje sin efecto aquellas resoluciones que han adquirido la autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución.

19. Sobre el particular. este Tribunal ha sostenido en reiterada jurisprudencia que este derecho garantiza al justiciable que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no sólo no puedan ser recurridas a través de medios impugnatorios -bien sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo legal para interponerlos- sino también que el contenido de las mismas no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, ya sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso [STC N.° 04587-2004-AA/TC, fundamento 38].

20. En el ámbito de los procesos constitucionales este derecho encuentra una configuración expresa en el artículo 22°, primer párrafo del Código Procesal Constitucional, el cual dispone que la sentencia que cause ejecutoria al interior de estos procesos "se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda".

21. La ejecución de las sentencias en sus propios términos, ha dicho este Tribunal en la STC N.° 01939-2011-PAJTC, constituye una garantía a favor de las partes procesales, esto es, "tanto para el ejecutante como para el ejecutado, puesto que les impide reabrir el debate ya finalizado y clausurado por la firmeza, así como modificar el derecho reconocido por sentencia firme a su capricho, alterando las condiciones en que fue delimitado [Carballo Piñeiro, Laura. *Ejecución de condenas de dar (tratamiento procesal adaptado a la nueva Ley de Enjuiciamiento Con),* Barcelona, Bosch, 2001, p. 30]. En ese mismo sentido, ha reconocido que:

> "[no] resulta admisible que los contenidos de una resolución estimatoria puedan ser reinterpretados en vía de ejecución y que incluso tal procedimiento se realice de forma contraria a los propios objetivos restitutorios que con su emisión se pretende. Producida una sentencia estimatoria, y determinado un resultado a partir de sus fundamentos, es indiscutible que no pueden, estos últimos, ser dirigidos contra la esencia de su petitorio, de manera tal que este termine por desvirtuarse" [STC N ° 01102-2000-AA/TC].

22. Así pues, con la finalidad de garantizar la eficacia de este derecho en el contexto de los procesos constitucionales, este Tribunal, en la STC N.° 0004-2009-PA/TC, publicada el 15 de noviembre de 2010, ha establecido que el recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional procede contra la resolución del juez de ejecución que declara

actuado, ejecutado o cumplido el mandato de una sentencia del Tribunal Constitucional, o que declara fundada la contradicción u observación propuesta por el obligado; frente a supuestos de inejecución, ejecución defectuosa o desnaturalización de una sentencia constitucional.

23. En este y otros casos, como el de don César José Hinostroza Pariachi, se advierte la renuencia del CNM de actuar conforme a sus atribuciones a efectos de nombrar a ninguno de dichos postulantes en la plaza vacante de Fiscal Supremo, pretendiendo incluso realizar un nuevo concurso para generar una situación en la que cualquier decisión de este Colegiado respecto de estos casos, se convierta en inejecutable por irreparabilidad o en su defecto, se declare la sustracción de la materia.

24. Sobre el particular, cabe señalar que no es la primera vez que el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre ambos demandantes, situación que afecta los derechos fundamentales de aquellos por el proceder arbitrario y discrecional de los consejeros de dicho ente.

25. En consecuencia, para este Tribunal se encuentra suficientemente acreditada la renuencia del órgano demandado en cumplir sus sentencias y proceder con arreglo a ellas, lo que demuestra a su vez una vez más la conducta inaceptable del CNM que desafía la autoridad de este Colegiado como supremo y definitivo intérprete de la Constitución (artículo 1° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), e instancia final en los procesos de tutela de derechos como el proceso de amparo (artículo 202° inciso 2 de la Constitución).

26. En dicho contexto, el Tribunal Constitucional estima que resulta de imperiosa necesidad evaluar la pertinencia de dictar, conforme lo dispuesto en el artículo 59° del Código Procesal Constitucional las pautas o directivas necesarias para lograr el cumplimiento efectivo de la sentencia constitucional, y por ese medio, de reparar de modo definitivo el derecho o derechos fundamentales allí reconocidos, para resolver la controversia que gira alrededor de la ejecución de la STC N.° 04944-2011-PA/TC, para que el Consejo demandado emita una nueva resolución acorde a Derecho y evitar un nuevo trámite inoficioso e incompatible con el fin de satisfacción pronta y oportuna de los derechos fundamentales del recurrente que reclama el caso sub *litis*

27. En ese orden de ideas, el Tribunal valora que, habiendo pasado ya más de un año desde que fuera expedida la sentencia constitucional de autos, y poco más de 27 meses desde la fecha de interposición de la demanda de la cual ella trae origen, nada estaría más alejado de los principios de economía procesal y tutela efectiva de los derechos fundamentales (artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), que optar por brindar una nueva e inoficiosa oportunidad al Consejo demandado para que emita una nueva decisión en tomo a la postulación de los demandantes, tanto en autos como en el Exp. N.° 01034-2013-PA/TC, para evitar un nuevo resultado inconstitucional, que vistas las actuales circunstancias, resulta del todo previsible.

28. En ese sentido, corresponde a este Tribunal Constitucional ordenar al Consejo Nacional de la Magistratura que proceda a nombrar al recurrente o a don César José Hinostroza Pariachi, en el concurso convocado por esa entidad el año 2010 en la plaza aún vacante de fiscal supremo.

29. Sin perjuicio de lo expuesto, este Tribunal estima del todo pertinente aclarar que la orden emanada de esta resolución de ejecución, en modo alguno supone una interferencia en las competencias constitucionales que pertenecen al Consejo Nacional de la Magistratura, y que este Colegiado no pone en ningún momento en cuestión. Antes bien, estima que la decisión aquí adoptada obedece a que las sentencias del Tribunal Constitucional obligan a todos los poderes públicos (artículo 82° del Código Procesal Constitucional), mandato del cual deriva la proscripción de situaciones de renuencia al cumplimiento de las mismas, que es lo que ha quedado acreditado en el caso de autos

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación por salto presentado por la parte demandante; en consecuencia, nula la Resolución N.° 23, de fecha 21 de enero de 2013, obrante a fojas 1059 del Tomo II, expedida por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, que declaró por cumplido el mandato ordenado en la resolución N.° 13; y nulo el acuerdo adoptado por el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) en su Sesión Plenaria N.° 2301 de 29 de noviembre de 2012, en cuanto resuelve no nombrar al recurrente en el cargo de fiscal supremo, por una supuesta falta de idoneidad y ausencia de conducta irreprochable.

2. Reponiéndose las cosas al estado anterior de la vulneración de los derechos invocados, y en aplicación del artículo 59° del Código Procesal Constitucional, ordena al Consejo Nacional de la Magistratura, proceder a nombrar, entre los postulantes que quedan en carrera, esto es, don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia o don César José Hinostroza Pariachi, a aquel que corresponda desempeñarse como Fiscal Supremo, conforme a las bases y reglamentos vigentes al momento de realizarse la convocatoria para dicha plaza.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**MESÍA RAMÍREZ**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.° 01044-2013-PA/TC
LIMA
MATEO GRIMALDO CASTAÑEDA SEGOVIA

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI**

Sin perjuicio del respeto que me merecen mis colegas magistrados del Pleno del Tribunal Constitucional, formulo el presente voto singular cuyas razones principales expongo a continuación:

**Cuestión Previa**

1. Viene a conocimiento del Tribunal Constitucional el recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de la STC N.° 04944-2011-PA/TC, interpuesto por don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, de fecha 30 de enero de 2013, contra la Resolución N.° 23, de fecha 21 de enero de 2013, obrante a fojas 1059 del Torno II, expedida por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, que declaró por cumplido el mandato ordenado en la resolución N.° 13 y según el estado del proceso, ordena su conclusión y archivo definitivo.

**Argumentos del actor**

2. Mediante el precitado recurso el actor solicita la nulidad del acuerdo adoptado por el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) en su Sesión Plenaria N ° 2301 de 29 de noviembre de 2012, en cuanto resuelve no nombrarlo en el cargo de fiscal supremo, por una supuesta falta de idoneidad y ausencia de conducta irreprochable. En esa medida, persigue se ordene al CNM que emita nueva votación respetando sus derechos fundamentales y que se apliquen los apremios legales contenidos en el artículo 22° del Código Procesal Constitucional

3. Asimismo, refiere que la motivación respecto a que carece de idoneidad para el cargo, es subjetiva, pues no recoge el íntegro de lo que expuso ante las preguntas concretas que le fueron formuladas; además la entrevista personal se produjo el 26 de enero de 2011 *y* fue aprobada por el CNM, otorgándosele la nota de 73 00. De otro lado, refiere que la entrevista psicológica y psiquiátrica. que califica su idoneidad para el cargo, fue puntuada con 19.5 puntos (sobresaliente) y en ella se concluye que el demandante *"posee competencias altas en vocación de servicio, liderazgo y otras, para cumplir su labor de Magistrado con eficiencia"*

4. De otro lado, alega que la resolución cuestionada es contraria a la resolución N 013 emitida por el mismo juzgado detallado en el considerando 1, *supra,* cuando se anuló la penúltima votación efectuada por el CNM respecto del recurrente, al no reparar que dicha entidad ha vuelto a afectar sus derechos al debido proceso y a la debida motivación al evaluar un hecho posterior a la entrevista personal e incluso al fallo del TC, respecto del cual no se le solicitó descargo alguno, afectando su derecho constitucional a la presunción de inocencia, lo que sin embargo ha sido considerado por el CNM como una conducta reprochable, al haber sido sindicado.

**Sobre el contenido del acuerdo adoptado por el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) en su Sesión Plenaria N.° 2301 de 29 de noviembre de 2012**

5. En la Sesión Plenaria Extraordinaria del 29 de noviembre de 2012, identificada como Sesión N.° 2301, la misma que corre a fojas 899 y siguientes, se adviene en que el CNM adoptó el Acuerdo N.° 1615-2012, por el que deciden *"No nombrar al doctor MATEO GRIMALDO CASTAÑEDA SEGOVIA como FISCAL SUPREMO DEL MINISTERIO PÚBLICO al no haber alcanzado el voto conforme de dos tercios del número legal de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, de conformidad con el artículo 154 inciso 1 de la Constitución Política".*

6. Conforme al detalle de dicho acuerdo, votaron a favor del nombramiento 3 consejeros, esto es, don Vladimir Paz de la Barra, doña Luz Marina Guzmán Díaz y don Pablo Talavera Elguera, mientras que en su contra votaron 4 consejeros, esto es, don Gastón Soto Vallenas, don Luís Maezono Yamashita, don Gonzalo García Núñez y don Máximo Núñez,

quienes son los que fundamentan su decisión, conforme se detalla a continuación.

7. En cuanto al ítem "Evaluación de Idoneidad", se expresa que al ser preguntado respecto a las decisiones del Ministerio Público que podrían resultar injustas, así como que haría como Fiscal Supremo, los consejeros que lo desaprobaron expusieron que sus *"respuestas fueron de carácter genérico, sin exponer con profundidad sus conocimientos sobre la realidad de una institución a la que perteneció por más de 25 años, así como sus propuestas para mejorar la actuación de la institución a la que postula".*

8. De otro lado, respecto a las acciones que podría tomar el Ministerio Público en casos como el VRAE y qué medidas adoptaría *"solo aludió a la eventualidad de que los investigados o procesados se acojan a colaboración eficaz, así como a eventuales soluciones de carácter legislativo";* por lo que los consejeros que fundamentan su voto concluyen que *"Estas situaciones inciden en que no se genere convicción por parte de los Consejeros, para decidir afirmativamente para el nombramiento".*

9. De otro lado, respecto a las acciones que podría tomar el Ministerio Público en casos como el VRAE y qué medidas adoptaría *"solo aludió a la eventualidad de que los investigados o procesados se acojan a colaboración eficaz, así como a eventuales soluciones de carácter legislativo';* por lo que los consejeros que fundamentan su voto concluyen que *"Estas situaciones inciden en que no se genere convicción por parte de los Consejeros, para decidir afirmativamente para el nombramiento".*

10. En lo que respecta al ítem "Evaluación de Conducta", se expone que el Tribunal Constitucional consideró insuficiente la motivación en relación a la situación derivada del tratamiento judicial del caso denominado "Business Track". En ese sentido, exponen que sobre dicho caso se le preguntó sobre el cuestionamiento ciudadano a su participación en ese caso, dado que la Segunda Sala Especializada en lo Penal para procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima consideró que existen indicios suficientes de que hay terceros no comprendidos o acusados en el mismo, como el caso del recurrente, por lo que se dispuso que se remitan copias al Ministerio Público para que proceda conforme a sus atribuciones.

11. Sobre el particular, consta en autos que el recurrente adjuntó copia de la sentencia emitida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la que se corrige la sentencia antes expuesta con lo que en su criterio, el cuestionamiento había desparecido Ello, a criterio del CNM, supone que el recurrente expresa su conformidad con la evaluación de dicha información, y aunque ésta sea posterior a la emisión del cuadro de méritos, consideran los consejeros que emiten el voto, que es un hecho relevante, por lo que no puede ser soslayado en la votación, sobre todo, si el demandante ha solicitado que se tenga en cuenta la ejecutoria suprema, la que además según el criterio de los mismos consejeros, no excluye al demandante de una posible Investigación, sino que se limita a indicar que la posibilidad de investigación debe seguir el procedimiento establecido en el segundo párrafo del artículo 265° del Código de Procedimientos Penales.

12. Asimismo, para los consejeros precitados, la presunción de inocencia no ha quedado enervada, debiendo analizarse la situación jurídica del postulante, dado que la conducta irreprochable debe entenderse no solo como una conducta libre de toda posibilidad de cuestionamiento por la ausencia de condenas o sanciones penales o administrativas, o de evidencias objetivamente irrefutables de comportamientos contrarios a la moral y las buenas costumbres, sino también como una situación de ausencia de cuestionamientos relevantes en proceso de esclarecimiento.

**El proceso de selección y nombramiento llevado a cabo por el CNM respecto al actor**

13. En ese sentido, se advierte que tanto al evaluar la idoneidad y la conducta del demandante, el CNM incurre en apreciaciones subjetivas que perjudican su postulación al cargo de Fiscal Supremo. Así consta, como antes se expuso. del contenido de las apreciaciones esbozadas respecto de cada punto evaluado dado que no tienen ningún sustento normativo, sino subjetivo como se advierte de la motivación expuesta.

14. En el primer caso, resulta inaudito que no exista parámetro alguno para evaluar la idoneidad o la conducta del postulante, los que deben ser fijados desde el momento mismo de la convocatoria a concurso, y no integrarse en la etapa en la que el mismo se desarrolla.

15. Ciertamente, ello no significa que tales aspectos no puedan ser evaluados; por el contrario, considero que es necesario para el nombramiento de magistrados tanto del Poder Judicial como del Ministerio Público, pero en modo alguno puede convertirse en el ejercicio de una actividad discrecional. Conforme al

contenido del acta que contiene la motivación, la evaluación de la idoneidad termina en una discrepancia en la que algunos consejeros se dan por satisfechos con las respuestas otorgadas, mientras que otros no; sin embargo, el evaluado no tiene conciencia ni conocimiento de que es lo que los evaluadores esperan de sus respuestas, ni mucho menos tiene pautas o parámetros de cómo va a ser evaluado.

16. Con la aplicación de criterios como los detallados, más pareciera que el CNM está evaluando los conocimientos del postulante en relación a un determinado terna, dado que sus respuestas fueron consideradas de carácter genérico y sin profundidad. no erróneas, equivocadas o impertinentes, dado que estas últimas si pueden demostrar desconocimiento o ignorancia sobre un tema considerado relevante.

17. Más grave es lo expuesto en relación a la participación del recurrente como representante del Ministerio Público en el caso "Business Track". Si bien el CNM parte de la premisa que el principio de presunción de inocencia del recurrente no ha sido enervado por el resultado de los actuados judiciales, luego el CNM se contradice, cuando refiere que tal información no puede pasar inadvertida, de modo que se considera relevante y aunque -a la fecha de la emisión de la resolución-, el recurrente no contaba con proceso penal en trámite en su contra, ello es suficiente para descalificarlo como postulante, al señalar que su conducta no es irreprochable. De modo que califica el contenido de una sentencia judicial que ordena que se remita copia de los actuados al Ministerio Público para que en uso de sus atribuciones realice las investigaciones pertinentes respecto de —entre otras personas—, Mateo Castañeda Segovia, como si de una sanción se tratara

18. En dicha línea, pareciera que para el CNM, la existencia de una denuncia penal, o en el caso de los funcionarios detallados en el artículo 99° de la Constitución, la existencia de una acusación constitucional, descalifica a tales funcionarios de seguir ejerciendo el cargo para el que fueron elegidos y desempeñan, tanto más cuando su conducta debe ser considerada de plano, reprochable.

19. En consecuencia resulta evidente que en el caso de autos, además del derecho al debido proceso en sede administrativa, se está afectando el derecho a la presunción de inocencia, pues como se ha señalado anteriormente (*cf* STC 0618-2005-PHC/TC, fundamentos 21 y 22) este derecho fundamental, en tanto que presunción *iuris tantum,* implica que *"(…) a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta que se expida la sentencia definitiva"* De igual forma, se ha dicho *(vid.* STC 2915-2004-PHC/TC, fundamento 12) que *"la presunción de inocencia se mantiene 'viva' en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigatorio llevado a cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla (…)".*

20. En consecuencia, si entre los requisitos para postular al cargo de magistrado del Poder Judicial o fiscal del Ministerio Público no se ha determinado que los postulantes no deben tener denuncia o proceso penal en trámite, ello no puede considerarse un demérito a ser utilizado como si de un "requisito impropio" se tratara para, en las etapas finales de un concurso, pretender excluir a un candidato La ejecución de las sentencias de los órganos jurisdiccionales.

**La ejecución de las sentencias de los órganos jurisdiccionales**

21. De conformidad con el artículo 139°, inciso 2 de la Constitución, toda persona sometida a un proceso judicial tiene derecho a que no se deje sin efecto aquellas resoluciones que han adquirido la autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución.

22. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha sostenido en reiterada jurisprudencia que este derecho garantiza al justiciable que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no sólo no puedan ser recurridas a través de medios impugnatorios -bien sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo legal para interponerlos- sino también que el contenido de las mismas no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, ya sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso [STC N.° 04587-2004-AA/TC, fundamento 38].

23. En el ámbito de los procesos constitucionales este derecho encuentra una configuración expresa en el artículo 22°, primer párrafo del Código Procesal Constitucional, el cual dispone que la sentencia que cause ejecutoria al interior de estos procesos "se actúa

conforme a sus propios términos por el juez de la demanda".

24. La ejecución de las sentencias en sus propios términos, ha dicho el Tribunal Constitucional en la STC N.° 01939-2011-PA/TC, constituye una garantía a favor de las partes procesales, esto es, "tanto para el ejecutante como para el ejecutado, puesto que les impide reabrir el debate ya finalizado y clausurado por la firmeza, así como modificar el derecho reconocido por sentencia firme a su capricho, alterando las condiciones en que fue delimitado [Carballo Piñeiro, Laura. *Ejecución de condenas de dar (tratamiento procesal adaptado a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil),* Barcelona, Bosch, 2001, p. 30]. En ese mismo sentido, ha reconocido que:

> "[no] resulta admisible que los contenidos de una resolución estimatoria puedan ser reinterpretados en vía de ejecución y que incluso tal procedimiento se realice de forma contraria a los propios objetivos restitutorios que con su emisión se pretende. Producida una sentencia estimatoria, y determinado un resultado a partir de sus fundamentos, es indiscutible que no pueden, estos últimos, ser dirigidos contra la esencia de su petitorio, de manera tal que este termine por desvirtuarse" [STC N.° 01102-2000-AA/TC].

25. Así pues, con la finalidad de garantizar la eficacia de este derecho en el contexto de los procesos constitucionales, este Tribunal, en la STC N.° 0004-2009-PA/TC, publicada el 15 de noviembre de 2010, ha establecido que el recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional procede contra la resolución del juez de ejecución que declara actuado, ejecutado o cumplido el mandato de una sentencia del Tribunal Constitucional, o que declara fundada la contradicción u observación propuesta por el obligado; frente a supuestos de inejecución, ejecución defectuosa o desnaturalización de una sentencia constitucional.

26. En consecuencia, en el caso concreto estimo que se encuentra suficientemente acreditada la renuencia del órgano demandado en cumplir la sentencia de este Tribunal, pues aunque por razones distintas, vuelve a incurrir en defectos de motivación por esgrimir razones ambiguas y subjetivas para efectos de decidir no nombrar al actor en el cargo al que postuló.

27. Sin embargo -y he aquí las principales razones de mi discrepancia con lo decidido por mis demás colegas magistrados- no encuentro cómo el Tribunal Constitucional pueda ordenar al Consejo Nacional de la Magistratura que proceda a nombrar a don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia o a don César José Hinostroza Pariachi, en el concurso convocado por esa entidad el año 2010 en la plaza aún vacante de fiscal supremo.

28. Y es que la decisión de nombrar o no a un abogado como magistrado del Poder Judicial o fiscal del Ministerio Público corresponde exclusiva y excluyentemente al Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) conforme a lo expresamente establecido en el numeral 1 del artículo 158° de nuestra Carta Magna. Por ello, el Tribunal Constitucional no puede subrogar al emplazado en dicha labor a través de sus pronunciamientos Hacerlo implica, en mi opinión, arrogarse atribuciones que le son totalmente ajenas

29. Además, tampoco puede soslayarse que la propia naturaleza de los procesos constitucionales es netamente restitutoria y no declaratoria; por ende, ordenar al Consejo que elija entre tal o cual postulante a un cargo que previamente no ostenta es una situación que contradice nuestra propia jurisprudencia

30. La manera en que tal desacato debe ser enmendado no puede desvirtuar las propias competencias de este Tribunal, ni la naturaleza misma del amparo, toda vez que de acuerdo con el artículo 1° del Código Procesal Constitucional, ante la violación o amenaza de violación de un derecho fundamental, la justicia constitucional tiene la ineludible obligación de retrotraer las cosas al estado previo a la vulneración del mismo o, en su caso, ordenar el cese de la amenaza.

31. En tales circunstancias considero que, verificada la nueva afectación, lo que corresponde es ordenar al Consejo Nacional de la Magistratura adopte un nuevo acuerdo en el que sus consejeros deberán emitir un voto debidamente motivado y suficientemente razonado respecto de las razones por las cuales deciden nombrar, o no, al actor al cargo al que postuló, absteniéndose de efectuar calificaciones subjetivas, vagas y ambiguas, y sobretodo, respetando sus derechos fundamentales

32. En consecuencia, mi voto es por:

    a) Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación por salto presentado por la parte demandante; en consecuencia, nula la Resolución N.° 23. de fecha 21 de enero de 2013. obrante a fojas 1059 del Tomo II. expedida por el Quinto Juzgado

Especializado en lo Constitucional de Lima, que declaró por cumplido el mandato ordenado en la resolución N.° 13, y nulo el acuerdo adoptado por el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) en su Sesión Plenaria N.° 2301 de 29 de noviembre de 2012, en cuanto resuelve no nombrar al recurrente en el cargo de fiscal supremo, por una supuesta falta de idoneidad y ausencia de conducta irreprochable

b) Reponiendo las cosas al estado anterior a la vulneración de tos derechos invocados, dispone que la emplazada ejecute en sus propios términos la STC N.° 04944 2011-PA/TC y. de ser el caso, emita un nuevo acuerdo debidamente motivado.

**S.**
**URVIOLA HANI**

EXP. N.° 01044-2013-PA/TC
LIMA
MATEO GRIMALDO CASTAÑEDA SEGOVIA

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN**

Con el debido respeto que merece la opinión del magistrado ponente, disiento de la misma, por lo que procedo a emitir el presente voto singular, por las consideraciones siguientes

1. Viene a este Tribunal la apelación por salto interpuesta por el demandante contra la Resolución N° 23, que corre a fojas 1059, que resolviendo el escrito de la demandada tiene por cumplido el mandato, da por concluido el proceso y dispone el archivo definitivo del mismo. Sostiene que el juez ejecutor incurre en graves errores de hecho y derecho, al concluir que el CNM ya habría supuestamente dado cabal cumplimiento a lo resuelto por el Tribunal Constitucional en su sentencia de fecha 16 de enero de 2011. Precisa que la Resolución N° 23, emitida por el juez ejecutor, no ha examinado en modo alguno la constitucionalidad, razonabilidad, objetividad y corrección lógica del Acuerdo del Pleno del CNM, obrante en el Acta de Sesión N° 2301, de fecha 29 de noviembre de 2012, en el extremo donde se afirma erróneamente que el suscrito supuestamente no cumpliría el requisito de idoneidad para ser nombrado fiscal Supremo, adoleciendo la resolución de ausencia de justificación interna y externa, no obstante lo cual declara concluido el proceso y dispone el archivo del expediente.

2. De conformidad con el artículo 139°, inciso 2, de la Constitución, toda persona sometida a un proceso judicial tiene derecho a que no se deje sin efecto aquellas resoluciones que han adquirido la calidad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución.

3. Así pues, con la finalidad de garantizar la eficacia de este derecho en el contexto de los procesos constitucionales, este Tribunal, en la STC N.° 0004-2009-PA/TC, publicada el 15 de noviembre de 2010, ha establecido que el recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional procede contra la resolución del juez de ejecución que declara actuado, ejecutado o cumplido el mandato de una sentencia del Tribunal Constitucional, o que decida fundada la contradicción u observación propuesta por el obligado, frente a supuestos de inejecución, ejecución defectuosa o desnaturalización de una sentencia constitucional Siendo que la apelación por salto interpuesta por el actor reúne los requisitos para ser vista por este Tribunal, corresponde emitir pronunciamiento a fin de verificar la correcta ejecución de la sentencia expedida por este Tribunal.

4. Conforme es de verse de la sentencia emitida por este Tribunal de fecha 16 de enero de 2012 (STC N° 4944-2011-PA/TC), se declaró fundada la demanda de amparo al haberse acreditado la violación de los derechos al debido proceso y a la motivación de las resoluciones. previstos en los incisos 3) y 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, habiéndose dispuesto declarar nulo el Acuerdo N° 0178-2011, adoptado por el Consejo Nacional de la Magistratura y contenido en el Acta de Sesión plenaria extraordinaria de 27 y 28 de enero de 2011, ordenando que el Consejo Nacional de la Magistratura emita un nuevo acuerdo debidamente motivado, lo que suponía, evidentemente, que sus miembros previamente volvieran a votar, conforme a lo expuesto en el fundamento 41 de la referida sentencia.

5. En dicho sentido, se advierte que mediante Resolución N.° 4, de fecha 18 de mayo de 2012 (f 651), emitida por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, se requirió al Consejo Nacional de la Magistratura a fin de que dentro del plazo de dos días de notificado cumpla con emitir un nuevo acuerdo debidamente motivado, lo que suponía evidentemente que sus miembros previamente vuelvan a votar conforme a lo expuesto en el fundamento 41 de la sentencia 4944-2011-PA/TC, bajo apercibimiento de aplicarse los apremios contenidos en los artículos 22° y 59° de la Ley 28237.

6. Asimismo, a fojas 663 corre el escrito del procurador del CNM solicitando al referido juzgado de ejecución ampliación del plazo, en atención a que para cumplir con el referido mandato judicial se tenía que seguir procedimientos internos de acuerdo a la normativa legal vigente, sosteniéndose además que habiendo quedado establecido por el Tribunal Constitucional, en la Resolución de aclaración de la sentencia, que al ser el Consejo Nacional de la Magistratura un órgano constitucionalmente autónomo e independiente, que se rige por su Ley Orgánica deberá ser el Colegiado quien decida de qué manera procede con la votación, dado que el Tribunal Constitucional ha establecido que cualquier interferencia resulta inadmisible en la autonomía de dicho órgano constitucional.

7. A fojas 665 corre la Resolución N °6, de fecha 7 de junio de 2012, mediante la cual se declara fundada la solicitud de ampliación y se le concede el plazo ampliatorio de cinco días a fin de que se dé estricto cumplimiento a lo ordenado en la Resolución N° 4, de fecha 18 de mayo de 2012. Si bien es cierto que el tiempo concedido pudiera haber resultado corto, también lo es que a fojas 925 corre el Acta de la Sesión Extraordinaria del Consejo Nacional de la Magistratura llevada a cabo el día 29 de noviembre de 2012, con lo que queda claro que el Consejo tuvo el tiempo necesario para poder evaluar los nuevos hechos y proveerse de los elementos necesarios para emitir una votación razonada, debidamente motivada y sustentada en pruebas objetivas.

8. De la parte pertinente del Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria del Consejo Nacional de la Magistratura, de fecha 29 de noviembre de 2012, que corre a fojas 899 de autos, aparece que por el no nombramiento votaron los señores consejeros Gastón Soto Vallenas, Luis Maezono Yamashita, Gonzalo García Nuñez y Máximo Herrera, decisión que se ha sustentado en dos aspectos. i) falta de idoneidad, pues se sostiene que no respondió a preguntas conforme a lo esperado y que sus respuestas resultaron insuficientes, y, ii) que es cuestionado por una Sala Penal en el caso *Business Track,* sosteniéndose que mientras no se resuelva tal caso no puede ser nombrado fiscal, ya que no cuenta con el estándar de conducta irreprochable.

9. Que respecto a la evaluación de Idoneidad, dice la referida acta "(...) que se le preguntó, al postulante su opinión, respecto a las decisiones emitidas por el ministerio público y que podrían resultar injustas, y qué haría como Fiscal Supremo".

10. Asimismo se observa que los referidos consejeros "(...) esperaban que el postulante vertiera en sus respuestas la experiencia vivida en el ministerio público, reflejando sus conocimientos en el sistema y brindando su opinión sustentada en las funciones de dicha institución", constituyéndose así estos requisitos (**a.** experiencia vivida en el ministerio público, **b.** reflejar sus conocimientos en el sistema y **c.** brindar su opinión sustentada en las funciones de dicha institución), en el canon de control o premisa mayor que debía justificar el postulante con sus respuestas.

11. Sin embargo, lo que se adviene es que se concluye que: "tales respuesta fueron de carácter genérico, sin exponer con profundidad sus conocimientos sobre la realidad de una institución a la cual perteneció por más de 25 años, así como sus propuestas para mejorar la actuación de la institución a la cual postula, incluso en el ámbito de sus actividades internas de gestión"

12. Se aplica también que se precisa la respuesta brindada consignándose que "el postulante señaló que la medida inmediata era interactuar directamente con los fiscales, dado que el tema de justicia no era un tema de leyes sino de hombres", constituyendo esta la premisa menor o fáctica que los consejeros debían evaluar en función de la premisa previamente establecida expresando las razones por las cuales consideraban que dicha respuesta no justificaba la premisa mayor, es decir por qué la respuesta recibida no cumplía el canon de control previamente establecido.

13. Siendo así, noto una falta de motivación interna del razonamiento pues existe una inferencia consignada en el acta que no es producto de las premisas previamente establecidas.

14. Asimismo, aparece del acta que respecto a la pregunta "¿qué acciones tomaría el Ministerio Público, en casos como el VRAE y qué medidas se deberían adoptar?" los consejeros sostienen que el postulante solo aludió a la posibilidad de que los investigados o procesados se acojan a la colaboración eficaz, así como a eventuales soluciones de carácter legislativo.

15. Al respecto, se puede advertir que el Acta de Sesión en la cual se sustenta la decisión de no nombrar al demandante estuvo basada en preguntas de opinión cuya validez no puede quedar a la libre discrecionalidad de los consejeros, pues para uno pudo cumplir las expectativas mientras que para otros no, en razón de que no se consignó previamente una escala objetiva de medida en este tipo de evaluación, quedando el postulante al

criterio discrecional de cada consejero al emitir su voto, por lo que el Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria del 29 de noviembre de 2012, mediante la cual se votó a favor del no nombramiento del accionante está sesgada de subjetividad y de una motivación que la invalida, por lo que los consejeros deberán emitir una nueva votación sustentada en hechos concretos debidamente comprobados, justificando previamente las premisas que constituyen la motivación externa.

16. El Tribunal Constitucional ha establecido que *"el fundamento principal por el que se habla de debido proceso administrativo encuentra su sustento en el hecho de que tanto la jurisdicción como la administración están indiscutiblemente vinculadas a la Constitución Política del Estado, de modo que si ésta resuelve asuntos de interés para las administrados, y lo hace a través de procedimientos internos, no existe razón alguna para desconocer las categorías invocables ante el órgano jurisdiccional»* (STC 8495-2006-AA/TC).

17. En la misma línea de razonamiento, este Colegiado ha precisado que dentro de aquel conjunto de garantías mínimas que subyacen al debido proceso se encuentra el *derecho a la motivación de las resoluciones,* que adquiere vital preponderancia en el caso que nos ocupa, pues es este el derecho que el demandante reclama como vulnerado y por el cual acude a esta instancia en pos de tutela. Por su parte, la doctrina considera que la motivación supone la exteriorización obligatoria de las razones que sirven de sustento a una resolución de la administración.

18. Por lo tanto, estimo que la Resolución N° 23, de fecha 21 de enero de 2013, materia del recurso de apelación por salto, ha sido emitida vulnerando claramente los derechos fundamentales del actor, pues no obstante carecer el Acta de Sesión Plenaria de motivación interna y externa, el juez ejecutor ordena la conclusión del proceso y el archivo definitivo del proceso.

Por las consideraciones expuestas, voto a favor de que se declare **FUNDADA** la apelación por salto. **NULO** el Acuerdo N° 1615-2012, votado en el Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria del Consejo Nacional de la Magistratura, de fecha 29 de noviembre de 2012. **NULA** la Resolución N° 23, de fecha 21 de enero de 2013, corriente a fojas 1059, que da por concluido el proceso y dispone su archivo definitivo; consecuentemente, el Consejo Nacional de la Magistratura debe adoptar un nuevo acuerdo, y sus consejeros han de emitir un voto debidamente motivado, razonado y suficiente; absteniéndose de efectuar calificaciones subjetivas respeto a los derechos fundamentales.

**S**
**CALLE HAYEN**

EXP. N.° 01044-2013-PA/TC
LIMA
MATEO GRIMALDO CASTAÑEDA SEGOVIA

**RESOLUCION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Lima, 31 de octubre de 2013

**VISTA**

La solicitud de nulidad y su escrito de ampliación presentados por el Procurador Público a cargo de los asuntos Judiciales del Consejo Nacional de la Magistratura, contra la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 9 de setiembre de 2013; y,

**ATENDIENDO A**

1. Que el artículo 121° del Código Procesal Constitucional dispone que *"Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna. En el plazo de dos días a contar desde su notificación o publicación tratándose de las resoluciones recaídas en los procesos de inconstitucionalidad, el Tribunal de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en la que hubiese incurrido".*

2. Que el procurador público solicita la nulidad de la publicación de la sentencia de fecha 9 de setiembre de 2013, alegando que entre la fundamentación y la decisión no hay coherencia, toda vez que el Fundamento N° 29 supone una injerencia en las competencias del Consejo Nacional de la Magistratura. Asimismo, manifiesta que el fundamento de voto del magistrado Eto Cruz, no guarda coherencia con la resolución, pues en dicho voto se otorga un derecho preferente al postulante Hinostroza Pariachi sobre el postulante Castañeda Segovia.

3. Que conforme al anotado numeral 121° del Código Procesal Constitucional, las sentencias de este Tribunal solo pueden ser objeto de aclaración. En consecuencia, la solicitud del procurador público debe ser desestimada toda vez que no puede pretender la declaratoria de nulidad de la sentencia de autos a través de un recurso no previsto en el ordenamiento procesal constitucional.

4. Que respecto al fundamento de voto del magistrado Eto Cruz, conviene recordar que el primer párrafo del artículo 5° de la Ley

Orgánica del Tribunal Constitucional N° 28301 dispone que *"[…] El Tribunal, en Sala Plena, resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos […]".*

5. Que en ese sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado fundada la demanda de amparo por mayoría simple de votos emitidos -por imperio de su ley orgánica-, siendo éste el fundamento jurídico que en conjunto la sustenta. En consecuencia. no procede la aclaración de los argumentos que los magistrados expresan en sus votos, toda vez que éstos no constituyen la *ratio decidendi* del Tribunal Constitucional.

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

**RESUELVE**

Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de nulidad. Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**MESÍA RAMÍREZ**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.° 00791-2014-PA/TC (EXP. N.° 01044-2013-PA/TC)
LIMA
MATEO GRIMALDO CASTAÑEDA SEGOVIA

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 30 días del mes de abril de 2014, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

**ASUNTO**

Recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de la STC N.° 01044-2013-PA/TC, interpuesto por don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, de fecha 26 de diciembre de 2013; contra la Resolución N.° 38, de fecha 26 de diciembre de 2013, obrante a fojas 1492 del Tomo II, expedida por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, que declaró la sustracción de la materia y el archivamiento del proceso.

**ANTECEDENTES**

**a. Demanda y sentencia del Tribunal Constitucional**

Con fecha **19 de mayo de 2011**, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), solicitando que se declare la nulidad del **Acuerdo N.º 0178-2011**, adoptado por mayoría y contenido en el Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria de fechas 27 y 28 de enero de 2011, que resolvió no nombrarlo Fiscal Supremo en el marco de la Convocatoria N.° 002-2010-SN/VCNM pese a que ocupó el tercer puesto del cuadro de méritos; invocando la afectación de sus derechos al debido proceso y a la motivación de los actos administrativos [f. 315, tomo I].

Mediante **STC N.º 04944-2011-PA/TC**, de fecha **16 de enero de 2012**, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, considerando que el acto lesivo cuestionado había vulnerado los derechos del actor al debido proceso y a la motivación de las resoluciones; y en consecuencia, nulo el Acuerdo N.° 0178-2011, ordenando al CNM emitir un nuevo acuerdo debidamente motivado, y a sus miembros, volver a votar su decisión *"de conformidad con lo dispuesto por el artículo 154° 1 de la Constitución, el segundo párrafo del artículo 33° de la Ley N.° 29277 de la Carrera Judicial y el artículo 53° del Reglamento de Concursos para el Acceso Abierto en la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales aprobado mediante Resolución N.° 281-2010-CNM"* [fundamento 41]. Cabe señalar que en los fundamentos de esta sentencia también se declaró vulnerados los derechos de acceso a la función pública y a la presunción de inocencia.

**b. Etapa de ejecución de la STC N.º 04944-2011-PA/TC**

Mediante **Acuerdo N.º 766-2012**, contenido en el Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria del CNM de fecha **08 de junio de 2012**, el CNM resolvió *"declarar desierto el concurso para la plaza de Fiscal Supremo, al no haber alcanzado los doctores César Hinostroza Pariachi y Mateo Grimaldo Castañeda Segovia el número de votos requeridos por el artículo 154 inciso 1 de la Constitución Política para ser nombrados"* [f. 731, tomo I]

Mediante Resolución N.° 13, de fecha 17 de agosto de 2012, el Quinto Juzgado Constitucional de Lima resolvió declarar nula la sesión N.° 2202 del CNM del 08 de junio de 2012, en el extremo que decide no nombrar al actor en el cargo de Fiscal Supremo; y en consecuencia, "ORDENA que los Consejeros del CNM vuelvan a emitir nuevo pronunciamiento, sujetándose de manera estricta a lo dispuesto por el TC en su sentencia de fecha 16 de enero de 2012, aclarada mediante resolución de fecha 16 de abril del mismo año" [f. 854, tomo I].

En cumplimiento de ello, mediante **Acuerdo N.º 1615-2012**, contenido en el Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria del CNM de fecha **29 de noviembre de 2012**, el CNM resolvió *"No nombrar al señor MATEO GRIMALDO CASTAÑEDA SEGOVIA, como FISCAL SUPREMO DEL MINISTERIO PÚBLICO, al no haber alcanzado el voto conforme de los dos tercios del número*

*legal de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, de conformidad con el artículo 154 inciso 1 de la Constitución Política"* [f. 899, tomo I].

Con fecha **26 de diciembre de 2012**, el recurrente solicita al Juzgado que declare la nulidad del Acuerdo N.° 1615-2012 [f. 1031, tomo II].

Finalmente, ante los pedidos de conclusión de proceso de la demandada y de nulidad del actor, el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, mediante **Resolución N.º 23**, de **21 de enero de 2013** [f. 1059, tomo II] resuelve declarar por cumplido el mandato ordenado en la Resolución N.° 13, y ordena la conclusión del proceso y su archivo definitivo.

**c. Primer recurso de apelación por salto**

Con fecha **30 de enero de 2013**, el actor interpone recurso de apelación por salto contra la Resolución N.° 23, de fecha 21 de enero de 2013 [f. 1143, tomo II].

Mediante **STC N.º 01044-2013-PA/TC**, de fecha **9 de setiembre de 2013**, el Tribunal Constitucional declaró fundado el recurso de apelación por salto planteado por la parte demandante, al considerar acreditada la renuencia del CNM en cumplir la sentencia constitucional de fecha 16 de enero de 2012, y la resolución expedida en vía de ejecución por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, N.° 11 de fecha 14 de agosto de 2012, *"lo que demuestra a su vez una conducta inaceptable que desafía la autoridad de este Colegiado como supremo y definitivo intérprete de la Constitución (artículo 1° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), e instancia final en los procesos de tutela de derechos como el proceso de amparo (artículo 202° inciso 2 de la Constitución)"* [fundamento 24]; en consecuencia, en aplicación del artículo 59° del Código Procesal Constitucional, y luego de valorar que *"nada estaría más alejado de los principios de economía procesal y tutela efectiva de los derechos fundamentales (artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), que optar por brindar una nueva e inoficiosa oportunidad al Consejo demandado para que emita una nueva decisión en torno a la postulación del demandante (…)"*, ordenó al CNM *"proceder a nombrar, entre los postulantes que quedan en carrera, esto es, don César José Hinostroza Pariachi o don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, a aquel que corresponda desempeñarse como Fiscal Supremo, conforme a las bases y reglamentos vigentes al momento de realizarse la convocatoria para dicha plaza"* [punto resolutivo N.° 2 ].

**d. Etapa de ejecución de la STC N.º 01044-2013-PA/TC**

Mediante **Acuerdo N.º 1835-2013**, contenido en el Acta de Sesión N.° 2482, de fecha **15 de noviembre de 2013** [fojas 1416 del Tomo III], el CNM resolvió declarar que los postulantes Hinostroza Pariachi y Casteñeda Segovia *"no alcanzaron el requisito constitucional del voto conforme de los dos tercios del número legal de los siete miembros que actualmente conforman el Consejo Nacional de la Magistratura"*.

Mediante Resolución N.° 34, de fecha **9 de diciembre de 2013** [fojas 1401], el Quinto Juzgado Constitucional de Lima declaró improcedente el pedido de conclusión del proceso solicitado por la demandada, y en consecuencia, requirió al CNM para que procedan a nombrar, entre los postulantes que quedan en carrera, a aquél que corresponda desempeñarse como Fiscal Supremo, *"conforme a las bases y reglamentos vigentes al momento de realizarse la convocatoria para dicha plaza, en estricto orden de méritos, conforme lo ordenado por el Tribunal Constitucional de forma expresa y sustentado desde los fundamentos 22 a 29 de la sentencia emitida en la STC N° 1044-2013-PA/TC, y en los fundamentos 7, 8 y 9 de la resolución aclaratoria de fecha 31 de octubre de 2013, MANDATO que deberá ser cumplido en el plazo improrrogable de 02 días útiles contado a partir de la notificación de la presente resolución; bajo apercibimiento de multa"*. Asimismo, se declaró improcedente el pedido de suspensión del concurso 002-2012-SN/CNM *"correspondiendo a los miembros del CNM tomar las medidas correspondientes con el fin de efectivizar lo ordenado por el TC, bajo responsabilidad"*.

Mediante Resolución N.° 35, de fecha **16 de diciembre de 2013** [fojas 1413], el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, declaró nula la Sesión N.° 2482 y el Acuerdo 1835-2013, en el extremo en que el CNM decidió no nombrar al actor en el cargo de Fiscal Supremo.

Mediante Resolución N.° 37, de fecha **17 de diciembre de 2013** [fojas 1472], el Juez ordenó suspender el concurso N.° 002-2012-SN/CNM, en el estado en que se encuentre, hasta que resuelva en definitiva la ejecución de la sentencia *"a fin de evitar posible irreparabilidad en el derecho del actor"* y ordenó *"OFÍCIESE en el día al Presidente del CNM para que proceda de acuerdo a ley"*.

Mediante **Acuerdo N.º 1988-2013**, emitido en Sesión de Pleno N.° 2498, de fecha **18 de diciembre de 2013** [fojas 1650], el CNM decidió no nombrar al actor en el cargo de Fiscal Supremo, señalándose allí, entre otras cosas, que *"este cumplimiento constituye una solución institucional ante la imposibilidad jurídica propuesta por el Juzgado"* y que *"el mandato del juez constituye un imposible jurídico y fáctico para ejecutar, no sólo por la exigencia constitucional de los 5 votos al que ninguno de los citados demandantes (Hinostroza Pariachi y Castañeda Segovia) ha*

*alcanzado ni alcanzará en el futuro* (…) *salvo que el juez ordene que el nombramiento 4 votos para el nombramiento, que ningún juez se atreverá a disponer"*. Cabe señalar que, en este caso, los consejeros Talavera Elguera, Paz de la Barra y Guzmán Díaz, quienes venían votando a favor del nombramiento del demandante, cambiaron su voto en contra del nombramiento del actor, sin explicar las razones de dicho cambio, y sin precisar ninguna motivación constitucional, conforme lo exigía el artículo 139°, inciso 5 de la Constitución Política del Estado; y el mismo artículo 33° de la Ley N.° 29277, Ley de la Carrera Judicial.

Y ese mismo día, mediante **Acuerdo N.º 1990-2013**, contenido en el Acta de Sesión N.° 2499, de fecha **18 de diciembre de 2013** [fojas 1645], el CNM resolvió nombrar como Fiscal Supremo a la Dra. Zoraida Ávalos Rivera, quien figuraba en el primer puesto del cuadro de méritos elaborado por el Consejo, a raíz del concurso irregular ya mencionado, donde además figuraban los postulantes Nora Miraval Gambini (2° puesto) y José Pereira Rivarola (3° puesto); todo ello, en el marco de la Convocatoria N.° 002-2012-SN/CNM.

Mediante Resolución N.° 38, de fecha 26 de diciembre de 2013 [fojas 1492] el Quinto Juzgado Constitucional de Lima declaró la sustracción de la materia y el archivamiento definitivo del proceso.

**e. Segundo recurso de apelación por salto**

Con fecha **09 de enero de 2014**, el recurrente interpone recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de la STC N.° 01044-2013-PA/TC, y contra la Resolución N.° 38 expedida por el juez de ejecución [fojas 1522].

**FUNDAMENTOS**

**§1. Sobre el derecho a la ejecución de las sentencias constitucionales**

1. De conformidad con el artículo 139°, inciso 2 de la Constitución, toda persona sometida a un proceso judicial tiene derecho a que no se deje sin efecto aquellas resoluciones que han adquirido la autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución.

2. Sobre el particular, este Tribunal ha sostenido en reiterada jurisprudencia que este derecho garantiza al justiciable que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no sólo no puedan ser recurridas a través de medios impugnatorios –bien sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo legal para interponerlos– sino también que el contenido de las mismas no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, ya sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso [STC N.° 04587-2004-AA/TC, fundamento 38].

3. En el ámbito de los procesos constitucionales este derecho encuentra una configuración expresa en el artículo 22°, primer párrafo del Código Procesal Constitucional, el cual dispone que la sentencia que cause ejecutoria al interior de estos procesos "se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda".

4. La ejecución de las sentencias en sus propios términos, ha dicho este Tribunal en la STC N.° 01939-2011-PA/TC, constituye una garantía a favor de las partes procesales, esto es, "tanto para el ejecutante como para el ejecutado, puesto que les impide reabrir el debate ya finalizado y clausurado por la firmeza, así como modificar el derecho reconocido por sentencia firme a su capricho, alterando las condiciones en que fue delimitado [Carballo Piñeiro, Laura. *Ejecución de condenas de dar (tratamiento procesal adaptado a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil),* Barcelona, Bosch, 2001, p. 30]. En ese mismo sentido, ha reconocido que:

> "[no] resulta admisible que los contenidos de una resolución estimatoria puedan ser reinterpretados en vía de ejecución y que incluso tal procedimiento se realice de forma contraria a los propios objetivos restitutorios que con su emisión se pretende. Producida una sentencia estimatoria, y determinado un resultado a partir de sus fundamentos, es indiscutible que no pueden, estos últimos, ser dirigidos contra la esencia de su petitorio, de manera tal que este termine por desvirtuarse" [STC N.° 01102-2000-AA/TC].

5. Así pues, con la finalidad de garantizar la eficacia de este derecho en el contexto de los procesos constitucionales, este Tribunal, en la STC N.° 0004-2009-PA/TC, publicada el 15 de noviembre de 2010, ha establecido que el recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional procede contra la resolución del juez de ejecución que declara actuado, ejecutado o cumplido el mandato de una sentencia del Tribunal Constitucional, o que declara fundada la contradicción u observación propuesta por el obligado; frente a supuestos de inejecución, ejecución defectuosa o desnaturalización de una sentencia constitucional.

**§2. Análisis de la controversia**

6. De autos se desprende que la controversia de autos consiste en determinar si, en fase

de ejecución de sentencia, se ha desvirtuado lo decidido por este Tribunal en la STC N.° 01044-2013-PA/TC, que declaró fundado el recurso de apelación por salto planteado por la parte demandante, y ordenó al CNM proceder a nombrar, entre los postulantes que quedaban en carrera, esto es, don César José Hinostroza Pariachi o don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, a aquel que corresponda desempeñarse como Fiscal Supremo, conforme a las bases y reglamentos vigentes al momento de realizarse la convocatoria para dicha plaza.

**§2.1** ***Sobre la presunta sustracción de la materia***

7. El recurso de apelación por salto tiene por objeto que se declare la nulidad de la resolución N.° 38, del 26 de diciembre de 2013 (f. 1492), emitida con ocasión del pedido del recurrente para que se declare la nulidad de la Sesión N.° 2498 y el Acuerdo N.° 1988-2013 que no lo nombra como Fiscal Supremo; la nulidad de las entrevistas personales de doña Zoraida Ávalos Rivera, doña Nora Miraval Gambini y don José Pereira Rivarola, realizadas con posterioridad a la notificación de la suspensión de la notificación de la suspensión judicial del concurso; y la nulidad de la sesión N° 2499 y del Acuerdo N° 1990-2013 que designa a doña Zoraida Ávalos Rivera como Fiscal Suprema; en este sentido, precisa que aquella resolución declara la sustracción de la materia y dispone el archivo del proceso, dado que no existe vacante alguna que cubrir.

8. El Código Procesal Constitucional regula dos supuestos para que la sustracción de la materia se produzca, como se puede advertir de los artículos 1° y 5°.5 de dicha norma:

   8.1. En el primer caso, el segundo párrafo del artículo 1° refiere que "Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión (…)". Como se aprecia del mismo, la norma establece que dependiendo del agravio, el juez puede declarar fundada la demanda, pero no dice que otra u otras alternativas tiene el juzgador –atendiendo justamente a la naturaleza de aquél–. Frente a ello, jurisprudencialmente este Tribunal ha declarado la sustracción de la materia, teniendo presente o el cese de la amenaza o agresión, o la irreparabilidad de la agresión.

   8.2. En el segundo caso, el artículo 5°.5 precitado precisa que la demanda es improcedente cuando "A la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable".

9. Como se advierte en ambos casos, estamos frente a situaciones en las que o la agresión o amenaza ha cesado, o se ha convertido en irreparable, lo que obviamente debe ocurrir antes de que se haya emitido sentencia resolviendo la pretensión planteada en cada caso.

10. Sin embargo, en el caso de autos nos encontramos frente a una situación en la que la parte recurrente ya cuenta no solo con una sentencia dictada a su favor, sino además con otra que complementa la anterior ante los nuevos hechos o actuaciones ocurridas o desarrolladas por la parte obligada, esto es, el Consejo Nacional de la Magistratura. En consecuencia, no procede declarar la sustracción de la materia ni mucho menos el archivo del proceso, sino determinar de qué manera se deben ejecutar las decisiones emitidas por este Tribunal y que tienen la calidad de cosa juzgada.

11. Por ello, este Tribunal recuerda al *a quo*, que el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales constituye parte inseparable de la exigencia de efectividad de la tutela judicial. En efecto, el Tribunal Constitucional ya ha dejado establecido en anterior oportunidad que *"el derecho a la ejecución de resoluciones judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, y que no se agota allí, ya que, por su propio carácter, tiene una vis expansiva que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal (…) El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido"* [STC N.° 0015-2001-AI, 0016-2001-AI y 0004-2002-AI/TC, fundamento 11]. En esa misma línea de razonamiento, se ha precisado en otra sentencia que *"la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela"*, reiterando la íntima vinculación entre tutela y ejecución al establecer que *"el derecho al cumplimiento efectivo y, en sus propios términos, de aquello que ha sido decidido en el proceso, forma parte inescindible del derecho a la tutela jurisdiccional a que se refiere el artículo 139.3 de la Constitución"* [STC N.° 04119-2005-PA/TC, fundamento 64].

12. Como lógica consecuencia de lo expuesto, no corresponde ya que este Tribunal se pronuncia sobre el fondo del proceso –pues existen dos sentencias sobre el particular–, sino únicamente recordar que en tanto no se ejecuten las sentencias dictadas en sede constitucional, en sus propios términos, no solo se afectan los derechos inicialmente demandados –debido proceso y a la motivación–, sino también los derechos de acceso a la función pública y a la presunción de inocencia, así como a la ejecución de las resoluciones judiciales.

13. Como correlato de ello, corresponderá que el CNM, con esta u otra conformación, procedan a ejecutar las sentencias emitidas, las que se mantienen subsistentes ante el incumplimiento de lo ordenado por el Tribunal Constitucional. Al respecto, debemos indicar que no existiría tutela jurisdiccional, ni Estado social y democrático de derecho, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, una de las partes pudiera decidir unilateralmente si acata o no el fallo.

**§2.2 *Sobre la ejecución definitiva de la STC N.° 01044-2013-PA/TC en el presente caso***

14. Resuelta así esta cuestión previa, el Tribunal Constitucional debe entrar a analizar el modo en el que deberá ejecutarse la STC N.° 01044-2013-PA/TC, en concordancia con lo establecido primigeniamente en la STC N.° 04944-2011-PA/TC; ante la reiterada renuencia y rebeldía del CNM.

15. En este sentido, para este Tribunal no pasa desapercibido el hecho de que, con fecha posterior a la notificación de la STC N.° 01044-2013-PA/TC a la parte demandada y el correspondiente apercibimiento dictado por el juez *a quo*, el órgano demandado decidió proseguir con el procedimiento de selección y nombramiento iniciado con la Convocatoria N.° 0002-2012-SN/CNM, al punto de que, con fecha 18 de diciembre de 2013, mediante Acuerdo N.° 1990-2013, contenido en el Acta de Sesión N.° 2499, resolvió nombrar como Fiscal Supremo a la Dra. Zoraida Ávalos Rivera, quien figuraba en el primer puesto del cuadro de méritos elaborado por el Consejo. Y es tal decisión la cual, como se acaba de ver *supra*, motivó que el juez *a quo*, erróneamente, declarara la sustracción de la materia y el archivamiento definitivo del proceso, a pedido del CNM.

16. Sin embargo, lo que el Quinto Juzgado Constitucional de Lima inexplicablemente olvida es que el CNM, de forma anterior a esta decisión, ya había sido notificada oportunamente de tres actos procesales, a saber:

    16.1 Notificación de la STC N.° 01044-2013-PA/TC, que ordenó al CNM proceder a nombrar, entre los postulantes que quedaban en carrera, esto es, don César José Hinostroza Pariachi o don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, a aquel que corresponda desempeñarse como Fiscal Supremo, conforme a las bases y reglamentos vigentes al momento de realizarse la convocatoria para dicha plaza. (notificación ocurrida con fecha 4 de octubre de 2013, fojas 1285).

    16.2 Notificación de la Resolución N.° 34, de fecha 9 de diciembre de 2013, expedida por el propio Juzgado, mediante la cual requirió al CNM para que cumplan el mandato del Tribunal Constitucional (ocurrida con fecha 11 de diciembre de 2013)

    16.3 Notificación de la Resolución N.° 37, de fecha 17 de diciembre de 2013, mediante la cual el Juzgado había ordenado la suspensión del concurso N.° 002-2012-SN/CNM, en el estado en que se encuentre, *"a fin de evitar posible irreparabilidad en el derecho del actor"*, precisamente porque la plaza de Fiscal Supremo concursada era la única en la cual podía efectuarse el nombramiento de cualquier de los demandantes (señores Hinostroza Pariachi o Castañeda Segovia) (notificación ocurrida con fecha 18 de diciembre de 2013, a horas 9:55am, fojas 1482).

17. En consecuencia, si algo resulta meridianamente claro del recuento de estas todas notificaciones procesales, es que el CNM estaba plenamente informado del mandato contenido en la STC N.° 01044-2013-PA/TC, de los requerimientos del juez de ejecución (producidos en dos oportunidades) y, lo que es más grave aún, del requerimiento de suspensión del Concurso N.° 002-2012-SN/CNM, medida ésta que había sido dictada a fin de salvaguardar la ejecución de la referida sentencia constitucional respecto a los señores Hinostroza Pariachi y Castañeda Segovia.

    No obstante ello, en abierto desacato a lo resuelto por este Colegiado (y a los recaudos proveídos por el juez de ejecución para evitar la inejecutabilidad de la sentencia constitucional), el Consejo demandado prosiguió con el concurso N.° 002-2012-SN/CNM y, lo que es peor, declaró a un ganador en dicha plaza para Fiscal Supremo, paradójicamente el mismo día en que señalaba

que el cumplimiento de la STC N.° 01044-2013-PA/TC era *"un imposible jurídico"* para el caso del demandante Mateo Castañeda Segovia. [Acuerdo N.° 1988-2013, de fecha 18 de diciembre de 2013, que obra a fojas 1650].

18. Al respecto, y a propósito del contenido de la Resolución N.° 37 que ordenó la suspensión del concurso N.° 002-2012-SN/CNM, *"a fin de evitar posible irreparabilidad en el derecho del actor"*, el Tribunal Constitucional valora que tal pronunciamiento del juez *a quo* no sólo resultaba compatible con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, que obliga a quienes son responsables de ejecutarlas a *"adoptar, según las normas y procedimientos aplicables -y con independencia de que la resolución a ejecutar haya de ser cumplida por un ente público o no- las medidas necesarias y oportunas para su estricto cumplimiento"* [STC N.° 015-2001-AI, 016-2001-AI y 004-2002-AI/TC (acumulados), fundamento 12], sino también con lo previsto en el artículo 15° del Código Procesal Constitucional, que posibilita la solicitud y concesión de medidas cautelares cuando exista *"apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado o razonable para garantizar la eficacia de la pretensión"*, requisitos éstos que también pueden verificarse en etapa de ejecución de una sentencia constitucional que ya es firme [con el mismo criterio, puede verse la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 1 de julio de 2011, que concedió medida provisional en etapa de ejecución de una sentencia de la propia Corte].

19. En definitiva, a este Colegiado no le queda margen de duda de que todos los actos procedimentales posteriores a la notificación de la STC N.° 01044-2013-PA/TC a la parte demandada, y que tuvieron por objeto desacatar lo finalmente resuelto, creando una supuesta "sustracción de la materia" allí adonde simplemente no podía haberla, no hacen otra cosa que demostrar una conducta procesal inaceptable por parte del CNM, completamente alejada de los principios de buena fe y rectitud que deben presidir la etapa de ejecución de las sentencias constitucionales [*Cfr*: STC N.° 03066-2012-PA/TC, fundamento 37], y con mayor razón las sentencias de este Alto Colegiado, que resultan plenamente vinculantes para todos los poderes públicos, y cuyos efectos empiezan a regir desde el día siguiente a su notificación [artículo 48° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional], so pena de transgredir la prohibición constitucional de avocamiento a causas pendientes ante un órgano jurisdiccional (en este caso, pendiente de ejecución) y de dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ambas reconocidas en el artículo 139° inciso 2° de la Constitución. En este sentido, resulta claro que la conducta inconstitucional del CNM deriva de la resistencia a cumplir con los mandatos dictados por la jurisdicción constitucional en salvaguarda de los derechos fundamentales.

20. En tal sentido, el Tribunal Constitucional considera que, ante la evidencia de esta práctica abusiva adoptada órgano demandado, y con el objeto de hacerle frente, debe atenderse a lo que dispone el artículo 44° del TUO de la Ley N.° 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo (aprobado por Decreto Supremo N.° 013-2008-JUS) [de aplicación supletoria a los procesos constitucionales, de conformidad con el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional] , en el extremo en que se señala:

> *"son nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir el cumplimiento de éstas"*

21. En consecuencia, y en ejecución de la STC N.° 01044-2013-PA/TC, el Tribunal Constitucional considera que es necesario declarar la nulidad de todos los actos posteriores realizados por el CNM después de notificado con la STC N.° 01044-2013-PA/TC; lo que supone la nulidad de los nombramientos de las Fiscales Supremos Zoraida Ávalos Rivera y Nora Miraval Gambini; por lo que debe nombrarse al demandante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo del Ministerio Público, como reparación de su derecho conculcado. En tal sentido, el CNM debe expedir al demandante el título correspondiente como Fiscal Supremo del Ministerio Público y tomarle el juramente de ley, bajo apercibimiento de darse por configurada la figura de la *destitución del responsable.*

22. El Tribunal Constitucional debe precisar, sin embargo, que ello no significa que la nulidad de tales nombramientos suponga la afectación de las actuaciones realizadas por dichas magistradas en el ejercicio de sus funciones, todos los cuales mantienen plena validez, por un criterio elemental de preservación de la *seguridad jurídica* [principio éste que se deriva del artículo 2°, inciso 24, literales a y d, así como del artículo 139° inciso 3, ambos

de la Constitución]. Y es que, a criterio de este Colegiado, una medida distinta de reparación sería manifiestamente contraria a la función pacificadora que deben ostentar sus sentencias, orientadas como están a "crear certidumbre, estabilidad y seguridad respecto de los hechos que, directa o indirectamente, sean sometidos a su conocimiento o que puedan tener lugar como consecuencia de la expedición de sus sentencias" [STC N.° 0021-2003-AI/TC, fundamento 2]. Sobre la imposibilidad fáctica del reintegro de magistrados destituidos con violación de sus derechos humanos, cabe indicar que tal criterio ha sido avalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias recaídas en los casos *Corte Suprema de Justicia vs. Ecuador*, sentencia de 23 de agosto de 2013, párrafos 213 a 215; y *Tribunal Constitucional vs. Ecuador*, sentencia de 28 de agosto de 2013, párrafos 258 a 264.

23. Asimismo, y desde esta misma perspectiva *previsora*, al declarar la nulidad de tales nombramientos el Tribunal no olvida que, de conformidad con el artículo 158° de la Constitución, los miembros del Ministerio Público gozan de los mismos derechos y prerrogativas que los del Poder Judicial, una de las cuales es precisamente "[l]a inamovilidad en sus cargos" [artículo 146° inciso 2 de la Constitución]. En tal sentido, siendo que la nulidad ordenada por medio de esta sentencia sólo alcanza a los actos procesales efectuados con posteridad a la notificación de la STC N.° 01044-2013-PA/TC [con fecha 4 de octubre de 2013, fojas 1285], debe declararse que el CNM, en coordinación con el Titular del Pliego Presupuestario del Ministerio Público y el Ministerio de Economía y Finanzas, deben habilitar dos vacantes presupuestadas para re-incorporar a las magistradas Zoraida Ávalos Rivera y Nora Miraval Gambini como Fiscales Supremos de dicha institución, como una medida de reparación para ellas.

24. Finalmente, el Tribunal Constitucional aprecia que, dada la renuencia por segunda vez comprobada del órgano demandado, el cual ha declarado en esta oportunidad que *"el mandato del juez constituye un imposible jurídico y fáctico para ejecutar, no sólo por la exigencia constitucional de los 5 votos al que ninguno de los citados demandantes (Hinostroza Pariachi y Castañeda Segovia) ha alcanzado ni alcanzará en el futuro* (…) *salvo que el juez ordene que el nombramiento 4 votos para el nombramiento, que ningún juez se atreverá a disponer"* [Acuerdo N.° 1988-2013, de fecha 18 de diciembre de 2013]; es menester aplicar al caso de autos el artículo 59°, párrafo cuarto del Código Procesal Constitucional, en cuanto señala que

> *"Art. 59°. Ejecución de Sentencia*
>
> *(…)*
>
> *Cuando el obligado a cumplir la sentencia sea un funcionario público el Juez puede expedir una sentencia ampliatoria que sustituya la omisión del funcionario y regula la situación justa conforme al decisorio de la sentencia".*

25. La potestad de este Tribunal para emitir una *sentencia ampliatoria* constituye una valiosa herramienta procesal para hacer frente a situaciones de renuencia como la producida en el caso de autos. Sobre ella, hemos afirmado en anterior oportunidad que "sólo pueden ser expedidas en la etapa de ejecución de sentencia, esto es, cuando la pretensión respecto del derecho constitucional vulnerado ha merecido pronunciamiento favorable y se ha ordenado su restitución, siendo su objeto sustituir la omisión por parte de la entidad vencida de acatar la sentencia en sus propios términos" [RTC N.° 0174-2006-Q/TC, fundamento 3].

26. Al respecto, y volviendo al caso de autos, debemos precisar que, en una primera oportunidad, en la STC N.° 01044-2013-PA/TC, este Tribunal emitió una primera *sentencia ampliatoria* en la que, guardando la debida deferencia al órgano demandado, le ordenó en su fallo lo siguiente:

> "2. Reponiéndose las cosas al estado anterior de la vulneración de los derechos invocados, y en aplicación del artículo 59° del Código Procesal Constitucional, ordena al Consejo Nacional de la Magistratura, **proceder a nombrar**, entre los postulantes que quedan en carrera, esto es, don César José Hinostroza Pariachi o don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, a aquel que corresponda desempeñarse como Fiscal Supremo, conforme a las bases y reglamentos vigentes al momento de realizarse la convocatoria para dicha plaza" [punto resolutivo N.° 2, énfasis agregado].

27. Sin embargo, de los hechos expuestos hasta aquí, ha quedado demostrado que el órgano demandado mantiene su renuencia a acatar una decisión de estas características, y que resulta previsible que lo siga haciendo en el futuro, tal como lo señaló en su Acuerdo N.° 1988-2013, de fecha 18 de diciembre de 2013. A ello cabe agregar el hecho agravante de

que en esta oportunidad los siete consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura han emitido su decisión de no nombrar al actor como Fiscal Supremo sin brindar motivación alguna [Acuerdo N.° 1988-2013, de fecha 18 de diciembre de 2013], no obstante que tenían la obligación de hacerlo, de conformidad con el artículo 33° de la Ley N.° 29277, Ley de la Carrera Judicial y el artículo 53° del Reglamento de Concursos para el Acceso Abierto en la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales aprobado mediante Resolución N.° 281-2010-CNM; vulnerando así el derecho humano de acceso a la función pública en condiciones de igualdad del recurrente.

28. En tal sentido, el Tribunal Constitucional considera que, para reparar definitivamente el derecho de la parte demandante, no queda otra alternativa de solución que optar por la aplicación del artículo 59° cuarto párrafo del Código Procesal Constitucional [*"Cuando el obligado a cumplir la sentencia sea un funcionario público el Juez puede expedir una sentencia ampliatoria que sustituya la omisión del funcionario y regula la situación justa conforme al decisorio de la sentencia"*], y en razón de la omisión del órgano emplazado y su desacato a la STC N.° 01044-2013-PA/TC, proceder al nombramiento del demandante como Fiscal Supremo del Ministerio Público, en sustitución del Consejo Nacional de la Magistratura.

29. Al hacerlo, el Tribunal Constitucional no desconoce que, según el artículo 154° inciso 1 de la Constitución, es competencia exclusiva del Consejo Nacional de la Magistratura "[n] ombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles". Sin embargo, y con el mismo énfasis, precisa que la medida adoptada en esta sentencia resulta *excepcional* y constituye una medida de última ratio para reparar de forma definitiva el derecho fundamental de acceso a la función pública de la parte demandante y al derecho a la ejecución de las sentencias constitucionales.

### §2.3 *Sobre la responsabilidad constitucional de los consejeros demandados en la ejecución de la STC N.° 01044-2013-PA/TC*

30. De conformidad con el artículo 22° del Código Procesal Constitucional, para el cumplimiento de las sentencias constitucionales, y de acuerdo al contenido específico del mandato y la magnitud del agravio constitucional *"el juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable"*.

31. En el caso de la imposición de *multas coercitivas*, éstas constituyen un medio compulsorio a través de la cual se busca coaccionar a la parte demandada para que cumpla con lo dispuesto en la sentencia constitucional. En cambio, en el caso específico de la *destitución del responsable*, se trata sin duda alguna de una medida de última ratio, a la cual cabe acudir sólo cuando las otras vías hayan resultado infructuosas, y siempre que se cumpla con la debida observancia de los procedimientos legales y constitucionales que prevé el ordenamiento jurídico para la remoción de determinadas autoridades y funcionarios de alto rango. *del Consejo Nacional de la Magistratura (...) por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas"*.

32. En consecuencia, dada la renuencia reiterada del órgano demandado en cumplir las sentencias y resoluciones de ejecución dictadas en la presente causa, el Tribunal Constitucional considera que resulta de aplicación lo previsto en el artículo 22° del Código Procesal Constitucional, de modo tal que si, una vez notificada la presente sentencia, el CNM no diera cumplimiento del mandato constitucional dentro del plazo de diez (10) días hábiles, el juez de ejecución deberá aplicar el equivalente a 20 Unidades de Referencia Procesal, a modo de *multa acumulativa* al órgano demandado; y, en caso de renuencia, deberá proceder al mecanismo de la *destitución del responsable*, disponiendo la remisión de los actuados a la Comisión Permanente del Congreso de la República, a fin de que, en cumplimiento del artículo 99° de la Constitución, se proceda a la acusación constitucional de los consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura, por infracción de la Constitución [concretamente, los artículos 51°, 201° primer párrafo y 202° inciso 2 de la Constitución] y/o por comisión de ilícito penal [artículos 368° y 377° del Código Penal, que tipifican los delitos de "incumplimiento de obligación" y de "desobediencia o resistencia a órdenes del funcionario público", respectivamente], y se proceda a la remoción definitiva de dichos funcionarios; de modo tal que los nuevos consejeros que sean elegidos según el artículo 155° de la Constitución en reemplazo de los removidos, una vez instalados en sus cargos, den cabal cumplimiento a lo ordenado por este Colegiado.

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación por salto presentado por la parte demandante.
2. Declarar **NULA** la Resolución N.° 38, de fecha 26 de diciembre de 2013, que declaró la sustracción de la materia y el archivamiento del proceso.
3. Declarar **NULO** el Acuerdo N.° 1988-2013 contenido en la Sesión del Pleno del CNM N.° 2498, de fecha 18 de diciembre de 2013, por el cual no se nombra al actor como Fiscal Supremo.
4. Declarar **NULOS** todos los actos posteriores realizados por el CNM después de notificado con la STC N.° 01044-2013-PA/TC; lo que significa la nulidad de los nombramientos de las magistradas Zoraida Ávalos Rivera y Nora Miraval Gambini; dejando a salvo las actuaciones realizadas por dichas magistradas mientras ejercieron sus funciones, los cuales mantienen plena validez.
5. **NOMBRAR** al demandante, señor Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, como Fiscal Supremo del Ministerio Público, en virtud del artículo 59° cuarto párrafo del Código Procesal Constitucional, y en sustitución de la omisión del órgano demandado; y **ORDENAR** al Consejo Nacional de la Magistratura que expida el título correspondiente al actor y tomar el juramento de ley en el plazo improrrogable de 10 días hábiles, y en caso de renuencia, deben ser expedidos por el juez de ejecución.
6. **ORDENAR**, como medida de reparación a las magistradas Ávalos Rivera y Miraval Gambini, que el Consejo Nacional de la Magistratura, en coordinación con el Titular del Pliego Presupuestario del Ministerio Público y el Ministerio de Economía y Finanzas, **HABILITEN** dos vacantes presupuestadas para re-incorporar a las magistradas Zoraida Ávalos Rivera y Nora Miraval Gambini como Fiscales Supremos de dicha institución.
7. Disponer que el juez de ejecución haga uso de todos los apremios y apercibimientos de ley para hacer efectivo el mandato de este Tribunal; particularmente, las medidas previstas en los fundamentos 30 a 33 de la presente sentencia.
8. Remitir copias de la presente sentencia al Fiscal de la Nación y al Ministerio de Economía y Finanzas, a fin de efectivizar el mandato contenido en el fundamento 23 de la presente sentencia.
9. Remitir copias de la presente sentencia al Congreso de la República, para los fines correspondientes.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**MESÍA RAMÍREZ**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.° 00791-2014-PA/TC (EXP. N.° 01044-2013-PA/TC)
LIMA
MATEO GRIMALDO CASTAÑEDA SEGOVIA

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Lima, 8 de mayo de 2014

**VISTO**

Los pedidos de nulidad, entendidos como de aclaración, de fecha 5 de mayo de 2014, interpuestos por el Procurador Público Adjunto del Consejo Nacional de la Magistratura; el Procurador Público del Ministerio Público; la Fiscal Supremo Titular Zoraida Ávalos Rivera; y la Fiscal Supremo Titular Nora Victoria Miraval Gambini; contra la sentencia de autos, de fecha 30 de abril de 2014; y

**ATENDIENDO A**

1. Que, el primer párrafo del artículo 121° del Código Procesal Constitucional establece que "[c]ontra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna. En el plazo de dos días a contar desde su notificación (…), el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido".
2. Que, la sentencia de autos declaró fundado el recurso de apelación por salto interpuesto por don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, a favor de la ejecución de la STC N.° 01044-2013-PA/TC, y en consecuencia, declaró **NULA** la Resolución N.° 38, de fecha 26 de diciembre de 2013, que declaró la sustracción de la materia y el archivamiento del proceso; **NULO** el Acuerdo N.° 1988-2013 contenido en la Sesión del Pleno del CNM N.° 2498, de fecha 18 de diciembre de 2013, por el cual no se nombra al actor como Fiscal Supremo; **NULOS** todos los actos posteriores realizados por el CNM después de notificado con la STC N.° 01044-2013-PA/TC; lo que significa la nulidad de los nombramientos de las Fiscales Supremos Zoraida Ávalos Rivera y Nora Victoria Miraval Gambini; dejando a salvo las actuaciones realizadas

por dichas fiscales mientras ejercieron sus funciones, las cuales mantienen plena validez; **NOMBRAR** al demandante, señor Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, como Fiscal Supremo del Ministerio Público, en virtud del artículo 59° cuarto párrafo del Código Procesal Constitucional, y en sustitución de la omisión del órgano demandado, y **ORDENAR** al Consejo Nacional de la Magistratura que expida el título correspondiente al actor y tomar el juramento de ley en el plazo improrrogable de 10 días hábiles, y en caso de renuencia, deben ser expedidos por el juez de ejecución; **ORDENAR**, como medida de reparación a las magistradas Ávalos Rivera y Miraval Gambini, que el Consejo Nacional de la Magistratura, en coordinación con el Titular del Pliego Presupuestario del Ministerio Público y el Ministerio de Economía y Finanzas, **HABILITEN** dos vacantes presupuestadas para re-incorporar a las magistradas Zoraida Ávalos Rivera y Nora Miraval Gambini como Fiscales Supremos de dicha institución; **DISPONER** que el juez de ejecución haga uso de todos los apremios y apercibimientos de ley para hacer efectivo el mandato de este Tribunal, particularmente, las medidas previstas en los fundamentos 30 a 33 de la presente sentencia; **REMITIR** copias de la presente sentencia al Fiscal de la Nación y al Ministerio de Economía y Finanzas, a fin de efectivizar el mandato contenido en el fundamento 23 de la presente sentencia; **REMITIR** copias de la presente sentencia al Congreso de la República, para los fines correspondientes.

3. Que, atendiendo a los recursos de "nulidad" que han sido planteados en el presente caso, este Tribunal debe precisar que responderá a ellos entendiéndolos como recursos de *aclaración o subsanación*, en aplicación del artículo 121° del Código Procesal Constitucional, antes citado.

**§A. Pedido de nulidad planteado por el Procurador Público Adjunto del Consejo Nacional de la Magistratura, de fecha 5 de mayo de 2014**

4. Que, en su pedido de fecha 5 de mayo de 2014, el Procurador Público Adjunto del Consejo Nacional de la Magistratura solicita la nulidad de la sentencia en cuestión, sosteniendo para ello que *"no ha sido expedida por el Pleno del Tribunal Constitucional, lo que acarrea indefensión a nuestra parte y vulneración del principio básico de competencia jurisdiccional"*. Los principales argumentos de su pedido son los siguientes:

   3.1. En primer lugar, sostiene que la sentencia cuestionada vulnera el derecho fundamental a la "legítima defensa" (sic), pues aún cuando el CNM presentó un *"pedido de uso de palabra antes de la fijación de la fecha de vista de causa, con su consecuente votación, aquél se nos fue negado negada (sic) de manera implícita, esto es, sin habernos dado la oportunidad de defendernos frente a las acusaciones hechas por el demandante"*.

   3.2. En segundo lugar, arguye que la sentencia en cuestión vulnera el derecho fundamental a la "legítima defensa" (sic) de terceros ajenos al presente proceso constitucional, en referencia a las Fiscales Supremos Zoraida Ávalos Rivera y Nora Miraval Gambini, sosteniendo que *"si la Constitución Política garantiza a todos los Magistrados su derecho a la inamovilidad del cargo (…) cómo es posible (…) que un órgano que administra justicia (…) disponga proceder a declarar la nulidad de dichos cargos, sin haber sido cuestionada la conducta e idoneidad de aquéllas por parte del Consejo Nacional de la Magistratura"*, razón por la cual debió incluírselas como terceros afectados, según el artículo 43° del Código Procesal Constitucional.

   3.3. En tercer lugar, afirma que la sentencia cuestionada incurre en una incongruencia *"al ordenar la 're-incorporación' de dos personas como Fiscales Supremas después de haber declarado nulos sus nombramientos"*. En tal sentido, precisa que la nulidad del nombramiento de una persona como magistrado implica también la nulidad de su título expedido por el CNM y su correspondiente juramentación, razón por la cual critica *"que se vaya a reincorporar como Fiscales Supremas a las magistradas Zoraida Ávalos Rivera y Nora Victoria Miraval Gambini sin previamente haberlas nombrado Fiscales Supremas"*.

   3.4. En cuarto lugar, sostiene que la sentencia materia de nulidad vulnera el derecho fundamental al juez natural, toda vez que *"el conocimiento de la presente causa constitucional, así como en etapa de ejecución de la misma, siempre estuvo reservado al conocimiento de todo el pleno del Tribunal Constitucional, y no solamente al conocimiento de algunos, sino claramente de todos sus integrantes"*. En tal sentido, anota que mientras las SSTC N.os 04944-2011-AA/TC y 01044-2013-PA/TC fueron resueltas por el Pleno del Tribunal Constitucional, la sentencia cuestionada ha sido resuelta

*"sin señalamiento de vista de causa, y sólo por 3 de los 6 integrantes del Pleno del Tribunal Constitucional"*; así pues, considera que resulta válido exigir que sea el Pleno del Tribunal Constitucional quien conozca del recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de la STC N.° 01044-2013-PA/TC, *"para así conocer el razonamiento vertido por cada uno de los magistrados del Tribunal Constitucional"*.

3.5. En quinto lugar, asevera que la sentencia en cuestión vulnera el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales por cuanto los magistrados firmantes *"en ningún momento, fundamentan o esbozan las razones del porqué de la elección del justiciable Mateo Castañeda como Fiscal Supremo, a pesar de que el mandato contenido en la sentencia 01044-2013-AA/TC, indicaba que correspondía al CNM exponer los fundamentos debidamente motivados sobre la elección de alguno de los justiciables"*, razón por la cual concluye que *"lo mínimo que debieron realizar los Magistrados firmantes (…) es exponer las razones fundadas en derecho de dicha decisión"*.

En este punto, reconoce que, en cumplimiento del mandato contenido en la STC N.° 01044-2013-PA/TC *"la emisión de la resolución del Consejo Nacional de la Magistratura que disponga o no la elección en el cargo de Fiscal Supremo, debía ser ejercida en base a un voto debidamente motivado, evaluando su conducta e idoneidad"*; es decir, a criterio del Procurador del CNM, *"dicha elección, como no podía ser de otra forma, implicaba exponer un razonamiento fundado en derecho, esto es una elección debidamente motivada sobre la conducta e idoneidad del magistrado elegido"*.

3.6. En sexto lugar, afirma que la cuestionada sentencia vulnera el principio de igualdad, toda vez que los magistrados firmantes *"bajo ningún concepto evidencian o motivan del porqué del cambio de criterio con relación a la expedición de la anterior resolución Exp. N.° 1034-2013-AA/TC del 9 de setiembre de 2013, como de su resolución aclaratoria de 31 de octubre de 2013 (caso César Hinostroza Pariachi)"*. Al respecto, recuerda que en las referidas anteriores sentencias los mismos magistrados firmantes declararon que no correspondía al Tribunal Constitucional nombrar a otro demandante (señor César Hinostroza Pariachi) como Fiscal Supremo porque ello no era su competencia y además porque las sentencias de amparo no tenían efectos constitutivos, sino sólo restitutorios; por lo que resulta contradictorio que ahora estos mismos magistrados decidan nombrar al demandante, señor Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, como Fiscal Supremo del Ministerio Público, en virtud del artículo 59° cuarto párrafo del Código Procesal Constitucional.

Por todo ello, concluye que los magistrados firmantes *"han aplicado consecuencias jurídicas distintas frente a hechos análogos iguales sobre el ejercicio de las competencias del Consejo Nacional de la Magistratura en la elección de magistrados, resuelto a través de la resolución Exp. 1034-2013-AA/TC del 9 de setiembre de 2013, como de su resolución aclaratoria de 31 de octubre de 2013"*.

3.7. En sétimo lugar, puntualiza que la sentencia materia de nulidad vulnera la finalidad de los procesos constitucionales, ya que según el artículo 1° del Código Procesal Constitucional, tales procesos tienen efectos sólo restitutivos, mas no declarativo de derechos. En ese sentido, arguye que la vulneración alegada en el presente caso *"era sólo la 'falta de debida motivación', mas no el derecho constitucional de la inamovilidad del cargo o elección como magistrado supremo"*, y que tal pretensión *"nunca fue materia de petitorio"*.

3.8. En octavo lugar, precisa que la Constitución no le ha otorgado al Tribunal Constitucional la facultad de nombrar a jueces o fiscales, ni ordenar al CNM que nombre a determinado postulante, así como tampoco le ha facultado a crear plazas en el Presupuesto General de la República, ordenar al juez ejecutar que cancele u otorgue títulos y juramente a los magistrados, ni mucho menos expedir sentencias ampliatorias para ejercer funciones constitucionales de otros Poderes del Estado. Razona así que *"este inusitado e injustificado cambio de criterio constituye no solo una infracción a la Constitución Política, sino además la comisión del delito de usurpación de funciones y una grave arbitrariedad"*.

En este punto, sostiene que el Tribunal Constitucional se ha excedido en las pretensiones contenidas en las demandas planteadas por los señores Mateo Castañeda Segovia y César José Hinostroza Pariachi, al haber declarado

*"no sólo la nulidad del nombramiento de una plaza de Fiscal Supremo por el cual ambos postulantes estaban litigando; sino además, han declarado la nulidad de un segundo nombramiento de Fiscal Supremo, que no fue materia de esos procesos de amparo, toda vez que esa plaza vacante recién se produjo a raíz de la reciente renuncia de la Fiscal Supremo Gladys Echaíz Ramos"*.

Asimismo, interpreta que la Constitución *"otorga un margen de discrecionalidad (al CNM) que ha sido reconocida por el propio TC. Discrecionalidad que además va más allá de los criterios objetivos que enmarca el concurso"*, y que el espacio de discrecionalidad es más amplio en *"el nombramiento y designación de jueces y fiscales, en comparación con las otras potestades de ratificación y destitución"*. Y así, equiparando la potestad discrecional del CNM en la designación de jueces y fiscales supremos, con la potestad discrecional del Parlamento en la designación de magistrados del Tribunal Constitucional o del Defensor del Pueblo, concluye que en tales ámbitos *"el control constitucional debería limitarse a verificar el cumplimiento de requisitos formales (quórum, votación calificada, plazos, no motivación, entre otros)"*.

Por último, aduce que los magistrados firmantes han realizado una *"utilización dolosa del Art. 59 del Código Procesal Constitucional", con la cual "persisten en la usurpación de la función constitucional de nombramiento de jueces y fiscales inherente al Consejo Nacional de la Magistratura"*.

3.9. Finalmente, precisa que existe un error material en el punto resolutivo 7 de la sentencia, pues se alude a un "fundamento 33" que en realidad no existe.

5. Que, adicionalmente, solicita que se le conceda el uso de la palabra al Procurador Público recurrente, a fin de informar oralmente en la vista de la causa que, al efecto, se convoque.

**§B. Pedido de nulidad planteado por el Procurador Público del Ministerio Público, de fecha 5 de mayo de 2014**

6. Que, en su pedido de de fecha 5 de mayo de 2014, el Procurador Público a cargo de la Defensa Jurídica del Ministerio Público formula la nulidad de la STC N.° 0791-2014-PA/TC, por considerar que ésta incurre en tres excesos, a saber:

5.1. Cuando el Tribunal Constitucional dispone el nombramiento del demandante Castañeda Segovia como Fiscal Supremo del Ministerio Público, ya que *"dicha facultad constitucional es exclusiva potestad del Consejo Nacional de la Magistratura"*.

5.2. Cuando el Tribunal Constitucional anula la designación de la doctoras Zoraida Ávalos Rivera y Nora Miraval Gambini como Fiscales Supremas, cuando *"la decisión de anular la designación de las referidas magistradas no tienen relación con el recurso interpuesto por el demandante"*. Al respecto, señala que una sentencia ampliatoria *"no puede modificar los términos establecidos en la sentencia original"*, y es el caso que *"la sentencia dictada inicialmente acredita la violación del derecho al debido proceso"*; asimismo, anota que *"las señoras Fiscales Supremas ilegalmente destituidas nunca fueron emplazadas en el proceso de amparo incoado por el demandante (…) sin embargo (…) de manera arbitraria se deja sin efecto su nombramiento*".

5.3. Cuando el Tribunal Constitucional ordena que el Consejo Nacional de la Magistratura, en coordinación con el Ministerio Público y el Ministerio de Economía y Finanzas habiliten dos plazas presupuestadas para reincorporar a las referidas magistradas, *"decisión con la cual se ha producido el exceso de las facultades constitucionales propias que corresponde al Tribunal Constitucional"*.

**§C. Pedido de nulidad planteado por la Fiscal Supremo Titular, señora Zoraida Ávalos Rivera, de fecha 5 de mayo de 2014**

7. Que, en su pedido de fecha 5 de mayo de 2014, la Fiscal Supremo Titular, señora Zoraida Ávalos Rivera, deduce la nulidad de la STC N.° 0791-2014-PA/TC, por considerar que ésta afecta sus derechos a la defensa, a la permanencia en el cargo y al trabajo, toda vez que a su criterio, la sentencia materia de nulidad:

6.1. *"[C]onfunde la sentencia materia de ejecución (STC N.° 04944-2011-PA/TC) con un auto (el emitido en el Exp. N.° 01044-2013-PA/TC)"*;

6.2. *"Extiende sus efectos para declarar nulo los resultados de un Concurso Público cuyo cuestionamiento no ha sido parte ni del petitorio de la demanda ni de la sentencia que se pretende ejecutar"*;

6.3. Aplica la figura de la sentencia ampliatoria, cuando ésta *"no resulta aplicable en este caso"*;

6.4. *"Afecta mi derecho de defensa"*, no se le ha permitido defenderse en el proceso en cuestión;

6.5. *"Asume funciones del CNM"*; y finalmente,

6.6. *"Afecta mi derecho al trabajo, al proyecto de vida laboral, así como al derecho a la permanencia en el servicio como magistrada"*.

**§D. Pedido de nulidad planteado por la Fiscal Supremo Titular, señora Nora Victoria Miraval Gambini, de fecha 5 de mayo de 2014**

8. Que, en su pedido de fecha 5 de mayo de 2014, la Fiscal Supremo Titular, señora Nora Victoria Miraval Gambini, deduce la nulidad de la STC N.° 0791-2014-PA/TC, por considerar que:

7.1. Ni la Convocatoria N.° 002-2012-SN-CNM (que culminó con el nombramiento de la doctora Ávalos Rivera como fiscal supremo, y la inscripción de la doctora Miraval Gambini como candidata en reserva), ni la Resolución N.° 14-2014-CNM (que nombró a la recurrente como Fiscal Supremo, al dejar una plaza vacante la renunciante doctora Gladyz Echaíz Ramos), han sido materia de cuestionamiento en el proceso de amparo de autos, *"sin que exista fundamentación alguna que permita concluir la nulidad del concurso público al cual postulé"*

7.2. La causa debió ser resuelta por el Pleno del Tribunal Constitucional, y no sólo por tres de sus magistrados.

**§E. Consideraciones del Tribunal Constitucional**

**§E.1 Sobre el respeto a los derechos fundamentales de acceso a la función pública, presunción de inocencia y las medidas reparadoras de la justicia convencional y constitucional en la etapa de ejecución de sentencia**

8. El centro de la discusión constitucional, tanto en la demanda de amparo promovido por el accionante como en sede de ejecución de sentencia, ha sido y es el respeto a los derechos de acceso a la función pública y de presunción de inocencia, máxime si en el concurso público en el que participó y fue convocado por el propio Consejo Nacional de la Magistratura (Convocatoria N.° 002-2010-SN/VCNM) ocupó el tercer lugar en el cuadro de méritos general para acceder la plaza de fiscal supremo del Ministerio Público.

9. El Tribunal Constitucional en la sentencia del **Exp. N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC; Caso: Colegio de Abogados de Arequipa y otro** estimó: "*que los contenidos de este derecho son los siguientes:* a) Acceder o ingresar a la función pública*; b) Ejercerla plenamente;* c) Ascender en la función pública*; d) Condiciones iguales de acceso. 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" (el resaltado es nuestro).

10. La idea central sobre la que gira el derecho al acceso de la función pública es el **principio del mérito**. En efecto, el acceso a la *función pública no representativa* está regido por el principio de acceso por mérito a través de oposición. En el Estado Constitucional, tal como se inscribe el Estado peruano, el principio del mérito y la capacidad es el principio basilar que ha de regir la regulación de las condiciones de acceso a la función pública. Dicho principio vincula positivamente al legislador respecto a que la regulación del acceso a la función pública observe irrestrictamente el mérito, la capacidad y la experiencia profesional; asimismo, que toda actuación de la administración del Estado y de toda entidad pública, en general, cumpla tal principio en todos sus actos en relación al acceso a la función pública de las personas.

11. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso **Apitz Barbera contra Venezuela** del **05 de Agosto del 2008** ha reconocido la vigencia del derecho al acceso a la función pública en condiciones de igualdad, consagrado en el art. 23.3 de la CADH. En dicha sentencia la Corte ha sentado la doctrina que: *"el respeto y garantía de este derecho se cumplen cuando "los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución [sean]*

*razonables y objetivos" y que "las personas no sean objeto de discriminación" en el ejercicio de este derecho"*. El Tribunal Constitucional español ha señalado que el derecho de acceso a la función pública: *"impide a los poderes públicos exigir requisitos no relacionados con el mérito y la capacidad"* (SSTC 193/1987, de 9 de diciembre; 206/1988, de 7 de noviembre; 67/1989, de 18 de abril; 27/1991, de 14 de febrero y 215/1991, de 14 de febrero).

12. En el caso del demandante resulta que ha ocupado el tercer lugar del cuadro de méritos para ocupar la plaza de Fiscal Supremo, situación que ha sido reconocido en la sentencia estimatoria 04944-2011-PA/TC y en la sentencia de ejecución STC N.° 01044-2013-PA/TC, y que el Consejo Nacional de la Magistratura no ha controvertido sino que lo aceptó desde el primer momento, de tal manera que el accionante no solo tenía el mejor derecho para ser nombrado, sino que de acuerdo al principio de capacidad y mérito en el acceso de la función pública el Consejo Nacional de la Magistratura debía nombrarlo, más aún si registraba el tercer lugar tanto en la prueba escrita como en el examen curricular y en la entrevista personal obtuvo el segundo lugar de las entrevistas de postulantes para ocupar la plaza de Fiscal Supremo. Pese a ello, el Tribunal recuerda que fueron nombrados como Fiscales Supremos los postulantes que ocuparon el segundo lugar y quinto lugar en el cuadro de méritos, violándose de esta manera el derecho de acceder a la función pública en condiciones de igualdad. El Tribunal Constitucional, como el máximo intérprete de la justicia constitucional en el Perú, no solo reconoció oportunamente este hecho, sino que considera que debe repararse de manera adecuada y suficiente nombrando al actor como Fiscal Supremo del Ministerio Público.

13. El Tribunal Constitucional destaca que las objeciones planteadas contra el actor y que acreditarían que no cuenta con una "conducta éticamente irreprochable" han sido planteadas con posterioridad a la clausura de la etapa de tachas y oposiciones del concurso público propio de la Convocatoria N.° 002-2010-SN/VCNM, los mismos que no han sido comunicados de manera oportuna al actor, violándose el derecho a ser informado de los cargos; de tal manera que sobre la base del principio de preclusión procesal y de presunción de inocencia no es válido desde el punto de vista constitucional y convencional sostener que el actor no cuenta con una conducta éticamente reprochable. Mantener un punto de vista contrario a los preceptos constitucionales y convencionales vigentes no solo supone desacatar la sentencia constitucional STC N.° 04944-2011-PA/TC y la sentencia de ejecución STC N.° 01044-2013-PA/TC, sino, además, incurrir en responsabilidades civiles y penales, en especial, supone cometer el delito de abuso de autoridad (art. 376 del CP).

14. En el sistema interamericano de Derechos Humanos se ha reconocido de manera pacífica y oportuna la posibilidad de efectuar reparaciones frente a la violación comprobada, como en este caso, de los derechos fundamentales o convencionales (art. 63.1 de la Convención). La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso **Chocrón Chocrón contra Venezuela** del 01 de julio del 2011 ha sostenida que: "la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente y que esa disposición "recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado".

15. El Tribunal Constitucional sobre la base del desarrollo internacional de protección de los derechos humanos plantea como mecanismo innovador y genuino, dada la reiterada violación de los derechos fundamentales y convencionales del actor efectuada por el Consejo Nacional de la Magistratura, la figura de reparación adecuada y suficiente que no puede ser otra que ordenar su nombramiento como Fiscal Supremo del Ministerio Público del Perú.

16. Al respecto, debe tomarse en cuenta la sentencia de la Corte IDH en el **Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela** de fecha 30 de junio de 2009 en el que se señaló como medida de reparación frente a la violación del derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad que: *"la Corte declara que en este caso el Estado debe reincorporar a la señora Reverón Trujillo a un cargo similar al que desempeñaba, con la misma remuneración, beneficios sociales y rango equiparables a los que le correspondería el día de hoy si hubiera sido reincorporada"*. Si bien es cierto que en el caso Reverón Trujillo se ordenaba reponer un derecho a una juez provisional que había sido separada de su cargo por el estado venezolano, el caso del actor -y la subsiguiente violación de sus derechos constitucionales y convencionales- es mucho más grave ya que el Consejo Nacional de la Magistratura del Perú le ha impedido acceder a la función pública en condiciones de igualdad, pese a que ocupó el tercer lugar del cuadro de méritos en el concurso público

convocado por la propia institución. Aquí no se trata de una simple negativa a no nombrar en el cargo, sino de una negativa arbitraria que ha sido declarada no menos de cinco veces por la justicia constitucional, tanto en sede de este Tribunal como en ejecución de sentencia, en la que se reconoce la sucesiva y reiterada violación del derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad y el principio a la presunción de inocencia. Tan grave es la remoción o separación arbitraria de un magistrado (juez o fiscal) de su cargo como el impedir que un ciudadano ocupe un cargo público no representativo cuando ha obtenido el tercer lugar en un concurso público. Incluso, este hecho puede llevar a una afectación constitucional y convencional mucho más grave e intensa, tal como ha ocurrido en este caso.

17. El Tribunal Constitucional tiene presente que la Corte IDH en el **Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela** señaló que la destitución arbitraria: *"podría generar un temor en los demás jueces que observan que sus colegas son destituidos y luego no reincorporados aún cuando la destitución fue arbitraria. (....). Por tanto, un recurso que declara la nulidad de una destitución de un juez por no haber sido ajustada a la ley debe llevar necesariamente a la reincorporación"*. En esta línea de ideas, se debe destacar que la violación del derecho de acceso a la función pública del actor y la negativa arbitraria del CNM de reconocer el derecho de acceso a la función pública podría llevar de manera irremediable a que los postulantes al cargo de juez o fiscal sientan desaliento y temor a participar en un concurso público convocado por el Consejo Nacional de la Magistratura si luego de cumplidas todas las etapas se obtiene, en base a la capacidad y mérito del postulante, un lugar adecuado en el cuadro de méritos y pese a ello no se le nombra como magistrado (juez o fiscal), sin aportar razones o brindando razones abiertamente inconstitucionales, como en este caso. Es más, llevado al campo de la administración pública se tiene que todo postulante a un cargo público no representativo vería desalentada su decisión de participar en un concurso público de méritos si es que no se le asegura ni se le provee de los mecanismos de seguridad suficiente para cubrir la plaza la que postula si es que tiene un buen lugar en el cuadro de méritos y de manera arbitraria el ente público simplemente no quiere nombrarle en el cargo. En tal sentido, queda claro que una vez que se haya declarado la nulidad de la decisión de no nombrar a un funcionario público (fiscal supremo en este caso) el único camino que se puede seguir es ordenar a la institución su nombramiento inmediato.

18. El Tribunal Constitucional se ve obligado, además, a dictar esta medida de reparación, ordenando que se proceda a nombrar al actor en el cargo de Fiscal Supremo, debido a que también se busca evitar que se demande al Estado peruano internacionalmente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y luego ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la violación de derechos humanos universalmente reconocidos como es el acceso a la función pública en condiciones de igualdad (art. 23.1 de la Convención americana) y la presunción de inocencia; con la consecuente condena del Estado peruano por el actuar de uno de sus organismos autónomo, al margen de las responsabilidades penales y civiles que puede dar lugar este hecho, amén del desprestigio internacional del Perú en la protección de los derechos humanos.

19. El Tribunal Constitucional desarrollando un fin reparador y preventivo se sirve recordar al Consejo Nacional de la Magistratura que ya anteriormente el Estado peruano ha sido demandado internacionalmente por actos cometidos por este órgano constitucionalmente autónomo al no brindar cobertura constitucional suficiente al momento de motivar las decisiones de no ratificación de los magistrados (jueces y fiscales) del Perú, situación que llevó al Estado peruano a firmar soluciones amistosas en las que se reconoció la violación de los derechos fundamentales; y que la reiterada jurisprudencia de este Tribunal ha tenido la oportunidad de constatar (Véase, y solo a título ejemplificativo, la sentencia del Exp. N.° 01412-2007-PA/TC; Caso: Lara Contreras). Por este motivo, el Tribunal Constitucional, en armonía con el principio de defensa preventiva del Estado peruano y dada los precedentes anteriores del Consejo Nacional de la magistratura ordena esta medida de reparación en favor del actor.

20. Los mecanismos reparadores respecto a cómo se debe implementar el nombramiento del actor como fiscal Supremo son: i) el Consejo Nacional de la Magistratura deberá requerir al Fiscal de la Nación la información actualizada sobre la existencia de una plaza vacante para cumplir con el mandato de la presente sentencia que resuelve el recurso de apelación por salto a fin de incorporar al demandante como Fiscal Supremo de dicha institución; ii) En caso que no sea posible este hecho se dispone, de manera supletoria, que el Consejo Nacional de la Magistratura reserve una plaza a fin de que sea ocupada por el demandante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, una vez que se produzca la correspondiente

vacancia en la Fiscalía Suprema. Dentro de esta medida reparadora el Consejo Nacional de la Magistratura no debe realizar ningún concurso público para Fiscales Supremos, mientras no se nombre al demandante como Fiscal Supremo del Ministerio Público.

El máximo intérprete de la Constitución dicta, además, como medida reparadora que el Consejo Nacional de la Magistratura no repita en lo sucesivo, en este o en otros casos, una conducta que contraviene de manera flagrante el respeto a los derechos de acceso a la función pública en condiciones de igualdad y el respeto al principio de presunción de inocencia.

**§E.2 Sobre los pedidos de nulidad formulados en el presente caso**

**§E.2.1. Sobre los pedidos formulados por el Procurador Público del Consejo Nacional de la Magistratura, la Fiscal Supremo Titular Zoraida Ávalos Rivera; y la Fiscal Supremo Titular Nora Victoria Miraval Gambini**

21. Que, en relación a los pedidos de nulidad planteados por el Procurador Público del Consejo Nacional de la Magistratura, la Fiscal Supremo Titular Zoraida Ávalos Rivera y la Fiscal Supremo Titular Nora Victoria Miraval Gambini, este Tribunal debe señalar que aquél órgano constitucionalmente autónomo y dichas magistradas supremas **no tienen la condición de parte procesal en la presente causa**, al no tener la condición ni de demandantes ni de demandados, razón por la cual no ostentan legitimación dentro del presente proceso para interponer algún tipo de recurso, lo que acarrea la improcedencia de tales solicitudes (Cfr., en el mismo sentido, la RTC N.° 05761-2009-PHC/TC).

22. Que, sin perjuicio de ello, este Tribunal observa que, en gran medida, los alegatos formulados por el Ministerio Público y las mencionadas Fiscales Supremos, son los mismos que los invocados por el Procurador Público del Consejo Nacional de la Magistratura en su recurso de "nulidad": de este modo, deberá entenderse que, al darle respuesta a este último, se satisfará implícitamente los pedidos de aquéllos.

**§E.2.2. Sobre los pedidos de nulidad planteados por el Procurador del Consejo Nacional de la Magistratura**

23. Que, en primer lugar, el Tribunal Constitucional debe precisar que, mediante RTC N.° 0791-2014-AA/TC, de fecha 5 de mayo de 2014, el Presidente del Tribunal Constitucional resolvió denegar liminarmente la nulidad de fecha 2 de mayo de 2014, deducida por el Procurador Público del Consejo Nacional de la Magistratura y suscrita por los seis consejeros de la referida entidad, concediéndole un plazo no mayor de 24 horas para que presente nuevamente dicho recurso de acuerdo a ley y sin las frases injuriosas que contenía. No obstante, en autos no obra escrito alguno que acredite la subsanación requerida en dicha resolución, razón por la cual el mencionado escrito no será tomado en cuenta a fin de resolver la solicitud de la parte demandada.

Al respecto, debe mencionarse que el pedido de nulidad de fecha 5 de mayo de 2014, planteado por el Procurador Público del Consejo Nacional de la Magistratura, no puede ser tomado en cuenta como el cumplimiento de la subsanación en su momento requerida, pues según reconoce allí el propio Procurador se pide al Pleno del Tribunal Constitucional *"que conozca y resuelva el escrito de nulidad formulado el pasado 2 de mayo último, ampliado con el presente recurso"* (página 103 del recurso de nulidad de fecha 5 de mayo de 2014). En tal sentido, la solicitud de la parte demandada será resuelta atendiendo a este último escrito. Cabe señalar que en este último escrito se aludió también a una supuesta "*utilización dolosa del artículo 59° del Código Procesal Constitucional*", frase que finalmente ha sido retirada por el CNM mediante escrito de fecha 6 de mayo de 2014, dándose por subsanada esta observación.

24. Que, como se ha visto, en su pedido de nulidad de fecha 5 de mayo de 2014, el Procurador Público del Consejo Nacional de la Magistratura aduce que la STC N.° 0971-2014-PA/TC vulnera el **derecho al debido proceso**, en sus dimensiones de **derecho al juez natural** y **derecho a la defensa**, en la medida en que, a su criterio, la presente causa debió ser vista por el Pleno del Tribunal Constitucional y no por los tres magistrados que la suscribieron, por un lado, y porque no se le concedió el uso de la palabra al CNM pese a que éste había sido formalmente pedido ante este Tribunal, por el otro.

Al respecto, este Tribunal debe precisar que, de conformidad con el artículo 29°-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, aprobado por Resolución Administrativa N.° 095-2004-P/TC, los expedientes que llegan al Tribunal Constitucional como consecuencia de la apelación por salto "no tendrán vista de la causa"; mientras que, el segundo párrafo de esta misma disposición normativa dispone que "[t]odos estos expedientes son resueltos por los mismos magistrados que intervinieron en

la sentencia (...)" [artículo incorporado por Resolución Administrativa N.° 036-2011-P/TC, publicada el 8 de abril de 2011 en el diario oficial *El Peruano*].

En el presente caso, es menester señalar que **el recurso de apelación por salto planteado por la parte demandante lo fue a favor de la ejecución de la STC N.º 01044-2013-PA/TC, de fecha 9 de setiembre de 2013, que fue suscrita por los magistrados Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda, razón por la cual fueron únicamente ellos los llamados a resolver dicha causa**. En tal sentido, el pedido del CNM sobre este extremo debe ser desestimado, ya que éste parte de la errónea premisa de que lo que fue materia de ejecución en la STC N.° 0971-2014-PA/TC fue la STC N.° 04944-2011-PA/TC, en su momento suscrita por los seis magistrados que integraban el Pleno, lo que debe ser rechazado: y, desde luego, no podría ser de otro modo, pues atender favorablemente el pedido del CNM implicaría obligar a ciertos magistrados de este Colegiado a pronunciarse sobre la ejecución de una sentencia que no han suscrito, lo que a todas luces resulta ilógico.

En el mismo sentido, debe descartarse que la STC N.° 0971-2014-PA/TC haya vulnerado el derecho a la defensa del CNM porque no se le concedió el uso de la palabra, en la medida en que como ya se dijo esta posibilidad no está contemplada normativamente para este tipo de recursos (artículo 29°-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional). Y esto es así pues, al ser la ejecución de la sentencia constitucional una cuestión de puro derecho, no cabe introducir en él un debate entre la partes, sino – todo lo contrario– diseñar el recurso a favor de la ejecución de modo tal que éste sea lo más ágil y expeditivo posible. Así también lo ha apreciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando señala que los procedimientos de ejecución de sentencias deben ser "accesibles para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas, a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral" (Caso *Mejía Idrovo vs. Ecuador,* sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 5 de julio de 2011, párrafo 106).

25. Que, por otra parte, el Procurador Público del Consejo Nacional de la Magistratura arguye que la STC N.° 0971-2014-PA/TC vulnera el **derecho a la defensa de terceros** ajenos al presente proceso constitucional (concretamente, las Fiscales Supremas Zoraida Ávalos Rivera y Nora Victoria Miraval Gambini), ya que este Tribunal ha declarado la nulidad de sus nombramientos sin que el CNM haya cuestionado la conducta e idoneidad de tales magistradas.

    Sobre ello, el Tribunal Constitucional debe enfatizar que la nulidad de los nombramientos de las Fiscales Supremas Zoraida Ávalos Rivera y Nora Victoria Miraval Gambini, declarada en la STC N.° 0971-2014-PA/TC, no se debió a que este Colegiado cuestionara la idoneidad o la conducta de tales magistradas, lo que ciertamente no estuvo ni está en tela de juicio. En realidad, como se menciona en los fundamentos 17, 19, 20 y 21 de la referida sentencia, la nulidad de tales nombramientos obedeció a dos factores que fueron debidamente explicitados en dicho pronunciamiento, a saber: a) el abierto desacato del CNM a la orden de suspensión del concurso decretada por el juez de ejecución mediante Resolución N.° 37 (medida precautoria cuya constitucionalidad este Tribunal ha validado en el fundamento 18 de la sentencia); y b) la nulidad de pleno derecho de todos los actos del CNM que pretendieron enervar la ejecución de la sentencia constitucional (a lo que autoriza el artículo 49° del TUO de la Ley N.° 27584, de aplicación supletoria al presente proceso constitucional de conformidad con el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, según se explicó en el fundamento 20 de la sentencia). Este aspecto, sin embargo, no obsta a que este Tribunal precise los alcances de dicha nulidad, como se dirá más adelante.

26. Que, en otro extremo de su pedido, el CNM argumenta que la STC N.° 0971-2014-PA/TC incurre en incongruencia al ordenar la re-incorporación de dos personas como Fiscales Supremas después de haber declarado nulos sus nombramientos, re-incorporación que a su juicio no sería posible sin que, previamente, se les haya nombrado nuevamente como Fiscales Supremas.

    Sobre el particular, se debe precisar que este Tribunal no desconoce (ni puede desconocer) la calidad de Fiscales Supremas que ostentan las magistradas Zoraida Ávalos Rivera y Nora Victoria Miraval Gambini, prueba de lo cual es que la STC N.° 0791-2014-PA/TC en ningún momento declaró la nulidad de los títulos expedidos a favor de ellas por el CNM ni el acto de su juramentación, actos jurídicos que son plenamente válidos y legítimos. Y es por ello que, precisamente partiendo de la validez de su calidad de Fiscales Supremos, este Tribunal ordenó una medida de reparación para ellas en el punto resolutivo N.° 6 de la sentencia, a sabiendas de que lo ordenado en la STC N.° 0791-2014-PA/TC iba a afectar sus intereses.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional considera que es necesario precisar el punto resolutivo N.° 4 de la STC N.° 0791-2014-PA/TC, en el sentido de que **el nombramiento de las señoras Zoraida Ávalos Rivera y Nora Victoria Miraval Gambini, como Fiscales Supremas Titulares del Ministerio Público, es plenamente válido y legítimo, y por ende, el título que las acredita así como el acto de su juramentación mantienen plena validez**, no afectándoles la declaración de nulidad efectuada por este Tribunal en el punto resolutivo N.° 4 de la STC N.° 0791-2014-PA/TC, que sólo alcanza a los actos del Consejo Nacional de la Magistratura que tuvieron por objeto inejecutar la STC N.° 01044-2013-PA/TC.

27. Que, asimismo, el CNM sustenta su pedido de nulidad de la STC N.° 0791-2014-PA/TC aduciendo que ésta viola el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, porque los magistrados firmantes no han fundamentado las razones del por qué de la elección del demandante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo, a pesar de que el mandato contenido en la STC N.° 01044-2013-AA/TC indicaba que correspondía al CNM exponer los fundamentos debidamente motivados sobre la elección de alguno de los justiciables.

    El argumento del CNM carece de sustento: lo que el Tribunal Constitucional ordenó como mandato en su STC N.° 01044-2013-PA/TC, materia de ejecución, fue textualmente lo siguiente: "ordena(r) al Consejo Nacional de la Magistratura, proceder a nombrar*, entre los postulantes que queden en carrera, esto es, don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia o don César José Hinostroza Pariachi, a aquel que corresponda desempeñarse como Fiscal Supremo,* conforme a las bases y reglamentos vigentes al momento de realizarse la convocatoria para dicha plaza" (punto resolutivo N.° 2 de la referida sentencia).

    En ningún momento la STC N.° 01044-2013-PA/TC ordenó que el Consejo Nacional de la Magistratura explique por qué nombraba a uno u otro de los candidatos demandantes. Y ciertamente, no podía hacerlo porque la ley no manda ello, sino todo lo contrario, aspecto este último que el Procurador Público del Consejo Nacional de la Magistratura parece desconocer. En efecto, de conformidad con el artículo 33° de la Ley 29277, Ley de la Carrera Judicial y el artículo 53° del Reglamento de Concursos para el Acceso Abierto en la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales (aprobado mediante Resolución N.° 281-2010-CNM), el Pleno del CNM tiene la obligación legal de motivar sus decisiones, no cuando decide *nombrar* a uno de los candidatos en concurso, sino cuando decide *no nombrar* a un postulante siguiendo el orden del cuadro de méritos", en cuyo caso "se dejará constancia de su decisión y de las razones debidamente fundamentadas, en el acta respectiva".

    Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional considera que **el alegato sobre la presunta afectación del derecho a la motivación es inatendible**, ya que confunde el verdadero mandato que surge de la STC N.° 01044-2013-PA/TC, que fue materia de ejecución en la sentencia cuestionada.

28. Que, por otro lado, y en conexión con lo anterior, el Procurador de la parte demandada sostiene que la STC N.° 0791-2014-PA/TC vulnera el principio de igualdad, en la medida en que los magistrados firmantes no han explicado las razones del cambio de criterio en relación a lo afirmado en el fundamento 27 de la STC N.° 01034-2013-PA/TC y su resolución aclaratoria, oportunidad en la cual este mismo Colegiado afirmó que no era competencia del Tribunal Constitucional proceder al nombramiento directo del demandante como Fiscal Supremo, y que además tal pretensión no podía solicitarse en vía de amparo, al tener ésta una finalidad restitutoria, y no constitutiva.

    Este Tribunal no desconoce lo declarado en el fundamento 27 de la STC N.° 01034-2013-PA/TC y su resolución aclaratoria (que responden al recurso de apelación por salto planteado por el demandante César José Hinostroza Pariachi). Sin embargo, es igualmente necesario precisar que **lo allí sostenido obedece a un contexto sustancialmente distinto al que motivó la expedición de la STC N.º 0791-2014-PA/TC**, ya que esta vez el Consejo Nacional de la Magistratura se ha mostrado renuente, por segunda vez consecutiva, a cumplir el mandato dictado de este Alto Tribunal. La pregunta es: ¿puede este Colegiado permitir que las sentencias del supremo intérprete de la Constitución sean inobservadas por un órgano constitucionalmente autónomo como es el Consejo Nacional de la Magistratura? De ser así, ¿dispone este Tribunal de mecanismos procesales para enervar dicha conducta renuente que afecta la institucionalidad y el Estado constitucional de Derecho, socavando el derecho a la ejecución de las sentencias constitucionales? Naturalmente, ello no puede permitirse, y es por ello que en la STC N.° 0791-2014-PA/TC, materia de aclaración, este Tribunal valoró las distintas opciones procesales que tenía a su disposición para efectivizar su mandato, en un contexto de

renuencia que no existía cuando se emitió el fundamento 27 de la STC N.° 01034-2013-PA/TC. Sin embargo, ello no obsta a que este Tribunal precise o aclare este extremo de su sentencia, como se dirá más adelante.

Asimismo, el Tribunal Constitucional considera que **no existe la alegada afectación del principio de igualdad**, porque al día de hoy existe en sede de este Tribunal otro expediente en curso (Exp. N.° 0776-2014-PA/TC, recurso de apelación por salto planteado por el demandante César José Hinostroza Pariachi), en el que, de ser el caso, se brindará una reparación similar a la presente. Por lo demás, este Tribunal toma nota de la observación formulada por el CNM de que los casos de los candidatos demandantes Mateo Grimaldo Castañeda Segovia y César José Hinostroza Pariachi deben ser tratados de forma homogénea para respetar el principio de igualdad, y efectivamente así resolverá este Colegiado.

29. Que, en otro extremo de su pedido, el Procurador del CNM ha señalado que la sentencia materia de nulidad trastoca lo que establece el artículo 1° del Código Procesal Constitucional, en virtud del cual los procesos constitucionales tienen efectos sólo restitutivos, y no declarativos de derechos.

Sobre ello, el Tribunal Constitucional debe precisar que la sentencia materia de nulidad (STC N.° 0791-2014-PA/TC) no es una simple sentencia de amparo, sino que constituye técnicamente una *sentencia ampliatoria*, dictada al amparo del artículo 59° cuarto párrafo del Código Procesal Constitucional. Lo cual significa que, si en la STC N.° 01044-2013-PA/TC este Tribunal ordenó al CNM que proceda a nombrar Fiscal Supremo a uno de los dos candidatos en concurso, y el CNM fue renuente a dicho mandato, este Tribunal, sustituyéndose al órgano demandado, procedió directamente a efectivizar su mandato a través de una sentencia ampliatoria de ejecución.

Varios aspectos sobre esta figura procesal deben ser ahora precisados, para una mejor comprensión de lo finalmente resuelto por este Colegiado:

- ***La sentencia ampliatoria no ha sido objeto de una "utilización equívoca" en el presente caso***. Al respecto, este Tribunal debe dejar en claro que la figura de la sustitución del órgano renuente en vía de ejecución de una sentencia de amparo (sea ésta de fondo o de ejecución), constituye una opción legal plenamente válida, dispuesta por el propio legislador democrático para que las sentencias dictadas por el juez constitucional (sea éste del Poder Judicial o de este propio Colegiado) sean efectivamente cumplidas. Los propios autores del Código Procesal Constitucional, en su Exposición de Motivos, lo reconocen así: *"la Comisión le concede al Juez la facultad de expedir una sentencia ampliatoria de contenido normativo que subsane la omisión del funcionario, a fin de regular la situación injusta así declarada en la sentencia. (artículo 59)" [Código Procesal Constitucional. Estudio introductorio, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico,* Tribunal Constitucional / Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2008, p. 123].

- ***El Tribunal Constitucional ha realizado una interpretación de la cláusula del artículo 59° cuarto párrafo del Código Procesal Constitucional conforme a su anterior jurisprudencia:*** en efecto, lo resuelto en el caso de autos tiene como directo antecedente jurisprudencial la STC N.° 05780-2008 y 00104-2009-PA/TC (acumulados), en la que este Colegiado, en vez de ordenar por segunda vez que la asociación civil demandada emita un nuevo pronunciamiento sobre las solicitudes de incorporación de las demandantes, ordenó directamente a la emplazada a incorporarlas como asociadas activas "por no haber podido expresar en dos oportunidades las razones objetivas, basadas en hechos comprobados, por las que considera improcedentes sus incorporaciones como asociadas activas" (fundamento 7).

- ***El Tribunal Constitucional sí puede dictar una sentencia ampliatoria, y no sólo el juez de ejecución:*** sobre ello, ya en anterior oportunidad hemos afirmado que el único órgano que puede emitir una *sentencia ampliatoria* "es el que amparó la demanda en el proceso constitucional pudiendo dicha resolución ser objeto de apelación, si ello es jerárquicamente posible, pero en ningún caso este trámite incidental puede constituirse en una vía habilitante para acceder al Tribunal Constitucional" (RTC N.° 0174-2006-Q-AA/TC, fundamento 5)

- ***El Tribunal Constitucional dictó sentencia ampliatoria en el presente caso, en un escenario de última ratio:*** en efecto, el Tribunal se enfrentó a una situación extrema, debido al incumplimiento reiterado del CNM de dos sentencias de este Colegiado, emitidas en

la presente causa: STC N.° 04944-2011-PA/TC y STC N.° 01044-2013-PA/TC.

En definitiva, por estas consideraciones, el Tribunal considera que la aplicación al presente caso del artículo 59° cuarto párrafo del Código Procesal Constitucional, si bien ha sido utilizada de forma excepcional y como última ratio dada la renuencia del órgano demandado, ha tenido como única finalidad efectivizar el mandato de una sentencia constitucional, y en modo alguno invadir competencias ajenas en las que no puede ingresar ni interferir.

30. Que, finalmente, el Procurador del CNM aduce que este Tribunal no puede disponer, como lo ha hecho, el nombramiento del demandante Castañeda Segovia como Fiscal Supremo del Ministerio Público en vía de ejecución de la STC N.° 01044-2013-PA/TC, por la razón de que dicha facultad es exclusiva del Consejo Nacional de la Magistratura, según lo dispuesto en el artículo 154° inciso 1 de la Constitución. Al respecto, agrega que la Constitución ha otorgado al CNM un *"margen de discrecionalidad que ha sido reconocida por el propio TC"*, y que esta discrecionalidad *"va más allá de los criterios objetivos"*.

El Tribunal Constitucional debe desmentir que haya invadido competencias del Consejo Nacional de la Magistratura al emitir la STC N.° 0791-2014-PA/TC, tal como se alega en el recurso planteado: en realidad, sólo ha cautelado que el ejercicio de tales competencias sea acorde con los derechos fundamentales de la parte demandante.

Al respecto, el Tribunal no desconoce (no puede desconocer) que el principio de *separación de poderes*, enunciado en el artículo 43° de la Constitución, asegura que los poderes constituidos desarrollen sus competencias con arreglo al principio de corrección funcional, vale decir, sin interferir con las competencias de los otros; sin embargo, entiende que aquél principio admite también la *colaboración permanente* entre dicho poderes en búsqueda de un mejor y más eficaz ejercicio de sus funciones (STC N.° 0005-2006-PI/TC, fundamento 15), y por supuesto, un ejercicio acorde con la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44° de la Constitución).

Ese espíritu de *colaboración permanente*, que no de interferencia, es el que ha impulsado al Tribunal Constitucional a construir a lo largo de su jurisprudencia una importante línea de interpretación en torno a las competencias constitucionales del Consejo Nacional de la Magistratura, no para interferir en ellas, sino para acomodarlas plenamente a los mandatos de la Constitución.

En efecto, el Tribunal Constitucional no pone en duda que el Consejo Nacional de la Magistratura es un órgano constitucional autónomo e independiente, una de cuyas competencias fundamentales para la vida democrática de nuestro país es precisamente *seleccionar* y *nombrar* a los jueces y fiscales de la República, salvo cuando éstos provienen de elección popular (artículo 150° de la Constitución). Sin embargo, siendo el nuestro un Estado constitucional (artículos 38° y 51° de la Constitución), este Tribunal ha entendido en senda y consolidada jurisprudencia que el CNM, como órgano del Estado, tiene límites en sus funciones, dada su condición de *poder constituido* sometido a la Constitución, siendo indiscutible su sujeción en todo momento a los lineamientos establecidos en la Norma Fundamental, y por ende, a los derechos fundamentales en ella reconocidos. En tal sentido, hemos señalado que:

> "(…) sus resoluciones (del CNM) tienen validez constitucional en tanto las mismas no contravengan el conjunto de valores, principios y derechos fundamentales de la persona contenidos en la Constitución, lo que supone, a *contrario sensu*, que si ellas son ejercidas de una forma tal que desvirtúan el cuadro de principios y valores materiales o los derechos fundamentales que aquélla reconoce, no existe ni puede existir ninguna razón que invalide o deslegitime el control constitucional señalado a favor de este Tribunal en los artículos 201° y 202° de nuestro texto fundamental" [STC N.° 02409-2002-AA/TC, fundamento 1 b].

31. En ese contexto, es claro que el Tribunal Constitucional "en tanto supremo intérprete y guardián de la supremacía jurídica de la Constitución y de los derechos fundamentales, no sólo puede, sino que tiene el deber de someter a control constitucional las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura cuando eventualmente puedan resultar vulneratorias de los derechos fundamentales de las personas" [STC N.° 08495-2006-PA/TC, fundamento 6].

32. En el ejercicio de ese control constitucional, sin embargo, este Colegiado ha fomentado en todo momento una interpretación acorde con el principio de *corrección funcional*, y respetuosa del principio de separación de poderes. Y en este caso no ha visto motivo para separarse de dicha interpretación. Así por ejemplo, en el caso específico del nombramiento de jueces y fiscales, este Tribunal ha destacado que, si bien el acuerdo adoptado por el Consejo

en este procedimiento puede ser controlado en la vía del amparo cuando afecta derechos fundamentales [SSTC N.os 03891-2011-PA/TC y 04944-2011-PA/TC], ello en ningún caso puede suponer la posibilidad de valorar pretensiones tales como la asignación judicial de puntaje para pasar de una etapa a otra en la convocatoria [STC N.° 01800-2008-PA/TC] o que se declare hábil y legalmente apto al actor para concursar y acceder a la Magistratura Suprema [STC N.° 03613-2010-PA/TC].

33. Es por ello que el denominado "margen de discrecionalidad" que invoca el Procurador del Consejo Nacional de la Magistratura en su recurso de nulidad, si bien puede ser entendido como el respeto a las competencias constitucionales propias del CNM, en modo alguno puede equipararse a un "margen de arbitrariedad", que no es posible en el Estado Constitucional. Así como tampoco es admisible que los miembros consejeros de un órgano de la máxima importancia, como es el Consejo Nacional de la Magistratura, hagan caso omiso de las sentencias de este Alto Tribunal, investido como está de ser el órgano de control de la Constitución (artículo 201° de la Constitución) y su supremo intérprete (artículo 1° de la Ley N.° 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

34. En definitiva, y por todas estas consideraciones, el Tribunal Constitucional considera que, en ánimos de pacificar definitivamente la controversia de autos, y llamando esta vez a la *colaboración leal* del Consejo Nacional de la Magistratura en la ejecución de sus sentencias, es menester reconsiderar la medida de reparación ordenada en la STC N.° 0791-2014-PA/TC, en el extremo en que este Colegiado decidió nombrar al demandante como Fiscal Supremo del Ministerio Público (punto resolutivo N.° 5 de la sentencia materia de nulidad), y en su lugar, ordenar una medida de reparación alterna, pero igualmente satisfactoria para el demandante, consistente en disponer que CNM proceda a nombrar al demandante como Fiscal Supremo del Ministerio Público, respetando estrictamente el orden de méritos alcanzado en dicho concurso (Convocatoria N.° 002-2010–SN/VCNM), tal como lo establece el artículo 33° de la Ley N.° 29277, Ley de la Carrera Judicial.

    A tal efecto, el Consejo Nacional de la Magistratura deberá requerir al Fiscal de la Nación la información actualizada sobre la existencia de una plaza vacante para cumplir con el mandato de la STC N.° 0791-2014-PA/TC, precisada y aclarada mediante la presente resolución, a fin de incorporar al demandante como Fiscal Supremo de dicha institución; y en caso de no existir plazas vacantes, deberá dejarse en reserva una plaza a fin de que sea ocupada por el demandante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, una vez que se produzca la correspondiente vacancia en la Fiscalía Suprema; de conformidad con la STC N.° 0791-2014-PA/TC.

35. Finalmente, **atendiendo a la conducta procesal adoptada por el CNM a lo largo de la presente causa, que a la fecha lleva nada menos que cuatro (04) años debido a la postura renuente del órgano demandado**, este Tribunal debe disponer que, a fin de evitar nuevos incumplimientos y conflictos, el Consejo Nacional de la Magistratura no realice ningún concurso público para Fiscales Supremos, mientras no se nombre al demandante como Fiscal Supremo del Ministerio Público, como medida de reparación en cumplimiento de la STC N.° 0791-2014-PA/TC; precisada y aclarada mediante la presente resolución.

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

**RESUELVE**

1. Declarar **FUNDADO en parte** el pedido de nulidad planteado por el Procurador Público del Consejo Nacional de la Magistratura, contra la sentencia de autos, de fecha 30 de abril de 2014, en los extremos en que se declaró nulos los nombramientos de las Fiscales Supremos Zoraida Ávalos Rivera y Nora Victoria Miraval Gambini (punto resolutivo N.° 4) y en cuanto al nombramiento como Fiscal Supremo efectuado por este Colegiado del demandante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia (punto resolutivo N.° 5); y en consecuencia,

2. **PRECISAR** que el nombramiento de las señoras Zoraida Ávalos Rivera y Nora Victoria Miraval Gambini, como Fiscales Supremas Titulares del Ministerio Público, es plenamente válido y legítimo, y por ende, el título que las acredita así como el acto de su juramentación mantienen plena validez, no afectándoles la declaración de nulidad efectuada por este Tribunal en el punto resolutivo N.° 4 de la STC N.° 0791-2014-PA/TC, que sólo alcanza a los actos del Consejo Nacional de la Magistratura que tuvieron por objeto inejecutar la STC N.° 01044-2013-PA/TC.

3. **DEJAR SIN EFECTO** el punto resolutivo N.° 5 de la STC N.° 0791-2014-PA/TC, mediante el cual este Tribunal, en aplicación del artículo 59° del Código Procesal Constitucional, ordenó el nombramiento del demandante

Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo del Ministerio Público

4. Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación por salto planteado por el demandante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia; y por consiguiente, **ORDENAR** que el Consejo Nacional de la Magistratura **NOMBRE** al demandante como Fiscal Supremo del Ministerio Público, **respetando estrictamente el orden de méritos** alcanzado en dicho concurso (Convocatoria N.° 002-2010–SN/VCNM), tal como lo establece el artículo 33° de la Ley N.° 29277, Ley de la Carrera Judicial.

5. **DISPONER** que el Consejo Nacional de la Magistratura deberá requerir al Fiscal de la Nación la información actualizada sobre la existencia de una plaza vacante para cumplir con el mandato de la STC N.° 0791-2014-PA/TC, precisada y aclarada mediante la presente resolución, a fin de incorporar al demandante como Fiscal Supremo de dicha institución;

6. En caso de no existir plazas vacantes, **DÉJESE EN RESERVA** una plaza a fin de que sea ocupada por el demandante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, una vez que se produzca la correspondiente vacancia en la Fiscalía Suprema; de conformidad la STC N.° 0791-2014-PA/TC.

7. **ORDENAR** que el Consejo Nacional de la Magistratura, como medida reparadora, no realice ningún concurso público para Fiscales Supremos, mientras no se nombre al demandante como Fiscal Supremo del Ministerio Público, como medida de reparación en cumplimiento de la STC N.° 0791-2014-PA/TC; precisada y aclarada mediante la presente resolución.

8. **SUBSANAR** los errores materiales contenidos en el fundamento 20 y en el punto resolutivo N.° 7 de la sentencia materia de aclaración, en el siguiente sentido: donde dice "… *artículo 44° del TUO de la Ley N.° 27584…*" debe decir "*artículo 49°* del TUO de la Ley N.° 27584…"; y donde dice *"…fundamentos 30 a 33 de la presente sentencia…"* debe decir *"…fundamentos 30 a 32 de la presente sentencia…"*; respectivamente.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**MESÍA RAMÍREZ**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.° 00791-2014-PA/TC (EXP. N.° 01044-2013-PA/TC)
LIMA
MATEO GRIMALDO CASTAÑEDA SEGOVIA

**AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Lima, 15 de julio de 2014

**VISTOS**

El pedido de nulidad, entendido como recurso de reposición, de fecha 12 de mayo de 2014, interpuesto por el Procurador Público a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura; y los pedidos de nulidad de fechas 19 y 21 de mayo de 2014, presentados por el Procurador Público a cargo de la Defensa Jurídica del Ministerio Público y por el Fiscal Supremo provisional José Humberto Pereira Rivarola, contra la resolución del Tribunal Constitucional de fecha 8 de mayo de 2014; y,

**ATENDIENDO A QUE**

1. El artículo 121° del Código Procesal Constitucional establece que "contra los decretos y autos que dicte el Tribunal, sólo procede, en su caso, el recurso de reposición ante el propio Tribunal". Asimismo, debe tenerse en cuenta que, el artículo III de su Título Preliminar prevé que el Tribunal Constitucional debe adecuar la exigencia de las formalidades previstas en dicho Código al logro de los fines de los procesos constitucionales, cuales son garantizar la primacía de la Constitución y tutelar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

**§1. Pedidos de nulidad planteados en el presente caso**

2. El pedido de nulidad, entendido como recurso de reposición, planteado por el Procurador Público a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura, cuestiona la resolución del Tribunal Constitucional de fecha 8 de mayo de 2014, en cuanto: i) ha sido resuelta por sólo tres magistrados y no por el Pleno del Tribunal Constitucional; ii) ordena al Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) que nombre a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo; y iii) deja en reserva una plaza a favor de dicha persona para que la ocupe una vez que se produzca la respectiva vacancia en la Fiscalía Suprema.

   En cuanto a los pedidos de nulidad de fechas 19 y 21 de mayo de 2014, presentados por el Procurador Público a cargo de la Defensa Jurídica del Ministerio Público y por el Fiscal Supremo provisional José Humberto Pereira Rivarola, cabe mencionar que estos no tienen la condición de parte procesal y, por tanto,

carecen de legitimidad para actuar dentro del proceso. Sin embargo, cabe destacar que, por su similitud con los argumentos planteados por el mencionado Procurador Público a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura, el pronunciamiento sobre la solicitud de éste resultará relevante sobre lo peticionado por aquellos.

3. El Procurador Público a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura alega que dicha resolución del 8 de mayo de 2014, vulnera otra vez el artículo 154.°, inciso 1), de la Constitución, el cual establece que una de las funciones exclusivas del Consejo Nacional de la Magistratura (en adelante CNM) es el nombramiento, previo concurso público de méritos y evaluación personal, de los fiscales de todos los niveles. Como dicho nombramiento requiere el voto conforme de los dos tercios del número legal de sus miembros, los magistrados del Tribunal Constitucional que suscriben la resolución del 8 de mayo de 2014 no pueden ordenar que se nombre a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo porque ello constituye una intromisión en las atribuciones del CNM. Refiere también que dicha resolución afecta el artículo 65.4 de la Ley de la Carrera Judicial, pues no puede considerarse a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como candidato en reserva dado que no se encuentra en el cuadro de aptos elaborado por el CNM. Finalmente, aduce que la resolución quebranta la finalidad *restitutoria* del amparo, establecida en la Constitución, el Código Procesal Constitucional y en reiterada jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional sobre casos similares, al disponer que el CNM nombre a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo.

**§2. Actuaciones relevantes en el proceso: sentencia definitiva del Tribunal Constitucional (cosa juzgada) y resoluciones dictadas en la etapa de "ejecución" de sentencia**

4. Teniendo en cuenta que el pedido planteado en autos alude a determinados "vicios insalvables" ocurridos en etapa de ejecución de sentencia y que el CNM ha cumplido con lo resuelto en la sentencia definitiva con calidad de cosa juzgada del Tribunal Constitucional, es indispensable precisar cuáles han sido las pretensiones del demandante y cuáles las principales decisiones jurisdiccionales en el presente caso:

   - **19 de mayo de 2011**. El demandante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia interpone demanda de amparo contra el CNM (fojas 2 a 364). Entre sus pretensiones principales, destaca la siguiente.

     Reponiendo las cosas al estado anterior a la violación de mis derechos, solicito: (…) Disponer una nueva votación, esta vez respetando las garantías del debido proceso [existe motivación irregular, ausencia de motivación y motivación aparente, fojas 320], el derecho a la igualdad y el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad (…).

   - **28 de octubre de 2011.** El demandante interpone recurso de agravio constitucional (fojas 593 a 607), alegando la afectación de su derecho de no ser objeto de una motivación irregular, motivación aparente o insuficiente y ausencia de motivación, así como de sus derechos a la igualdad y de acceso a la función pública sin discriminación. Solicita que se disponga una nueva votación en la que se respeten sus derechos fundamentales.

   - **16 de enero de 2012**. El Tribunal Constitucional expide sentencia definitiva, (fojas 616 a 643), que constituye cosa juzgada, resolviendo lo siguiente:

     1. Declarar FUNDADA la demanda al haberse acreditado la violación de los derechos al debido proceso y a la motivación de las resoluciones previstos por los incisos 3) y 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, y en consecuencia,
     2. Declarar NULO el Acuerdo N.° 0178-2011 adoptado por el Consejo Nacional de la Magistratura (…)
     3. Ordenar al Consejo Nacional de la Magistratura emitir un nuevo acuerdo debidamente motivado lo que supone, evidentemente, que sus miembros previamente vuelvan a votar su decisión (…).

   - **29 de noviembre de 2012.** El CNM, en sesión plenaria, convocada a fin de dar cumplimiento a la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional, resolvió no nombrar a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, al no haber alcanzado el voto conforme de los dos tercios del número legal de miembros del CNM (fojas 908).

- **8 de enero de 2013**. En la etapa de ejecución de sentencia, el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, decide poner a despacho, para mejor resolver, el pedido de conclusión del proceso formulado por el CNM con fecha 17 de diciembre de 2012 (fojas 1058), por haberse cumplido con lo ordenado.
- **21 de enero de 2013**. En la etapa de ejecución de sentencia, el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, expide la Resolución N.° 23, que declara cumplido el mandato al CNM, sujetándose de manera estricta a lo dispuesto por el TC (fojas 869). Dicho Juzgado, además, "ordena la conclusión del proceso y por tanto su archivo definitivo".
- **30 de enero de 2013**. El demandante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, interpone recurso de apelación por salto contra la Resolución N.° 23, del 21 de enero de 2013, solicitando que se ordene al CNM realizar una nueva votación, cumpliendo con las pautas de debida motivación dictadas, en general, por el Tribunal Constitucional.
- **9 de setiembre de 2013**. En la etapa de ejecución de sentencia, el Tribunal Constitucional, en mayoría (magistrados Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda), y con votos singulares (magistrado Urviola Hani y Calle Hayen), declara fundado el recurso de apelación por salto presentado por el demandante, y ordena al CNM, que proceda a nombrar, "entre los postulantes que quedan en carrera, esto es, don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia o don César José Hinostroza Pariachi, a aquel que corresponda desempeñarse como Fiscal Supremo".
- **30 de abril de 2014.** En la etapa de ejecución de sentencia, el Tribunal Constitucional (magistrados Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda) declara fundado un segundo recurso de apelación por salto planteado por el demandante y, entre otros extremos, nombra a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo.
- **8 de mayo de 2014**. En la etapa de ejecución de sentencia, el Tribunal Constitucional (magistrados Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda), declara fundado en parte el pedido de nulidad del CNM, dejando sin efecto el nombramiento de Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo, entre otros extremos. Asimismo, declara fundado el recurso de apelación por salto planteado por el demandante y ordena que el CNM nombre a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo, entre otros extremos.
- **12, 19 y 21 de mayo de 2014**. Se plantean ante el Tribunal Constitucional los pedidos de nulidad de autos, de los cuales sólo el pedido del Procurador Público a cargo del CNM ha sido considerado como recurso de reposición.
- **21 de mayo de 2014**. Son elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los doctores Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, quienes junto con el Presidente Urviola Hani, conforman el nuevo Pleno del Tribunal Constitucional. Los nuevos magistrados asumieron funciones el 3 de junio de 2014.

**§3. Primacía de la Constitución, adecuación de las formalidades y justificación de un pronunciamiento de carácter excepcional**

5. De la revisión de lo solicitado por el Procurador Público del CNM, cabe destacar que no solo se cuestiona la resolución del 8 de mayo de 2014, sino también anteriores actuaciones del Tribunal Constitucional, expedidas en la etapa de ejecución de sentencia, en la medida que la expresión "nuevamente" (fojas 312, 327 y 341 del Cuaderno del Tribunal Constitucional), alude a que anteriormente se han producido otros "vicios insalvables" que violan las competencias constitucionales del CNM. Por tanto, el pedido de "nulidad de pleno derecho", entendido como recurso de reposición, formulado por el Procurador Público del CNM, si bien se dirige expresamente a que se declare la nulidad de la resolución del 8 de mayo de 2014 (que ordena al CNM nombrar a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo), cabe asumir, en aplicación del principio de *suplencia de queja deficiente*, que se dirige también contra anteriores decisiones del Tribunal Constitucional vinculadas a esta materia; las emitidas a partir de aquella del 9 de setiembre de 2013 (que ordena al CNM nombrar a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia o a César José Hinostroza Pariachi como Fiscal Supremo), puesto que, del referido pedido y de los reiterados cuestionamientos realizados por el CNM en dicha etapa de ejecución de sentencia, se desprende el

mismo cuestionamiento: que el Tribunal Constitucional invadió las competencias constitucionales del Consejo Nacional de la Magistratura.

6. Teniendo en cuenta lo expuesto, el Tribunal Constitucional estima que su pronunciamiento no sólo debe circunscribirse al examen de la resolución de fecha 8 de mayo de 2014, sino que además debe extenderse al de todas aquellas decisiones que a partir de la decisión de fecha 9 de setiembre de 2013, se hayan dictado, según lo cuestionado por el Procurador Público del CNM, en contravención de la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2012, que tiene la calidad de cosa juzgada, así como de las competencias constitucionales del CNM. Al respecto, cabe precisar que el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece que el Tribunal Constitucional debe "adecuar la exigencia de las formalidades previstas en [dicho] Código al logro de los fines de los procesos constitucionales". A su vez, el artículo II prevé que "son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales". En el presente caso, el Procurador Público del CNM, cuestiona que el Tribunal Constitucional, en la etapa de ejecución de una sentencia definitiva con autoridad de cosa juzgada, ha expedido decisiones que no sólo desconocen dicha cosa juzgada sino que además, asumiendo competencias constitucionales del CNM, ha obligado al CNM a nombrar e incluso ha nombrado al demandante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo. Ello constituye un supuesto que justifica un pronunciamiento excepcional del Pleno del Tribunal Constitucional en el que se examinen los aludidos cuestionamientos a efectos de garantizar la primacía de la Constitución.

7. En tal sentido, son cuatro los puntos que deben dilucidarse en el presente caso: i) la competencia del Pleno del Tribunal Constitucional en la etapa de ejecución de sentencia; ii) si las decisiones de fechas 9 de setiembre de 2013, 30 de abril y 8 de mayo de 2014 del Tribunal Constitucional, entre otras, vulneran la cosa juzgada establecida en la sentencia definitiva de fecha 16 de enero de 2012; iii) si el Consejo Nacional de la Magistratura ha cumplido con lo dispuesto en dicha sentencia definitiva; y iv) los límites del juez constitucional en el control de las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura.

**§4. Sobre la competencia del Pleno del Tribunal Constitucional en la etapa de ejecución de sentencia**

8. Mediante Resoluciones Legislativas N.° 005-2013-2014, 006-2013-2014, 007-2013-2014, 008-2013-2014, 009-2013-2014 y 010-2013-2014, publicadas en el diario oficial *El Peruano* con fecha 22 de mayo de 2014, el Congreso de la República da cuenta de que en sesión plenaria del 21 de mayo de 2014 ha elegido a don Ernesto Jorge Blume Fortini, don Eloy Andrés Espinosa-Saldaña Barrera, doña Marianella Leonor Ledesma Narváez, don Manuel Jesús Miranda Canales, don Carlos Augusto Ramos Núñez y don José Luis Sardón de Taboada, magistrados del Tribunal Constitucional.

9. Con la incorporación de los nuevos magistrados, el Pleno del Tribunal Constitucional, así como sus respectivas Salas, asumieron la competencia para conocer todos los procesos pendientes de resolver. En el caso de autos, tratándose del cuestionamiento de decisiones del Tribunal Constitucional expedidas como consecuencia de la tramitación del recurso de apelación por salto es de aplicación el segundo párrafo del artículo 29-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, que establece lo siguiente: "(…) Todos estos expedientes [de apelación por salto, recurso de agravio a favor del cumplimiento de sentencias del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial y actos homogéneos] son resueltos por los mismos magistrados que intervinieron en la sentencia. Si algún magistrado ya no se encuentra en el Tribunal Constitucional, se completa con los Magistrados del Colegiado que previno (Pleno, Sala 1 o Sala 2), de menor a mayor antigüedad y al final se llama al Presidente de la Sala o del Pleno" [resaltado agregado].

10. Cuando dicha disposición reglamentaria establece, entre otros supuestos, que el recurso de apelación por salto debe ser resuelto por los mismos magistrados que intervinieron en la sentencia, debe entenderse que dicha sentencia alude a la **sentencia definitiva, con calidad de cosa juzgada**. En el presente caso, dicha sentencia definitiva es aquella expedida por el Pleno del Tribunal Constitucional con fecha 16 de enero de 2012 (Expediente N.° 04944-2011-PA/TC), que declaró fundada la demanda y ordenó al CNM emitir un nuevo acuerdo debidamente motivado. Por tanto, teniendo en cuenta que en el caso de autos se examinarán decisiones del Tribunal Constitucional que responden al recurso de apelación por salto, el nuevo Pleno del Tribunal Constitucional es competente para asumir conocimiento.

**§5. La sentencia definitiva con autoridad de cosa juzgada como parámetro y límite de la etapa de ejecución de sentencia**

11. El inciso 2) del artículo 139° de la Constitución establece el principio de que no debe dejarse sin efecto resoluciones que han adquirido la autoridad de cosa juzgada. En los términos de dicho precepto constitucional,

> Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 2) La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. *Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada,* ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución (…) [resaltado agregado].

12. Dicha disposición constitucional debe interpretarse, por efectos del principio de unidad de la Constitución, de conformidad con el inciso 13) del mismo artículo 139° de la Constitución, que prevé "la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada".

13. En reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha establecido los elementos principales que configuran la garantía de la cosa juzgada. Así, en el Expediente N.° 04587-2004-AA/TC FJ 38, sostuvo que "mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó" . (resaltado agregado).

14. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha sostenido que "el derecho a la tutela jurisdiccional (…) garantiza, entre otros aspectos, que una sentencia con calidad de cosa juzgada sea cumplida en sus términos. Como consecuencia de ello, se desprende, por un lado, un mandato de que las autoridades cumplan lo ordenado o declarado en ella en sus propios términos y, por otro, una prohibición de que cualquier autoridad, incluida la jurisdiccional, deje sin efecto las sentencias y, en general, resoluciones que ostentan la calidad de cosa juzgada (art. 139°, inc. 2, Const.). Esto último resulta relevante en el caso ya que ello implica que si un juez deja sin efecto una sentencia con calidad de cosa juzgada se habrá afectado el derecho a la tutela jurisdiccional de la persona, cuya pretensión dicha sentencia ha estimado" [Exp. N.° 01569-2006-PA/TC FJ 4].

15. Por otra parte, el derecho a la efectiva ejecución de las resoluciones judiciales, exigible en la etapa de ejecución de sentencia, constituye la materialización de la tutela jurisdiccional del Estado respecto de aquello que ha sido definido en una sentencia con la calidad de cosa juzgada. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a la efectiva ejecución de las resoluciones judiciales, "impone especiales exigencias a los sujetos pasivos del derecho, es decir, a los que se encuentran en principio vinculados y, en particular, a quienes participaron en calidad de partes en el proceso y, desde luego, al propio juez" (Exp. N.° 00015-2001-AI/TC FJ 12)

16. La etapa de ejecución de sentencia definitiva no puede convertirse en sede de un nuevo proceso que modifique o anule los efectos de tal sentencia, precisamente porque desnaturalizaría su finalidad de cumplimiento de lo ya decidido en una sentencia firme, concluyente y definitiva, que por ello tiene la calidad de cosa juzgada. En dicha ejecución de sentencia, tanto los respectivos jueces como el Tribunal Constitucional tienen la obligación especial de proteger y efectivizar lo decidido en la sentencia definitiva, sin que puedan, en ningún caso, reducir, modificar o aumentar los efectos de lo decidido, incorporar nuevas pretensiones o valoraciones que no fueron objeto de debate en el proceso principal que dio origen a la sentencia definitiva, y menos aún, resolver conforme a su moral subjetiva.

17. En el presente caso, la sentencia definitiva con calidad de cosa juzgada, es aquella expedida por el Pleno del Tribunal Constitucional con fecha 16 de enero de 2012, en la que se resuelve declarar fundada la demanda por haberse acreditado la violación de los derechos al debido proceso y a la motivación de las resoluciones previstos por los incisos 3) y 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú; y ordena al CNM "emitir un nuevo acuerdo debidamente motivado lo que supone, evidentemente, que sus miembros previamente vuelvan a votar su decisión". Dicha sentencia definitiva, que ordenaba al

CNM una nueva motivación, es la que, una vez en etapa de ejecución de sentencia, debía ser cumplida y ejecutada "en sus propios términos" tanto por los jueces de ejecución como por el Tribunal Constitucional al ser sometida a su conocimiento, sin que haya podido ser desnaturalizada, ni modificada. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, con fecha 9 de setiembre de 2013, resolviendo el recurso de apelación por salto interpuesto por el demandante, ordenó al CNM que nombre a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia o a César José Hinostroza Pariachi, como Fiscal Supremo, y a partir de tal decisión expidió otros pronunciamientos como el de fecha 8 de mayo de 2014, mediante el cual ordenó al CNM que nombre a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo, entre otros extremos.

18. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional considera que los pronunciamientos expedidos a partir de la decisión de fecha 9 de setiembre de 2013 (que ordena al CNM nombrar a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia o a César José Hinostroza Pariachi como Fiscal Supremo), incluidos el de fecha 30 de abril de 2014 (que nombra a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo) –que ya fue declarada nula en autos–; y el del 8 de mayo de 2014 (que ordena al CNM nombrar a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo), desnaturalizan la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2012 y con ello, afectan la garantía de cosa juzgada que la revestía, pues dicha sentencia tan sólo ordenaba al CNM una nueva motivación. Por tanto, debe declararse fundado el recurso de reposición de autos; y en consecuencia, declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la decisión del Tribunal Constitucional de fecha 9 de setiembre de 2013, incluida la del 8 de mayo de 2014, expedidas en la etapa de ejecución de sentencia, por contener evidentes afectaciones a la cosa juzgada. Es necesario precisar que, al margen de que se puedan autodenominar "sentencias", decisiones como la del 9 de setiembre de 2013, constituyen en realidad "autos" que resuelven incidencias en la etapa de ejecución de sentencia.

19. A este respecto, cabe precisar que los actos procesales se califican no por los nombres que les atribuyan, sino por el contenido o esencia de la situación jurídica que regulan. Así por ejemplo, cuando el artículo 59° del Código Procesal Constitucional, menciona la expresión "sentencia ampliatoria", es claro que con independencia de dicha nominación, el respectivo acto procesal es en su esencia un "auto", pues regula una incidencia en la cual el juez, en etapa de ejecución de una sentencia definitiva, debe sustituir la omisión de un funcionario público de modo que se cumpla lo decidido en dicha sentencia definitiva. Por ello, a efectos de uniformizar la nomenclatura del Código Procesal Constitucional, cuando éste haga referencia a la denominada "sentencia ampliatoria", expedida en la etapa de ejecución de una sentencia definitiva, con calidad de cosa juzgada, debe entenderse que dicha "sentencia ampliatoria" constituye en la teoría procesal una "sentencia incidental", cuya naturaleza o esencia es la de un "auto". En el presente caso, la decisión del Tribunal Constitucional de fecha 9 de setiembre de 2013, que se autodenomina "sentencia" y que ordena al CNM nombrar al postulante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia o a César José Hinostroza Pariachi como Fiscal Supremo, o aquella decisión de fecha 30 de abril de 2014, que se autodenomina "sentencia" y que nombra a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo, ambas dictadas en la etapa de ejecución de una sentencia definitiva, constituyen inequívocamente "autos", toda vez que resuelven incidencias (recursos de apelación por salto) presentadas en dicha etapa.

20. Finalmente, más allá de que decisiones tales como la del 9 de setiembre de 2013, deben ser declarada nulas por contener evidentes afectaciones a la cosa juzgada de la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2012, cabe precisar que su autodenominación de "sentencia" resulta impertinente en la medida que conforme al artículo 59° del Código Procesal Constitucional, la aludida "sentencia ampliatoria" debe dictarse para sustituir la "omisión del funcionario" encargado de cumplir la sentencia definitiva. Ello no es lo que ha sucedido en el caso del CNM, en razón de que precisamente éste había cumplido con lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la referida sentencia del 16 de enero de 2012, tanto es que el Quinto Juzgado Constitucional, mediante resolución del 21 de enero de 2013 (fojas 1059) declaró cumplido dicho mandato. Es contra dicha resolución que el demandante interpuso el recurso de apelación por salto que se resolvió mediante la cuestionada decisión del 9 de setiembre de 2013.

**§6. La motivación del CNM y la verificación del cumplimiento de la sentencia definitiva con calidad de cosa juzgada**

21. Teniendo en cuenta la nulidad resuelta respecto de todo lo actuado a partir de la decisión del Tribunal Constitucional de fecha

9 de setiembre de 2013, corresponde resolver el recurso de apelación por salto interpuesto por el demandante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia contra la Resolución N.° 23, de fecha 21 de enero de 2013, expedida por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, que declaró cumplido el mandato ordenado en la Resolución N.° 13, y dispuso su conclusión y archivo definitivo.

22. Al respecto, cabe mencionar que de fojas 899 a 908, obra el Acta de la Sesión Plenaria Extraordinaria del CNM, de fecha 29 de noviembre de 2012. Esa acta, entre otros extremos, contiene el Acuerdo N.° 1615-2012, que resuelve no nombrar a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, como Fiscal Supremo del Ministerio Público, por no haber alcanzado el voto conforme de los dos tercios del número legal de miembros del CNM, de conformidad con el artículo 154° inciso 1) de la Constitución. Tal acta del CNM establece lo siguiente:

> A continuación se procedió a votar por el siguiente postulante:
>
> MATEO GRIMALDO CASTAÑEDA SEGOVIA
>
> Por su nombramiento, votaron los señores Consejeros Vladimir Paz de la Barra, Luz Marina Guzmán Díaz y Pablo Talavera Elguera. Por el no nombramiento: votaron los señores Consejeros Gastón Soto Vallenas, Luis Maezono Yamashita. Gonzalo García Núñez. Máximo Herrera.
>
> Los señores Consejeros que suscribimos el presente voto, emitimos el mismo en cumplimiento de la Resolución número trece, de fecha 17 de agosto de 2012, expedida por el señor Juez del Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima en el Expediente N.° 09316-2011, por la cual se resolvió declarare nula la Sesión N.° 2202 del Pleno del CNM de fecha 8 de junio de 2012 y, asimismo, ordenó emitir un nuevo pronunciamiento con estricta sujeción a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional (TC) en su sentencia de fecha 16 de enero de 2012. (…)
>
> A. Evaluación de la idoneidad:
>
> a. En el transcurso de la entrevista se dieron dos situaciones en las que se esperaba que el postulante vertiera en sus respuestas la experiencia vivida en el Ministerio Público, reflejando sus conocimientos en el sistema y brindando su opinión sustentada en las funciones de dicha Institución.
>
> b. Es así que se le preguntó su opinión, respecto de las decisiones emitidas por el Ministerio Público y que podrían resultar injustas, y qué haría como Fiscal Supremo. Al respecto, el postulante señaló que la medida inmediata era interactuar directamente con los Fiscales, dado que el tema de justicia no es un tema de leyes sino de hombres.
>
> c. Tales respuestas fueron de carácter genérico, sin exponer con profundidad sus conocimientos sobre la realidad de una institución a la cual perteneció por más de 25 años, así como sus propuestas para mejorar la actuación de la institución a la cual postula; incluso en el ámbito de sus actividades internas de gestión.
>
> d. De otro lado, se la preguntó sobre las acciones que podría tomar el Ministerio Público, en casos como el VRAE, y qué medidas se deberían adoptar; siendo que, al responder, sólo aludió a la posibilidad de que los investigados o procesados se acojan a la colaboración eficaz, así como eventuales soluciones de carácter legislativo.
>
> e. Al preguntársele sobre si habría otras acciones afirmó que, como jurista proponía cambios legislativos; argumentos que, para los votantes resultan insuficientes atendiendo a que se esperaba, con sus respuestas, identificar su conocimiento de los conflictos sociales o de la realidad nacional. Lo que no se produjo.
>
> f. Estas situaciones inciden en que no se genera convicción por parte de los Consejeros, para decidir afirmativamente para el nombramiento, en orden al cumplimiento de las exigencias funcionales de la Ley de Carrera Judicial, aplicable también al Ministerio Público, de conformidad con el artículo 158.° de la Constitución Política.
>
> g. Sin embargo, el Juzgado de ejecución sí ha cuestionado los argumentos expuestos en la votación de fecha 8 de junio del presente año, relativos al rubro conducta, donde se hace referencia al fallo emitido por la Segunda Sala Especializada en lo Penal para procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia en el caso Business Track, cuestionamientos que pasamos a reseñar:
>
> a) Que se analizó un hecho posterior a la elaboración del cuadro de

méritos, por cuanto el fallo penal aludido es de fecha 23 de marzo de 2012;

b) Que el hecho resaltado en dicha sentencia, no fue ventilado como una denuncia interpuesta contra el actor, además que no fue puesto en su conocimiento para que efectúe su descargo, por lo que fue un error respaldar la decisión en este hecho;

c) Que, lo anterior afecta el derecho del postulante a la presunción de inocencia, ya que no existe resolución judicial que lo encuentre responsable sobre lo que se le acusa o por lo menos que se le haya iniciado algún proceso penal o administrativo por dicho hecho;

d) Que, adicionalmente, los cuatro Consejeros que votaron en contra del nombramiento del postulante Castañeda Segovia no han definido lo que entienden por "estándar de conducta irreprochable" y "como los hechos que alegan se encuentran dentro de tal concepto indeterminado".

En consecuencia, a continuación se procederá a fundamentar la razón esgrimida anteriormente, relativa al aspecto conductual, subsanando las atingencias anteriormente mencionadas:

B. Evaluación de la conducta:

Los Consejeros que suscriben, asimismo, votan en el sentido de no elegir al postulante Mateo Castañeda Segovia en el cargo de Fiscal Supremo, por la situación derivada del tratamiento judicial del caso denominado "Business Track", por las consideraciones que se exponen a continuación:

a. El fallo emitido por el Tribunal Constitucional, en virtud del cual se dispuso que el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) vuelva a votar para determinar si se elige o no al postulante Mateo Castañeda Segovia en el cargo de Fiscal Supremo, se sustentó en el hecho que la motivación anteriormente expresada, no fue considerada como suficiente, por lo que en esta ocasión se expresa con mayor claridad las razones por las cuáles los Consejeros que suscriben votan en contra de la elección del citado postulante al cargo en mención, en salvaguarda del deber de la debida motivación.

b. Al respecto, cabe destacar que durante la entrevista a la que fue sometido el postulante Castañeda Segovia, entre otros, se le preguntó sobre un cuestionamiento ciudadano a su participación en el denominado caso "Business Track", de amplia difusión pública.

c. Sobre el precitado proceso judicial, que motivó el cuestionamiento en mención, debe destacarse que, con fecha 23 de marzo de 2012, la Segunda Sala Especializada en lo Penal para procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima ha emitido la sentencia recaída en el Expediente N.°99-09 (527-09), correspondiente a dicho caso.

d. En el fallo, la Sala en mención señaló expresamente que de los debates orales desarrollados en dicho proceso judicial, aparecieron indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la probable comisión de un hecho delictivo (sospecha razonable) por parte de terceras personas no comprendidas o no acusadas en el mismo, entre las que se incluye al postulante Mateo Castañeda Segovia.

e. Por la razón antes referida, en el mismo fallo, la Sala dispuso que se remitan copias al Ministerio Público para que, en ejercicio de sus atribuciones, desarrolle las investigaciones pertinentes respecto de diversas personas, entre ellas el postulante Castañeda Segovia.

f. Con fecha 31.10.12, el propio postulante Castañeda Segovia adjunta al CNM copia de la sentencia emitida en el mismo caso por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, fallo de fecha 14.09.12 donde corrige la parte resolutiva de la sentencia condenatoria antes aludida en el extremo que ordenaba remitir las copias pertinentes al Ministerio Público, para la investigación de diversas personas, entre ellas el mencionado postulante.

g. Sobre esta situación, el postulante Castañeda Segovia manifiesta que el fallo en mención acredita que ha desaparecido el cuestionamiento que se le formuló por los "dichos" de algunos acusados del caso BTR, lo que

solicita se tenga presente en la nueva votación.

h. Es decir, lo anterior denota que el postulante en mención expresa su conformidad con la evaluación de dicho dato, del cual se da por enterado y formulando como descargo la situación anteriormente anotada, solicitando que se tenga presente en la nueva votación con lo cual queda levantada la observación sobre dicho particular formulada por el señor Juez de Ejecución.

i. Respecto de la atingencia relativa a que el hecho materia de descargo es posterior a la emisión del cuadro de mérito, además de lo expuesto anteriormente, se debe considerar que aun tratándose de un hecho posterior el mismo reviste especial relevancia, atendiendo a que se trata de un caso jurídica y socialmente relevante que es de conocimiento público y que por ende no puede ser soslayado al momento de efectuarse esta nueva votación, máxime si el propio postulante, como ya se ha indicado anteriormente, ha solicitado que en este nuevo acto de votación se tenga presente la ejecutoria suprema en mención.

j. Sin embargo, evaluado el descargo en mención, apreciamos que en la ejecutoria suprema adjuntada por el propio postulante no es que se haya resuelto excluir a ninguna de las personas mencionadas en el fallo anterior, entre ellas el postulante, de una posible investigación, sino que se limita a indicar que esta posibilidad de investigación debe seguir el procedimiento regular precisado en la propia ejecutoria, cual es el consignado en el segundo párrafo del artículo 265.° del Código de Procedimientos Penales.

k. Es decir, se dispone que la Segunda Sala Especializada en lo Penal para procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima expida copias del proceso respectivo con las piezas pertinentes para elevarlo en consulta al Fiscal Supremo que corresponda, a efectos de que este sea quien disponga o no la apertura de instrucción.

l. Como se ha manifestado en la anterior votación, lo dispuesto por la Segunda Sala Especializada en lo Penal para procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima y más recientemente por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en relación al postulante Castañeda Segovia y al caso Business Track, no enerva su derecho a la presunción de inocencia, reconocido en el inciso e) del numeral 24, del artículo 2.° de la Constitución Política; sin embargo, no es menos cierto que ésta constituye una situación jurídica que debe ser ponderada por el CNM, atendiendo a la naturaleza del cargo al cual se postula, a los fines del Ministerio Público y al propio fortalecimiento de dicha institución.

m. Es decir, en momento alguno se está enervando dicha presunción de inocencia, pues como señala el Juez de ejecución no existe resolución judicial que lo encuentre responsable sobre lo que se le acusa o por lo menos que se le haya iniciado algún proceso penal o administrativo por dicho hecho. Sin embargo, como también se expuso en la anterior votación, dada la trascendencia del caso en mención y de la postulación en sí misma a un cargo como lo es el de Fiscal Supremo, es de vital importancia evaluar, si el hecho expuesto incide o no sustancialmente en el proceso de nombramiento en mención.

n. Es decir, debe analizarse si dicha situación jurídica puede constituir, en términos razonables, una situación especial a ser considerada a la luz de la normatividad aplicable al caso, considerando que uno de los requisitos para acceder al cargo es el de observar una conducta irreprochable, como fluye del Artículo IV del Título Preliminar e inciso 8) del artículo 2.° de la Ley de Carrera Judicial, de aplicación también al caso del nombramiento de fiscales, de conformidad con el artículo 158.° de la Constitución Política.

o. La conducta irreprochable, como estándar cuya precisión solicita el Juez de Ejecución, debe entenderse no sólo literalmente, como una conducta libre de toda posibilidad de cuestionamiento por la ausencia de condenas o sanciones penales o administrativas o de evidencias objetivamente irrefutables de comportamientos contrarios a la moral o las buenas costumbres, sino que en el caso de la elección de un magistrado especialmente de uno de la máxima jerarquía, sea en el Ministerio Público o Poder Judicial, debe entenderse también como una situación de ausencia de

cuestionamientos relevantes en el proceso de esclarecimiento, por cuanto sobre dicha elección reposarán las apreciaciones de toda la colectividad, que estará atenta a que se elija a una persona cuya actuación no pueda verse deslegitimada por cuestionamientos graves.

p. Al respecto, es importante tener presente que el artículo primero de la Ley Orgánica del Ministerio Público prescribe textualmente lo siguiente:

q. Artículo 1.- Función

r. "El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil. También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la presente ley y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y los demás que le señalan al Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación".

s. En este orden de ideas, considerando los fines del Ministerio Público, previstos en su Ley Orgánica, cabe preguntarse si elegir como Fiscal Supremo a un candidato respecto del cual existe un serio cuestionamiento emanado no de un ciudadano cualquiera, sino de un órgano jurisdiccional, como es una Sala Penal, puede o no incidir en la determinación de si se cumplen o no en su integridad los requisitos para dicho nombramiento o si puede afectar el propósito de fortalecer la institución en mención, constituyendo un obstáculo para la elección de dicho postulante en particular, en tanto no se dilucide tal cuestionamiento jurisdiccional.

t. Al respecto, consideramos que dicho cuestionamiento jurisdiccional sí merece la especial atención del CNM y constituye, en tanto no sea dilucidado en forma definitiva, un elemento de juicio que no permite, en quienes suscriben ese voto, generarse la convicción y confianza absoluta que debe inspirar todo candidato a juez o fiscal para su elección a un cargo del más alto nivel de la magistratura.

u. Esto, por cuanto para la elección de un juez o fiscal, sobre todo del más alto nivel de la magistratura, debe tenerse presente también la percepción ciudadana relativa a si dicha elección garantiza o no de forma plena y absoluta, la recta administración de justicia y la seguridad jurídica, más aún si dichos magistrados deben analizar y pronunciarse respecto de los casos de mayor complejidad y alto impacto jurídico, social, económico y político, entre otros; por lo cual, quienes aspiran a ejercer dicha función no pueden encontrarse sujetos a cuestionamientos objetivos y de trascendencia sobre su conducta e idoneidad para desempeñar el cargo, como lo es el que se mantiene vigente en la actualidad, en tanto que el respectivo Fiscal Supremo determine si los hechos mencionados por la Sala Superior en mención ameritan o no apertura de instrucción.

v. Esta fundamentación se ve corroborada con la denominada Teoría de las Apariencias desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en los casos Piersack y De Cubber) y aplicada en diversas sentencias por el Tribunal Constitucional, que indica que la actuación de un juez debe excluir toda duda legítima sobre su comportamiento por parte de la sociedad, frente a lo cual, las apariencias pueden revestir importancia.

w. La situación expuesta, reiteramos, no enerva ni afecta el derecho del postulante Castañeda Segovia a la presunción de inocencia, pero sí afecta e incide, razonable y objetivamente, en la percepción generada por las apariencias que fluyen del cuestionamiento indicado, para generar en los suscritos la pertinencia, oportunidad y corrección de poner su plena confianza para la elección como Fiscal Supremo en una persona sobre la que recae un cuestionamiento jurisdiccional de tal magnitud siendo que los suscritos consideramos que tal situación no nos permite otorgarle, bajo esta situación tal confianza.

x. Esta confianza es la misma que se requiere y se espera para designar a otros altos funcionarios tales como miembros del TC, Defensoría del Pueblo, Contraloría General de la República, Directores del Banco Central de Reserva, Ministros de Estado, entre

otros, que por cierto, estándar de comportamiento o prestigio que no está en vinculación con el origen de la elección sino con los requerimientos conductuales que se esperan para ocupar tal alto cargo.

y. En este orden de ideas, el cuestionamiento aludido reviste gravedad, por provenir de un órgano jurisdiccional que se ubica en el nivel previo al de mayor jerarquía jurisdiccional y respecto del cual la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema se ha limitado a disponer que lo canalice conforme a Ley, más no lo ha refutado o eliminado, por lo que consideramos que la situación descrita, en tanto se mantenga pendiente de ser dilucidad, no permite nombrar al postulante Castañeda Segovia en el cargo de Fiscal Supremo.

z. En tan sentido, el cuestionamiento formulado por el órgano jurisdiccional califica como uno que corresponde con el estándar de comportamiento irreprochable anteriormente mencionado; y el mismo, ponderado en relación a los otros factores de evaluación, llevan a concluir que debe primar el interés público y social de contar con magistrados que no puedan ser cuestionados por situaciones como la descrita, en forma tal que no se ponga razonablemente en tela de juicio su conducta e idoneidad para el ejercicio de la función jurisdiccional, siendo la no elección en el cargo la medida idónea, necesaria y adecuada para preservar el derecho de la colectividad antes anunciado.

Por estas consideraciones, los señores Consejeros que suscriben, votan por la no elección del postulante Mateo Castañeda Segovia, para el cargo de Fiscal Supremo.

Con el resultado de la votación, el Pleno de Consejo por mayoría adoptó lo siguiente:

*ACUERDO N.° 1615-2012*

*No nombrar al doctor MATEO GRIMALDO CASTAÑEDA SEGOVIA, como FISCAL SUPREMO DEL MINISTERIO PÚBLICO, al no haber alcanzado el voto conforme de los dos tercios del número legal de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, de conformidad con el artículo 154.°, inciso 1, de la Constitución Política.*

23. Teniendo en cuenta lo resuelto por el CNM en la citada Acta de la Sesión Plenaria Extraordinaria de fecha 29 de noviembre de 2012, mediante la impugnada Resolución N.° 23 de fecha 21 de enero de 2013, expedida en primera instancia por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, se resolvió: "dar por cumplido el mandato ordenado en la resolución 13; y según el estado del proceso: se ordena la conclusión del proceso y por tanto su archivo definitivo".

24. Sobre el particular, de la revisión de autos, el Tribunal Constitucional, resolviendo el recurso de apelación por salto interpuesto por el demandante contra la aludida Resolución N.° 23, de fecha 21 de enero de 2013, considera que la motivación expresada en el Acta de la Sesión Plenaria Extraordinaria del CNM, de fecha 29 de noviembre de 2012 (Acuerdo N.° 1615-2012), cumple con la exigencia de expresar una justificación razonable y proporcional de su decisión de no nombrar al postulante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo, tal como se evidencia del fundamento 22 de la presente. Dicha exigencia de motivación fue establecida en la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional, de fecha 16 de enero de 2012, que, como ya se ha mencionado, tenía la calidad de cosa juzgada. Por tanto, habiéndose cumplido con lo ordenado en la sentencia definitiva, debe declararse el archivo definitivo del proceso.

25. En efecto, analizando dicha Acta de la Sesión Plenaria del CNM, tal como este Tribunal Constitucional ha decidido citarla en su totalidad en el fundamento 22 de la presente, y teniendo en cuenta el tipo de proceso examinado por el CNM (proceso de selección y nombramiento), se aprecia la existencia de los elementos principales que una motivación de un órgano constitucional como el CNM debe expresar para justificar legítimamente sus decisiones: i) una adecuada identificación del objeto de pronunciamiento; ii) motivación interna (lógica); así como los criterios de motivación externa: iii) consistencia; iv) coherencia; v) aceptabilidad de las consecuencias; y vi) universalidad.

*i) Identificación del objeto de pronunciamiento*. Se menciona claramente que son dos los objetos de pronunciamiento. De un lado, la evaluación de la *idoneidad* del postulante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia para el cargo de Fiscal Supremo, y de otro lado, la evaluación de la *conducta* de dicho postulante.

*ii) Motivación interna (lógica). Sobre la idoneidad*: mediante los argumentos A.c, A.e y A.f, los consejeros del CNM que votaron por el no nombramiento del postulante, dejan constancia, entre otros puntos, de que éste dio respuestas genéricas, sin exponer con profundidad sus conocimientos, y además, que dio argumentos insuficientes atendiendo a lo que se esperaba de un postulante al cargo de Fiscal Supremo.

Sobre la *conducta*, mediante los argumentos B.h, B.i, B.j, B.k, B.l, B.m, B.n, B.o, B.r, B.s, B.t, B.u, B.v, B.w, B.x, B.y y B.z), los mencionados consejeros, entre otros puntos, justifican su decisión de no elegir al postulante "por la situación derivada del tratamiento judicial del caso denominado "Business Track", destacando los siguientes: **B.j** (en la ejecutoria suprema adjuntada por el postulante no se ha resuelto excluir a ninguna persona mencionada en un fallo anterior, "entre ellas el postulante" (sic), respecto de una posible investigación, sino que se limita a indicar que esta posibilidad de investigación debe seguir el procedimiento regular); **B.l** (lo resuelto por la ejecutoria suprema no desconoce el derecho a la presunción de inocencia del postulante, *"sin embargo, no es menos cierto que ésta constituye una situación jurídica que debe ser ponderada por el CNM, atendiendo a la naturaleza del cargo al cual se postula, a los fines del Ministerio Público y al propio fortalecimiento de dicha institución"*); y **B.o** (*"La conducta irreprochable, como estándar cuya precisión solicita el Juez de Ejecución, debe entenderse no sólo literalmente, como una conducta libre de toda posibilidad de cuestionamiento por la ausencia de condenas o sanciones penales o administrativas o de evidencias objetivamente irrefutables de comportamientos contrarios a la moral o las buenas costumbres, sino que en el caso de la elección de un magistrado especialmente de uno de la máxima jerarquía, sea en el Ministerio Público o Poder Judicial, debe entenderse también como una situación de ausencia de cuestionamientos relevantes en el proceso de esclarecimiento, por cuanto sobre dicha elección reposarán las apreciaciones de toda la colectividad, que estará atenta a que se elija a una persona cuya actuación no pueda verse deslegitimada por cuestionamientos graves"*).

De lo expuesto, se evidencia la interpretación realizada por el CNM respecto del artículo 154°, inciso 1) de la Constitución, así como del artículo 2° inciso 8 de la Ley N.° 29277, de la Carrera Judicial (punto **B.n**), en el sentido de que uno de los criterios que no permite nombrar a un juez –y extensivamente, a un fiscal– es no poseer "una trayectoria personal éticamente irreprochable" (*premisa normativa*); y que en el caso del postulante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, el CNM ha verificado (punto **B.u,** entre otros) la existencia de "cuestionamientos objetivos y de trascendencia sobre su conducta e idoneidad para desempeñar el cargo" (*premisa fáctica*), por lo que determinó la conclusión lógica de no nombrar a dicho postulante.

*iii) Consistencia.* Si lo que se evalúa en este punto es la prohibición de utilizar premisas contradictorias, de la revisión conjunta de los argumentos de los consejeros del CNM que votaron por el no nombramiento del postulante Castañeda, no se evidencia contradicción entre tales argumentos, pues existen criterios uniformes y sostenidos en cuanto a la falta de idoneidad y a la conducta del mencionado postulante.

*iv) Coherencia.* Mediante la coherencia se busca evitar la contradicción axiológica, de modo tal que la interpretación realizada por el órgano constitucional deba ser conforme con los principios constitucionales y valores del sistema jurídico. En el caso del postulante Castañeda, los consejeros del CNM efectuaron una ponderación genérica en el punto **B.z** (*"el cuestionamiento formulado por el órgano jurisdiccional califica como uno que corresponde con el estándar de comportamiento irreprochable anteriormente mencionado; y el mismo, ponderado en relación a los otros factores de evaluación, llevan a concluir que debe primar el interés público y social de contar con magistrados que no puedan ser cuestionados por situaciones como la descrita, en forma tal que no se ponga razonablemente en tela de juicio su conducta e idoneidad para el ejercicio de la función jurisdiccional, siendo la no elección en el cargo la medida idónea, necesaria y adecuada para preservar el derecho de la colectividad antes anunciado"*).

*v) Aceptabilidad de las consecuencias.* Se verifica que los argumentos del CNM han

evaluado las consecuencias de su decisión con relación a valores como la justicia o el interés público y social. En el punto **B.u** (*"cuanto para la elección de un juez o fiscal, sobre todo del más alto nivel de la magistratura, debe tenerse presente también la percepción ciudadana relativa a si dicha elección garantiza o no de forma plena y absoluta, la recta administración de justicia y la seguridad jurídica, más aún si dichos magistrados deben analizar y pronunciarse respecto de los casos de mayor complejidad y alto impacto jurídico, social, económico y político, entre otros"*).

*vi) Universalidad.* Implica que justificar una decisión debe, por lo menos, formularse una regla que sirva no sólo en un caso concreto sino en cualquier otro que presente las mismas características. En el caso del postulante Castañeda, los consejeros del CNM establecieron una regla universalizable: que los postulantes al cargo de Fiscal Supremo del Ministerio Público, que cuenten con "cuestionamientos objetivos y de trascendencia sobre su conducta e idoneidad para desempeñar el cargo" (sic), no pueden ser nombrados en dichos cargos, en tanto se mantengan dichos cuestionamientos.

26. La *evaluación conjunta* de dichos elementos es indispensable para justificar las decisiones de órganos constitucionales como el CNM, en la medida que permite despejar cualquier apariencia de arbitrariedad, pues, por ejemplo, no bastará hacer una retórica mención de que la decisión busca defender valores como la justicia o el interés público y social, sino que dicha mención debe estar fundamentada en argumentos idóneos y suficientes como los que se sostiene en el presente caso: los argumentos B.h, B.i, B.j, B.k, B.l, B.m, B.n, que llevan a conclusiones como la contenida en el citado punto B.o, según el cual, los postulantes a los cargos más altos del Poder Judicial y del Ministerio Público deben tener una conducta carente de "cuestionamientos relevantes" que afecten las apreciaciones de la colectividad y deslegitimen su actuación en tales altos cargos.

27. Y es que una de las principales orientaciones de los órganos constitucionales, además de la defensa de la dignidad humana como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1° de la Constitución), es precisamente la materialización del principio de Estado de Derecho (artículos 3° y 43° de la Constitución), uno de cuyos pilares es el principio de interdicción de la arbitrariedad, que exige, entre otros contenidos, que las decisiones estatales no sean decisiones vagas, caprichosas, superficiales o despóticas. En lo que se refiere al presente caso, conforme al artículo 154° de la Constitución, el CNM decide si nombra o no nombra a un postulante al cargo de juez o fiscal; si ratifica o no ratifica a un juez o fiscal; o si sanciona o no a determinados jueces o fiscales, entre otras competencias. Optar por una u otra alternativa está en su margen de discrecionalidad, pero razonar y justificar su decisión sobre la elección de tal alternativa constituye una inexcusable obligación, no siendo admisible no emitir justificación o ampararse únicamente en su discrecionalidad o en su condición de autoridad.

28. Dicha exigencia de rigurosidad en la justificación del razonamiento tampoco está exenta en todos los ámbitos de la judicatura ordinaria, pues incluso en el caso de los Jueces de Paz, que también forman parte del Sistema Judicial, éstos imparten justicia según su leal saber y entender, y no por ello sus decisiones dejan de ser menos trascedentes para la Administración de Justicia. Este mismo criterio también se ve reproducido en el caso del arbitraje, en el cual también participan los árbitros de conciencia, cuyo referente de solución de la controversia no será la norma jurídica sino otros criterios como la equidad. Éstos de ninguna manera los eximen de ofrecer una justificación razonable y proporcional del asunto objeto de análisis.

29. En suma, el Tribunal Constitucional considera que la mencionada decisión del CNM ha motivado correctamente su decisión de no nombrar al postulante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, siendo tal decisión una que cumple los estándares de motivación exigibles al Consejo Nacional de la Magistratura, tanto por la Norma Fundamental, como por la Ley N.° 29277, de la Carrera Judicial.

    Dichos estándares de motivación exigibles al CNM aumentarán, por ejemplo, en los casos de no ratificación de jueces y fiscales, o en aquellos donde se impongan sanciones disciplinarias, pues en tales casos el CNM debe tener acceso a mayores elementos probatorios generados en el respectivo periodo de ratificación o de investigación disciplinaria.

**§7. La imposibilidad jurídica de que un juez constitucional pueda asumir la competencia de nombrar fiscales**

30. No cabe duda de que una las características principales del Estado Constitucional tiene que ver con el rol predominante de los órganos jurisdiccionales en el ámbito interpretativo de

las disposiciones constitucionales. Dicho rol se explica, entre otros factores, en la medida que tales disposiciones contienen, en general, un alto contenido valorativo o amplios grados de indeterminación, lo que exige una importante actividad interpretativa de los jueces y sobre todo las exigencias a éstos de necesarias cargas de argumentación de sus decisiones a efectos de legitimar su autoridad.

31. Sin embargo, estas actividades de interpretación y argumentación no se encuentran exentas de límites, toda vez que dichos órganos jurisdiccionales (Poder Judicial, Tribunal Constitucional, entre otros), son en su esencia poderes constituidos y por tanto supeditados a los mandatos de la Constitución. Precisamente, uno de ellos tiene que ver con el respeto de aquellas competencias exclusivas de los Poderes del Estado, órganos constitucionales o gobiernos regionales y locales.

32. En el caso de autos, la Constitución ha establecido de modo claro y preciso en sus artículos 150° y 154° que el CNM tiene las competencias exclusivas de "selección y (…) nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando éstos provengan de elección popular", así como de "1. Nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles. Dichos nombramientos requieren el voto conforme de los dos tercios del número legal de sus miembros", entre otras competencias. Como se aprecia, en ningún extremo de dicha disposición constitucional, ni en otra de la Norma Fundamental se posibilita que el nombramiento de jueces o fiscales lo puedan realizar los jueces o el Tribunal Constitucional.

33. Por tanto, cuando el Tribunal Constitucional, en las decisiones de fecha 9 de setiembre de 2013, mediante la cual ordenó al CNM que nombre a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia o a César José Hinostroza Pariachi como Fiscal Supremo; de fecha 30 de abril de 2014, que ha nombrado a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo; o en la de 8 de mayo de 2014, que ha ordenado al CNM nombrar a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo; ha ejercido una competencia exclusiva del Consejo Nacional de la Magistratura que no le corresponde, emitiendo pronunciamientos que no se fundan en algún tipo de cobertura normativa en el sistema constitucional peruano, y que, por ende, no surten ningún tipo de efectos jurídicos.

34. La existencia de un sistema de equilibrio y de distribución de poderes en el sistema constitucional, con todos los matices y exigencias que impone la sociedad, sigue constituyendo, en su idea central, una obligación ineludible en todo Estado Constitucional. La separación de las 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.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, y el fundamento de voto del magistrado Urviola Hani, que se agrega,

**RESUELVE**

1. Declarar **FUNDADO** el recurso de reposición interpuesto; y en consecuencia, declarar la **NULIDAD** de todo lo actuado a partir de la decisión del Tribunal Constitucional de fecha 9 de setiembre de 2013, por haberse acreditado la vulneración de la cosa juzgada establecida en la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2012, así como por afectar las competencias exclusivas del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), estatuidas en el artículo 154° inciso 1) de la Constitución.

2. Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación por salto interpuesto por el demandante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia con fecha 30 de enero de 2013; y en consecuencia, **CONFIRMAR** lo resuelto en la Resolución N.° 23, de fecha 21 de enero de 2013, expedida por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, que ordena la conclusión de proceso.

3. **DECLARAR** que mediante el Acta de la Sesión Plenaria Extraordinaria de fecha 29 de noviembre de 2012 (Acuerdo N.° 1615-2012), el Consejo Nacional de la Magistratura ha cumplido con motivar de modo suficiente su decisión sobre la postulación de Mateo Grimaldo Castañeda Segovia al cargo de Fiscal Supremo, tal como se ordenó en la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2012; por lo que dispone el archivo definitivo del proceso.

Publíquese y notifíquese.

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

EXP. N.° 00791-2014-PA/TC (EXP. N.° 01044-2013-PA/TC)
LIMA
MATEO GRIMALDO CASTAÑEDA SEGOVIA

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI**

1. En la decisión del Tribunal Constitucional de fecha 9 de setiembre de 2013, que ordena al Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) nombrar a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia o a César José Hinostroza Pariachi, en el cargo de Fiscal Supremo –cuya nulidad ha sido declarada en el pronunciamiento de autos–, emití un voto singular oponiéndome a dicha orden de nombramiento toda vez que ésta es una competencia propia del CNM y en ningún caso del Tribunal Constitucional. Así, mis argumentos fueron los siguientes:

   > 27. (…) he aquí las principales razones de mi discrepancia con lo decidido por mis demás colegas magistrados- no encuentro cómo el Tribunal Constitucional pueda ordenar al Consejo Nacional de la Magistratura que proceda a nombrar a don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia o a don César José Hinostroza Pariachi, en el concurso convocado por esa entidad el año 2010 en la plaza aún vacante de Fiscal Supremo.
   >
   > 28. Y es que la decisión de nombrar o no a un abogado como magistrado del Poder Judicial o fiscal del Ministerio Público corresponde exclusiva y excluyentemente al (…) CNM conforme a lo expresamente establecido en el numeral 1 del artículo 158° de nuestra Carta Magna. Por ello, el Tribunal Constitucional no puede subrogar al emplazado en dicha labor a través de sus pronunciamientos. Hacerlo implica, en mi opinión, arrogarse atribuciones que le son totalmente ajenas.
   >
   > 29. Además, tampoco puede soslayarse que la propia naturaleza de los procesos constitucionales es netamente restitutoria y no declaratoria; por ende, ordenar al Consejo que elija entre tal o cual postulante a un cargo que previamente no ostenta es una situación que contradice nuestra propia jurisprudencia (…).

2. Asimismo, más allá de la contundencia de dichos argumentos, debo mencionar que en aquella oportunidad tuve una opinión distinta en cuanto a la exigencia de motivación del CNM, la misma que justifico en la imperiosa necesidad de que los magistrados de un Colegiado como el Tribunal Constitucional, en la medida que el margen de razonabilidad lo permita, deben ceder en ciertas posiciones individuales cuando con ello se fortalece la decisión conjunta.

**S.**
**URVIOLA HANI**

EXP. N.° 01044-2013-PA/TC
LIMA
MATEO GRIMALDO CASTAÑEDA SEGOVIA

**AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Lima, 1 de setiembre de 2014

**VISTOS**

El recurso de queja por denegatoria del recurso de apelación por salto, de fecha 19 de diciembre de 2013, presentado por la Procuraduría Pública del Consejo Nacional de la Magistratura, contra la resolución N.° 36, de fecha 17 de diciembre de 2013, que declara improcedente el recurso de apelación por salto interpuesto contra la resolución N.° 34, de fecha 9 de diciembre de 2013; y el recurso de apelación por salto, de fecha 18 de diciembre de 2013, presentado por dicha Procuraduría, contra la resolución N.° 37, de fecha 17 de diciembre de 2013, emitidas ambas en el proceso de amparo seguido por don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia; y,

**ATENDIENDO A**

1. Que con fecha 15 de julio de 2014, el Pleno del Tribunal Constitucional expidió el Auto (Exp. N.° 00791-2014-PA/TC, generado en etapa de ejecución de sentencia del Exp. N.° 01044-2013-PA/TC), que declaró, entre otros extremos, el archivo definitivo del proceso, toda vez que mediante Acta de la Sesión Plenaria Extraordinaria de fecha 29 de noviembre de 2012 (Acuerdo N.° 1615-2012), el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) cumplió con motivar de modo suficiente su decisión de no nombrar a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia en el cargo de Fiscal Supremo. Dicha exigencia de nueva motivación fue ordenada en la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2012.
2. Que teniendo en cuenta lo resuelto, carece de objeto pronunciarse respecto de los recursos planteados por la Procuraduría Pública del Consejo Nacional de la Magistratura, debido a que se ha producido la sustracción de la materia.

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

**RESUELVE**

Declarar **IMPROCEDENTES** los recursos de autos.

Publíquese y notifíquese.

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

***Sentencia 01573-2012-PA/TC*** *Proceso de amparo interpuesto por La Asociación Pro Vivienda Las Lomas. El Tribunal estimó la demanda por haberse acreditado la afectación del derecho al agua potable.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 18 de octubre de 2013

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda interpuesta por la recurrente, contra la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Pisco — EMAPISCO S.A., solicitando la tutela de su derecho al agua potable. La asociación demandante agrupa a varias personas que tienen la posesión de ciertos terrenos de manera ininterrumpida, pacífica, pública y de buena fe, y que ya cuentan con sus respectivos certificados de posesión.

El Tribunal recordó que en anterior jurisprudencia ha reconocido el derecho fundamental al agua potable como uno de naturaleza prestacional, cuya concretización corresponde ser efectuada por el Estado a través de empresas concesionarias, y se debe garantizar en al menos tres condiciones esenciales: el acceso, la calidad y la suficiencia. Ello en tanto el disfrute de este recurso implica garantizar a favor de los ciudadanos sus derechos fundamentales a la salud, a la dignidad, al trabajo y al medio ambiente, entre otros.

Asimismo, y en atención a las circunstancias del caso concreto, el Tribunal señaló que el acceso al agua potable como derecho fundamental no se encuentra supeditado para su realización a la demostración de la existencia previa de un título de propiedad del lugar en donde se solicita la prestación de este servicio público, sino que se encuentra directamente vinculado a las necesidades o requerimientos que puedan existir por parte de los ciudadanos. No obstante, sí eran atendibles las razones técnicas esgrimidas por la entidad demandada, pues al ubicarse las viviendas en un espacio físico próximo a un reservorio desde el que se distribuye el agua potable a la población de Pisco, el recurso hídrico podría incumplir los estándares mínimos de calidad, en razón de un elevado contenido de cloro utilizado en la potabilización del agua, no siendo factible la instalación de las piletas que solicitó la recurrente.

Sin embargo, dado que el Tribunal no obtuvo respuesta de la emplazada al pedido de informe sobre las medidas transitorias implementadas para atender el requerimiento de agua potable solicitado por la asociación demandante, el Tribunal ordenó que se implemente un servicio de agua potable a través de camiones–cisterna para asegurar un abastecimiento continuo y de calidad de este recurso hídrico.

**Temas Claves:** Derecho a la salud — derecho al agua potable — derechos prestacionales.

EXP. N.° 01573-2012-PA/TC
ICA
ASOCIACIÓN PRO VIVIENDA LAS LOMAS

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 17 días del mes de julio de 2013, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Asociación Pro Vivienda Las Lomas contra la resolución de fojas 54, su fecha 2 de noviembre de 2011, expedida por la Sala Superior Mixta de Pisco de la Corte Superior de Justicia de Ica, que declaró improcedente la demanda de autos.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 23 de setiembre de 2010, la Asociación recurrente interpone demanda de amparo contra la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Pisco (EMAPISCO S.A.) solicitando la tutela de su derecho al agua potable. Manifiesta que desde el 18 de agosto de 2007, las personas que componen la asociación se han posesionado de los terrenos que se encuentran al lado del Complejo del Ministerio de Agricultura de manera ininterrumpida, pacífica, pública y de buena fe, razón por la cual todos los moradores accedieron a certificados de posesión entregados por la Municipalidad Distrital de San Andrés, hecho por el cual han venido solicitando a la emplazada el acceso al agua potable a través de la instalación de cuatro piletas; sin embargo, se les viene denegando dicho derecho. Agrega que mantienen un conflicto de intereses con la Sociedad emplazada por la titularidad del terreno que ocupa, conflicto que debe ser resuelto en sede judicial.

La entidad emplazada contesta la demanda manifestando que el terreno que actualmente vienen ocupando los integrantes de la Asociación demandante forma parte de los bienes inmuebles que administra y donde viene funcionando el Reservorio Apoyado N.° 2, que suministra agua potable a la población de Pisco y San Andrés, terreno en el cual se ha proyectado la construcción de un nuevo reservorio apoyado para afrontar la necesidad de abastecimiento de agua potable, situación por la cual luego de haberse solicitado la anulación de los certificados de posesión que la Municipalidad Distrital de San Andrés emitió, estos fueron declarados nulos mediante la Resolución de Alcaldía N.° 1739-2009-MDSA-ALC, del 30 de diciembre de 2009. Asimismo, sostiene que el Instituto Nacional de Cultura observó la construcción del nuevo reservorio dado que el lugar donde se ha proyectado y que ocupa la demandante sería una zona arqueológica. Asimismo, refiere que no se ha lesionado el derecho invocado dado que a nivel técnico, no resulta razonable colocar piletas en dicho terreno pues las viviendas se encuentran demasiado cerca de la caseta de clorinación del Reservorio Elevado N.° 2, lo cual no permitiría que el transcurso de las aguas proporcione la dilución del cloro en parámetros permisibles, hecho que obligaría a construir una nueva línea de conducción y una nueva caseta de clorinación exclusiva para dicha zona, lo cual no es factible, más aún cuando existen construcciones cerca del terreno que cuentan con cisternas que permiten que el cloro pueda diluir y consumir el agua potable. Finalmente, refiere que no existen razones legales ni técnicas para formalizar el suministro de agua en dicha zona y que nunca han contado con dicho servicio.

Con fecha 31 de marzo de 2012, el Juzgado Civil de Pisco declaró improcedente la demanda al estimar que no se ha acreditado la afectación de ninguno de los derechos señalados en el artículo 37.° del Código Procesal Constitucional.

La Sala revisora confirmó la apelada por estimar que la pretensión demandada requiere ser ventilado al interior de un proceso que cuente con una etapa probatoria, etapa de la cual carece el proceso de amparo.

**FUNDAMENTOS**

**Delimitación del petitorio**

1. La Asociación recurrente solicita la tutela del derecho al agua potable de sus asociados y que, en consecuencia, se disponga la instalación de cuatro piletas de agua.

**Análisis de la cuestión controvertida**

**Alegatos de las partes**

2. La **Asociación demandante** refiere que sus asociados son damnificados del terremoto del 15 de agosto de 2007, ocurrido en Pisco-Ica, razón por la cual pasaron a ocupar desde el 18 de agosto de dicho año el terreno denominado Las Lomas ubicado al costado del Complejo del Ministerio de Agricultura, y que han accedido a certificados de posesión entregados por la Municipalidad Distrital de San Andrés. Asimismo, refieren haber venido solicitando a la entidad emplazada la instalación de cuatro piletas de agua; que sin embargo, se les viene denegando dicha instalación. Agrega que mantienen un conflicto de intereses con la entidad emplazada por la titularidad del terreno que ocupa, el cual debe ser resuelto en sede judicial.

3. La entidad demandada alega, por su parte, que las personas que integran la Asociación demandante vienen ocupando el terreno donde se encuentra el Reservorio Apoyado N.° 02, que suministra de agua potable a la población de Pisco y San Andrés, y donde se ha proyectado la construcción de un nuevo reservorio apoyado para afrontar la necesidad de abastecimiento de agua potable, situación por la cual solicitó la anulación de los certificados de posesión que la Municipalidad Distrital de San Andrés les entregara, siendo anulados mediante la Resolución de Alcaldía N.° 1739-2009-MDSA-ALC, del 30 de diciembre de 2009. También refiere que el Instituto Nacional de Cultura (INC) observó la construcción del nuevo reservorio pues aparentemente sería una zona arqueológica. Agrega que a nivel técnico no resulta razonable colocar piletas en dicho terreno pues las viviendas se encuentran

demasiado cerca de la caseta de clorinación del Reservorio Elevado N.° 2, lo cual no permitiría que el transcurso de las aguas proporcione la dilución del cloro en parámetros permisibles, hecho que obligaría a construir una nueva línea de conducción y una nueva caseta de clorinación exclusiva para dicha zona, lo cual no es factible, más aún cuando existen construcciones cerca del terreno que cuentan con cisternas que permiten que el cloro pueda diluir y consumir el agua potable. Finalmente, refiere que no existen razones legales ni técnicas para formalizar el suministro de agua en dicha zona y que nunca han contado con dicho servicio.

**Consideraciones del Tribunal Constitucional**

4. Este Tribunal, en anterior jurisprudencia, ha reconocido en el derecho fundamental al agua potable un derecho de naturaleza prestacional, cuya concretización corresponde ser efectuada por el Estado a través de empresas concesionarias, pues el disfrute de este recurso, a su vez, implica garantizar a favor de los ciudadanos sus derechos fundamentales a la salud, a la dignidad, al trabajo y al medio ambiente, entre otros.

5. En dicho sentido, se ha establecido que el Estado tiene la obligación de garantizar este servicio cuando menos en tres condiciones esenciales: el acceso, la calidad y la suficiencia. Así, se ha resaltado lo siguiente:

> [En cuanto al acceso] varios pueden ser los referentes: **a)** debe existir agua, servicios e instalaciones en forma físicamente cercana al lugar donde las personas residen, trabajan, estudian, etc.; **b)** el agua, los servicios y las instalaciones deben ser plenamente accesibles en términos económicos, es decir, en cuanto a costos deben encontrarse al alcance de cualquier persona, salvo en los casos en que por la naturaleza mejorada o especializada del servicio ofrecido, se haya requerido de una mayor inversión en su habilitación; **c)** acorde con la regla anterior, no debe permitirse ningún tipo de discriminación o distinción cuando se trata de condiciones iguales en el suministro del líquido elemento. Desde el Estado debe tutelarse preferentemente a los sectores más vulnerables de la población; **d)** debe promoverse una política de información permanente sobre la utilización del agua así como sobre la necesidad de protegerla en cuanto recurso natural.
>
> La calidad, por su parte, ha de significar la obligación de garantizar condiciones plenas de salubridad en el líquido elemento así como la necesidad de mantener en óptimos niveles los servicios e instalaciones con los que ha de ser suministrado. Inaceptable por tanto resultaría que el agua pueda ser dispensada de una forma que ponga en peligro la vida, la salud o la seguridad de las personas, debiéndose para tal efecto adoptar las medidas preventivas que resulten necesarias para evitar su contaminación mediante microorganismos o sustancias nocivas o incluso mediante mecanismos industriales que puedan perjudicarla en cuanto recurso natural. Similar criterio ha de invocarse para los servicios o instalaciones cuyo deterioro natural no debe servir de pretexto para la generación de perjuicios sobre el líquido elemento. Cumplido su periodo natural de existencia, dichos servicios o instalaciones deben ser sustituidos por otras que ofrezcan iguales o mejores estándares de calidad.
>
> La suficiencia, finalmente, ha de suponer la necesidad de que el recurso natural pueda ser dispensado en condiciones cuantitativas adecuadas que permitan cuando menos satisfacer las necesidades elementales o primarias de la persona, como aquellas vinculadas a los usos personales y domésticos o aquellas referidas a la salud, pues de ellas depende la existencia de cada individuo. El agua, en otras palabras, siendo un bien cuya existencia debe garantizarse, tampoco puede ni debe ser dispensada en condiciones a todas luces incompatibles con las exigencias básicas de cada persona (STC N° 6534-2006-PA/TC, FJ 22 a 24).

Expuestos los alcances de la tutela judicial que brinda el derecho al agua potable como derecho fundamental, corresponde analizar la controversia planteada.

6. En el presente caso, cabe manifestar que el acceso al agua potable como derecho fundamental no se encuentra supeditado para su realización a la demostración de la existencia previa de un título de propiedad del lugar en donde se solicita la prestación de este servicio público, sino que se encuentra directamente vinculado a las necesidades o requerimientos que puedan existir por parte de los ciudadanos; incluso la facilitación del líquido elemento a más personas no necesariamente implica que la empresa prestadora del servicio o los ciudadanos que lo requieran efectúen una inversión en la implementación de un sistema permanente de distribución continua del recurso, como lo sería la instalación de tuberías y medidores, sino que el acceso

al mismo exige necesariamente establecer medidas razonables que permitan cubrir la necesidad del servicio de conformidad con estándares mínimos de distribución y calidad del agua.

Consecuentemente, el hecho de que las partes del proceso concuerden en la existencia de una controversia respecto de la propiedad del terreno que en la actualidad vendrían ocupando los integrantes de la Asociación demandante y que la entidad emplazada afirme que dichos terrenos habrían sido destinados para la construcción de un nuevo reservorio de agua (f. 35), proyecto cuya ejecución incluso habría sido observada por parte del INC por aparentemente encontrarse dicha área en una zona arqueológica (f. 36); son objeciones que no pueden supeditar el acceso a este recurso.

7. Sin embargo, este Tribunal sí considera atendibles las razones técnicas que ha manifestado la Sociedad demandada, pues al encontrarse las viviendas de los integrantes de la Asociación demandante en un espacio físico próximo al Reservorio Apoyado N.° 2, desde el cual se distribuye el agua potable a la población de Pisco, la recepción de dicho recurso podría incumplir los estándares de calidad que mínimamente se debe brindar por el porcentaje posiblemente elevado que existiría del cloro que se utiliza para el proceso de potabilización del agua, razón por la cual, al margen de que el requerimiento del acceso al agua potable por parte de la demandante resulte razonable, este Colegiado considera que no puede otorgar el pedido en los términos solicitados dada la incertidumbre sobre la calidad del agua que podría suministrarse a través de la implementación de esta particular forma del servicio mediante piletas.

8. Pese a ello, en la medida que este Colegiado ha solicitado a la entidad emplazada que informe por escrito cuáles han sido las medidas temporales o transitorias que habría implementado para brindar el acceso al servicio de agua potable a los ciudadanos que integran la Asociación demandante, y que hasta la fecha dichos requerimientos no han sido atendidos por la empresa demandada, corresponde aplicar el apercibimiento decretado a través de la resolución de fecha 27 de marzo de 2013 y tener por cierta la falta de atención al pedido de acceso al agua potable a favor de dicho sector de ciudadanos, razón por la cual corresponde estimar la presente demanda, disponiendo que la parte emplazada proceda a implementar un sistema de abastecimiento constante y continuo de agua potable a través de camiones-cisterna que permitan el abastecimiento adecuado y de calidad de este recurso para los integrantes de la Asociación demandante.

9. Siendo que, en el presente caso, se ha evidenciado la lesión del derecho invocado, corresponde ordenar que la Sociedad emplazada asuma el pago de las costas y costos procesales en atención a lo dispuesto por el artículo 56.° del Código Procesal Constitucional. Dichos pagos deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la afectación del derecho al agua potable de los integrantes de la Asociación Pro Vivienda Las Lomas.

2. Ordenar que la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Pisco (EMAPISCO S.A.) implemente un servicio de agua potable a través de camiones-cisterna que permita un abastecimiento adecuado y de calidad de este recurso a favor de los integrantes de la Asociación Pro Vivienda Las Lomas.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**URVIOLA HANI**
**VERGARA GOTELLI**
**ETO CRUZ**

***Sentencia 02598-2010-PA/TC*** *Proceso de amparo interpuesto por Luis Alberto Lalupu Sernaqué. El Tribunal declaró fundada la demanda tutela judicial efectiva y debido proceso.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 23 de octubre del 2013

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y, por tanto, nula la resolución expedida por la Sala Laboral de Piura, por vulneración de la tutela judicial efectiva y el debido proceso.

El Tribunal señaló que el control constitucional de las resoluciones judiciales en nuestra jurisprudencia ha sido uniforme al considerar que el proceso de amparo es una vía excepcional que solo ha de proceder en situaciones de arbitrariedad manifiesta y cuando los recursos al interior del proceso hayan resultado ineficaces.

Asimismo, reiteró que el control de una resolución constitucional debe tomar en cuenta tres criterios: (i) razonabilidad; (ii) coherencia; y, (iii) suficiencia. De este modo, en el ámbito del control de resoluciones judiciales resulta relevante establecer: (a) el ámbito del control (el proceso en su conjunto o una resolución en particular); (b) la legitimidad del control (solo resulta legítimo controlar aquellas resoluciones o actos directamente vinculados con la afectación de derechos); y, (c) la intensidad del control (el control debe penetrar hasta donde sea necesario para el restablecimiento del ejercicio de los derechos invocados).

Por otro lado, el Tribunal señaló que, conforme lo establece el artículo 118.9 de la Constitución, corresponde al Poder Ejecutivo un especial deber de protección del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, lo que debe concretarse en la creación de mecanismos efectivos y procedimientos predecibles y claros que permitan vigilar de manera permanente el cumplimiento oportuno de las decisiones de los órganos jurisdiccionales, por lo que exhortó al Poder Ejecutivo a implementar medidas a efectos de dar cumplimiento al mandato constitucional contenido en el citado artículo.

**Temas Claves:** Control de resoluciones judiciales – test de intensidad – ejecución de sentencias.

EXP. N.° 02598-2010-PA/TC
LIMA
LUIS ALBERTO LALUPU SERNAQUE

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 11 días del mes de junio de 2013, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Álvarez Miranda, que se agrega,

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Luis Alberto Lalupu Sernaqué contra la sentencia expedida por la Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, su fecha 17 de diciembre de 2009, que confirmando la apelada declaró infundada la demanda de autos.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 27 de enero de 2009 el recurrente interpone demanda de amparo contra los Vocales integrantes de la Sala Laboral de Piura, Reyes Puma, Rodríguez Manrique y Fernández Concha. Solicita que se declare la nulidad de la resolución N° 41 expedida por la Sala emplazada con fecha 3 de diciembre de 2008, mediante la cual el órgano judicial emplazado, revocando la apelada, declaró fundado un pedido de nulidad interpuesto por el Poder Judicial en el trámite de ejecución de una deuda por beneficios sociales declarada judicialmente. Manifiesta que la resolución

cuestionada al haber declarado improcedente un embargo en cumplimiento de decisiones judiciales, viola sus derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso formal y sustantivo.

Según refiere el recurrente, en el trámite de un proceso de ejecución de sentencia contra el Poder Judicial, luego de agotar todos los trámites de Ley y ante la negativa de incluir en el presupuesto de dicho poder del Estado el pago de la deuda de beneficios laborales que había sido declarada judicialmente, éste presentó una solicitud de medida cautelar en forma de retención que debía recaer sobre los ingresos propios del Poder Judicial. La medida fue otorgada por el Juzgado que conocía la causa en ejecución y ejecutada con fecha 7 de agosto de 2008. Ante dicha situación el Poder Judicial a través del Procurador Público presentó una solicitud de nulidad de medida cautelar que fue declarada infundada en primera instancia; no obstante, dicha resolución fue apelada motivando la resolución materia del presente proceso de amparo.

A fojas 314 se apersona el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial y contesta la demanda. Propone la excepción de incompetencia pues considera que en el presente caso, en la medida que "la demanda trata sobre hechos donde se deben de actuar medios probatorios", "debió ser interpuesta de acuerdo a la materia - vía laboral" (sic). Con mayor claridad aún el Procurador entiende que la presente demanda debe canalizarse hacia la vía laboral pues considera que resulta de aplicación las reglas de la Ley Procesal del Trabajo, "por estar el demandante bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 728". Al contestar la demanda el Procurador se refiere a los derechos laborales, insistiendo en que para su protección el recurrente debe acudir al proceso laboral y no al proceso de amparo.

A fojas 370 la Sala Especializada en lo Civil de Piura declaró infundada la excepción deducida. Posteriormente, mediante resolución de fecha 12 de junio de 2009, la referida Sala declaró improcedente la demanda de amparo, tras considerar que la resolución judicial cuestionada se encuentra debidamente motivada por lo que no se puede alegar que la misma viola los derechos del recurrente. La recurrida confirmó la apelada, reiterando los argumentos de primera instancia.

**FUNDAMENTOS**

**§1. Petitorio**

1. Mediante el presente proceso el recurrente solicita que se deje sin efecto la resolución judicial N° 41 expedida por la Sala Especializada en lo Laboral de Piura con fecha 3 de diciembre de 2008, en el trámite de ejecución de sentencia que el recurrente tiene a su favor como consecuencia de un proceso laboral por pago de derechos laborales y beneficios sociales seguido contra el Poder Judicial. La referida resolución declaró fundada una nulidad deducida por el Procurador del Poder Judicial y en consecuencia, revocando la decisión de primera instancia, dejó sin efecto un pedido de embargo en forma de retención solicitada por el recurrente.

   El recurrente considera que la resolución judicial que dejó sin efecto el embargo a su favor viola sus derechos al debido proceso, la tutela judicial efectiva, la motivación de las resoluciones judiciales y la cosa juzgada; sustenta el agravio en los siguientes argumentos: a) las cuentas embargadas sí eran de dominio privado y, en consecuencia, son embargables conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; b) la resolución judicial cuestionada no toma en cuenta la Ley N° 26553 (Ley que crea el bono jurisdiccional), que establece con precisión que los ingresos recaudados de manera directa por aranceles solo en un 70% debe destinarse al pago de magistrados y personal jurisdiccional, en consecuencia la Sala habría aplicado una Resolución administrativa por encima de la ley. La resolución cuestionada no estaría fundada en derecho; c) la resolución cuestionada a través del presente proceso incurriría en "insuficiencia argumentativa", toda vez que no habría realizado una adecuada ponderación de los bienes y derechos en conflicto, en concreto habría dado más valor, sin mayor fundamento jurídico, a los bienes estatales en detrimento de los derechos laborales específicos, por lo demás, sin tener en cuenta que, de este modo, se estaba vaciando de contenido la tutela judicial efectiva y el propio sentido del Estado democrático de derecho; finalmente, d) el recurrente también considera que la resolución cuestionada atenta "indirectamente" contra la cosa juzgada, en la medida que el embargo que éste solicitó tenía como propósito dar cumplimiento a una sentencia ganada al propio Poder Judicial, la misma que al haberse anulado hace inviable la posibilidad de lograr que se cumpla la sentencia a su favor que ordena que el Poder Judicial cumpla con pagarle sus derechos laborales y beneficios sociales ascendente a la suma de S/. 43,120.82.

**§2. El control de resoluciones judiciales y el test de la intensidad**

2. Respecto del control constitucional de las resoluciones judiciales, nuestra jurisprudencia ha sido uniforme al considerar que el proceso de amparo es una vía excepcional que solo ha

de proceder en situaciones de arbitrariedad manifiesta y cuando los recursos al interior del proceso hayan resultado ineficaces. Así también el artículo 4° del Código Procesal Constitucional recogiendo nuestra jurisprudencia estableció que el amparo contra resoluciones judiciales solo procedía respecto *"de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo".*

3. En una de las decisiones que constituye ahora nuestro parámetro de control para estos supuestos, dejamos también establecidos los criterios que, a modo de pautas o principios, deben orientar el control que corresponde al Juez Constitucional en la vía del proceso de amparo. En tal sentido en la STC. N.° 03179-2004-AA/TC precisamos que el control constitucional de una resolución judicial debía tomar en cuenta tres criterios: a) razonabilidad; b) coherencia, y c) suficiencia.

   a) *Examen de razonabilidad*.– Por el examen de razonabilidad, el Tribunal Constitucional debe evaluar si la revisión del (...) proceso judicial ordinario es relevante para determinar si la resolución judicial que se cuestiona vulnera el derecho fundamental que está siendo alegado. Si bien el criterio razonabilidad ha sido desarrollado con contenido diferente en nuestra jurisprudencia (Cfr. STC 090-2003-AA/TC o también la STC 0045-2004-AI/TC), aquí este criterio expresa la necesidad de establecer un límite *razonable* a la función de control que corresponde al Tribunal. De este modo en este ámbito el criterio de *razonabilidad* permite delimitar el ámbito del control, en la medida que el control de las resoluciones es también, en buena cuenta, control del proceso.

   b) *Examen de coherencia*.– El examen de coherencia exige que el Tribunal Constitucional precise si el acto lesivo del caso concreto se vincula directamente con (...) la decisión judicial que se impugna (...). En buena cuenta se trata de un criterio de conexión entre el acto lesivo y el acto materia de control. La exigencia de coherencia permite controlar la legitimidad del juez constitucional a la hora de revisar una decisión judicial. Solo serán controlables aquellas resoluciones directamente vinculadas con la violación del derecho denunciado o delimitado en tales términos por el juez constitucional, con base en el principio *iura novit curia.*

   c) *Examen de suficiencia*.– Mediante el examen de suficiencia, el Tribunal Constitucional debe determinar la intensidad del control constitucional que sea necesario para llegar a precisar el límite de la revisión [*de la resolución judicial*], a fin de cautelar el derecho fundamental demandado. El examen de suficiencia permite, de este modo, fijar los límites del control, esto es, hasta dónde le alcanza legitimidad al juez constitucional de conformidad con lo que establece el artículo 1° del Código Procesal Constitucional a efectos de hacer cumplir la finalidad de los procesos constitucionales, *"reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional"*.

   De este modo, en el ámbito del control de resoluciones judiciales resulta relevante establecer: a) *el ámbito del control* (el proceso en su conjunto o una resolución en particular); b) *la legitimidad del control* (solo resulta legítimo controlar aquellas resoluciones o actos directamente vinculados con la afectación de derechos), y c) *la intensidad del control* (el control debe penetrar hasta donde sea necesario para el restablecimiento del ejercicio de los derechos invocados).

4. El criterio *intensidad del control* juega un rol relevante en aquellas situaciones en las que la violación de los derechos fundamentales se ha producido como consecuencia del ejercicio de la función jurisdiccional. En tal sentido, el proceso de amparo solo resultará una garantía procesal efectiva para los derechos, si es que es capaz de retrotraer la actividad judicial hasta el momento anterior a la violación de los derechos invocados, y ello solo será posible si es que el Juez constitucional tiene legitimidad para anular o dejar sin efecto, según sea el caso, todos y cada uno de los actos jurisdiccionales o decisiones que hayan sido tomadas con desconocimiento de los derechos fundamentales. Así, la intensidad del control hace referencia también a un examen de ponderación entre preservar una resolución judicial en aras de la seguridad jurídica que proyecta o enervarla para restablecer el ejercicio de algún derecho de naturaleza constitucional que se haya invocado en el ámbito de un proceso de amparo contra resolución judicial.

**§3. El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales como parte del derecho a la tutela**

5. En el presente caso, este Colegiado considera necesario un análisis en su integridad

del proceso de ejecución en el que se ha expedido la resolución materia del presente proceso. En ese sentido uno de los derechos que invoca el recurrente es el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales como derecho que forma parte de la tutela judicial efectiva contemplada en el artículo 139.3 de la Constitución en los términos en que este Colegiado tiene desarrollado en su jurisprudencia.

6. El derecho a la ejecución de resoluciones judiciales como manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva ha recibido constante atención en el desarrollo de nuestra jurisprudencia. Así tenemos establecido que:

> Si bien nuestra Carta Fundamental no se refiere en términos de significado a la "efectividad" de la tutela jurisdiccional, resulta claro que la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela. En este sentido, el derecho al cumplimiento efectivo y, en sus propios términos, de aquello que ha sido decidido en el proceso, forma parte inescindible del derecho a la tutela jurisdiccional a que se refiere el artículo 139.3 de la Constitución (STC 4119-2005-AA/TC Fundamento 64).

7. Pese a que nuestra jurisprudencia ha reiterado la relevancia del derecho a la ejecución de las sentencias y de la obligación que este derecho genera en los poderes públicos, conviene reiterar que se trata de un derecho que se desprende no solo del derecho a la tutela judicial sino que emana directamente de la cláusula del Estado democrático de derecho que recogen los artículos 3 y 43 de nuestra Constitución. De este modo, con el derecho a la ejecución de las sentencias se juega también la propia independencia judicial, en la medida que, si en el modelo del Estado constitucional de derecho, los jueces tienen, llegado el caso, la última palabra, toda vez que es a ellos a quienes corresponde definir el contenido y el límite de los derechos fundamentales, y si estos no tienen las posibilidades reales de ejercer sus competencias hasta concretar los derechos declarados o las pretensiones otorgadas a través de sus decisiones, entonces el modelo mismo del Estado constitucional basado en la dignidad humana y la tutela de los derechos fundamentales se pone en cuestión.

8. De ahí que hayamos también establecido la especial relevancia que adquiere la actuación de la propia judicatura en la actuación de sus decisiones. El Juez de ejecución con su actuación en cada caso garantiza al mismo tiempo la vigencia del principio de independencia judicial. En tal sentido tenemos establecido que:

> […] la actuación de la autoridad jurisdiccional en la etapa de ejecución de sentencias constituye un elemento fundamental e imprescindible en el logro de una "efectiva" tutela jurisdiccional, siendo de especial relevancia para el interés público, dado que el Estado de derecho no puede existir cuando no es posible lograr la justicia a través de los órganos establecidos para tal efecto. Para ello, "la autoridad jurisdiccional deberá realizar todas aquellas acciones que tiendan a que los justiciables sean repuestos en sus derechos […] reaccionando frente a posteriores actuaciones o comportamientos que debiliten el contenido material de sus decisiones, pues sólo así se podrán satisfacer los derechos de quienes han vencido en juicio, sin obligarles a asumir la carga de nuevos procesos" (RTC 00922-2002-PA, FJ 4).

9. Dada la relevancia que tiene la invocación del derecho a la ejecución de resoluciones judiciales en el ámbito de actuación del propio Juez encargado de ejecutarlas, este Colegiado también ha precisado que:

> Respecto de los jueces, el glosado derecho exige un particular tipo de actuación. Y es que si el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia o en una resolución judicial sea cumplido, es claro que quienes las dictan, o quienes resulten responsables de ejecutarlas, tienen la obligación de adoptar, según las normas y procedimientos aplicables -y con independencia de que la resolución a ejecutar haya de ser cumplida por un ente público o no- las medidas necesarias y oportunas para su estricto cumplimiento (STC 015-2001-AI/TC acumulados, Fundamento 12).

**§4. Dimensión objetiva del derecho a la ejecución de las sentencias. El especial deber de protección del Poder Ejecutivo**

10. No obstante como también ha establecido nuestra jurisprudencia, recogiendo el desarrollo contemporáneo de la doctrina de los derechos fundamentales, los derechos fundamentales, en cuanto tales, no sólo son derechos subjetivos del ser humano frente al Estado o frente a los particulares, sino también constituyen el orden material de valores en los que se sustenta todo el ordenamiento constitucional (Cfr. STC 0976-2001-AA/TC).

11. Respecto de la dimensión objetiva este Colegiado tiene establecido que en esta dimensión los derechos fundamentales irradian su contenido a toda la actividad del Estado y los entes privados, quienes no pueden promover actos u omisiones que comprometan la esencia de los derechos fundamentales. En tal sentido tenemos dicho que en el ámbito de la legislación, la dimensión objetiva exige que tanto la expedición de las leyes como su interpretación por parte de los poderes públicos o de los particulares:

> [s]e realicen conforme a los derechos fundamentales (efecto de irradiación de los derechos en todos los sectores del ordenamiento jurídico) y, de otro, en imponer, sobre todos los organismos públicos, un "deber especial de protección" de dichos derechos. (STC 964-2002-AA/TC Fundamento 3).
>
> Esto muestra, por otro lado, que la realización de los derechos fundamentales y la garantía de su eficacia no reposan solamente en que el Estado se abstenga de interferir en el goce de los derechos, o que solo oriente su actuación a proteger determinadas prerrogativas o derechos subjetivos de los ciudadanos, sino que en muchos casos, la realización de los derechos fundamentales requiere, de parte del Estado, una serie de actuaciones positivas, en la medida que colocan a los poderes públicos en calidad de garante de su realización. De este modo, la dimensión objetiva hace alusión a una serie compleja de competencias, obligaciones de actuación positiva, garantías institucionales y, sobre todo, una actitud de compromiso constante respecto de vigencia efectiva.

12. En lo que concierne al derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, conviene prestar atención no solo a la dimensión subjetiva sino también a su dimensión objetiva, en cuanto valor que expresa el grado de desarrollo de las instituciones del Estado de derecho. En tal sentido, en cuanto valor objetivo que emana de la cláusula del Estado democrático de derecho, la ejecución de las sentencias importa un conjunto de obligaciones a los poderes públicos, en especial, al Poder ejecutivo, en la medida que conforme al artículo 118.9 de la Constitución, corresponde al Presidente de la República "cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales".

13. Debemos pues precisar a qué se refiere o qué obligaciones específicas se pueden desprender de esta atribución que la Constitución confiere al Presidente de la República. Por un lado esta cláusula establece que corresponde al Presidente de la República "cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales". La referencia parece inevitable a resoluciones o sentencias que directamente vinculan al Presidente, tanto en su condición de Jefe del Estado en los términos del artículo 110° de la Constitución como en su condición de funcionario público de la máxima jerarquía en el servicio a la nación, en los términos del artículo 39° de la Constitución y también en cuanto representante del Poder Ejecutivo, conforme al artículo 121°. De otro lado, sin embargo, tenemos que el referido artículo 118.9 de la Constitución también asigna al Presidente de la República la atribución de "hacer cumplir" las decisiones jurisdiccionales. No se trata aquí de una prerrogativa sino de un mandato, una obligación presidencial.

14. Resulta entonces relevante, atendiendo a las consecuencias subyacentes en torno a la satisfacción del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, establecer cuál es el contenido constitucionalmente plausible que se desprende de este enunciado de la Constitución en su dimensión objetiva, esto es, como obligación por parte del Poder Ejecutivo. Atendiendo a su significado la expresión "hacer cumplir" alude o hace referencia a acciones orientadas a lograr el cumplimiento de algo, en este caso, las decisiones jurisdiccionales. Estas "acciones" no pueden reducirse, desde luego, a simples órdenes o instrucciones ejecutivas que, llegado el caso, incluyen la autorización para la actuación de la fuerza pública en la ejecución de alguna orden judicial. Desde luego ello también forma parte de esta atribución del Presidente, la cual ejerce a través de los Ministerios correspondientes, pero consideramos que otras acciones son necesarias y quizá más relevantes a la hora de dar contenido a la obligación de "hacer cumplir" las resoluciones judiciales.

15. Esto sobre todo atendiendo a la dimensión objetiva del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales. Dada la problemática que supone hoy en día, en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales, este Colegiado, en el ámbito de sus competencias y apelando al principio de colaboración con los demás poderes del Estado, considera oportuno poner de manifiesto, con carácter de *ratio apelativa*, alguna de las acciones necesarias que el Poder Ejecutivo debe desplegar a efectos de dar contenido al mandato establecido en el artículo 118.9 de la Constitución. Estas acciones deben

desarrollarse en forma progresiva, en la medida que permitirán atender de mejor forma el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales. Su planteamiento en una sentencia de este Colegiado no quiere interferir en las competencias que la Constitución reconoce a cada Poder del Estado, sino por el contrario deben ser asumidas en el marco del compromiso compartido que corresponde a los poderes públicos y, de manera especial, a este Colegiado respecto de la consolidación de un modelo de Estado que como anuncia nuestra Constitución en su artículo 1° pone al ser humano y su dignidad en el centro de atención de la sociedad y del Estado.

16. En tal sentido, a partir de lo que establece el artículo 118.9 de la Constitución, corresponde al Poder Ejecutivo un especial deber de protección del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, lo que debe concretarse en la creación de mecanismos efectivos y procedimientos predecibles y claros que permitan vigilar de manera permanente el cumplimiento oportuno de las decisiones de los órganos jurisdiccionales. En este marco y dados los permanentes reclamos y demandas que tienen su origen en la falta de procedimientos y normas adecuadas para hacer efectiva la obligación contenida en el referido artículo 118.9 de la Constitución respecto al cumplimiento de las sentencias, este Colegiado considera pertinente exhortar al Poder ejecutivo a implementar medidas efectivas que garanticen de mejor forma el derecho fundamental a la ejecución de las sentencias como parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Tales medidas, en línea de principio, pueden comprender:

    a) *Iniciativas legislativas* que el Poder Ejecutivo puede activar conforme a sus competencias, remitiendo al Congreso de la República Proyectos de Ley o directamente mediante la solicitud de delegación a que se refiere el artículo 104° de la Constitución. Estas medidas legislativas deberán crear un régimen único para el cumplimiento de las sentencias, tanto nacionales como extranjeras de manera que se establezcan con precisión los mecanismos procesales y también las responsabilidades funcionales que correspondan y, desde luego, la previsión de fondos que el Estado debe reservar para el cumplimiento de las sentencias judiciales.

    b) *Reglamentos.-* En el marco de su competencia reglamentaria, el Poder Ejecutivo deberá reglamentar mecanismos previsibles y claros para efectos de que los funcionarios de la Administración reconozcan sus competencias y atribuciones en la ejecución de sentencias, estableciendo un régimen unificado de sanciones a los funcionarios que no asuman como prioridad la ejecución de sentencias que ordenan determinadas actuaciones por parte de la administración, de manera especial, respecto de decisiones jurisdiccionales provenientes de los procesos constitucionales.

    c) *Información.-* Corresponde también al Poder Ejecutivo, en el marco de lo dispuesto por el artículo 118.9 de la Constitución, establecer procedimientos y mecanismos a efectos de organizar una base de información actualizada sobre las sentencias que exigen determinadas actuaciones de los poderes públicos. Las bases de datos públicas permitirán controlar los niveles de cumplimiento de las sentencias, sirviendo a su vez como una variable de medición sobre el grado de desarrollo de la institucionalidad del Estado Democrático. Esta labor puede perfectamente ser asumida por el Ministerio de Justicia en un esfuerzo por generar estándares aceptables en la defensa de los derechos fundamentales que contribuyan, al propio tiempo, con el control del plazo razonable en la ejecución de las sentencias judiciales.

    d) *Procedimientos y previsión presupuestaria.-* Resulta también indispensable que la administración establezca procedimientos claros que no dilaten la ejecución de los fallos judiciales. Especial relevancia tendrá en este punto el establecimiento de pautas que mejoren los procedimientos actualmente vigentes, pues es claro que la propia modificación del Artículo 42° de la Ley N° 27584, que en su momento mereció una sentencia interpretativa de este Colegiado, ha sido insuficiente para afrontar los problemas referidos a la ejecución de sentencias con obligaciones que comprometen el presupuesto público.

Como se recuerda el mencionado Artículo 42 de la Ley del Procedimiento Contencioso administrativo referido a ejecución de obligaciones de dar suma de dinero, estableció en su momento que:

> Las sentencias en calidad de cosa juzgada que ordenen el pago de suma de dinero, serán atendidas <u>única y exclusivamente</u> por el Pliego Presupuestario en donde se

generó la deuda, bajo responsabilidad del Titular del Pliego, y su cumplimiento se hará de acuerdo a los procedimientos que a continuación se señalan.

Este Colegiado declaró inconstitucional la frase "única y exclusivamente", quedando el texto en los siguientes términos: "Las sentencias en calidad de cosa juzgada que ordenen el pago de suma de dinero serán atendidas por el Pliego Presupuestario en donde se generó la deuda, bajo responsabilidad del Titular del Pliego, y su cumplimiento se hará de acuerdo con los procedimientos que a continuación se señalan: (...)".(Expedientes Acumulados N.os 015-2001-AI-TC, Expediente N° 016-2001-AI-TC y Expediente N° 004-2004-AI-TC, publicada el 1-2-2004).

17. Desde luego, con esta lista enunciativa y genérica de medidas sugeridas no se pretende agotar todos los esfuerzos e iniciativas que pueden y deben ser implementadas para superar la problemática referida al cumplimiento de las sentencias judiciales. En el ámbito propio de sus competencias, el Poder Ejecutivo tiene la plena libertad de establecer otros mecanismos que coadyuven en esta dirección, sin descuidar, desde luego, la permanente promoción de los valores constitucionales en el ámbito de la actuación de los funcionarios públicos, lo que debe concretarse en acciones de capacitación y difusión de los derechos fundamentales y principios democráticos que permitan construir, al interior del propio Estado, una cultura funcionarial de compromiso permanente con los derechos y sus exigencias. Este Colegiado solo ha querido llamar la atención, a partir de la constatación de un nuevo caso en el que, como pasaremos a analizar en seguida, se aprecia una actitud renuente de un Poder del Estado, paradójicamente, esta vez, de parte del propio Poder Judicial en la atención de una sentencia emitida por este mismo Poder del Estado.

**§5. Análisis del caso planteado**

18. El análisis del presente caso a la luz de la tutela judicial efectiva y, en concreto, a partir de la relevancia que adquiere una de sus expresiones, como es el derecho a la ejecución de las decisiones jurisdiccionales, reporta los siguientes elementos que este Colegiado debe valorar en su integridad, sobre la base de los hechos que presenta la demanda.

a) El recurrente tiene a su favor una sentencia estimatoria que tiene la calidad de cosa juzgada, tramitada en un proceso laboral por reintegro de derechos laborales y pago de beneficios sociales. La sentencia fue emitida en segunda instancia con fecha 16 de octubre de 2007.

b) Frente a esta decisión el Procurador Público a cargo de los asuntos Judiciales del poder judicial, luego de agotados los recurso ordinarios al interior del proceso, interpuso un "recurso de oposición".

El juez del Primer Juzgado laboral de Piura declaró infundado este recurso tras considerar que la demanda trata sobre derechos de "primer orden" que son "objeto de atención prioritaria tanto por los particulares como por el Estado conforme lo establece el artículo 23 de la Constitución. Por lo que en el presente caso los fines protectores a las que se ocupa la demandada deben servir para atender el interés particular del trabajador cuya acreencia ha sido legítimamente reconocida" (considerando tercero de la resolución de 26 de diciembre de 2007, adjunto a fojas 114).

c) El Procurador volvió a impugnar esta resolución y la Sala Laboral de Piura, mediante Resolución de 4 abril de 2008, confirmó la resolución del Juez de Ejecución. De este modo el recurrente había logrado hacer valer su derecho tanto en un proceso laboral como también frente a este incidente presentado ya en etapa de ejecución.

d) Luego de lo cual el recurrente, ante la renuencia por parte del Poder Judicial de cumplir el mandato judicial dispuesto, agotado el plazo que establece el artículo 42.4 de la Ley N° 27684, solicitó una medida cautelar a efectos de hacer efectivo el contenido del fallo a su favor. Atendiendo a este pedido, mediante resolución N° 30 de fecha 21 de julio de 2008, el Primer Juzgado Laboral de Piura dispuso trabar embargo en forma de retención hasta por la suma de S/. 43,120.82 (cuarenta y tres mil ciento veinte nuevos soles con ochenta y dos céntimos). El Acta de embargo consta a fojas 148 y la comunicación que confirma la retención por parte del Banco de la Nación aparece a fojas 149).

e) Luego de ejecutado el embargo en forma de retención por el Juzgado correspondiente, el Procurador Público presenta un nuevo documento solicitando la nulidad de la resolución que ordena el embargo, la misma que, una vez más, fue declarada Infundada por el Juzgado que estaba llevando a cabo la ejecución

de la sentencia. El Procurador volvió a apelar de esta resolución, pero al haberse presentado en forma extemporánea, mediante resolución N° 35 de fecha 25 de septiembre de 2008, el Primer Juzgado de Piura la declaró improcedente; posteriormente el Juzgado constata que la resolución no habría sido notificada en la fecha dispuesta, por lo que declara la nulidad de su propia resolución y concede la apelación dejando en suspenso el embargo.

f) De este modo, mediante resolución que es materia del presente proceso de amparo, la Sala Laboral de la Corte Superior de Piura, la misma que declarando fundada la demanda del recurrente ordenó en su momento el pago de los derechos y beneficios que le correspondían al trabajador, esta vez sin embargo dejó sin efecto la resolución del Juez de ejecución que había dispuesto el cumplimiento de la sentencia adoptando una medida de ejecución a través del embargo de las cuentas del Poder Judicial.

19. Hemos querido deliberadamente exponer este largo itinerario que recoge el trámite de ejecución de una sentencia cuando ésta debe ejecutarse contra un Poder del Estado y contiene una pretensión dineraria. Esta exposición nos coloca de manera concreta frente a la problemática de la ejecución de las sentencias a la que aludíamos en términos abstractos en nuestros fundamentos *supra*.

Varias reflexiones saltan a la vista, empezando por la actitud casi heroica que hay que asumir para exigirle al Estado que cumpla una sentencia judicial, pasando por la maquinaria que el Estado tiene a su disposición para obstruir el acceso al derecho a la ejecución de las sentencias encarnada en esta ocasión en la actuación de los Procuradores Públicos. La actitud de la Procuraduría Pública en el presente caso muestra claramente un comportamiento que no condice con los valores del Estado Constitucional basado en los derechos. Hay pues la necesidad de un cambio de actitud de los Procuradores Públicos, pues su presencia podría orientarse, en este tipo de casos, antes que a interferir en el acceso a los derechos declarados por el Poder Judicial, a la solución de los problemas de ejecución, sirviendo también con su conocimiento técnico a que la propia Administración actúe con mayor respaldo jurídico atendiendo los derechos reclamados. No consideramos, pues, que la misión de los Procuradores sea siempre la de impugnar, incluso sin tener razón. La pretensión de justicia con la que se compromete todo operador jurídico en el marco del Estado constitucional no puede avalar este tipo de comportamientos. En tal sentido, también en este punto queremos llamar la atención del Poder Ejecutivo a estudiar mecanismos que permitan cambiar este comportamiento.

20. De este modo el análisis que corresponde en el presente caso solo alcanza su dimensión real, visto en su conjunto como proceso de ejecución para hacer efectiva una sentencia. La resolución que se cuestiona denota, desde luego, el agravio en concreto, pero la condición de "agravio manifiesto" en los términos del artículo 4° del Código Procesal Constitucional, como veremos enseguida, solo surge del análisis del proceso de ejecución que, como tal, ha resultado ineficaz por acción del propio Poder Judicial. Es decir el propio Poder Judicial ha sido incapaz de garantizar una tutela efectiva en los términos del artículo 139.3 de la Constitución, con relación al recurrente. ¿Qué camino queda pues al recurrente luego de agotar todos estos recursos?

Aquí es donde el proceso de amparo contra resolución judicial muestra toda su potencialidad en la salvaguarda de los derechos que hayan sido conculcados en el seno de un proceso judicial o, llegado el caso, como ocurre en la presente causa, incluso en el trámite de ejecución. Si el proceso de amparo no fuera el medio excepcional de defensa de los derechos fundamentales, entonces, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales no tendría una garantía para su efectividad.

Hace falta pues analizar ahora el contenido de la resolución cuestionada para llegar a la conclusión incontestable de que con la expedición de la resolución cuestionada se ha vulnerado el derecho a la ejecución de las sentencias. En efecto, a fojas 208 del cuaderno principal obra la resolución cuestionada, la cual, en grado de apelación, estimó la nulidad formulada por el Procurador Público a cargo de los asuntos del Poder Judicial, y revocó la resolución de fecha 21 de julio de 2008, que trabó embargo en forma de retención hasta por la suma de S/. 43,120.82, al considerar que al embargarse las cuentas corrientes generadas por el cobro de las cédulas de notificación, aranceles, etc. se estaría afectando un servicio público (administrar justicia), ya que el personal encargado de tal tarea dejaría de percibir el concepto de bonificación por función jurisdiccional, y se producirían graves consecuencias en el servicio. Analizada la consideración descrita, este Colegiado considera que la resolución cuestionada vulnera el derecho del recurrente

a la ejecución de las resoluciones judiciales, toda vez que, amparándose en una muy discutible concepción de lo que constituyen los ingresos inembargables afectos al servicio público de administrar justicia, ha impedido la ejecución de una sentencia que ha adquirido la calidad cosa juzgada. Y es que, en virtud de la Cláusula del Estado social de derecho (artículo 43° de la Constitución Política del Perú), corresponde al Estado prestar el servicio público de administrar justicia, así como proveer los recursos económicos necesarios para tal fin. Por ello, en el caso concreto, la consideración vertida en la resolución cuestionada resulta por decir lo menos controvertida al calificar de plano y sin mayor análisis a los ingresos propios generados por el cobro de cédulas de notificación, aranceles, etc. como ingresos afectos al servicio público de administrar justicia.

Por tal motivo, resulta necesario restablecer el derecho vulnerado declarando la nulidad de la resolución cuestionada, ordenando que el Poder Judicial, en el marco de sus competencias, asuma esta vez en serio su papel de garante de los derechos, también en aquellos casos donde se trata de hacerlos valer frente al propio Poder Judicial.

21. Declarada la nulidad de la resolución que se cuestiona quedaría sin embargo pendiente dar respuesta a la impugnación planteada por el Procurador Público respecto de la medida de embargo. No obstante, conforme hemos desarrollado *supra*, el asumir el control no solo de la resolución cuestionada, sino del proceso en su conjunto, lleva a este Colegiado a evaluar el comportamiento del órgano judicial a la hora de admitir el recurso de apelación, luego de que éste fuera rechazado por extemporáneo. Este análisis nos conduce a la resolución N° 36 del cuaderno de ejecución, su fecha 9 de octubre de 2008, la misma que atendiendo a la razón del secretario habilitó el recurso de apelación interpuesto y declaró nula la resolución que lo había rechazado inicialmente por extemporáneo.

    Este Colegiado considera que a la luz de los hechos descritos, dicha resolución resulta también nula, en la medida que la actuación del propio órgano judicial permitió que el recurrente, luego de haber sido notificado con la resolución que dejaba consentida la resolución que dispuso el embargo a su favor, fuera notificado de la nulidad de la misma, con base en una razón por demás cuestionable y atendiendo, además, a un pedido absolutamente obstruccionista del Procurador Público respecto de la atención del derecho en cuestión.

22. A mayor abundamiento cabe precisar, que la actuación del juez ordinario en el presente caso pone en evidencia que la ejecución de una sentencia laboral firme no se efectiviza en forma inmediata ni oportuna, pues podemos advertir que ésta fue emitida el 16 de octubre de 2007 y a la fecha no se ha cumplido con ejecutar en sus propios términos, situación que origina la afectación no solo del derecho fundamental a la ejecución de los pronunciamientos judiciales, contenido de la tutela judicial efectiva, sino también el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales en un plazo razonable, ya que la ejecución tardía o parcial constituye un claro acto de denegación de justicia. En este sentido, resulta pertinente recordar que en la sentencia del Caso López Álvarez vs Honduras, de fecha 1 de febrero de 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó claramente que "[e]l derecho de acceso a la justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable; una demora prolongada puede llegar a constituir, por si misma, una violación de las garantías judiciales". Esto quiere decir que la ejecución inmediata de una sentencia firme forma parte del contenido del derecho de acceso a la justicia, que en el presente también viene siendo vulnerado, en la medida que la sentencia a la fecha no se ejecuta.

    Atendiendo a lo expuesto en el fundamento supra, este Tribunal establece que los jueces que tienen la competencia de ejecutar una sentencia laboral firme tiene la obligación de hacerlo en forma inmediata y en sus propios términos, debiendo rechazar de plano cualquier actitud, comportamiento, conducta o maniobra inoportuna (no propuesta en la oportunidad correspondiente), obstruccionista y dilatoria. Para tal efecto, en la etapa de ejecución de una sentencia laboral firme debe omitirse la realización de vistas de la causa, pues en esta etapa ya no existe litis en controversia que dilucidar, salvo que sea necesario y se encuentre debidamente motivado. Asimismo, en la etapa de ejecución de una sentencia laboral firme, los jueces tienen que tramitar con preferencia los expedientes que en esta etapa cuenten con mandato de este Tribunal.

    Es pertinente recordar a la luz de la jurisprudencia precisada la misma que debe ser acatada y respetada por todos los jueces, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia del Caso Hornsby contra Grecia, de fecha 19 de marzo de 1997, con relación a la ejecución de las sentencias enfatizó que "será ilusorio si el ordenamiento jurídico interno de un Estado contratante

permitiera que una sentencia judicial definitiva y obligatoria quedara inoperante en detrimento de una parte".

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo; en consecuencia **NULA** la resolución N° 36, expedida por el Primer Juzgado Laboral de Piura, su fecha 9 de octubre de 2008, y **NULA** la resolución N° 41, expedida por la Sala Especializada Laboral de Piura, su fecha 3 de diciembre de 2008.
2. **INVOCAR** al Titular del Pliego Presupuestario del Poder Judicial a actuar con lealtad y respeto a la Constitución y los derechos fundamentales, acatando las sentencias de los Jueces del propio Poder Judicial, enseñando con el ejemplo, el camino que deben seguir los demás poderes del Estado en defensa de la independencia del Poder Judicial.
3. **EXHORTAR** al Poder Ejecutivo a implementar medidas a efectos de dar cumplimiento al mandato constitucional contenido en el artículo 118.9 de la Constitución y conforme al fundamento 16 de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**URVIOLA HANI**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**CALLE HAYEN**
**ETO CRUZ**

EXP. N.° 02598-2010-PA/TC
LIMA
LUIS ALBERTO LALUPU SERNAQUE

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA**

Con el debido respeto por la posición de mis colegas magistrados, emito el presente voto por las razones que a continuación expongo.

1. A través del presente proceso, el actor interpone demanda de amparo contra los integrantes de la Sala Laboral de Piura, a fin de que se declare nula la Resolución N.° 41, de fecha 3 de diciembre de 2008, debido a que:
   - Pese a que la apelación contra la Resolución N.° 34 ha sido interpuesta de manera extemporáneo, el juzgado concedió el citado recurso. A la postre, tal impugnación revocó lo resuelto por el Primer Juzgado Laboral de Piura.
   - Transgrede lo establecido por el Tribunal Constitucional en la STC N.° 00015- 2001-AI/TC y acumulados;
   - No toma en consideración que no todo lo recaudado en virtud de la Ley N.° 26553, que creó el bono jurisdiccional, se encuentra destinado a pagar remuneraciones de magistrados del Poder Judicial y demás personal jurisdiccional. Y es que, según refiere, únicamente el 70% de tales ingresos se destinan a tal concepto De modo que, el hecho de que mediante Resolución Administrativa N.° 086-2005-CE-PJ se haya dispuesto que el íntegro de tales ingresos se destine a pagar tal bonificación, viola su derecho a la supremacía normativa.

   A su juicio, tales agravios menoscaban sus derechos fundamentales a la tutela procesal efectiva y al debido proceso.
2. Sin perjuicio de lo alegado por el Procurador Público del Poder Judicial, lo resuelto en el proceso laboral subyacente debe inexorablemente ejecutarse en sus propios términos. Por ello, en la medida que el actor cuenta con una sentencia estimativa emitida en un proceso laboral, el presente litigio versa sobre si dicho pronunciamiento judicial, que ostenta la calidad de cosa juzgada, viene siendo desacatado ilegítimamente.
3. Al respecto se tiene que, a fin de cumplir con tal sentencia, mediante Resolución N.° 30 (f. 134) se dispuso trabar embargo en forma de retención hasta por la suma de S/.43,120.82. Empero, el Procurador Público del Peder Judicial dedujo la nulidad de tal resolución (f. 154), pedido que fue declarado infundado mediante Resolución N.° 34 (f. 162) A fin de salvaguardar los intereses de su institución, el citado procurador interpuso recurso de apelación contra esta resolución; sin embargo, su pedido fue declarado improcedente por extemporáneo. No obstante ello, posteriormente, a través de la Resolución N.° 36 (f. 179), el citado juzgado declaró la nulidad de tal resolución y elevó los actuados al superior jerárquico. Mediante Resolución N.° 41, la Sala demandada revocó la resolución recurrida y, reformándola, declaró improcedente el pedido de embargo solicitado.
4. Efectivamente, la Resolución N.° 36 no justifica adecuadamente la razón por la cual decidió declarar la nulidad del auto denegatorio del recurso de apelación

planteado, y, reformulándolo, concedió la citada impugnación. En tal sentido, estimo que corresponde declarar la nulidad de dicho auto a fin de que el Primer Juzgado Laboral de Piura detalle las consideraciones por las cuales entiende que debe declararse nulo el mencionado auto denegatorio.

5. Ahora bien, en la medida que ello implica la nulidad de todo lo actuado con posterioridad, no estimo pertinente emitir pronunciamiento alguno respecto de la Resolución N.° 41.

Por tales consideraciones, mi **VOTO** es porque se declare **FUNDADA** la presente demanda y que, en consecuencia, se declare la nulidad de la Resolución N.° 36.

**Sr.**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

***Sentencia 02964-2011-HC/TC*** *Proceso de hábeas corpus interpuesto por Mauricio Gilberto Ponce Nuñez. El Tribunal declaró fundada la demanda por vulneración del derecho a la pluralidad de instancias.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 6 de noviembre de 2013

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda interpuesta por el recurrente, quien alegó la vulneración de su derecho a la defensa y a la pluralidad de instancias.

Al demandante no se le concedió la apelación por cuanto en su calidad de imputado no habría concurrido a la audiencia de apelación interpuesta contra la sentencia condenatoria, aunque sí acudió su abogado.

El Tribunal realizó un test de proporcionalidad para determinar si la Segunda Sala de Apelaciones de Arequipa realizó una interpretación constitucional del artículo 423, inciso 3, del Nuevo Código Procesal Penal que resultaba aplicable al caso. Cabe notar que dicha norma establece la inadmisibilidad del recurso interpuesto por el acusado recurrente que no acude a la audiencia.

En tal sentido, la norma no superó el examen de necesidad, por cuanto la presencia física y personal del apelante para que se lleve a cabo la audiencia de apelación no resulta necesaria ni indispensable, pues esta actuación se puede desarrollar con la sola presencia de su abogado patrocinante.

Por tanto, el Tribunal concluyó que la citada Sala no llevó a cabo la interpretación de la disposición normativa de conformidad con la Constitución, sino que realizó una interpretación literal de la referida norma que resultaba inconstitucional, por lo que ordenó que la afectación fuera reparada reprogramando la audiencia de apelación de sentencia, sin que ello implique la excarcelación del favorecido.

**Temas Claves:** Pluralidad de instancias — test de proporcionalidad.

EXP. N.° 02964-2011-PHC/TC
AREQUIPA
MAURICIO GILBERTO PONCE NUÑEZ

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 16 días del mes de julio de 2013, el Pleno del Tribunal constitucional, integrado por los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Álvarez Miranda y el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli.

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Mauricio Gilberto Ponce Nuñez contra la resolución expedida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fojas 103, su fecha 17 de junio del 2011, que declaró infundada la demanda de autos.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 20 de abril del 2011 don Mauricio Gilberto Ponce Nuñez interpone demanda de hábeas corpus y la dirige contra los jueces superiores integrantes de la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa señores Oscar Enrique Béjar Pereira, Fernán Fernández Cevallos y Johnny Manuel Cáceres Valencia a fin de que se declare la nulidad de la resolución de fecha 21 de marzo del 2011 que declara inadmisible el medio impugnatorio de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 21 de setiembre del 2010 que lo condena a cuatro años de pena privativa de la libertad y a sesenta días multa por la comisión del delito de uso de documento público en agravio de doña Janet Mónica Manrique Flores y de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Expediente N.° 2009-01244-48-0401-JR-PE-02). Alega la vulneración de los derechos de defensa y a la pluralidad de instancias.

Sostiene que contra la sentencia condenatoria el recurrente interpuso el medio impugnatorio de apelación el cual al ser elevado a la Segunda Sala de Apelaciones demandada, esta instancia declaró inadmisible la prueba ofrecida y convocó a las partes para que concurran a la audiencia de apelación de sentencia para el día 14 de marzo del 2011, a las 8:30 a.m. sin apercibírsele que ante su inconcurrencia se iba declarar inadmisible su apelación. Agrega el recurrente que no acudió a la citada audiencia por razones de distancia geográfica y dificultad en medios de transporte, pues domicilia en la ciudad de Camaná, muy distante de la ciudad de Arequipa; empero, si concurrieron las demás partes procesales. Señala también que por no haber concurrido el demandante a la referida audiencia, la Sala demandada la reprogramó para el día 21 de marzo del 2011 a las 15:00 horas, bajo apercibimiento de declarar al accionante reo contumaz y dispuso que se giren en su contra las órdenes de captura.

Añade el recurrente que tampoco concurrió el día 21 de marzo del 2011, pero sí lo hicieron las demás partes procesales por lo cual la Sala demandada emitió la resolución N.° 16 de fecha 21 de marzo del 2011 que declaró la nulidad de la decisión señalada el 14 de marzo del 2011 que decretaba el apercibimiento de la declaración de contumacia y se activen las órdenes de captura en su contra; pero declaró inadmisible el medio impugnatorio de apelación interpuesto contra la sentencia condenatoria de conformidad con los incisos 2 y 3 del artículo 423 del Código Procesal Penal. Contra dicha decisión el recurrente interpuso el medio impugnatorio de reposición, el cual fue declarado infundado y contra esta última decisión interpuso el medio impugnatorio de nulidad el cual fue declarado improcedente.

***De la sumaria investigación realizada en el hábeas corpus***

A fojas 41 el juez superior don Oscar Enrique Béjar Pereira señala que el procesado ni su abogado han expresado razones justificables de amenaza y consecuente temor a la pérdida de la libertad del primero para no asistir a la audiencia de apelación y que tampoco existe amenaza alguna consistente en apremios o apercibimientos.

A fojas 42 el juez superior don Fernán Fernández Cevallos refiere que se declaró inadmisible el referido medio impugnatorio de apelación conforme a lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 423 del Código Procesal Penal, siendo que al recurrente se le apercibió con dicha inadmisibilidad; además, se suspendió la audiencia del 14 de marzo del 2011 ante la inasistencia del recurrente atendiendo a lo expresado por su abogado defensor que no se había comunicado con el accionante, la cual se reprogramó el día 21 de marzo del 2011, a la que injustificadamente tampoco concurrió el recurrente.

A fojas 43 el juez superior don Johnny Manuel Cáceres Valencia sostiene que se declaró la inadmisibilidad de la apelación contra la sentencia condenatoria conforme al inciso 3 del artículo 423 del Código Procesal Penal; que se convocó a la audiencia de apelación para el 14 de marzo del 2011 bajo apercibimiento de declararse inadmisible dicho medio impugnatorio, a la cual no asistió el demandante, por lo que se la reprogramó para el día 21 de marzo del 2011 bajo apercibiciento de declararse contumaz al recurrente y prosecución del juicio de revisión conforme al inciso 3 del artículo 423 del Código Procesal Penal, señalándose que en caso de que no concurra el proceso iba a continuar, por lo que no habiendo asistido el recurrente a la audiencia del 21 de marzo del 2011, se declaró nulo dicho apercibimiento de contumacia y conforme al primigenio apercibimiento e inasistencia injustificada del recurrente se declaró la inadmisibilidad de la apelación.

***Resolución de primera instancia***

El Primer Juzgado Penal Unipersonal de Arequipa con fecha 23 de mayo del 2011, declaró infundada la demanda al considerar que según el inciso 3° del artículo 423° del Código Procesal Penal ante la inasistencia injustificada se declararía la inadmisibilidad de la apelación interpuesta contra la sentencia condenatoria y que el recurrente y su abogado defensor tenían pleno conocimiento de las audiencias, no pudiendo alegar, el primero, su inasistencia a un miedo por la probable vulneración de su derecho a la libertad personal, toda vez que se efectivizaría la pena luego de quedar firme la sentencia, deviniendo por ello en injustificada su inasistencia.

***Resolución de segunda instancia***

La Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, confirmó la apelada al considerar que el recurrente en su calidad de único sentenciado y apelante estaba obligado a concurrir a la audiencia de apelación de sentencia cuya convocatoria tenía conocimiento porque fue debidamente notificado, por lo que su inconcurrencia fue una consecuencia procesal producida por su propia conducta conforme a lo previsto por los incisos 2° y 3° del artículo 423° del Código Procesal Penal.

**FUNDAMENTOS**

**Precisión del petitorio**

1. Atendiendo a los argumentos que sustentan la demanda y a los derechos presumiblemente vulnerados, es necesario establecer que respecto de la violación de los derecho de

defensa y a la pluralidad de instancias, el petitorio estaría representado por la nulidad de la resolución de fecha 21 de marzo del 2011 que declara inadmisible el medio impugnatorio de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 21 de setiembre del 2010 que lo condena a cuatro años de pena privativa de la libertad y sesenta días multa por la comisión del delito de uso de documento público en agravio doña Janet Mónica Manrique Flores y de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Expediente N.° 2009-01244-48-0401-JR-PE-02).

**Análisis del caso materia de controversia constitucional**

**De si existe competencia** ratione materiae **para conocer el fondo de la controversia en un proceso de hábeas corpus.**

2. Corresponde ahora analizar, en primer término, si el proceso de hábeas corpus es la vía preestablecida para cuestionar la inconstitucionalidad alegada. Al respecto el artículo 200°, inciso 1, de la Constitución, establece que el proceso de hábeas corpus "procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos". Sobre ello ha incidido el Código Procesal Constitucional, estableciendo que aquélla relación de conexidad puede presentarse ante la alegada violación del debido proceso. En concreto, el último párrafo del artículo 25° del Código Procesal Constitucional –el cual prevé, enunciativamente, los derechos fundamentales protegidos por el hábeas corpus–, dispone que éste "[t]ambién procede (…) en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso (…)". Anteriormente a la dación del Código Procesal Constitucional, este Tribunal ya había acogido expresamente esta tesis al aceptar la existencia del denominado "hábeas corpus conexo", refiriendo que "si bien no hace referencia a la privación o restricción en sí de la libertad física o de la locomoción, [la pretensión] guarda, empero, un grado razonable de vínculo y enlace con ésta" (Cfr. STC 2663-2003-HC, F. J. 6 h.).

3. Desde luego, la apreciación en torno a la exigencia de conexidad con la libertad individual, es un asunto que debe ser apreciado en cada caso concreto, tomando en consideración *prima facie* criterios tales como que es posible interponer demanda de hábeas corpus contra resoluciones que disponen la restricción a la libertad o que deniegan un pedido de la libertad procesal (exceso de detención, negativa a conceder beneficios penitenciarios, entre otros ejemplos); asimismo el Tribunal Constitucional ha establecido que sí inciden en la libertad personal resoluciones de denegatoria de recursos que guardan relación con una pena privativa de la libertad (Cfr. STC 4235-2010-PHC/TC).

**Cuestionamiento de la resolución de fecha 21 de marzo del 2011 que declara inadmisible el medio impugnatorio de apelación interpuesto contra la referida sentencia**

4. Se alega en la demanda la vulneración de los derechos fundamentales de defensa y a la pluralidad de instancias señalándose que luego de concederse el medio impugnatorio de apelación contra la sentencia condenatoria se emitió la resolución que declara inadmisible la referida apelación (fojas 51 del cuadernillo acompañado) cuya nulidad se solicita por cuanto el imputado no habría concurrido a la audiencia de apelación interpuesta contra la sentencia condenatoria. Al respecto la pretensión demandada será resuelta sobre la base del derecho a la pluralidad de instancias previsto en el artículo 139°, incisos 6 de la Constitución; es decir, por la presunta denegación del acceso a los recursos.

   Así las cosas, la determinación de si corresponde o no estimar la pretensión, requiere, ante todo, analizar los alcances constitucionales del derecho que se acusa como violado.

**El derecho fundamental a la pluralidad de la instancia.**

5. El derecho a la pluralidad de instancia**s** forma parte del *debido proceso* y goza de reconocimiento a nivel internacional en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual en su artículo 8° inciso 2 parágrafo h) ha previsto que toda persona tiene el *"… Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior…"*.

6. El Tribunal Constitucional tiene expuesto, en uniforme y reiterada jurisprudencia, que el derecho de acceso a los recursos o a recurrir las resoluciones judiciales, es una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, reconocido en el artículo 139°, inciso 6, de la Constitución, el cual, a su vez, forma parte del derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3, de la Norma Fundamental (Cfr. SSTC 1243-2008-PHC, F. J. 2; 5019-2009-PHC, F. J. 2; 2596-2010-PA; F. J. 4).

7. Con relación al contenido del derecho a la pluralidad de la instancia, este Colegiado tiene establecido que se trata de un derecho fundamental que "tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal" (Cfr. RRTC 3261-2005-PA, F. J. 3; 5108-2008-PA, F. J. 5; 5415-2008-PA, F. J. 6; y STC 0607-2009-PA, F. J. 51). En esa medida, el derecho a la pluralidad de la instancia guarda también conexión estrecha con el derecho fundamental a la defensa, reconocido en el artículo 139°, inciso 14, de la Constitución.

8. Desde luego, cuál sea la denominación del medio jurídicamente previsto para el acceso al órgano de segunda instancia revisora, es un asunto constitucionalmente irrelevante. Sea que se lo denomine recurso de apelación, recurso de nulidad, recurso de revisión, o llanamente medio impugnatorio, lo importante constitucionalmente es que permita un control eficaz de la resolución judicial primigenia.

**Análisis del caso concreto**

9. Como queda dicho, luego de leída la sentencia condenatoria y concedido el medio impugnatorio de apelación se convocó la audiencia de apelación de sentencia el 14 de marzo del 2011 ante la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, a la que asistieron todas las partes procesales a excepción del recurrente en su calidad de acusado-apelante aunque sí acudió su abogado defensor. Sin embargo, por no haber concurrido el recurrente la referida audiencia fue suspendida reprogramándosela para el día 21 de marzo del 2011 bajo apercibimiento de declararse la contumacia del recurrente contra quien se dispusieron las órdenes de captura.

10. En la audiencia de apelación de sentencia el 21 de marzo del 2011, tampoco acudió el accionante aunque sí estuvo presente su abogado defensor, por lo que haciéndose efectivo el primigenio apercibimiento, se declaró inadmisible el citado medio impugnatorio pretextándose precisamente la inconcurrencia del acusado apelante, rechazándose así la aludida apelación, invocándose al respecto los incisos 2) y 3) del artículo 423° del Nuevo Código Procesal Penal. Además se declaró la nulidad de la decisión emitida el 14 de de marzo del 2011 en el extremo referido a la declaración de contumacia y las órdenes de captura dispuestas contra el recurrente.

11. Al respecto resulta pertinente hacer mención que el artículo 423° del Nuevo Código Procesal Penal, respecto al trámite de apelación de las sentencias prevé lo siguiente:

> *"Artículo 423 Emplazamiento para la audiencia de apelación.-*
>
> *1. Decidida la admisibilidad de la prueba ofrecida, en ese mismo auto se convocará a las partes, incluso a los imputados no recurrentes, para la audiencia de apelación.*
>
> *2. Es obligatoria la asistencia del Fiscal y del imputado recurrente, así como de todos los imputados recurridos en caso la impugnación fuere interpuesta por el Fiscal.*
>
> *3. Si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso. De igual manera se procederá si no concurre el Fiscal cuando es parte recurrente.*
>
> *4. Si los imputados son partes recurridas, su inasistencia no impedirá la realización de la audiencia, sin perjuicio de disponer su conducción coactiva y declararlos reos contumaces.*
>
> *5. Es, asimismo, obligatoria la concurrencia de las partes privadas si ellas únicamente han interpuesto el recurso, bajo sanción de declaración de inadmisibilidad de la apelación; y,*
>
> *6. Si la apelación en su conjunto sólo se refiere al objeto civil del proceso, no es obligatoria la concurrencia del imputado ni del tercero civil.*

12. Previamente, debe indicarse que la aplicación del inciso 2) del artículo 423° del Nuevo Código Procesal Penal no resulta pertinente al presente caso porque no fue el representante del Ministerio Público quien apeló la sentencia condenatoria sino que fue el recurrente.

13. En lo que sigue, corresponde definir a este Tribunal si la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa ha vulnerado el derecho a la pluralidad de instancias del recurrente al haber justificado su decisión en una disposición normativa inconstitucional o, si, pudiendo interpretarla conforme a la Constitución, ha aplicado una interpretación contraria al contenido constitucionalmente protegido por este derecho fundamental.

***Test de Proporcionalidad***

14. El derecho a la pluralidad de instancias está reconocido expresamente en el artículo 139°, inciso 6), de la Constitución. A criterio del Tribunal Constitucional, *prima facie*, pertenece al contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, el derecho de toda persona a un recurso *eficaz* contra:

    **a) La sentencia que le imponga una condena penal.**

    b) La resolución judicial que le imponga directamente una medida seria de coerción personal.

    c) La sentencia emitida en un proceso distinto del penal, a menos que haya sido emitida por un órgano jurisdiccional colegiado y no limite el contenido esencial de algún derecho fundamental.

    d) La resolución judicial emitida en un proceso distinto del penal, con vocación de poner fin al proceso, a menos que haya sido emitida por un órgano jurisdiccional colegiado y no limite el contenido esencial de algún derecho fundamental (Cfr. STC 4235-2010-PHC).

15. Este Tribunal ha advertido que el derecho *sub exámine*, también denominado derecho a los medios impugnatorios, es uno de configuración legal, el cual implica que "corresponde al legislador crearlos, establecer los requisitos que se debe cumplir para que estos sean admitidos, además de prefigurar el procedimiento que se deba seguir" (Cfr. STC 4235-2010-PHC), 5194-2005-PA, 10490-2006-PA; 6476-2008-PA, 5194-2005-PA; 0962-2007-PA; 1243-2008-PHC; 5019-2009-PHC; 6036-2009-PA; 2596-2010-PA).

16. Ello, desde luego, no significa que la configuración *in toto* del contenido del derecho fundamental quede librada a la discrecionalidad del legislador, sino tan solo que –existiendo un contenido esencial del derecho que, por estar garantizado por la propia Norma Fundamental, resulta indisponible para el legislador– es necesaria también la acción del órgano legislativo para culminar la delimitación del contenido del derecho. Dicha delimitación legislativa, en la medida de que sea realizada sin violar el contenido esencial del propio derecho u otros derechos o valores constitucionales reconocidos, forma, junto al contenido esencial del derecho concernido, el parámetro de juicio para controlar la validez constitucional de los actos de los poderes públicos o privados. Este criterio ha sido sostenido antes por el Tribunal Constitucional:

    > "Los derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido *per se* inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución. Lo único que ello implica es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito *sine qua non* para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental.
    >
    > Y es que si bien algunos derechos fundamentales pueden tener un carácter jurídico abierto, ello no significa que se traten de derechos 'en blanco', es decir, expuestos a la discrecional regulación del legislador, pues el constituyente ha planteado un grado de certeza interpretativa en su reconocimiento constitucional directo.
    >
    > Aquí se encuentra de por medio el principio de 'libre configuración de la ley por el legislador', conforme al cual debe entenderse que es el legislador el llamado a definir la política social del Estado social y democrático de derecho. En tal sentido, éste goza de una amplia reserva legal como instrumento de la formación de la voluntad política en materia social. Sin embargo, dicha capacidad configuradora se encuentra limitada por el contenido esencial de los derechos fundamentales, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales" (Cfr. STC 1417-2005-PA, F. J. 12).

17. En el presente caso, debe analizarse si la intervención en el derecho fundamental a la pluralidad de instancias, consistente en la regla aplicada por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de Arequipa, que exigió la presencia física del imputado en la audiencia de apelación de sentencia, según la interpretación literal del inciso 3) del artículo 423° del Nuevo Código Procesal Penal, bajo apercibimiento de declararse inadmisible el medio impugnatorio interpuesto por dicha parte, resultaría una intervención injustificada del derecho fundamental a la pluralidad de instancias o de acceso a los recursos. Para dicho efecto, este Tribunal considera pertinente aplicar el test de proporcionalidad como metodología para determinar si la referida intervención se encuentra justificada

o no [Cfr. STC Exp. N° 0045-2004-AI/TC, Exp. N° 4677-2004-AA/TC, fundamento 26].

18. El test de proporcionalidad exige, al respecto, que la medida de intervención que afecta el derecho fundamental resulte idónea, necesaria y proporcional en relación con el fin que se pretende alcanzar con dicha medida, y supone llevar a cabo un examen pormenorizado de las razones que se esgrimen para superar cada uno de los pasos del test de proporcionalidad: examen de idoneidad, examen de necesidad y examen de proporcionalidad en sentido estricto.

    En el presente caso, la medida de intervención se encuentra constituida, como ya se dijo, por la *norma* que la Segunda Sala Penal de Apelaciones ha derivado, a través de una interpretación literal, de la *disposición normativa* constituida por el inciso 3) del artículo 423 del Nuevo Código Procesal Penal. Como ya ha sostenido este Tribunal en diversas ocasiones, la distinción entre disposición y norma es la que permite que el control constitucional se efectúe no sobre el texto contenido en un enunciado normativo (*disposición*), sino sobre las posibles prescripciones jurídicas que puedan derivarse de dicha disposición normativa (*norma*). En el presente caso, la norma extraída por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la *disposición normativa* constituida por el inciso 3) del artículo 423 del Nuevo Código Procesal Penal y que ha sido aplicada en el caso de autos, es la que estipula que la no presencia física del imputado (con independencia de la presencia del abogado defensor) en la audiencia de apelación determina la inadmisibilidad del recurso de apelación de sentencia.

    *Examen de idoneidad:* implica que la medida restrictiva del derecho fundamental debe ser adecuada para la realización del fin propuesto. En ese sentido, este Tribunal advierte que el asegurar la presencia del apelante resulta una medida adecuada porque se pretende hacer cumplir principios procesales de primer orden tales como el de *contradicción efectiva, inmediación y oralidad*. En ese sentido, la medida cuestionada resultaría idónea para la realización del fin estipulado por la regla establecida por la Sala Penal.

19. *Examen de necesidad:* supone que la medida adoptada por el legislador (o, en este caso, por el operador intérprete de la norma), para ser constitucional, deberá ser absolutamente indispensable para la consecución del fin legítimo, pues de existir una medida alternativa que, siendo igualmente idónea para conseguir el mencionado fin, influya con menor intensidad en el respectivo bien constitucional materia de intervención; entonces, la medida cuestionada resultará inconstitucional.

    En dicha línea, este Tribunal considera que la interpretación literal del inciso 3) del artículo 423° del Nuevo Código Procesal Penal efectuada por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de Arequipa resulta inconstitucional, dado que la presencia física y personal del recurrente (apelante) para que se lleve a cabo la audiencia de apelación, no resulta necesaria ni indispensable, pues esta actuación se puede desarrollar con la sola presencia de su abogado patrocinante, quien puede sustentar oral y técnicamente los argumentos del medio impugnatorio de apelación para que estos puedan ser sometidos al contradictorio y al debate oral con su contraparte (Ministerio Público). En ese sentido, al existir otro mecanismo que brinda el mismo resultado buscado por la medida de intervención, mecanismo que presenta un menor grado de afectación del derecho fundamental a la pluralidad de instancias, dicha medida de intervención, consistente en la regla interpretativa dispuesta por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de Arequipa, debe ser interdictada por este Tribunal.

20. Habiéndose determinado que la regla interpretativa aplicada por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de Arequipa no supera el examen de necesidad, y en consecuencia, es inconstitucional, no resulta necesario someterla al examen de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.

21. En este contexto, este Tribunal considera que no era necesario reprogramar la audiencia de apelación para el 21 de marzo del 2011, ya que habiendo concurrido el abogado del recurrente a la primera sesión del 14 de marzo del 2011, ésta se debió realizar, siendo que dicho letrado estaba facultado para sustentar oral y técnicamente los argumentos del medio impugnatorio de apelación para que éstos fueran sometidos al contradictorio y al debate oral con su contraparte (Ministerio Público); lo que en otras palabras significa que el imputado (demandante) pudo sustentar oralmente su impugnación a través de su defensor técnico, no siendo por tanto absoluta la necesidad de la presencia del acusado.

22. En consecuencia, la aplicación literal del inciso 3) del artículo 423° del Nuevo Código Procesal Penal llevada a cabo por el ente judicial demandado resulta incompatible con el derecho a la pluralidad de instancias.

    Conforme a lo expresado se aprecia que es inconstitucional interpretar en sentido literal

el inciso 3) del artículo 423° del Nuevo Código Procesal Penal, tal y como lo han hecho los jueces demandados, al expresar en la audiencia de fecha 21 de marzo del 2011, que por no haber concurrido el propio imputado (apelante) a la audiencia de apelación de sentencia (pues señalan que al lado de la firma y sello del abogado patrocinante aparece también la firma del recurrente) se declaró la inadmisibilidad.

No obstante, el Tribunal Constitucional no considera que la disposición normativa contenida en el inciso 3) del artículo 423° del Nuevo Código Procesal Penal deba ser calificada como inconstitucional y, en su caso, aplicarse sobre la misma el control difuso; dado que como este Tribunal ha señalado en su jurisprudencia, el control difuso solo puede ser utilizado cuando no exista ninguna forma de interpretar el dispositivo normativo en cuestión de conformidad con la Constitución (STC 2132-2008-PA, FF.JJ. 24-25). Sin embargo, como ya se adelantó, existe otra forma de interpretar la disposición normativa contenida en el inciso 3) del artículo 423° del Nuevo Código Procesal Penal, que hubiera sido compatible con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pluralidad de instancias. Esta interpretación es la que considera que el recurso de apelación de sentencia debe ser declarado inadmisible cuando no concurra el imputado o, en ausencia de éste, su abogado defensor. Es decir, solo se declarará inadmisible el recurso de apelación cuando, además de la ausencia del imputado, también se aprecie la ausencia del abogado defensor a la audiencia de apelación; de lo contrario, la sola presencia de este último basta para admitir el recurso y llevar adelante el debate contradictorio en la audiencia de apelación.

Con esta interpretación, se salva la disposición normativa contenida en el inciso 3) del artículo 423° del Nuevo Código Procesal Penal, evitando generar un vacío en la nueva legislación procesal penal, que busca operativizar el proceso penal en función del principio contradictorio, y, al mismo tiempo, evita una intervención innecesaria y desproporcionada en el derecho fundamental a la pluralidad de instancias.

23. En consecuencia, dado que la Segunda Sala de Apelaciones de Arequipa no llevó a cabo la interpretación de la disposición normativa de conformidad con la Constitución, en los términos referidos en el fundamento anterior, y en su lugar realizó una interpretación literal del inciso 3) del artículo 423° del Nuevo Código Procesal Penal que resultaba inconstitucional, este Tribunal debe estimar la demanda porque se ha acreditado la vulneración del derecho a la pluralidad de instancias, violación que debe ser reparada reprogramando la audiencia de apelación de sentencia en una fecha próxima.

**Efectos de la sentencia**

24. Cabe agregar que si bien el presente hábeas corpus resulta fundado respecto a la denegación del recurso de apelación contra la sentencia condenatoria; no obstante ello, no procede la excarcelación del recurrente respecto a la condena impuesta referida en autos, pues los efectos de la sentencia condenatoria de fecha 21 de setiembre del 2010, que lo condena a cuatro años de pena privativa de la libertad por delito de uso de documento público, continúa vigente.

25. En el caso de autos dado que se dejó sin efecto la audiencia de apelación se tendría que reprogramar esta audiencia en una fecha próxima.

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA** la demanda porque se ha acreditado la vulneración al derecho constitucional de la pluralidad de instancia; en consecuencia, **NULA** la resolución de fecha 21 de marzo del 2011 que declara inadmisible el medio impugnatorio de apelación contra la sentencia condenatoria y nulo todo lo actuado a partir de esta resolución; y

2. **ORDENAR** a la Segunda Sala de Apelaciones de Arequipa que programe nueva fecha y hora para la realización de la audiencia de apelación, en el proceso seguido contra don Mauricio Gilberto Ponce Nuñez por delito de uso de documento público en agravio de doña Janet Mónica Manrique Flores y de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Expediente N.° 2009-01244-48-0401-JR-PE-02); con el pago de costos.

3. La presente decisión no implica la excarcelación del favorecido ni la suspensión de las órdenes de captura, pues los efectos de la sentencia condenatoria de fecha 21 de setiembre del 2010 que lo condena a cuatro años de pena privativa de la libertad por delito de uso de documento público, continúa vigente.

Publíquese y notifíquese.
**SS.**

**URVIOLA HANI**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**ETO CRUZ**

EXP. N.° 02964-2011-PHC/TC
AREQUIPA
MAURICIO GILBERTO PONCE NUÑEZ

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA**

Con el debido respeto por la opinión del resto de mis colegas magistrados emito el presente voto singular por las razones que expongo a continuación

1. Tal como fluye de autos, la cuestión controvertida radica en determinar si el recurso de apelación interpuesto por la defensa del actor en el proceso penal subyacente requería necesariamente de la presencia obligatoria de éste.

2. No obstante lo señalado por mis colegas, no estoy de acuerdo con que se declare fundada la demanda. El derecho no puede estar de espaldas a la realidad y mientras no se menoscaben las garantías procesales que salvaguardan el derecho al debido proceso de los procesados, este Tribunal no puede entrar a valorar qué opción legislativa es mejor o peor. Hacerlo importa no sólo arrogarse atribuciones que, indudablemente, no nos han sido asignadas. En todo caso, debió tenerse presente que, según el *principio de corrección funcional,* nosotros, como jueces constitucionales, no debemos desvirtuar las atribuciones y competencias que la Constitución nos ha asignado.

3. No puedo soslayar, además, que la ponderación realizada por mis colegas parte de la premisa, errónea en mi opinión, de que la ausencia del procesado inexorablemente acarrea la inadmisibilidad del recurso presentado. Empero, ello sólo ocurre cuando éste no concurre de manera injustificada. Por tanto, en la medida que el legislador ha sido lo suficientemente precavido en distinguir entre el procesado que cumple con someterse al proceso del que rehúye ilegítimamente el mismo, sancionando únicamente a éste último, sinceramente, no advierto en qué medida ello puede considerarse inconstitucional.

4. No se puede legislar de espaldas a la realidad. De modo que, ante una situación reiterada de procesados que tratan por todos los medios de sustraerse del proceso para evitar ser condenados o incumplir la pena impuesta; supeditar el derecho a los medios impugnatorios a que concurran a las audiencias a las que son citados, no lo encuentro desproporcionado más aún cuando su concurrencia es obligatoria.

5. Es más, el propio legislador ha dejado abierta la posibilidad de que, atendiendo a razones debidamente justificadas, el juez no determine la inadmisibilidad del recurso interpuesto.

Por tales razones voto a favor de que se declare **INFUNDADA** la presente demanda.

**S.**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.° 02964-2011-PHC/TC
AREQUIPA
MAURICIO GILBERTO PONCE NUÑEZ

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI**

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

1. En el presente caso encontramos una demanda de hábeas corpus presentada contra los jueces superiores integrantes de la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, con el objeto de que se declare la nulidad de la Resolución de fecha 21 de marzo de 2011, que declara inadmisible el medio de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 21 de setiembre de 2010 que lo condena a cuatro años de pena privativa de libertad y a sesenta días de multa por la comisión del delito de uso de documento público, puesto que considera que se le está afectando sus derechos de defensa y a la pluralidad de instancias.

   Sostiene que contra la sentencia condenatoria interpuso el recurso de apelación, el que fue declarado inadmisible al ser elevado a la Segunda Sala de Apelaciones demandada, en atención a la observación que realizó a la prueba de oficio. Por dicha razón se convocó a las partes para que concurran a la audiencia de apelación de la sentencia condenatoria, sin apercibírsele que ante su inconcurrencia se iba a declarar inadmisible su recurso. Expresa que el recurrente no acudió a la audiencia de apelación puesto que domicilia en Camaná, sin embargo si acudieron a la audiencia las demás partes procesales. La Sala emplazada reprogramó la audiencia, bajo apercibimiento de declarar al demandante reo contumaz y dispuso se giren las ordenes de captura. Refiere que tampoco concurrió a la audiencia, pero las partes procesales sí lo hicieron, sin embargo a pesar de ello la sala emplazada emitió la resolución que declaró inadmisible el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia condenatoria. Contra dicha decisión la demandante interpuso recurso de reposición el que fue declarado infundado, interponiendo contra dicha decisión recurso de nulidad el que fue declarado improcedente.

2. El recurrente considera que el hecho de que los jueces emplazados hayan declarado la inadmisibilidad del recurso de apelación y la improcedencia del recurso de apelación implica, principalmente, la afectación de su derecho a la pluralidad de instancia.

3. Es necesario establecer lo que implica el derecho a la pluralidad de instancia y decir además como está configurada dicha figura procesal en su aspecto constitucional como legal. La Constitución Política del Estado ha señalado en el inciso 6) del artículo 139° como principio y derecho de la función jurisdiccional *"la pluralidad de instancia"*. Asimismo el Proceso Civil ha sido diseñado para que sea llevado sólo en dos instancias. En el Fundamento de voto que emití en la STC N° 7022-2006-AA/TC, hice mención a lo manifestado por el doctrinario A. Rengel Romberg, en su libro Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano II, Teoría General del Proceso: "…Nuestro sistema del doble grado de jurisdicción está regido por el principio dispositivo que domina en nuestro proceso civil, y por el principio de la personalidad del recurso de apelación, según los cuales el Juez Superior sólo puede conocer de aquellas cuestiones que le sean sometidas por las partes mediante apelación (nemo judex sine actore) y en la medida del agravio sufrido en la sentencia de primer grado (Tantum devolutum quantum appellatum) de tal modo que los efectos de la apelación interpuesta por una parte no benefician a la otra que no ha recurrido, quedando los puntos no apelados ejecutoriados y firmes por haber pasado en autoridad de cosa juzgada…".

4. Asimismo este Tribunal tiene expuesto, en uniforme y reiterada jurisprudencia, que el derecho de acceso a los recursos o a recurrir las resoluciones judiciales es una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, reconocido en el artículo 139°, inciso 6, de la Carta Constitucional el cual a su vez forma parte del derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3, de la Norma Fundamental (Cfr. SSTC 1243-2008-PHC, F. J. 2; 5019-2009-PHC, F. J. 2; 2596-2010-PA; F. J. 4).

5. Con relación al contenido del derecho a la pluralidad de la instancia este Colegiado tiene establecido que se trata de un derecho fundamental que "tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal" (Cfr. RRTC 3261-2005-PA, F. J. 3; 5108-2008-PA, F. J. 5; 5415-2008-PA, F. J. 6; y STC 0607-2009-PA, F. J. 51). En esa medida el derecho a la pluralidad de la instancia guarda también conexión estrecha con el derecho fundamental a la defensa, reconocido asimismo por el citado artículo 139°, inciso 14, de la Constitución.

6. Tenemos así que el derecho a la pluralidad de instancia implica que todo justiciable tenga la oportunidad de obtener un pronunciamiento del superior respecto de una resolución judicial, lo que significa que no puede admitirse la imposición de requisitos irrazonables para la interposición de los recursos establecidos por ley, así como que se establezca la instancia superior que actúe como órgano de segunda instancia.

7. En el presente caso se advierte que lo que se cuestiona es propiamente una imposición legal consignada en el artículo 423° del Nuevo Codigo Procesal Constitucional, correspondiendo a este Colegiado decir si lo expresado en dicha norma constituye un requisito irrazonable que obstaculiza el ejercicio libre al derecho a la pluralidad de instancia.

8. El artículo 423° del citado cuerpo normativo establece respecto al emplazamiento para la audiencia de apelación que:

   1. *Decidida la admisibilidad de la prueba ofrecida, en ese mismo auto se convocará a las partes, incluso a los imputados no recurrentes, para la audiencia de apelación.*

   2. Es obligatoria la asistencia del Fiscal y del imputado recurrente, así como de todos los imputados recurridos en caso la impugnación fuere interpuesta por el Fiscal.

   3. *Si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso. De igual manera se procederá si no concurre el Fiscal cuando es parte recurrente.*

   4. *Si los imputados son partes recurridas, su inasistencia no impedirá la realización de la audiencia, sin perjuicio de disponer su conducción coactiva y declararlos reos contumaces.*

   5. *Es, asimismo, obligatoria la concurrencia de las partes privadas si ellas únicamente han interpuesto el recurso, bajo sanción de declaración de inadmisibilidad de la apelación; y,*

   6. *Si la apelación en su conjunto sólo se refiere al objeto civil del proceso, no es*

*obligatoria la concurrencia del imputado ni del tercero civil.(resaltado agregado).*

9. Así pues se advierte que la norma citada exige la presencia del imputado en la audiencia de apelación, siendo necesario evaluar si los emplazados han interpretado adecuadamente la norma, o si la interpretación otorgada a dicho dispositivo legal no va acorde con la Constitución del Estado.

10. Este Colegiado ha expresado que el derecho fundamenal a la pluralidad de instancia, reconocido constitucionalmente, requiere de la asistencia de quienes quiere la ley. Por ello los medios impugnatorios es un derecho de configuración legal, lo que significa que le corresponde al legislador crear los recursos, establecer los requisitos para su admisión y señalar el procedimiento que se debe seguir. Es así que la ley se convierte en un instrumento que coadyuva a la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental.

11. En el caso de autos la norma aplicada por la sala emplazada, exige que el imputado se encuentre presente en la audiencia de apelación para que pueda ejercer su derecho a la pluralidad de instancia.

12. Debe tenerse en cuenta que es facultad de quien se siente agraviado con determinada decisión, el ejercer el cuestionamiento respectivo de dicho acto. Es así que no habrá mejor cuestionamiento de un acto judicial que la defensa del letrado designado por el procesado (defensa material). Por ende se considera que el derecho de defensa se garantiza no solo con la sola presencia del abogado defensor, sino con el despliegue de una defensa que coadyuve a la mejora de la situación jurídica del procesado. Es lógico entonces afirmar que en la audiencia de apelación –para la interposición del recurso de apelación– no necesariamente debe estar el imputado, puesto que al tener a su abogado defensor, éste ejercerá debidamente su labor a favor del imputado.

13. Por ello considero irrazonable la imposición legal que exige la presencia del imputado en la audiencia de apelación, pues en dicho acto se encuentra presente el abogado defensor del acusado y con él la defensa técnica y profesional de la persona encargada de su defensa, pudiéndose calificar de descabellado que se le denegara el acceder a una instancia superior para la revisión de la resolución judicial que se cuestiona, por el hecho de que el imputado no esté presente, encontrándose su letrado ejerciendo su defensa en dicho momento.

14. Por ello considero que la sala emplazada en lugar de haber realizado una interpretación en defensa de los derechos del demandante, realizado una interpretación literal que finalmente ha traído como consecuencia la afectación del derecho del actor a recurrir al órgano superior a efectos de que revise la decisión judicial que presuntamente agravia al actor.

15. Por tanto la demanda debe ser estimada, debiéndose en consecuencia declarar la nulidad de la Resolución Judicial de fecha 21 de marzo de 2011, que declara inadmisible el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria y nulo todo lo actuado a partir de dicha irregularidad, correspondiéndole a la Sala emplazada la reprogramación de una nueva fecha y hora para la realización de la audiencia de apelación, en el proceso seguido contra don Mauricio Gilberto Ponce Nuñez por el delito de uso de documento público (Exp. N° 2009-01244-48-0404-JR-PE-02), con el pago de costos, decisión que de ninguna manera implica la excarcelación del favorecido ni la suspensión de las órdenes de captura, pues los efectos de la sentencia condenatoria de fecha 21 de setiembre de 2010 subsisten. Asimismo considero que al realizar este Colegiado la interpretación de la norma, estableciendo la forma en qué debe interpretarse el inciso 3) del artículo 423° del Nuevo Código Procesal Penal, corresponde remitir copias de la presente sentencia al Ministerio Publico y al Poder Judicial, a efectos de que tomen conocimiento de lo expresado en la presente causa.

    Por lo expuesto considero que la demanda debe ser declarada **FUNDADA**, debiéndose en consecuencia declarar **NULA** la resolución judicial de fecha 21 de marzo de 2011, que declara inadmisible el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria y nulo todo lo actuado a partir de dicha irregularidad, correspondiéndole a la Sala emplazada la reprogramación de una nueva fecha y hora para la realización de la audiencia de apelación, en el proceso seguido contra don Mauricio Gilberto Ponce Nuñez por el delito de uso de documento público (Exp. N° 2009-01244-48-0404-JR-PE-02); con el pago de costos, decisión que de ninguna manera implica la excarcelación del favorecido ni la suspensión de las órdenes de captura, pues los efectos de la sentencia condenatoria de fecha 21 de setiembre de 2010, subsisten. Asimismo debe remitirse copias de la presente sentencia y voto tanto al Ministerio Publico como al Poder Judicial.

**S.**
**VERGARA GOTELLI**

***Sentencia 04267-2012-PA/TC*** *Proceso de amparo interpuesto por Candelaria Ivonne Santana de Quispe. El Tribunal declaró fundada la demanda por encontrarse asimetría informativa al elegir un sistema pensionario específico.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 22 de noviembre de 2013

**Resumen:** El Tribunal declaró fundada la demanda interpuesta por el recurrente, consistente en la desafiliación de Profuturo AFP, y regresar al régimen del Decreto Ley 19990. Alegó la vulneración del derecho al libre acceso a las prestaciones pensionarias, pues manifiesta que fue incorporada indebidamente al Sistema Privado de Pensiones — SPP como consecuencia de no haber recibido una información u orientación adecuada sobre las ventajas y desventajas que implicaría transitar del Sistema Nacional de Pensiones — SNP al SPP.

El Tribunal advirtió que en la solicitud de la actora se siguió de manera irregular un procedimiento que no correspondía y, por ende, se incumplió en brindarle toda la documentación e información detallada que le permitiera realizar una correcta evaluación respecto a la conveniencia o no de su desafiliación, por haber identificado, de ser el caso, un perjuicio en su situación previsional si permanece en el SP.

Por otro lado, una resolución de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP que aprueba el Reglamento operativo para desafiliación informada del SPP, establece el procedimiento a seguir y toda la documentación que se debe reunir a fin de otorgarle a la demandante los elementos de juicio suficientes para determinar la ventaja de un posible traslado del SPP al SNP.

Por ello, y en atención a que en el pedido de desafiliación de la demandante por la causal de indebida, insuficiente y/o inoportuna información, no se observó el procedimiento regular prescrito en el citado reglamento, el Tribunal concluyó que se produjo una actuación arbitraria respecto al procedimiento a seguir para efectivizar el inicio del retorno parcial del Sistema Privado de Pensiones al Sistema Público de Pensiones que vulneró el debido proceso.

**Temas Claves:** Debido proceso — desafiliación del sistema de pensiones.

EXP. N.° 04267-2012-PA/TC
TACNA
CANDELARIA IVONNE SANTANA DE QUISPE

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 21 días del mes de octubre de 2013 la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Candelaria Ivonne Santana de Quispe contra la resolución expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Tacna, de fojas 173, su fecha 29 de agosto de 2012, que declaró infundada la demanda de autos.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 20 de octubre de 2010, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Administradora de Fondo de Pensiones - PROFUTURO AFP y la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondo de Pensiones (SBS), solicitando que se ordene el inicio del trámite de desafiliación a fin de que se le otorgue una pensión en el régimen del Decreto Ley 19990. Asimismo, solicita el pago de los costos del proceso.

La SBS contesta la demanda manifestando que las resoluciones emitidas por esta entidad no vulneran derecho fundamental alguno de la demandante,

puesto que fueron dictadas de conformidad con la normativa vigente sobre libre desafiliación.

El Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Tacna, con fecha 22 de mayo de 2012, declara infundada la demanda, por estimar que la solicitud de desafiliación de la actora fue correctamente denegada por la SBS, por cuanto reúne los requisitos para acceder a una pensión mínima de jubilación del Sistema Privado de Pensiones conforme al artículo 8 de la Ley 27617 y, por ello, no se encuentra dentro de los supuestos de desafiliación.

La Sala Superior competente confirma la apelada por similares fundamentos.

**FUNDAMENTOS**

**1. Delimitación del petitorio**

En el presente caso, la demandante solicita que se ordene el inicio del trámite de desafiliación y que finalmente se le otorgue una pensión del régimen del Decreto Ley 19990.

Alega la vulneración del derecho al libre acceso a las prestaciones pensionarias, pues manifiesta que fue incorporada indebidamente al Sistema Privado de Pensiones (SPP) como consecuencia de no haber recibido una información u orientación adecuada sobre las ventajas y desventajas que implicaría transitar del Sistema Nacional de Pensiones (SNP) al SPP.

En tal sentido, en la STC 1776-2004-PA/TC, este Tribunal tuvo ocasión de establecer que la posibilidad del retorno del Sistema Privado de Pensiones al Sistema Público de Pensiones, pertenece al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental de libre acceso a los sistemas previsionales, reconocido por el artículo 11 de la Constitución. No obstante, el Tribunal estableció también que, como todo derecho fundamental, dicha posibilidad de retorno no podía ser ejercida de un modo absoluto, siendo susceptible de ser restringida legalmente bajo cánones de razonabilidad y proporcionalidad, y en la medida de que sea respetado el contenido esencial del derecho al libre acceso pensionario. Por ello se desarrollaron los tres supuestos que justifican tal retorno parcial, entre ellos el de indebida, insuficiente y/o inoportuna información.

Asimismo en la STC 7281-2006-PA/TC, este Colegiado emitió pronunciamiento respecto a las causales de solicitud de desafiliación, incluida la referida a la falta de información y a la insuficiente o errónea información, y estableció dos precedentes vinculantes; a saber: el primero, sobre la información (Cfr. fundamento 27), y el segundo, sobre las pautas a seguir respecto del procedimiento de desafiliación (Cfr. fundamento 37), cuyo sustento constitucional directo es el artículo 65 de la Constitución, el cual señala que el Estado garantiza el derecho de las personas a la información sobre los bienes y servicios que se encuentren a su disposición en el mercado.

En consecuencia, advirtiéndose que la pretensión de la actora está referida al cuestionamiento del procedimiento que se aplicó a su solicitud de desafiliación, corresponde analizar el fondo de la cuestión controvertida, atendiendo a lo explicitado en el fundamento 37 de la STC 7281-2006-PA/TC.

**2. Sobre la afectación al debido proceso (artículo 139.3 de la Constitución)**

**2.1. Argumentos de la demandante**

Sostiene que el 4 de julio de 1998, se incorporó al SPP a través de la AFP Profuturo, sin que se le haya brindado una debida y correcta información y orientación adecuada sobre las ventajas y desventajas de éste, habiendo sido inducida a error por parte de los promotores de la referida AFP.

Manifiesta que teniendo en consideración los años de aportes que tenía en ese entonces, por su edad y estado de salud no le resulta ventajoso obtener la pensión mínima que se le pretende otorgar al amparo de la Ley 28991, por lo que solicitó en la vía administrativa su desafiliación del SPP, pues contaba con los años de aportación para obtener una pensión del Decreto Ley 19990.

Agrega que la solitud de desafiliación presentada a la Administración fue materia de pronunciamiento a través de la Resolución SBS 4786-2010, de fecha 21 de mayo de 2010, habiendo sido denegada bajo el argumento de que no se encuentra incursa en las causales de la libre desafiliación, en razón de que cumple con los requisitos exigidos por el artículo 8 de la Ley 27617 para recibir una pensión mínima del SPP, con lo cual no se encuentra de acuerdo y no es la pensión que desea obtener, más aún porque cumple con los requisitos de ley para obtener una pensión del Decreto Ley 19990 donde originalmente estuvo afiliada.

Manifiesta que contra la precitada resolución interpuso recurso de apelación, a fin de que sea resuelto por el Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, la misma que al no haber sido resuelta dentro de los treinta días hábiles según la Ley 27444, del Procedimiento Administrativo General, habilitó a que ponga en conocimiento de la Administración que se había dado por agotada la vía administrativa, por asumir que se ha expedido una resolución ficta denegatoria y haber cumplido con el requisito previo para la recurrir al amparo.

**2.2. Argumentos de la demandada**

La SBS señala que los pronunciamientos emitidos mediante las Resoluciones SBS 4786-2010, que le deniega a la actora la solicitud de desafiliación, y 12231-2010 que resuelve el recurso de apelación, de fechas 21 de mayo de 2010 y 30 de setiembre de 2010, respectivamente, no obedecen a decisiones antojadizas o arbitrarias, sino que precisan que no se encuentra incurso dentro de los alcances de la libre desafiliación informada, en razón de que cumple con los requisitos exigidos en el artículo 8 de la Ley 27617 y tiene derecho a percibir una pensión mínima del SPP, de conformidad con lo dispuesto por la Segunda Disposición Transitoria y Final de la Ley 28991.

**2.3. Consideraciones del Tribunal Constitucional**

2.3.1. La Ley 28991, Ley de libre desafiliación informada, pensiones mínimas y complementarias y régimen especial de jubilación anticipada, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 27 de marzo de 2007, fue dictada por el Congreso de la República, respondiendo, casi en su totalidad, a los supuestos que en materia de desafiliación del Sistema Privado de Pensiones este Colegiado estableció en la STC 1776-2004-AA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 20 de febrero de 2007.

2.3.2. Atendiendo a que la mencionada ley no incluyó como causal de desafiliación la falta de información mediante la citada STC 7281-2006-PA/TC, publicada en el oficial *El Peruano* el 15 de mayo de 2007, este Tribunal Constitucional emitió pronunciamiento respecto a las causales de solicitud de desafiliación, incluida la referida a la falta de información y a la insuficiente o errónea información, y estableció dos precedentes vinculantes referido el primero, a la información (fundamento 27), y el segundo, a las pautas a seguir respecto del procedimiento de desafiliación (fundamento 37); asimismo, mediante la Resolución SBS 11718-2008, de diciembre de 2008, se aprobó el "Reglamento Operativo que dispone el procedimiento administrativo de desafiliación del SPP por la causal de la falta de información, dispuesta por el Tribunal Constitucional, según sentencias recaídas en los expedientes 1776-2004-AA/TC y 7281-2006-PA/TC".

2.3.3. En ese entendido, este Colegiado ha declarado la constitucionalidad del artículo 4 de la mencionada Ley 28991 en la STC 0014-2007-PI/TC. Cabe recordar que en ella se menciona un procedimiento que debe ser seguido para viabilizar el retorno parcial del Sistema Privado de Pensiones al Sistema Público de Pensiones

2.3.4. De otro lado, la jurisprudencia constitucional ha ampliado la validez del procedimiento a los casos de asimetría informativa (*vid*. fundamento 34 de la STC 7281-2006-PA/TC). El respeto de un procedimiento digno y célere a ser seguido en sede administrativa ha sido una constante para el Tribunal Constitucional, siempre con el fin de tutelar los derechos fundamentales de las personas, en este caso, de los pensionistas.

2.3.5. En tal sentido, únicamente será viable el proceso de amparo para los casos de impedimento de desafiliación mediante una actuación arbitraria por parte de la Administración, en este caso de la SBS o por parte de la AFP a la cual le corresponda iniciar el trámite. Es pertinente reiterar que la persona no está facultada para acudir directamente a la vía del amparo para lograr la desafiliación, porque la jurisprudencia que este Colegiado ha emitido sólo se ciñe a exigir el inicio del procedimiento, no a ordenar la desafiliación.

2.3.6. En el presente caso, obran la Resolución SBS 4786-2010, de fecha 21 de mayo de 2010 (f. 13) de la Superintendente Adjunta de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y la Resolución SBS 12231-2010, de fecha 30 de setiembre de 2010, emitida por el Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, en las que se le deniega a la demandante la solicitud de desafiliación del Sistema Privado de Pensiones y el recurso de apelación, respectivamente, en aplicación del Reglamento operativo para la Libre Desafiliación Informada y Régimen Especial de Jubilación Anticipada del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por Resolución SBS 1041-2007 y arguyendo que, aun de cumplir con los aportes exigibles en el Decreto Supremo 063-2007-EF, no se encuentra incursa dentro de los alcances de la libre desafiliación informada, en razón

de que reúne los requisitos exigidos en el artículo 8 de la Ley 27617 para percibir pensión mínima conforme a lo dispuesto por la Segunda Disposición Transitoria y Final de la precitada Ley 28991, que ciertamente menciona que los supuestos de desafiliación referidos en el Título I, esto es " todos los afiliados al SPP que hubiesen ingresado al SNP hasta el 31 de diciembre de 1995 y que al momento de hacer efectiva tal desafiliación les corresponda una pensión de jubilación en el SNP independientemente de la edad", no son de aplicación para aquellos afiliados que se encuentran en los supuestos de hecho contemplados por la referida Ley 27617.

2.3.7. No obstante, se advierte del recurso de apelación presentado ante el Superintendente Adjunto de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (fs. 16 a 32), de fecha 17 de junio de 2010 y remitido a la SBS el 22 de junio de 2010, que la actora solicitó a la SBS su desafiliación por indebida, insuficiente e inoportuna información recibida de la AFP para incorporarse al SPP y que pese a ello, tanto la citada AFP que le denegó inicialmente su pedido de desafiliación, como la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, que declaró infundado el recurso de apelación, resuelven sus respectivas solicitudes aplicando la Ley 28991, el Decreto Supremo 063-2007-EF y el Reglamento Operativo para la Libre Desafiliación Informada de la Ley 28991 aprobado por la Resolución SBS 1041-2007, cuando ya se encontraba en vigor la Resolución SBS 11718-2008, reglamento operativo que dispone el procedimiento administrativo específico de desafiliación del SPP por la causal de falta de información, solicitado por la actora y que debió ser aplicado al presente caso.

2.3.8. Atendiendo a lo expuesto, se verifica claramente que en la solicitud de la actora se siguió de manera irregular un procedimiento que no correspondía y, por ende, se incumplió en brindarle toda la documentación e información detallada que le permita realizar una correcta evaluación respecto a la conveniencia o no de su desafiliación, por haber identificado, de ser el caso, un perjuicio en su situación previsional si permanece en el SPP; más aún si se toma en cuenta que conforme se desprende de la boleta de pago de remuneraciones, de fecha 23 de setiembre de 2010 (f. 25), la demandante continuó realizando aportaciones al SPP, y éstas no se encuentran incluidas en el RESIT SPP S10000093472 (f. 8), de fecha 4 de julio de 2009, aportaciones que habrían incrementado su fondo pensionario y, por tanto, su pensión de jubilación, lo cual no fue debidamente informado a la actora.

2.3.9. Al respecto, cabe referir que este Colegiado en la STC 07281-2006-PA/TC (Caso Santiago Terrones Cubas), ha establecido los precedentes vinculantes señalados en el fundamento 2.3.2. *supra,* que determinan, en el fundamento 33, que el procedimiento a seguir en el supuesto de falta o deficiencia de información es el que debe establecerse en el reglamento de la Ley 28991, el cual deberá ajustarse a lo señalado por el artículo 4 de esta norma, en el sentido de que el procedimiento de desafiliación en este caso, no debe contemplar ninguna restricción a la libertad del afiliado, debiendo por ello, brindar toda información relevante para que tome libremente su decisión considerando por lo menos, el monto de pensión estimado en el SNP y en el SPP, el monto adeudado por el diferencial de aportes y las constancias de haber cumplido con los requisitos de años de aporte para obtener una pensión en el régimen pensionario respectivo, certificados por la SBS y ONP, entre otros.

2.3.10. Con tal propósito con fecha 27 de julio de 2007 se expidió la citada Resolución SBS 11718-2008, que aprueba el Reglamento Operativo para desafiliación informada del SPP, el que establece en su artículo 4 el procedimiento a seguir y toda la documentación que se debe reunir a fin de otorgarle a la demandante los elementos de juicio suficientes para determinar la ventaja de un posible traslado del SPP al SNP.

2.3.11. Por ello y apreciándose conforme a lo anotado en el fundamento 2.3.8., *supra,* que en el pedido de desafiliación de la demandante por la causal de indebida, insuficiente y/o inoportuna información, no se observó

el procedimiento regular prescrito en el mencionado reglamento operativo Resolución SBS 11718-2008, se ha producido una actuación arbitraria respecto al procedimiento a seguir para efectivizar el inicio del retorno parcial del Sistema Privado de Pensiones al Sistema Público de Pensiones, que vulnera el debido proceso.

**2. Efectos de la sentencia**

En consecuencia, de acuerdo con el artículo 55 del Código Procesal Constitucional, debe procederse al restablecimiento del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 139.3 de la Constitución, ordenándose que inicie el trámite de desafiliación por la causal de falta de información y los costos procesales.

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA** la demanda; en consecuencia **NULAS** las Resoluciones SBS 4786-2010 y SBS 12231-2010.

2. Ordenar a la AFP PROFUTURO y a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondo de Pensiones el inicio del trámite de desafiliación por la causal de indebida, insuficiente y/o inoportuna información, con estricta observancia de la Resolución SBS 11718-2008, que aprueba el Reglamento Operativo para desafiliación del SPP, conforme a los fundamentos de la presente sentencia, y con el abono de los costos procesales.

**SS.**
**CALLE HAYEN**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

***Sentencia 00978-2012-PA/TC*** *Proceso de amparo interpuesto por Westher Leoncio Sotomayor Castañeda. El Tribunal desestimó la demanda y estableció doctrina jurisprudencial vinculante sobre la procedencia de medidas cautelares ordinarias que suspenden la ejecución de sentencias judiciales ordinarias.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 24 de enero de 2014

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda interpuesta por el recurrente, quien alegó que la suspensión de una medida cautelar afectaba su derecho a la tutela procesal efectiva y al debido proceso, toda vez que mediante sentencia penal firme se determinó la restitución de acceso libre por el pasaje de uso común al área verde materia de usurpación, por lo tanto esta no podía ser suspendida por un medida cautelar de no innovar.

Luego de reiterar su postura respecto al control constitucional de las resoluciones judiciales, el Tribunal estableció como doctrina vinculante que las medidas cautelares no pueden ser utilizadas con la simple intención de prolongar en el tiempo la ejecución de una sentencia ordinaria o resistirse a su efectivo cumplimiento. En este sentido, el Tribunal consideró que el principio *pro homine* debe trasladarse inclusive al ámbito de los procesos ordinarios. De este modo, cuando existan oposiciones o contradicciones en los términos de dichos actos procesales, los jueces del proceso cautelar ordinario deben optar por hacer prevalecer la sentencia ordinaria sobre cualquier intento de desconocerla o perturbarla a través de la concesión de una medida cautelar ordinaria, pues en este tipo de casos la tutela procesal efectiva, manifestada a través de una medida cautelar, se encuentra limitada por el derecho a la cosa juzgada.

**Temas Claves:** Control de resoluciones judiciales — cosa juzgada — doctrina jurisprudencial vinculante — debido proceso — medidas cautelares — tutela procesal efectiva.

EXP. N.° 00978-2012-PA/TC
CUSCO
WESTHER LEONCIO SOTOMAYOR CASTAÑEDA

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 28 días del mes de mayo de 2013 la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Urviola Hani, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Westher Leoncio Sotomayor Castañeda contra la resolución de fojas 350, su fecha 26 de diciembre de 2011, expedida por la Sala Constitucional y Social de la Corte Superior de Justicia de Cusco que declaró infundada la demanda de autos.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 1 de febrero de 2010, el recurrente interpone demanda de amparo contra los jueces integrantes de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, solicitando: i) que se deje sin efecto la resolución de fecha 14 de diciembre de 2009 que, en segunda instancia, declaró improcedente su pedido de suspensión de medida cautelar; y, ii) que subsistan los efectos de la resolución de primera instancia que estimó su pedido de suspensión de medida cautelar. Sostiene que en el contexto de la tramitación del proceso judicial sobre extinción de servidumbre por desuso seguido por Adam Louis Weintraub contra él y otro (Exp. N° 090-2008), el Juzgado Mixto de Santiago dictó medida cautelar de no innovar ordenando conservar la situación de hecho y derecho existente sobre el área verde frente a los inmuebles 8 y 9, ubicados al interior del inmueble N° 215 de la

calle Jorge Ochoa, distrito de Santiago, Provincia y departamento de Cusco, de propiedad de Adam Louis Weintraub. Ante dicha decisión, y teniendo como base la sentencia penal condenatoria por la comisión del delito de usurpación expedida contra Carlos Leandro Romero de la Cuba en agravio suyo, que ordenó la restitución de acceso libre por el pasaje de uso común al área verde materia de usurpación (Exp. N° 024-2004), solicitó al Juzgado Penal cursar oficio al Juzgado Mixto de Santiago haciéndole conocer el carácter imperativo de la sentencia penal condenatoria y que suspenda la medida cautelar de no innovar, pedido que fue estimado por el Juzgado Mixto considerando que la sentencia penal es de carácter definitivo; que sin embargo, una vez apelado fue desestimado en segunda instancia por la Sala Civil demandada considerando que no se puede suspender los efectos de una medida cautelar, decisión que a su entender vulnera sus derechos a la tutela procesal efectiva y al debido proceso, toda vez que la sentencia penal es firme y ejecutoriada, y ésta no puede ser variada, modificada o alterada por una medida cautelar.

El Procurador Público encargado de los asuntos judiciales del Poder Judicial, con escrito de fecha 19 de mayo de 2011, contesta la demanda argumentando que no ha existido vulneración constitucional alguna porque de la revisión de los actuados se observa que el órgano judicial demandado ha procedido con arreglo a la tramitación del proceso.

El Juzgado Especializado en lo Civil Encargado en lo Laboral y Familia, con resolución de fecha 5 de julio de 2011, declara infundada la demanda al considerar que no existe correspondencia, relación ni vinculación entre don Adam Louis Weintraub, beneficiado con la medida cautelar de no innovar dictada en el proceso de extinción de servidumbre, y el proceso penal (Exp. N° 024-2004), en el que se reservó el fallo condenatorio a Carlos Leandro Romero de la Cuba, por lo que no procede suspender los efectos de la medida cautelar.

A su turno, la Sala Constitucional y Social de la Corte Superior de Justicia de Cusco, con resolución de fecha 26 de diciembre de 2011, confirma la apelada al considerar que Adam Louis Weintraub no ha sido parte en el proceso penal (Exp. N° 024-2004), por lo que no puede ser comprendido en los efectos de una sentencia expedida en dicho proceso judicial.

**FUNDAMENTOS**

**1. Delimitación del petitorio**

1.1 La presente demanda tiene por objeto efecto la resolución de fecha 14 de diciembre de 2009 que, en segunda instancia, declaró improcedente el pedido de suspensión de medida cautelar del recurrente y dejar subsistentes los efectos de la resolución de primera instancia que estimó su pedido de suspensión de medida cautelar. El actor considera que existe una sentencia penal firme y ejecutoriada, que en sus términos se opondría a lo decretado en una medida cautelar de no innovar, frente a lo cual resulta obligatorio privilegiar la ejecución de la sentencia penal firme.

1.2 Expuestas así las pretensiones, este Colegiado considera necesario determinar a la luz de los hechos expuestos en la demanda y de los recaudos que obran en ella si se han vulnerado los derechos a la tutela procesal efectiva y al debido proceso del recurrente, por haberse privilegiado la ejecución de una medida cautelar de no innovar (que decretó conservar la situación de hecho y derecho existente sobre el área verde frente a los inmuebles 8 y 9, ubicados al interior del inmueble N° 215 de la calle Jorge Ochoa, distrito de Santiago, provincia y departamento de Cusco, de propiedad de Adam Louis Weintraub) antes que dar cumplimiento a una sentencia penal firme (que determinó la restitución de acceso libre por el pasaje de uso común al área verde materia de usurpación), las cuales se oponen en sus propios términos.

**2. El proceso de amparo como mecanismo para cuestionar resoluciones judiciales arbitrarias.**

2.1 Es de recordar que el amparo contra resoluciones judiciales se encuentra circunscrito a cuestionar decisiones judiciales que vulneren de forma directa los derechos constitucionales de las personas. Y es que, a juicio de este Colegiado, la irregularidad de una resolución judicial con relevancia constitucional se produce cada vez que ésta se expida con violación de cualquier derecho fundamental y no sólo en relación con los contemplados en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional (Cfr. STC N° 03179-2004-AA, Fundamento 14).

**3. El derecho de defensa del señor Adam Louis Weintraub, beneficiado con la medida cautelar que se pretende dejar sin efecto, y la posibilidad de un pronunciamiento atendiendo al fondo del asunto.**

3.1 De manera preliminar a la dilucidación del fondo de la presente controversia, este

Colegiado considera oportuno precisar por qué, pese a no haberse emplazado al señor Adam Louis Weintraub, beneficiado con la resolución judicial que se cuestiona, se opta por emitir un pronunciamiento de fondo sin necesidad de anular el proceso de autos y reconducirlo al momento de su emplazamiento con la demanda de amparo.

3.2 En efecto, si bien en el contexto de esta omisión procesal podría asumirse que un pronunciamiento inmediato y sobre el fondo de la materia controvertida no tomaría en cuenta el derecho de defensa del señor Adam Louis Weintraub, tal consideración puede ponderarse de manera distinta frente a la constatación de determinados hechos con los que este Colegiado asume la dilucidación del presente caso: i) las autoridades judiciales demandadas sí han visto representados sus intereses en tanto el procurador público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial ha participado del presente proceso conforme aparece del escrito de contestación de demanda; ii) si bien la demanda de amparo que ahora se conoce podría haber sido puesta en conocimiento del señor Adam Louis Weintraub, en tanto fue la parte beneficiada con la resolución judicial que ahora se cuestiona, ello resulta innecesario cuando como ocurre en el presente caso, los efectos de una eventual sentencia estimatoria se limitan no a desconocer la totalidad del incidente de medida cautelar de no innovar, sino única y exclusivamente determinados aspectos que tienen que ver con la actuación formal de las autoridades judiciales demandadas al momento de declarar improcedente el pedido de suspensión de medida cautelar. En tales circunstancias, más que desconocer el incidente de medida cautelar *in toto* (y por tanto, de atacar su resultado de forma permanente), se trata de corregirlo y reconducirlo de una manera que resulte compatible con el ordenamiento constitucional.

3.3 A mayor abundamiento, se advierte que en el caso de autos no sólo estarían en juego atributos constitucionales de naturaleza estrictamente procesal *(la tramitación irregular del incidente de medida cautelar de no innovar),* sino derechos y bienes constitucionales de contenido sustantivo *(el disfrute y ejercicio del derecho a la cosa juzgada)* cuya protección inmediata resulta preferente en un contexto de riesgo imposible de ignorar por parte de quienes tienen a su cargo un rol de tutela o defensa del orden constitucional.

3.4 Por consiguiente, asumida una posición como la descrita en un contexto de tutela preferente, este Colegiado considera plenamente legítimo pronunciarse sobre el fondo de la controversia, en aras de determinar la vulneración o no del derecho alegado por el recurrente.

**4. El control de las resoluciones judiciales y el test de la intensidad**

4.1 Respecto del control constitucional de las resoluciones judiciales nuestra jurisprudencia ha sido uniforme al considerar que el proceso de amparo es una vía excepcional que solo ha de proceder en situaciones de arbitrariedad manifiesta y cuando los recursos al interior del proceso hayan resultado ineficaces. Así también el artículo 4° del Código Procesal Constitucional recogiendo nuestra jurisprudencia estableció que el amparo contra resoluciones judiciales solo procedía respecto "de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo".

4.2 En una de las decisiones que constituye ahora nuestro parámetro de control para estos supuestos, este Colegiado dejó establecido los criterios que, a modo de pautas o principios, deben orientar el control que corresponde al juez constitucional en la vía del proceso de amparo. En tal sentido, en la STC N° 03179-2004-AA/TC se precisó que el control constitucional de una resolución judicial debía tomar en cuenta tres criterios: a) razonabilidad; b) coherencia; y, c) suficiencia.

a) Examen de razonabilidad.– Por el examen de razonabilidad, el Colegiado Constitucional debe evaluar si la revisión del (...) proceso judicial ordinario es relevante para determinar si la resolución judicial que se cuestiona vulnera el derecho fundamental que está siendo alegado. Si bien el criterio de razonabilidad ha sido desarrollado con contenido diferente en nuestra jurisprudencia (Cfr. STC N° 00090-2003-AA/TC o también la STC N° 00045-2004-AI/TC), aquí este criterio expresa la

necesidad de establecer un límite *razonable* a la función de control que corresponde al Colegiado. De este modo, el criterio de *razonabilidad* permite delimitar el ámbito del control, en la medida que el control de las resoluciones es también, en buena cuenta, control del proceso.

b) Examen de coherencia.– El examen de coherencia exige que el Tribunal Constitucional precise si el acto lesivo del caso concreto se vincula directamente con (...) la decisión judicial que se impugna (...). En buena cuenta se trata de un criterio de conexión entre el acto lesivo y el acto materia de control. La exigencia de coherencia permite controlar la legitimidad del juez constitucional a la hora de revisar una decisión judicial. Solo serán controlables aquellas resoluciones directamente vinculadas con la violación del derecho denunciado o delimitado en tales términos por el juez constitucional, con base en el principio *iura novit curia.*

c) Examen de suficiencia.– Mediante el examen de suficiencia, el Tribunal Constitucional debe determinar la intensidad del control constitucional que sea necesaria para llegar a precisar el límite de la revisión [*de la resolución judicial*], a fin de cautelar el derecho fundamental demandado. El examen de suficiencia permite, de este modo, fijar los límites del control, esto es, hasta dónde le alcanza legitimidad al juez constitucional de conformidad con lo que establece el artículo 1° del Código Procesal Constitucional a efectos de hacer cumplir la finalidad de los procesos constitucionales, *"reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional"*.

Por tanto, en el control de las resoluciones judiciales resulta relevante establecer: a) *el ámbito del control* (el proceso en su conjunto o una resolución en particular); b) *la legitimidad del control* (solo resulta legítimo controlar aquellas resoluciones o actos directamente vinculados con la afectación de derechos); y, c) *la intensidad del control* (el control debe penetrar hasta donde sea necesario para el restablecimiento del ejercicio de los derechos invocados).

4.3 El criterio *intensidad del control* juega un rol relevante en aquellas situaciones en las que la vulneración de los derechos constitucionales se ha producido como consecuencia del ejercicio de la función jurisdiccional. En tal sentido, el proceso de amparo solo resultará una garantía procesal efectiva para los derechos, si es capaz de retrotraer la actividad judicial hasta el momento anterior a la vulneración de los derechos invocados, y ello solo será posible si el juez constitucional tiene legitimidad para anular o dejar sin efecto, según sea el caso, todos y cada uno de los actos jurisdiccionales o decisiones que hayan sido tomadas con desconocimiento de los derechos fundamentales. Así, la intensidad del control hace referencia también a un examen de ponderación entre preservar una resolución judicial en aras de la seguridad jurídica que proyecta o enervarla para restablecer el ejercicio de algún derecho de naturaleza constitucional que se haya invocado en el ámbito de un proceso de amparo contra resolución judicial.

**5. Sobre la afectación del derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la calidad de cosa juzgada por privilegiarse la ejecución de una medida cautelar antes que la ejecución de una sentencia penal firme**

**5.1 Argumentos del demandante**

5.1.1 Alega el demandante que la resolución cuestionada de fecha 14 de diciembre de 2009 que declaró improcedente su pedido de suspensión de medida cautelar afecta su derecho a la tutela procesal efectiva y al debido proceso, toda vez que la sentencia penal firme que, determinó la restitución de acceso libre por el pasaje de uso común al área verde materia de usurpación, no podía ser variada, modificada o suspendida por una medida cautelar de no innovar.

**5.2. Argumentos del demandado**

5.2.1 Por su parte, el representante judicial del demandado afirma que no ha existido afectación a tales derechos, toda vez que de la revisión de los actuados se observa que el órgano judicial demandado ha procedido con arreglo a la tramitación del proceso.

**5.3. Consideraciones del Tribunal Constitucional**

5.3.1 En relación con el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la calidad de cosa juzgada, este Colegiado ha señalado que "(…) garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó" (Cfr. STC N° 4587-2004-AA/TC, Fundamento 38).

5.3.2 También ha establecido que "(…) el respeto de la cosa juzgada (…) impide que lo resuelto pueda desconocerse por medio de una resolución posterior, aunque quienes lo hubieran dictado entendieran que la decisión inicial no se ajustaba a la legalidad aplicable, sino tampoco por cualquier otra autoridad judicial, aunque ésta fuera de una instancia superior, precisamente, porque habiendo adquirido carácter firme, cualquier clase de alteración importaría una afectación del núcleo esencial del derecho" (Cfr. STC N° 0818-2000-AA/TC, Fundamento 4).

5.3.3 Sobre el particular, de autos se aprecia que la Segunda Sala Penal del Cusco, con sentencia penal firme de fecha 25 de junio de 2008, recaída en el Exp. N° 0024-2004, *reservó el fallo condenatorio contra el acusado Carlos Leandro Romero de la Cuba por la comisión del delito contra el patrimonio, en su modalidad de usurpación, en agravio de Westher Leoncio Sotomayor Castañeda y otro, tras considerar que se privó a los agraviados del acceso al pasaje común así como del área verde del inmueble, despojándolos del ejercicio del derecho real de posesión (libre disfrute del pasaje y área verde)* (fojas 28-31).

5.3.4 Posteriormente, y ya en el contexto de la tramitación del proceso judicial sobre extinción de servidumbre (Exp. N° 0090-2008), el Juzgado Mixto de Santiago admitió en proceso cautelar la demanda interpuesta por Adam Louis Weintraub contra Westher Leoncio Sotomayor Castañeda, *disponiendo que la situación de hecho y derecho existente sobre el área verde que se encuentra frente a los inmuebles 8 y 9, ubicados al interior del inmueble N° 215 de la Calle Jorge Ochoa distrito de Santiago, provincia y departamento de Cusco, de propiedad de Adam Louis Weintraub, se conserve hasta las resultas del proceso iniciado* (fojas 32 incidente de medida cautelar).

5.3.5 Conviene preguntarse entonces si los términos de la medida cautelar otorgada se oponen, infringen o contravienen los términos de la sentencia penal firme y, ante la existencia palpable de dicha oposición, qué acto procesal debe ser suspendido y/o en su defecto privilegiado en su ejecución. Este Colegiado considera que los términos de la medida cautelar en nada se oponen, infringen o contravienen los términos expuestos en la sentencia penal firme; y ello porque las partes del proceso penal no han sido las mismas que las del proceso cautelar que sirve a un proceso de connotación civil, por lo que *prima facie* no serían idénticas las materias controvertidas analizadas en uno u otro proceso judicial, máxime si dichos procesos judiciales difieren en su naturaleza, fines y objetos. Por si fuera poco, la sentencia penal, a manera de pena accesoria, no ha decretado en su parte considerativa ni en la resolutiva que se le permita al recurrente el acceso al pasaje común, así como al área verde del inmueble, de manera tal que no estamos en presencia de una oposición en sus términos de dichos actos procesales, deviniendo por

ello en innecesario pronunciarse sobre qué acto procesal debe ser suspendido y/o en su defecto privilegiado en su ejecución.

5.3.6 Por lo expuesto, este Colegiado declara que, en el presente caso, no se ha afectado el derecho del recurrente a que se respete una resolución que ha adquirido la calidad de cosa juzgada, reconocido en el artículo 139° de la Constitución Política del Perú, por lo que la demanda debe ser desestimada.

**6. ¿Procedencia de medidas cautelares ordinarias que suspenden la ejecución de sentencias judiciales ordinarias?**

6.1 No obstante la decisión desestimatoria de la demanda, este Colegiado advierte que la casuística procesal podría presentar *casos* límites para los derechos constitucionales, a través de los cuales medidas cautelares ordinarias podrían oponerse en sus términos a una sentencia judicial ordinaria con la calidad de cosa juzgada y suspender a la larga la ejecución de la misma. En suma, se trataría de casos en los cuales se daría privilegio a la ejecución de lo resuelto en un incidente cautelar (debate breve y sumario) frente a lo resuelto en un proceso principal (debate amplio y profundo), y ello tendría el efecto de suspender el ejercicio y disfrute del derecho fundamental a la cosa juzgada.

6.2 Al respecto, es necesario poner en evidencia que la *suspensión* de los efectos de una sentencia dictada en un proceso ordinario, producto de una medida cautelar también ordinaria, pueden ocasionar perjuicios irreparables sobre el vencedor del proceso ordinario, titular indiscutible del derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y a que lo resuelto sea ejecutado en sus propios términos.

6.3 Ningún postulado del Estado constitucional de derecho puede pues legitimar el hecho de que un vencedor en un proceso ordinario cuya sentencia determinó que era beneficiario de un dar, hacer, no hacer o cualquier otra, no pueda luego ejecutar la decisión que lo beneficiaba porque se ha dictado una medida cautelar ordinaria que, al oponerse en sus términos, suspende los efectos de la sentencia.

6.4 Si bien es cierto que todo otorgamiento o concesorio de una medida cautelar tiene entre sus requisitos legalmente estipulados, la apariencia de derecho y el peligro en la demora, resulta inaceptable sostenerse en términos procesales constitucionales que una medida cautelar que por su naturaleza contiene un debate sumario y provisorio, tenga pues la aptitud legal para suspender lo decidido en un proceso principal que por su naturaleza contiene un debate definitorio, amplio, principal. Es pacífico sostener que la calidad de cosa juzgada de una sentencia ordinaria se relativiza cuando es expedida sin respetar la tutela procesal efectiva, el debido proceso o el orden material de valores inscrito en la Constitución, frente a lo cual puede discutirse la validez de la misma en un proceso de amparo contra resolución judicial. Empero, constituye una anomalía del sistema que una sentencia ordinaria pueda ceder, suspenderse o ser limitada a través de una medida cautelar dictada en otro proceso ordinario.

6.5 Y es que cualquier acto procesal –del juez o de las partes– que suspenda el ejercicio de un derecho constitucional para ser considerado válido debe estar revestido de un mismo valor o importancia jurídica fundamental, pues la ponderación implica un equilibrio en abstracto de bienes jurídicos que tienen un mismo valor. Sin embargo, el concesorio de una medida cautelar que es manifestación del derecho a la tutela procesal efectiva no tiene ni puede tener el mismo valor jurídico que una sentencia ordinaria que ha pasado en autoridad de cosa juzgada en la cual subyace la ejecución de un derecho constitucional debatido, reconocido y restablecido.

6.6 En una sentencia ordinaria, el órgano judicial se ha encargado de decir, a través de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto y luego del debate procesal correspondiente, a quién le asiste el derecho, por lo que constituiría contrario a toda lógica que un *juez de apariencias*, como es el juez de una medida cautelar, diga que, más bien, el derecho corresponde, "aparentemente", a quien resultó vencido en el primer amparo (Cfr. STC N° 03545-2009-PA/TC, Fundamento 5).

6.7 Por ello, resulta un despropósito que la parte afectada con una medida cautelar sea precisamente la persona cuyo derecho ha sido declarado y restablecido en un proceso ordinario, pues ésta se verá seriamente perjudicada en el ejercicio de su derecho en el lapso de tiempo que dure

la tramitación final del proceso ordinario en que se dictó la medida cautelar.

6.8 Por lo expuesto, las medidas cautelares no pueden ser utilizadas con la simple intención de prolongar en el tiempo la ejecución de una sentencia ordinaria o de resistirse a su efectivo cumplimiento. En este sentido, este Colegiado precisa que el principio *pro homine* debe trasladarse inclusive al ámbito de los procesos ordinarios, de este modo cuando existan oposiciones o contradicciones en los términos de dichos actos procesales, los jueces del proceso cautelar ordinario deben optar por hacer *prevalecer* la sentencia ordinaria sobre cualquier intento de desconocerla o perturbarla a través del concesorio de una medida cautelar ordinaria, pues en este tipo de casos específicos la tutela procesal efectiva, manifestada a través de una medida cautelar, viene ciertamente limitada por el derecho a la cosa juzgada.

**7. Doctrina constitucional vinculante**

7.1 Debido a que se han desarrollado nuevos criterios que, en buena cuenta, resuelven problemas frecuentes de oposiciones y/o contradicciones en sus propios términos entre una sentencia judicial ordinaria y una medida cautelar concedida en otro proceso ordinario, debiendo optarse por prevalecer la primera, este Colegiado en aplicación del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, considera pertinente reconocerlos como parte de su doctrina jurisprudencial vinculante y por tanto obligatoria para todos los jueces y tribunales del país, debiéndose incorporar como tales a la parte resolutiva de la presente sentencia.

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo contra resolución judicial, al no haberse acreditado la vulneración de derecho constitucional alguno del recurrente.

2. Declarar que el Fundamento N.° 6 de la presente sentencia constituye doctrina constitucional vinculante obligatoria para todos los jueces y tribunales del país.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**URVIOLA HANI**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

***Sentencia 00005-2010-PA/TC*** *Proceso de amparo interpuesto por Unitronic S.R.L. El Tribunal declaró fundada la demanda respecto a la afectación al debido proceso y estableció doctrina jurisprudencial vinculante en materia tributaria.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 13 de marzo de 2014

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda en el extremo relativo a la vulneración del derecho al debido proceso por mantenerse activas tres medidas cautelares de embargo contra la recurrente (retención a terceros, retención bancaria y embargo en forma de inscripción registral).

El Tribunal estableció como doctrina jurisprudencial vinculante que la Administración se encuentra obligada a demostrar que el monto embargado guarda absoluta relación con la suma adeudada; esto es, se considera, en principio, desproporcionado que el monto embargado triplique o cuadruplique al monto adeudado, e indicó que la Sunat no puede mantener activas tres medidas cautelares distintas en contra del contribuyente, más aun si con alguna de ellas ya estaría asegurada la suma adeudada.

Asimismo, estableció doctrina jurisprudencial vinculante respecto al uso de la queja ante el Tribunal Fiscal para cuestionar procedimientos de ejecución coactiva, precisando, entre otras cosas, que se constituye como un medio de defensa que procede en los siguientes casos: (i) contra actuaciones o procedimientos de la Administración Tributaria que afecten en forma indebida al administrado; y, (ii) contra las actuaciones que signifiquen la contravención de las normas que inciden en la relación jurídico-tributaria.

**Temas Claves:** Doctrina jurisprudencial vinculante — medida cautelar de embargo.

EXP. N.° 00005-2010-PA/TC
AREQUIPA
UNITRONIC S.R.L.

**RAZÓN DE RELATORÍA**

En la presente causa, la sentencia sólo es suscrita por los señores magistrados Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pero no por el señor magistrado Beaumont Callirgos debido a que, aun cuando estuvo presente en la vista de la causa, no llegó a votar y mediante Resolución Administrativa N° 66-2013-P/TC de fecha 3 de mayo de 2013, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 6 de mayo de 2013, se ha declarado la vacancia de dicho magistrado por la causal establecida en el artículo 16°, inciso 4, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Los votos emitidos alcanzan la mayoría suficiente para formar sentencia, conforme al artículo 5° (primer párrafo) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y al artículo 48° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 29 días del mes de enero de 2014, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Vergara Gotelli, que se agrega.

**I. ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Alejandrina Elizabeth Medina de Zegarra, en representación de Unitronic S.R.L., contra la resolución expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fojas 447, su fecha 30 de setiembre de 2009, que declaró improcedente la demanda de autos.

**II. ANTECEDENTES**

Con fecha 8 de setiembre de 2008 la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra

la Intendencia Regional de Arequipa (SUNAT), su Ejecutor y su Auxiliar Coactivo, con el objeto de que se declare nulo el Expediente Coactivo N.° 0530070140189, con todos sus valores y resoluciones expedidas.

La representante de la sociedad demandante refiere que debido a conductas reprochables al ex contador de la empresa, ésta se vio obligada a acogerse a un fraccionamiento tributario que nunca le fue notificado, al igual que las resoluciones producto del procedimiento de ejecución coactiva. Indica que la Administración no ha cumplido con los requisitos legales mínimos para una debida notificación.

En tal sentido manifiesta que la Administración Tributaria, al ordenar las medidas cautelares *–específicamente el embargo que pesa sobre su propiedad inmueble inscrita en la Partida Electrónica Nro. 01123905–*, vulnera los derechos de la empresa de propiedad, al debido proceso y de defensa, ya que resultan ser desproporcionadas e irracionales.

La SUNAT contesta la demanda indicando que la recurrente debió interponer el recurso de queja y así ejercer su derecho de contradicción en la vía y plazo de ley. En cuanto a la notificación de las resoluciones emitidas manifiesta que han sido debidamente notificadas; es decir, se ha procedido de manera gradual y razonada para la cobranza de una deuda impaga, haciendo uso de los mecanismos que le confiere la legislación tributaria.

El Segundo Juzgado Transitorio Civil de Arequipa declaró fundada en parte la demanda, por considerar que la conducta de la Administración resulta vulneratoria al debido procedimiento administrativo en el extremo de la notificación conjunta de la orden de pago y la resolución de ejecución coactiva. De igual manera, declaró improcedente la demanda en lo demás que contiene.

Por su parte, la Tercera Sala Civil de Arequipa, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda por considerar que la recurrente no ha cumplido con agotar la vía previa administrativa.

## III. FUNDAMENTOS

### *Delimitación del petitorio*

1. El objeto de la presente demanda es la anulación del Expediente Coactivo Nro. 0530070140189 y todos sus valores, así como las medidas de embargo trabadas sobre la propiedad inmueble de la empresa recurrente por resultar presuntamente lesivas a sus derechos de propiedad, al debido proceso y de defensa. Se hace hincapié en que la notificación de una serie de actos administrativos llevados a cabo en la etapa coactiva sería irregular.

### *Cuestiones previas*

2. Cabe precisar que al haber sido rechazada la demanda por considerarse que se encuentra incursa en la causal de improcedencia descrita en el artículo 5°, inciso 4) del Código Procesal Constitucional, esto es, por falta de agotamiento de la vía previa administrativa, este Colegiado deberá pronunciarse sobre la constitucionalidad de tal rechazo, más aún cuando la demandante en su recurso de agravio constitucional indica que con tal agotamiento podría convertir en irreparable la agresión a sus derechos, y que, por ello, está excepcionada de agotarla, tal y como lo prescribe el inciso 2), del artículo 46° del Código Procesal Constitucional.

3. Pues bien, teniendo en consideración lo resuelto por el *ad quem*, así como los cuestionamientos relativos al agotamiento de la vía previa por parte de la demandante en su recurso de agravio constitucional, resulta fundamental hacer un análisis de la regla general para cuestionar actos administrativos de naturaleza tributaria (en etapa coactiva), consistente en la obligatoriedad de agotar las vías previas, lo que está dispuesto en el artículo 45° del Código Procesal Constitucional. Al respecto, interesa recordar que una de las finalidades de la exigencia del agotamiento de la vía previa es: *"(...) dar a la Administración Pública la posibilidad de revisar decisiones, subsanar errores y promover su autocontrol jerárquico de lo actuado por sus instancias inferiores, reforzar la presunción de legitimidad de los actos administrativos, para que no llegue al cuestionamiento judicial, actos irreflexivos o inmaduros; y limitar la promoción de acciones judiciales precipitadas contra el Estado"* [Morón Urbina, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N.° 27444*. Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 578].

4. Así, tratándose de procedimientos tributarios, el artículo 104° del Código Tributario establece que los actos de la Administración Tributaria deben ser notificados de acuerdo con las modalidades que se señalan en el citado artículo, de lo contrario la diligencia de notificación no surtirá efecto. En ese caso, es el ejecutor coactivo quien ejerce las acciones de coerción para el cobro de las deudas exigibles, incluyendo expresamente el Código Tributario, como una de sus facultades, el verificar la exigibilidad de la deuda tributaria a fin de iniciar el procedimiento de cobranza coactiva.

5. En el presente caso para entender la existencia y oportunidad de la vía previa, debe precisarse que la empresa demandante

se acogió al beneficio tributario de pago fraccionado y extinción de multas, de acuerdo con lo prescrito por la Ley Nro. 27681, y se estableció que el monto de la deuda acogida ascendía a la suma de S/. 10,298.00, el mismo que debía ser pagado en forma fraccionada de 90 cuotas mensuales de S/. 150.00. Es así que ante la falta de pago de las cuotas mensuales, se procedió a emitir las órdenes de pago, lo que dio lugar al inicio del correspondiente procedimiento de cobranza coactiva. En relación a la Resolución de Ejecución Coactiva Nro. 0530060024342, se puede observar que fue notificada dos meses después de haberse notificado las respectivas órdenes de pago, esto es, el 18 de octubre de 2004.

6. Ahora bien, en relación a las Resoluciones de Ejecución Coactiva Nros. 0530060011301 y 0530060021296, fueron notificadas conjuntamente con sus respectivas órdenes de pago. Cabe precisar que el demandante no ha interpuesto recurso de reclamación en ninguno de los casos.

7. Así, en el Procedimiento de Ejecución Coactiva Nro. 0530060011301 se trabó la medida cautelar de embargo en forma de retención a terceros con el Nro. 0530060021296, y conforme se señala en el Informe Nro. 0052-2012/SUNAT-2J0302, se procedió a trabar la medida de embargo en forma de retención bancaria. Es así que la Administración acumula los procedimientos en el Expediente Coactivo Nro. 0530060021296 y procedió a trabar la medida de embargo en forma de inscripción hasta por la suma de S/. 38, 000.00 (treinta y ocho mil y 00/100 nuevos soles) sobre el bien mueble de propiedad de UNITRONICS S.R.Ltda. ubicado en la Calle Mercaderes, Edificio Panorámico, Tienda Local Nro. 4089, Arequipa, inscrito en la Partida Nro. 1123905. La referida medida de embargo fue notificada el 4 de octubre de 2007 mediante publicación en la página web de la SUNAT, de conformidad con el inciso e) del artículo 104° del Código Tributario, al haber adquirido el contribuyente la condición de no habido. Todas estas secuencias de actos, referenciales por cierto, no serán analizadas por este Colegiado, sin embargo son oportunas para efectos de entender el estado de las cosas en el presente proceso.

***El establecimiento de la queja como vía previa para cuestionar el procedimiento de ejecución coactiva***

8. Teniendo en consideración que durante el transcurso del proceso constitucional la constante de la actora es alegar la vulneración de los derechos al debido proceso y de propiedad al desconocer los actos de notificación realizados por la SUNAT respecto del inicio, el desarrollo y la pérdida del fraccionamiento, ello no resulta ser argumento para desconocer que conforme lo dispone el artículo 155° del Código Tributario, en concordancia con el literal h) del artículo 92° del mismo Código, el contribuyente tiene habilitado el recurso de queja contra las actuaciones o procedimientos que afecten directamente o infrinjan lo establecido en dicho Código.

9. En tal sentido, no se aprecia que la demandante haya acudido mediante la queja ante el Tribunal Fiscal. En efecto, tal como se indica en el referido artículo 155° del Código Tributario, el recurso de queja se presenta cuando existan actuaciones o procedimientos que afecten directamente o infrinjan lo establecido en el Código; debiendo ser resuelto por: "a) El Tribunal Fiscal dentro del plazo de veinte (20) días hábiles de presentado el recurso, tratándose de recursos contra la Administración Tributaria; b) El Ministro de Economía y Finanzas dentro del plazo de veinte (20) días, tratándose de recursos contra el Tribunal Fiscal". Es decir, el plazo de 20 días al que hace referencia la demandante es para resolver y no para presentar la queja, lo que la traduciría en bastante expeditiva en términos de tiempo y en relación al amparo, que pese a ser un "proceso especial", es resuelto por el Poder Judicial en dos instancias, siendo posible -como en el presente caso- presentar el recurso agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, lo que objetivamente le ha tomado mucho más tiempo.

10. Es decir, debe precisarse que la queja se constituye como un medio de defensa que procede en los siguientes casos: a) contra actuaciones o procedimientos de la Administración Tributaria que afecten en forma indebida al administrado; y, b) contra las actuaciones que signifiquen la contravención de las normas que inciden en la relación jurídico-tributaria. La queja se configura como un remedio procesal cuyo objeto es que se respete la formalidad prevista para cada procedimiento. Mediante la queja se puede cuestionar toda actuación de la Administración Tributaria en cualquier clase de procedimientos (fiscalización, contencioso, no contencioso, ejecución coactiva, etc.).

11. Coincidentemente, por Acta de Sala Plena del Tribunal Fiscal N.° 2006-09, se ha establecido que *"Procede que el Tribunal Fiscal en la vía de queja se pronuncie sobre la validez de la notificación de los valores y/o resoluciones emitidos por la administración tributaria,*

*cuando la deuda materia de queja se encuentra en cobranza coactiva"*. El acuerdo que se adoptó en dicha sesión se ajustaría a lo establecido en el artículo 154° del Código Tributario (jurisprudencia de observancia obligatoria para la administración tributaria).

12. En tal sentido, en relación a la excepción de falta de agotamiento de la vía previa y a la afirmación de la demandante de que *"el recurrir a la queja le tomaría al menos seis meses y tornaría en irreparable el daño"*, a juicio de este Colegiado, como se viene explicando, no tiene ningún asidero legal. Por su parte, el artículo 46° del Código Procesal Constitucional prevé las excepciones al agotamiento de la vía previa, que en su inciso 2 indica que no será exigible el agotamiento de las vías previas si: *"... Por el agotamiento de la vía previa la agresión pudiera convertirse en irreparable..."*. Manifiesta la demandante estar comprendida en esta excepción.

13. Para este Colegiado la interposición de la queja tampoco acarrea la ejecución de las medidas cautelares trabadas sobre los bienes de la actora. Ante esto, es necesario establecer que la preexistencia de una deuda es un hecho del que no se tiene duda en el presente caso siendo necesario que la Administración tome todas las medidas para que, una vez concluido el proceso, se puedan ejecutar las garantías que soporten dicha deuda. Ese resulta ser un hecho inobjetable.

14. Ahondando en las cuestiones de tiempo, debe considerarse que la demanda fue presentada el 8 de setiembre de 2008, constituyéndose, como ya se ha referido, la queja en un recurso mucho más expeditivo en términos de tiempo, con lo que dicho argumento quedaría también completamente descartado. En relación con ello además la SUNAT ha presentado a este Colegiado el Informe Nro. 257- 2011-SUNAT/2J0302, que expone que hasta la fecha no se había obtenido ningún producto (ejecutado) de los embargos que se entablaron al contribuyente. Por consiguiente, tratándose de notificaciones defectuosas, sí existe una vía previa en etapa coactiva, lo que en el presente caso no se habría agotado; tampoco se ha acreditado que la actora se encuentra exceptuada del cumplimiento de dicho requisito, resultando en principio de aplicación el artículo 5°, inciso 4) del Código Procesal Constitucional, debiendo entenderse que en los procedimientos de ejecución coactiva, la vía previa administrativa estaría constituida por el correspondiente recurso de queja.

15 Sin embargo, al considerar básicamente que en el presente caso se ha garantizado suficientemente el derecho de defensa, ya que no solamente se tiene la contestación de la demanda y el expediente administrativo, sino además abundante argumentación por parte de la accionante y la emplazada, así como constantes interrogantes acerca de la aplicación de algunos temas y reglas que ya han sido materia de pronunciamiento por la jurisprudencia de este Colegiado, resulta ser propicia la oportunidad para desarrollarlos y entrar a resolver los cuestionamientos de fondo, no sin antes agregar que de la fecha de la presentación de la demanda han transcurrido ya más de cuatro años sin contar con un pronunciamiento jurisdiccional definitivo, lo que se suma como razón para expedir sentencia de fondo.

***Sobre la responsabilidad del uso de claves de seguridad***

16. Resulta importante establecer que la presunta vulneración de los derechos de la empresa demandante se circunscribe a la existencia del procedimiento administrativo como producto de la suscripción al beneficio del pago fraccionado y extinción de multas del RESIT, por parte de su contador y sin la supuesta autorización de los órganos directivos de la empresa demandante. En relación a la responsabilidad de los actos presuntamente cometidos por el profesional de contabilidad, cabe precisar que el sistema tributario PDT es una declaración virtual que sólo puede ser presentada utilizando una clave de acceso SOL, la misma que es entregada bajo condiciones de seguridad y privacidad al contribuyente. En efecto, de acuerdo con el inciso e) del artículo 1° de la Resolución de Superintendencia Nro. 109-2000/SUNAT, la Clave SOL es el "texto conformado por números y letras, de conocimiento exclusivo del usuario, que asociado al Código de Usuario otorga privacidad en el acceso a SUNAT operaciones en línea". De igual manera, se establece que el contribuyente es responsable del uso de la Clave SOL, debiendo tomar las debidas medidas de seguridad.

17. De esto cabe señalar que los cuestionamientos relativos a las responsabilidades administrativas y penales en las que habría incurrido el "ex profesional de contabilidad" de la empresa, y que habría generado el incumplimiento de las obligaciones tributarias, ya que a pesar de no ser imputables a la empresa, la Administración Tributaria ha procedido a embargar sus bienes, no son hechos que deban ser dilucidados en el proceso constitucional de amparo, pues el artículo 9° del Código Procesal Constitucional establece

que "en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa".

18. En el presente caso existe incertidumbre jurídica en torno a si los actos administrativos, el fraccionamiento, la utilización indebida de datos y claves y los incumplimientos tributarios han sido llevados a cabo o son responsabilidad del referido contador público Mario Ángel Alatrista López. En consecuencia, como ya se ha precisado, dicha determinación resulta ser ajena al proceso constitucional de amparo. Además en la STC Nro. 05705-2008-PA/TC, el Tribunal Constitucional expresó que: *"5. Que no obstante lo señalado, la demandante considera que las resoluciones fueron notificadas de forma defectuosa, toda vez que la persona que las recibió no era empleada de la empresa, y porque los documentos no ingresaron por mesa de partes. 6. Que así las cosas, a fin de lograr certeza en el juzgador respecto de la vulneración de derechos constitucionales denunciada, se ha de requerir actuar pruebas como la inspección, que a tenor de lo dispuesto en el artículo 9° del Código Procesal Constitucional, no procede en los procesos constitucionales. 7. Que en consecuencia, en este caso se configura la causal de improcedencia prevista por el inciso 2) del artículo 5° del* Código Procesal Constitucional".

19. Del expediente administrativo alcanzado por la SUNAT y que obra en autos puede evidenciarse también la constancia de la notificación de la Resolución de Intendencia N.° 053-4-20312 en el domicilio fiscal del demandante, cumpliéndose los requisitos mínimos del artículo 104° del Código Tributario. Es así que a fojas 3 de dicho cuadernillo se puede observar el nombre, DNI y firma de la persona encargada de las ventas de la empresa. Cabe hacer esta precisión porque es con esta resolución que se admite y se declara válido el acogimiento del contribuyente a la Ley de Reactivación a través del Sinceramiento de las Deudas Tributarias (RESIT), solicitado por la empresa demandante y que se constituye como antecedente de las resoluciones por el cobro de la deuda, así como del procedimiento de ejecución coactiva reclamado. Dicha notificación es de fecha 28 de mayo de 2003.

20. En torno al RESIT y a la falta de pago de las cuotas mensuales del fraccionamiento, conforme al artículo 7° de la Ley Nro. 27681, Ley del RESIT, se procedió a emitir las Órdenes de Pago Nro. 0530010029288 a 0530010029304, de fecha 14 de enero de 2004, y las Órdenes de Pago Nro. 0530010067465 a 0530010067471, de fecha 30 de julio de 2004, por cada cuota impaga, las que fueron notificadas el 21 de enero y el 19 de agosto de 2004, respectivamente. Asimismo, dado que se acumularon más de tres cuotas vencidas y pendientes de pago, se procedió a emitir por la totalidad de las cuotas pendientes de pago, la Orden de Pago Nro. 05300100607, de fecha 2 de agosto de 2004, de modo que debe desestimarse este extremo de la demanda.

***Sobre la notificación conjunta de las órdenes de pago y las resoluciones de ejecución coactiva***

21. Otro de los asuntos que merece flexión para este Tribunal es el relativo a la notificación conjunta de las resoluciones de orden de pago y de ejecución coactiva, situación que, en este proceso, también fue materia de pronunciamiento por el *a quo*. A tal efecto, el artículo 78° del Código Tributario dispone que las órdenes de pago constituyen el requerimiento de pago de obligaciones previamente determinadas por el propio contribuyente, y autorizan a iniciar, por el mérito de su notificación, el procedimiento de cobranza coactiva dado que corresponden a deudas vencidas y exigibles. En el caso de órdenes de pago emitidas por pérdida de fraccionamiento, éstas corresponden también a obligaciones reconocidas por el contribuyente que al solicitar tal beneficio asume deudas pendientes de pago en situación de exigible, y solicita su pago fraccionado, de acuerdo con lo establecido por la Ley Nro. 27681.

22. Este Tribunal no ha puesto en tela de juicio ni en discusión la exigibilidad de tales órdenes de pago; lo que ha declarado inconstitucional por atentatorio del debido proceso y en particular del derecho de defensa, es la ***notificación conjunta de dos valores de distinta naturaleza***. En esta línea la STC 3797-2006-AA/TC precisa que *"(...) aunque efectivamente se trata de una deuda exigible de acuerdo con la legislación tributaria, ello no implica que la administración, abusando de sus facultades, notifique en un mismo acto los dos documentos de pago, puesto que el debido procedimiento administrativo obliga a salvaguardar el interés general y, en particular, los derechos constitucionales de los administrados. Se deduce, entonces, que la demandada trata de confundir al juzgador manifestando que -luego de la presentación de la declaración jurada del ITAN, de verificarse el incumplimiento de*

*pago del mismo, la SUNAT emitirá la Orden de pago respectiva, las cuales después de haber transcurrido el plazo para su cancelación, recién son transferidas al área de cobranza coactiva. Señala además, que el demandado cuenta con un plazo de de siete (7) días para cancelar la deuda" (escrito de SUNAT a fojas 229 de autos). Sin embargo, no hace referencia a que es imposible que ese hecho se haya dado en el presente caso, en el que ambos valores fueron notificados el mismo día y a la misma hora, y que estos siete (7) días a los que alude transcurren una vez iniciada la cobranza coactiva, esto es, en la etapa de ejecución de la deuda impaga y bajo apercibimiento de dictarse las medidas cautelares o de iniciarse la ejecución forzada de las mismas".* Asimismo, en la STC 00649-2002-AA/TC este Tribunal subrayó que *"... el derecho de defensa consiste en la facultad de toda persona de contar con el tiempo y los medios necesarios para ejercerlo en todo tipo de procesos, incluidos los administrativos, lo cual implica, entre otras cosas, que sea informado con anticipación de las actuaciones iniciadas en su contra..."*. También en la Resolución Aclaratoria Nro. 1 del expediente Nro. 03793-2006-AA/TC, se expresó que *"7. En el Estado Constitucional la actuación de la administración pública en general y de la administración tributaria en particular no puede ser apreciada únicamente con criterios de legalidad, sino también de constitucionalidad; ésta y no sólo el respeto a la Ley es lo que otorga legitimidad a los actos de la administración tributaria. En ese sentido, se aprecia que en el caso de autos lo expuesto por este Tribunal, se debió a circunstancias muy particulares en las que la administración inclusive hizo afirmaciones inexactas con la finalidad de confundir al juzgador. Por ello, debe hacerse hincapié en que la demandada por lo menos deberá esperar a que la orden de pago se haga exigible (artículos 106° y 115° del Código Tributario) para proceder a notificar la Resolución de Ejecución Coactiva. En adición a lo anterior, señalan, debe hacerse referencia a que las limitaciones de orden legal no pueden constituir motivación para actuaciones arbitrarias y lesivas al contribuyente..."*.

23. En tal sentido queda claro que a partir de la publicación de la sentencia recaída en el Exp. N.° 03797-2006-PA/TC en el diario oficial *El Peruano* (1 de julio de 2007), resu1taba ser de obligatorio cumplimiento las precisiones respecto a la notificación por separado de dichas resoluciones precisión que este Colegiado ha establecido en materia de notificación conjunta de resoluciones expedidas por la Administración, no siendo aplicable por razones de temporalidad a la presente demanda al tratarse de procedimientos cuyas resoluciones han sido notificadas antes de la publicación de dicha sentencia.

24. Por su parte, enfatizando tales criterios, la Administración Tributaria argumenta que debido a que las órdenes de pago corresponderían a deudas ya vencidas, impagas, exigibles y reconocidas por el propio deudor a través de su declaración tributaria, el inciso d) del artículo 115° del Código Tributario establece que sólo el mérito de notificación conforme a ley autoriza el inicio del procedimiento de cobranza, por lo que no habría necesidad de la notificación por separado de los ya referidos documentos de pago. Ante tal afirmación cabe precisar que la vulneración de los derechos del contribuyente se genera en el momento/acto de la notificación conjunta, no teniendo relevancia la eficacia de los valores en cuestión, quedando descartado tal argumento.

25. Ahora bien, la SUNAT señala también que el Tribunal Fiscal viene aplicando una interpretación sesgada del criterio expuesto en la STC 03797-2006-PA/TC, al haberse declarado la nulidad de procedimientos de cobranza coactiva por el sólo hecho de la notificación conjunta, sin analizar si el contribuyente interpuso recursos administrativos, ni las circunstancias particulares en las que se dio dicha sentencia constitucional, lo que habría llevado a que dicho tribunal administrativo, a través de los recursos de queja planteados por los contribuyentes, haya declarado nulo procedimientos de cobranza coactiva, incluso iniciados muchos años antes de la sentencia ITAN (RTF's Nros. 12243-9-2011, 12348-7-2009 y 13880-2-2009), ***comprometiendo incluso la devolución de lo ya cobrado a deudores que tenían acumulada cuantiosa deuda tributaria*** como son Pamericana Televisión, Club Alianza Lima, entre otros. También se ha establecido, en aplicación de tal criterio, la ***no compensación de los montos a devolver*** por interpretación del Tribunal Fiscal.

26. En relación a ello este Colegiado debe precisar que con la precisión establecida de observancia obligatoria a el Exp. 3797-2006-PA/TC no ha pretendido revivir procedimientos fenecidos ni mucho menos premiar a los contribuyentes que mantienen obligaciones antiguas y cuantiosas con la SUNAT, así como tampoco puede legitimar a aquellos profesionales del derecho que se dedican a interponer sendos recursos administrativos con el solo fin de que su cliente se vea beneficiado con una interpretación parcial de las reglas que ordena

el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia. Ante ello, se considera oportuno establecer reglas en torno a la aplicación del criterio en referencia respecto de la indebida notificación conjunta de órdenes de pago y resoluciones de ejecución coactiva:

a) *La regla de la nulidad de la notificación conjunta de la orden de pago (OP) y la resolución de ejecución coactiva (REC) implica la nulidad de la REC y no solamente afecta la excepción de falta agotamiento de la vía previa, pues la lesión del derecho de defensa tiene eficacia en el fondo del proceso constitucional. Ante ello, será declarada fundada la demanda en la que se alegue y pruebe dicha notificación conjunta de resoluciones a partir del 1 de julio de 2007.*

b) *La regla de la nulidad de la notificación conjunta de la OP y la REC resulta aplicable a los procedimientos notificados a partir de la publicación de dicha sentencia (ITAN), esto es, a todas las notificaciones conjuntas, a partir del 1 de julio de 2007. Es decir, tal regla no puede ser aplicada retroactivamente. En todo caso, si los órganos de la Administración Tributaria hubiesen aplicado dicha regla a procedimientos anteriores, deberá, a partir de la presente sentencia, aplicarse los criterios debidamente interpretados de este Tribunal, no habilitándose ningún procedimiento o acto administrativo relativo a estos últimos casos.*

*c) Respecto a la devolución y la compensación de lo recaudado en procedimientos en que hayan sido notificadas conjuntamente la OP y la REC, este Colegiado estima que, conforme a los criterios de proporcionalidad y razonabilidad y al tener en cuenta que se trataría de procedimientos recientes (a partir del 1 de julio de 2007), se habilita la posibilidad de solicitar la devolución u otros mecanismos de extinción de la deuda tributaria, lo que deberá de hacerse de conformidad a las normas del Código Tributario.*

***En cuanto a la constitucionalidad de las medidas cautelares***

27. Las medidas cautelares y en particular la de embargo se enmarcan dentro de un procedimiento de cobranza coactiva. Este Tribunal ya ha tenido oportunidad de señalar que el procedimiento de ejecución coactiva, que nace como una manifestación de la autotulela de la Administración, *"es la ,facultad que tienen algunas entidades de la administración pública para hacer cumplir actos administrativos emitidos por la misma Administración, es decir, las obligaciones exigibles deben provenir de materias propias de las funciones que cada entidad tiene, basadas en el reconocimiento que cada ley especial ha considerado para cada Administración, o sea, siempre dentro de un marco normativo"* (STC N.° 774-99-AA/TC, fundamento 4).

28. Asimismo, en ese derrotero este Tribunal ha establecido que por la ejecutoriedad del acto administrativo se habilita a la Administración *"hacer cumplir por sí misma un acto administrativo dictado por ella, sin la intervención del órgano judicial, respetando los límites impuestos por mandato legal, así como a utilizar medios de coerción para hacer cumplir un acto administrativo y a contar con el apoyo de la fuerza pública para la ejecución de sus actos cuando el administrado no cumpla con su obligación y oponga resistencia de hecho. La ejecutoriedad es, pues, una consecuencia del acto administrativo y su sustento constitucional tiene origen en el numeral 1 del artículo 118° de nuestra Carta Magna, que ordena al Presidente de la República –y, por ende, al Poder Ejecutivo y a toda la Administración Pública- a* "cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales" (STC 0015-2005-PI/TC, fundamentos 44 y 45).

29. Ahora bien, esta facultad de autotulela de la Administración Pública de ejecutar sus propias resoluciones -sustentada en los principios de presunción de legitimidad y de ejecución de las decisiones administrativas-, *"implica la tutela de los derechos fundamentales de los administrados que pueden verse amenazados o vulnerados por la actividad de la Administración, como son los derechos al debido procedimiento y a la tutela judicial efectiva"* (STC 0015- 2005-PI/TC, fundamento 46). Así por ejemplo este Tribunal, como ya se ha referido, ha tenido oportunidad de decir que la notificación simultánea de una orden de pago (OP) y la resolución de ejecución coactiva (REC) es *"una actuación de naturaleza irrazonable y claramente desproporcionada"* que vulnera el derecho de defensa (SIC N.° 03797-2006-PA/TC, fundamento 2.2.a).

30. En el presente caso, en cuanto a las medidas cautelares, del Informe Nro. 0052-2012/SUNAT-2J0302, en el Procedimiento de Cobranza Coactiva Nro. 0530060011203, se aprecia que se trabó medida de embargo en forma de retención a terceros mediante Resolución Nro. 0530070008623, notificada el 23 de abril de 2004, efectuándose hasta dos

requerimientos de tal medida. En la actualidad dicha medida está en situación de activa.

31. En relación al procedimiento de cobranza coactiva Nro. 0530060021296, se procedió a trabar medida de embargo en forma de retención bancaria mediante Resolución Coactiva Nro. 0530070073797, la misma que fue notificada el 4 de mayo de 2006; el estado actual de tal medida es también de activa y sin resultado.

32. Cabe precisar que los expedientes coactivos 0530060011301, 0530060024342 y 0530060021296 eran los mismos; así, mediante Resolución Coactiva Nro. 0530070073481, de fecha 26 de abril de 2006, se procedió a acumularlos al Coactivo Nro. 0530060021296 y se dispuso trabar medida de embargo en forma de inscripción hasta por la suma de S/. 38, 000 y 00/100 (treinta y ocho mil nuevos soles) sobre el bien inmueble de propiedad de la demandante, lo que fue notificado el 4 de octubre de 2007 mediante publicación en la página web de SUNAT, en el marco del artículo 104° del Código Tributario.

33. De lo actuado puede colegirse que el monto final no pagado de la deuda acogida al pago fraccionado ascendía a la suma de S/. 10, 749.00. Obviamente dicho monto se encontraría desactualizado a la fecha. Sin embargo, cabe precisar que la Administración se encuentra obligada a demostrar que el monto embargado guarda absoluta relación con la suma adeudada; esto es, se considera, en principio, desproporcionado que el monto embargado triplique o cuadruplique al monto adeudado, a menos que de lo actuado se advierta alguna otra circunstancia. También es oportuno expresar que es obligación de los organismos recaudadores, en este caso de la SUNAT, el mantener un cálculo vigente de lo adeudado, incluyendo todos los conceptos que ordene la ley.

34. Debe tenerse en cuenta además que la SUNAT no puede mantener activas tres distintas medidas cautelares en contra del contribuyente, más aún si con alguna de ellas ya estaría asegurada la suma adeudada (embargo sobre bien inmueble). Ante ello, no resulta ser argumento válido el hecho de que alguna de las medidas no haya arrojado un resultado, pues con solo poner en conocimiento de las entidades bancarias y financieras o de terceros la existencia de una deuda impaga y la posible disposición de fondos de la recurrente, se impondría un límite o restricción al derecho de propiedad, considerando que la medida se encuentra todavía activa, debiendo estimarse este extremo de la demanda.

35. Por último, es importante recalcar que es la Administración Tributaria la encargada de desactivar o levantar las medidas cautelares cuando, de acuerdo con lo señalado en los fundamentos precedentes, la deuda ya estuviese asegurada con una de las medidas impuestas al contribuyente. Así como también es obligación de la Administración Tributaria demostrar que el monto de dicha garantía guarda estricta relación con la suma adeudada, incluyendo todos los conceptos que establece la ley.

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA** la demanda en el extremo relativo a la vulneración del derecho al debido proceso por mantenerse activas tres medidas cautelares de embargo contra la recurrente (retención a terceros, retención bancaria y embargo en forma de inscripción registral), debiendo cumplir la Administración con garantizar la deuda en la suma y forma que corresponda, de acuerdo con lo precisado en los fundamentos 27 a 35 de la presente sentencia.

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

3. Establecer como Doctrina Jurisprudencial Vinculante, conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los criterios expuestos en los fundamentos 8, 9, 10, 12, 13, 14, 23, 26, 33, 34 y 35.

4. Poner en conocimiento de la SUNAT y del Tribunal Fiscal la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**CALLE HAYEN**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.° 00005-2010-PA/TC
AREQUIPA
UNITRONIC S.R.L.

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI**

Emito el presente voto singular bajo las siguientes consideraciones:

1. En el presente caso la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra la Intendencia Regional de Arequipa (SUNAT), su Ejecutor y su Auxiliar Coactivo, con el objeto de que se declare la nulidad del Expediente Coactivo N° 0530070140189, con todos sus valores u resoluciones expedidas, puesto que considera que se le está afectando sus derechos de empresa, de propiedad, al debido proceso y de defensa, ya que resultan desproporcionadas e irracionales sus decisiones.

   Refiere la empresa recurrente que debido a conductas reprochables al ex contador de ésta, se vio obligada a acogerse a un fraccionamiento tributario que nunca le fue notificado, al igual que las resoluciones producto del procedimiento de ejecución coactiva. Indica que la administración no ha cumplido con los requisitos legales mínimos para una debida notificación. Asimismo considera arbitrario que la administración haya ordenado el embargo sobre su propiedad inmueble inscrita en la Partida Electrónica N° 01123905, puesto que no se llevo debidamente.

2. La SUNAT contesta la demanda expresando que la demandante debió de interponer el recurso de queja y así ejercer su derecho de contradicción en la vía y plazo de ley. En cuanto a la notificación de las resoluciones emitidas manifiesta que han sido debidamente notificadas, habiéndose procedido de manera gradual y razonada para la cobranza de una deuda impaga, haciendo uso de los mecanismos que le confiere la legislación tributaria.

3. El Segundo Juzgado Transitorio en lo Civil de Arequipa declaró fundada en parte la demanda considerando que la conducta de la administración resulta vulneratoria de los derechos de la demandante, puesto que no debió de notificarse de manera conjunta la orden de pago y la resolución de ejecución coactiva, declarando improcedente la demanda en lo demás que contiene. La Sala Superior revisora revocando la apelada declara la improcedencia de la demanda considerando que la recurrente no ha cumplido con agotar la vía previa administrativa.

4. El artículo 5.4. del Código Procesal Constitucional establece que no proceden los procesos constitucionales cuando no se haya agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por el Código y en el proceso de hábeas corpus.

5. No obstante ello, el artículo 46° del Código Procesal Constitucional establece una serie de excepciones a la referida regla, no siendo exigible el agotamiento de las vías previas en los supuestos siguientes: "1) Cuando una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencer el plazo para que quede consentida; 2) Cuando por el agotamiento de la vía previa la agresión pudiera convertirse en irreparable; 3) Cuando la vía previa no se encuentra regulada o ha sido iniciada innecesariamente por el afectado; o 4) Cuando no se resuelve la vía previa en los plazos fijados para su resolución".

6. En el presente caso tenemos que la pretensión de la recurrente tiene como principales argumentos que:

   a) Se declare la nulidad del Expediente Coactivo N° 0530070140189, puesto que no se le notificaron lo referido al fraccionamiento al que se acogió obligada por los actos irregulares de su contador;

   b) Tampoco se le notificó el no pago de una cuota que generaba la resolución de deuda;

   c) Las resoluciones coactivas no han sido emitidas respetándose el debido proceso puesto que una resolución no existe constancia de recepción por nuestra parte y en otras se expresan que existe negativa de recepción no señalando otros detalles, no se ha identificado al notificador, ni se ha dejado constancia si el cedulón ha sido pegado en la puerta; y

   d) Que se le afecta su derecho de propiedad puesto que su propiedad se encuentra embargada debido a un procedimiento administrativo en el que no ha sido notificado debidamente.

7. El artículo 45° del Código Procesal Constitucional establece en su artículo 45° que *"El amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo."* En este sentido se aprecia que en el artículo 155° del Código Tributario se establece que *"La queja se presenta cuando existan actuaciones o procedimientos que afecten directamente o infrinjan lo establecido en este Código, en la Ley General de Aduanas, su reglamento y disposiciones administrativas en materia aduanera; así como en las demás*

*normas que atribuyan competencia al Tribunal Fiscal.”*, en concordancia con el literal h) del artículo 92° del mismo código que establece que los deudores tributarios tienen derecho a: “h) Interponer queja por omisión o demora en resolver los procedimientos tributarios o por cualquier otro incumplimiento a las normas establecidas en el presente Código;”. En tal sentido se advierte claramente– así como lo reconoce el proyecto puesto a mi vista– que existe una vía previa a la que debió recurrir la demandante a efectos de cuestionar los presuntos actos irregulares dados en el procedimiento coactivo, sin embargo no lo hizo, siendo de aplicación el artículo 5.4 del Código Procesal Constitucional.

8. No obstante la improcedencia de la demanda por no haberse agotado la vía previa considero necesario expresar que considero que la resolución mayoritaria incurre en graves errores puesto que se pronuncia por cuestiones, primero, que han sido resueltas con sentencias emitidas posteriormente a la actuación de la administración tributaria; y segundo, se pronuncia por cuestiones que no han sido materia de cuestionamiento en la demanda, como si el embargo excedió o no el monto de la deuda, puesto que el argumento principal utilizado por la recurrente está referido únicamente a la irregularidad en las notificaciones. Asimismo cabe expresar que los argumentos de irregularidad están referidos a que no se señaló el nombre del notificador, o que no se detalló la propiedad, entre otras cuestiones que no forman parte del derecho al debido proceso. Finalmente debo expresar que la resolución puesta a mi vista declara doctrina jurisprudencial vinculante fundamentos que ya han sido expresados en anteriores sentencias por este Tribunal como la STC N° 02044-2009-PA/TC, y cuestiones que normativamente son claras como declarar que la queja constituye una vía previa al proceso constitucional de amparo.

9. Por lo expuesto considero que solo corresponde declarar la improcedencia de la demanda en aplicación del artículo 5.4 del Código Procesal Constitucional.

Por las razones expuestas, mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda.

**S.**
**VERGARA GOTELLI**

***Sentencia 00937-2013-HD/TC***

*Proceso de habeas data interpuesto por la Asociación Lumen Gentium. El Tribunal estimó la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho de acceso a la información pública.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 27 de marzo de 2014

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda interpuesta por la recurrente, por haberse acreditado la vulneración de su derecho de acceso a la información pública, pues la Sunat no le entregó la información que solicitó. Por tanto, el Tribunal dispuso la entrega a la demandante de todas las circulares relacionadas con la facultad discrecional de la Sunat en la aplicación de multas expedidas en los años 2008 a 2010, previo pago del costo real que implique la reproducción de dicha información.

El Tribunal indicó que el carácter de confidencialidad que la Sunat ha atribuido a las circulares no cumple con las características que la ley exige para ello, pues el establecimiento de una política general para desincentivar la evasión tributaria no puede ser aparejada como una estrategia de aplicación frente a la posibilidad vaga de instauración de procedimientos administrativos sancionadores, pues la excepción invocada expresamente exige la existencia de una procedimiento administrativo en curso para restringir constitucionalmente información en los términos que alegó la emplazada.

**Temas Claves:** Acceso a la información pública — información confidencial.

EXP. N.° 00937-2013-PHD/TC
PIURA
ASOCIACIÓN LUMEN GENTIUM

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 28 días del mes de noviembre de 2013, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Vergara Gotelli, Calle Hayen y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Asociación Lumen Gentium, representada por su director ejecutivo, don Marlon Iván García Hilbck, contra la resolución de fojas 347, su fecha 21 de diciembre de 2012, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, que declaró improcedente la demanda de autos.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 5 de junio de 2011, la Asociación recurrente interpone demanda de hábeas data contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria-Sede Piura (Sunat-Piura) solicitando la entrega de las circulares relacionadas con la facultad discrecional de la Administración Tributaria en la aplicación de multas, en especial, las referidas al régimen de detracciones expedidas en los últimos tres años.

Sostiene haber solicitado la referida información, pues estas circulares no vienen siendo publicadas en la página web de la emplazada pese a que son aplicadas a los contribuyentes a nivel nacional; que sin embargo, mediante Cartas N.os 005-2011-SUNAT/1A00000 y 007-2011-SUNAT/1A00000, la emplazada le ha manifestado que no puede proporcionarle dicha información amparándose en el inciso 4) del artículo 15-B de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública; que dicha información sería confidencial por establecer instrucciones y procedimientos tributarios para el cumplimiento de las funciones de su personal y determinar la estrategia de los abogados de la institución para el inicio y la tramitación de los procedimientos administrativos sancionadores y de fiscalización en el ejercicio de sus facultades discrecionales. Alega que las circulares que solicita son actos de la Administración Pública expedidos con la finalidad de regular parámetros de actuación de los servidores públicos de las distintas dependencias que tienen efectos en los administrados al ser utilizados para establecer gradualidades en los

procedimientos sancionadores, razón por la cual considera que dicha información debe ser difundida al público, particularmente porque la excepción en la que se sostiene la Sunat para no hacer entrega de la misma se fefiere a la existencia de un procedimiento en curso, situación que en su caso no existe.

El representante del procurador público ad hoc de la Sunat propone la excepción de falta de legitimidad para obrar activa y contesta la demanda manifestando que la información requerida se encuentra comprendida en la excepción de acceso a la información pública contenida en el artículo 15-B, inciso 4), del Decreto Supremo N.° 043-2003-PCM, pues la difusión de la circular que solicita el demandante puede revelar ciertas estrategias en la tramitación y el inicio de procedimientos administrativos sancionadores y de fiscalización que podría perjudicar de manera considerable a la Sunat.

El Quinto Juzgado Especializado Civil de Piura, con fecha 16 de enero de 2011, declaró infundada la excepción propuesta y, con fecha 13 de setiembre de 2012, declaró fundada la demanda por estimar que la circular solicitada no es utilizada para un caso concreto como lo exige el inciso 4) del artículo 15-B de la Ley N.° 27806, sino para la generalidad de casos conocidos por la Sunat, y que aun cuando establece la facultad discrecional en la aplicación de sanciones e infracciones, dichas precisiones complementarias y aspectos normativos que regula pueden generar supuestos de arbitrariedad en su aplicación por su desconocimiento, razón por la cual no puede negarse la publicidad a dichos criterios.

La Sala revisora revocó la apelada y declaró improcedente la demanda por estimar que la información requerida diseña una estrategia a través de la cual se busca minimizar los casos de incumplimiento de los depósitos de detracción, así como la evasión tributaria, por lo que se encuentra dentro del supuesto de excepción que contempla el artículo 17.°, inciso 4), del Texto Único Ordenado de la Ley N.° 27806.

**FUNDAMENTOS**

**Delimitación del petitorio**

1. La Asociación recurrente solicita la entrega de las circulares relacionadas con la facultad discrecional de la Administración Tributaria en la aplicación de multas, en especial, las referidas al régimen de detracciones expedidas en los últimos tres años (2008-2010).

**Procedibilidad**

2. Con el documento de fecha cierta de fojas 16, se acredita que el recurrente ha cumplido el requisito especial de la demanda de hábeas data previsto en el artículo 62.° del Código Procesal Constitucional, razón por la que corresponde un pronunciamiento de fondo.

**Argumentos de las partes**

3. La **Asociación recurrente** sostiene que las circulares relacionadas con la discrecionalidad de la Administración Tributaria están referidas a la facultad de fiscalización de la Sunat, que es parte de un programa o plan estratégico destinado a reducir el incumplimiento tributario, mas no regula estrategias cuya aplicación se dé dentro de un proceso, razón por la cual constituyen información pública que no se encuentra incursa en la excepción contenida en el inciso 4) del artículo 17.° del Texto Único Ordenado de la Ley N.° 27806. Asimismo, refiere que su pretensión ha sido recortada únicamente a la circular que la Sunat dice tener respecto del régimen de detracciones, situación que lesiona su derecho al debido proceso pues ha solicitado el acceso a las circulares relacionadas con la aplicación de multas correspondientes a los tres últimos ejercicios, entre las que se encontraría la referida a la facultad de discrecionalidad en el régimen de detracciones.

4. Por su parte, la **SUNAT** ha manifestado que entre los años 2008 y 2010 solo ha encontrado una circular referida a la facultad discrecional en el régimen de detracciones (f. 65) y que el ejercicio de la facultad discrecional de la Administración Tributaria es de carácter reservado, por lo que las disposiciones internas que se imparten no son de conocimiento público porque de serlo desnaturalizarían dicha facultad. Agrega que las normas referidas al Sistema de Pago de Obligaciones Tributarias con el Gobierno Central fueron dadas con la finalidad de poder combatir supuestos de evasión tributaria conforme se indica en el punto 6.2 de la circular, por lo que no podrá aplicarse la facultad discrecional cuando se detecten hechos que presumiblemente constituyan delito de defraudación tributaria, razón por la cual la circular es de carácter reservado por contener la estrategia de la Administración Tributaria para combatir la evasión tributaria (f. 300). Agrega que la circular establece instrucciones para el personal que labora en las áreas de Auditoría y Control de la Deuda referente a la facultad discrecional para sancionar infracciones tributarias y que dicha facultad es potestativa, facultativa, voluntaria y prudencial, por lo que la circular es de carácter reservado (f. 301), más aún cuando contiene estrategias y disposiciones de actuación que deben mantenerse en reserva

para el logro de los fines de Sunat respecto de la recaudación y administración de tributos (f. 315).

**Análisis de la controversia**

5. El inciso 5) del artículo 2.° de la Constitución dispone que toda persona tiene derecho *"a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido".* La Constitución ha consagrado en estos términos el derecho fundamental de acceso a la información pública, cuyo contenido esencial reside en el reconocimiento del derecho que le asiste a toda persona de solicitar y recibir información de cualquier entidad pública, no existiendo, por tanto, entidad del Estado o persona de derecho público excluida de la obligación respectiva.

6. Asimismo, el artículo 10.° de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Ley N.° 27806), establece que

> *Las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control. Se considera información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, así como las actas de reuniones oficiales.*

En reiterada jurisprudencia este Tribunal ha precisado

> *que lo realmente trascendental, a efectos de que pueda considerarse como 'información pública', no es su financiación, sino la posesión y el uso que le imponen los órganos públicos en la adopción de decisiones administrativas, salvo, claro está, que la información haya sido declarada por ley como sujeta a reserva (Cfr. STC N.° 02579-2003-HD/TC, FJ 12).*

7. De la pretensión demandada y los alegatos de las partes, se advierte que la controversia se encuentra circunscrita a determinar si la SUNAT ha respondido el requerimiento del demandante de acuerdo con los términos solicitados y si la circular sobre la aplicación de la facultad discrecional en materia de sanciones de la Sunat constituye o no información confidencial de acuerdo con lo establecido en el numeral 4) del artículo 15-B de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

**Sobre la respuesta del pedido de acceso a la información pública**

8. Con relación al primer aspecto controvertido, corresponde precisar que sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la información pública este Colegiado ha establecido que *"no solo comprende la mera posibilidad de acceder a la información solicitada y la obligación de dispensarla por parte de los organismos públicos, sino que la misma debe ser completa, precisa, correcta, actualizada, oportuna y veraz"* (STC N.os 1797-2002-PHD/TC, 959-2001-PHD/TC, 3574-2011-PHD/TC, entre otras).

9. Para ingresar al análisis de este aspecto, es necesario establecer los términos del pedido de información pública de la Asociación recurrente, que obra a fojas 7. La demandante solicitó a la Sunat lo siguiente:

> Solicitamos a su Despacho se sirva ordenar a quien corresponda se me expidan todas y cada una de **las circulares emitidas por su institución relacionadas con la aplicación de multas correspondientes a los tres últimos ejercicios**, de las que forman parte aquellas circulares referidas a la facultad de discrecionalidad en el régimen de detracciones (sic. f. 7).

En respuesta al pedido de la Asociación recurrente, la Sunat emite la Carta N.° 006-2011-SUNAT/1A00000 (fj. 11 y 12), en la que describe la finalidad por la cual emite circulares y justifica la confidencialidad de las mismas por haber participado los abogados de la entidad y por contener sus estrategias en la tramitación e inicio de los procedimientos administrativos tributarios y de fiscalización basada en el inciso 4) del artículo 15-B de la Ley N.° 27806; asimismo, manifiesta:

Respecto al periodo solicitado (tres últimos ejercicios que corresponden a los años 2008 al 2010), precisamos que hemos encontrado solo una Circular referida a la facultad de discrecionalidad en el régimen de detracciones que lamentablemente no la podemos proporcionar en tanto se encuentra en la excepción legal mencionada en el párrafo anterior al referirse a nuestras estrategias vinculadas a la ejecución de los procedimientos administrativos sancionadores a cargo de las áreas de control de la deuda y de fiscalización (f. 12).

> Con fecha 26 de abril de 2011 (f. 13) la Asociación recurrente presentó un pedido de aclaración que textualmente señala lo siguiente:
>
> (...) cumplimos con **ACLARAR** nuestro pedido en el sentido que la información solicitada está referida a las circulares relacionadas con la facultad discrecional en la aplicación de multas, de las que forman parte aquellas circulares referidas a la facultad de discrecionalidad en la aplicación de multas del régimen de detracciones (f. 13).

10. Como es de verse, la Sunat dio una respuesta parcial al pedido de la Asociación demandante pues, a su parecer, el pedido únicamente se encontraba destinado a acceder a la información referida a las circulares relacionadas con la facultad de discrecionalidad en el régimen de detracciones; sin embargo, se desprende de la petición original, reiterada en el escrito de aclaración antes detallado, que su pedido de información tenía por objeto acceder a todas y cada una de las circulares relacionadas con la aplicación de multas de los últimos tres ejercicios, conforme fue resaltado en el escrito, con el cual también solicitaba las circulares referidas a la facultad de discrecionalidad en el régimen de detracciones, más no únicamente estas últimas. En consecuencia, se evidencia que la respuesta que la Sunat proporcionó a la recurrente lesionó el derecho de acceso a la información pública invocado debido a que solo respondió parcialmente al pedido de la recurrente, razón por la cual este extremo debe ser estimado.

**Sobre las circulares de la Sunat y la información confidencial**

11. Con relación al segundo aspecto de la controversia, corresponde citar el contenido de la norma en la que se ampara la Sunat para denegar el acceso a la información a la recurrente. El numeral 4) del artículo 15-B de la Ley N.° 27806 (regulado en iguales términos en el numeral 4 del artículo 17 del TUO de la Ley N.° 27806), establece lo siguiente:

> El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente:
>
> 4. La información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado. Esta excepción termina al concluir el proceso.

12. Cabe mencionar adicionalmente que "de acuerdo con el principio de máxima divulgación, la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción (STC N.° 2579-2003-PHD/TC), de ahí que las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas" (STC N.° 3035-2012-PHD/TC).

    Al respecto, vale recordar que la identificación de información restringida se vincula al contenido de la información que se clasifica como *reservada, secreta o confidencial*, lo que en el análisis jurisdiccional requiere necesariamente del conocimiento integral de aquel documento o información considerado clasificado a efectos de determinar si la cualidad asignada por la Administración para denegar su acceso resulta constitucionalmente legítima.

13. En el presente caso, el juez de primer grado, a través de la Resolución N.° 21, de fecha 20 de agosto de 2012 (f. 276), requirió a la Sunat la entrega de la única circular que sobre el pedido de la recurrente refirió resguardar, documento que fue remitido a dicha instancia en sobre lacrado el 29 de agosto de 2012 (f. 281).

    Del análisis de la Circular N.° 15-2008-TI, de fecha 30 de mayo de 2008, se advierte que su contenido establece, por un lado, la política institucional de incentivos frente a la regularización voluntaria de obligaciones tributarias únicamente referidas a las infracciones y sanciones contenidas en el numeral 1) del artículo 178.° y el numeral 5) del artículo 176.° del Código Tributario, y el punto 1 del numeral 12.2 del artículo 12.° del Decreto Legislativo N.° 940 (SPOT). Por otro lado, también contempla los supuestos en los cuales esta política de incentivos no resulta aplicable a los infractores tributarios, así como la aplicación de la misma a las multas ya emitidas.

14. Como se puede apreciar, el carácter confidencial que la Sunat ha atribuido a la Circular N.° 15-2008-TI no cumple las características que la ley exige para ello, pues el establecimiento de una política general para desincentivar la evasión tributaria no puede ser aparejada como una estrategia de aplicación frente a la posibilidad vaga de instauración de procedimientos administrativos

sancionadores, pues la excepción invocada expresamente exige la existencia de una procedimiento administrativo en curso para restringir constitucionalmente información en los términos que alega la emplazada y que han sido detallados en el fundamento 4 *supra*.

En todo caso, del referido contenido se puede identificar una suerte de beneficio tributario que la Sunat *motu proprio* ha decidido implementar a favor de los contribuyentes, que aun cuando han infringido las normas tributarias contenidas en el numeral 1) del artículo 178.° y el numeral 5) del artículo 176.° del Código Tributario, y el punto 1 del numeral 12.2 del artículo 12.° del Decreto Legislativo N.° 940 (SPOT), podrían verse beneficiados si corrigieron su conducta de acuerdo con las pautas que la citada circular establece. Por lo tanto, el hecho de que dicha circular señale pautas de acción para el personal de la Sunat que labora en determinadas áreas y que estas posiblemente hayan sido elaboradas por los abogados de la institución para regular adecuadamente su facultad de discrecionalidad en la imposición de sanciones en los supuestos específicos citados no identifica la existencia de una estrategia legal aplicable a un expediente administrativo en trámite, como la norma exige, para justificar la restricción de acceso a dicha circular, pues su propio contenido indica que su aplicación es de carácter general, por lo que incluso de admitirse los alegatos de la Sunat, dicha circular no cumpliría la cualidad temporal que la citada excepción establece en su párrafo final, razón por la cual la restricción impuesta por la Sunat a la referida información carece de sustento legal, y, por ende, lesiona el derecho de acceso a la información pública de la Asociación demandante, por lo que también corresponde estimar este extremo de la demanda.

15. En la medida que en el caso de autos, ha quedado acreditada la lesión del derecho invocado, corresponde ordenar que la Sunat asuma el pago de los costos procesales en atención a lo dispuesto por el artículo 56.° del Código Procesal Constitucional, el cual deberá ser liquidado en la etapa de ejecución de la presente sentencia.

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho de acceso a la información pública de la Asociación Lumen Gentium.

2. **DISPONER** la entrega de todas y cada una de las circulares relacionadas con la facultad discrecional de la Administración Tributaria en la aplicación de multas expedidas en los últimos tres años (2008-2010), incluyendo la Circular N.° 15-2008-TI, de fecha 30 de mayo de 2008, previo pago del costo real que implique la reproducción de dicha información, con costos.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**VERGARA GOTELLI**
**CALLE HAYEN**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

***Sentencia 01711-2014-HC /TC*** *Proceso de habeas corpus interpuesto por Victor Polay Campos y otros. El Tribunal estableció doctrina jurisprudencial vinculante sobre la procedencia del recurso de agravio constitucional excepcional en caso de delito de terrorismo frente a sentencias estimatorias de segundo grado.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 9 de abril de 2014

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró fundado en parte el recurso de agravio constitucional interpuesto por el procurador del Instituto Nacional Penitenciario respecto al habeas corpus presentado por Victor Polay Campos y otros internos del Centro de Reclusión de la Base Naval — CEREC.

En atención a que el terrorismo es un delito de carácter pluriofensivo (que atenta contra la vida, la libertad y la seguridad personal, que mantiene a la sociedad en un estado de alarma o temor, amenazando las bases sociales y la propia existencia del Estado) y atendiendo a los deberes primordiales del Estado de defender la soberanía nacional, proteger la vigencia de los derechos humanos y a la población frente a las amenazas contra su seguridad, se reconoció la necesidad de proveer mecanismos procesales que permitan el control de decisiones erradas que bajo el pretexto de proteger derechos fundamentales terminen atentando contra otros bienes constitucionales.

De esta manera, y dada la importancia para el mantenimiento del régimen constitucional y democrático que implica el combate contra el terrorismo, el Tribunal consideró necesario complementar la regla jurisprudencial establecida a través de las sentencias 02663-2009-HC/TC y 02748-2010-HC/TC, y entender que, más allá de los supuestos establecidos en el artículo 202 de la Constitución, el Tribunal es competente para revisar, vía recurso de agravio constitucional, las sentencias estimatorias expedidas en procesos constitucionales relativos al delito de terrorismo que en segunda instancia hayan declarado fundada la demanda.

Por otro lado, el Tribunal señaló que el régimen vigente en el CEREC relativo a las visitas solo para parientes cercanos, no constituye una restricción ilegítima ni irrazonable del derecho a las visitas de los recurrentes, pues se encuentra justificada en la necesidad de evitar que los recurrentes en su calidad de cabecillas emitan directivas al exterior del penal. Adicionalmente, señaló que se les debía permitir a los internos, de un modo acorde con las condiciones de máxima seguridad del establecimiento, la posibilidad de estudiar, pues estos aún conservan su derecho a la educación. No obstante, ello no implica su traslado a otro penal.

**Temas Claves:** Derecho a la educación — doctrina jurisprudencial vinculante — recurso de agravio constitucional — régimen de visitas — terrorismo.

EXP. N.° 01711-2014-PHC/TC
LIMA
VÍCTOR POLAY CAMPOS Y OTROS

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 8 días del mes de abril de 2014, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Mesía Ramírez y Álvarez Miranda, y el fundamento de voto del magistrado Eto Cruz, que se agregan.

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por el Procurador Público del Instituto Nacional Penitenciario contra la sentencia de la Quinta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 458, su fecha 17 de enero del 2014, que declaró fundada la demanda de autos.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 20 de junio de 2013 los señores Victor Polay Campos, Peter Cárdenas Schulte, Óscar Ramírez Durand y Miguel Rincón Rincón, internos del Centro de Reclusión de la Base Naval (CEREC) interponen demanda de hábeas corpus y la dirigen contra el Presidente del Instituto Nacional Penitenciario. Alegan que a los internos del CEREC se les sigue aplicando el Decreto Ley N° 25744 de forma discriminatoria e inconstitucional y que el Decreto Supremo N° 024-2001-JUS viene prevaleciendo sobre la Constitución y el Código de Ejecución Penal. También señalan que si bien el Código de Ejecución Penal prevé que el tratamiento penitenciario se realiza sobre la base de un sistema progresivo, ello no ha sido considerado por el Reglamento del CEREC. Alegan también que no existe un Director del CEREC sino un Jefe con voz pero sin voto en el Comité Técnico, cuando el Código de Ejecución Penal señala que en todo establecimiento penal debe haber un director que ha de ser la máxima autoridad y responsable de la seguridad y de la Administración, así como del cumplimiento del Código de Ejecución Penal y su reglamento.

También cuestionan que las visitas familiares están restringidas solo a los familiares directos hasta el segundo grado de consanguinidad, cuando el Código de Ejecución Penal prevé en su régimen más restrictivo que los internos tienen derecho de visitas de familiares hasta el cuarto grado. Alega que ello atenta contra la protección de la Constitución a la familia y su medio familiar. De otro lado, sostienen que se vulnera el derecho a la educación por cuanto en el CEREC no hay condiciones para que los internos estudien cursos a distancia, ni tampoco se ha aceptado que estudien cursos de educación técnica.

Realizada la investigación sumaria, la juez a cargo del 25° Juzgado Penal de Lima tomó las declaraciones indagatorias de los demandantes quienes a fojas 11, 13, 16 y 20 ratifican los términos de la demanda. Por su parte, el Presidente del Instituto Nacional Penitenciario, José Luis Pérez Guadalupe, a fojas 33, señala que el Decreto Ley 25744 -que los demandantes alegan que se les viene aplicando- no se les aplica ni forma parte del ordenamiento jurídico nacional por cuanto el Tribunal Constitucional la expulsó del ordenamiento a través de la STC N° 010-2002-AI. Asimismo, refiere que de acuerdo al régimen excepcional que rige en el CEREC, regulado por Decreto Supremo N° 024-2001-JUS, no les alcanza el tratamiento progresivo establecido para los regímenes cerrado ordinario y cerrado especial. Finalmente, refiere que de acuerdo al artículo 14 del referido reglamento del CEREC "los internos podrán acceder a actividades culturales y educativas, para lo cual contarán con material de lectura en los servicios de la biblioteca y hemeroteca del CEREC (…)" por lo que no se contempla la posibilidad de educación técnica a distancia que invocan los accionantes.

Con fecha 23 de agosto de 2013, el 25° Juzgado Penal de Lima declara infundada la demanda por considerar que no se verifica que los internos del Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval del Callao se encuentren en una situación de discriminación en comparación con los demás presos del país debido a que la normativa que rige la vida carcelaria en un penal común es diferente a la prevista para el régimen del referido centro de reclusión, donde están ubicados internos que han cometido delitos con un mayor reproche penal. Además, señala que el centro penitenciario no resulta violatorio de los derechos de los internos puesto que les permite a éstos que puedan desarrollarse y realizar actividades dentro del penal, tienen visitas, se les entrega material de lectura y que si bien los internos cuestionan la demora en la entrega de dicho material, ello se debe a que deben ser revisados por cuanto se trata de un centro de reclusión de máxima seguridad, en el que los internos están encarcelados por delito de terrorismo lo que justifica esta clase de medidas.

Con fecha 17 de enero de 2014, la Quinta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima por unanimidad resolvió revocar la sentencia recurrida, y reformándola la declaró fundada por considerar que se habrían violado los derechos fundamentales de los demandantes referidos a sus condiciones carcelarias. En este sentido, la sala sostuvo que siendo el objeto de la pena la rehabilitación y reincorporación del penado en la sociedad, resulta un contrasentido el imponer

a los internos limitaciones al sostenimiento de los vínculos familiares y amicales porque al hacerlo le genera situaciones de estrés que lo deshumanizan y degradan. Asimismo, respecto de la posibilidad de acceder a estudios superiores o de formación técnica, se trata de derechos que no le pueden ser negados a ningún preso. Señala también que el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 2700-2006-PHC/TC es errado, puesto que la presunta participación de la Defensoría del Pueblo en el comité técnico penitenciario no es tal, toda vez que desde el año 2004 dicha institución ha dado por concluida su participación en el Comité Técnico de dicho establecimiento penitenciario.

A su vez, dos de los tres magistrados decidieron ordenar al Instituto Nacional Penitenciario reubicar a los demandantes en un establecimiento penitenciario de máxima seguridad que a su vez les garantice el acceso a la salud (física y mental) al trabajo, y a la educación, y que ello se debe dar en el plazo máximo de treinta días. Por su parte, el juez superior León Sagástegui era de la opinión de que lo que se debe ordenar es que el Instituto Nacional Penitenciario en el plazo de treinta días, adopte las medidas correctivas pertinentes.

El recurso de agravio constitucional interpuesto por el Procurador del INPE, alega que se viola la seguridad jurídica por cuanto el fallo en mención desconoce otros fallos ya emitidos por el Poder Judicial y ratificados por el Tribunal Constitucional en los que se determinó que el CEREC no es una prisión militar sino un penal civil, y que se declaró improcedente el traslado del referido penal.

**FUNDAMENTOS**

**I. Del recurso de agravio constitucional**

1. A fojas 657, la Quinta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima concedió el recurso de agravio constitucional interpuesto por el Procurador del Instituto Nacional Penitenciario. La sala consideró que siendo el terrorismo un delito de carácter pluriofensivo (que atenta contra la vida, la libertad y la seguridad personal, que mantiene a la sociedad en un estado de alarma o temor, amenazando las bases sociales y la propia existencia del Estado) y asimismo, atendiendo a los deberes primordiales del Estado de defender la soberanía nacional, proteger la vigencia de los derechos humanos y a la población frente a las amenazas contra su seguridad (artículo 44° de la Constitución), era preciso extender los alcances de la doctrina jurisprudencial establecida por este Tribunal Constitucional a través de las sentencias N° 2748-2010-HC/TC y 2663-2009-HC/TC, criterio, según el cual, de manera excepcional los procesos constitucionales que el Poder Judicial haya declarado fundados en segunda instancia y estén relacionados con el tráfico ilícito de drogas o lavado de activos pueden ser objeto de control a través del recurso de agravio constitucional.

2. Al respecto, este Tribunal debe recordar que, en efecto, a través de las referidas sentencias, y de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se fijó una doctrina jurisprudencial que habilita la procedencia del recurso de agravio constitucional para la revisión de las sentencias recaídas en procesos constitucionales relacionados con el tráfico ilícito de drogas y lavado de activos que resulten estimatorias. Ello en virtud del deber estatal de combatir el tráfico ilícito de drogas (artículo 8° de la Constitución) así como las obligaciones internacionales asumidas por el Estado a través de tratados internacionales como la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 y la **Convención Internacional para la represión del financiamiento del terrorismo** (que reconoce como delito la acción de proveer o recolectar fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, para cometer en otro Estado un acto de terrorismo). Cfr. Exp. N° 2748-2010-HC/TC, fundamento 16.

3. En virtud de tales consideraciones, este Tribunal reconoció la necesidad de proveer mecanismos procesales que permitan el control de decisiones erradas que bajo el pretexto de proteger derechos fundamentales terminen atentando contra otros bienes constitucionales:

> "Si corresponde al Tribunal Constitucional la protección del orden constitucional, este debe estar provisto de las herramientas e instrumentos procesales idóneos para tal efecto, para evitar que por "defecto", se terminen constitucionalizando situaciones que, aunque aparecen revestidas de un manto de "constitucionalidad", en la práctica contienen un uso fraudulento de la Constitución o bajo el manto protector de los derechos fundamentales, se pretenda convalidar la vulneración de aquellos o una situación en la que se ha configurado un abuso de derecho" (Exp. N° 2663-2009-HC/TC, fundamento 6).

4. Dado este criterio jurisprudencial que permite controlar decisiones en materia de tráfico ilícito de drogas y lavado de activos, con

mayor razón se justifica su adopción para el caso de los delitos de terrorismo, que como ya lo ha señalado el Tribunal Constitucional, no solo crean un peligro efectivo para la vida y la integridad de las personas, sino también para la subsistencia del orden democrático constitucional (Exp. N° 0010-2002-AI). Ello ha llevado al Perú a suscribir una serie de compromisos internacionales como la Convención Americana contra el Terrorismo, la que en su preámbulo reconoce que:

> "…el terrorismo constituye un grave fenómeno delictivo, que (…) atenta contra la democracia, impide el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales, amenaza la seguridad de los Estados, desestabilizando y socavando las bases de toda la sociedad, y afecta seriamente el desarrollo económico y social de los Estados de la región".

5. Adicionalmente, debe tenerse presente que si la adopción del Recurso de Agravio Constitucional para casos vinculados al Tráfico Ilícito de Drogas y lavado de activos se basó en instrumentos internacionales tales como la *Convención Internacional para la represión del financiamiento del terrorismo*, resulta a todas luces atendible que habiéndose ampliado el RAC para el delito fuente, deberá también ampliarse para el delito fin que constituye el terrorismo.

6. Finalmente, cabe señalar que los casos que el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de revisar en aplicación de esta doctrina jurisprudencial le han permitido anular resoluciones del Poder Judicial que de manera irregular ordenaban el archivamiento de investigaciones fiscales (Exps. N°s 03245-2010-PHC/TC, y 03987-2010-PHC/TC) o que dejan sin efecto un auto de apertura de instrucción (Exp. N° 0569-2011-PHC/TC) o mandatos de detención (Exp. N° 2488-2011-PHC/TC) indebidamente concedidos, todos ellos con la finalidad de evitar la impunidad y menoscabar la obligación constitucional de luchar contra el tráfico ilícito de drogas (artículo 8° de la Constitución). Algo similar sucede en el presente caso puesto que si bien los demandantes ya se encuentran condenados y la decisión materia de Recurso de Agravio Constitucional no anula sus condenas, es también importante a la luz del deber estatal de proteger a la población de las amenazas contra su seguridad (artículo 44° de la Constitución), ejercer un control de las condiciones carcelarias de los internos en materia de terrorismo no solo para cautelar sus derechos fundamentales sino también para evitar que los internos puedan continuar con la actividad ilícita al interior de la prisión así como evitar eventuales fugas.

7. Por lo expuesto, este Colegiado, atendiendo a la importancia para el mantenimiento del régimen constitucional y democrático que implica el combate contra el terrorismo, considera necesario complementar la regla jurisprudencial establecida a través de las sentencias N° 2663-2009-HC/TC y 2748-2010-HC/TC, y en tal sentido entender que, más allá de los supuestos establecidos en el artículo 202° de la Constitución, este Tribunal es competente para revisar, vía Recurso de Agravio Constitucional, las sentencias estimatorias expedidas en procesos constitucionales relativos al delito de terrorismo que en segunda instancia hayan declarado fundada la demanda.

**II. Delimitación del petitorio**

8. La presente demanda fue interpuesta con la finalidad de cuestionar las condiciones de reclusión a que están sujetos los demandantes, quienes son internos del Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval del Callao (CEREC). Al respecto cuestionan 1) que no se les viene aplicando un sistema progresivo 2) La restricción en cuanto a las visitas que reciben, que consideran excesiva y 3) que no tienen acceso a la educación.

**III. Cuestiones previas**

9. Antes de entrar a resolver el fondo del asunto, este Tribunal considera necesario reiterar que el objeto de la Justicia Constitucional es el de hacer prevalecer la supremacía constitucional y los derechos fundamentales. Es por ello que este Tribunal Constitucional es competente únicamente para resolver asuntos de relevancia constitucional, y no resultan procedentes en esta vía las discusiones sobre la presunta contravención de normas legales sin referencia a disposiciones de orden constitucional.

10. En este sentido, si bien es materia del habeas corpus correctivo el "…derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena." (artículo 25,17 del CPConst), ello no faculta a cuestionar ante la justicia constitucional toda controversia sobre la aplicación de normas legales o reglamentarias en el régimen penitenciario, sino solo aquellas que tengan relevancia constitucional.

11. Así, respecto del extremo en el que el demandante alega que no existe un director en el Penal, y que ello contraviene lo previsto en el Código de Ejecución Penal, este Tribunal entiende que se trata de una alegación desprovista de todo viso constitucional, únicamente basada en el alegado incumplimiento de la norma legal, por lo que carece de contenido constitucional y debe serle de aplicación el artículo 5 inciso 1 del Código Procesal Constitucional.

12. De otro lado, en uno de los extremos de la demanda se señala que las Fuerzas Armadas no tienen competencias constitucionales para hacerse cargo de la Administración Penitenciaria. Ello nos lleva a citar lo ya resuelto por el Tribunal Constitucional en la STC N° 2700-2006-HC/TC (fundamento 6), precisando que si bien es cierto que la custodia de los procesados y sentenciados que están en el CEREC está a cargo de efectivos de la Marina de Guerra del Perú, ello no convierte necesariamente a dicho establecimiento penitenciario en uno de carácter militar, por cuanto según el artículo 41° del Reglamento de dicho centro penitenciario (Decreto Supremo N.° 024-2001-JUS), es el comité técnico, presidido por el titular del INPE, el que asume la responsabilidad de supervisar el cumplimiento del Reglamento del CEREC.

13. Llama la atención lo afirmado por la sala que resolvió el presente hábeas corpus en segunda instancia, que consideró que el Tribunal Constitucional había errado en considerar al CEREC como un penal de carácter civil en virtud de que se señalaba que la Defensoría del Pueblo participaba de dicho Comité Técnico cuando ello no es así desde el año 2004. Al respecto, este Tribunal ratifica su criterio jurisprudencial y señala que según lo afirmado en el referido fundamento 6 de la STC 2700-2006-PHC/TC, lo que hace al CEREC un Establecimiento Penal Común –no militar- es que está a cargo de un Comité Técnico (liderado por el Presidente del INPE) y no de la Marina de Guerra del Perú. La mención a los integrantes es a titulo ejemplificativo, y si bien en cuanto a la conformación actual del Comité Técnico (modificación del artículo 41° del Reglamento del CEREC operada mediante Decreto Supremo N° 010-2012-JUS) el referido Comité ya no es conformado por un representante de la Defensoría del Pueblo, ello no varía el sentido de lo decidido por el Tribunal Constitucional, puesto que el referido centro penitenciario está bajo la supervisión de un Comité presidido por el Jefe del INPE (y no la Marina de Guerra del Perú).

14. Por consiguiente, este extremo de la demanda en el que se alega la falta de competencia de las Fuerzas Armadas para llevar a cabo la Administración Penitenciaria resulta improcedente por haber adquirido la calidad de cosa juzgada de conformidad con el artículo 6° del Código Procesal Constitucional.

15. Finalmente, en cuanto a lo señalado en el sentido de que se le viene aplicando el decreto Ley N° 25744 y que el DS 024-2001-JUS viene siendo aplicado por encima de la Constitución y el Código de Ejecución Penal, es preciso apuntar que conforme al artículo 27° del Código Procesal Constitucional es deber del demandante en el proceso de hábeas corpus el suministrar una sucinta relación de los hechos. Es así que no pueden ser atendidas, a través del proceso de hábeas corpus, alegaciones tales como que se está aplicando determinada ley sin mención específica a los hechos violatorios. No obstante, este Tribunal entiende que en el presente caso la invocación de una pretendida aplicación de los referidos decreto ley y reglamento ha sido utilizada como argumento para reforzar las alegaciones sobre concretos cuestionamientos al régimen penitenciario, las mismas que serán materia de pronunciamiento por parte de este Tribunal.

## IV. La progresividad en el tratamiento penitenciario

### Argumentos de los demandantes

16. Los demandantes afirman que en el CEREC no se les viene aplicando un régimen penitenciario progresivo, por lo que tienen el mismo régimen desde hace doce años. Ello según afirman contraviene el Código de Ejecución Penal.

### Argumentos de los Demandados

17. El presidente del Instituto Nacional Penitenciario en su declaración vertida en el marco de la investigación sumaria ha señalado que el régimen penitenciario aplicable a los internos del CEREC es el previsto en el Decreto Supremo N.° 024-2001-JUS, el cual no contempla un sistema progresivo.

### Consideraciones del Tribunal Constitucional

18. Como se señaló anteriormente, siendo el objeto de los procesos constitucionales el efectuar un control de constitucionalidad, no constituye un argumento suficiente para sustentar una demanda en el marco de un proceso constitucional el señalar que el pretendido acto lesivo se ha dado en contravención de una norma legal. En este sentido, no resulta

relevante la alegación consistente en que el Código de Ejecución Penal prevé que el régimen penitenciario debe ser progresivo. Tampoco, desde luego, son de recibo las réplicas consistentes en que sobre la base de la aplicación de la norma reglamentaria vigente la alegación no tiene asidero. Antes bien, de lo que se trata es de determinar si la alegación cuenta con sustento constitucional.

19. La instauración de un sistema progresivo, a través de los estímulos y apremios que implican el progresar o regresionar en el tratamiento según la conducta mostrada por el interno, sin duda coadyuva a cumplir el mandato resocializador previsto en el artículo 139, 22 de la Constitución. No obstante cabe señalar que el hecho de que coadyuve a lograr dicho fin previsto en la norma constitucional, no conlleva que la instauración de este tipo de sistema constituya una consecuencia necesaria e ineludible del mandato resocializador.

20. De modo análogo, para referirse a los beneficios penitenciarios, este Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de señalar que el artículo 139°, inciso 22 de la Constitución es claramente una norma de fin, esto es, que impone a los poderes públicos, y principalmente al legislador, la creación de un régimen orientado al cumplimiento de una finalidad, sin especificar cuáles son las acciones concretas que deben ejecutarse para su consecución. Ello significa que existe la obligación constitucional de proveer los medios para cumplir dicho fin, pero la Constitución no impone los medios que se deberán adoptar para lograrlo (Cfr. Exp. N.° 012-2010-PI, fundamentos 69-70).

21. Es en este sentido que este Tribunal ha señalado que si bien los beneficios penitenciarios son medidas que el legislador o la autoridad administrativa adopta en procura de alcanzar la readaptación social del penado, no es posible exigir al legislador la previsión de un concreto tipo de beneficios. Es decir, no existe un derecho fundamental a un concreto tipo de beneficios penitenciarios (Cfr. Exp. N.° 012-2010-PI/TC fundamento 72).

22. Lo mismo sucede con el sistema progresivo, que constituye un mecanismo que el legislador ha considerado conveniente, dentro de lo constitucionalmente posible, para lograr la finalidad adoptada, pero en modo alguno se trata de la única forma de ejecución de un mandato constitucional, por lo que el no haberlo previsto para el régimen excepcional del Centro de Reclusión de la Base Naval no genera un vicio de inconstitucionalidad, por lo que este extremo de la demanda debe ser desestimado.

## V. Visitas en el penal

**Argumentos de los demandantes**

23. Alegan que el régimen implantado en el CEREC es sumamente restrictivo puesto que solo puede recibir la visita de familiares de hasta el segundo grado de consanguinidad.

**Argumentos de la parte demandada**

24. El Procurador del INPE señaló que conforme lo prevé el reglamento del CEREC, los internos no solo tienen acceso a las visitas familiares hasta el segundo grado de consanguinidad sino de otras personas lo que se denomina "visita especial".

**Argumentos del Tribunal Constitucional**

25. Este Tribunal ha señalado a través de su jurisprudencia que el afectar desproporcionadamente el derecho a la visita familiar de los reclusos podría atentar contra la finalidad resocializadora y reeducadora de la pena, enunciada en el artículo 139°, inciso 22), de la Norma Fundamental (Exp. N° 1429-2002-HC, fundamento11).

26. Ello desde luego no implica que no se puedan llevar a cabo restricciones a las visitas, las mismas que pueden justificarse en razones de seguridad penitenciaria o prevención de comisión de nuevos delitos.

27. Así por ejemplo este Tribunal en anterior ocasión, ha desestimado el hábeas corpus que fuera interpuesto por uno de los demandantes (Víctor Polay) en el que se cuestionaba la colocación de locutorios en el CEREC (Exp. N.° 774-2005-PHC/TC). Al respecto, dicha restricción del derecho a las visitas fue en su momento validada por este Tribunal Constitucional (Cfr Exp. N° 774-2005-HC).

28. En el presente caso, los demandantes alegan que el régimen penitenciario que se les viene aplicando resulta excesivamente restrictivo puesto que solo se permite recibir visitas de hasta el segundo grado de consanguinidad. Al respecto, cabe señalar que si bien el artículo 16 del Reglamento del CEREC establece que en las fechas de visita familiar pueden acudir hasta tres parientes de hasta el segundo grado de consanguinidad por cada interno, ello no representa todo el universo de visitas a que tienen derecho los internos, puesto que los artículos 22 y 23 del mismo reglamento posibilita la visita de otras personas que no

sea familiares, lo que se denomina "visita especial".

29. Conforme a lo expuesto, se advierte que el régimen de visitas que se viene aplicando a los internos del CEREC no anula este derecho, puesto que sí permite la visita de familiares y amigos, siempre que, en caso de no tratarse de parientes de hasta el segundo grado de consanguinidad, ello sea aprobado por las autoridades penitenciarias.

30. Esta restricción para los que no son parientes cercanos resulta plenamente justificada en virtud del carácter de cabecilla que tienen los internos del referido penal, y en la necesidad de evitar que puedan, desde el centro de reclusión, emitir directivas.

31. A su vez, es necesario reiterar lo ya considerado en la STC 774-2005-PHC/TC, relativa a las restricciones del derecho a las visitas de procesados por terrorismo que:

> "(…) se ha visto que en muchas oportunidades han sido los familiares y las amistades de las personas privadas de libertad las que han colaborado con éstas para la consecución de acciones delictivas estando en las cárceles o para una posible fuga. Con relación de la CEREC, la peligrosidad de los internos amerita una intervención de mayor cuidado que con otras personas que se hallan en la misma situación, dada su actuación como líderes de organizaciones terroristas como Sendero Luminoso o el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru, entre otras" (774-2005-HC fundamento 17).

32. Conforme a lo expuesto, este Tribunal Constitucional entiende que el régimen vigente en el Centro de Reclusión ubicado en la Base Naval relativo a las visitas no constituye una restricción ilegítima ni irrazonable del derecho a las visitas, por lo que este extremo de la demanda debe ser desestimado.

**VI. La educación en el ámbito penitenciario**

**Argumentos de los demandantes:**

33. Señalan que dentro del CEREC no se les permite acceder a ninguna clase de educación técnica.

**Argumentos de los demandados:**

34. Según la declaración del Jefe del INPE, vertida en el marco de la investigación sumaria, el reglamento del INPE solo contempla el uso de la biblioteca, por lo que no le es aplicable la educación técnica que reclaman.

**Argumentos del Tribunal Constitucional**

35. Respecto del derecho a la educación en el marco del tratamiento penitenciario, cabe señalar, en primer lugar, que las personas privadas de libertad solo se ven restringidas en aquellos derechos que así se declare en la sentencia, es decir, los relativos a la libertad personal, además de aquellos que se sean restringidos por disposiciones expresas, como por ejemplo los derechos políticos por mandato del artículo 33 de la Constitución. Siendo así, no puede concebirse que la pena privativa de libertad constituya un espacio en el que el derecho a la educación se vea *per se* suprimido.

36. Debe tenerse presente, al respecto, que las *"Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos"* de la ONU recomiendan que *"…se deberá recurrir, en particular, a la asistencia religiosa, en los países en que esto sea posible,* a la instrucción*,* a la orientación y la formación profesionales*, a los métodos de asistencia social individual, al asesoramiento relativo al empleo, al desarrollo físico y a la educación del carácter moral, en conformidad con las necesidades individuales de cada recluso"*.

37. Asimismo, este Tribunal Constitucional ha señalado que durante el tiempo que las personas condenadas tengan que estar recluidas en un establecimiento penitenciario para cumplir la sanción penal que se les ha impuesto tienen derecho a que **se les imparta educación**, puedan realizar actividades que supongan su desempeño laboral y a ejercer actividades recreativas e incluso culturales. (Cfr. Exp. N.° 05954-2007-PHC/TC, fundamento 8.ii).

38. Ello incluso ha sido recogido por el Código de Ejecución Penal que en su artículo 69 prevé que:

> "En cada Establecimiento Penitenciario se promueve la educación del interno para su formación profesional o capacitación ocupacional. Los programas que se ejecutan están sujetos a la legislación vigente en materia de educación".

39. Conforme a lo expuesto, este extremo de la demanda resulta una pretensión legítima que no ha sido respondida por la entidad emplazada de manera satisfactoria. En efecto, si bien en la vista de causa el Procurador en materia de terrorismo que participó en calidad de litisconsorte señaló que le habían dicho que uno de los demandantes se encuentra actualmente haciendo estudios universitarios a distancia, dicha afirmación no se condice

con lo señalado por el Presidente del INPE en el marco de la investigación sumaria en el sentido de que conforme al Reglamento del Centro de Reclusión de la Base naval no corresponde que se implemente ningún programa formativo. En efecto el Reglamento del CEREC no contempla ningún programa formativo, lo que resulta contrario al derecho a la educación, por lo que este extremo de la demanda debe ser declarado fundado.

40. No obstante la estimatoria de este extremo, el Tribunal es consciente de las competencias de la Administración Penitenciaria y del Poder Ejecutivo. En este sentido, siendo el caso que las condiciones carcelarias del CEREC resultan violatorias del derecho a la educación, debe ordenarse al Poder Ejecutivo para que, en el marco de sus competencias, modifique el Reglamento del referido establecimiento penal (Decreto Supremo N° 024-2001-JUS) de manera que se permita, de un modo acorde con las condiciones de máxima seguridad que permita estudiar a los internos al interior del establecimiento penal.

**VII. Efectos de la sentencia**

41. En cuanto a la estimatoria del extremo de la demanda relativo a la violación del derecho a la educación de los internos, este Tribunal debe resaltar que solo se ordena al Poder Ejecutivo que, en el marco de sus competencias, modifique el reglamento del Centro de Reclusión de la Base Naval (Decreto Supremo N° 024-2001-JUS) para que se contemple la posibilidad de que los internos puedan estudiar al interior del Penal en el que se encuentran purgando condena, lo que no implica en modo alguno el traslado de los internos a otro penal.

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADO** en parte el recurso de agravio constitucional interpuesto por el procurador del Instituto Nacional Penitenciario y en consecuencia:

   a) Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en los extremos que cuestiona la pretendida contravención al Código de Ejecución Penal por no existir un director del Penal; así como el extremo en el que se alega que el CEREC indebidamente le otorga la administración del centro penitenciario a las Fuerzas Armadas sin que tengan competencia para ello.

   b) Declarar **INFUNDADA** la demanda en los extremos referidos al régimen de visitas y progresividad en el tratamiento penitenciario.

   c) Declarar **FUNDADA** la demanda en el extremo referido a la educación y en tal sentido ordenar al Poder Ejecutivo para que modifique el Reglamento del Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval CEREC (Decreto Supremo N° 024-2001-JUS) a fin de que se permita estudiar a los internos dentro del referido establecimiento penal.

2. Declarar, conforme a lo señalado en el fundamento N° 41 de la presente sentencia, que la estimatoria parcial de la misma no implica en modo alguno el traslado de los internos a otro centro penitenciario.

3. Establecer como doctrina jurisprudencial conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en los procesos constitucionales relacionados con el delito de terrorismo en los que se haya dictado sentencia estimatoria de segundo grado, la Procuraduría del Estado correspondiente se encuentra excepcionalmente habilitada para la interposición del *recurso de agravio constitucional*, el mismo que debe ser concedido por las instancias judiciales, conforme a lo señalado en el fundamento N° 7 de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**URVIOLA HANI**
**VERGARA GOTELLI**
**ETO CRUZ**

EXP. N.° 01711-2014-PHC/TC
LIMA
VÍCTOR POLAY CAMPOS Y OTROS

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ**

Suscribo el presente voto singular por los siguientes fundamentos:

1. El artículo 202.2° de la Constitución establece que el Tribunal Constitucional solo conoce de las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.

2. En ese sentido, el artículo 18 del Código Procesal Constitucional lo ratifica al disponer lo siguiente:

"Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el Presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad".

3. En consecuencia, corresponde declarar la nulidad del concesorio del recurso de Agravio Constitucional, pues al declararse fundada la demanda de habeas corpus en segunda instancia, dicho recurso debía ser desestimado.

4. Se advierte, en consecuencia; que los jueces de la Quinta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima han concedido un recurso impugnatorio, en evidente y flagrante violación de la Constitución y la ley.

Por estas consideraciones mi voto es porque se declare:

1. **Nulo** el concesorio del Recurso de Agravio Constitucional y, en consecuencia, firme la Resolución de la Quinta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima.

2. Disponer que el a-quo, notifique con copia de la presente resolución a la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial, así como al Consejo Nacional de la Magistratura, a fin que procedan conforme a sus atribuciones, si lo consideran pertinente.

**S.**
**MESÍA RAMÍREZ**

EXP. N.° 01711-2014-PHC/TC
LIMA
VÍCTOR POLAY CAMPOS Y OTROS

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA**

Emito el presente voto singular por cuanto no comparto el extremo de la demanda relacionado a la alegada violación del derecho a la educación de los favorecidos pues, a mi juicio, debe ser declarado **INFUNDADO**.

1. En primer lugar estimo pertinente precisar que coincido con mis colegas magistrados en lo relacionado a ampliar la procedencia del recurso de agravio constitucional a escenarios en los cuales se ha declarado, en segunda instancia, fundada la demanda de habeas corpus o amparo en materia de terrorismo, el Tribunal Constitucional solamente debería limitarse a conocer los extremos relacionados a excarcelación o traslado de internos, al ser cuestiones que pueden poner en peligro al orden democrático constitucional. El ordenamiento jurídico, en mi opinión, debe ser lo suficientemente dúctil para salvaguardarlo, en la medida que siempre tiene un fin instrumental. Si el Estado existe, es para garantizar la convivencia social de manera civilizada. De modo que, sus normas tienen que necesariamente adecuarse a la realidad y evitar, con firmeza, que la insania subversiva socave las bases en que se cimienta el Estado y genere zozobra en la población, aunque respetando en todo momento los derechos fundamentales de los involucrados en estos actos delictivos.

2. Si bien es cierto que se determinó que únicamente proceden tales medios impugnatorios contra resoluciones judiciales que tienen carácter desestimativo (salvo que se trate de asuntos relacionados con el tráfico ilícito de drogas o lavado de activos), el Tribunal Constitucional no puede permanecer indiferente ante arbitrariedades judiciales que, sin mayor sustento, favorecen irresponsablemente a condenados por un delito tan grave como es el terrorismo, incluso desacatando pronunciamientos que sobre el particular este Colegiado ha expedido, lo cual es singularmente grave para la protección de las libertades de los ciudadanos y la preservación del Estado Constitucional de Derecho. Por tal motivo, se justifica ampliar la procedencia del citado recurso impugnatorio a fin de impedir que se excarcele a terroristas que todavía no han cumplido su condena, o que producto de su traslado a otro recinto penitenciario, éstos puedan fugar o producir revueltas que puedan terminar tomando el control del penal, como ocurrió hace algunos años. No podemos ignorar que la capacidad organizativa de los grupos terroristas es importante aún al interior de los penates de máxima seguridad, pues su poder de intimidación a los custodios es superior a la de cualquier banda de delincuencia común.

3. No obstante lo sostenido por mis colegas magistrados considero que el extremo de la demanda relacionado a la presunta vulneración del derecho a la educación de los demandantes pues, como quedó claro en la audiencia, algunos de ellos vienen siguiendo estudios a distancia.

   Si lo que desean es **instrucción técnica** pues existe un déficit de esa mano de obra, debe tenerse presente que por encontrarse privados

de su libertad en un establecimiento de máxima seguridad, resulta razonable que se limite el acceso a herramientas que si bien pueden ser utilizadas para reparar, por ejemplo, un motor, también puede ser empleadas para realizar construcciones clandestinas como las efectuadas en el Pabellón Azul de El Frontón, las que sirvieron de búnker para el motín. Además, la instalación de un laboratorio en un penal donde se custodia a líderes terroristas resulta, por lo demás, algo completamente irrazonable, no solo debido a que las condiciones del recinto no lo permiten, sino también por la facilidad con que se podrían usar las sustancias químicas para la fabricación de explosivos.

En tal sentido, no es una arbitrariedad que se les impida acceder a esa clase de instrucción.

Por estos fundamentos, considero necesario apartarme de la posición de mis colegas únicamente en el extremo relacionado a la alegada vulneración del derecho a la educación pues, corno lo he expuesto, tal pretensión es manifiestamente **INFUNDADA**. Adicionalmente a ello, también estimo que se debe ordenar a la OCMA y al CNM investigar el proceder de los jueces que, en segunda instancia, estimaron la presente demanda, contraviniendo lo señalado por este Tribunal Constitucional.

**S.**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.° 01711-2014-PHC/TC
LIMA
VÍCTOR POLAY CAMPOS Y OTROS

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ETO CRUZ**

Aún cuando me encuentro conforme con los fundamentos y el fallo de la sentencia suscrita junto a mis colegas, emito el presente fundamento de voto en atención a las consideraciones siguientes:

**§I. Delimitación del petitorio**

1. El objeto de la presente demanda de hábeas corpus, planteada por los señores Víctor Polay Campos, Peter Cárdenas Schulte, Óscar Ramírez Durand y Miguel Rincón Rincón, internos del Centro de Reclusión de la Base Naval (CEREC), y dirigida contra el Presidente del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), radica en cuestionar las condiciones de reclusión a las cuales están sujetos en dicho centro, y específicamente, las siguientes restricciones: a) que no se les viene aplicando un sistema progresivo; b) que la restricción en cuanto a las visitas resulta excesiva; y c) que no tienen acceso a la educación.

2. En tal sentido, nos encontramos ante un hábeas corpus de tipo *correctivo*, orientado a garantizar el derecho del detenido o recluso "a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena" [artículo 25° inciso 17 del Código Procesal Constitucional].

**§II. Sobre la solicitud de traslado del Centro Especial de Reclusión de la Base Naval del Callao (CEREC) a otro centro penitenciario**

3. En primer lugar, debemos mencionar que uno de los extremos de la demanda incoada se encuentra orientado a cuestionar la naturaleza jurídica del establecimiento penitenciario en el que los demandantes se encuentran cumpliendo su condena: el Centro Especial de Reclusión de la Base Naval del Callao; señalándose, al respecto, que las Fuerzas Armadas no tienen competencias constitucionales para hacerse cargo de la Administración Penitenciaria.

4. Sobre este cuestionamiento, se debe recordar que este Tribunal ya ha definido, en un anterior proceso de hábeas corpus iniciado por uno de los ahora demandantes (Sr. Polay Campos), que si bien es cierto la custodia de los procesados y sentenciados que están en el CEREC está a cargo de efectivos de la Marina de Guerra del Perú "ello no convierte, necesariamente, a dicho establecimiento penitenciario en uno de carácter militar, por cuanto que según el artículo 41° del mencionado Decreto Supremo, es el Comité Técnico, presidido por el Presidente del INPE –en representación del Ministerio de Justicia–, un representante de la Defensoría del Pueblo entre otros, el que asume la responsabilidad de supervisar el cumplimiento del Reglamento del CEREC. Por lo que este extremo de la demanda debe ser desestimada" [STC N.° 02700-2006-HC/TC, fundamento 6].

   En tal sentido, y en la medida en que esta pretensión fue desestimada a través de una sentencia de fondo respecto del mencionado demandante, su replanteamiento en este proceso constitucional debe ser declarado improcedente, en aplicación del artículo 6° del Código Procesal Constitucional ["En los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo"], siguiendo el mismo criterio establecido en la STC N.° 02464-2011-PHC/TC, fundamento 3.

5. No obstante, y tal como lo sustentara en mi voto singular recaído en la STC N.° 02464-2011-PHC/TC, considero que no obstante

el carácter formalmente civil que ostenta el centro penitenciario en cuestión, no menos cierto es que la habilitación de un centro de reclusión al interior de la Base Naval del Callao fue una medida adoptada en condiciones excepcionales que en determinado momento vivió nuestro país. Tales circunstancias, al día de hoy podrían haber cambiado. En tal sentido, estimo que sería conveniente que las autoridades competentes efectúen una evaluación de la situación actual a fin de determinar si, al día de hoy, se mantiene la necesidad de contar con un centro penitenciario ubicado al interior de una base de carácter militar.

6. No obstante ello, siendo evidente que la evaluación de esta situación debe ser dilucidada por el Poder Ejecutivo y no por este Tribunal Constitucional (por cuanto ello comporta evaluar las actuales condiciones de seguridad nacional, así como determinar si actualmente algún centro penitenciario de nuestro país cumple con las medidas de seguridad requeridas para albergar a la población penitenciaria que actualmente cumple condena en el CEREC), evaluación que deberá ser efectuada caso por caso el INPE, toda vez que esta entidad ostenta la competencia exclusiva para decidir el centro penitenciario en el que se cumplirán las penas privativas de liberad (artículo 2° del Código de Ejecución Penal).

7. Por consiguiente, considero que las circunstancias actuales determinan que el extremo de la demanda relativo al traslado del favorecido no puede ser estimatorio, pero resulta necesario que el Poder Ejecutivo evalúe -con el concurso de los sectores Justicia y Defensa- la necesidad de mantener el CEREC como un centro penitenciario ubicado al interior de una base de la Marina de Guerra del Perú.

**§III. Sobre las condiciones de reclusión**

8. El Tribunal Constitucional ha expresado que incluso en el caso de los delitos más graves resulta vedada la imposición de penas inhumanas o degradantes. En ese sentido sería inconcebible que la pena venga aparejada, a su vez, de tratos crueles e inhumanos que provoquen la humillación y envilecimiento en la persona [STC N.° 0010-2002-AI/TC]. Y es que cualquier acto que, al margen de su intencionalidad, incida o repercuta de forma desproporcionada en derechos que no están restringidos por la pena impuesta, afecta el derecho y principio a la dignidad. La condición digna es consustancial a toda persona y el hecho de que esté restringido el derecho a la libertad personal como consecuencia de una sanción penal, por más abominable y execrable que haya sido el hecho que motivara su aplicación, nunca enervará o derogará el núcleo fundamental de la persona, su dignidad [STC N.° 1429-2002-HC/TC].

9. En esa dirección, en cuanto a las condiciones en que se efectúan las visitas en el establecimiento penitenciario, este Tribunal ha señalado que la afectación desproporcionada del derecho a la visita familiar de los reclusos puede atentar contra la finalidad resocializadora y reeducadora de la pena, en clara contravención del principio constitucional del régimen penitenciario, enunciado en el artículo 139°, inciso 22, de la Norma Fundamental [STC N.° 1429-2002-HC/TC].

10. En el presente caso, lo que cuestionan los demandantes es que el régimen penitenciario que rige en el CEREC es sumamente restrictivo, pues sólo pueden recibir la visita de familiares de hasta el segundo grado de consanguinidad, cuando el Código de Ejecución Penal prevé en su régimen más restrictivo que los internos tiene derecho de visitas de familiares hasta el cuarto grado. En ese sentido, alegan que ello atenta contra la protección que la Constitución brinda a la familia y a su medio familiar.

11. Al respecto, en la sentencia que suscribo, se afirma que el régimen de visitas que se viene aplicando a los internos del CEREC no anula este derecho, puesto que sí se permite la visita de familiares y amigos (artículo 16° del Reglamento del CEREC), siempre que, en caso de no tratarse de parientes de hasta el segundo grado de consanguinidad, ello sea aprobado por las autoridades penitenciarias (artículos 22° y 23° del mencionado Reglamento). En ese sentido, se concluye que el régimen vigente en el Centro de Reclusión ubicado en la Base Naval relativo a las visitas no constituye una restricción ilegítima ni irrazonable del derecho a las visitas, por lo que este extremo de la demanda debe ser desestimado.

12. Sin perjuicio de ello, considero que es conveniente resaltar que toda privación de libertad que sufra un recluso (como los favorecidos en autos) debe respetar determinados estándares que se condigan con el principio-derecho de dignidad.

13. Al respecto, es pertinente señalar que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos -aprobadas por el Consejo Económico y Social de la ONU en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977- en especial en cuanto a

lo referido al contacto con el mundo exterior, establece lo siguiente:

> "37. Los reclusos estarán autorizados para comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con su familia y con amigos de buena reputación, tanto por correspondencia como mediante **visitas**".
>
> "39. Los reclusos deberán ser **informados periódicamente de los acontecimientos más importantes**, sea por medio de la lectura de los diarios, revistas o publicaciones penitenciarias especiales, sea por medio de emisiones de radio, conferencias o cualquier otro medio similar, autorizado o fiscalizado por la administración".

14. Ciertamente, si bien las Reglas Mínimas no son, en estricto, un Tratado Internacional, conforme lo ha previsto este Tribunal Constitucional (Exp. N° 01575-2007-PHC/TC) aquellas deben ser empleadas como un criterio interpretativo de las normas constitucionales e internacionales que consagran el respecto de la integridad personal, a la dignidad, a la libertad, a la integridad de las personas privadas de libertad.

15. De otro lado, entre las condiciones mínimas a ser cumplidas se encuentra también el beneficio penitenciario de visita íntima. Como ya lo ha señalado el Tribunal Constitucional en anterior oportunidad::

> "La relación sexual entre el interno y su pareja es uno de los ámbitos del libre desarrollo de la personalidad que continua protegido aún en prisión, a pesar de las restricciones legítimas conexas a la privación de la libertad. Y es que, tratándose de personas privadas de la libertad, se hace esencial para los internos y su pareja el poder relacionarse en el ámbito sexual ya que este tipo de encuentros, además de tener como sustrato un aspecto físico, trasciende al psicológico y al ser positivo repercute en el estado de bienestar de la pareja" [STC N.° 1575-2007-PHC/TC, fundamento 25].

En ese sentido, el Tribunal determina que los internos de un establecimiento penitenciario, en virtud de su derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, tienen derecho a la *visita íntima* bajo condiciones de periodicidad, intimidad, salubridad y seguridad, en la medida que lo permitan las limitaciones mismas que se derivan de la reclusión y las normas que regulan la materia [fundamento 26].

Desde luego, este beneficio se encuentra reconocido para todos los internos, no debiendo sujetarse a ningún tipo de discriminación [fundamento 28], por lo que no es de recibo una interpretación restrictiva del artículo 58° del Código de Ejecución Penal en el sentido de que este beneficio únicamente sea aplicable a personas que tengan vínculo matrimonial vigente o hayan mantenido concubinato antes de ser privadas de su libertad personal, antes bien, debe entenderse como una enumeración meramente enunciativa.

16. En definitiva, y tal lo expresara en el voto singular recaído en la STC N.° 02464-2011-PHC/TC, considero que entre las condiciones mínimas de reclusión de los favorecidos que deben ser cumplidas, se encuentran las siguientes:

    a) Que la visita se realice en condiciones dignas, de conformidad con lo señalado en el fundamento 13 supra.

    b) Que se permita a los internos Víctor Polay Campos, Peter Cárdenas Schulte, Óscar Ramírez Durand y Miguel Rincón Rincón el derecho a la visita íntima, de conformidad con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, aprobadas por el Consejo Económico y Social de la ONU, y a lo ya previsto por este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en la STC N.° 1575-2007-PHC/TC (fundamento 15 *supra*).

**§IV. Sobre el derecho a la educación**

17. Finalmente, los demandantes aducen que, dentro del CEREC, no se les permite acceder a ninguna clase de educación técnica; hecho que se ve corroborado con la declaración del Presidente del INPE, quien ha señalado que conforme al Reglamento del CEREC no corresponde que se implemente ningún programa formativo.

18. En relación a ello, nuevamente, también las Reglas Mínimas de la ONU antes aludidas, señalan como una de sus recomendaciones, lo siguiente:

> "40. Cada establecimiento deberá tener **una biblioteca para el uso de todas las categorías de reclusos**, suficientemente provista de libros instructivos y recreativos. Deberá instarse a los reclusos a que sirvan de la biblioteca lo más posible".
>
> "66.1) (…) **se deberá recurrir**, en particular, a la asistencia religiosa, en los países en que esto sea posible, **a la instrucción, a la orientación y la formación profesionales**

> (…) **a la educación moral, en conformidad con las necesidades individuales de cada recluso**. Se deberá tener en cuenta su pasado social y criminal, su capacidad y aptitud físicas y mentales, sus disposiciones personales, la duración de su condena y las perspectivas después de su liberación".

19. En consonancia con este postulado, también este Tribunal Constitucional ha expresado, en anteriores oportunidades, que durante el tiempo que las personas condenadas tengan que estar recluidas en un establecimiento penitenciario para cumplir la sanción penal, tienen derecho a que se les imparta educación, puedan realizar actividades que supongan su desempeño laboral y a ejercer actividades recreativas e incluso culturales [STC N.° 05954-2007-PHC/TC, fundamento 8.ii)]. En esa misma dirección, el artículo 69° del Código de Ejecución Penal establece que

> "En cada Establecimiento Penitenciario se promueve la educación del interno para su formación profesional o capacitación ocupacional. Los programas que se ejecutan están sujetos a la legislación vigente en materia de educación".

20. Por todas estas razones, concuerdo igualmente con la sentencia que suscribo, por lo que debe ordenarse al Poder Ejecutivo a modificar el Reglamento del CEREC (Decreto Supremo N.° 024-2001-JUS), de manera que, de un modo acorde con las condiciones de máxima seguridad, se permita estudiar a los internos demandantes, al interior del mencionado establecimiento penal.

Por estos fundamentos, mi voto es por que se resuelva:

1. Declarar **FUNDADO** en parte el recurso de agravio constitucional interpuesto por el procurador del Instituto Nacional Penitenciario y en consecuencia:

   a) Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en los extremos que cuestiona la pretendida contravención al Código de Ejecución Penal por no existir un director del Penal; así como el extremo en el que se alega que el CEREC indebidamente le otorga la administración del centro penitenciario a las Fuerzas Armadas sin que tengan competencia para ello; sin perjuicio de lo expresado en el fundamento 7 *supra*.

   b) Declarar **INFUNDADA** la demanda en los extremos referidos al régimen de visitas y progresividad en el tratamiento penitenciario; sin perjuicio de lo establecido en el fundamento 16 *supra*.

   c) Declarar **FUNDADA** la demanda en el extremo referido a la educación y en tal sentido ordenar al Poder Ejecutivo para que modifique el Reglamento del Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval CEREC (Decreto Supremo N.° 024-2001-JUS) a fin de que se permita estudiar a los internos dentro del referido establecimiento penal.

2. Declarar, conforme a lo señalado en el fundamento N° 41 de la sentencia, que la estimatoria parcial de la misma no implica en modo alguno el traslado de los internos a otro centro penitenciario.

3. Exhortar al Poder Ejecutivo para que, conforme a lo referido en los fundamentos 5, 6 y 7 *supra*, evalúe la continuidad del CEREC como establecimiento penitenciario.

4. Establecer como doctrina jurisprudencial conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en los procesos constitucionales relacionados con el delito de terrorismo en los que se haya dictado sentencia estimatoria de segundo grado, la Procuraduría del Estado correspondiente se encuentra excepcionalmente habilitada para la interposición del *recurso de agravio constitucional*, el mismo que debe ser concedido por las instancias judiciales, conforme a lo señalado en el fundamento N° 7 de la presente sentencia.

**Sr.**
**ETO CRUZ**

***Sentencia 04617-2012-PA/TC*** *Proceso de amparo interpuesto por Panamericana Televisión S.A. El Tribunal estimó la demanda declarando la inexigibilidad del pago de la deuda tributaria.*

Fecha de publicación de la sentencia en el Portal Oficial del TC: 11 de abril de 2014
Fecha de publicación del auto de aclaración en el Portal Oficial del TC: 20 de mayo de 2014
Fecha de publicación del auto en el Portal Oficial del TC: 11 de diciembre de 2014

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda interpuesta por Panamericana Televisión SA, declarando la inexigibilidad del pago de la deuda tributaria contraída entre el 24 de febrero de 2003 y el 8 de junio de 2009, es decir, mientras la administración del canal se encontraba en manos de Genaro Delgado Parker en virtud de una medida cautelar ordenada por el Juzgado Mixto de Carabayllo.

El Tribunal determinó que los tributos no pueden ser entendidos como sanciones y que, en las actuales circunstancias, imputar íntegramente la deuda tributaria dejada de pagar al grupo económico perjudicado con dicha suerte de expropiación judicial es, en buena cuenta, una medida carente de racionalidad vulneradora del derecho a la propiedad de la recurrente.

Asimismo, indicó que debe estimarse la demanda a partir de un control de convencionalidad vertical, en tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos así lo estableció en el caso Ivcher Bronstein vs. Perú.

Posteriormente, la Sunat solicitó la nulidad de la sentencia, alegando la vulneración del debido proceso, a que contraviene la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, consigna hechos inexactos, y contiene una motivación aparente, pero su solicitud sería declarada improcedente por el Tribunal en atención a la cosa juzgada y la seguridad jurídica.

**Temas Claves:** Cosa juzgada — control de convencionalidad — derecho a la propiedad — deuda tributaria — seguridad jurídica.

EXP. N.° 04617-2012-PA/TC
LIMA
PANAMERICANA TELEVISIÓN S.A.

**RAZÓN DE RELATORÍA**

La presente causa ha sido resuelta por los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pero no por el señor magistrado Beaumont Callirgos, debido a que, aun cuando estuvo presente en la vista de la causa, no llegó a votar y mediante Resolución Administrativa N° 66-2013-P/TC, de fecha 3 de mayo de 2013, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 6 de mayo de 2013, se ha declarado la vacancia de dicho magistrado por la causal establecida en el artículo 16°, inciso 4, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Los votos emitidos alcanzan la mayoría suficiente para formar sentencia, conforme al artículo 5° (primer párrafo) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y al artículo 48° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 12 días del mes de marzo de 2014, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Urviola Hani, Presidente; Vergara Gotelli, Vicepresidente; Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia; con los votos singulares de los magistrados Urviola Hani y Vergara Gotelli, que se agregan.

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Panamericana Televisión S.A., debidamente representada por su apoderado Víctor Hugo Velarde López, contra la resolución de fojas 1377, su fecha 18 de abril de 2012, expedida por la Séptima Sala

Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 25 de mayo de 2011, la actora interpone demanda de amparo contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), solicitando que se declare inexigible la deuda tributaria acumulada durante el periodo comprendido entre el 24 de febrero de 2003 y el 8 de junio de 2009. Alega que solicita ello en defensa de sus derechos a la libertades informativas, en cuanto derecho a fundar medios de comunicación, "a participar en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación, en la manifestación que sustenta la titularidad de derechos fundamentales para las personas jurídicas", "a la propiedad y a la herencia en la posición iusfundamental de inmunidad frente a las intervenciones injustificadas de los poderes públicos y de terceros", y a "la libertad de empresa en la manifestación de libertad de organización".

El Tercer Juzgado Constitucional de Lima declara improcedente la demanda estimando que no se ha vulnerado ningún derecho fundamental.

La Séptima Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirma la apelada estimando que de lo expuesto en el expediente no se aprecia la constatación de un agravio manifiesto a los derechos fundamentales que comprometa seriamente su contenido constitucional protegido.

**FUNDAMENTOS**

**1. § Delimitación del petitorio**

1. En el presente caso se evaluará la convencionalidad o no de la actuación de la administración tributaria encaminada a hacer efectiva la deuda tributaria acumulada por el órgano de auxilio judicial, es decir, por el administrador (Genaro Delgado Parker) impuesto a Panamericana Televisión S.A. por el Estado peruano, a través del Poder Judicial.

**2. § Sobre el pago de los tributos por parte del órgano de auxilio judicial (administrador) designado por el poder judicial en un embargo en forma de administración de bienes.**

**2.1. § Argumentos de la demandante**

2. La demandante sostiene que a través de la medida cautelar emitida por el Juzgado Mixto de Carabayllo, ejecutada el 24 de febrero de 2003, Genaro Delgado Parker se hizo cargo de la administración de Panamericana Televisión S.A. Posteriormente el 1 de junio de 2009 se entregó la administración de la empresa a la SUNAT, que también había ejecutado una medida cautelar de administración a su favor. Y finalmente el 8 de junio del mismo año, la legítima Administración reasumió sus funciones, en virtud de la decisión de la Primera Sala Civil de Lima Norte, que revocó la medida cautelar concedida a Genaro Delgado Parker. Indica que, antes de las Administraciones ilegalmente impuestas a la empresa, ésta estaba al día en sus obligaciones corrientes, y la deuda atrasada se encontraba en un fraccionamiento tributario, abonándose puntual e ininterrumpidamente; pero que durante toda la gestión de Genaro Delgado Parker no se honraron las obligaciones tributarias, generándose una cuantiosa deuda tributaria durante todos los años de su administración, trayendo consecuencias económicas y comerciales perjudiciales al canal. Sumado a ello, indica que la SUNAT permitió que la Administración Judicial incumpla de manera deliberada y sostenida el pago de los tributos en perjuicio del propio Estado.

3. Manifiesta, además, que la acumulación de la deuda tributaria se debió a que, en el curso de los seis (6) años que duró la medida cautelar de administración judicial, nunca fue objeto de escrupuloso seguimiento por parte de la SUNAT. Advierte que, en su caso existe una diferenciación razonable originada en la existencia de una situación fáctica y jurídica desigual respecto de cualquier otro contribuyente que no ha sido afectado por una decisión estatal que lo despojó, aunque sea temporalmente, de la dirección, gestión y representación de sus negocios.

**2.2. § Argumentos del demandado**

4. La SUNAT alega que los cambios de administración de la empresa no tienen implicancia en la determinación y exigibilidad de sus obligaciones tributarias. Así, el cambio de administrador de una persona jurídica no es fundamento suficiente para desconocer las relaciones que la empresa haya contraído. La SUNAT afirma que es falso que Panamericana Televisión S.A. no haya tenido deuda tributaria antes del 24 de febrero de 2003 ya que según el informe N.° 746-2011/SUNAT-21023, la empresa demandante mantenía desde el 2002 una deuda con el Estado ascendente a ciento diecisiete millones cuatrocientos cuarenta y tres mil setecientos siete nuevos soles (S/. 117´443,707.00) contenida en 594 valores. Así, la mayor parte de lo adeudado correspondería a periodos anteriores al 2004 y sólo el 27% a los años 2004 - 2008. La SUNAT argumenta que la tributación opera por la mera realización del hecho económico, con prescindencia de consideraciones de índole subjetiva que ocurra con las personas que se encuentran obligadas

al pago de la deuda tributaria. Considera, además, que la actitud de Genaro Delgado Parker de no pagar los impuestos de PANTEL S.A. no puede ser desconocida mediante el amparo y que de acuerdo al informe N.° 746-2011/SUNAT-210203, la SUNAT sí realizó permanentes acciones de cobranza coactiva.

**2.3. § Consideraciones del Tribunal**

**2.3.1 § Control de convencionalidad**

5. Cuando el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según sea el caso, verifica la constitucionalidad de una norma, la no existencia de conflictos de competencias entre órganos estatales, la no existencia de actos lesivos a los derechos fundamentales de las personas, no está ejerciendo más que un control de constitucionalidad. Pero la magistratura constitucional no sólo debe centrarse en ejercer únicamente un control de constitucionalidad; sino que se encuentran en la obligación de ejercer un *control de convencionalidad*, es decir, la potestad jurisdiccional que tienen los jueces locales y la jurisdicción supranacional, que en nuestro caso está constituida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), para resolver controversias derivadas de normas, actos y conductas contrarios a la Convención Americana de Derechos Humanos, a los tratados regionales en materia de derechos humanos ratificados por el Perú, al *ius cogens* y a la jurisprudencia de la Corte IDH.

6. La terminología de "control de convencionalidad" fue utilizada, en el ámbito regional, por vez primera, en el voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez contenido en la sentencia de la Corte IDH recaída en el caso Myrna Mack Chang Vs Guatemala del 25 de noviembre de 2003. Lo expresado no quiere decir que recién a partir de la resolución del citado asunto la Corte IDH haya ejercido el control de convencionalidad; sino que siempre lo ejerció. Lo que sucede es que a partir del referido caso se comienza a utilizar la terminología de "control de convencionalidad".

7. Siguiendo su misma postura el juez Sergio García Ramírez vuelve a incidir sobre el control de convencionalidad en otros casos resueltos por la Corte IDH. Así, en el caso Tibi Vs. Ecuador, del 7 de diciembre de 2004, en su voto concurrente razonado, párrafos 3 y 4 expresa que:

> *"En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados --disposiciones de alcance general-- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la "constitucionalidad", el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la "convencionalidad" de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales—al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.*
>
> *Del mismo modo que un tribunal constitucional no podría --ni lo pretende— traer ante sí todos los casos en que se cuestione o se pueda cuestionar la constitucionalidad de actos y normas, un tribunal internacional de derechos humanos no aspira --mucho menos todavía que el órgano nacional-- a resolver un gran número de litigios en los que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya ha dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar, esto es, las disposiciones del tratado internacional que invocan los litigantes. Este designio, que pone de manifiesto una función de la Corte, sugiere también las características que pueden tener los asuntos llevados a su conocimiento".* (Subrayado nuestro).

Como se observa, el juez Sergio García Ramírez considera que, en el ámbito regional, los países deben tener en cuenta la jurisprudencia emitida por la Corte IDH y aplicar tales criterios en las controversias constitucionales de su jurisdicción interna. De la misma manera, el referido juez sentó su posición particular sobre el control de convencionalidad en otras ocasiones como en el caso López Álvarez Vs. Honduras, sentencia del 1 de febrero de 2006, voto concurrente razonado, párrafo 30; caso Vargas Areco Vs. Paraguay, sentencia del 26 de septiembre de 2006, voto concurrente razonado, párrafo

7; caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, sentencia del 25 de noviembre de 2006, párrafos 16 y 17.

8. La Corte IDH, como ente colegiado, hizo referencia al control de convencionalidad, por primera vez, en el caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006, expresando en su párrafo 124 que:

> *"La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".* (Subrayado nuestro).

9. Sin restarle importancia a la sentencia anterior, es en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, del 24 de noviembre del 2006, donde todos los jueces de la Corte IDH hicieron un análisis más sesudo de la temática del control de convencionalidad expresando, por ejemplo, en su párrafo 128 que:

> *"Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (...)".* (Subrayado nuestro).

10. Posteriormente, la Corte IDH habría de ocuparse nuevamente del control de convencionalidad. Así, en la sentencia del caso Boyce y otros Vs. Barbados, del 20 de noviembre de 2007, expresó que en la jurisdicción interna se había hecho un análisis puramente constitucional de la cuestión litigiosa en la cual no se tuvieron en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme al Pacto de San José. De acuerdo con la Convención de Viena sobre los Tratados (art. 26), el Estado debió cumplir de buena fe con sus obligaciones convencionales, *"(...) y no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales (...)".* La jurisdicción interna no se debió limitar a evaluar si la norma local era constitucional o no, ya que la Corte de Justicia del Caribe, debió también decidir si la ley de Barbados, esgrimida en las sentencias locales, violó o no la Convención. (Véase párrafos 77 y 78). De la misma forma, en la sentencia del caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá, del 12 de agosto de 2008, se expresó que a través del control de convencionalidad cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, por ende, el derecho doméstico debe adecuar sus normas al Pacto de San José. La 'adecuación' de los preceptos locales *"(...) implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio; y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías".* (Véase párrafos 180 y 181).

11. La Corte IDH no se ocupa de las cuestiones internas sino que su función es la de inspeccionar si los países han vulnerado o no las convenciones sujetas a su competencia. No se trata en verdad de *revisar* las sentencias de los tribunales domésticos, sino de una función más importante e imprescindible dentro de un mecanismo que se jacta de ser protector de los derechos humanos, puesto que la Comisión y la Corte como únicos órganos de supervisión, pueden y deben determinar la compatibilidad o no con el Pacto de San José de cualquier acto u omisión en que incurran los Estados, a través de algunos de sus poderes, órganos o agentes (GERMÁN, Albar y CANÇADO TRINDADE, Antonio, "Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos", en *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Cox Editores, 1998, Costa Rica, p. 584).

12. Conforme lo expresado en el caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (Véase fundamento 8 de la presente sentencia), no sólo la Corte IDH ejerce el control de convencionalidad, sino que dicha facultad debe ser ejercida por los jueces locales para evitar que la controversia llegue a la instancia supranacional, cuya intervención es *subsidiaria*, es decir, que para llegar a esta instancia, previamente se debe agotar *"los recursos de jurisdicción interna"* (artículo 46.1.a de la Convención Americana de Derechos Humanos).

13. Demostrada la vulneración de las disposiciones supranacionales resulta necesario *adecuar* el derecho interno a los tratados. Esto implica que si la normativa doméstica (legislativa, administrativa o de cualquier otro carácter) y las prácticas estaduales de cualquiera de los tres poderes, no garantizan los derechos fundamentales reconocidos en el derecho internacional, el Estado debe adecuarlas o, en su caso, suprimirlas y crear garantías que verdaderamente protejan los derechos fundamentales. No estamos más que ante el deber general del Estado de adecuar su derecho interno (artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). No está demás expresar que no sólo el Poder Judicial debe cumplir con las disposiciones de derecho supranacional, sino también el Legislativo y el Ejecutivo, bajo apercibimiento de generar responsabilidad internacional del Estado.

14. Se puede distinguir un control de convencionalidad *vertical* que surge a partir de un ordenamiento supranacional, de una jurisdicción supranacional y de una interpretación supraconstitucional. Es un control concentrado ejercido por la Corte IDH, cuyos fallos generan una doctrina jurisprudencial con efectos *erga omnes*, es decir, que vinculan a todos los tribunales domésticos de la región, quienes tienen un "margen de apreciación nacional" que les permite aplicar la doctrina convencional de la Corte IDH, según estimen conveniente. Asimismo existe un control de convencionalidad *horizontal*, ejercido por las judicaturas domésticas de cada país (control difuso), cuyos efectos son sólo para el país en el cual sus jueces han aplicado los instrumentos internacionales (Tratados, *ius cogens* o jurisprudencia de la Corte IDH) antes que su normativa interna.

**2.3.2. § Análisis del caso concreto**

15. Un embargo en forma de administración de bienes supone asumir la representación y gestión de una empresa por el Órgano de Auxilio, que en este caso es el Administrador. De allí que, los funcionarios que conforman los órganos directivos y de ejecución de la empresa cesan en sus funciones, las mismas que, al ejecutarse la medida, son asumidas por el administrador, quien es designado por el juez y es a quien representa. En este sentido, *"en la administración judicial de cautela existe una relación de derecho público, en la cual el Juez, mediante un órgano de auxilio interfiere en la administración de bienes bajo tutela judicial"* (Cfr. PODETTI, Ramiro: *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral*, T. IV, Tratado de las Medidas cautelares, Ediar S.A. editores, Buenos Aires, 1956, p. 245).

16. Este instituto reviste características singulares, constituyendo por su especial naturaleza y atendiendo a la finalidad que persigue, una medida cautelar, de excepción, a la que debe recurrirse una vez agotadas todas las instancias, para conjurar el perjuicio potencial - para la sociedad o asociación - o acierto que se deriva de acciones u omisiones de los administradores, lo que implica un acendrado respeto por el ejercicio normal de los órganos propios, naturales de la entidad Societaria (Cfr. COUSO, Juan Calos: *Intervención y administración judicial de sociedades*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, Argentina, 1983, p. 21).

17. Dentro de las obligaciones del administrador se encuentra la de pagar los tributos (artículo 671, numeral 4 del Código Procesal Civil). Pero qué sucede cuando el administrador deja de cumplir con las obligaciones tributarias a que está obligado durante el tiempo que dura su administración. Acaso una vez terminada su administración, los propietarios de la empresa, a quienes se le despojó de la administración de la misma tienen que soportar los malos manejos de un mal administrador que fue designado por el juez.

18. Conviene precisar aquí que los argumentos de la SUNAT descritos en el punto 2.2 de la presente sentencia son muy parecidos a los argumentos del Estado peruano expresados en el caso Ivcher Bronstein Vs. Perú resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En aquella oportunidad el Estado expresó que la SUNAT *"no hace ninguna distinción respecto de la compañía, [ya que] independientemente de quienes sean los socios, gerente, directorio, […] administración, lo que hace, lo que verifica, es simplemente […] si hay impuesto por pagar o no". Para el Estado "debe tenerse presente que los tributos operan por la generación del hecho económico, y no corresponde a la Administración determinar si provienen o no de operaciones lícitas […].*

*Consecuentemente, las consideraciones de hecho alegadas (actuación de usurpadores) no tienen vinculación con la exigibilidad de la deuda tributaria de [la CLRSA]". Asimismo, resaltó que "el señor Baruch Ivcher Bronstein es un tercero ajeno a la relación jurídico tributaria que existe entre la SUNAT y la [CLRSA]".* (Cfr. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 24 de noviembre de 2009, caso Ivcher Bronstein Vs. Perú [Supervisión de cumplimiento de sentencias], párrafo 26).

19. Siguiendo nuevamente a la Corte Interamericana de derechos Humanos, resulta pertinente transcribir lo expresado en el caso Ivcher Bronstein Vs. Perú:

> *"[L]a Comisión "manif[estó] su especial preocupación por el hecho de que el Estado peruano pretenda cobrar los impuestos generados durante el tiempo en que [la empresa] estuvo en manos de los señores Winter y del Estado", ya que ello "contradice abiertamente el espíritu de la Sentencia de la Corte respecto a la violación del derecho de propiedad y a la libertad de expresión de la parte lesionada". Así, la Comisión señaló que "la remisión expresa que realiza la Corte para que se faciliten las 'condiciones' de uso y goce de los derechos del señor Ivcher como accionista mayoritario implica que se le devuelva la mencionada empresa sin exigirse el pago por los impuestos que hubieran podido generarse durante el per[í]odo en que ésta se encontraba bajo control del propio Estado peruano y de los accionistas minoritarios".*
>
> *(…)*
>
> *Que, en este sentido, este Tribunal hace notar que el señor Ivcher solicitó al Tribunal Arbitral "[que] se ordene al Estado peruano asumir el costo de [dicha] deuda tributaria" y que aquél declaró infundada dicha pretensión, ya que consideró, entre otros motivos, que "la deuda tributaria [generada por la Administración Winter] no afecta directamente el patrimonio del [señor Ivcher], sino el de la empresa de la cual es accionista" (supra Considerando 24). Por otro lado, el señor Ivcher presentó un amparo constitucional sobre este punto que fue rechazado el 20 de mayo de 2008 por el Tribunal Constitucional del Perú (supra Considerando 25) ya que, según dicho Tribunal, "el proceso de amparo no es la vía para ejecutar las sentencias de la Corte Interamericana". Además, el Tribunal Constitucional señaló que lo resuelto por el Tribunal Arbitral tenía efecto de cosa juzgada y que la Sentencia de la Corte Interamericana se pronunció a favor de "derechos personalísimos del señor Ivcher, mas no de todos los socios que conforman la [CLRSA,] a favor de la que ahora se solicita la condonación de la deuda tributaria".*
>
> *(…) Al respecto, la Corte recuerda lo establecido en el párrafo 123 de su Sentencia, en el sentido de que, contrario a lo resuelto por el Tribunal Arbitral, la participación en el capital accionario de la empresa constituye efectivamente el bien sobre el cual el señor Ivcher tiene derecho de uso y goce, a la luz de la Convención Americana. Por lo tanto, en la medida en que dicho capital accionario se vea afectado por la deuda tributaria generada entre el 1 de agosto de 1997 y el 6 de diciembre de 2000 por la administración de los hermanos Winter, quienes se apoderaron de la empresa ilegalmente con la aquiescencia del Estado, también se verá afectado el derecho a la propiedad del señor Ivcher por actos imputables al Estado.*
>
> *(…)*
>
> *Que, por lo tanto, la Corte considera que la controversia tributaria pendiente de resolución impide que el señor Ivcher pueda ser plenamente restituido en cuanto al uso y goce de sus derechos como accionista mayoritario de la CLRSA, tal y como lo era hasta el 1 de agosto de 1997 dado que, según se señaló anteriormente, la deuda afecta el capital de la empresa, sobre el cual el señor Ivcher tiene un derecho a la propiedad como accionista. De esta manera, queda pendiente el cumplimiento del Punto Resolutivo octavo de la Sentencia en este extremo.*
>
> *(…)*
>
> *Que en vista de todo lo anterior y de conformidad con el Punto Resolutivo octavo y el párrafo 123 de la Sentencia, corresponde a las instancias competentes del Estado en esta materia adoptar las medidas y procedimientos necesarios para abstenerse de cobrar aquellos tributos, multas y/o intereses moratorios generados durante la administración ilegal de la CLRSA entre el 1 de agosto de 1997 y el 6 de diciembre de 2000, a fin de restablecer el uso y goce de los derechos del señor Ivcher Bronstein como accionista mayoritario de la empresa, conforme lo era hasta el 1 de agosto de 1997, y con el propósito de garantizar que su derecho patrimonial sobre dicho capital no se vea afectado por deudas tributarias generadas por actos ilícitos del*

*propio Estado"*. (Subrayado nuestro) (Cfr. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 24 de noviembre de 2009, caso Ivcher Bronstein Vs. Perú [Supervisión de cumplimiento de sentencias], párrafos 34, 40, 41, 43 y 45).

20. Siguiendo lo expresado por la Corte IDH, en el presente caso, se advierte que la demandante (Panamericana Televisión S.A.) tiene una deuda de carácter tributario exorbitante. Al respecto, no puede soslayarse que si la deuda se ha incrementado exponencialmente ello obedece a que, dolosamente, la gestión anterior dejó de honrarlas. No debemos olvidar que la gestión anterior estaba en manos de Genaro Delgado Parker que fue el administrador judicial designado por el Estado peruano, a través de su Poder Judicial, es decir, Genaro Delgado Parker fue designado por un juez de la república, a quien representaba, para administrar diligentemente Panamericana Televisión S.A., lo que no ha ocurrido. Entonces, el propio Estado también es responsable de dicho incremento, no sólo porque la administración del canal le fue despojada mediante írritas resoluciones judiciales sino porque ha sido la propia desidia de la Administración Tributaria la que ha permitido que la deuda se haya incrementado; pues, pese a tener las herramientas necesarias para cobrar tales tributos, no las utilizó en su momento.

    Si la actora se ha visto inmersa en tal nivel de endeudamiento con el fisco, es precisamente por la actuación del propio Estado. De ahí que, pretender cobrar la totalidad de la deuda a la actual gestión sin considerar tal situación resulta arbitrario.

21. Efectivamente, los pronunciamientos judiciales que despojaron a la actual administración del control del mencionado canal de televisión resultan bastante discutibles. No sólo por haberse recurrido a jueces incompetentes en razón del territorio sino porque, en buena cuenta, pretendieron arrebatárselo a sus legítimos propietarios a través de espurias medidas cautelares y posteriores intentos de modificar la participación accionaria.

    La opinión pública ha sido testigo de los bochornosos actos que acontecieron en la toma de posesión del canal televisivo por parte de la gestión que, sin mayor remilgo, evadió los tributos.

22. Por ello, sorprende la pasividad de la SUNAT en fiscalizar y ejecutar dicha deuda a Panamericana Televisión cuando estuvo administrada por Genaro Delgado Parker. Por más discrecionales que sean sus facultades, éstas no pueden amparar el tratamiento exageradamente permisivo con que ha sido tratada la empresa mientras estuvo gestionada por la administración anterior.

23. Aunque los tributos no pueden ser entendidos como sanciones, en las actuales circunstancias, imputar íntegramente la deuda tributaria dejada de pagar al grupo económico perjudicado con dicha suerte de expropiación judicial es, en buena cuenta, una medida carente de racionalidad y, en la práctica, una sanción anómala que termina por vulnerar el derecho de propiedad de la recurrente y que este colegiado se encuentra en la obligación de proteger.

24. En consecuencia, habiendo la Corte IDH ejercido, en un caso similar al de autos (caso Ivcher Bronstein Vs. Perú, Resolución del 24 de noviembre de 2009 [Supervisión de cumplimiento de sentencias]), un control de convencionalidad vertical; este colegiado, siguiendo los lineamientos establecidos por la referida corte, es que debe estimar la presente demanda de amparo.

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

**HA RESUELTO**

Declarar **FUNDADA** la demanda y, en consecuencia, declarar **INEXIGIBLE** a la actora la deuda tributaria generada entre el 24 de febrero de 2003 y el 8 de junio de 2009.

**SS.**
**MESÍA RAMÍREZ**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.° 04617-2012-PA/TC
LIMA
PANAMERICANA TELEVISIÓN S.A.

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI**

Con el debido respeto por las posiciones de mis colegas magistrados, emito el presente voto singular por las razones que a continuación expongo:

1. Con fecha 25 de mayo de 2011, Panamericana Televisión S.A. interpone demanda de amparo contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), la cual tiene por objeto que se declare inexigible la deuda tributaria acumulada durante el

período comprendido entre el 24 de febrero de 2003 y el 8 de junio de 2009. Alega que el cobro de dicho deuda supone una afectación de sus derechos a las libertades informativas, en cuanto derecho a fundar medios de comunicación; a participar en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la Nación, en la manifestación que sustenta la titularidad de los derechos fundamentales para las personas jurídicas; a la propiedad y a la herencia; en la posición iusfundamental de inmunidad frente a las intervenciones injustificadas de los poderes públicos y de terceros; y a la libertad de empresa, en la manifestación de libertad de organización.

2. La empresa demandante sostiene que el cobro de tales tributos es inconstitucional en la medida en que se le pretende imputar una cuantiosa deuda tributaria generada durante los seis años de irregular gestión del señor Genaro Delgado Parker, quien estuvo a cargo de la empresa en calidad de administrador judicial en virtud de una medida cautelar dictada por el Juzgado Mixto de Carabayllo, ejecutada el 24 de febrero de 2003. En ese sentido, desde su punto de vista, se trata de una deuda generada por una ilegítima intervención del Estado en la administración de la empresa, en cuyo incremento también ha tenido responsabilidad la SUNAT, toda vez que esta permitió que el administrador judicial incumpla de manera deliberada y sostenida con el pago de los tributos en perjuicio del propio Estado. Asimismo, precisa que su pretensión procesal no se encuentra dirigida a cuestionar los actos de determinación de la deuda tributaria sino la exigibilidad de los mismos, atendiendo a la especial circunstancia fáctica y jurídica en la que se encuentra como consecuencia de una decisión estatal que la despojó, aunque sea temporalmente, de la dirección, gestión y representación de sus negocios.

3. Por su parte, la SUNAT deduce las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa y de prescripción. Respecto de la primera de ellas, alega que a solicitud de la actora se ha dado inicio a un procedimiento concursal preventivo, en donde la empresa recurrente reconoció la deuda tributaria objeto de la demanda, de modo tal que corresponde que se agoten primero los medios de impugnación disponibles al interior de dicho procedimiento. Tampoco se ha acreditado que la actora haya solicitado la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones tributarias cuestionadas con la publicación del aviso de difusión de su procedimiento concursal. Respecto de la segunda de ellas, alega que, teniendo en cuenta que la demandante tomó conocimiento de la deuda tributaria desde el 08 de junio de 2009, resulta claro que a la fecha de interposición de la presente demanda, 25 de mayo de 2011, ya habían transcurrido el plazo de 60 días hábiles establecido en el artículo 44° del Código Procesal Constitucional.

4. En cuanto al fondo, la SUNAT sostiene que los cambios de administración de la empresa no tienen implicancia en la determinación y exigibilidad de sus obligaciones tributarias. Desde su punto de vista, la tributación opera por la mera realización del hecho económico, con prescindencia de consideraciones de índole subjetiva referidas a las circunstancias particulares de las personas que se encuentran obligadas al pago de la deuda tributaria. En otras palabras, el cambio de administrador de una persona jurídica no es fundamento suficiente para desconocer las relaciones jurídicas que la empresa haya contraído. Asimismo, alega que resulta falso afirmar que la empresa recurrente no tenía registrada deuda tributaria con anterioridad al 24 de febrero de 2003 por cuanto, según consta en el Informe N.° 746-2011/SUNAT-210203, la empresa demandante mantenía desde el 2002 una deuda con el Estado ascendente a S/. 117´443,707.00 (Ciento diecisiete millones cuatrocientos cuarenta y tres mil setecientos siete nuevos soles), contenida en 594 valores. En ese sentido, la mayor parte de lo adeudado correspondería a períodos anteriores al 2004 y sólo el 27% a los años 2004-2008. En dicho informe también se han consignado las permanentes acciones de cobranza coactiva realizadas por la SUNAT a efectos de cobrar la deuda tributaria. Por último, estima que resulta inconsecuente que la empresa demandante reconozca la deuda tributaria a través de un procedimiento concursal preventivo y que al mismo tiempo pretenda cuestionarla a través del presente proceso de amparo.

5. Mediante resolución de fecha 15 de septiembre de 2011, el Tercer Juzgado Constitucional de Lima rechazó las excepciones deducidas y declaró saneado el proceso. Posteriormente, mediante resolución de fecha 28 de septiembre de 2011, declaró improcedente la demanda, considerando que la actitud de la empresa demandante resultaba contradictoria e inexplicable por cuanto pretendía desconocer la deuda tributaria a pesar de haber ya aceptado un cronograma de pagos tributarios en el procedimiento concursal tramitado ante INDECOPI. La recurrida confirmó la apelada por similares fundamentos, estimando que de lo expuesto en el expediente no se aprecia

la constatación de un agravio manifiesto a los derechos fundamentales invocados que comprometa seriamente su contenido constitucionalmente protegido.

6. A efectos de que una demanda de amparo pueda ser estimada, el acto lesivo, los derechos fundamentales supuestamente vulnerados y la relación causal entre estos dos últimos elementos deben estar claramente identificados. Sobre el primer punto, el supuesto acto lesivo, la actora ha indicado que este se configura por "los actos de la administración tributaria dirigidos a hacer efectiva la deuda tributaria acumulada por el órgano de auxilio judicial impuesto a Panamericana Televisión S.A. por el Estado peruano, a través de su Poder Judicial, y cuya acumulación se debió a que, en el curso de los seis (6) años que duró la medida cautelar de administración judicial, nunca fue objeto de escrupuloso seguimiento por parte de la SUNAT". Como puede observarse, la demandante se ha limitado a hacer una referencia genérica de los supuestos actos lesivos sin identificarlos precisamente. Es decir, no ha especificado ni explicado de manera clara los hechos o actos que estarían generando la vulneración de sus derechos fundamentales. A tenor de lo expuesto en la demanda, no queda claro a qué se refiere el demandante con aquellos actos de la administración tributaria dirigidos a hacer efectiva la deuda tributaria. ¿Cuáles son esos actos? ¿Cuándo se iniciaron? Esta es una información relevante a efectos de calificar la procedencia de la presente demanda.

7. De acuerdo a lo estipulado en el artículo 42° inciso 4 del Código Procesal Constitucional, la demanda de amparo debe contener, cuando menos, la relación enumerada de los hechos que hayan producido o estén en vías de producir la agresión del derecho constitucional. Este requisito resulta indispensable para que el juez constitucional pueda analizar si tales hechos o actos contravienen derechos fundamentales. Asimismo, es necesario constatar la fecha en la que el demandante tomó conocimiento de tales hechos a fin de computar el plazo prescriptorio establecido en el artículo 44° del Código Procesal Constitucional. En el presente caso, al no haberse precisado con claridad cuáles son los supuestos actos lesivos que inciden en el contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados, se ha incumplido con lo establecido en el referido artículo 42° inciso 4 del Código Procesal Constitucional.

8. De otro lado, se aprecia en autos que la deuda tributaria cuestionada por la empresa demandante ha sido reconocida en el marco del procedimiento concursal preventivo que esta viene siguiendo ante INDECOPI (fojas 1020 a 1023), así como en el acuerdo global de refinanciación de Panamericana Televisión S.A. (fojas 1025 a 1096), suscrito en mayo de 2011, en el cual inclusive se estipulan mecanismos de pago para cumplir con dicha deuda. Llama poderosamente la atención entonces que se pretenda utilizar el proceso constitucional de amparo, alegando supuestas violaciones a derechos fundamentales, cuando el supuesto acto lesivo (cobro de la deuda tributaria) ha sido consentido por la empresa demandante al haber mostrado libre disposición a cumplir con las obligaciones tributarias que se le imputan.

9. Asimismo, debe tenerse en cuenta que fue la persona jurídica Panamericana Televisión S.A. la que ha generado los hechos económicos que han servido de marco de referencia para la imposición de las obligaciones tributarias cuestionadas. En ese sentido, si dichas obligaciones no fueron ni cuestionadas ni canceladas en su momento, no puede alegarse que puesto que ahora existe otra administración a cargo de la empresa, tales obligaciones no deben ser exigidas ni pagadas. Las obligaciones tributarias cuestionadas son de la persona jurídica Panamericana Televisión S.A. y no de las personas naturales que actualmente administran dicha empresa.

10. Por otra parte, considero que resulta contradictorio que la demandante afirme que reconoce la generación de los valores tributarios y que a la vez sostenga que tales valores no le son exigibles. No se ha explicado, con base en una lógica clara y de naturaleza constitucional, cómo pretende que subsista la obligación tributaria y al mismo tiempo que esta no le sea exigible. En realidad, resulta meridianamente claro que lo que pretende la parte demandante, sin argumentarlo expresamente, es que los valores que determinan la obligación tributaria –que es un vínculo entre el acreedor y el deudor tributario- no surtan ningún tipo de efectos y sean declarados nulos e ineficaces. No obstante, si la recurrente hubiese planteado la demanda de esa manera, esta hubiera sido declarada improcedente, debido a que efectivamente no se ha acreditado que se haya agotado la vía previa ni que la demanda no se encuentre fuera del plazo establecido para interponerla. En efecto, no se aprecia de autos que la demandante haya cuestionado los valores tributarios en su momento. A fin de evitar estos requisitos procesales, la demandante ha optado por otro tipo de argumentación, cuestionar de manera genérica las deudas tributarias generadas durante la gestión del

administrador judicial, que no cuenta con sustento constitucional ni lógica alguna.

11. Finalmente, discrepo con lo expuesto en la ponencia recaída en autos, según la cual existe una equiparación entre los hechos del presente caso y lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Estimo que no es posible hacer esta equiparación por cuanto hay diferencias sustanciales entre lo planteado en el presente caso y lo resuelto por la Corte Interamericana, tanto en lo que respecta a los sujetos involucrados como víctimas de un supuesto acto lesivo de derechos fundamentales como a la naturaleza misma de los hechos identificados como actos lesivos de los derechos invocados.

12. En lo que respecta a los sujetos involucrados como víctimas de un supuesto acto lesivo de derechos fundamentales, observamos que mientras que en el caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se discute y se declara la vulneración de derechos fundamentales respecto de una persona natural, como es el caso del señor Baruch Ivcher, en el presente caso lo que se discute es la supuesta vulneración de derechos fundamentales respecto de una persona jurídica, como es el caso de Panamericana Televisión S.A. Además, debemos tener presente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no suele intervenir en casos en los que se discute la vulneración de derechos fundamentales de una persona jurídica por cuanto se entiende que, en la medida en que los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) tienen como punto de referencia, conforme a lo señalado en su artículo 1.2, a la persona como todo ser humano, no es factible reconocer a las personas jurídicas como sujetos legitimados para recurrir a la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos. A mayor abundamiento, cabe resaltar que en el caso del señor Baruch Ivcher, la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recayó sobre la esfera jurídica de la empresa CLRSA únicamente debido a la incidencia del cobro de las deudas tributarias de la empresa en el capital de la misma y a la eventual afectación de los derechos patrimoniales del señor Ivcher sobre dicho capital.

13. En cuanto a la naturaleza misma de los hechos identificados como actos lesivos de los derechos invocados, observamos que lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, esto es el no cobro por parte del Estado de las deudas tributarias generadas durante la administración ilegal de CLRSA entre el 1 de agosto de 1997 y el 5 de diciembre de 2000, tenía como premisa el reconocimiento y declaración por parte de una autoridad jurisdiccional, como es el caso de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la violación de los derechos del señor Ivcher por parte del Estado peruano, concretamente de los derechos a la nacionalidad (artículos 20.1 y 20.3 de la CADH), a las garantías judiciales (artículos 8.1 y 8.2 de la CADH), a la protección judicial (artículo 25.1 de la CADH), a la propiedad privada (artículos 21.1 y 21.2 de la CADH) y a la libertad de expresión (artículos 13.1 y 13.3 de la CADH). En cambio, en el presente caso no se presenta como premisa el reconocimiento y declaración por parte de una autoridad jurisdiccional de un acto lesivo de derechos fundamentales por parte del Estado peruano que amerite ser reparado por medio del no cobro de deudas tributarias a Panamericana Televisión S.A. Si bien es cierto que la empresa demandante alega haber sido víctima de una intervención irregular en su administración por parte del Estado peruano, a través del nombramiento de un administrador judicial y de los actos cometidos durante su gestión, ello no ha sido acreditado en el marco de un proceso judicial ni mucho menos en el marco del presente proceso constitucional de amparo, el cual, de conformidad con el artículo 9° del Código Procesal Constitucional, no cuenta con una etapa probatoria en la cual se puedan acreditar alegaciones de esa naturaleza.

14. Por lo tanto, habiéndose evidenciado que la presente demanda no ha cumplido con el requisito establecido en el artículo 42° inciso 4 del Código Procesal Constitucional y que no hay lugar a equiparación entre los hechos del presente caso con lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, mi voto, en estricta aplicación de lo establecido por el artículo 47° del Código Procesal Constitucional, es por que la demanda sea declarada **IMPROCEDENTE**.

**Sr.**
**URVIOLA HANI**

EXP. N.° 04617-2012-PA/TC
LIMA
PANAMERICANA TELEVISIÓN S.A.

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI**

Emito el presente voto por las consideraciones siguientes:

1. Con fecha 25 de mayo de 2011 la actora interpone demanda de amparo contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat), solicitando que se declare inexigible la deuda tributaria acumulada durante el período comprendido entre el 24 de febrero de 2003 y el 8 de junio de 2009. Alega que solicita ello en defensa de sus derechos a las libertades informativas, en cuanto derecho a fundar medios de comunicación, "a participar en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación, en la manifestación que sustenta la titularidad de derechos fundamentales para las personas jurídicas", "a la propiedad y a la herencia en la posición iusfundamental de inmunidad frente a las intervenciones injustificadas de los poderes públicos y de terceros", y a "la libertad de empresa en la manifestación de libertad de organización".

2. Argumenta que a través de la medida cautelar emitida por el Juzgado Mixto de Carabayllo, ejecutada el 24 de febrero de 2003, Genaro Delgado Parker se hizo cargo de la administración de Panamericana Televisión S.A. Posteriormente el 1 de junio de 2009 se entregó la administración de la empresa a la Sunat, que también había ejecutado una medida cautelar de administración en su favor. Y finalmente el 8 de junio del mismo año, la legítima Administración reasumió sus funciones, en virtud de la decisión de la Primera Sala Civil de Lima Norte, que revocó la medida cautelar concedida a Genaro Delgado Parker. Indica que antes de las Administraciones ilegalmente impuestas a la empresa ésta estaba al día en sus obligaciones corrientes, y la deuda atrasada se encontraba en un fraccionamiento tributario, abonándose puntual e ininterrumpidamente pero que durante toda la gestión de Genaro Delgado Parker no se honraron las obligaciones tributarias, generándose una cuantiosa deuda tributaria durante todos los años de su administración, trayendo consecuencias económicas y comerciales perjudiciales al canal, y viéndose obligada la empresa a iniciar un proceso concursal preventivo ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Sumado a ello, indica que la Sunat permitió que la Administración Judicial incumpla de manera deliberada y sostenida el pago de los tributos en perjuicio del propio Estado.

3. En tal sentido concluye que el acto lesivo estaría configurado por aquellas resoluciones de la Administración Tributaria dirigidas a hacer efectiva la deuda tributaria acumulada por el órgano de auxilio judicial impuesto a Panamericana Televisión S.A. por el Estado peruano, a través de su Poder Judicial, y cuya acumulación se debió a que en el curso de los seis (6) años que duró la medida cautelar de administración judicial, nunca fue objeto de escrupuloso seguimiento por parte de la Sunat. Advierte que no pretende cuestionar los actos de determinación de la deuda tributaria, ni la real existencia de los hechos generados del impuesto a la renta. En cambio, asegura que la "pretensión procesal se dirige a que se produzca una diferenciación razonable originada en la existencia de una situación fáctica y jurídica desigual respecto de cualquier otro contribuyente que no haya sido afectado por una decisión estatal que lo despojó, aunque sea temporalmente, de la dirección, gestión y representación de sus negocios.

4. Alega que no están obligados a agotar la vía previa debido a que esta no se encuentra regulada, toda vez que la presente demanda no se encuentra destinada a cuestionar la determinación de la obligación tributaria o las sanciones que de ella puedan derivarse, sino que se dirige a "que la deuda tributaria injustificadamente acumulada por el órgano de auxilio judicial designado para asumir la dirección, gestión y representación de la empresa sea inexigible respecto de PANAMERICANA TELEVISIÓN S.A. sin que se cuestionen los actos de determinación de la deuda tributaria" (sic). Más aún agrega que "el legislador no ha contemplado el supuesto excepcional de que un deudor tributario no cuestione la determinación de la obligación tributaria sino el que pueda serle exigible" (sic). De igual forma alega que no existe una vía igualmente satisfactoria ya que el proceso contencioso-administrativo solo puede iniciarse contra un pronunciamiento del Tribunal Fiscal, y que puesto que en este caso no existe procedimiento para agotar la vía previa, resulta imposible presentar impugnaciones ante la Administración Tributaria.

5. La Sunat deduce las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa y de prescripción. Respecto de la primera de ellas alega que a solicitud de la actora se dio inicio

a un procedimiento concursal preventivo, en donde la empresa recurrente reconoció la deuda tributaria objeto de la demanda; que en tal sentido debe primero agotarse los medios disponibles en dicho proceso. Afirma que la actora no solicitó la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones con la publicación del aviso de difusión de su procedimiento concursal. Respecto de la excepción de prescripción, alega que tal como lo ha expresado la demandante, es desde el 8 de junio de 2009 que la demandante tomó conocimiento de la deuda tributaria; que por ende resulta claro que habían transcurrido más de 60 días desde que la actora se enterara de la deuda tributaria. Más aún debe considerarse que la actora, es decir, la persona jurídica contribuyente tomó conocimiento de la deuda tributaria cuando se le notificaron cada una de las resoluciones que conforman la deuda tributaria.

Respecto del fondo la Sunat alega que los cambios de la administración de la empresa no tienen implicancia en la determinación y exigibilidad de sus obligaciones tributarias. Así el cambio de administrador de una persona jurídica no es fundamento suficiente para desconocer las relaciones jurídicas que la empresa haya contraído. La Sunat afirma que es falso que Panamericana Televisión S.A. no haya tenido deuda tributaria antes del 24 de febrero de 2003 ya que según el informe N.° 746-2011/SUNAT-210203, la empresa demandante mantenía desde el 2002 una deuda con el Estado ascendente a ciento diecisiete millones cuatrocientos cuarenta y tres mil setecientos siete nuevos soles (S/. 117´443,707.00) contenida en 594 valores. Así la mayor parte de lo adeudado correspondería a períodos anteriores al 2004 y solo el 27% a los años 2004 - 2008. La Sunat argumenta que la tributación opera por la mera realización del hecho económico, con prescindencia de consideración de índole subjetivo que ocurra con las personas que se encuentran obligadas al pago de la deuda tributaria. Considera además que la actitud de Genaro Delgado Parker de no pagar los impuestos de PANTEL S.A. no puede ser desconocida mediante el amparo y que de acuerdo al informe N.° 746-2011/SUNAT-210203, la Sunat sí realizó permanentes acciones de cobranza coactiva. Por último, estima que la demandante ha reconocido la deuda tributaria en el procedimiento concursal preventivo, por lo que resulta inconsecuente que, por un lado, reconozca la deuda y, por el otro, pretenda cuestionarla, elucubrando supuestas afectaciones de derechos constitucionales, cuando lo que se persigue es dejar de pagar las obligaciones tributarias.

6. Con fecha 15 de setiembre de 2011 el Tercer Juzgado Constitucional de Lima rechaza las excepciones aducidas y declara saneado el proceso. Con fecha 28 de setiembre de 2011 el *a quo* declara improcedente la demanda estimando que la demanda no solo resulta contradictoria sino inexplicable puesto que luego de aceptar el cronograma de pagos tributarios en el proceso concursal efectuado ante el Indecopi, pretende ahora desconocer tal deuda. En consecuencia estima que no se ha vulnerado ningún derecho fundamental.

7. La resolución apelada es confirmada por el *ad quem* estimando que de lo expuesto en el expediente no se aprecia la constatación de un agravio manifiesto a los derechos fundamentales que comprometa seriamente su contenido constitucionalmente protegido.

8. A fin de resolver la presente demanda se debe identificar el acto lesivo, los derechos fundamentales supuestamente vulnerados y la relación causal entre el supuesto acto lesivo y los derechos fundamentales supuestamente vulnerados. Sobre el primer punto, la actora ha indicado que "el acto lesivo está configurado por los actos de la administración tributaria dirigidos a hacer efectiva la deuda tributaria acumulada por el órgano de auxilio judicial impuesto a PANAMERICANA TELEVISIÓN S.A. por el Estado peruano, a través de su Poder Judicial, y cuya acumulación se debió a que, en el curso de los seis (6) años que duró la medida cautelar de administración judicial, nunca fue objeto de escrupuloso seguimiento por parte de la SUNAT". Como se aprecia la demandante hace una referencia genérica de los supuestos actos lesivos sin identificarlos precisamente. Es decir, no especifica y no explica de manera clara los hechos o los actos que estarían generando la vulneración de sus derechos fundamentales. Esta omisión no debe pasar desapercibida, y es que ¿a qué se refiere con **los actos de la administración tributaria dirigidos a hacer efectiva la deuda tributaria**?, ¿cuáles son esos actos? ¿cuándo se iniciaron tales actos?, ¿se iniciaron 60 días después de interpuesta la demanda?

9. De acuerdo a lo estipulado en el artículo 42° del Código Procesal Constitucional (CPConst.) la demanda de amparo debe contener cuando menos […] "4) La relación numerada de los hechos que hayan producido, o estén en vías de producir la agresión del derecho constitucional". Este requisito resulta indispensable para que el juez constitucional pueda analizar si tales hechos o actos contravienen derechos fundamentales. De igual modo es necesario determinar ello a fin de tener constancia de la fecha

en que el demandante tomó conocimiento de tales hechos a fin de computar el plazo prescriptorio establecido en el artículo 44° del CPConst. Por consiguiente si los supuestos actos lesivos no se encuentran adecuadamente identificados, el juez constitucional no podrá desarrollar adecuadamente su labor, por lo que deberá rechazar la demanda al incumplirse lo establecido en el artículo 42°, inciso 4, ya referido.

10. Tal como se aprecia de autos (fojas 1020-1023 y 1025-1096), en el procedimiento concursal preventivo seguido ante el Indecopi e iniciado por la ahora demandante, se reconoce la deuda tributaria. Y posteriormente en el acuerdo global de refinanciación de Panamericana Televisión S.A., de mayo de 2011 también se reconoce tal deuda tributaria y mecanismos de pago. Por consiguiente, se está frente a un evidente caso de consentimiento por parte de la demandante de lo que ahora alega como una vulneración de sus derechos fundamentales. Y es que ya mostró la libre disposición a cumplir tal obligación.

11. Además debe tenerse en cuenta que fue la persona jurídica Panamericana Televisión S.A. la que generó el hecho económico que a su vez generó la obligación tributaria. Así, si tales obligaciones no fueron cuestionadas ni canceladas en su momento, no puede alegarse que puesto que ahora existe otra Administración tales obligaciones no deban pagarse. Y es que son las obligaciones tributarias de la persona jurídica Panamericana Televisión S.A. y no de los miembros de la Administración de la empresa.

12. A mayor abundamiento coincido con lo estimado por el juez de primera instancia en que la presente demanda es "contradictoria" e "inexplicable". Así el demandante ha insistido a lo largo del expediente que no pretende cuestionar los valores que determinaron los tributos ni el hecho económico a consecuencia de los cuales se generó el tributo. Afirma que la demanda está dirigida a que "la deuda tributaria injustificadamente acumulada por el órgano de auxilio judicial designado para asumir la dirección, gestión y representación de la empresa sea inexigible respecto de Panamericana Televisión S.A. sin que se cuestione los actos de determinación de la deuda tributaria" (sic). Es más, solicita en el recurso de agravio constitucional que sean terceros los que paguen la deuda tributaria y no la empresa recurrente.

13. En suma la demandante no quiere cuestionar los valores tributarios, es decir quiere que estos se mantengan pero al mismo tiempo no quiere cumplir las obligaciones emanadas de tales valores. Rechazo tal argumentación, en primer lugar porque la demandante no ha explicado, con base en una lógica clara y de naturaleza constitucional, cómo pretende que subsista la obligación tributaria pero que al mismo tiempo esta no le sea exigible. En realidad resulta meridianamente claro que lo que pretende la demandante, sin argumentarlo expresamente, es que los valores que determinan la obligación tributaria –que es un vínculo entre el acreedor y el deudor tributario- no surtan ningún tipo de efectos y sean declarados nulos o ineficaces. No obstante si la recurrente hubiese planteado la demanda de esta manera, esta hubiese sido declarada improcedente debido a que efectivamente no se acredita que se haya agotado la vía previa y además la demanda estaría fuera del plazo establecido para interponer la demanda de amparo. En efecto no se aprecia de autos que la demandante haya cuestionado los valores tributarios en su momento. Pero a fin de evitar esta evidente consecuencia la actora ha preferido optar por otro tipo de argumentación que sin embargo, no cuenta con sustento constitucional o lógica alguna. Es decir ha buscado elucubradas argumentaciones para evitar que su demanda sea declarada improcedente. Tal estrategia legal denota pues una temeridad que este Tribunal debe sancionar.

14. Se advierte de esta forma la conducta temeraria asumida como abogado por Víctor Hugo Velarde López, con Registro CAL 22275, quien faltando a sus deberes de lealtad, probidad y buena fe, por cuanto resulta patente la falta de argumentos para llevar adelante el presente proceso constitucional, suscribió y autorizó recursos, desnaturalizando así los fines de este proceso constitucional. Al respecto, tiene dicho el Tribunal Constitucional que: "Si quienes están formados en el conocimiento del Derecho utilizan estas capacidades para engañar, confundir, manipular, tergiversar hechos o, en resumen, para obstaculizar la prestación del servicio de justicia por parte del Estado, entonces su actuación constituye un claro desafío para la realización misma de los valores que persigue el Estado Constitucional y debe merecer una oportuna actuación de parte de los poderes públicos y, en especial, de parte de los Tribunales, quienes son los mejores observadores de su desenvolvimiento" (Exp. N.° 8094-2005-PA/TC, fundamento 8).

15. El artículo 109° del Código Procesal Civil establece que son deberes de las partes abogados y apoderados: "1. Proceder con veracidad, probidad, lealtad y buena fe en todos sus actos e intervenciones en el

proceso; 2. No actuar temerariamente en el ejercicio de sus derechos procesales". El artículo 112° del mismo código establece que ha existido temeridad o mala fe cuando […] "sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio". Por su parte el artículo 49° del Reglamento Normativo de este Tribunal Constitucional, aprobado mediante Resolución Administrativa N.° 095-2004-P/TC, establece que: "El Tribunal puede imponer multas a cualquier persona, investida o no de función pública, que incumpla los requerimientos de comportarse con sujeción a lo dispuesto en el artículo 109° del Código Procesal Civil. Las multas pueden ser de 10 a 50 Unidades de Referencia Procesal".

16. Por todo lo dicho, advierto que el abogado que suscribe la demanda y el recurso de agravio constitucional ha incurrido en actuación o conducta temeraria, toda vez que teniendo pleno conocimiento de la falta de argumentos para llevar adelante el presente proceso constitucional temerariamente se interpuso la presente demanda, faltando así a sus deberes de lealtad, probidad y buena fe, así como dando lugar a la desnaturalización de los fines de este proceso constitucional, por lo que corresponde proceder conforme al diseño constitucional y legal establecido e imponer una multa ascendente a diez (10) unidades de referencia procesal (URP).

Por estas consideraciones, mi voto es por:

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.
2. **APLICAR** una multa de 10 URP al abogado Víctor Hugo Velarde López, con Registro CAL 22275, por su actuación temeraria en el presente proceso constitucional.

**Sr.**
**VERGARA GOTELLI**

EXP. N.° 04617-2012-PA/TC
LIMA
PANAMERICANA TELEVISIÓN S.A.

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Lima, 16 de mayo de 2014

**VISTA**

La solicitud de aclaración de fecha 22 de abril de 2014, ampliada mediante escrito de fecha 9 de mayo de 2014, presentada por don Héctor Agripino Castillo Figueroa, Procurador Público Adjunto de la SUNAT, contra la sentencia de fecha 12 de marzo de 2014; y,

**ATENDIENDO A**

1. Que de conformidad con el artículo 121 del Código Procesal Constitucional *"contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna. En el plazo de dos días a contar desde su notificación (…), el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido".*
2. Que mediante escrito de fecha 22 de abril de 2014, ampliada mediante escrito de fecha 9 de mayo de 2014, se solicita aclarar la sentencia de fecha 12 de marzo de 2014. En este sentido, se solicita textualmente lo siguiente:

   a) Se pide que el Tribunal Constitucional aclare la sentencia antes mencionada en el sentido de precisar cuáles son los fundamentos de hecho o documentos obrantes en autos en los que se fundamenta su afirmación respecto a que hubo pasividad de la SUNAT en fiscalizar y ejecutar deuda tributaria a Panamericana Televisión S.A. cuando estuvo administrada por Genaro Delgado Parker, lo que generó crecimiento de la deuda tributaria; cuando en los actuados existen medios probatorios aportados por la SUNAT que acreditan que durante los año 2003 a 2009 (lapso en el que Genaro Delgado Parker tuvo la administración judicial de Panamericana Televisión S.A.) realizó múltiples acciones de cobranza coactiva contra dicha empresa, tal como se indica en el informe N° 746-2011/SUNAT-210203 (adjuntado al proceso mediante escrito de contestación de demanda);

   b) Se pide que el Tribunal Constitucional aclare la sentencia antes mencionada en el sentido de precisar cuáles fueron las razones o consideraciones que lo llevaron a establecer que el caso Baruch Ivcher es similar al caso de Panamericana Televisión S.A., toda vez que en la STC no se ha señalado que exista identidad o similitud en la condición de los sujetos y derechos alegados, habiendo, además, omitido pronunciarse sobre los argumentos expuestos por nuestra parte, en los cuales señalamos que no resulta aplicable la Resolución del 24 de noviembre de 2009 por tratarse de un supuesto totalmente diferente;

   c) Se precise que lo resuelto por el Tribunal Constitucional sólo es aplicable al caso concreto.

3. Que, como se observa, la presente solicitud debe ser rechazada pues resulta manifiesto, de las pretensiones expuestas, que no tiene como propósito aclarar la sentencia de autos o subsanar un error material u omisión en que se hubiese incurrido, sino impugnar la decisión que contiene, lo que no cabe, conforme ha sido referido *supra.*

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

**HA RESUELTO**

Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de aclaración.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**MESÍA RAMIREZ**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.° 04617-2012-PA/TC
LIMA
PANAMERICANA TELEVISIÓN S.A.

**AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Lima, 18 de noviembre de 2014

**VISTO**

El pedido de integración presentado en fecha 9 de junio de 2014 por el Procurador Público de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat) contra el *auto* de fecha 16 de mayo de 2014 que declaró improcedente un anterior pedido de aclaración contra la *sentencia* de fecha 12 de marzo de 2014; y,

**ATENDIENDO A**

1. Que, de conformidad con el artículo 121° del Código Procesal Constitucional "contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna. En el plazo de dos días a contar desde su notificación (…), el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido. Asimismo, contra los autos que dicte el Tribunal sólo procede —en su caso— el recurso de reposición ante el propio Tribunal".

2. Que en la presente causa, el Tribunal Constitucional, mediante sentencia de fecha 12 de marzo de 2014, declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por Panamericana Televisión S.A. en contra de la Sunat, al considerar que imputarle la deuda tributaria generada entre el 24 de febrero de 2003 y el 8 de junio de 2009 constituía una expropiación judicial que vulneraba su derecho de propiedad; y declaró inexigible dicha deuda.

3. Que, frente a un pedido de aclaración presentado por el Procurador Público de la Sunat, ampliado luego como de nulidad, el Tribunal Constitucional emitió el auto de fecha 16 de mayo de 2014, declarando improcedente el pedido de aclaración porque se pretendía impugnar la sentencia de fecha 12 de marzo de 2014.

4. Que ahora, a través del presente pedido, el Procurador Público de la Sunat solicita se integre el auto de fecha 16 de mayo de 2014 en el extremo que omitió pronunciarse sobre el pedido de nulidad de la sentencia de fecha 12 de marzo de 2014. Solicita también que, en caso su pedido de integración no prospere, se declare, por la vía del recurso de reposición, la nulidad de la sentencia de fecha 12 de marzo de 2014, así como del auto de fecha 16 de mayo de 2014.

5. Que manifiesta el peticionante que la sentencia de fecha 12 de marzo de 2014 debe ser declarada *nula* porque vulnera la garantía del debido proceso; contraviene la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, consigna hechos inexactos, y contiene una motivación aparente e impertinente, como por ejemplo la cita de una sentencia internacional.

6. Que, en el presente caso, se aprecia que la sentencia de fecha 12 de marzo de 2014 constituye una decisión final que se pronunció sobre el fondo del asunto litigioso y que tiene la calidad de cosa juzgada, por haber sido emitida por el Tribunal Constitucional en último grado, en armonía con lo establecido por el artículo 202.°, inciso 2), de la Constitución Política del Perú. En adición a lo dicho, el artículo 139.°, inciso 2, de la Constitución establece como una de las garantías de la administración de justicia, que alcanza ciertamente a la justicia constitucional, el no "dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución".

7. Que el artículo 121.° del Código Procesal Constitucional sigue la línea trazada por dichas normas constitucionales en cuanto establece que "contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna", permitiendo sólo aclaraciones de algún concepto o subsanaciones de cualquier error material u omisiones en que hubiese incurrido la sentencia.

8. Que la cosa juzgada es un principio básico del orden jurídico, pero también lo es, y en especial medida, la seguridad jurídica. Ésta ha sido entendida por el Tribunal Constitucional como un principio que "(…) forma parte consustancial del Estado Constitucional de Derecho", en virtud del cual "La predecibilidad de las conductas (…) 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" (STC N° 0016-2002-AI/TC, fundamento 3).

9. Que existe en todo Estado constitucional un órgano de cierre y, en nuestro caso, ese órgano es el Tribunal Constitucional, según se desprende del precitado artículo 202.°, inciso 2), de la Constitución. Agotada la jurisdicción interna, sólo se puede acudir a la jurisdicción supranacional (artículo 205.° de la misma Norma Fundamental) en caso no se haya amparado la pretensión contenida en la demanda y es dicha instancia internacional la única que, de ser el caso, puede modificar lo resuelto por el Tribunal Constitucional.

10. Que, por todas estas razones, el pedido de nulidad promovido por el Procurador Público de la Sunat contra la sentencia de fecha 12 de marzo de 2014 debe ser desestimado, en tanto no encuentra cobertura constitucional ni legal suficientes. Del mismo modo, debe ser desestimado el recurso de reposición promovido contra el auto de fecha 16 de mayo de 2014, por no contener fundamentación o alegación que dé lugar a revocar o modificar el auto cuestionado.

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

**RESUELVE**, con los fundamentos de voto de los magistrados Urviola Hani y Ramos Núñez, los votos singulares de la magistrada Ledesma Narváez y el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, que se agregan, y la abstención del magistrado Miranda Canales.

Declarar **IMPROCEDENTE** el pedido de integración, que contiene el de nulidad y el de reposición.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**URVIOLA HANI**
**BLUME FORTINI**
**RAMOS NÚÑEZ**
**SARDÓN DE TABOADA**

EXP. N.° 04617-2012-PA/TC
LIMA
PANAMERICANA TELEVISIÓN S.A.

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI**

1. Sin perjuicio de hacer míos los fundamentos y la parte resolutiva de la ponencia que declara "**IMPROCEDENTE** el pedido de integración, que contiene el de nulidad y el de reposición" planteado en contra del auto de 16 de mayo de 2014 que, a su vez, declaró improcedente un pedido de aclaración de la sentencia de 12 de marzo de 2014, debo recordar que en la sentencia dictada en el presente proceso, esto es aquella que declaró inexigible a la empresa demandante Panamericana Televisión S.A. la deuda tributaria generada entre el 24 de febrero de 2003 y el 8 de junio de 2009, emití un voto singular optando por declarar improcedente la demanda.

2. En efecto, en dicho voto dejé constancia de la manifiesta carencia de argumentos para estimar la demanda interpuesta por la empresa Panamericana Televisión S.A., toda vez que se evidenció el incumplimiento del requisito establecido en el artículo 42°.4 del Código Procesal Constitucional (al no haberse precisado con claridad cuáles son los supuestos actos lesivos que inciden en el contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados), y además porque no había lugar a equiparación entre los hechos del caso Panamericana Televisión S.A. y lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Así, mis argumentos fueron los siguientes:

   8. (…) se aprecia en autos que la deuda tributaria cuestionada por la empresa demandante ha sido reconocida en el marco del procedimiento concursal preventivo que esta viene siguiendo ante INDECOPI (…), así como en el acuerdo global de refinanciación de Panamericana Televisión S.A. (…), suscrito en mayo de 2011, en el cual inclusive se estipulan mecanismos de pago para cumplir con dicha deuda. Llama poderosamente la atención entonces que se pretenda utilizar el proceso constitucional de amparo, alegando supuestas violaciones a derechos fundamentales, cuando el supuesto acto lesivo (cobro de la deuda tributaria) ha sido consentido por la empresa demandante al haber mostrado libre disposición a cumplir con las obligaciones tributarias que se le imputan.

9. Asimismo, debe tenerse en cuenta que fue la persona jurídica Panamericana Televisión S.A. la que ha generado los hechos económicos que han servido de marco de referencia para la imposición de las obligaciones tributarias cuestionadas. En ese sentido, si dichas obligaciones no fueron ni cuestionadas ni canceladas en su momento, no puede alegarse que puesto que ahora existe otra administración a cargo de la empresa, tales obligaciones no deben ser exigidas ni pagadas. Las obligaciones tributarias cuestionadas son de la persona jurídica Panamericana Televisión S.A. y no de las personas naturales que actualmente administran dicha empresa.

10. Por otra parte, considero que resulta contradictorio que la demandante afirme que reconoce la generación de los valores tributarios y que a la vez sostenga que tales valores no le son exigibles. No se ha explicado, con base en una lógica clara y de naturaleza constitucional, cómo pretende que subsista la obligación tributaria y al mismo tiempo que esta no le sea exigible. En realidad, resulta meridianamente claro que lo que pretende la parte demandante, sin argumentarlo expresamente, es que los valores que determinan la obligación tributaria –que es un vínculo entre el acreedor y el deudor tributario- no surtan ningún tipo de efectos y sean declarados nulos e ineficaces. No obstante, si la recurrente hubiese planteado la demanda de esa manera, esta hubiera sido declarada improcedente, debido a que efectivamente no se ha acreditado que se haya agotado la vía previa ni que la demanda no se encuentre fuera del plazo establecido para interponerla. En efecto, no se aprecia de autos que la demandante haya cuestionado los valores tributarios en su momento. A fin de evitar estos requisitos procesales, la demandante ha optado por otro tipo de argumentación, cuestionar de manera genérica las deudas tributarias generadas durante la gestión del administrador judicial, que no cuenta con sustento constitucional ni lógica alguna.

11. Finalmente, discrepo con lo expuesto en la ponencia recaída en autos, según la cual existe una equiparación entre los hechos del presente caso y lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Estimo que no es posible hacer esta equiparación por cuanto hay diferencias sustanciales entre lo planteado en el presente caso y lo resuelto por la Corte Interamericana, tanto en lo que respecta a los sujetos involucrados como víctimas de un supuesto acto lesivo de derechos fundamentales como a la naturaleza misma de los hechos identificados como actos lesivos de los derechos invocados.

12. (…) A mayor abundamiento, cabe resaltar que en el caso del señor Baruch Ivcher, la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recayó sobre la esfera jurídica de la empresa CLRSA únicamente debido a la incidencia del cobro de las deudas tributarias de la empresa en el capital de la misma y a la eventual afectación de los derechos patrimoniales del señor Ivcher sobre dicho capital.

13. (…) Si bien es cierto que la empresa demandante alega haber sido víctima de una intervención irregular en su administración por parte del Estado peruano, a través del nombramiento de un administrador judicial y de los actos cometidos durante su gestión, ello no ha sido acreditado en el marco de un proceso judicial ni mucho menos en el marco del presente proceso constitucional de amparo, el cual, de conformidad con el artículo 9° del Código Procesal Constitucional, no cuenta con una etapa probatoria en la cual se puedan acreditar alegaciones de esa naturaleza.

14. Por lo tanto, habiéndose evidenciado que la presente demanda no ha cumplido con el requisito establecido en el artículo 42° inciso 4 del Código Procesal Constitucional y que no hay lugar a equiparación entre los hechos del presente caso con lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, mi voto, en estricta aplicación de lo establecido por el artículo 47° del Código Procesal Constitucional, es porque la demanda sea declarada **IMPROCEDENTE**.

3. Sin embargo, mi posición fue vencida, y hoy, que se pretende la nulidad de una decisión del Tribunal Constitucional, debo sumarme al rechazo del pedido presentado, en atención a la garantía de la cosa juzgada y al principio de seguridad jurídica que me impelen a proceder en ese sentido.

**S.**
**URVIOLA HANI**

EXP. N.° 04617-2012-PA/TC
LIMA
PANAMERICANA TELEVISIÓN S.A.

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NUÑEZ**

El Tribunal ha resuelto, por mayoría, declarar que el pedido de integración, que contiene el de nulidad y el de reposición, sea declarado improcedente. Me hallo de acuerdo con la decisión y estas son mis razones.

Las sentencias del Tribunal Constitucional, sobre todo las emitidas por la composición inmediatamente anterior, pueden generar sospecha, ironía, inquietud, malestar y hasta indignación. Es probable incluso que la resolución que ahora se impugna demuestre parcialidad manifiesta, incoherencias normativas, inapropiada aplicación de la Constitución e inadecuado empleo de las leyes y convenciones, pero no observo un vicio de tal magnitud y de crucial trascendencia que llegue a comprometer el orden público y que justifique su nulidad y la revisión de la cosa juzgada que ostenta.

Debemos, como cualquier ciudadano, formular críticas a las resoluciones judiciales que causan estado. No obstante, el eventual disgusto frente a resoluciones judiciales, principalmente aquellas expedidas por el Tribunal Constitucional, no puede franqueamos, a quienes lo integramos, la tentación de afectar la seguridad jurídica, uno de los pilares del edificio constitucional y de la organización económica. Entre el malestar que genera una controvertida sentencia de la antigua conformación (la aplicación del control de la convencionalidad tuvo polémica y su rechazo se manifestó claramente en los votos en minoría de los magistrados Urviola Hani y Vergarga Gotelli), de un lado, y la seguridad jurídica, por otro, opto por privilegiar este último valor constitucional.

**Sr.**
**RAMOS NÚÑEZ**

EXP. N.° 04617-2012-PA/TC
LIMA
PANAMERICANA TELEVISIÓN S.A.

**VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ**

1. Con el debido respeto por la decisión de mis colegas, estimo que el contenido de una sentencia que constituye cosa juzgada es inmutable e inmodificable, siempre y cuando su contenido no incluya graves irregularidades, ni manifiestas arbitrariedades que terminen vulnerando los derechos fundamentales y los principios constitucionales, de lo contrario, no es cosa juzgada. Por ello, debe declararse **FUNDADO** el pedido de autos y, en consecuencia, **NULA** la sentencia del 12 de marzo de 2014. Mis razones son las siguientes:

**Consideraciones previas:**

2. Cuando deliberábamos al interior del Tribunal Constitucional el veredicto al pedido de nulidad sobre el que hoy me pronuncio, se venían expresando públicamente determinados puntos de vista que daban cuenta de una noticia, que el Tribunal Constitucional "declararía" nula una sentencia dictada a favor de la empresa Panamericana Televisión S.A. y que de procederse de ese modo se "afectaría" gravemente la garantía de la cosa juzgada y con ello la seguridad jurídica.

3. Lamentablemente en estos últimos tiempos se ha intensificado el hecho que los casos judiciales no se definen en los tribunales sino en los medios de comunicación, generando con esto, la posibilidad que haya jueces que sucumban a la presión mediática construida a través de los medios de comunicación. Considero que el deber de informar que asume un medio de comunicación, debe estar apartado del derecho a opinar sobre decisiones judiciales que todavía no se emiten, más aún, si el medio de comunicación que promocionaría esa corriente de opinión, es parte demandada en el proceso que públicamente cuestiona.

4. Debo recordar que la propia constitución permite el análisis y critica a las resoluciones judiciales, con las limitaciones de ley (art.139.20 Constitución del Estado), sin embargo, esa posibilidad no se extiende a resoluciones judiciales en construcción, que no están publicadas, por más que provengan de "altas fuentes confiables" o "fuentes de alta credibilidad" pues con ello se afecta no solo la independencia judicial, sino la imparcialidad de los jueces. Ello, desde ya es peligroso para consolidar una régimen político en democracia. Reitero, existe el derecho de toda persona de examinar y emitir juicios públicamente respecto de las decisiones que adoptan los jueces en todas las especialidades e instancias. Sin embargo, tal crítica no debería servir para orientar o inducir a una determinada actuación del juez, por ello, es que el legislador abre la crítica, no al momento de construir el fallo, sino a lo ya definido por el juez en su sentencia publicada o notificada.

5. Siempre he sostenido que la libertad y sobre todo el ejercicio de ésta, es lo más preciado para el ser humano, como lo es, la independencia para la actividad judicial de los jueces, pues,

nos permite no solo obtener decisiones con imparcialidad sino sostener la existencia de un Estado de Justicia, por ello, es que se busca garantizarla evitando que "las decisiones de la autoridad judicial (…) no pueden depender de la voluntad de otros poderes públicos (Poder Ejecutivo o Poder Legislativo, por ejemplo), partidos políticos, medios de comunicación o particulares en general, sino tan solo de la Constitución y de la ley que sea acorde con ésta". (Expediente N.° 00004-2006-PI/TC FFJJ 16 y 18).

6. Tal como lo acreditaré con suficientes argumentos que se expondrá más adelante, estimo que no se genera cosa juzgada cuando existe una decisión absolutamente arbitraria, como es aquella mediante la cual, sin ningún argumento jurídico que lo posibilite, se evita que una empresa pague una millonaria deuda tributaria al Estado. Lo digo más claro, la sentencia del Tribunal Constitucional expedida el 12 de marzo de 2014, es una sentencia indudablemente arbitraria, pues sin ninguna razón de hecho o de Derecho, ordenó que la SUNAT no le cobre a la empresa Panamericana Televisión S.A. una millonaria deuda tributaria. En dicha sentencia sólo existe una aparente motivación que buscaba darle rasgos de juridicidad a un asunto que si se pretendía cuestionar debió ser llevado a la vía judicial ordinaria y no a un proceso como el amparo.

7. Llama la atención que luego de publicada la aludida sentencia del 12 de marzo de 2014, no se hayan hecho sentir las mismas voces que hoy defienden el Estado de Derecho y la seguridad jurídica, o acaso estos principios no se ven afectados cuando un Tribunal expide una sentencia que sin ningún fundamento jurídico le termina "regalando" una millonaria suma de dinero a una empresa. Tampoco se hicieron escuchar dichas voces, cuando la mencionada sentencia del 12 de marzo de 2014, desnaturalizó el control de convencionalidad creado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, equiparando dos casos claramente diferentes (del ciudadano Baruch Ivcher y de la empresa Panamericana Televisión S.A.), generando el mensaje erróneo de que cualquier juez peruano, en un caso que se discuta una deuda tributaria, puede dejar de lado nuestra Constitución y el ordenamiento jurídico nacional para privilegiar "a su modo" la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

8. De otro lado, debo dejar constancia que respeto y comprendo perfectamente el argumento de mis colegas del Tribunal Constitucional quienes en mayoría han optado por rechazar la nulidad planteada sosteniendo que la cosa juzgada de la sentencia del 12 de marzo de 2014 no puede ser revisada. Ciertamente es un argumento legítimo y una de las opciones que sirven para solucionar el pedido de autos. Sin embargo, estimo que el artículo 121° del Código Procesal Constitucional: "contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna", interpretado literalmente por la posición en mayoría, constituye una disposición *derrotable*,[1] en la medida que en un caso concreto como el presente se puede identificar un supuesto de hecho no previsto en la formulación inicial del artículo 121°. Tal supuesto de hecho, *excepcional* por cierto, sería aquel constituido por una sentencia manifiestamente irregular del Tribunal Constitucional.

   En otras palabras, cuando el legislador formuló el texto del artículo 121° no consideró aquel caso en el que la propia sentencia del Tribunal Constitucional sea clara y probadamente arbitraria. Por tanto, al identificarse un supuesto de hecho nuevo, como el de una sentencia manifiestamente arbitraria, no previsto inicialmente en la formulación del legislador del Código Procesal Constitucional, es justificado asumir que la respectiva consecuencia jurídica del aludido artículo 121° resulta derrotada, generándose la posibilidad de aplicar el artículo III del Título Preliminar del mencionado Código –que permite adecuar las formalidades al cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales–, y de este modo revisar dicha sentencia.

   Ahora bien, respecto de dicha interpretación, en el sentido de que sí es posible revisar extraordinariamente una sentencia del Tribunal Constitucional, cabe precisar que el propio Tribunal Constitucional lo ha hecho, por lo menos, en 8 ocasiones[2], en supuestos excepcionales, que no han generado en modo alguno la tan mentada caída del sistema jurídico, precisamente porque estaban justificados. A modo de ejemplo, cabe mencionar el Expediente N.° 02135-2012-PA/TC. En inicio, se expidió la sentencia de fecha 11 de julio de 2013, que declaró fundada la demanda de un trabajador y ordenó que la emplazada Repsol YPF Comercial del Perú

1 RÓDENAS, Angeles. "En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de las normas". *Doxa,* N.° 24, 2001, p. 73.

2 RTC Exp. N.° 02386-2008-AA/TC-Nulidad; RTC Exp. N.° 02488-2011-HC/TC-Nulidad; RTC Exp. N.° 03681-2010-HC/TC-Nulidad; RTC Exp. N.° 0831-2010-PHD/TC-Nulidad; RTC Exp. N.° 03992-2006-AA/TC; RTC Exp. N° 00978-2007-AA/TC; RTC Exp. N.° 02046-2013-HC/TC-Reposición; y RTC Exp. N.° 02135-2012-PA/TC-Nulidad.

S.A. lo reponga como trabajador a plazo indeterminado. Luego, con fecha 6 de enero de 2014, ante el "pedido de nulidad" de la mencionada sentencia presentado por el abogado de la emplazada (quien alegaba que la sentencia era nula porque se había basado en un medio probatorio -Acta de Infracción- que había sido declarado nulo en otro amparo -02698-2012-PA/TC), el Tribunal Constitucional declaró fundado tal pedido de nulidad de sentencia y ordenó que se fije nueva fecha para la vista de la causa.

Asimismo, la posición que planteo resulta conforme con el sistema de valores de la Constitución, pues estimo que la cosa juzgada que se debe garantizar desde la Norma Fundamental no es una que pueda entenderse de modo absoluto, sino que debe ser interpretada sistemática y armónicamente con otros principios como aquel del Estado de Derecho, de la tutela jurisdiccional efectiva, de la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, entre otros, pues solo lo resuelto en una sentencia compatible con tales principios, puede ser considerado como cosa juzgada legítima. Esta interpretación es una que precisamente refleja el derecho dúctil que caracteriza a los Estados Constitucionales. Al respecto, Zagrebelsky ha sostenido lo siguiente: "la coexistencia de valores y principios, sobre los cuales, necesariamente, se debe fundar hoy una Constitución para no renunciar a sus pretensiones de unidad e integración y, al mismo tiempo, no resultar incompatible con su base material pluralista, requiere que cada uno de tales valores y tales principios sean asumidos desde una perspectiva no absoluta, compatible con aquellos otros con los cuales debe coexistir".[3]

9. Cuando un juez o una jueza asumen la función de hacer justicia no adquieren un ámbito de libertad absoluta e ilimitada para que en cada caso se materialice su propia idea de justicia, su modo peculiar de entender el mundo o la representación sus propios intereses o los de un grupo económico, social, político, religioso u otro, como si tuvieran una "licencia para decir cualquier cosa" y que esta será protegida de todas formas por la garantía de la "cosa juzgada", "digan lo que digan". No, eso no implica asumir la función jurisdiccional. Dicha función, tal como lo establece el artículo 138° de la Constitución, exige asumirla "con arreglo a la Constitución y a las leyes", de modo tal que sólo se podrá configurar una decisión protegida por la cosa juzgada cuando tal decisión sea legítima, cuando se haga justicia, no de lo que personalmente quiera el juez o cada una de las partes procesales, sino sólo cuando lo que se decida tenga fundamento a partir del ordenamiento constitucional. Los jueces y las juezas no administran su justicia sino la justicia que emana de la Constitución. Eso sí es justicia. Eso si está protegido por la cosa juzgada.

10. Quiero expresar finalmente en estas breves consideraciones, que tengo la firme convicción de que la interpretación que he adoptado es una que resulta conforme con la Constitución. Que la emito porque es parte del ejercicio democrático que no sólo tiene cobertura en nuestra Norma Fundamental, sino que es una sana práctica que enriquece la deliberación de un órgano tan importante como es el Tribunal Constitucional.

    Como jueza constitucional, estoy convencida que este voto singular, servirá para quienes al revisar casos como el que ahora resolvemos, adopten una postura crítica no sólo sobre el concepto de derecho que contiene inevitablemente el razonamiento judicial, sino principalmente sobre el concepto de justicia que le debe ser inmanente a todo juez. Y quizás, sólo quizás, esta convicción minoritaria del hoy pueda convertirse en una convicción mayoritaria y permanente del mañana.

**Argumentos sobre el caso concreto**

11. El artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece que "son fines de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales". Asimismo, el artículo III prevé que el Tribunal Constitucional debe adecuar la exigencia de las formalidades previstas en dicho Código al logro de los fines de los procesos constitucionales, los cuales son garantizar la primacía de la Constitución y tutelar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

**§1. Pedido de nulidad planteado en el presente caso**

12. El Procurador Público de la SUNAT solicita al Tribunal Constitucional (TC) que *integre* la resolución de fecha 6 de junio de 2014, en el extremo que omitió pronunciarse sobre el pedido de nulidad de la sentencia de fecha 12 de marzo de 2014, que a su vez declaró fundada la demanda e inexigible a Panamericana Televisión S.A. la deuda tributaria generada entre el 24 de febrero de 2003 y el 8 de junio de 2009.

3 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino, Einaudi, 1992, p.11.

13. Manifiesta que la sentencia del 12 de marzo de 2014 es nula, pues incurre en graves arbitrariedades que vulneran la garantía del debido proceso, contraviniendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y resolviendo sobre la base de argumentos contrarios a la realidad, a los hechos probados de la causa, y, peor aún, a los hechos reconocidos por la propia demandante Panamericana Televisión S.A. Asimismo, aplica una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que no guarda relación alguna con el caso materia de este proceso. En suma, refiere que el Tribunal Constitucional, en dicha sentencia, aprobada en mayoría (magistrados Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda), "ha tenido en cuenta hechos inexactos y ha aplicado una sentencia impertinente para resolver este caso", tratándose de una "doble arbitrariedad manifiesta".

14. Ampliando lo antes expuesto, sostiene que el argumento contenido en la sentencia, aprobada en mayoría, según el cual "el propio Estado también es responsable del incremento" de la deuda tributaria, es "contrario a la realidad, a los hechos probados y a lo reconocido por la propia Panamericana Televisión", pues: i) el denominado "despojo" de la administración de Panamericana Televisión fue en realidad un conflicto societario producido exclusivamente entre los accionistas de dicha empresa y/o entre quienes consideraban tener derecho a la misma, no teniendo el Estado ninguna participación; ii) es un error grave de la decisión en mayoría del TC afirmar que el Poder Judicial es el responsable de la supuesta mala gestión de Panamericana, por parte de Genaro Delgado Parker, cuando éste fue designado administrador judicial, sin tener ninguna prueba de ello, pues no existe ninguna resolución judicial que haya determinado tal responsabilidad; iii) otro grave error de la decisión en mayoría del TC fue afirmar que la propia desidia de la Administración Tributaria permitió que la deuda se incrementara, pues ésta es contraria a la realidad, dado que, conforme lo acreditó la SUNAT en el presente amparo, mediante el Informe N.° 746-20117SUNAT-201203: 1) la deuda tributaria de Panamericana se originó con anterioridad a la fecha en que Genaro Delgado Parker fue nombrado su administrador judicial; 2) la mayor parte de lo adeudado corresponde a periodos anteriores al año 2003 (año en que dicha persona fue nombrada administrador judicial); y, 3) la SUNAT sí realizó durante esos años permanentes acciones de cobranza coactiva a efectos de cobrar la deuda tributaria. Pese a la importancia de dicho Informe N.° 746-20117SUNAT-201203, obrante en autos, la decisión en mayoría del TC "ni siquiera le dedicó una sola línea para valorar su fuerza probatoria" (sic). Finalmente, como punto iv), refiere que la mayoría del TC no sólo resolvió en contra de la realidad y de los hechos probados, sino que desconoció las exigencias derivadas del principio de buena fe, resolviendo en contra de los propios actos de Panamericana, que había reconocido la exigibilidad de su deuda tributaria en distintos momentos (tanto en el procedimiento concursal iniciado ante INDECOPI como en el acuerdo global de refinanciación de dicha empresa), antes de presentar su demanda de amparo.

15. Asimismo, en cuanto a la aplicación de una sentencia internacional (Caso Ivcher Bronstein vs. Perú) como si ésta constituyera un caso similar al de Panamericana, alude que dicha decisión en mayoría del TC es "manifiestamente impertinente para solucionar el caso" por las siguientes razones, entre otras: i) el caso Ivcher tuvo como sustento principal el despojo de la nacionalidad peruana a un ciudadano, mientras que el caso Panamericana se sustenta en un conflicto societario entre los propios accionistas, sin que el Estado haya participado; y, ii) el caso Ivcher se fundamenta en la vulneración de los derechos de una persona natural, mientras que en el caso Panamericana se refiere a la hipotética (y negada) afectación de los derechos de una persona jurídica.

**§2. Primacía de la Constitución, adecuación de las formalidades y justificación de un pronunciamiento de carácter excepcional**

16. Atendiendo a la omisión de pronunciamiento respecto del pedido de nulidad de la sentencia de fecha 12 de marzo de 2014, presentado el 22 de abril de 2014, corresponde analizar el referido pedido, no sin antes resaltar que éste fue planteado con el anterior colegiado, antes de que asuman funciones los nuevos magistrados del Tribunal Constitucional, lo que se produjo el 3 de junio de 2014.

17. Teniendo en cuenta que el Procurador Público de la SUNAT ha alegado que la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional de fecha 12 de marzo de 2014, contiene errores y vicios no sólo graves sino de la máxima relevancia que impiden considerarla como una que emane de un proceso regular, estimo que resulta ineludible la expedición de un pronunciamiento sobre tal pedido, fundamentándose en la condición derrotable del artículo 121° del Código Procesal Constitucional, que no ha previsto el supuesto en que una sentencia del

Tribunal Constitucional sea manifiestamente arbitraria, y además en el artículo III del Título Preliminar de dicho Código en cuanto establece que el Tribunal Constitucional debe "adecuar la exigencia de las formalidades previstas en [dicho] Código al logro de los fines de los procesos constitucionales [garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales]". Ahora bien, el pronunciamiento sobre un pedido de nulidad de sentencia del Tribunal Constitucional no podrá entenderse como mecanismo ordinario de revisión de sentencias, sino, como ya se ha mencionado, como uno de carácter excepcional, supeditado siempre al cumplimiento de un requisito esencial: las exigencias o cargas de argumentación suficientes que acrediten la grave arbitrariedad del Tribunal originada por la inexistencia de justificación jurídica y fáctica para resolver el caso, es decir, sólo cuando se demuestre la existencia de una decisión jurisdiccional manifiestamente incorrecta o injusta.

18. Asimismo, la decisión de pronunciarse sobre la nulidad planteada no deja de tomar en consideración la importancia que en el Estado Constitucional tiene la garantía de la cosa juzgada. No obstante, el Tribunal Constitucional, interpretando en conjunto principios de nuestra Norma Fundamental tales como aquellos que, de un lado, garantizan la cosa juzgada; y de otro, reconocen el debido proceso, la tutela jurisdiccional "efectiva" y la interdicción de la arbitrariedad; y, además, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considera que no se puede configurar la cosa juzgada cuando ésta se genera de modo aparente o irregular. Es por ello que debe verificarse si en el presente caso se ha configurado un supuesto de cosa juzgada aparente o irregular.

    Al respecto, cabe precisar que a lo largo de su funcionamiento, el Tribunal Constitucional ha procedido, excepcionalmente, a anular sus decisiones finales cuando se han evidenciado graves vicios (RTC Exp. N.° 02386-2008-AA/TC-Nulidad; RTC Exp. N.° 02488-2011-HC/TC-Nulidad; RTC Exp. N.° 03681-2010-HC/TC-Nulidad; RTC Exp. N.° 0831-2010-PHD/TC-Nulidad; RTC Exp. N.° 03992-2006-AA/TC; RTC Exp. N° 00978-2007-AA/TC; RTC Exp. N.° 02046-2013-HC/TC-Reposición).

    Asimismo, dicha problemática no ha sido ajena en la jurisprudencia comparada. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido que "la declaratoria de nulidad de una sentencia de revisión proferida por la Corte Constitucional es una medida de carácter excepcional. Esta decisión se adopta solo cuando concurran ´situaciones jurídicas especialísimas y excepcionales, que tan sólo pueden provocar la nulidad del proceso cuando los fundamentos expuestos por quien la alega muestran, de manera indudable y cierta, que las reglas procesales aplicables a los procesos constitucionales (…), han sido quebrantadas, con notoria y flagrante vulneración del debido proceso. Ella tiene que ser significativa y trascendental, en cuanto a la decisión adoptada, es decir, debe tener unas repercusiones sustanciales, para que la petición de nulidad pueda prosperar`" (Auto 022/14 del 5 de febrero de 2014, fundamento 2.4).

19. Conforme a lo expuesto, a efectos de verificar si en el presente caso se debe resolver o no la nulidad de la sentencia de fecha 12 de marzo de 2014, deben analizarse los siguientes puntos: i) identificar los casos extremadamente difíciles y el rol que cumple la argumentación en la solución de los mismos; ii) si la cosa juzgada se puede generar incluso cuando sea consecuencia de actos irregulares, carentes de fundamentación jurídica y fáctica; y, iii) si la sentencia del 12 de marzo de 2014 se ha expedido de forma irregular, sin contar con las respectivas premisas normativas y fácticas correctas, por lo que correspondería declarar su nulidad.

**§3. Los casos extremadamente difíciles y la relevancia de la argumentación de los jueces**

20. La interpretación de las disposiciones constitucionales constituye en la actualidad uno de los principales problemas no sólo en la teoría del Derecho o en el Derecho constitucional, sino también en el razonamiento de los jueces y en especial de los Tribunales Constitucionales. Algunas de las razones de dicha problemática tienen que ver con las peculiaridades que presentan las disposiciones constitucionales. Éstas, además de configurarse como principios abiertos o con amplios grados de indeterminación, también lo hacen como enunciados valorativos. Tales características generan que, en cada caso concreto, los jueces se enfrenten a diferentes problemas sobre cómo identificar el contenido normativo que les permita solucionar dicho caso.

21. En el presente caso, de la revisión de los cuestionamientos presentados por el Procurador Público de la SUNAT, se identifica un caso que podríamos denominar extremadamente difícil, pues si bien se tiene una premisa normativa (regla) que podría solucionar el caso (conforme al 121.° del Código Procesal Constitucional, "contra las

sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna"), originando que el pedido de autos sea declarado improcedente, tal pedido, en el que se alega la existencia de graves arbitrariedades de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 12 de marzo de 2014, podría implicar –si se verifica lo denunciado por el Procurador– la presencia de una decisión contraria al sistema de principios y valores de nuestra Constitución. En tal sentido, si asumiéramos una posición formalista simplemente se aplicaría la regla expuesta en el mencionado artículo 121.° y declarar improcedente el pedido del Procurador Público. Sin embargo, frente a tal solución cabría preguntarse si las sentencias del Tribunal Constitucional pueden ser irrevisables, "digan lo que digan", o "así contengan una grave arbitrariedad"; o, planteado en otros términos si, por ejemplo, un Tribunal adopta una decisión como consecuencia de actos manifiestamente irregulares, ¿sólo nos quedaría materializar dicha decisión, independientemente de que vulnere los principios y valores de la Constitución? La respuesta es evidente: No. Es por ello que las respectivas exigencias o cargas de argumentación nos permitirán verificar cuándo, excepcionalmente, se podrá justificar que un órgano jurisdiccional se aparte de la regla de irrevisabilidad y declare la nulidad de una sentencia que contenga graves irregularidades o sea abruptamente antijurídica.

En tal sentido, corresponde ahora revisar en qué casos se pueden configurar los supuestos de la denominada cosa juzgada "aparente" o "irregular".

**§4. Configuración de la cosa juzgada "aparente" o "irregular"**

22. Seguidamente identificaremos los criterios generales de legitimidad constitucional de las decisiones jurisdiccionales que configuran cosa juzgada, a efectos de determinar cuándo éstas resultan conformes al sistema de principios y valores de la Norma Fundamental.

23. El inciso 2) del artículo 139° de la Constitución reconoce el derecho de toda persona sometida a un proceso judicial a que no se deje sin efecto resoluciones que han adquirido la calidad de cosa juzgada. En los términos de dicho precepto constitucional,

> Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
>
> 2) La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.
>
> Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. *Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada*, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución (…) [resaltado agregado].

24. Dicha disposición constitucional debe interpretarse, por efectos del principio o criterio de unidad de la Constitución, en consonancia con el inciso 13) del mismo artículo 139° de la Ley Fundamental, el cual prevé que

> Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
>
> (…)
>
> 13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.

25. Conforme lo ha sostenido el Tribunal Constitucional (Expediente N.° 04587-2004-AA/TC FJ 38), mediante el derecho a que se respete una resolución que ha pasado en autoridad de cosa juzgada se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante recursos impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarlas; y, en segundo término, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictaron.

26. En la medida en que la expedición de sentencias con calidad de cosa juzgada constituye el ejercicio de una competencia jurídico-constitucional, su ejercicio se encuentra sujeto a determinadas exigencias. Se trata de una competencia constitucionalmente conferida a los órganos jurisdiccionales del Estado y cuyo ejercicio, por tanto, debe realizarse en el marco de la Constitución.

27. Los incisos 2) y 13) del artículo 139° de la Constitución no prevén expresamente cuáles son las exigencias a los que se debe sujetar la expedición de sentencias con calidad de cosa juzgada. Sin embargo, ello no significa que estas no existan, puesto que la legitimidad del

ejercicio del poder del Estado y, por ende, el de sus órganos constitucionales no se justifica de por sí, sino a partir del pleno respeto del principio-derecho de dignidad humana, y de la observancia cabal de los principios constitucionales y los derechos fundamentales.

28. Por ello, el Tribunal Constitucional ha destacado que ninguna disposición constitucional, incluyendo las que habilitan de competencias a los órganos del Estado, puede ser interpretada aisladamente. En la medida en que forma parte de la Norma Fundamental, la determinación de sus alcances debe realizarse bajo los alcances del principio de unidad. Este principio, conforme hemos recordado, "(…) exige concebir a la Constitución como un todo plenamente armónico e internamente coherente (…); teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional se encuentra orientado a proteger los derechos fundamentales como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución)" (Expediente N.° 02730-2006-PA/TC).

29. En ese sentido, en la interpretación de la cosa juzgada debe tenerse en consideración otras disposiciones constitucionales como, por ejemplo, aquellas que posibilitan que las decisiones jurisdiccionales expedidas por el Poder Judicial, con calidad de cosa juzgada, puedan ser revisadas mediante un amparo (artículo 200°, inciso 2) o un habeas corpus (artículo 200°, inciso 1), cuando vulneren derechos fundamentales; o cuando, a nivel legal, el Código Procesal Civil, al regular la nulidad de cosa juzgada fraudulenta, prevé en su artículo 178.° que "hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada, si no fuere ejecutable puede demandarse, a través de un proceso de conocimiento la nulidad de una sentencia (…)", o cuando el Nuevo Código Procesal Penal, al regular la acción de revisión, establece en su artículo 439.° que "la revisión de las sentencias condenatorias firmes procede, sin limitación temporal y sólo a favor del condenado, en los siguientes casos: (…)".

30. Una errónea interpretación aislada de los incisos 2) y 13) del artículo 139.° de la Constitución nos haría identificar el siguiente significado: *el contenido de una sentencia que constituye cosa juzgada es inmutable e inmodificable, sea cual sea el contenido que el respectivo órgano jurisdiccional haya establecido en aquella, así carezca de razones jurídicas y fácticas.* Es claro que tal significado no resultaría conforme al resto de principios y valores de la Constitución, pues, apoyándonos en el aludido principio de unidad de la Constitución, así como en el de concordancia práctica, debemos interpretar dichos incisos 2) y 13) del artículo 139°, en conjunto, con otros principios de la Constitución: dignidad humana (artículo 1°), tutela jurisdiccional "efectiva" (artículo 139°, inciso 3), las garantías específicas que integran el debido proceso (artículo 139°), así como el de interdicción de la arbitrariedad (que se desprende de la fórmula de Estado de derecho, artículos 3° y 43°). De dicha interpretación en conjunto se desprende el siguiente significado: *el contenido de una sentencia que constituye cosa juzgada es inmutable e inmodificable, siempre y cuando su contenido no incluya graves irregularidades, ni manifiestas arbitrariedades que terminen vulnerando los derechos fundamentales y los principios constitucionales*.

31. Tal interpretación conjunta no ha sido ajena a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ni de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto, tanto en la sentencia del Expediente N.° 04587-2004-AA/TC como en aquella contenida en el Expediente N.° 00679-2005-PA/TC, el Tribunal Constitucional dejó establecido el criterio según el cual no puede constituir cosa juzgada aquella sentencia seguida ante un órgano jurisdiccional incompetente o cuando dicha cosa juzgada no se genere en un **proceso "jurídicamente válido"**. Asimismo, de forma más contundente, en esta última sentencia, el Tribunal Constitucional citó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando sostiene que una sentencia pronunciada como consecuencia de un procedimiento que no fue seguido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales produce una cosa juzgada "aparente" (fundamento 18).

32. En efecto, en el *Caso La Cantuta vs. Perú*, la Corte Interamericana señaló lo siguiente:

> Específicamente en relación con la figura de la **cosa juzgada**, recientemente la Corte precisó que el principio *non bis in ídem* no resulta aplicable cuando el procedimiento que culmina con el sobreseimiento de la causa o la absolución del responsable de una violación a los derechos humanos, constitutiva de una infracción al derecho internacional, ha sustraído al acusado de su responsabilidad penal, o **cuando el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías**

> **procesales.**[4] **Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada "aparente" o "fraudulenta**.[5] [resaltado agregado].

33. De otro lado, en el *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana,*[6] la Corte Interamericana estableció lo siguiente:

> la Corte recuerda que el principio de "cosa juzgada" implica la intangibilidad de una sentencia sólo cuando se llega a ésta respetándose el debido proceso de acuerdo a la jurisprudencia de este Tribunal en la materia.[7]
>
> Asimismo, la Corte considera que se presenta el fenómeno de cosa juzgada "aparente"—cuando del análisis fáctico es evidente que la investigación, el procedimiento y las decisiones judiciales no pretendían realmente esclarecer los hechos sino obtener la absolución de los imputados y también que los funcionarios judiciales carecían de los requisitos de independencia e imparcialidad.[8]

34. Sobre el valor que pueda tener la referida jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos para la comprensión del ámbito protegido por los derechos reconocidos en la Constitución, en diversas oportunidades (Expediente N.° 04587-2004-AA/TC FJ 44), este Tribunal ha destacado su capital importancia.

Así, se ha sostenido que el contenido constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Norma Fundamental no sólo ha de extraerse a partir de la disposición constitucional que lo reconoce; de la interpretación de esta disposición con otras disposiciones constitucionales con las cuales pueda estar relacionada (principio de unidad de la Constitución), sino también bajo los alcances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Tras el criterio de interpretación de los derechos fundamentales conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, este Tribunal tiene dicho que este último concepto no se restringe sólo a los tratados internacionales en materia de derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte (IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución), sino que comprende también la jurisprudencia que sobre esos instrumentos internacionales se pueda haber expedido por los órganos de protección de los derechos humanos (Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

35. En tal sentido, los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la configuración de la denominada cosa juzgada aparente se identifican en casos de graves irregularidades como ciertamente lo son aquellos en que determinados órganos jurisdiccionales omitieron la investigación de graves violaciones a los derechos humanos, pero también se pueden configurar en otros casos en los que se presenten graves irregularidades o manifiestas arbitrariedades, como, por ejemplo, el dictado de una sentencia *sin ningún tipo de fundamento jurídico o fáctico pertinente al caso concreto,* o *cuando, existiendo algún fundamento jurídico o fáctico, éstos resultan aparentes o falsos*, entre otros supuestos. Considero que estos últimos supuestos también conforman una cosa juzgada aparente o irregular. No se incluyen en dichos supuestos los problemas interpretativos que se pudieran generar sobre una determinada disposición, sino la manifiesta inexistencia de fundamentos jurídicos y fácticos pertinentes para solucionar un caso.

36. Y es que el otorgamiento de la potestad de administrar justicia a los jueces no les autoriza a materializar como justicia su propia moral subjetiva, aisladamente de lo establecido en el ordenamiento jurídico. Los jueces interpretan la normatividad constitucional, legal o reglamentaria existente; solucionan los conflictos entre normas; o llenan los vacíos normativos teniendo en cuenta el sistema de principios y valores de la Constitución,

---

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Cantuta vs. Perú, párrafo 153, con cita de la sentencia dictada en el *Caso Almonacid Arellano y otros,* nota 6, párr. 154 y referencia a ONU, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, U.N. Doc. A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998, art. 20; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, S/Res/827, 1993, Art. 10, y Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, S/Res/955, 8 de noviembre de 1994, Art. 9.

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Cantuta vs. Perú, párrafo 153, con cita de las sentencias dictadas en el *Caso Almonacid Arellano y otros,* nota 6, párr. 154; *Caso Gutiérrez Soler.* Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132, párr. 98, y *Caso Carpio Nicolle y otros*. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C No. 117, párr. 131.

6 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 24 de octubre de 2012, párrafos 195 y 196.

7 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Chile,* párrafos 131 y 132; *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, párrafos 154, *y* Caso *Masacre de La Rochela Vs. Colombia*, párrafo 197.

8 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Chile,* párrafo 131, y *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile,* párrafo 154.

pero lo que no pueden hacer los jueces en un Estado Constitucional es ampararse en que su decisión, de todas maneras, será protegida por la garantía de la cosa juzgada y, con base en ello, adoptar cualquier decisión, así esta carezca de la justificación normativa o fáctica correspondiente.

**§5. Análisis de la sentencia del 12 de marzo de 2014**

**En cuanto a si hubo o no pronunciamiento sobre la prescripción del plazo para interponer la demanda de amparo**

37. De la revisión de autos se acredita que en ningún fundamento de la cuestionada sentencia del 12 de marzo de 2014 existe un pronunciamiento sobre las excepciones de prescripción y de falta de agotamiento de la vía administrativa planteada por el Procurador Público Ad Hoc Adjunto de la SUNAT (fojas 1175 y ss.).

    En cuanto a la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, el Procurador sostuvo que la empresa Panamericana Televisión S.A. se encontraba sometida a un Procedimiento Concursal Preventivo ante INDECOPI (Exp. N.° 394-2009/CCO-INDECOPI-02-02), "iniciado a solicitud de la propia demandante" (sic) y en la que "no sólo se ha reconocido la deuda tributaria objeto de demanda sino que se ha sometido la misma a un fraccionamiento mediante un Acuerdo Global de Refinanciación", de modo que es necesario que se agote dicho procedimiento administrativo a efectos de que se determine una nueva situación de exigibilidad coactiva de la deuda tributaria.

    Sobre la excepción de prescripción, el Procurador refiere que en el petitorio de la demanda se solicita que se declare inexigible a la empresa demandante la deuda tributaria acumulada entre el 24 de febrero de 2003 y el 8 de junio de 2009, y que, siendo esta última fecha el momento en que la demandante tomó conocimiento de la deuda tributaria de la administración anterior, se ha superado con amplitud el plazo de 60 días para interponer la demanda de amparo de autos.

38. Sobre el particular, estimo que existe un grave vicio en la sentencia de fecha 12 de marzo de 2014, en la medida en que no se aprecia ningún pronunciamiento sobre tales excepciones, pese a que dicho pronunciamiento resultaba obligatorio, y a que ellas habrían dado lugar a que los órganos jurisdiccionales de primer y segundo grado del presente proceso constitucional se pronunciaran al respecto.

**Análisis del argumento según el cual la SUNAT no ejerció acciones de cobranza y permitió que la deuda de Panamericana S.A. se acumulara**

39. En el fundamento 20 de la sentencia de fecha 12 de marzo de 2014, se menciona, entre otros argumentos principales, que el Estado peruano también es responsable del incremento de la deuda de Panamericana Televisión S.A. debido a que la "desidia" de la SUNAT generó el incremento de la deuda de Panamericana Televisión S.A. Dicho fundamento estableció lo siguiente:

    > 20. (…) ha sido la propia desidia de la Administración Tributaria la que ha permitido que la deuda se haya incrementado; pues, pese a tener las herramientas necesarias para cobrar tales tributos, no las utilizó en su momento (…)". Si la actora se ha visto inmersa en tal nivel de endeudamiento con el fisco, es precisamente por la actuación del propio Estado. De ahí que, pretender cobrar la totalidad de la deuda a la actual gestión sin considerar tal situación resulta arbitrario.
    >
    > (…)
    >
    > 22. Por ello, sorprende la pasividad de la SUNAT en fiscalizar y ejecutar dicha deuda a Panamericana Televisión cuando estuvo administrada por Genaro Delgado Parker. Por más discrecionales que sean sus facultades, éstas no pueden amparar el tratamiento exageradamente permisivo con que ha sido tratada la empresa mientras estuvo gestionada por la administración anterior.

40. Al respecto, de la revisión del respectivo expediente, estimo que los citados argumentos de los fundamentos 20 y 22 no sólo no resultan veraces, sino que, además, son vulneratorios del derecho a la prueba, pues existen suficientes elementos probatorios adjuntados por la SUNAT que acreditan la cobranza de tributos en el periodo del 24 de febrero de 2003 al 8 de junio de 2009, como, por ejemplo, el Informe N.° 746-2011/SUNAT-210203, del 30 de junio de 2011. La verificación de que en autos existen dichos elementos probatorios no implica de ningún modo una nueva valoración de lo decidido en la sentencia del 12 de marzo de 2014, sino tan sólo la verificación *objetiva* de que en ella se ha estimado acreditada la desidia de la SUNAT para cobrar tributos a la empresa demandante, pero que, por el contrario, en autos existen elementos probatorios, como el aludido Informe, que desvirtúan por completo tal afirmación.

41. A modo de ejemplo, cabe mencionar que en el Informe N.° 746-2011/SUNAT-210203, (fojas 1104 a 1121), se acredita que al 1 de junio de 2009, la deuda tributaria total de Panamericana Televisión S.A. ascendía a S/. 117'443,707.00, contenida en 594 valores (que comprenden órdenes de pago, resoluciones de determinación y resoluciones de multa), y que el 66% de dicho monto se encuentra impugnado, y el 34% en etapa de cobranza coactiva:

| ETAPA | CANTIDAD VALORES | TOTAL DEUDA | DEUDA EXIGIBLE | % |
|---|---|---|---|---|
| Emitido | 22 | 178.991 | - | - |
| Notificado | 17 | 349,906 | 7,705 | 0% |
| Cobranza coactiva | 379 | 39,426,883 | 38,876,884 | 34% |
| Impugnado | 176 | 77,487,927 | - | 66% |
| Total | 594 | 117,443,707 | 38,884,589 | |

42. Asimismo, en dicho informe se anexa un cuadro (fojas 1115 a 1121) que da cuenta de 321 medidas de embargo trabadas **entre el 24 de febrero de 2003 y el 8 de junio de 2009** al contribuyente Panamericana Televisión S.A., y que "el monto efectivamente recuperado por estas medidas asciende a S/. 55'213,528.00" (fojas 1105).

43. Conforme a lo expuesto, es más que evidente la falta de veracidad y carencia de fundamento en el argumento de que la desidia, desinterés o descuido de la SUNAT haya generado el incremento de la deuda de Panamericana Televisión S.A., pues precisamente el informe antes expuesto da cuenta de que, entre el 24 de febrero de 2003 y 8 de junio de 2009, sí se realizaron acciones tendientes a cobrar la deuda tributaria de Panamericana Televisión S.A.; y que el 66% de la deuda se encontraba reclamado ante la Administración Tributaria o apelado ante el Tribunal Fiscal. Por tanto, teniendo en cuenta que uno de los principales argumentos de la sentencia de fecha 12 de marzo de 2014 carece de veracidad, es claro que se ha incurrido en un grave vicio, lo que además vulnera el derecho a la prueba de la parte que ofreció dichos medios probatorios.

44. Adicionalmente a lo expuesto, conviene destacar que sobre la importancia de la argumentación correcta de una decisión jurisdiccional, Michelle Taruffo ha sostenido que se debe "considerar que la justificación de la decisión cumple la función de permitir el control de las ´buenas razones` de la escogencia del juez sólo si es *completa.* Con esto no se entiende que cada detalle de la decisión deba ser objeto de analíticas argumentaciones, sino que los aspectos fundamentales de ella sean *todos* justificados. Esto significa que la comprobación de los hechos deba ser justificada con referencias específicas a los elementos de prueba y a las razones por las cuales el juez los ha valorado deduciendo de allí consecuencias positivas o negativas en orden a los hechos de la causa, y que la escogencia, la interpretación y la aplicación de la regla de derecho empleada para decidir deben estar a su vez sustentadas por argumentaciones justificativas adecuadas".[9]

    En tal sentido, no se justifica de modo correcto una decisión jurisdiccional cuando, en el ámbito de la argumentación fáctica, los jueces afirman hechos que carecen de objetividad, ya sea porque no acompañan los respectivos medios probatorios de tales hechos, o porque deliberadamente dejan de tomar en cuenta medios probatorios esenciales para resolver el caso, entre otros supuestos. Obrar de este modo sólo denota un uso arbitrario del nivel de apreciación judicial y una evidente desnaturalización de la garantía de imparcialidad del juez, en la medida en que los hechos afirmados por el juez, no verificados por ningún medio probatorio –o incluso que contradicen lo que aparece en el respectivo expediente–, implican una actuación subjetiva y carente de neutralidad.

**Análisis del argumento según el cual el Estado peruano, mediante el Poder Judicial, dictó arbitrarias resoluciones que despojaron a sus propietarios de la administración de Panamericana Televisión S.A.**

45. Otro de los argumentos principales de la sentencia de fecha 12 de marzo de 2014 es

9 TARUFFO, Michele. *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia* civil. Colombia, Editorial Temis, 2006, p.196.

que el Estado peruano es responsable de la "exorbitante" deuda de Panamericana Televisión S.A. debido a que, mediante el Poder Judicial, dictó resoluciones arbitrarias que "arrebataron" dicho canal de televisión a sus legítimos propietarios. Así, en los fundamentos 20 y 21 se menciona lo siguiente:

> 20. (…) en el presente caso, se advierte que la demandante (Panamericana Televisión S.A.) tiene una deuda de carácter tributario exorbitante. Al respecto, no puede soslayarse que si la deuda se ha incrementado exponencialmente ello obedece a que, dolosamente, la gestión anterior dejó de honrarlas. No debemos olvidar que la gestión anterior estaba en manos de Genaro Delgado Parker que fue el administrador judicial designado por el Estado peruano, a través de su Poder Judicial, es decir, Genaro Delgado Parker fue designado por un juez de la república, a quien representaba, para administrar diligentemente Panamericana Televisión S.A., lo que no ha ocurrido. Entonces, el propio Estado también es responsable de dicho incremento, no sólo porque la administración del canal le fue despojada mediante írritas resoluciones judiciales (…).
>
> 21. Efectivamente, los pronunciamientos judiciales que despojaron a la actual administración del control del mencionado canal de televisión resultan bastante discutibles. No sólo por haberse recurrido a jueces incompetentes en razón del territorio sino porque, en buena cuenta, pretendieron arrebatárselo a sus legítimos propietarios a través de espurias medidas cautelares y posteriores intentos de modificar la participación accionaria.

46. Al respecto, de la revisión del respectivo expediente, estimo que los citados argumentos de los fundamentos 20 y 21, no reflejan una motivación correcta, en la medida en que constituyen meras apreciaciones subjetivas y no se encuentran acompañados con ningún medio probatorio que acredite dichas afirmaciones. En efecto, expresiones tales como "írritas resoluciones judiciales"; pronunciamientos judiciales "bastante discutibles"; "jueces incompetentes en razón del territorio"; "arrebatárselo a sus legítimos propietarios"; "espurias medidas cautelares" y "posteriores intentos de modificar la participación accionaria" no se encuentran respaldadas por ningún documento, medio probatorio o sentencia. Los calificativos expresados en la sentencia del 12 de marzo de 2014 no contienen un mínimo de justificación, más allá de que no se menciona alguna resolución judicial en la que se haya acreditado la arbitrariedad de los jueces que resolvieron sobre la administración del aludido canal de televisión por parte de Genaro Delgado Parker.

47. Lo expuesto no implica, de algún modo, un pronunciamiento sobre si Genaro Delgado Parker administró correcta o incorrectamente la empresa Panamericana Televisión S.A., o sobre si las resoluciones judiciales que resolvieron los cuestionamientos a dicha administración son válidos o inválidos, sino tan sólo un pronunciamiento sobre un grave vicio de la sentencia del 12 de marzo de 2014, consistente en no haber adjuntado ningún tipo de elemento probatorio que acredite la afirmación contenida en dicha sentencia en el sentido de que el Poder Judicial dictó resoluciones arbitrarias que "arrebataron" dicha empresa a sus propietarios. Ello evidencia una decisión con una inexistente motivación y, por tanto, una decisión que carece de racionalidad.

48. Es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el sentido de identificar como uno de los vicios sobre la motivación de las resoluciones judiciales aquel de la *inexistencia de motivación o motivación aparente.* Según dicho vicio: "se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando esta es solo aparente, porque no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o porque no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico" [Exp. N.° 00728-2008-PHC/TC FJ 7.a].

49. La motivación correcta de una resolución judicial debe contener una motivación suficiente de las razones jurídicas y fácticas que, vinculadas al caso concreto, justifican una determinada decisión. Al respecto, Ignacio Colomer ha sostenido que "la suficiencia de la motivación se encuentra vinculada con la exigencia de un mínimo al razonamiento justificativo para que pueda cumplir las funciones que tiene asignado, y en particular, para que satisfaga el derecho del justiciable y de la sociedad a conocer las razones que apoyan la decisión para hacerla aceptable como legítima aplicación del sistema jurídico".[10]

10 COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *Las motivaciones de las sentencias: sus exigencias*

**Análisis sobre si resulta pertinente la aplicación del control de convencionalidad en el presente caso**

50. En la sentencia de fecha 12 de marzo de 2014, se desarrollan algunas afirmaciones sobre los supuestos alcances del control de convencionalidad (fundamentos 5 a 14) y, en el fundamento 24, específicamente se sostiene lo siguiente:

> 24. (…) habiendo la Corte IDH ejercido, en un caso similar al de autos (caso Ivcher Bronstein Vs. Perú, Resolución del 24 de noviembre de 2009 [Supervisión de cumplimiento de sentencias]), un control de convencionalidad vertical; este colegiado, siguiendo los lineamientos establecidos por la referida corte, es que debe estimar la presente demanda de amparo.

51. Teniendo en cuenta lo expresado en el fundamento 24, que equipara el *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú* con aquel de la empresa Panamericana Televisión S.A., así como el cuestionamiento planteado por el Procurador Público de la SUNAT, en el sentido de que la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Ivcher Bronstein* no guarda relación alguna con el caso materia de este proceso, es indispensable examinar si la invocación al control de convencionalidad desarrollado en la decisión del 12 de marzo de 2014 es correcta, y además, si resultaba aplicable o no a la empresa Panamericana Televisión.

52. Al respecto, cabe mencionar que el "control de convencionalidad en sede nacional" establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "ordena a los jueces nacionales reputar inválidas a las normas internas (…) opuestas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y a la interpretación dada a ésta por la Corte Interamericana".[11]

53. No existen mayores dudas sobre la importancia de dicha doctrina jurisprudencial en la construcción de un *ius commune* en la región.[12] Sin embargo, en lo que al presente caso importa, es necesario precisar cómo, en la aplicación del "control de convencionalidad en sede nacional", la propia Corte Interamericana sobre Derechos Humanos señala que el efecto de preferir la norma o la jurisprudencia convencional a la del ordenamiento jurídico de cada Estado solamente se da cuando no es posible interpretar la norma estatal conforme a los parámetros convencionales. Además, la Corte exige que los jueces nacionales realicen dicho control, "evidentemente", "en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales constitucionales".[13] Es decir, que si un órgano jurisdiccional nacional como el Tribunal Constitucional pretende aplicar el "control de convencionalidad" en un caso concreto, ello exige que el ejercicio de tal control no desvirtúe las competencias otorgadas a otros órganos jurisdiccionales, ni desnaturalice las respectivas reglas procesales constitucionales.

54. Debe siempre tenerse presente que, desde su formulación inicial en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, el "control de convencionalidad en sede nacional" ha tenido como una de sus finalidades principales el aseguramiento del denominado "efecto útil" al que se alude en el artículo 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

> Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

55. Sobre la exigencia de que los jueces nacionales realicen dicho tipo de "control de convencionalidad" *en el ámbito de sus competencias*, se ha sostenido lo siguiente: "el ejercicio del control de convencionalidad que deben practicar los jueces domésticos implica confrontar, en las materias que son de su competencia y de acuerdo a los procedimientos previstos en el orden jurídico, que las normas internas no vulneran las reglas determinadas por el Derecho Convencional Internacional o supranacional en su caso".[14]

*constitucionales y legales*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p.350.

11 SAGUÉS, Néstor Pedro. "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad". En: *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Chile, Año 8, N.° 1, 2010, p.117.

12 *Idem*. p.119

13 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, párrafo 128.

14 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto "Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales". En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado.* N.° 135, setiembre-diciembre de 2012, UNAM, p.343.

56. Asimismo, cabe precisar que los casos en que la Corte Interamericana ha desarrollado el "control de convencionalidad en sede nacional" son casos en los que se identificaron "graves violaciones a los derechos humanos" y en los que no existía, en el ordenamiento interno, un mecanismo jurisdiccional "idóneo" y "efectivo" para controlar dichas violaciones. Así por ejemplo, en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, se controló el DL 291 de 1978 de amnistía; en el *Caso La Cantuta vs. Perú*, se controlaron leyes de amnistía; en el *Caso Gelman vs. Uruguay* se controló la *Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado*; o en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* se controló, entre otras disposiciones, un Decreto Ley que prohibía la posibilidad de interponer un proceso de amparo.

57. En lo que se refiere al caso de autos, cabría preguntarse si será correcta o no aquella decisión del Tribunal Constitucional de fecha 12 de marzo de 2014 en la que, invocando basarse en el control de convencionalidad en sede internacional utilizado por la Corte Interamericana *en el caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, se estimó la demanda por afectación del derecho de propiedad de la empresa Panamericana Televisión S.A., sosteniéndose la existencia de un "tratamiento permisivo" por parte de la SUNAT, tanto en la "fiscalización" como en la "ejecución" de la millonaria deuda tributaria de dicha empresa.

58. Sobre el particular, considero que resulta impertinente la aplicación que la decisión del 12 de marzo de 2014 hace sobre el control de convencionalidad en sede internacional de la Corte Interamericana en el *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, pues dicho caso y el de la empresa Panamericana Televisión S.A. no son iguales. Mis razones son las siguientes:

    1) El *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú* tuvo como sustento principal el despojo de la nacionalidad peruana a un ciudadano por parte del Estado, mientras que el caso de Panamericana Televisión S.A. es el de una empresa y se sustenta en la supuesta afectación del derecho de propiedad por parte del Estado peruano (SUNAT y Poder Judicial), al no cobrarle impuestos, permitiendo el incremento de la millonaria deuda tributaria de tal empresa, y al colocar como administrador de la empresa a Genaro Delgado Parker.

    2) Para la Corte Interamericana,[15] en el caso Ivcher fue determinante el hecho de que dicho ciudadano no pudo obtener una adecuada protección judicial debido a la falta de independencia e imparcialidad de los jueces de aquel entonces, lo que se encuentra estrechamente ligado con las afectaciones ocasionadas a su derecho a la propiedad privada. No ocurre lo mismo en el caso Panamericana.

    3) El caso Panamericana no sería, por lo menos hasta hoy, de recibo en el sistema interamericano, pues, en uniformes decisiones, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha aducido "la falta de jurisdicción de la Comisión sobre los derechos de las personas jurídicas y sobre operaciones o actos jurídicos de índole exclusivamente mercantil" (Informe N.° 47/97 Tabacalera Boquerón S.A., Paraguay, entre otros); y, *en general*, ésta ha sido también la posición asumida por la Corte Interamericana, existiendo tan sólo un supuesto excepcional que no es igual al de la empresa Panamericana Televisión S.A.[16]

    4) Para la Corte Interamericana,[17] en el caso Ivcher, existen diferencias entre los derechos de los accionistas y el derecho de una empresa: "las leyes internas otorgan a los accionistas determinados derechos directos, como los de recibir los dividendos acordados, asistir y votar en las juntas generales y recibir parte de los activos de la compañía en el momento de su liquidación, entre otros", y que "la medida cautelar mencionada obstruyó el uso y goce de esos derechos por parte del señor Ivcher Bronstein; además, cuando la esposa de éste trató de hacer valer los mismos como copropietaria de las acciones de su esposo, resultaron infructuosos los procesos que intentó

15 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú,* párrafos 114 a 116.

16 En el *Caso Cantos vs. Argentina,* la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo lo siguiente: "Esta Corte considera que si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, como sí lo hace el Protocolo no. 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos, esto no restringe la posibilidad que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aún cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema del Derecho. No obstante, vale hacer una distinción para efectos de admitir cuáles situaciones podrán ser analizadas por este Tribunal, bajo el marco de la Convención Americana. En este sentido, ya esta Corte ha analizado la posible violación de derechos de sujetos en su calidad de Accionistas", párrafo 29.

17 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú,* párrafo 127.

al efecto. Consecuentemente, la Corte concluye que el señor Ivcher fue privado de sus bienes, en contravención de lo establecido en el artículo 21.2 de la Convención". Evidentemente, esto no es lo que sucedió en el caso de la empresa Panamericana Televisión S.A.

5) El caso de la empresa Panamericana Televisión S.A. no involucra graves violaciones a los derechos humanos (contenidos en una norma jurídica), sino, principalmente, un problema de pago de una deuda tributaria por parte de dicha empresa, para cuya solución hubo y hay mecanismos administrativos y judiciales ordinarios dentro del ordenamiento jurídico peruano, los que han sido activados por dicha empresa tal como se demuestra en autos (de fojas 1025 a 1067 aparece el Acuerdo Global de Refinanciación de Panamericana Televisión S.A. y de fojas 1109 a 1111 se da cuenta de que ante la Comisión de Procedimientos Concursales de INDECOPI, en el mes de mayo de 2011, se suscribió dicho Acuerdo Global de Refinanciación, respecto de las deudas tributarias de la empresa con la SUNAT por un valor de 95'738,688.45 de soles, entre otras, con un plazo de pago de 15 años).

   Cabe precisar que la mención realizada por el Tribunal Constitucional respecto del mencionado Acuerdo Global de Refinanciación de la empresa Panamericana Televisión S.A. suscrito ante la Comisión de Procedimientos Concursales de INDECOPI, sólo se hace con el fin de *describir las diferencias entre el Caso Ivcher Bronstein vs. Perú* y el caso Panamericana Televisión S.A., no implicando un pronunciamiento sobre la validez de dicho acuerdo, ni involucra, en modo alguno, a otras empresas que hayan suscrito dichos acuerdos ante INDECOPI.

59. Tal como se ha acreditado en el presente caso, la decisión del Tribunal Constitucional de fecha 12 de marzo de 2014 contiene graves vicios de motivación, como, por ejemplo, el de inexistencia de motivación o motivación aparente (tanto sobre sus afirmaciones de que la SUNAT no ejerció acciones de cobranza y permitió que la deuda de Panamericana S.A. se acumulara como en cuanto al argumento según el cual el Estado peruano, mediante el Poder Judicial, dictó arbitrarias resoluciones que despojaron a sus propietarios de la administración de Panamericana Televisión S.A.), por lo que se ha difuminado la existencia de un supuesto caso que pudiera dar mérito para pronunciarse sobre la violación de derechos reconocidos en la Convención Americana.

60. Conforme a lo expuesto, es indispensable reiterar que si bien en el sistema jurídico peruano los jueces del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, en tanto jueces que ejercen el control de constitucionalidad, tienen también el poder-deber de aplicar el "control de convencionalidad en sede nacional", en ningún caso, con el pretexto de defender un derecho de la Convención, pueden asumir competencias que conforme al ordenamiento interno no les corresponden, ni convertir un caso ordinario –que, por ejemplo, requiere específicas etapas probatorias y en los que se discuten asuntos de mera legalidad– en un caso que exige la aplicación de la Convención. En el presente caso, el Tribunal Constitucional, mediante la decisión del 12 de marzo de 2014, no sólo desnaturalizó un proceso de amparo al resolver un asunto propio de la jurisdicción ordinaria (en cuanto a la correcta administración de una empresa o a si se debía –o podía– pagar o no una millonaria deuda tributaria), sino que, arbitrariamente, mediante una motivación aparente, asumió como probados determinados supuestos que carecían de veracidad o de alguna forma de acreditación.

61. En suma, habiéndose acreditado la existencia de graves vicios, estimo que corresponde declarar **FUNDADO** el pedido de autos; en consecuencia, **NULA** la arbitraria decisión del 12 de marzo de 2014 a efectos de que el presente caso pueda ser examinado correctamente por el Tribunal Constitucional.

**S.**
**LEDESMA NARVÁEZ**

EXP. N.° 04617-2012-PA/TC
LIMA
PANAMERICANA TELEVISIÓN S.A.

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA-BARRERA**

1. Con el debido respeto que merecen los magistrados que suscriben la sentencia en el presente caso, discrepo de lo resuelto por la mayoría del Tribunal Constitucional, en especial lo contenido en el fundamento jurídico 10, en el que, a partir de consideraciones generales sobre el valor de autoridad de la cosa juzgada, que compartimos plenamente, se concluye que:

"[E]l pedido de nulidad promovido por el Procurador Público de la SUNAT contra la sentencia de fecha 12 de marzo de 2014 debe ser desestimado, en tanto no encuentra cobertura constitucional ni legal suficientes".

2. A efectos de explicar mi discrepancia, en las siguientes líneas expresaré algunas consideraciones sobre el contenido (y los límites) de la garantía constitucional a la cosa juzgada. Demostraré luego que el Tribunal Constitucional tiene potestad para declarar la nulidad de sus propias resoluciones, cuando en estas se hayan incurrido en graves vicios: es más, acreditaré como, al igual que lo hecho en otros ordenamientos jurídicos en el Derecho Comparado, el Tribunal Constitucional peruana ya ha declarado nulas varias de sus resoluciones. Finalmente analizaremos, sobre la base de lo expresado, la validez de la resolución de fecha 12 de marzo de 2014 emitida en este proceso.

**§1. Garantía constitucional de la «cosa juzgada» (y los casos de cosa juzgada aparente, falsa o fraudulenta)**

3. Al respecto, la cosa juzgada es una garantía constitucional reconocida en el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución peruana de 1993. Allí se reconoce el derecho de toda persona sometida a un proceso judicial a que no se deje sin efecto resoluciones que han adquirido la calidad de cosa juzgada. En los términos de dicho precepto constitucional,

> "Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
>
> (...) La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.
>
> Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. *Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada,* ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución (...) [resaltado agregado]".

Esta disposición constitucional debe interpretarse en consonancia con el inciso 13 del mismo artículo 139 de la Ley Fundamental, el cual prevé también como principio y derecho de la función jurisdiccional:

> "(...) La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada".

4. Conforme lo ha sostenido el Tribunal Constitucional (Exp. N.° 04587-2004-AA/TC, f.j. 38), el derecho a que se respete una resolución que ha pasado en autoridad de cosa juzgada garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas, ya sea porque los diferentes medios impugnatorias ya han sido agotados, o porque ha transcurrido el plazo para presentar dichas impugnaciones; y, en segundo lugar, en mérito a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictaron.

5. Ahora bien, en la medida en que la expedición de sentencias con calidad de cosa juzgada constituye el ejercicio de una competencia jurídico-constitucional, su ejercicio se encuentra sujeto a límites constitucionales. Se trata de una competencia constitucionalmente conferida a los órganos jurisdiccionales del Estado y cuyo ejercicio, por tanto, debe realizarse en el marco de la Constitución.

6. Al respecto, los incisos 2 y 13 del artículo 139 de la Constitución no prevén expresamente cuáles son los límites a los que se debe sujetar la expedición de sentencias con calidad de cosa juzgada. Sin embargo, ello no significa que estos no existan, pues la legitimidad del ejercicio del poder del Estado y, por ende, el de sus órganos constitucionales, no se justifica de por sí, sino a partir del pleno respeto del principio-derecho de dignidad humana, y de la observancia cabal de los principios constitucionales y los derechos fundamentales.

7. Por ello, este Tribunal ha destacado que ninguna disposición constitucional, incluyendo las que habilitan de competencias a los órganos del Estado, puede ser interpretada aisladamente. En la medida en que forma parte de la Norma Fundamental, la determinación de sus alcances y límites debe realizarse bajo los alcances del principio o criterio de unidad de la Constitución. Esta unidad de la Constitución, conforme ya se ha señalado, "(...) exige concebir a la Constitución como un todo plenamente armónico e internamente coherente (...); teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional se encuentra orientado a proteger los derechos fundamentales como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución)" (Exp. N.° 02730-2006-PA/TC).

8. En ese sentido, la garantía de la cosa juzgada no puede ser entendida de modo absoluto, sino, más bien, sujeta a limitaciones en su ejercicio, lo que se evidencia, por ejemplo, en la medida en que nuestro sistema jurídico en general posibilita que las decisiones jurisdiccionales expedidas por el Poder Judicial, con calidad de cosa juzgada, puedan ser revisadas mediante un amparo (artículo 200, inciso 2) o un habeas corpus (artículo 200, inciso 1) cuando vulneren derechos fundamentales. También se evidencia ello cuando, a nivel legal, el Código Procesal Civil, al regular la nulidad de cosa juzgada fraudulenta, prevé en su artículo 178 que "hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada, si no fuere ejecutable puede demandarse, a través de un proceso de conocimiento la nulidad de una sentencia (…)"; o cuando el Nuevo Código Procesal Penal, al regular la acción de revisión, establece en su artículo 439 que "la revisión de las sentencias condenatorias firmes procede, sin limitación temporal y sólo a favor del condenado, en los siguientes casos: (…)".

9. Así, una errónea y aislada interpretación de los incisos 2 y 13 del artículo 139 de la Constitución nos haría identificar su contenido normativo con el siguiente significado: *el contenido de una sentencia que constituye cosa juzgada es inmutable e inmodificable, sea cual sea el contenido que el respectivo órgano jurisdiccional haya establecido en aquella, así carezca de razones jurídicas y fácticas.*

   Sin embargo, es claro que este significado no se encuentra conforme con el resto de principios y valores de la Constitución, pues, apoyándonos en el aludido principio o criterio de unidad de la Constitución, así como en el criterio o principio de interpretación constitu-cional denominado concordancia práctica, debemos interpretar dichos incisos 2 y 13 del artículo 139, en conjunto con otros principios de la Constitución: dignidad humana (artículo 1), tutela jurisdiccional "efectiva" (artículo 139, inciso 3), las garantías específicas que integran el debido proceso (artículo 139), así como el de interdicción de la arbitrariedad (que se desprende de la fórmula de Estado de Derecho, artículos 3 y 43). De tal interpretación en conjunto se desprende, antes bien, el siguiente significado: *el contenido de una sentencia que constituye cosa juzgada es inmutable e inmodificable, siempre y cuando su contenido no incluya graves irregularidades, ni manifiestas arbitrariedades que terminen vulnerando los derechos fundamentales y los principios constitucionales.*

10. A este modo de interpretación conjunta no ha sido ajena la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional ni de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto, por ejemplo, tanto en la sentencia del Exp. N.° 04587-2004-AA/TC como en aquella contenida en el Exp. N.° 00679-2005-PA/TC, este Tribunal Constitucional dejó establecido el criterio según el cual no puede constituir cosa juzgada aquella sentencia seguida ante un órgano jurisdiccional incompetente o cuando dicha cosa juzgada no se genere en un *proceso "jurídicamente válido"*. Asimismo, de forma más contundente, en esta última sentencia, el Tribunal Constitucional citó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y más específicamente cuando dicha Corte sostiene que una sentencia pronunciada como consecuencia de un procedimiento que no fue seguido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales produce una cosa juzgada "aparente" (fundamento 18).

    En efecto, en el *Caso La Cantuta vs. Perú,* la Corte Interamericana señaló lo siguiente:

    > Específicamente en relación con la figura de la *cosa juzgada*, recientemente la Corte precisó que el principio *non bis in ídem* no resulta aplicable cuando el procedimiento que culmina con el sobreseimiento de la causa o la absolución del responsable de una violación a los derechos humanos, constitutiva de una infracción al derecho internacional, ha sustraído al acusado de su responsabilidad penal, o *cuando el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales.*[1] *Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada "aparente" o "fraudulenta.*[2] [resaltado agregado].

---

1 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Cantuta vs. Perú, párrafo 153, con cita de la sentencia dictada en el *Caso Almonacid Arellano y otros,* nota 6, párr. 154 y referencia a ONU, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, U.N. Doc. A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998, art. 20; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, S/Res/827, 1993, Art. 10, y Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 5/Res/955, 8 de noviembre de 1994, Art. 9.

2 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Cantuta vs. Perú, párrafo 153, con cita de las sentencias dictadas en el *Caso Almonacid Arellano y otros,* nota 6, párr. 154; *Caso Gutiérrez Soler.* Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Sede C No. 132, párr. 98, y *Caso Carpio Nicolle y otros.* Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C No. 117, párr. 131.

Asimismo, en el *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana,*[3] la Corte Interamericana estableció lo siguiente:

> "la Corte recuerda que el principio de "cosa juzgada" implica la intangibilidad de una sentencia sólo cuando se llega a ésta respetándose el debido proceso de acuerdo a la jurisprudencia de este Tribunal en la materia. [4]
>
> Asimismo, la Corte considera que se presenta el fenómeno de cosa juzgada "aparente"—cuando del análisis fáctico es evidente que la investigación, el procedimiento y las decisiones judiciales no pretendían realmente esclarecer los hechos sino obtener la absolución de los imputados y también que los funcionarios judiciales carecían de los requisitos de independencia e imparcialidad. [5]

11. Si bien es cierto que estos criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la configuración de la denominada cosa juzgada aparente fueron identificados en casos de graves irregularidades (como ciertamente lo son aquellos en que determinados órganos jurisdiccionales omitieron la Investigación de graves violaciones a los derechos humanos), también se pueden configurar en otros casos en los que se presenten graves irregularidades o manifiestas arbitrariedades[6], como, por ejemplo, el dictado de una sentencia *carente de fundamento jurídico o fáctico pertinente al caso concreto, aquellas que obvian completamente lo alegado por las partes; cuando, existiendo algún fundamento jurídico o fáctico, en este tenor, éste resulta aparente o falso*, entre otros supuestos. No se incluyen en dichos supuestos los problemas interpretativos que se pudieran generar sobre una determinada disposición, sino la manifiesta inexistencia de fundamentos jurídicos y fácticos pertinentes para solucionar un caso. Estos últimos supuestos también conforman una cosa juzgada aparente o irregular, y desde una perspectiva constitucional, no pueden considerarse que tienen autoridad de cosa juzgada.

12. De esta forma, cuando el artículo 6 del Código Procesal Constitucional establece que en los procesos constitucionales "sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo", tal exigencia no debe entenderse como referida a un pronunciamiento formal sobre el fondo que haya sido denominado "sentencia". Exige la presencia de un pronunciamiento real y sincero sobre el fondo de lo discutido.

13. Se señalada esto en mérito a que el otorgamiento de la potestad de impartir justicia a los jueces y juezas (artículo 138 de la Constitución), incluyendo a los jueces y juezas constitucionales, no autoriza a esos juzgadores(as) a materializar como justicia su propia moral subjetiva, y menos aún a resolver de manera arbitraria o abiertamente irregular, aisladamente de lo establecido en el ordenamiento jurídico.

14. En efecto, si bien los jueces tienen competencia para interpretar la normatividad constitucional, legal o reglamentaria; solucionar conflictos entre intereses o normas; o llenar los vacíos normativos teniendo en cuenta el sistema de principios y valores de la Constitución; de tales competencias, en el marco de un Estado Constitucional, no se desprende que quede constitucionalmente quede protegida cualquier decisión suya a través de la garantía de la cosa juzgada, aunque se traten de resoluciones manifiestamente írritas o irregulares, por ejemplo, si estas carecen de la justificación normativa o fáctica correspondiente, o si contienen una motivación aparente, fraudulenta o abiertamente falsa.

**§2. Postestad nulificante inherente a la jurisdicción, y en especial a la jurisdicción constitucional, en caso de vicios graves**

15. El Tribunal Constitucional, además, no ha sido ni es ajeno a la posibilidad de sancionar con nulidad las sentencias jurisdiccionales que incurran en graves vicios. Esta potestad, por ejemplo, es la que habilita a este colegiado a resolver la nulidad de sentencias con autoridad de cosa juzgada emitida por los jueces ordinarios cuando tienen problemas graves de motivación, asunto sobre el cual existe copiosa jurisprudencia

16. Es más, ya el Tribunal Constitucional peruano se ha asumido competente para declarar la nulidad de sus propias resoluciones de oficio o

---

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 24 de octubre de 2012, párrafos 195 y 196.

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Chile,* párrafos 131 y 132; *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile,* párrafos 154, y *Caso Masacre de La Rochela Vs. Colombia,* párrafo 197.

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Chile,* párrafo 131, y *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile,* párrafo 154.

6 Efectivamente, este Tribunal se ha pronunciado en diversas ocasiones respecto al valor vinculante de la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos para la comprensión del ámbito protegido por los derechos reconocidos en la Constitución (Cfr. STC Exp. N.° 04587-2004-AA/TC, f.j. 44).

a pedido de parte, claro está, siempre de manera excepcional, cuando estas hubieran incurrido en graves vicios; y, como se evidencia en diversa jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la que se dedujo la nulidad de sus decisiones, por haber incurrido en vicios graves en insubsanables, tanto de forma como de fondo.

17. En efecto, el Tribunal Constitucional peruano, en no pocas ocasiones a lo largo de su historia ha tenido que enfrentarse a resoluciones suyas con graves vicios o irregularidades insubsanables, los cuales han terminado acarreando la nulidad de sus decisiones de fondo. Tales declaraciones de nulidad incluso han sido aceptadas generalmente de manera pacífica, en la medida que se ha entendido que mantener tales decisiones viciadas hubiera acarreado, en términos constitucionales, consecuencias más gravosas para los derechos y diversos bienes constitucionales involucrados. En todos estos casos, no fue tenida en cuenta una visión meramente formal de la cosa juzgada, sino que el Tribunal procedió, atendiendo al principio constitucional de previsión de consecuencias, a resolver conforme al ordenamiento constitucional en su conjunto, y no únicamente a partir de la literalidad del artículo 139, inciso 2 de la Constitución.

18. Entre estas decisiones del Tribunal que declaran la nulidad de sus resoluciones, únicamente a modo enunciativo, podemos mencionar:

| NULIDADES SUSTENTADAS EN VICIOS QUE PODEMOS CONSIDERAR DE FORMA | |
|---|---|
| **EXPEDIENTE** | **SUMILLA** |
| RTC Exp. N.° 02386- 2008-AA/ TC-Nulidad, de fecha 12 de noviembre de 2009 | Se declara, a pedido de parte (recursos de aclaración y de nulidad), la nulidad de una sentencia debido a que no se notificó el llamamiento del magistrado correspondiente para dirimir la discordia. |
| RTC Exp. N.° 02488- 2011-HC/ TC-Nulidad, de fecha 22 de diciembre de 2011 | A través de razón de relatoría y resolución de presidencia se declara, de oficio, la nulidad de una sentencia y actos posteriores, por contener la firma de un magistrado equivocado. |
| RTC Exp. N.° 5314-2007-PA/TC-Nulidad, de fecha 26 de abril de 2010 | A través de resolución de Sala se declara de oficio (aunque con ocasión de un pedido de nulidad presentado) nula y sin efecto la resolución, remitiendo los autos al magistrado respectivo para que, a la brevedad posible, emita su ponencia y continúe la causa según su estado. |
| RTC Exp. N.° 03681- 2010-HC/ TC-Nulidad, de fecha 11 de mayo de 2012 | Se declara, con ocasión de resolver recursos de nulidad y de reposición, la nulidad de una sentencia porque se contó mal el sentido de los votos y se llama al magistrado correspondiente para que se pronuncie sobre el extremo en el que subsiste el empate. |
| RTC Exp. N.° 00831-2010-PHD/ TC-Nulidad, de fecha 10 de mayo de 2011 | A través de resolución de presidencia se declara, a pedido de parte (solicitud de aclaración), la nulidad de una sentencia, pues se contabilizó mal el voto de un magistrado, por lo cual no se había conformado resolución válida. |
| RTC Exp. N.° 03992-2006-AA/TC, de fecha 31 de octubre de 2007 | Se declara, mediando escrito de parte, la nulidad de una sentencia debido a que no se notificó el sentido de un voto ni el llamamiento a otro magistrado para que dirima, y con ello las partes poder presentar sus alegatos, si lo deseaban. Se acepta la abstención de un magistrado "pues puede dudarse de su imparcialidad en razón a que se cometió un error en la tramitación del expediente ajeno a su conocimiento" y se ordena que "por Secretaría General se realicen las investigaciones y se sancionen a los responsables conforme lo decretado por el Presidente del Tribunal Constitucional". |

| NULIDADES SUSTENTADAS EN VICIOS QUE PODEMOS CONSIDERAR DE FORMA | |
|---|---|
| **NULIDADES SUSTENTADAS EN VICIOS QUE PODEMOS CONSIDERAR DE FONDO** | |
| RTC Exp. N° 04324-2007-AC Nulidad, 3 de octubre de 2008 | A propósito del pedido de nulidad del demandante, el Tribunal verificó que desestimó una demanda de cumplimiento por no cumplir con los requisitos mínimos establecidos por la STC Exp. N° 0168-2005-PC, expresando que la normas invocadas (referidas a la reincorporación del actor a su puesto de trabajo) contenían un "mandato condicional" ("los ex trabajadores podrán ser incorporados al puesto de trabajo del que fueron cesados en la medida en que existan las correspondientes plazas vacantes y presupuestales y aquellos que no alcanzaren plaza vacante podrán ser reubicados en otras igualmente vacantes del sector público"). Sin embargo, el Tribunal constató que no tuvo en cuenta que el recurrente ya se encontraba laborando en una plaza presupuestada y vacante, en virtud a una medida cautelar confirmada en segunda instancia, por lo que declara nula la vista de la causa y actos posteriores, y ordena que se emita nueva resolución. |
| RTC Exp. N° 00978-2007-AA/TC, de fecha 21 de octubre de 2009 | El Tribunal inicialmente declaró improcedente la demanda por (supuestamente) no haber recibido una información solicitada al demandante. Sin embargo, mediando escrito de parte, detecta que esta sí se había recibido, por lo que declaró la nulidad de la resolución para emitir una nueva. |
| RTC Exp. N° 06348-2008-AA Resolución (RTC 8230-2006-AA), de 2 de agosto de 2010 | En su sentencia el Tribunal ordenó a la sala de segundo grado admitir a trámite la demanda, cuando esta originariamente lo había hecho. Ante ello, la sala hace una consulta al Tribunal, que atendiendo a la contradicción existente declara nula su resolución y señala nueva fecha para la vista de la causa y, con ello, emitir pronunciamiento de fondo. El Tribunal en esta ocasión (a diferencia de todas las otras) fundamenta su "potestad nulificante". |
| RTC Exp. N.° 4104-2009-AA/TC, 10 de mayo de 2011 | Mediando el pedido de una de las partes (nulidad), el Tribunal anuló su decisión reconociendo que omitió evaluar un medio probatorio. |
| RTC Exp. N.° 2023-2010-AA/TC-Nulidad, 18 de mayo de 2011 | Con ocasión de resolver un pedido de aclaración presentado por el demandante, el Tribunal encontró que lo resuelto no correspondía al expediente, esto es, que no existía congruencia entre los fundamentos y lo solicitado en la demanda. Ante ello declaró nulo lo actuado luego de la vista de la causa y se dispuso continuar con el trámite. |
| RTC Exp. N.° 00705-2011-AA Nulidad, de fecha 3 de agosto de 2011 | El Tribunal al emitir su sentencia impuso una multa de 25 URP a una aseguradora, basada en que en complicidad con unos médicos emitió una certificación médica alterando la verdad de manera intencional, en perjuicio de tercero; sin embargo, posteriormente, la multada (a través de un pedido de nulidad parcial de sentencia) puso en conocimiento del Tribunal Constitucional la resolución que archivó la denuncia penal contra la aseguradora, y ante ello, "dado que la empresa demandada ha probado fehacientemente que el hecho motivador de la sanción en su contra ha desaparecido por haberse archivado la denuncia penal, corresponde modificar la sentencia de autos en este extremo, dejando sin efecto la multa impuesta (...) y corrigiendo el extremo en que se señala que la demandada ha actuado con palmaria mala fe". |

| NULIDADES SUSTENTADAS EN VICIOS QUE PODEMOS CONSIDERAR DE FORMA | |
|---|---|
| RTC Exp. N.° 2346-2011-HC/TC Reposición, 7 de setiembre de 2011 | Con ocasión de resolver un pedido de parte (reposición), la Sala declara la nulidad de su resolución (todo lo actuado después de la vista de la causa), debido a que no se valoró un documento crucial, que demostraba que se mantenía la detención del demandante y que no se había producido la sustracción de la materia, como había declarado inicialmente el Tribunal Constitucional. |
| RTC Exp. N.° 02135-2012-AA Nulidad, de fecha 6 de enero de 2014 | Atendiendo el pedido de nulidad de sentencia formulado por una de las partes, la Sala declaró nula la resolución cuestionada porque tomó en cuenta como prueba un documento (Acta de Infracción) que de modo expreso había sido declarado nulo en una anterior sentencia del Tribunal Constitucional (STC Exp. N° 02698-2012-PA/TC). Con ello, ordenó que se fije una nueva fecha para la vista de la causa. |

19. Es más, este Tribunal ha explicado que la potestad de declarar la nulidad de sus decisiones es inherente al ejercicio de sus funciones, y que puede ejercerla contando con el apoyo de que se encuentra regulada de modo expreso en el Código Procesal Civil, el cual se aplica supletoriamente a los procesos constitucionales, en lo que este no hubiera regulado. Así, ha señalado que:

> "[L]a nulidad procesal es el instituto natural por excelencia que la ciencia procesal prevé como remedio procesal para reparar un acto procesal viciado, originado en la carencia de alguno de sus elementos constitutivos o de vicios existentes en ellos, que lo coloca en la situación procesal de ser declarado judicialmente inválido, el cual puede ser declarado de oficio o a pedido de parte.
>
> [L]a declaración de nulidad de oficio se fundamenta en la potestad nulificante del juzgador y que ha sido recogida en la parte final del artículo 176 del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente conforme lo prevé el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, potestad entendida como aquella facultad conferida a los jueces en forma excepcional para declarar la nulidad aun cuando no haya sido invocada, si se tiene en consideración que el acto viciado puede alterar sustancialmente los fines del proceso o ha alterado la decisión recaída en él.
>
> [E]l artículo 176 in fine del Código Procesal Civil señala: "Los jueces sólo declararán de oficio las nulidades insubsanables, mediante resolución motivada, reponiendo el proceso al estado que corresponda" y que la doctrina uniformemente está de acuerdo que la nulidad procesal declarada de oficio presupone que el acto procesal viciado no sea posible de convalidación y que su procedencia solo se justifica en la protección de las garantías constitucionales del proceso, siendo una de las más importantes el respeto al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva" (RTC Exp. N° 6348-2008-PA/TC-Nulidad, ff.jj. 8-10).

20. Ahora bien, a efectos de no generar zozobra en los operadores de justicia ni intervenir irrazonablemente en el principio de seguridad jurídica que subyace a la regla de la cosa juzgada, consideramos que es necesario tener en cuenta que a partir de la jurisprudencia del Tribunal, se desprenden algunos criterios que podrían observarse para que este Tribunal, de modo excepcional, se plantee la nulidad de sus propias resoluciones.

21. Como ha sucedido en la experiencia comparada en general, y el derecho colombiano, en particular, la nulidad de sus propias resoluciones es factible en determinados casos. En efecto, la Corte Constitucional Colombiana mediante Auto 022/13 ha indicado que: "La declaratoria de nulidad de una sentencia de revisión proferida por la Corte Constitucional es una medida excepcional a la cual sólo puede arribarse cuando en la decisión concurran "situaciones jurídicas especialísimas y excepcionales, que tan sólo pueden provocar la nulidad del proceso cuando los fundamentos expuestos por quien la alega muestran, de manera indudable y cierta, que las reglas procesales aplicables a los procesos constitucionales, que no son otras que las previstas en los decretos 2067 y 2591 de 1991, han sido quebrantadas, con notoria y flagrante vulneración del debido proceso. Ella

tiene que ser significativa y trascendental, en cuanto a la decisión adoptada, es decir, debe tener unas repercusiones sustanciales, para que la petición de nulidad pueda prosperar".

22. Conforme lo anteriormente acotado, consideramos que esta posibilidad debería quedar abierta frente a casos en los que:

> (1) Existan vicios graves de procedimiento, en relación tanto con (1.1) el cumplimiento de las formalidades necesarias y constitutivas de una resolución válida, como a (1.2) vicios en el procedimiento seguido en esta sede que afecten de modo manifiesto el derecho de defensa.
>
> (2) Existan vicios o errores graves de motivación, los cuales enunciativamente pueden estar referidos a: (2.1) vicios o errores graves de conocimiento probatorio; (2.2) vicios o errores graves de coherencia narrativa, consistencia normativa y/o congruencia con el objeto de discusión; y (2.3) errores de mandato, en caso se dispongan mandatos imposibles de ser cumplidos, que trasgredan competencias constitucional o legalmente estatuidas, destinados a sujetos que no intervinieron en el proceso, etc.
>
> (3) Existan vicios sustantivos contra el orden jurídico-constitucional (en sentido lato), en alusión a, por ejemplo, resoluciones emitidas contraviniendo arbitrariamente (3.1) precedentes constitucionales o (3.2) incuestionable doctrina jurisprudencial vinculante de este Tribunal, y cuando (3.3) se trasgreda de modo manifiesto e injustificado bienes, competencias o atribuciones reconocidos constitucionalmente.

**§3. Análisis de la sentencia del 12 de marzo de 2014, recaída en el presente proceso**

**En cuanto a si hubo o no pronunciamiento sobre la prescripción del plazo para interponer la demanda de amparo**

23. De la revisión de autos se acredita que en ningún fundamento de la cuestionada sentencia del 12 de marzo de 2014 existe un pronunciamiento sobre las excepciones de prescripción y de falta de agotamiento de la vía administrativa planteada por el Procurador Público Ad Hoc Adjunto de la SUNAT (fojas 1175 y ss.).

    En cuanto a la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, el Procurador sostuvo que la empresa Panamericana Televisión S.A. se encontraba sometida a un Procedimiento Concursal Preventivo ante INDECOPI (Exp. N.° 394-2009/CCO-INDECOPI-02-02), "iniciado a solicitud de la propia demandante' (sic), y en la que "no sólo se ha reconocido la deuda tributaria objeto de demanda sino que se ha sometido la misma a un fraccionamiento mediante un Acuerdo Global de Refinanciación". Ello sucede de modo tal que es necesario que se agote dicho procedimiento administrativo a efectos de que se determine una nueva situación de exigibilidad coactiva de la deuda tributaria.

    Sobre la excepción de prescripción, el Procurador refiere que en el petitorio de la demanda se solicita que se declare inexigible a la empresa demandante la deuda tributaria acumulada entre el 24 de febrero de 2003 y el 8 de junio de 2009, y que, siendo esta última fecha el momento en que la demandante tomó conocimiento de la deuda tributaria de la administración anterior, se ha superado con amplitud el plazo de sesenta (60) días para interponer la demanda de amparo de autos.

24. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional estima que existe un grave vicio en la sentencia de fecha 12 de marzo de 2014, en la medida en que no se aprecia pronunciamiento alguno sobre tales excepciones, pese a que dicho pronunciamiento resultaba obligatorio; y a que ellas habrían dado lugar a que los órganos jurisdiccionales de primer y segundo grado del presente proceso constitucional se pronunciaran al respecto.

**Análisis del argumento según el cual la SUNAT no ejerció acciones de cobranza y permitió que la deuda de Panamericana S.A. se acumulara**

25. En el fundamento 20 de la sentencia de fecha 12 de marzo de 2014, se menciona, entre otros argumentos principales, que el Estado peruano también es responsable del incremento de la deuda de Panamericana Televisión S.A., debido a que la "desidia" de la SUNAT generó el incremento de la deuda de Panamericana Televisión S.A. Dicho fundamento estableció lo siguiente:

> 20. (…) ha sido la propia desidia de la Administración Tributaria la que ha permitido que la deuda se haya incrementado; pues, pese a tener las herramientas necesarias para cobrar tales tributos, no las utilizó en su momento (…). Si la actora se ha visto inmersa en tal nivel de endeudamiento con el fisco, es precisamente por la actuación del propio Estado. De ahí que, pretender cobrar la totalidad de la deuda a la actual

gestión sin considerar tal situación resulta arbitrario.

(…)

22. Por ello, sorprende la pasividad de la SUNAT en fiscalizar y ejecutar dicha deuda a Panamericana Televisión cuando estuvo administrada por Genaro Delgado Parker. Por más discrecionales que sean sus facultades, éstas no pueden amparar el tratamiento exageradamente permisivo con que ha sido tratada la empresa mientras estuvo gestionada por la administración anterior.

26. Al respecto, de la revisión del respectivo expediente, el Tribunal Constitucional estima que los citados argumentos de los fundamentos 20 y 22 no sólo no resultan veraces, sino que, además, son vulneratorios del derecho a la prueba, pues existen suficientes elementos probatorios adjuntados por la SUNAT que acreditan la cobranza de tributos en el periodo del 24 de febrero de 2003 al 8 de junio de 2009, como, por ejemplo, el Informe N.° 746-2011/SUNAT-210203, del 30 de junio de 2011. La verificación de que en autos existen dichos elementos probatorios no implica de modo alguno una nueva valoración de lo decidido en la sentencia del 12 de marzo de 2014, sino tan sólo la verificación *objetivo* de que en ella se ha estimado acreditada la desidia de la SUNAT para cobrar tributos a la empresa demandante, pero que, por el contrario, en autos existen elementos probatorios, como el aludido Informe, que desvirtúan por completo tal afirmación.

27. A modo de ejemplo, cabe mencionar que en el Informe N.° 746-2011/SUNAT-210203, (fojas 1104 a 1121), se acredita que al 1 de junio de 2009, la deuda tributaria total de Panamericana Televisión S.A. ascendía a S/. 117’443,707.00, contenida en 594 valores (que comprenden órdenes de pago, resoluciones de determinación y resoluciones de multa); y que el 66% de dicho monto se encuentra impugnado, y el 34% en etapa de cobranza coactiva:

| ETAPA | CANTIDAD VALORES | TOTAL DEUDA | DEUDA EXIGIBLE | % |
|---|---|---|---|---|
| Emitido | 22 | 178.991 | - | - |
| Notificado | 17 | 349,906 | 7,705 | 0% |
| Cobranza coactiva | 379 | 39,426,883 | 38,876,884 | 34% |
| Impugnado | 176 | 77,487,927 | - | 66% |
| **Total** | **594** | **117,443,707** | **38,884,589** | |

28. Asimismo, en dicho informe se anexa un cuadro (fojas 1115 a 1121) que da cuenta de 321 medidas de embargo trabadas *entre e124 de febrero de 2003 y e18 de junio de 2009* al contribuyente Panamericana Televisión S.A., y que “el monto efectivamente recuperado por estas medidas asciende a S/. 55’213,528.00” (fojas 1105).

29. Conforme a lo expuesto, y dicho con todo respeto, se evidencia que no se ajusta a la verdad, y que incluso carece de fundamento aquel argumento mediante el cual se dice que la desidia, desinterés o descuido de la SUNAT haya generado el incremento de la deuda de Panamericana Televisión S.A., pues precisamente el informe antes expuesto da cuenta de que, entre el 24 de febrero de 2003 y el 8 de junio de 2009, sí se realizaron acciones tendientes a cobrar la deuda tributaria de Panamericana Televisión S.A; así como de que el 66% de la deuda se encontraba reclamado ante la Administración Tributaria o apelado ante el Tribunal Fiscal. Por tanto, teniendo en cuenta que uno de los principales argumentos de la sentencia de fecha 12 de marzo de 2014 carece de veracidad, es claro que se ha incurrido en un grave vicio, lo que además vulnera el derecho a la prueba de la parte que ofreció dichos medios probatorios.

30. Adicionalmente a lo expuesto, conviene destacar que sobre la importancia de la argumentación correcta de una decisión jurisdiccional, Michelle Taruffo ha sostenido que se debe “considerar que la justificación de la decisión cumple la función de permitir el control de las ‘buenas razones’ de la escogencia del juez sólo si es *completa*. Con esto no se entiende que cada detalle de la decisión deba ser objeto de analíticas argumentaciones, sino que los aspectos fundamentales de ella sean *todos* justificados. Esto significa que la comprobación de los hechos deba ser justificada con referencias específicas a los elementos de prueba y a las razones por las

cuales el juez los ha valorado deduciendo de allí consecuencias positivas o negativas en orden a los hechos de la causa, y que la escogencia, la interpretación y la aplicación de la regla de derecho empleada para decidir deben estar a su vez sustentadas por argumentaciones justificativas adecuadas". [7]

En tal sentido, no se justifica de modo correcto una decisión jurisdiccional cuando, en el ámbito de la argumentación fáctica, los jueces afirman hechos que carecen de objetividad, ya sea porque no acompañan los respectivos medios probatorios de tales hechos, o porque deliberadamente o sin intención de hacerlo dejan de tomar en cuenta medios probatorios esenciales para resolver el caso, entre otros supuestos. Obrar de este modo sólo nos llevaría a un uso arbitrario del nivel de apreciación judicial y una evidente desnaturalización de la garantía de imparcialidad del juez, en la medida en que los hechos afirmados por el juez, no verificados por algún medio probatorio (o incluso que contradicen lo que aparece en el respectivo expediente), implican una actuación subjetiva y carente de neutralidad.

**Análisis del argumento según el cual el Estado peruano, mediante el Poder Judicial, dictó arbitrarias resoluciones que despojaron a sus propietarios de la administración de Panamericana Televisión S.A.**

31. Otro de los argumentos principales de la sentencia de fecha 12 de marzo de 2014 es que el Estado peruano es responsable de la "exorbitante" deuda de Panamericana Televisión S.A. debido a que, mediante el Poder Judicial, dictó resoluciones arbitrarias que "arrebataron" dicho canal de televisión a sus legítimos propietarios. Así, en los fundamentos 20 y 21 se menciona lo siguiente:

> 20. (...) en el presente caso, se advierte que la demandante (Panamericana Televisión S.A.) tiene una deuda de carácter tributario exorbitante. Al respecto, no puede soslayarse que si la deuda se ha incrementado exponencialmente ello obedece a que, dolosamente, la gestión anterior dejó de honrarlas. No debemos olvidar que la gestión anterior estaba en manos de Genaro Delgado Parker que fue el administrador judicial designado por el Estado peruano, a través de su Poder Judicial, es decir, Genaro Delgado Parker fue designado por un juez de la república, a quien representaba, para administrar diligentemente Panamericana Televisión S.A., lo que no ha ocurrido. Entonces, el propio Estado también es responsable de dicho incremento, no sólo porque la administración del canal le fue despojada mediante írritas resoluciones judiciales (...).
>
> 21. Efectivamente, los pronunciamientos judiciales que despojaron a la actual administración del control del mencionado canal de televisión resultan bastante discutibles. No sólo por haberse recurrido a jueces incompetentes en razón del territorio sino porque, en buena cuenta, pretendieron arrebatárselo a sus legítimos propietarios a través de espurias medidas cautelares y posteriores intentos de modificar la participación accionaria.

32. Al respecto, de la revisión del respectivo expediente, estimo que los citados argumentos de los fundamentos 20 y 21 no reflejan una motivación correcta, en la medida en que constituyen meras apreciaciones subjetivas y no se encuentran acompañados con algún medio probatorio que acredite dichas afirmaciones. En efecto, expresiones tales como "írritas resoluciones judiciales"; pronunciamientos judiciales "bastante discutibles"; "jueces incompetentes en razón del territorio"; "arrebatárselo a sus legítimos propietarios"; "espurias medidas cautelares" y "posteriores intentos de modificar la participación accionaria" no se encuentran respaldadas por algún documento, medio probatorio o sentencia. Los calificativos expresados en la sentencia del 12 de marzo de 2014 no contienen un mínimo de justificación, más allá de que no se menciona alguna resolución judicial en la que se haya acreditado la arbitrariedad de los jueces ordinarios que resolvieron sobre la administración del aludido canal de televisión por parte de Genaro Delgado Parker.

33. Lo expuesto no implica, de modo alguno, un pronunciamiento sobre si Genaro Delgado Parker administró correcta o incorrectamente la empresa Panamericana Televisión S.A., o sobre si las resoluciones judiciales que resolvieron los cuestionamientos a dicha administración son válidos o inválidos, sino tan sólo un pronunciamiento sobre un grave vicio de la sentencia del 12 de marzo de 2014, consistente en no haber adjuntado ningún tipo de elemento probatorio que acredite la afirmación contenida en dicha sentencia, donde se señala que el Poder Judicial dictó resoluciones arbitrarias que "arrebataron" dicha empresa a sus propietarios. Ello

7 TARUFFO, Michele. *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil.* Colombia, Editorial Temis, 2006, p. 196.

evidencia, dicho de nuevo con todo respeto, una decisión con una inexistente motivación y, por tanto, una decisión que carece de racionalidad.

34. Es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el sentido de identificar como uno de los vicios sobre la motivación de las resoluciones judiciales aquel de la *inexistencia de motivación o motivación aparente*. Según dicho vicio: "se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando esta es solo aparente, porque no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o porque no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico" [Exp. N.° 00728-2008-P1-1C/TC FJ 7.a].

35. La motivación correcta de una resolución judicial debe contener una motivación suficiente de las razones jurídicas y fácticas que, vinculadas al caso concreto, justifican una determinada decisión. Al respecto, Ignacio Colomer ha sostenido que "la suficiencia de la motivación se encuentra vinculada con la exigencia de un mínimo al razonamiento justificativo para que pueda cumplir las funciones que tiene asignado, y en particular, para que satisfaga el derecho del justiciable y de la sociedad a conocer las razones que apoyan la decisión para hacerla aceptable como legítima aplicación del sistema jurídico". [8]

**Análisis sobre si resulta pertinente la aplicación del denominado "control de convencionalidad" en el presente caso**

36. En la sentencia de fecha 12 de marzo de 2014, se desarrolla lo que se entiende como alcance del denominado "control de convencionalidad" (fundamentos 5 a 14); y en el fundamento 24, específicamente se sostiene lo siguiente:

> 24. (…) habiendo la Corte IDH ejercido, en un caso similar al de autos (caso Ivcher Bronstein Vs. Perú, Resolución del 24 de noviembre de 2009 [Supervisión de cumplimiento de sentencias]), un control de convencionalidad vertical; este colegiado, siguiendo los lineamientos establecidos por la referida corte, es que debe estimar la presente demanda de amparo.

37. Teniendo en cuenta lo expresado en el fundamento 24, que equipara el *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú* con aquel de la empresa Panamericana Televisión S.A., así como el cuestionamiento planteado por el Procurador Público de la SUNAT, en el sentido de que la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Ivcher Bronstein no guarda relación alguna con el caso materia de este proceso, es indispensable examinar si el "control de convencionalidad" desarrollado en la decisión del 12 de marzo de 2014 resultaba aplicable o no a la empresa Panamericana Televisión.

38. Al respecto, cabe mencionar que el "control de convencionalidad en sede nacional" establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "ordena a los jueces nacionales reputar inválidas a las normas internas (…) opuestas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y a la interpretación dada a ésta por la Corte Interamericana". [9]

39. No existen mayores dudas sobre la importancia de dicha doctrina jurisprudencial en la construcción de un *ius commune* en la región. [10] Sin embargo, en lo que al presente caso importa, es necesario precisar cómo, en la aplicación del "control de convencionalidad en sede nacional", la propia Corte Interamericana sobre Derechos Humanos exige que los jueces nacionales realicen dicho control, "evidentemente", "en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales constitucionales". [11] Es decir, que si un órgano jurisdiccional nacional como el Tribunal Constitucional pretende aplicar el "control de convencionalidad" en un caso concreto, ello exige que el ejercicio de tal control no desvirtúe las competencias otorgadas a otros órganos jurisdiccionales, ni desnaturalice las respectivas reglas procesales constitucionales.

40. Es más, desde su formulación inicial en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, el "control de convencionalidad en sede nacional" ha tenido como una de sus finalidades principales el aseguramiento del denominado "efecto útil" al que se alude en el artículo 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

8 COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *Las motivaciones de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 350.

9 SAGUÉS, Néstor Pedro. "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad". En: *Estudios Constitucionales*, Universidad de Taloa, Chile, Año 8, N.° 1, 2010, p.117.

10 *Idem.* p.119.

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, párrafo 128.

> Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

41. Sobre la exigencia de que los jueces nacionales realicen dicho tipo de "control de convencionalidad" *en el ámbito de sus competencias*, se ha sostenido lo siguiente: "el ejercicio del control de convencionalidad que deben practicar los jueces domésticos implica confrontar, en las materias que son de su competencia y de acuerdo a los procedimientos previstos en el orden jurídico, que las normas internas no vulneran las reglas determinadas por el Derecho Convencional Internacional o supranacional en su caso". [12]

42. Asimismo, y a mayor abundamiento, cabe precisar que los casos en que la Corte Interamericana ha desarrollado el "control de convencionalidad en sede nacional" son casos en los que se identificaron "graves violaciones a los derechos humanos" y en los que no existía, en el ordenamiento interno, un mecanismo jurisdiccional "idóneo" y "efectivo" para controlar dichas violaciones. Así por ejemplo, en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, se controló el DL 291 de 1978 de amnistía; en el *Caso La Cantuta vs. Perú*, se controlaron leyes de amnistía; en el *Caso Gelman vs. Uruguay* se controló la *Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado*; o en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* se controló, entre otras disposiciones, un Decreto Ley que prohibía la posibilidad de interponer un proceso de amparo.

43. En lo que se refiere al caso de autos, cabría preguntarse si será correcta o no aquella decisión del Tribunal Constitucional de fecha 12 de marzo de 2014 en la que, basándose en el "control de convencionalidad en sede internacional" utilizado por la Corte Interamericana *en el caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, se estimó la demanda por afectación del derecho de propiedad de la empresa Panamericana Televisión S.A., sosteniéndose la existencia de un "tratamiento permisivo" por parte de la SUNAT, tanto en la "fiscalización" como en la "ejecución" de la millonaria deuda tributaria de dicha empresa.

44. Sobre el particular, estimo que resulta errónea la comprensión que la decisión del 12 de marzo de 2014 hace sobre el "control de convencionalidad en sede internacional" que hace la Corte Interamericana en el *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, pues dicho caso y el de la empresa Panamericana Televisión S.A. no son iguales. Nuestras razones son las siguientes:

    1. El *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú* tuvo como sustento principal el despojo de la nacionalidad peruana a un ciudadano por parte del Estado, mientras que el caso de Panamericana Televisión S.A. es el de una empresa y se sustenta en la supuesta afectación del derecho de propiedad por parte del Estado peruano (SUNAT y Poder Judicial), al no cobrarle impuestos, permitiendo el incremento de la millonaria deuda tributaria de tal empresa, y al colocar como administrador de la empresa a Genaro Delgado Parker.

    2. Para la Corte Interamericana, [13] en el caso Ivcher, fue determinante el hecho de que dicho ciudadano no pudo obtener una adecuada protección judicial debido a la falta de independencia e imparcialidad de los jueces de aquel entonces, lo que se encuentra estrechamente ligado con las afectaciones ocasionadas a su derecho a la propiedad privada. No ocurre lo mismo en el caso Panamericana. Aquí no existe, o por lo menos, no se aprecia, una intención de despojar a alguien de la posición o propiedad o administración de un medio de comunicación. Lo que aquí existe es, desafortunadamente, una deuda tributaria contraída por una persona jurídica privada, que independientemente de la voluntad de sus actuales responsables, debe ser honrada tal como se exige a toda otra persona dentro de nuestro país.

    3. El caso Panamericana no sería de recibo en el sistema interamericano, pues, en uniformes decisiones, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha aducido "la falta de jurisdicción de la Comisión sobre los derechos de las personas jurídicas y sobre operaciones o actos jurídicos de índole exclusivamente mercantil" (Informe N.° 47/97 Tabacalera

12 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto "Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales". En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado.* N.° 135, setiembre-diciembre de 2012, UNAM, p. 343.

13 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú,* párrafos 114 a 116.

Boquerón S.A., Paraguay, entre otros), y, *en general*, ésta ha sido también la posición asumida por la Corte Interamericana, existiendo tan sólo un supuesto excepcional que no es igual al de la empresa Panamericana Televisión S.A. [14]

4. Para la Corte Interamericana, [15] en el caso Ivcher, existen diferencias entre los derechos de los accionistas y el derecho de una empresa: "las leyes internas otorgan a los accionistas determinados derechos directos, como los de recibir los dividendos acordados, asistir y votar en las juntas generales y recibir parte de los activos de la compañía en el momento de su liquidación, entre otros", y que "la medida cautelar mencionada obstruyó el uso y goce de esos derechos por parte del señor Ivcher Bronstein; además, cuando la esposa de éste trató de hacer valer los mismos como copropietaria de las acciones de su esposo, resultaron infructuosos los procesos que intentó al efecto. Consecuentemente, la Corte concluye que el señor Ivcher fue privado de sus bienes, en contravención de lo establecido en el artículo 21.2 de la Convención". Evidentemente, esto no es lo que sucedió en el caso de la empresa Panamericana Televisión S.A.

5. El caso de la empresa Panamericana Televisión S.A. no involucra graves violaciones a los derechos humanos (contenidos en una norma jurídica), sino, principalmente, un problema de pago de una millonaria deuda tributaria por parte de dicha empresa, para cuya solución hubo y hay mecanismos administrativos y judiciales ordinarios dentro del ordenamiento jurídico peruano, los cuales por cierto han sido activados por dicha empresa tal como se demuestra en autos (de fojas 1025 a 1067 aparece el Acuerdo Global de Refinanciación de Panamericana Televisión S.A. y de fojas 1109 a 1111 se da cuenta de que ante la Comisión de Procedimientos Concursales de INDECOPI, en el mes de mayo de 2011, se suscribió dicho Acuerdo Global de Refinanciación, respecto de las deudas tributarias de la empresa con la SUNAT por un valor de 95'738,688.45 de soles, entre otras, con un plazo de pago de 15 años).

45. Tal como se ha acreditado en el presente caso, la decisión del Tribunal Constitucional de fecha 12 de marzo de 2014 desafortunadamente contiene graves vicios de motivación, como, por ejemplo, el de inexistencia de motivación o motivación aparente (tanto sobre sus afirmaciones de que la SUNAT no ejerció acciones de cobranza y permitió que la deuda de Panamericana S.A. se acumulara como en cuanto al argumento según el cual el Estado peruano, mediante el Poder Judicial, dictó arbitrarias resoluciones que despojaron a sus propietarios de la administración de Panamericana Televisión S.A.), por lo que no encuentro elementos que justifiquen la existencia de un supuesto caso que pudiera dar mérito para pronunciarse sobre la violación de derechos reconocidos en la Convención Americana.

46. Conforme a lo expuesto, es indispensable reiterar que si bien en el sistema jurídico peruano, los jueces del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, en tanto jueces que ejercen el control de constitucionalidad, tienen también el poder-deber de aplicar el "control de convencionalidad en sede nacional", en ningún caso, con el pretexto de defender un derecho de la Convención, pueden asumir competencias que conforme al ordenamiento interno no les corresponden, ni convertir un caso ordinario —que, por ejemplo, requiere específicas etapas probatorias y en los que se discuten asuntos de mera legalidad— en un caso que exige la aplicación de la Convención. En el presente caso, considero que el Tribunal Constitucional, mediante la decisión del 12 de marzo de 2014, no sólo desnaturalizó un proceso de amparo al resolver un asunto propio de la jurisdicción ordinaria (en cuanto a la correcta administración de una empresa o a si se debía —o podía— pagar o no una millonaria deuda tributaria), sino que, mediante una motivación aparente, asumió como probados determinados supuestos que carecían de veracidad o de alguna forma de acreditación.

14 En el *Caso Cantos vs. Argentina*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo lo siguiente: "Esta Corte considera que si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, como si lo hace el Protocolo no. 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos, esto no restringe la posibilidad que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aún cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema del Derecho. No obstante, vale hacer una distinción para efectos de admitir cuáles situaciones podrán ser analizadas por este Tribunal, bajo el marco de la Convención Americana. En este sentido, ya esta Corte ha analizado la posible violación de derechos de sujetos en su calidad de Accionistas". párrafo 29.

15 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú,* párrafo 127.

En suma, y por las razones antes expuestas estimo mediante este voto singular que debía declararse la nulidad de la arbitraria decisión del 12 de marzo de 2014, con la finalidad de que el presente caso pueda ser examinado y decidido conforme a estándares regulares y constitucionales de motivación por el Pleno del Tribunal Constitucional.

**Sr.**
**ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

***Sentencia 02904-2011-PA/TC*** *Proceso de amparo interpuesto por Felipe Humberto Aguirre Frisancho. El Tribunal estimó la pretensión del demandante por considerar que el traslado del centro de labores puede afectar el derecho a la unidad familiar.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 15 de abril de 2014

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda interpuesta por el recurrente a nombre propio y como curador de otros. Alegó que su empleador, el Banco de la Nación, vulneró su derecho al trabajo y a la unidad de la familia al disponer su traslado desde Arequipa otra agencia en Cusco, en perjuicio además de sus dos hermanos con discapacidad, de los cuales ha sido nombrado curador. Posteriormente sería despedido por supuesta falta grave al incurrir en inasistencias injustificadas a su nuevo centro de labores en Cusco.

El Tribunal determinó que se configuró un despido arbitrario, el mismo que vulneró los derechos al trabajo y a la unidad familiar del actor, por lo que declaró nulo el despido del demandante y ordenó que se le reponga en el cargo que venía desempeñando en la sucursal del Banco de la Nación de Arequipa. Respecto al derecho al trabajo, advirtió que la demandada se opuso a que ingrese a laborar a la sucursal de Arequipa, pero sin embargo le inició un proceso de despido por inasistencia, lo que atentó contra el derecho al trabajo del recurrente. Respecto a la unidad familiar, el Tribunal señaló que trasladar al recurrente afectaría a sus hermanos, que son sujetos de especial protección constitucional.

Por último, el Tribunal señaló que cuando se interponga y admita una demanda de amparo contra una entidad del Estado que tenga por finalidad la reposición del demandante, ello debe registrarse como una posible contingencia económica que ha de preverse en el presupuesto, con la finalidad de que la plaza que ocupaba se mantenga presupuestada para, de ser el caso, poder actuar o ejecutar en forma inmediata la sentencia estimativa.

**Temas Claves:** Curatela — derecho a la unidad familiar — derecho al trabajo — despido arbitrario — personas con discapacidad.

EXP. N.° 02904-2011-PA/TC
AREQUIPA
FELIPE HUMBERTO AGUIRRE FRISANCHO EN DERECHO PROPIO Y COMO CURADOR DE LUIS HUMBERTO Y JUAN CARLOS AGUIRRE FRISANCHO

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 28 días del mes de enero de 2014, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto en mayoría de los magistrados Urviola Hani y Eto Cruz, el voto en discordia del magistrado Vergara Gotelli y el voto dirimente del magistrado Álvarez Miranda, que adhiere a la posición de los magistrados Urviola Hani y Eto Cruz; votos, todos, que se agregan a los autos.

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Felipe Humberto Aguirre Frisancho en derecho propio y como curador de Luis Humberto y Juan Carlos Aguirre Frisancho, contra la resolución expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fojas 86, su fecha 18 de mayo de 2011, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 29 de diciembre de 2010, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Banco de la Nación -Sucursal Arequipa- y contra don Dante Castañeda Moya, Sub Gerente Jefe de la Administración de Personal del Banco de la Nación,

solicitando que se deje sin efecto la disposición de trasladarlo a laborar a la ciudad de Sicuani – Cusco, se respete su derecho de seguir laborando en la sucursal del Banco de la Nación de Arequipa, se dejen sin efecto las cartas y memorándums que dispongan su traslado a otras regiones del país, y que, por consiguiente, se lo reponga en su centro de trabajo en la sucursal de Arequipa. Refiere que mediante disposición judicial fue nombrado curador de sus dos hermanos discapacitados, por lo que su traslado a otra unidad conllevaría que ambos se queden en total abandono. Alega la vulneración de sus derechos al trabajo, a la vida, a la protección de la familia y a la dignidad.

El Décimo Juzgado Especializado en lo Civil de Arequipa, con fecha 11 de enero de 2011, declaró improcedente *in límine* la demanda, por considerar que el cese de actos de hostilidad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley N.° 29497 es de competencia de los juzgados especializados de trabajo y además porque del sistema informático del Poder Judicial se desprende que el demandante viene siguiendo un proceso similar por cese de actos de hostilidad ante el Juzgado de Trabajo Liquidador, Expediente N.° 1563-2010, por lo que, en aplicación de los incisos 2) y 3) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, el Juzgado es incompetente por razón de la materia.

La Sala Superior competente confirmó la improcedencia de la demanda, por estimar que no se ha acreditado que la amenaza del derecho a la vida, a la integridad física y sicológica del actor, sea cierta e inminente.

Con fecha 8 de junio de 2011, el demandante interpone recurso de agravio constitucional contra la sentencia de vista, precisando que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Agrega que en la sentencia de vista no se ha tenido en cuenta que se encuentra acreditado en autos que tiene dos hermanos con incapacidad absoluta de los cuales es curador por disposición judicial, los mismos que dependen de él, y que pese a ello la entidad emplazada sigue pretendiendo su traslado a un lugar distinto al de la ciudad de Arequipa, lugar donde reside.

**FUNDAMENTOS**

**1. Delimitación del petitorio**

La presente demanda inicialmente se trataba de un reclamo laboral de un trabajador que denunciaba que la entidad demandada pretendía trasladarlo a un lugar distinto de aquel en el que presta habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio; esto es, versaba sobre una reclamación respecto de un acto que pudiera ser catalogado como uno de hostilidad; sin embargo a la fecha el actor pretende que se ordene su reposición en el cargo de recibidor pagador en la sucursal de Arequipa, por haber sido objeto de un despido arbitrario.

Por ello la dilucidación de la presente controversia parte por determinar, en primer lugar, si resulta procedente el traslado del demandante a un lugar distinto al de su domicilio pese a haber sido designado mediante resolución judicial curador de sus dos hermanos que adolecen de incapacidad absoluta. Asimismo, deberá determinarse si después de haber estado sin laborar por varios meses y haber sido impedido de ingresar a su centro de trabajo en la ciudad de Arequipa (con fecha 1 de diciembre de 2010), procedía el despido del demandante por la supuesta falta grave consistente en haber incurrido en inasistencias injustificadas a su centro de trabajo en Cusco por más de tres días consecutivos.

**2. Consideraciones previas**

2.1. Antes de ingresar a evaluar el fondo de la controversia constitucional, es preciso examinar el rechazo *in límine* dictado por las instancias precedentes, pues tanto en primera como en segunda instancia la demanda fue rechazada liminarmente, bajo el argumento de que, existiendo vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para ventilar la pretensión, debe recurrirse a la vía ordinaria.

2.2. Sobre el particular, debe recordarse que en los fundamentos 7 a 20 de la STC N° 00206-2005-PA/TC- que constituyen precedente vinculante de conformidad con lo dispuesto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, resulta procedente efectuar la verificación del despido sufrido por el recurrente, porque se trataría de la existencia de un despido arbitrario, habida cuenta que, según refiere el actor, se le atribuye el haber abandonado el trabajo por más de tres días consecutivos. Es necesario precisar que en el presente proceso el demandante no sólo demandó el cese de actos de hostilidad sino también la existencia de una amenaza de violación de su derecho constitucional al trabajo, así como el perjuicio que se ocasionaría con su traslado a dos de sus hermanos declarados incapaces absolutos de quienes por resolución judicial ha sido declarado curador, lo que afectaría la protección de la familia, la unidad familiar y la amenaza a la integridad de los citados hermanos, hechos que han sido inadvertidos por el *a quo* al momento de calificar la demanda. Así como tampoco el hecho de que, conforme al fundamento 620 de la citada sentencia, es procedente la vía del amparo cuando se acredite la necesidad de tutela urgente.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el artículo 7° de la Constitución garantiza una protección especial de parte del Estado respecto al discapacitado. Mientras que el artículo 18° del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o "Protocolo de San Salvador", sobre protección de los minusválidos, establece que toda persona afectada por una disminución en sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad.

2.3. Atendiendo a lo señalado en el fundamento anterior, este Tribunal considera que las instancias inferiores han incurrido en un error al momento de calificar la demanda, por lo que debería revocarse el auto de rechazo liminar y ordenarse que se admita a trámite la demanda, pues en el caso de autos la controversia se centra en determinar si se ha vulnerado el derecho al trabajo, a la protección de la familia y a la amenaza del derecho a la integridad de las personas declaradas discapacitadas alegado por el demandante.

No obstante ello, y en atención a los principios de celeridad y economía procesal, este Tribunal estima pertinente no hacer uso de la mencionada facultad, toda vez que en autos aparecen elementos de prueba suficientes que posibilitan un pronunciamiento de fondo, más aún si la entidad emplazada ha sido notificada del concesorio del recurso de apelación y se ha apersonado al presente proceso (f. 42 y 77), lo que implica que su derecho de defensa está garantizado.

2.4. Asimismo, resulta pertinente precisar que si bien el actor ha alegado la vulneración de varios derechos constitucionales, a criterio de este Tribunal sólo resultan pertinentes para dirimir la *litis*, y por lo tanto serán materia de análisis, los derechos al trabajo, a la unidad familiar y a la amenaza a la integridad de los hermanos declarados incapaces.

2.5. De otro lado, debe señalarse que mediante resolución de fecha 11 de septiembre de 2012, el Tribunal Constitucional solicitó al demandante informe respecto a su situación laboral actual con la emplazada. Es así que mediante escrito de fecha 27 de septiembre de 2012 (f. 187 a 316 del cuaderno del Tribunal) el demandante cumplió con informar que con Carta EF/92.2310 N.° 0269-2011, de fecha 20 de octubre de 2011, fue despedido y que por ello inició un proceso de nulidad de despido con fecha 24 de noviembre de 2011, Expediente N.° 05743-2011-0-0401-JR-LA-01 (f. 230 a 241 del cuaderno de este Tribunal). En consecuencia, no se configura el supuesto previsto en el inciso 3) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, por cuanto el presente proceso fue interpuesto previamente al proceso de nulidad de despido, esto es el 29 de diciembre de 2010, en el cual el demandante ya denunciaba la amenaza de despido de la que podría ser víctima.

**3. Sobre la afectación del derecho al trabajo**

**3.1. Argumentos del demandante**

El actor inicialmente afirma en su demanda que la entidad demandada ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo, debido a que pretendía su traslado sin tener en consideración que su reincorporación (de acuerdo con la Ley N.° 27803) corresponde en el mismo puesto que venía trabajando, esto es, en la sucursal A de la ciudad de Arequipa y no en la agencia C de Salvación, dependencia de la sucursal B Cusco. Refiere que su traslado conllevaría que su familia (hijos y esposa), así como sus dos hermanos discapacitados de los cuales es curador por mandato judicial, se queden en total abandono.

Posteriormente denuncia que fue despedido por supuesta falta grave, esto es haber incurrido en inasistencias injustificadas a su centro de trabajo en Cusco por más de tres días consecutivos, aun cuando la demandada había permitido la suspensión perfecta de sus labores sin goce de haber desde el 1 de diciembre de 2010 hasta el 26 de octubre de 2011, por lo que no puede imputarle recién luego de 9 meses la inasistencia a su puesto de trabajo.

**3.2. Consideraciones del Tribunal Constitucional**

3.2.1. El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22° de la Constitución. Al respecto, este Colegiado, estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. En el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.

Previamente, para comprender la real dimensión de la controversia, este Tribunal considera relevante enunciar sucintamente

los hechos que se han presentado en el presente proceso, así como de aquellos otros que fluyen del expediente que obra en autos, y que son los siguientes:

a) El demandante fue incluido en la Resolución Suprema N.° 028-2009-TR, de fecha 4 de agosto de 2009, "Lista de ex Trabajadores que deben ser inscritos en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente"(f. 71 del cuaderno del Tribunal).

b) Con fecha 11 de agosto de 2009, mediante el formato de "Elección de Reincorporación o Reubicación Laboral" (Anexo 3), el actor presentó ante la Gerencia Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de Arequipa su solicitud, postulando a la plaza de recibidor pagador en el Banco de la Nación sucursal Arequipa (f. 73).

c) Con fecha 2 de febrero de 2010, el Banco de la Nación, mediante carta EF/92.2331 N.° 055-2010, comunica al demandante su reincorporación o reubicación laboral directa en el cargo de recibidor pagador en la agencia "C Salvación sucursal B Cusco, División Soporte Regional VIII Cusco, Departamento Red de Agencias", a partir de la fecha precitada (f. 75 del cuaderno del Tribunal).

d) Con fechas 24 de febrero, 22 de marzo, 20 de mayo y 1 de septiembre de 2010 (196 a 202 del cuaderno de este Tribunal), el demandante solicitó que se reconsidere su traslado al Cusco, por cuanto precisa que además de su familia (esposa e hijos), tiene bajo su cuidado, en calidad de curador dispuesto por resolución judicial, a sus dos hermanos declarados incapaces absolutos, solicitudes que no fueron aceptadas.

e) Con fecha 25 de marzo de 2010, el demandante interpone medida cautelar fuera de proceso, ante el Segundo Juzgado Especializado Laboral de Arequipa, Expediente N.° 1573-2010-50-0401-JR-LA-02, a efectos de que cesen los actos de hostilidad, se evite que tenga que constituirse de forma inmediata a la agencia de Cusco y que se lo reincorpore en el Banco de la Nación Sucursal Arequipa, lugar donde sostiene que siempre ha laborado (f. 24 del cuaderno del Tribunal).

f) Posteriormente, con fecha 30 de marzo de 2010, la entidad demandada le remite al demandante la Carta EF/92.3500 N.° 1083-2010, a través de la cual le comunica que ha sido reincorporado para desempeñar el cargo de recibidor pagador, pero que en la sucursal de Arequipa no existe plaza presupuestada ni vacante, razón por la cual y teniendo en consideración la necesidad de personal en la agencia de Andahuaylas, se ha decidido desplazarlo provisionalmente a la mencionada agencia (f. 78 del cuaderno del Tribunal).

g) Mediante resolución N.° 02-2010, de fecha 8 de abril de 2010, se resuelve admitir a trámite la solicitud cautelar disponiendo que el Banco de la Nación cumpla con reincorporar al actor en su puesto de trabajo y en el mismo cargo de recibidor pagador antes desempeñado, en la oficina del Banco de la Nación, sucursal Arequipa (f. 36 del cuaderno del Tribunal).

h) Con memorándum EF/92.2331 N.° 548-2010, de fecha 16 de abril de 2010, el Jefe de la Sección Selección Evaluación y Proyección de Personal, solicita al Jefe de la Sección de Registro de Personal que se sirva disponer que se efectúe la respectiva modificación en el Sistema Integral de Personal y HR- ORACLE de la demandada, a efectos de que se cumpla con la reincorporación del demandante (f. 59 del cuaderno del Tribunal).

i) Con fecha 20 de abril de 2010, el recurrente interpone demanda de cese de actos de hostilidad en contra del Banco de la Nación, Expediente N.° 1573-2010 (f. 92 del cuaderno del Tribunal), proceso que conforme se desprende de la sentencia de vista, de fecha 13 de agosto de 2012 expedida por la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, a la fecha se encuentra en giro (f. 179 a 183 del cuaderno de este Colegiado).

j) Con fecha 3 de mayo de 2010, el Banco de la Nación cumple con comunicar al juzgado que se ha hecho efectivo el mandato judicial (f. 61 del Cuaderno del Tribunal), reincorporando al demandante.

k) Con fecha 19 de mayo de 2010, la demandada le remite al actor la carta EF/92.0101 N.° 1794-2010, mediante la cual le informa que deberá ponerse a disposición de la División

de Soporte Regional Cusco, mientras dure el proceso de apertura de la Agencia C Salvación en Cusco, bajo responsabilidad (f. 135 del cuaderno del Tribunal), aun cuando se encontraba vigente la medida cautelar.

l) Mediante Auto de Vista N.° 1246-2010-SL, de fecha 5 de agosto de 2010, la Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, deja sin efecto la medida cautelar de innovar dictada a favor del demandante (f. 63 a 65 del cuaderno del Tribunal).

m) Finalmente con fecha 24 de noviembre de 2010, a través del Memorándum EF/92.2331 N.° 1684-2010, se comunica al demandante que debido a la cancelación de la medida cautelar que ordenaba su reincorporación a la sucursal de Arequipa, deberá apersonarse a la Agencia B Sicuani – División Soporte Regional VIII, Cusco, en el término de la distancia (f. 195 del cuaderno del Tribunal).

n) Con fecha 1 de diciembre de 2010, el demandante es impedido de ingresar a su centro de trabajo (sucursal de Arequipa), conforme se corrobora con la constatación policial (f. 13).

o) Con fecha 29 de septiembre de 2011, la emplazada le cursa al demandante la carta EF/92.2310 N.° 242-2011, mediante la cual le comunica que "se ha tomado conocimiento de las inasistencias injustificadas en las que usted viene incurriendo desde el día 10 de agosto del presente año", por lo que se le solicita que en el plazo de 6 días naturales presente sus descargos. Posteriormente el demandante, con fecha 10 de octubre de 2011, presenta sus descargos, siendo despedido con fecha 26 de octubre de 2011, mediante Carta EF/92.2310 N.° 0269-2011 por haber incurrido en la falta grave prevista en el inciso h) del artículo 25° del Decreto Supremo N.° 003-97-TR, referido al abandono de trabajo por más de tres días consecutivos (f. 223 a 228 del cuaderno del Tribunal), motivo por el cual decidió iniciar un proceso de nulidad de despido, con fecha 24 de noviembre de 2011, expediente N.° 05743-2011-0-0401-JR-LA-01 (f. 230 a 241 del cuaderno del Tribunal).

3.2.2 Habiéndose precisado los hechos que se han presentado en el presente proceso, corresponde analizar la solicitud de reincorporación requerida por el demandante en el Banco de la Nación sucursal de Arequipa. Conforme ya se ha detallado en el fundamento *3.2.1 literal e) supra,* el demandante interpuso medida cautelar fuera de proceso, ordenándose en primera instancia que el Banco de la Nación cumpla con reincorporar al actor en su puesto de trabajo y en el mismo cargo de recibidor pagador antes desempeñado, esto es en la oficina del Banco de la Nación, sucursal Arequipa, habiendo laborado el demandante en dicha plaza, tal como se corrobora de las boletas de pago obrantes a fojas 6 y 7 de autos, por 8 meses aproximadamente. Además con el Memorándum EF/92.2331 N.° 548-2010, de fecha 16 de abril de 2010, el Jefe de la Sección Selección Evaluación y Proyección de Personal (f. 59 del cuaderno de este Colegiado) solicita a la Jefe de la Sección de Registro de Personal se sirva disponer que se efectúe la respectiva modificación en el Sistema Integral de Personal y HR- ORACLE para la reincorporación del demandante, por lo que al haberse habilitado una plaza en la sucursal de Arequipa, de autos se desprende que la plaza que el demandante reclama se encuentra presupuestada y vacante.

3.2.3 De lo expuesto anteriormente se advierte que el fundamento por el cual la emplazada pretendía trasladar al demandante a un lugar distinto al de su domicilio había desaparecido toda vez que existía una plaza presupuestada en Arequipa desde mayo de 2010, por lo que sumándose a ello el argumento expuesto por el demandante a través de sus recursos de reconsideración presentados con fechas 24 de febrero, 22 de marzo, 20 de mayo y 1 de septiembre de 2010 (196 a 202 del cuaderno de este Tribunal) ante la demandada y a lo largo del presente proceso, de que no podía abandonar a su familia, por el estado en el que se encontraban sus dos hermanos (incapaces absolutos), era suficiente para que se reconsidere su traslado a un lugar distinto en el cual residía, por cuanto está comprobado en autos que el demandante, conforme a la constatación domiciliaria de fojas 19 de autos, vive con su esposa, sus dos hijos y dos hermanos, los que adolecen de incapacidad absoluta, habiéndose nombrado al demandante como su curador, conforme se advierte de la sentencia N.° 007-2007-CI-1JM-MBJP, de fecha 30 de enero de 2007, expedida por el Primer Juzgado Mixto del Modulo Básico de Justicia de Paucarpata, así como de las Resoluciones Ejecutivas N.°s 6474-2004-SE/REG-CONADIS y 02815-2006-SE/REG-CONADIS, de fechas 15 de octubre de 2004 y 6 de marzo de 2006, respectivamente, a través de las cuales se

resuelve incorporarlos al Registro Nacional de la Persona con Discapacidad del Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS) (f. 79 a 85 del cuaderno de este Tribunal) y del Oficio N.° 142-2010-CONADIS/Arequipa, de fecha 26 de octubre de 2010, remitido por la Coordinadora del CONADIS de Arequipa, al Gerente General del Banco de la Nación, en el cual se sugiere que no se aplique el traslado del demandante, porque este debe *"cumplir con un mandato Judicial o Sentencia firme, en la que lo han nombrado oficialmente como Curador Judicial de sus dos (2) hermanos"*(f. 244 del Cuaderno del Tribunal).

3.2.4 Asimismo, es preciso resaltar la conducta de la demandada, por cuanto de la descripción de los hechos en el fundamento *3.2.1, supra,* se advierte que al demandante se le comunica en varias oportunidades que se traslade a otras ciudades como Cusco y Andahuaylas, estando incluso vigente la medida cautelar, tal como se desprende de la carta EF/92.0101 N.° 1794-2010, de fecha 19 de mayo de 2010, mediante la cual se le informa que deberá ponerse a disposición de la División de Soporte Regional Cusco, mientras dure el proceso de apertura de la Agencia C Salvación en Cusco, bajo responsabilidad (f. 135 del cuaderno del Tribunal), por cuanto el auto de vista que dejó sin efecto la medida cautelar de innovar dictada a favor del demandante es del 5 de agosto de 2010.

3.2.5 Por otro lado, el demandante ha precisado en su escrito de fecha 4 de octubre de 2012 (187 del cuaderno de este Tribunal), que con fecha 26 de octubre de 2011 fue despedido por la supuesta falta grave prevista en el inciso h) del artículo 25° del Decreto Supremo N.° 003-97-TR, esto es por inasistencias injustificadas por más de tres días consecutivos desde el 10 de agosto de 2011. Sin embargo, se debe precisar que tal como se advierte de la constatación policial, obrante a fojas 13 de autos, la demandada se opuso a que el demandante ingrese a laborar a la sucursal de Arequipa el 1 de diciembre de 2010, pero recién con fecha 29 de septiembre de 2011, mediante carta EF/92.2310 N.° 242-2011 (f. 223 del cuaderno del Tribunal), le inició un proceso de despido por inasistencia, por lo que sobre la base de los hechos descritos, este Tribunal concluye que el demandante ha sido objeto de un despido lesivo de su derecho al trabajo, por cuanto habiendo convalidado la demandada sus inasistencias desde el 1 de diciembre de 2010 hasta el 26 de octubre de 2011, no puede imputarle, recién luego de 9 meses, la inasistencia a su puesto de trabajo. Asimismo, obviamente el actor no podía trasladarse a otra localidad, abandonando los deberes asumidos para con sus hermanos discapacitados, ello pese a haberse acreditado la existencia de plaza vacante en Arequipa.

**4. Sobre la afectación del derecho a la unidad familiar**

**4.1. Argumentos del demandante**

El demandante afirma que la entidad demandada ha vulnerado su derecho constitucional a la unidad familiar, debido a que se pretende su traslado sin tener en consideración que tiene una familia que depende de él (hijos y esposa), así como sus dos hermanos discapacitados de los cuales es curador por disposición judicial.

**4.2. Consideraciones**

4.2.1. En el artículo 4 de la Constitución de 1993 se dispone de manera expresa la protección a la familia, asimismo en su artículo 7°, sobre la protección del discapacitado, se consagra entre otros derechos la protección del medio familiar, de conformidad con el artículo 18° del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o "Protocolo de San Salvador", sobre protección de los minusválidos.

4.2.2. Por ello, este Colegiado considera que el recurrente, en su calidad de curador de sus dos hermanos que adolecen de incapacidad absoluta, acreditada según Resoluciones Ejecutivas N.°s 6474-2004-SE/REG-CONADIS y 02815-2006-SE/REG-CONADIS (f. 79 y 80 del cuaderno de este Tribunal), tiene derecho a una protección especial por parte del Estado, a tenor de los artículos 7° de la Constitución, y de conformidad con el artículo 18° del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o "Protocolo de San Salvador", sobre protección de los minusválidos, pues toda persona afectada por una disminución en sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad y ser protegido especialmente por el Estado; con el respeto a su dignidad personal.

4.2.3. A su vez, el artículo 576° del Código Civil establece que ***"El curador protege***

***al incapaz, provee en lo posible a su restablecimiento*** *y, en caso necesario, a su colocación en un establecimiento adecuado; y lo representa o lo asiste, según el grado de la incapacidad, en sus negocios"* (resaltado nuestro).

4.2.4. En conclusión, el traslado del demandante a un lugar distinto al de su residencia afectaría de forma directa a sus dos hermanos discapacitados, los cuales, tal como ya se precisó, son sujetos de especial protección constitucional (artículo 7 de la Constitución), por cuanto esto implicaría alejarlos de su lugar habitual, o en el caso que el demandante opte por dejarlos en la ciudad de Arequipa, esto conllevaría que el demandante no cumpla con las obligaciones contempladas en el artículo 576 del Código Civil, el cual precisa las obligaciones del curador, no teniendo en cuenta la entidad emplazada que estos gozan de una protección especial ante medidas de esa naturaleza.

Asimismo, supondría alejarlos del único sostén con el que cuentan y afectar la unidad familiar, la cual constituye una garantía para el desarrollo de una persona discapacitada.

4.2.5. En consecuencia, en el presente caso se encuentra probada la vulneración del derecho a la unidad familiar, pues la entidad demandada despidió al demandante pese a que ya contaba con una plaza vacante y presupuestada conforme se ha precisado en el *fundamento 3.2.2 supra* y asimismo porque era de su conocimiento que dos de los hermanos del demandante eran incapaces absolutos (tal como lo puso en conocimiento de su empleadora en reiteradas oportunidades a través de sus recursos de reconsideración fundamento *3.2.1 d)*, por lo que el traslado del demandante implicaría la vulneración del derecho de estos a mantener la unidad familiar, afectando con ello directamente a sus dos hermanos mayores que adolecen de incapacidad absoluta.

4.2.6. Siendo así, en atención a la naturaleza restitutoria del proceso de amparo, debe estimarse la demanda de amparo, declararse la nulidad del despido y ordenarse la reposición del actor en el cargo que tenía antes del cese, pues ha sido despedido sin tenerse en cuenta que tal hecho afecta de forma directa a sus dos hermanos con discapacidad absoluta.

4.2.7. Por lo expuesto, este Tribunal declara que en el presente caso se ha configurado un despido incausado, vulneratorio de los derechos al trabajo y a la unidad familiar del actor, reconocidos en el artículo 4°, 7° y 22° de la Constitución.

**5. Efectos de la sentencia**

5.1. Teniendo presente que existen reiterados casos en los que se estima la demanda de amparo por haberse comprobado un despido arbitrario, el Tribunal estima pertinente señalar que cuando se interponga y admita una demanda de amparo contra una entidad del Estado que tenga por finalidad la reposición del demandante, ello debe registrarse como una posible contingencia económica que ha de preverse en el presupuesto, con la finalidad de que la plaza que ocupaba se mantenga presupuestada para, de ser el caso, poder actuar o ejecutar en forma inmediata la sentencia estimativa.

En estos casos, la Administración Pública, para justificar el mantenimiento de la plaza presupuestada, tendrá presente que el artículo 7° del Código Procesal Constitucional dispone que "El Procurador Público, antes de que el proceso sea resuelto en primer grado, está facultado para poner en conocimiento del titular de la entidad su opinión profesional motivada cuando considere que se afecta el derecho constitucional invocado".

Con la opinión del Procurador Público puede evitarse y preverse gastos fiscales, ya que la Administración Pública puede allanarse a la demanda (si es que la pretensión según la jurisprudencia y los precedentes del Tribunal Constitucional es estimable) o proseguir con el proceso.

5.2. En la medida en que en este caso se ha acreditado que el demandado ha vulnerado el derecho constitucional al trabajo y a la unidad familiar, corresponde ordenar la reposición del demandante como trabajador a plazo indeterminado en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar categoría o nivel en la sucursal de Arequipa, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución imponga las medidas coercitivas previstas en los artículos 22° y 59° del Código Procesal Constitucional.

5.3. Asimismo, de conformidad con el artículo 56° del Código Procesal Constitucional, la entidad emplazada debe asumir los costos procesales, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA** la demanda en lo que respecta a la afectación de los derechos al trabajo y a la unidad de la familia; en consecuencia, **NULO** el despido del demandante.
2. **ORDENAR** que el Banco de la Nación reponga a don Felipe Humberto Aguirre Frisancho en el cargo que venía desempeñando en la sucursal del Banco de la Nación de Arequipa, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22.° y 59.° del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos procesales.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**URVIOLA HANI**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.° 02904-2011-PA/TC
AREQUIPA
FELIPE HUMBERTO AGUIRRE FRISANCHO EN DERECHO PROPIO Y COMO CURADOR DE LUIS HUMBERTO Y JUAN CARLOS AGUIRRE FRISANCHO

**VOTO DE LOS MAGISTRADOS URVIOLA HANI Y ETO CRUZ**

Visto el recurso de agravio constitucional interpuesto por don Felipe Humberto Aguirre Frisancho en derecho propio y como curador de Luis Humberto y Juan Carlos Aguirre Frisancho, contra la resolución expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fojas 86, su fecha 18 de mayo de 2011, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos, los magistrados firmantes emiten el siguiente voto:

**ANTECEDENTES**

Con fecha 29 de diciembre de 2010, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Banco de la Nación -Sucursal Arequipa- y contra don Dante Castañeda Moya, Sub Gerente Jefe de la Administración de Personal del Banco de la Nación, solicitando que se deje sin efecto la disposición de trasladarlo a laborar a la ciudad de Sicuani – Cusco, se respete su derecho de seguir laborando en la sucursal del Banco de la Nación de Arequipa, se dejen sin efecto las cartas y memorándums que dispongan su traslado a otras regiones del país, y que, por consiguiente, se lo reponga en su centro de trabajo en la sucursal de Arequipa. Refiere que mediante disposición judicial fue nombrado curador de sus dos hermanos discapacitados, por lo que su traslado a otra unidad conllevaría que ambos se queden en total abandono. Alega la vulneración de sus derechos al trabajo, a la vida, a la protección de la familia y a la dignidad.

El Décimo Juzgado Especializado en lo Civil de Arequipa, con fecha 11 de enero de 2011, declaró improcedente *in límine* la demanda, por considerar que el cese de actos de hostilidad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley N.° 29497 es de competencia de los juzgados especializados de trabajo y además porque del sistema informático del Poder Judicial se desprende que el demandante viene siguiendo un proceso similar por cese de actos de hostilidad ante el Juzgado de Trabajo Liquidador, Expediente N.° 1563-2010, por lo que, en aplicación de los incisos 2) y 3) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, el Juzgado es incompetente por razón de la materia.

La Sala Superior competente confirmó la improcedencia de la demanda, por estimar que no se ha acreditado que la amenaza del derecho a la vida, a la integridad física y sicológica del actor, sea cierta e inminente.

Con fecha 8 de junio de 2011, el demandante interpone recurso de agravio constitucional contra la sentencia de vista, precisando que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Agrega que en la sentencia de vista no se ha tenido en cuenta que se encuentra acreditado en autos que tiene dos hermanos con incapacidad absoluta de los cuales es curador por disposición judicial, los mismos que dependen de él, y que pese a ello la entidad emplazada sigue pretendiendo su traslado a un lugar distinto al de la ciudad de Arequipa, lugar donde reside.

**FUNDAMENTOS**

**1. Delimitación del petitorio**

La presente demanda inicialmente se trataba de un reclamo laboral de un trabajador que denunciaba que la entidad demandada pretendía trasladarlo a un lugar distinto de aquel en el que presta habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio; esto es, versaba sobre una reclamación respecto de un acto que pudiera ser catalogado como uno de hostilidad; sin embargo a la fecha el actor pretende que se ordene su reposición en el cargo de recibidor pagador en la sucursal de Arequipa, por haber sido objeto de un despido arbitrario.

Por ello la dilucidación de la presente controversia parte por determinar, en primer lugar, si resulta procedente el traslado del demandante a un lugar distinto al de su domicilio pese a haber sido designado mediante resolución judicial curador de

sus dos hermanos que adolecen de incapacidad absoluta. Asimismo, deberá determinarse si después de haber estado sin laborar por varios meses y haber sido impedido de ingresar a su centro de trabajo en la ciudad de Arequipa (con fecha 1 de diciembre de 2010), procedía el despido del demandante por la supuesta falta grave consistente en haber incurrido en inasistencias injustificadas a su centro de trabajo en Cusco por más de tres días consecutivos.

**2. Consideraciones previas**

2.1.1 Antes de ingresar a evaluar el fondo de la controversia constitucional, es preciso examinar el rechazo *in límine* dictado por las instancias precedentes, pues tanto en primera como en segunda instancia la demanda fue rechazada liminarmente, bajo el argumento de que, existiendo vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para ventilar la pretensión, debe recurrirse a la vía ordinaria.

2.1.2 Sobre el particular, debe recordarse que en los fundamentos 7 a 20 de la STC N° 00206-2005-PA/TC- que constituyen precedente vinculante de conformidad con lo dispuesto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, resulta procedente efectuar la verificación del despido sufrido por el recurrente, porque se trataría de la existencia de un despido arbitrario, habida cuenta que, según refiere el actor, se le atribuye el haber abandonado el trabajo por más de tres días consecutivos. Es necesario precisar que en el presente proceso el demandante no sólo demandó el cese de actos de hostilidad sino también la existencia de una amenaza de violación de su derecho constitucional al trabajo, así como el perjuicio que se ocasionaría con su traslado a dos de sus hermanos declarados incapaces absolutos de quienes por resolución judicial ha sido declarado curador, lo que afectaría la protección de la familia, la unidad familiar y la amenaza a la integridad de los citados hermanos, hechos que han sido inadvertidos por el *a quo* al momento de calificar la demanda. Así como tampoco el hecho de que, conforme al fundamento 620 de la citada sentencia, es procedente la vía del amparo cuando se acredite la necesidad de tutela urgente.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el artículo 7° de la Constitución garantiza una protección especial de parte del Estado respecto al discapacitado. Mientras que el artículo 18° del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o "Protocolo de San Salvador", sobre protección de los minusválidos, establece que toda persona afectada por una disminución en sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad.

2.1.3 Atendiendo a lo señalado en el fundamento anterior, consideramos que las instancias inferiores han incurrido en un error al momento de calificar la demanda, por lo que debería revocarse el auto de rechazo liminar y ordenarse que se admita a trámite la demanda, pues en el caso de autos la controversia se centra en determinar si se ha vulnerado el derecho al trabajo, a la protección de la familia y a la amenaza del derecho a la integridad de las personas declaradas discapacitadas alegado por el demandante.

No obstante ello, y en atención a los principios de celeridad y economía procesal, estimamos pertinente no hacer uso de la mencionada facultad, toda vez que en autos aparecen elementos de prueba suficientes que posibilitan un pronunciamiento de fondo, más aún si la entidad emplazada ha sido notificada del concesorio del recurso de apelación y se ha apersonado al presente proceso (f. 42 y 77), lo que implica que su derecho de defensa está garantizado.

2.1.4 Asimismo resulta pertinente precisar que si bien el actor ha alegado la vulneración de varios derechos constitucionales, a criterio de este Tribunal sólo resultan pertinentes para dirimir la *litis*, y por lo tanto serán materia de análisis, los derechos al trabajo, a la unidad familiar y a la amenaza a la integridad de los hermanos declarados incapaces.

2.1.5 De otro lado debe señalarse que mediante resolución de fecha 11 de septiembre de 2012, el Tribunal Constitucional solicitó al demandante informe respecto a su situación laboral actual con la emplazada. Es así que mediante escrito de fecha 27 de septiembre de 2012 (f. 187 a 316 del cuaderno del Tribunal) el demandante cumplió con informar que con Carta EF/92.2310 N.° 0269-2011, de fecha 20 de octubre de 2011, fue despedido y que por ello inició un proceso de nulidad de despido con fecha 24 de noviembre de 2011, Expediente N.° 05743-2011-0-0401-JR-LA-01 (f. 230 a 241 del cuaderno de este Tribunal). En consecuencia, consideramos que no se configura el supuesto previsto en el inciso 3) del artículo 5° del Código Procesal

Constitucional, por cuanto el presente proceso fue interpuesto previamente al proceso de nulidad de despido, esto es el 29 de diciembre de 2010, en el cual el demandante ya denunciaba la amenaza de despido de la que podría ser víctima.

**3. Sobre la afectación del derecho al trabajo**

**3.1. Argumentos del demandante**

El actor inicialmente afirma en su demanda que la entidad demandada ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo, debido a que pretendía su traslado sin tener en consideración que su reincorporación (de acuerdo con la Ley N.° 27803) corresponde en el mismo puesto que venía trabajando, esto es, en la sucursal A de la ciudad de Arequipa y no en la agencia C de Salvación, dependencia de la sucursal B Cusco. Refiere que su traslado conllevaría que su familia (hijos y esposa), así como sus dos hermanos discapacitados de los cuales es curador por mandato judicial, se queden en total abandono.

Posteriormente denuncia que fue despedido por supuesta falta grave, esto es haber incurrido en inasistencias injustificadas a su centro de trabajo en Cusco por más de tres días consecutivos, aun cuando la demandada había permitido la suspensión perfecta de sus labores sin goce de haber desde el 1 de diciembre de 2010 hasta el 26 de octubre de 2011, por lo que no puede imputarle recién luego de 9 meses la inasistencia a su puesto de trabajo.

**3.2. Consideraciones**

3.2.1. El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22° de la Constitución. Al respecto, estimamos que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. En el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.

Previamente, para comprender la real dimensión de la controversia, consideramos relevante enunciar sucintamente los hechos que se han presentado en el presente proceso, así como de aquellos otros que fluyen del expediente que obra en autos, y que son los siguientes:

a) El demandante fue incluido en la Resolución Suprema N.° 028-2009-TR, de fecha 4 de agosto de 2009, "Lista de ex Trabajadores que deben ser inscritos en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente"(f. 71 del cuaderno del Tribunal).

b) Con fecha 11 de agosto de 2009, mediante el formato de "Elección de Reincorporación o Reubicación Laboral" (Anexo 3), el actor presentó ante la Gerencia Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de Arequipa su solicitud, postulando a la plaza de recibidor pagador en el Banco de la Nación sucursal Arequipa (f. 73).

c) Con fecha 2 de febrero de 2010, el Banco de la Nación, mediante carta EF/92.2331 N.° 055-2010, comunica al demandante su reincorporación o reubicación laboral directa en el cargo de recibidor pagador en la agencia "C Salvación sucursal B Cusco, División Soporte Regional VIII Cusco, Departamento Red de Agencias", a partir de la fecha precitada (f. 75 del cuaderno del Tribunal).

d) Con fechas 24 de febrero, 22 de marzo, 20 de mayo y 1 de septiembre de 2010 (196 a 202 del cuaderno de este Tribunal), el demandante solicitó que se reconsidere su traslado al Cusco, por cuanto precisa que además de su familia (esposa e hijos), tiene bajo su cuidado, en calidad de curador dispuesto por resolución judicial, a sus dos hermanos declarados incapaces absolutos, solicitudes que no fueron aceptadas.

e) Con fecha 25 de marzo de 2010, el demandante interpone medida cautelar fuera de proceso, ante el Segundo Juzgado Especializado Laboral de Arequipa, Expediente N.° 1573-2010-50-0401-JR-LA-02, a efectos de que cesen los actos de hostilidad, se evite que tenga que constituirse de forma inmediata a la agencia de Cusco y que se lo reincorpore en el Banco de la Nación Sucursal Arequipa, lugar donde sostiene que siempre ha laborado (f. 24 del cuaderno del Tribunal).

f) Posteriormente, con fecha 30 de marzo de 2010, la entidad demandada le remite al demandante la Carta EF/92.3500 N.° 1083-2010, a través de la cual le comunica que ha sido reincorporado para desempeñar el cargo de recibidor pagador, pero que en la sucursal de Arequipa no existe plaza presupuestada ni vacante, razón por la cual y teniendo en consideración la necesidad de personal en la agencia de

Andahuaylas, se ha decidido desplazarlo provisionalmente a la mencionada agencia (f. 78 del cuaderno del Tribunal).

g) Mediante resolución N.° 02-2010, de fecha 8 de abril de 2010, se resuelve admitir a trámite la solicitud cautelar disponiendo que el Banco de la Nación cumpla con reincorporar al actor en su puesto de trabajo y en el mismo cargo de recibidor pagador antes desempeñado, en la oficina del Banco de la Nación, sucursal Arequipa (f. 36 del cuaderno del Tribunal).

h) Con memorándum EF/92.2331 N.° 548-2010, de fecha 16 de abril de 2010, el Jefe de la Sección Selección Evaluación y Proyección de Personal, solicita al Jefe de la Sección de Registro de Personal que se sirva disponer que se efectúe la respectiva modificación en el Sistema Integral de Personal y HR- ORACLE de la demandada, a efectos de que se cumpla con la reincorporación del demandante (f. 59 del cuaderno del Tribunal).

i) Con fecha 20 de abril de 2010, el recurrente interpone demanda de cese de actos de hostilidad en contra del Banco de la Nación, Expediente N.° 1573-2010 (f. 92 del cuaderno del Tribunal), proceso que conforme se desprende de la sentencia de vista, de fecha 13 de agosto de 2012 expedida por la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, a la fecha se encuentra en giro (f. 179 a 183 del cuaderno de este Colegiado).

j) Con fecha 3 de mayo de 2010, el Banco de la Nación cumple con comunicar al juzgado que se ha hecho efectivo el mandato judicial (f. 61 del Cuaderno del Tribunal), reincorporando al demandante.

k) Con fecha 19 de mayo de 2010, la demandada le remite al actor la carta EF/92.0101 N.° 1794-2010, mediante la cual le informa que deberá ponerse a disposición de la División de Soporte Regional Cusco, mientras dure el proceso de apertura de la Agencia C Salvación en Cusco, bajo responsabilidad (f. 135 del cuaderno del Tribunal), aun cuando se encontraba vigente la medida cautelar.

l) Mediante Auto de Vista N.° 1246-2010-SL, de fecha 5 de agosto de 2010, la Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, deja sin efecto la medida cautelar de innovar dictada a favor del demandante (f. 63 a 65 del cuaderno del Tribunal).

m) Finalmente con fecha 24 de noviembre de 2010, a través del Memorándum EF/92.2331 N.° 1684-2010, se comunica al demandante que debido a la cancelación de la medida cautelar que ordenaba su reincorporación a la sucursal de Arequipa, deberá apersonarse a la Agencia B Sicuani – División Soporte Regional VIII, Cusco, en el término de la distancia (f. 195 del cuaderno del Tribunal).

n) Con fecha 1 de diciembre de 2010, el demandante es impedido de ingresar a su centro de trabajo (sucursal de Arequipa), conforme se corrobora con la constatación policial (f. 13).

o) Con fecha 29 de septiembre de 2011, la emplazada le cursa al demandante la carta EF/92.2310 N.° 242-2011, mediante la cual le comunica que "se ha tomado conocimiento de las inasistencias injustificadas en las que usted viene incurriendo desde el día 10 de agosto del presente año", por lo que se le solicita que en el plazo de 6 días naturales presente sus descargos. Posteriormente el demandante, con fecha 10 de octubre de 2011, presenta sus descargos, siendo despedido con fecha 26 de octubre de 2011, mediante Carta EF/92.2310 N.° 0269-2011 por haber incurrido en la falta grave prevista en el inciso h) del artículo 25° del Decreto Supremo N.° 003-97-TR, referido al abandono de trabajo por más de tres días consecutivos (f. 223 a 228 del cuaderno del Tribunal), motivo por el cual decidió iniciar un proceso de nulidad de despido, con fecha 24 de noviembre de 2011, expediente N.° 05743-2011-0-0401-JR-LA-01 (f. 230 a 241 del cuaderno del Tribunal).

2.1.2 Habiéndose precisado los hechos que se han presentado en el presente proceso, corresponde analizar la solicitud de reincorporación requerida por el demandante en el Banco de la Nación sucursal de Arequipa. Conforme ya se ha precisado en el fundamento *3.2.1 literal e) supra,* el demandante interpuso medida cautelar fuera de proceso, ordenándose en primera instancia que el Banco de la Nación cumpla con reincorporar al actor en su puesto de trabajo y en el mismo cargo de recibidor pagador antes desempeñado, esto es en la oficina del Banco de la Nación, sucursal Arequipa, habiendo laborado el demandante en dicha plaza, tal como se corrobora de las boletas de pago obrantes a fojas 6 y 7 de autos, por 8 meses aproximadamente. Además con el Memorándum EF/92.2331 N.° 548-2010, de fecha 16 de abril de 2010,

el Jefe de la Sección Selección Evaluación y Proyección de Personal (f. 59 del cuaderno de este Colegiado) solicita a la Jefe de la Sección de Registro de Personal se sirva disponer que se efectúe la respectiva modificación en el Sistema Integral de Personal y HR- ORACLE para la reincorporación del demandante, por lo que al haberse habilitado una plaza en la sucursal de Arequipa, de autos se desprende que la plaza que el demandante reclama se encuentra presupuestada y vacante.

2.1.3 De lo expuesto anteriormente se advierte que el fundamento por el cual la emplazada pretendía trasladar al demandante a un lugar distinto al de su domicilio había desaparecido toda vez que existía una plaza presupuestada en Arequipa desde mayo de 2010, por lo que sumándose a ello el argumento expuesto por el demandante a través de sus recursos de reconsideración presentados con fechas 24 de febrero, 22 de marzo, 20 de mayo y 1 de septiembre de 2010 (196 a 202 del cuaderno de este Tribunal) ante la demandada y a lo largo del presente proceso, de que no podía abandonar a su familia, por el estado en el que se encontraban sus dos hermanos (incapaces absolutos), era suficiente para que se reconsidere su traslado a un lugar distinto en el cual residía, por cuanto está comprobado en autos que el demandante, conforme a la constatación domiciliaria de fojas 19 de autos, vive con su esposa, sus dos hijos y dos hermanos, los que adolecen de incapacidad absoluta, habiéndose nombrado al demandante como su curador, conforme se advierte de la sentencia N.° 007-2007-CI-1JM-MBJP, de fecha 30 de enero de 2007, expedida por el Primer Juzgado Mixto del Modulo Básico de Justicia de Paucarpata, así como de las Resoluciones Ejecutivas N.°s 6474-2004-SE/REG-CONADIS y 02815-2006-SE/REG-CONADIS, de fechas 15 de octubre de 2004 y 6 de marzo de 2006, respectivamente, a través de las cuales se resuelve incorporarlos al Registro Nacional de la Persona con Discapacidad del Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS) (f. 79 a 85 del cuaderno de este Tribunal) y del Oficio N.° 142-2010-CONADIS/Arequipa, de fecha 26 de octubre de 2010, remitido por la Coordinadora del CONADIS de Arequipa, al Gerente General del Banco de la Nación, en el cual se sugiere que no se aplique el traslado del demandante, porque este debe *"cumplir con un mandato Judicial o Sentencia firme, en la que lo han nombrado oficialmente como Curador Judicial de sus dos (2) hermanos"*(f. 244 del Cuaderno del Tribunal).

2.1.4 Asimismo es preciso resaltar la conducta de la demandada, por cuanto de la descripción de los hechos en el fundamento *3.2.1, supra,* se advierte que al demandante se le comunica en varias oportunidades que se traslade a otras ciudades como Cusco y Andahuaylas, estando incluso vigente la medida cautelar, tal como se desprende de la carta EF/92.0101 N.° 1794-2010, de fecha 19 de mayo de 2010, mediante la cual se le informa que deberá ponerse a disposición de la División de Soporte Regional Cusco, mientras dure el proceso de apertura de la Agencia C Salvación en Cusco, bajo responsabilidad (f. 135 del cuaderno del Tribunal), por cuanto el auto de vista que dejó sin efecto la medida cautelar de innovar dictada a favor del demandante es del 5 de agosto de 2010.

2.1.5 Por otro lado el demandante ha precisado en su escrito de fecha 4 de octubre de 2012 (187 del cuaderno de este Tribunal), que con fecha 26 de octubre de 2011 fue despedido por la supuesta falta grave prevista en el inciso h) del artículo 25° del Decreto Supremo N.° 003-97-TR, esto es por inasistencias injustificadas por más de tres días consecutivos desde el 10 de agosto de 2011. Sin embargo, se debe precisar que tal como se advierte de la constatación policial, obrante a fojas 13 de autos, la demandada se opuso a que el demandante ingrese a laborar a la sucursal de Arequipa el 1 de diciembre de 2010, pero recién con fecha 29 de septiembre de 2011, mediante carta EF/92.2310 N.° 242-2011 (f. 223 del cuaderno del Tribunal), le inició un proceso de despido por inasistencia, por lo que sobre la base de los hechos descritos, concluimos que el demandante ha sido objeto de un despido lesivo de su derecho al trabajo, por cuanto habiendo convalidado la demandada sus inasistencias desde el 1 de diciembre de 2010 hasta el 26 de octubre de 2011, no puede imputarle, recién luego de 9 meses, la inasistencia a su puesto de trabajo. Asimismo, obviamente el actor no podía trasladarse a otra localidad, abandonando los deberes asumidos para con sus hermanos discapacitados, ello pese a haberse acreditado la existencia de plaza vacante en Arequipa.

**4. Sobre la afectación del derecho a la unidad familiar**

**4.1. Argumentos del demandante**

El demandante afirma que la entidad demandada ha vulnerado su derecho constitucional a la unidad familiar, debido a que se pretende su traslado sin

tener en consideración que tiene una familia que depende de él (hijos y esposa), así como sus dos hermanos discapacitados de los cuales es curador por disposición judicial.

4.2. Consideraciones

4.2.1. En el artículo 4 de la Constitución de 1993 se dispone de manera expresa la protección a la familia, asimismo en su artículo 7°, sobre la protección del discapacitado, se consagra entre otros derechos la protección del medio familiar, de conformidad con el artículo 18° del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o "Protocolo de San Salvador", sobre protección de los minusválidos.

4.2.2. Por ello consideramos que el recurrente, en su calidad de curador de sus dos hermanos que adolecen de incapacidad absoluta, acreditada según Resoluciones Ejecutivas N.°s 6474-2004-SE/REG-CONADIS y 02815-2006-SE/REG-CONADIS (f. 79 y 80 del cuaderno de este Tribunal), tiene derecho a una protección especial por parte del Estado, a tenor de los artículos 7° de la Constitución, y de conformidad con el artículo 18° del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o "Protocolo de San Salvador", sobre protección de los minusválidos, pues toda persona afectada por una disminución en sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad y ser protegido especialmente por el Estado; con el respeto a su dignidad personal.

4.2.3. A su vez, el artículo 576° del Código Civil establece que *"**El curador protege al incapaz, provee en lo posible a su restablecimiento** y, en caso necesario, a su colocación en un establecimiento adecuado; y lo representa o lo asiste, según el grado de la incapacidad, en sus negocios"* (resaltado nuestro).

4.2.4. En conclusión, el traslado del demandante a un lugar distinto al de su residencia afectaría de forma directa a sus dos hermanos discapacitados, los cuales, tal como ya se precisó, son sujetos de especial protección constitucional (artículo 7 de la Constitución), por cuanto esto implicaría alejarlos de su lugar habitual, o en el caso que el demandante opte por dejarlos en la ciudad de Arequipa, esto conllevaría que el demandante no cumpla con las obligaciones contempladas en el artículo 576 del Código Civil, el cual precisa las obligaciones del curador, no teniendo en cuenta la entidad emplazada que estos gozan de una protección especial ante medidas de esa naturaleza.

Asimismo, supondría alejarlos del único sostén con el que cuentan y afectar la unidad familiar, la cual constituye una garantía para el desarrollo de una persona discapacitada.

4.2.5. En consecuencia, en el presente caso se encuentra probada la vulneración del derecho a la unidad familiar, pues la entidad demandada despidió al demandante pese a que ya contaba con una plaza vacante y presupuestada conforme se ha precisado en el *fundamento 3.2.2 supra* y asimismo porque era de su conocimiento que dos de los hermanos del demandante eran incapaces absolutos (tal como lo puso en conocimiento de su empleadora en reiteradas oportunidades a través de sus recursos de reconsideración fundamento *3.2.1 d)*, por lo que el traslado del demandante implicaría la vulneración del derecho de estos a mantener la unidad familiar, afectando con ello directamente a sus dos hermanos mayores que adolecen de incapacidad absoluta.

4.2.6. Siendo así, en atención a la naturaleza restitutoria del proceso de amparo, debe estimarse la demanda de amparo, declararse la nulidad del despido y ordenarse la reposición del actor en el cargo que tenía antes del cese, pues ha sido despedido sin tenerse en cuenta que tal hecho afecta de forma directa a sus dos hermanos con discapacidad absoluta.

4.2.7. Por lo expuesto, consideramos que en el presente caso se ha configurado un despido incausado, vulneratorio de los derechos al trabajo y a la unidad familiar del actor, reconocidos en el artículo 4°, 7° y 22° de la Constitución.

**5. Efectos de la sentencia**

5.1. Teniendo presente que existen reiterados casos en los que se estima la demanda de amparo por haberse comprobado un despido arbitrario, estimamos pertinente señalar que cuando se interponga y admita una demanda de amparo contra una entidad del Estado que tenga por finalidad la reposición del demandante, ello debe registrarse como una posible contingencia económica que ha de preverse en el presupuesto, con la finalidad de que la plaza que ocupaba se mantenga presupuestada para, de ser el caso, poder actuar o ejecutar en forma inmediata la sentencia estimativa.

En estos casos, la Administración Pública, para justificar el mantenimiento de la plaza presupuestada, tendrá presente que el artículo 7° del Código Procesal Constitucional dispone que "El Procurador Público, antes de que el proceso sea resuelto en primer grado, está facultado para poner en conocimiento del titular de la entidad su opinión profesional motivada cuando considere que se afecta el derecho constitucional invocado".

Con la opinión del Procurador Público puede evitarse y preverse gastos fiscales, ya que la Administración Pública puede allanarse a la demanda (si es que la pretensión según la jurisprudencia y los precedentes del Tribunal Constitucional es estimable) o proseguir con el proceso.

5.2. En la medida en que en este caso consideramos que se ha acreditado que el demandado ha vulnerado el derecho constitucional al trabajo y a la unidad familiar, correspondería ordenar la reposición del demandante como trabajador a plazo indeterminado en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar categoría o nivel en la sucursal de Arequipa, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución imponga las medidas coercitivas previstas en los artículos 22° y 59° del Código Procesal Constitucional.

5.3. Asimismo, de conformidad con el artículo 56° del Código Procesal Constitucional, la entidad emplazada debería asumir los costos procesales, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.

Por estos fundamentos, nuestro voto es por:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda en lo que respecta a la afectación de los derechos al trabajo y a la unidad de la familia; en consecuencia, **NULO** el despido del demandante.
2. **ORDENAR** que el Banco de la Nación reponga a don Felipe Humberto Aguirre Frisancho en el cargo que venía desempeñando en la sucursal del Banco de la Nación de Arequipa, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22.° y 59.° del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos procesales.

**Sres.**
**URVIOLA HANI**
**ETO CRUZ**

EXP. N.° 02904-2011-PA/TC
AREQUIPA
FELIPE HUMBERTO AGUIRRE FRISANCHO EN DERECHO PROPIO Y COMO CURADOR DE LUIS HUMBERTO Y JUAN CARLOS AGUIRRE FRISANCHO

**VOTO DIRIMENTE DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA**

Con el debido respeto por la opinión de mi colega Vergara Gotelli; me adhiero a lo resuelto por mis colegas Urviola Hani y Eto Cruz, pues también considero que la presente demanda resulta fundada, apartándome únicamente del punto 5.1. de su posición debido a que ni la comparto, ni la considero relevante para la solución del presente caso.

**S.**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.° 02904-2011-PA/TC
AREQUIPA
FELIPE HUMBERTO AGUIRRE FRISANCHO EN DERECHO PROPIO Y COMO CURADOR DE LUIS HUMBERTO Y JUAN CARLOS AGUIRRE FRISANCHO

**VOTO EN DISCORDIA DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI**

Emito el presente voto en discordia bajo las siguientes consideraciones:

1. En el presente caso el actor interpone demanda de amparo contra el banco de la Nación - Sucursal Arequipa, y contra Dante Castañeda Moya, Sub gerente Jefe de la Administración de Personal del Banco de la Nación, con el En el presente caso la recurrente interpone demanda de amparo contra el Banco de la Nación - Sucursal Arequipa, y contra don Dante Castañeda Moya, Sub Gerente Jefe de la Administración de Personal del Banco de la Nación, con el objeto de que se deje sin efecto la disposición de trasladarlo a laborar a la ciudad de Sicuani-Cusco, y que en consecuencia se respete su derecho a permanecer en la sede de Arequipa realizando sus labores, por ello solicita que se deje sin efecto las cartas y memorándums que dispongan su traslado a otras regiones del país, y que por consiguiente se lo reponga en su centro de trabajo en la sucursal de Arequipa, puesto que considera que con ello se le está afectando sus derechos al trabajo, a la vida, a la protección de la familia y a la dignidad.
2. El Décimo Juzgado Especializado en lo Civil de Arequipa, con fecha 11 de enero de 2011, declaró la improcedencia liminar de la

demanda, por considerar que el cese de actos de hostilidad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley N° 29497 es de competencia de los juzgados especializados de trabajo y además porque del sistema informático del Poder Judicial se desprende que el demandante viene siguiendo un proceso similar por cese de actos de hostilidad ante el Juzgado de Trabajo Liquidador (Expediente N° 1563-2010) por lo que en aplicación de los incisos 2) y 3) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, el Juzgado es incompetente por razón de la materia. La Sala Superior competente confirma la apelada por estimar que no se ha acreditado la amenaza del derecho a la vida, a la integridad física y psicológica del actor, sea cierta e inminente.

3. Debo manifestar que al concedérsele al actor el recurso extraordinario de agravio constitucional, el **principio de limitación** aplicable a toda la actividad recursiva le impone al Tribunal Constitucional (Tribunal de alzada) la limitación de sólo referirse al tema de la alzada, en este caso nada más y nada menos que el auto de rechazo liminar.

4. Debo señalar que el artículo 47° del Código Procesal Constitucional en su último parágrafo precisa ciertamente que "si la resolución que declara la improcedencia (auto de rechazo liminar evacuado por el Juez al calificar la demanda) fuese apelada, el juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto". Este mandato tiene un sustento en la más elemental lógica; el recurso de apelación concedido y notificado al que debería ser considerado demandado si la sala superior revoca el auto cuestionado, produce efectos para ambas partes.

5. Por cierto si el Superior revoca el auto venido en grado, para vincular a quien todavía no es demandado puesto que no ha sido emplazado por notificación expresa y formal por no existir proceso y no ser él, por tanto, demandado, tiene que ponérsele en su conocimiento "el recurso interpuesto" y no la demanda, obviamente.

6. No está de más recordar que la parte en análisis del recurrido artículo 47° del Código Procesal Constitucional es copia de lo que al respecto prescribe el artículo 427° del Código Procesal Civil en su último parágrafo al decir: "La resolución superior que resuelve en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes". Y la resolución del superior que, en definitiva, decide sobre la improcedencia, no puede ser o no es sino la confirmatoria o la revocatoria del auto objeto de la alzada, desde luego.

7. Que en atención a lo señalado es materia de la alzada el pronunciamiento de este tribunal respecto del rechazo liminar, estando en facultad sólo para pronunciarse por la confirmatoria del auto recurrido o por la revocatoria de éste, y excepcionalmente cuando se trate de casos que amerite un pronunciamiento de emergencia por tutela urgente del derecho se podría ingresar al fondo del asunto.

8. Considero pertinente la ocasión para manifestar mi opinión respecto a expresiones emitidas por mis colegas en otros casos, puesto que he observado que el sustento para justificar el ingreso al fondo de la controversia —pese al rechazo liminar de la demanda— es el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. ¿Qué nos dice el citado artículo? Este artículo nos refiere que:

> *"Los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, inmediación y socialización procesales.*
>
> *El Juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, salvo en los casos expresamente señalados en el presente Código.*
>
> *Asimismo, 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." (Subrayado agregado).*

9. Respecto a ello es pertinente señalar que la expresión del articulado que refiere que se *deben adecuar las exigencias de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales* no justifica de ninguna manera el ingreso al fondo, puesto que la defensa del demandado no puede asumirse de modo alguno como una formalidad. Digo esto por qué? El proceso ha sido concebido como aquella vía a la cual pueden recurrir las partes a efectos de que se resuelva una controversia suscitada en la sociedad. Tal participación de ambas partes requiere de la admisión de la pretensión por parte del juzgador a efectos de que admitida la demanda se notifique al presunto agresor a efectos de vinculado no solo al proceso sino a la decisión. Ya con la participación de ambas partes, éstas se someten al proceso, pero no solo se someten a las reglas del proceso sino que se someten a la determinación final del juzgador. Es decir la presencia de ambas partes no solo implica que el juez tenga la obligación de resolver conforme a la Constitución y las leyes la controversia sino que las partes respeten su decisión. He ahí donde encuentra legitimidad la decisión del juzgador, puesto que no puede

concebirse una decisión emitida en un proceso judicial, cuando no será respeta ni cumplida por alguna de las partes. Por ello considero que la exigencia de la participación de ambas partes en un proceso se encuentra vinculada al derecho a la tutela judicial efectiva, ya que no puede exigirse el cumplimiento de una decisión arribada en un proceso judicial a una persona que no ha tenido participación en el citado proceso, lo que implica que tal decisión es ineficaz, ya que no generara consecuencias respecto de quien no participó.

10. Los procesos constitucionales tienen una especial importancia, puesto que su finalidad es la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y el respeto por la Constitución del Estado, teniendo por ello que determinarse al presunto agresor de un derecho fundamental. Por ende, por tal relevancia, es que afirmo que con mayor razón no puede soslayarse la intervención de la persona a la que se le acusa de la violación de un derecho fundamental, puesto que la determinación a la que arribe este Colegiado necesaria ente va exigir determinada acción de dicho emplazado. Pero ¿Cómo puede exigirse la realización de un acto o el cese del mismo si no ha participado en el proceso?, es decir ¿cómo puede exigirse de cumplimiento de una decisión que no es legítima para ambas partes?. La respuesta es obvia, no puede exigirse el cumplimiento de un decisión en la que una de las partes desconoce totalmente la pretensión, no teniendo legitimidad ni vinculación alguna para la persona que no participó. Claro está existen casos en los que es evidente que el presunto demandado —si bien no ha sido emplazado con la demanda— conoce del conflicto, como por ejemplo casos en los que la discusión se ha visto administrativamente, en los que, considero, que el Tribunal puede ingresar al fondo, pero solo si se verifica una situación especial en la que se advierta que la dilación del proceso convierta la afectación en irreparable.

11. Es precisamente por ello que el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional ha permitido la omisión de algunas "formalidades" para lograr el objeto del proceso constitucional, pero no puede considerarse que la defensa del presunto emplazado es una formalidad sino una exigencia que legitima el propio proceso. Por ello considero que tal afirmación no solo es impropia sino también quebranta el proceso en el cual se pretende la defensa de los derechos constitucionales, lo que puede interpretarse que por la defensa de un derecho fundamental puede afectarse otro, lo que es incorrecto.

12. Asimismo si se observa con atención el artículo III del Título Preliminar del referido código, se puede apreciar que cuando expresa a 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",* parte de la premisa de que existe un proceso abierto, en el que se puede ser flexibles con algunos actos procesales, denominados así precisamente porque ha existido admisión a trámite de la pretensión y por ende emplazamiento, razón por la que dicho argumento no puede ser utilizado erróneamente para justificar la emisión de una sentencia cuando el objeto del recurso es el cuestionamiento de un auto de rechazo liminar. De asumir dicha posición implicaría aceptar que a este Colegiado le es indiferente si la pretensión ha sido admitida a trámite o no, puesto que con proceso o sin él, siempre se encontrará en la facultad de emitir un pronunciamiento de fondo, rompiendo toda racionalidad del proceso, convirtiendo al proceso constitucional en aquel proceso sin garantías, en el que se afectan los derechos del que debiera ser emplazado. Con esto advierto que bajo Tribunal podría incluso resolver una demanda de amparo en instancia que al ser indiferente para este Colegiado la existencia del proceso, no sería exigible la admisión a trámite la demanda y por ende la participación del demandado, por lo que podría resolver directamente la pretensión planteada.

13. En el presente caso si bien la pretensión del demandante, según el precedente vinculante STC N° 00206-2005-PA/TC, debe ser visto en el proceso contencioso administrativo, se aprecia de autos una situación singular puesto que el actor ha sido nombrado judicialmente curador de sus dos hermanos que se encuentran discapacitados, razón que implica que el Tribunal conozca el fondo del tema planteado en la demanda. Por lo expuesto considero que los jueces de las instancias precedentes han incurrido en un error al juzgar, en consecuencia debe revocarse el auto de rechazo liminar y en consecuencia disponer la admisión a trámite de la demanda para que se dilucide la controversia con la participación de los emplazados.

Por las razones expuestas, mi voto es porque se **REVOQUE** el auto de rechazo liminar y se disponga la admisión a trámite de la demanda con el debido emplazamiento al demandado.

**Sr.**
**VERGARA GOTELLI**

***Sentencia 03700-2013- PA/TC***

*Proceso de amparo interpuesto por Augusto Sipión Barrios. El Tribunal estimó la demanda ordenando el reinicio del procedimiento de fiscalización.*

Fecha de publicación de la sentencia en el Portal Oficial del TC: 28 de abril de 2014
Fecha de publicación del auto de aclaración en el Portal Oficial del TC: 29 de mayo de 2014
Fecha de publicación del auto en el Portal Oficial del TC: 16 de enero de 2015

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda interpuesta por el recurrente, debido a la afectación del principio de proscripción de la arbitrariedad, en consecuencia, dejó sin efecto todo el procedimiento de cobranza coactiva y todo lo actuado con posterioridad al mismo, restituyendo o indemnizando los bienes que se hubieren ejecutado, y ordenó a la Sunat a reiniciar el procedimiento de fiscalización, tras considerar que el recurrente no participó del mismo.

El Tribunal indicó que, de acuerdo al peritaje realizado por la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional del Perú a solicitud del Tribunal Fiscal, se determinó que el demandante no firmó los descargos presentados ni el recurso de reclamación, vicio de tal magnitud que generó la nulidad de todo el procedimiento de fiscalización.

Posteriormente, la Sunat solicitó la nulidad de la sentencia, pero su solicitud sería declarada improcedente por el Tribunal en atención a la cosa juzgada y la seguridad jurídica.

**Temas Claves:** Cosa juzgada — principio de proscripción de la arbitrariedad — seguridad jurídica.

EXP. N.° 03700-2013-PA/TC
LAMBAYEQUE
AUGUSTO SIPIÓN BARRIOS

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 28 días del mes de abril de 2014, la Sala Primera del Tribunal Constitucional pronuncia la siguiente sentencia con el voto en mayoría de los magistrados Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, y el voto dirimente del magistrado Mesía Ramírez, llamado a componer la discordia suscitada por el voto del magistrado Calle Hayen

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Pedro Vicente Torres Fernández, en representación de don Augusto Sipión Barrios contra la sentencia de fojas 766, su fecha 24 de mayo de 2013, expedida por la Sala Constitucional de Lambayeque, que declaró improcedente la demanda.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 22 de setiembre de 2009, don Augusto Sipión Barrios debidamente representado por don Pedro Vicente Torres Fernández interpone demanda de amparo contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat) y el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF).

La presente demanda tiene por objeto que se declaren inaplicable las Resoluciones de Determinación N.os 072-003-0001407 a 072-003-0001434 y las Resoluciones de Multa N.os 072-003-0001577 a 072-002-0001596 y 072-002-0001599 a 072-002-0001608, y que se dejen sin efecto las cobranzas coactivas seguidas para dejar sin efecto tales valores así como cualquier medida cautelar que se hubiera trabado contra dichas deudas.

El MEF a través de su procurador público deduce la excepción de oscuridad en el modo de proponer la demanda y de falta de agotamiento de la vía previa. Asimismo aduce que tal controversia debe ser dilucidada en el proceso contencioso administrativo y no en el proceso de amparo.

En cuanto al fondo de lo solicitado sostiene que la adopción de medidas cautelares previas se encuentra justificada en virtud de lo establecido en el literal "b" del artículo 56° del Código Tributario.

Por su parte, el procurador público de la Sunat deduce las excepciones de falta de agotamiento de la vía previa e incompetencia.

El Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Lambayeque declaró fundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa y, en consecuencia, nulo todo lo actuado y concluido el proceso.

El *ad quem* confirma la recurrida por el mismo fundamento.

**FUNDAMENTOS**

***Sobre la necesidad de haber agotado la vía administrativa***

1. Aunque las instancias judiciales precedentes han declarado la improcedencia de la demanda por considerar que no se ha agotado la vía administrativa, este Tribunal estima que se ha obviado pronunciarse sobre si estaba exceptuado de agotarla o no, máxime si se tiene en consideración que, precisamente, el accionante aduce no haber participado en la fiscalización. Tampoco puede soslayarse que, en la vía administrativa, el propio Tribunal Fiscal ha determinado una serie de irregularidades que, según el accionante, no fueron subsanadas y terminaron conculcando sus derechos fundamentales. Por ello, no debió estimarse la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa.

***Delimitación del petitorio***

2. A través de la presente demanda, el recurrente solicita que se declaren inaplicables las Resoluciones de Determinación N.os 072-003-0001407 a 072-003-0001434 y las Resoluciones de Multa N.os 072-003-0001577 a 072-002-0001596 y 072-002-0001599 a 072-002-0001608, y que se dejen sin efecto las cobranzas coactivas seguidas para dejar sin efecto tales valores así como cualquier medida cautelar que se hubiera trabado contra dichas deudas.

***Análisis del caso en concreto***

3. En primer lugar, cabe mencionar que no corresponde emitir pronunciamiento de fondo sobre el extremo de la demanda en el que se peticiona dejar sin efecto la deuda tributaria que la Sunat ha determinado por ser *"exorbitante"* (Cfr. Fundamento 35 de la Demanda) debido a que la jurisdicción constitucional no puede subrogar a la Administración Tributaria en el cálculo de la deuda, en caso de que ésta exista. La labor de la justicia constitucional, en materia de salvaguarda de derechos fundamentales se ciñe exclusivamente a restituir el ejercicio o a ordenar el cese de amenazas al ejercicio de los mismos.

4. Ante una eventual conculcación de los derechos constitucionales del contribuyente en la que no se ha cuestionado la constitucionalidad del tributo en sí, los jueces constitucionales no se encuentran habilitados a pronunciarse sobre la existencia de una deuda como pareciera desprenderse del tenor de la demanda y mucho menos respecto del cálculo de la misma.

5. De advertirse alguna conculcación al derecho al debido procedimiento administrativo o a cualquiera de sus manifestaciones durante el procedimiento de fiscalización, se debe enmendar tal arbitrariedad ordenando la nulidad de los actuaciones que repercutan negativamente en el derecho fundamental del contribuyente y de todo lo actuado con posterioridad a la misma a fin de que la Administración Tributaria enmiende su proceder.

6. Aunque los argumentos de la actora han sido presentados de forma desgreñada, la fiscalización realizada no puede ser adjetivada como inmaculada debido a la serie de irregularidades que, como han sido expuestas en la RTF N.° 01000-4-2009 de fecha 4 de febrero de 2009 (Cfr. fojas 154-155), ameritaron que la Resolución de Intendencia N.° 075014000413/SUNAT sea declarada nula.

7. La dilucidación respecto de si la Sunat adecuó su proceder a lo establecido en la mencionada resolución es una cuestión que indudablemente tiene relevancia constitucional puesto que si no participó en la fiscalización, ni pudo conocer los resultados de la misma, ni impugnar los valores emitidos luego de la inspección que se le realizó, ello incide en el contenido constitucionalmente tutelado del derecho al debido procedimiento en su manifestación del derecho de defensa.

8. Tal como se aprecia de autos, existe un peritaje realizado por la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional del Perú a solicitud del propio Tribunal Fiscal en el que se concluye que tanto los descargos presentados durante la fiscalización como el recurso de reclamación presentado no han sido firmados por el demandante. Ante tal situación, en lugar de decretar directamente la nulidad de las actuaciones de la Administración Tributaria

que menoscabaron el derecho de defensa del actor, el Tribunal Fiscal resolvió dar trámite de reclamación a la apelación planteada y la Sunat a través de Resolución de Intendencia N.° 0750140000884/SUNAT declaró fundada en parte el mencionado recurso.

9. No obstante lo expuesto, dicho vicio es de tal magnitud que, a juicio de este Colegiado, acarrea la nulidad de todo el procedimiento de fiscalización. Si se ha determinado que el demandante no participó en el mismo, lo que corresponde es permitírsele participar en dicho procedimiento a fin de que pueda salvaguardar sus intereses. La Administración Tributaria cuando ejerza facultades discrecionales en las que tenga un amplísimo margen de acción se encuentra ineludiblemente obligada a respetar los derechos del contribuyente y a no caer en arbitrariedades, justificando en todo momento su proceder.

10. Al dejarse sin efecto el mencionado procedimiento de fiscalización, también corresponde dejar sin efecto los valores emitidos sobre la base de los resultados del mismo así como los apremios que se hubieren decretado. En tales circunstancias, deberá dejarse sin efecto todo el procedimiento de cobranza coactiva y todo lo actuado con posterioridad al mismo, restituyendo o indemnizando los bienes que se hubieren ejecutado.

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

**HA RESUELTO**

Declarar **FUNDADA** la demanda de autos, en lo que respecta a la afectación del principio de proscripción de la arbitrariedad, en consecuencia, reiniciar el procedimiento de fiscalización conforme a lo señalado en los Fundamentos N.os 9 y 10.
Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.° 03700-2013-PA/TC
LAMBAYEQUE
AUGUSTO SIPIÓN BARRIOS

**VOTO DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ**

Con el debido respeto por la opinión del magistrado Calle Hayen, he decidido adherirme al voto de los magistrados Álvarez Miranda y Vergara Gotelli pues, por las razones que esgrimen, también considero que la demanda es fundada.

**S.**
**MESÍA RAMÍREZ**

EXP. N.° 03700-2013-PA/TC
LAMBAYEQUE
AUGUSTO SIPIÓN BARRIOS

**VOTO DE LOS MAGISTRADOS VERGARA GOTELLI Y ÁLVAREZ MIRANDA**

Sustentamos el presente voto en las consideraciones siguientes:

***Sobre la necesidad de haber agotado la vía administrativa***

1. Aunque las instancias judiciales precedentes han declarado la improcedencia de la demanda por considerar que no se ha agotado la vía administrativa, estimamos que se ha obviado pronunciarse sobre si estaba exceptuado de agotarla o no, máxime si se tiene en consideración que, precisamente, el accionante aduce no haber participado en la fiscalización. Tampoco puede soslayarse que, en la vía administrativa, el propio Tribunal Fiscal ha determinado una serie de irregularidades que, según el accionante, no fueron subsanadas y terminaron conculcando sus derechos fundamentales. Por ello, no debió estimarse la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa.

***Delimitación del petitorio***

2. A través de la presente demanda, el recurrente solicita que se declaren inaplicables las Resoluciones de Determinación N.os 072-003-0001407 a 072-003-0001434 y las Resoluciones de Multa N.os 072-003-0001577 a 072-002-0001596 y 072-002-0001599 a 072-002-0001608, y que se dejen sin efecto las cobranzas coactivas seguidas para dejar sin efecto tales valores así como cualquier medida cautelar que se hubiera trabado contra dichas deudas.

***Análisis del caso en concreto***

3. En primer lugar, cabe mencionar que no corresponde emitir pronunciamiento de fondo sobre el extremo de la demanda en el que se peticiona dejar sin efecto la deuda tributaria que la Sunat ha determinado por ser *"exorbitante"* (Cfr. Fundamento 35 de la Demanda) debido a que la jurisdicción constitucional no puede subrogar a la Administración Tributaria en el cálculo de la

deuda, en caso de que ésta exista. La labor de la justicia constitucional, en materia de salvaguarda de derechos fundamentales se ciñe exclusivamente a restituir el ejercicio o a ordenar el cese de amenazas al ejercicio de los mismos.

4. Ante una eventual conculcación de los derechos constitucionales del contribuyente en la que no se ha cuestionado la constitucionalidad del tributo en sí, los jueces constitucionales no se encuentran habilitados a pronunciarse sobre la existencia de una deuda como pareciera desprenderse del tenor de la demanda y mucho menos respecto del cálculo de la misma.

5. De advertirse alguna conculcación al derecho al debido procedimiento administrativo o a cualquiera de sus manifestaciones durante el procedimiento de fiscalización, se debe enmendar tal arbitrariedad ordenando la nulidad de los actuaciones que repercutan negativamente en el derecho fundamental del contribuyente y de todo lo actuado con posterioridad a la misma a fin de que la Administración Tributaria enmiende su proceder.

6. Aunque los argumentos de la actora han sido presentados de forma desgreñada, la fiscalización realizada no puede ser adjetivada como inmaculada debido a la serie de irregularidades que, como han sido expuestas en la RTF N.° 01000-4-2009 de fecha 4 de febrero de 2009 (Cfr. fojas 154-155), ameritaron que la Resolución de Intendencia N.° 075014000413/SUNAT sea declarada nula.

7. La dilucidación respecto de si la Sunat adecuó su proceder a lo establecido en la mencionada resolución es una cuestión que indudablemente tiene relevancia constitucional puesto que si no participó en la fiscalización, ni pudo conocer los resultados de la misma, ni impugnar los valores emitidos luego de la inspección que se le realizó, ello incide en el contenido constitucionalmente tutelado del derecho al debido procedimiento en su manifestación del derecho de defensa.

8. Tal como se aprecia de autos, existe un peritaje realizado por la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional del Perú a solicitud del propio Tribunal Fiscal en el que se concluye que tanto los descargos presentados durante la fiscalización como el recurso de reclamación presentado no han sido firmados por el demandante. Ante tal situación, en lugar de decretar directamente la nulidad de las actuaciones de la Administración Tributaria que menoscabaron el derecho de defensa del actor, el Tribunal Fiscal resolvió dar trámite de reclamación a la apelación planteada y la Sunat a través de Resolución de Intendencia N.° 0750140000884/SUNAT declaró fundada en parte el mencionado recurso.

9. No obstante lo expuesto, dicho vicio es de tal magnitud que, a nuestro juicio, acarrea la nulidad de todo el procedimiento de fiscalización. Si se ha determinado que el demandante no participó en el mismo, lo que corresponde es permitírsele participar en dicho procedimiento a fin de que pueda salvaguardar sus intereses. La Administración Tributaria cuando ejerza facultades discrecionales en las que tenga un amplísimo margen de acción se encuentra ineludiblemente obligada a respetar los derechos del contribuyente y a no caer en arbitrariedades, justificando en todo momento su proceder.

10. Al dejarse sin efecto el mencionado procedimiento de fiscalización, también corresponde dejar sin efecto los valores emitidos sobre la base de los resultados del mismo así como los apremios que se hubieren decretado. En tales circunstancias, deberá dejarse sin efecto todo el procedimiento de cobranza coactiva y todo lo actuado con posterioridad al mismo, restituyendo o indemnizando los bienes que se hubieren ejecutado.

Por las consideraciones precedentes, estimamos que se debe

Declarar **FUNDADA** la demanda de autos, en lo que respecta a la afectación del principio de proscripción de la arbitrariedad, en consecuencia, reiniciar el procedimiento de fiscalización conforme a lo señalado en los Fundamentos N.os 9 y 10.

**SS.**
**VERGARA GOTELLI**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.° 03700-2013-PA/TC
LAMBAYEQUE
AUGUSTO SIPIÓN BARRIOS
REPRESENTADO(A) POR PEDRO VICENTE TORRES FERNÁNDEZ - APODERADO

**VOTO DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN**

Con pleno respeto por la opinión de la mayoría, sustento el presente voto en las consideraciones siguientes:

1. Que el recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Economía y Finanzas y la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – SUNAT solicitando que se declaren inaplicables: a) por haber sido dictadas sin observar el procedimiento legal establecido las Resoluciones de

Determinación N.os 072-003-0001407 - 072-003-0001434 y las Resoluciones de Multa N.os 072-002-0001577 - 072-002-0001596; 072-002-0001599 - 072-002-0001608 notificadas el 15 de noviembre de 2003 con las que se concluye el procedimiento de fiscalización seguido en su contra por SUNAT, b) porque nunca le ha sido notificada la Resolución de Intendencia N.° 0750140000884/SUNAT de fecha 19 de abril de 2009 con la que se da cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal Fiscal mediante la Resolución N.° 1000-4-2009; c) la Resolución del Tribunal Fiscal Nro. 04134-7-2009 de fecha 5 de mayo del 2009 que declaró infundada la queja presentada por el demandante contra medidas cautelares previas trabadas por SUNAT, a efectos de asegurar el cobro de la deuda tributaria contenida en las Resoluciones de Determinación y Multa referidas anteriormente.

Asimismo, solicita que SUNAT se abstenga de iniciar o proseguir cualquier trámite en el procedimiento de cobranza de las deudas tributarias contenidas en las Resoluciones de Determinación y Multas referidas; y que deje sin efecto cualquier medida cautelar previa trabada o convertida en definitiva.

De igual manera solicita que se le devuelva la suma de S/. 925, 498.00, retenida en Certificados de Depósito Judicial Administrativos, y la suma de S/. 853, 151.00 proveniente de las Resoluciones Coactivas N.os 0710070019168 y 0710070019407, que amortizan la deuda tributaria contenida en las Resoluciones de Determinación y Multa en cuestión. Manifiesta que se vienen lesionando sus derechos relativos al debido proceso así como el principio de legalidad.

2. Que las demandadas deducen las excepciones de falta de agotamiento de la vía previa, incompetencia y oscuridad y ambigüedad para proponer la demanda y contestan la demanda señalando que en todo momento se han respetado los derechos fundamentales del actor, sobre todo los relativos al debido proceso. Adicionalmente, argumentan que vienen actuando en el marco de las normas tributarias que facultan a la Administración Tributaria la utilización de medidas cautelares u otros mecanismos que prevé la ley para cobrar deudas impagas.

3. Que el Primer Juzgado Civil de Chiclayo declara fundada la excepción de falta de agotamiento de la vía previa propuesta por el Ministerio de Economía y la SUNAT e improcedente la demanda por considerar aplicable el artículo 5, inciso 4), del Código Procesal Constitucional. Por su parte, la Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque confirma la apelada por las mismas consideraciones.

4. Que de todo lo actuado se evidencia claramente que el objeto de la demanda es cuestionar el procedimiento contencioso-tributario ante la SUNAT, el procedimiento de fiscalización, así como la actuación del Tribunal Fiscal en última instancia administrativa. De igual manera se señalan situaciones como la inexistencia de notificaciones, de vicios en el procedimiento, el incremento de la deuda tributaria, medidas cautelares irregulares y la falsificación de firmas de apoderados, entre otros.

5. Que, como ya se ha precisado en la STC 0206-2005-PA/TC, la vigencia del Código Procesal Constitucional supone un cambio en el régimen legal del proceso de amparo ya que establece, entre otras cosas, la subsidiariedad para la procedencia de las demandas de amparo. Con ello se cambia el anterior régimen procesal del amparo, que establecía un sistema alternativo. En efecto, conforme al artículo 5, inciso 2) del Código Procesal Constitucional, **no proceden las demandas constitucionales cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado**.

6. Que, por su parte el artículo 9° del Código Procesal Constitucional prescribe que "en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Solo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación […]". Cabe precisar que en el presente caso, no se puede ni siquiera identificar alguna prueba que cause convicción en los hechos que habrían vulnerado los derechos del actor.

7. Que en la jurisdicción constitucional comparada se asume que el primer nivel de protección de los derechos fundamentales les corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios. Conforme al artículo 138. ° de la Constitución, los jueces administran justicia con arreglo a la Constitución y las leyes, puesto que ellos también garantizan una adecuada protección de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Sostener lo contrario significaría afirmar que el amparo es el único medio para salvaguardar los derechos constitucionales, a pesar de que a través de otros procesos judiciales también es posible obtener el mismo resultado.

8. Que, consecuentemente solo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que

han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate. En consecuencia, si el demandante dispone de un proceso que tiene también la finalidad de proteger el derecho constitucional presuntamente lesionado y es igualmente idóneo para tal fin, debe acudir a dicho proceso.

9. Que, en el presente caso el acto presuntamente lesivo está constituido por actos administrativos- tributarios, por lo que puede ser cuestionado a través del proceso contencioso-administrativo establecido en la Ley N. ° 27854, sede a la que debe acudir el accionante.

10. Que dicho proceso constituye la "vía procedimental específica" para la remoción del presunto acto lesivo a los derechos constitucionales invocados en la demanda y resulta también la vía "igualmente satisfactoria" como el "mecanismo extraordinario" del amparo (Exp. N.° 4196-2004-AA/TC, fundamento 6). En consecuencia, la controversia planteada debe ser dilucidada a través del proceso contencioso-administrativo, y no a través del proceso de amparo, siendo de aplicación los artículos 5, inciso 2), y 9 c del Código Procesal Constitucional.

Por estas consideraciones, estimo que se debe:

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

**S.**
**CALLE HAYEN**

EXP. N.° 03700.2013-PA/TC
LAMBAYEQUE
AUGUSTO SIPIÓN BARRIOS

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Lima, 23 de mayo de 2014

**VISTO**

El pedido de aclaración presentado por el Procurador Público de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria contra la sentencia de fecha 28 de abril de 2014, que declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por Augusto Sipión Barrios; y,

**ATENDIENDO A**

1. Que conforme con el artículo 121° del Código Procesal Constitucional y, en forma supletoria, con el artículo 406° del Código Procesal Civil, contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso alguno, salvo que este Colegiado, de oficio o a instancia de parte, decidiera "[…] aclarar algún concepto o subsanar cualquier error 'material u omisión en que se hubiese incurrido". Atendiendo a ello, es evidente que el pedido presentado por el Procurador Público de la Sunat resulta improcedente pues lo finalmente resuelto por este Colegiado no puede ser enervado.

2. Que en autos está probado que en el segundo remate público efectuado el 6 de octubre de 2009 en el procedimiento de cobranza coactiva se adjudicó el inmueble del demandante inscrito en la Partida N° 11003638 del Registro de Predios de Chiclayo, a favor de doña María Elena Quesquén viuda de Yaipén, don Elmer Agustín Yaipén Quesquén, doña Roxana Paola Custodio Castro, don Allan Andy Yaipén Quesquén, don Jimmy Mark Yaipén Quesquén y dona Patricia del Carmen Pomares Rojas.

3. Que en consecuencia, no procede la restitución del inmueble a don Augusto Sipión Barrios al haber sido adquirido a título oneroso y de buena fe, por lo que el actor puede solicitar, si así lo estima conveniente, la indemnización que corresponda en la justicia ordinaria.

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

**RESUELVE**

Declarar **IMPROCEDENTE** el pedido de aclaración, debiendo la sentencia ejecutarse conforme a lo expuesto en la presente resolución.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.° 03700-2013-PA/TC
LAMBAYEQUE
AUGUSTO SIPIÓN BARRIOS

**AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Lima, 20 de Noviembre del 2014.

**VISTO**

El pedido de nulidad e integración presentado por el Procurador Público Adjunto de la Superintendencia

Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT); y

**ATENDIENDO A QUE**

**Antecedentes a tomar en cuenta.**

1. En la presente causa, el Tribunal Constitucional, mediante sentencia del 28 de abril de 2014, declaró fundada la demanda en lo que respecta a la afectación del principio de proscripción de la arbitrariedad y dispuso reiniciar el procedimiento de fiscalización, conforme a lo señalado en sus fundamentos 9 y 10.
2. Frente a un pedido de aclaración presentado por el Procurador Público de la Sunat contra la referida sentencia de fecha 28 de abril de 2014. el Tribunal Constitucional emitió la resolución del 23 de mayo de 2014, declarando improcedente tal pedido de aclaración y disponiendo que la sentencia se ejecute de acuerdo a dicha resolución; dejando aclarado, en sus fundamentos 2 y 3, que estando probado que en el segundo remate público efectuado el 6 de octubre de 2009 en el procedimiento de cobranza coactiva se adjudicó el inmueble del demandante inscrito en la Partida N° 11003638 del Registro de Predios de Chiclayo a favor de terceros, no procedía la restitución de ese inmueble al demandante.
3. En el caso de autos, estamos ante una sentencia que ha resuelto la controversia y ante un pedido de aclaración de la misma que ha sido declarado improcedente; sentencia que tiene la calidad de cosa juzgada por haber sido dictada en última y definitiva instancia por el Tribunal Constitucional, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 202°, inciso 2, de la Constitución Política del Perú, contra la cual no cabe recurso impugnatorio alguno, como lo establece expresamente el artículo 121° del Código Procesal Constitucional, que regula, específicamente, el carácter inimpugnable de las sentencias del Tribunal Constitucional.

**El pedido de nulidad presentado.**

4. El pedido de nulidad formulado por el Procurador Público de la Sunat se sustenta en una invocación genérica de los artículos 171° y siguientes del Código Procesal Civil (referidos a la nulidad de los actos procesales), bajo la presunción de que los mismos deben ser aplicados necesariamente y de forma supletoria al presente proceso. El resto de su argumentación está referido directamente a un cuestionamiento de las razones esgrimidas en la sentencia del 28 de abril del 2014 y, por extensión, en la resolución aclaratoria del 23 de mayo del 2014.

**Posición del Tribunal Constitucional sobre las premisas de las que parte el pedido de nulidad.**

5. Considera este Tribunal Constitucional que las premisas en las que se basa el Procurador Público Adjunto de la Sunat para sustentar el pedido de nulidad formulado resultan cuestionables en atención a lo siguiente:

   a. Los procesos constitucionales se regulan por su propia normativa especial y en el caso de los procesos de tutela como el amparo, dicha normativa especial no es otra que la prevista en el Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley N° 28237.

   b. La aplicación supletoria de las normas previstas en otros códigos procesales (en este caso, en el Código Procesal Civil) no opera automáticamente y en todos los casos como se pretende en el pedido planteado. Su procedencia sólo se dispensa en aquellos supuestos en que existe algún vacío en la normativa procesal aplicable y en la medida que dicha aplicación no desnaturalice los objetivos de tutela de los procesos constitucionales. Este criterio, por lo demás, ha sido ratificado en innumerables ocasiones por este Tribunal, como se aprecia de diversas de sus ejecutorias (Cfr. por ejemplo la Sentencia recaída en el Exp. N° 2837-2013- PHD/TC en la que se sostuvo que "…no puede soslayarse, bajo ningún punto de vista, que si bien el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional permite la posibilidad de aplicar supletoriamente otros códigos procesales, ello se encuentra supeditado a la existencia de algún vacío en la regulación de determinada situación por parte del Código Procesal Constitucional y siempre que ello no desvirtúe la naturaleza de los procesos constitucionales").

   c. En el presente caso, si la voluntad incuestionable del legislador ha sido establecer el carácter inimpugnable de las sentencias del Tribunal Constitucional, conforme se aprecia de lo expresamente preceptuado por el artículo 121° del Código Procesal Constitucional, quiere ello decir que no existe vacío alguno que justifique la aplicación supletoria de una figura como la peticionada nulidad de sentencia.

   d. Tampoco, y muchos menos, podría decirse que la nulidad solicitada contribuya a la finalidad del proceso, pues en el presente caso el objetivo de tutela fue

cumplido con la emisión de la sentencia de fecha 28 de abril del 2014 que, como ya se ha indicado, tuvo carácter estimatorio y por tanto se adscribió a los objetivos para los que existe un proceso constitucional.

e. Estando a que no existe nulidad de sentencia prevista como alternativa dentro de la normativa procesal aplicable a los procesos constitucionales, carece de todo sustento el debatir sobre los temas de fondo contenidos en la sentencia respectiva, ya que ésta, por principio, es constitutiva de cosa juzgada.

**El artículo 121° del Código Procesal Constitucional y el carácter inimpugnable de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional.**

6. Conviene que este Colegiado deje claramente establecido cual es el sentido del artículo 121 del Código Procesal Constitucional y lo que en todo caso representa el carácter inimpugnable de sus sentencias. Al respecto procede señalar que:

   a. El artículo 121° del Código Procesal Constitucional establece que "contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna. En el plazo de dos días a contar desde su notificación (...), el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido".

   b. Como se puede apreciar, en ninguna parte del citado dispositivo se establece como facultad del Tribunal Constitucional la de declarar la nulidad de sus propias sentencias. Al contrario, el título que lleva tal norma, y que taxativamente proclama el "Carácter inimpugnable de las sentencias del Tribunal Constitucional", permite inferir que el propósito de dicha norma es preservar la sentencia emitida por el máximo colegiado constitucional.

   c. Cabe puntualizar, por lo demás y dentro del contexto descrito, que tampoco debe confundirse la facultad de aclarar o corregir una resolución (a las que por supuesto se refiere la norma) con una presunta capacidad para declarar la nulidad de sentencias. La facultad de aclarar o subsanar vía corrección un eventual error, en ningún caso puede modificar, alterar o anular el fondo de las sentencias, únicamente se circunscribe y así debe entenderse a los aspectos formales de las mismas.

**La garantía de la cosa juzgada en la Constitución Política del Perú, el carácter inimpugnable de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y el principio de seguridad jurídica como elemento del Estado Constitucional.**

7. Como se ha señalado, el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia antes mencionada, declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por el señor Augusto Sipión Barrios contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria y el Ministerio de Economía y finanzas, ordenando el reinicio del procedimiento de fiscalización tributaria en su contra.

8. Evidentemente, se trató de una decisión final que se pronunció sobre el fondo del asunto y que tiene la calidad de cosa juzgada, por haber sido emitida por el Tribunal Constitucional, en última y definitiva instancia, en armonía con lo establecido por el artículo 202, inciso 2), de la Constitución. Al respecto, y en adición a lo dicho, el artículo 139°, inciso 2, de la Constitución Política del Perú establece como una de las garantías de la administración de justicia, que alcanza ciertamente a la justicia constitucional, el no "dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución".

9. Respecto a la cosa juzgada, el Tribunal Constitucional, en su STC 19° 0054-2004-PI/TC, ha señalado expresamente que "(.„) vulnera la cosa juzgada de las resoluciones judiciales el hecho de que se distorsione el contenido de las mismas, o la interpretación 'parcializada' de sus fundamentos. (...) De este modo, toda 'práctica' o 'uso' que tenga por fin distorsionar el contenido de una resolución que ha pasado en autoridad de cosa juzgada, debe ser sancionada ejemplarmente, debiendo comprenderse en la sanción no solo a la institución de la que emana la decisión, sino precisamente a quienes actúan en su representación."

10. El artículo 121 del Código Procesal Constitucional, se adscribe a la línea trazada por los artículos 202°, inciso 2, y 139°, inciso 2, de la Constitución, en cuanto a la inmutabilidad de la cosa juzgada, al punto que lleva, precisamente, por título "Carácter inimpugnable de las sentencias del Tribunal Constitucional" y preceptúa expresamente en su primera parte que "Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna", permitiendo sólo aclaraciones de algún concepto o subsanaciones de cualquier error material u omisiones en que hubiese incurrido la sentencia.

11. En las circunstancias descritas, la pretensión de declarar la nulidad de la sentencia de fecha 28 de abril de 2014, infringe pues y sin duda alguna las citadas normas constitucionales, el artículo 121 del Código Procesal Constitucional y la garantía de la cosa juzgada.

12. Cabe recordar por lo demás, que no solamente es un principio la cosa juzgada, sino que también lo es, y en especial medida, la seguridad jurídica. Al respecto, nuestro propio Colegiado ha dejado sentado en otras ocasiones que la seguridad jurídica ha sido entendida como un principio que "...forma parte consustancial del Estado Constitucional de Derecho.", en virtud del cual "La predecibilidad de las conductas (...) 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" (STC N° 0016-2002-AI/TC, fundamento 3). Por ello, precisamente, en todo Estado Constitucional, siempre hay un órgano de cierre y, en nuestro caso, ese órgano de cierre es el Tribunal Constitucional, según se desprende del precitado artículo 202°, inciso 2), de la Constitución Política, que debe proteger la seguridad jurídica; tanto es así que agotada la jurisdicción interna, sólo se puede acudir a la jurisdicción supranacional (artículo 205° de la misma Norma Fundamental) y es dicha instancia internacional la única que, de ser el caso, está habilitada para rectificar la decisión del Tribunal Constitucional.

**Consideraciones adicionales.**

13. El Tribunal Constitucional de hoy, como cualquier otro que tengamos en el futuro, debe aceptar que sus competencias son limitadas por lo previsto en la propia Constitución. Y que si la Norma Fundamental ha establecido que las sentencias de nuestro colegiado son expedidas en instancia definitiva, dicho mandato debe ser cumplido, más allá de las posiciones que en distintos momentos pueda tener cada conformación del Tribunal.

14. Lo que resulta paradójico es que el pedido de nulidad acuse a la sentencia del 28 de abril del 2014 de haber violado precedentes y doctrina consolidada por parte del Tribunal Constitucional, cuando, en rigor pretende lo mismo y acaso a mayor escala, al permitirse sugerir una práctica de nulidad, como si fuese avalada por la ley.

15. Consideramos en suma, que habilitar un proceder como el que pretende el Procurador de la Sunat (la declaratoria de nulidad de las propias sentencias de este Colegiado) abriría un peligroso e impredecible camino que a la larga conduciría al debilitamiento de la justicia constitucional en nuestro país, lo que en modo alguno debe ser permitido.

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

**RESUELVE**, con los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, que se agregan,

Declarar **IMPROCEDENTE** el pedido de nulidad formulado por el Procurador Público Adjunto de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT).

**SS**
**URVIOLA HANI**
**MIRANDA CANALES**
**BLUME FORTINI**
**RAMOS NUÑEZ**
**SARDÓN DE TABOADA**

EXP. N.° 03700-2013-PA/TC
LAMBAYEQUE
AUGUSTO SIPIÓN BARRIOS

**VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ**

Con el debido respeto por la decisión de mis colegas, estimo que una sentencia manifiestamente irregular no puede considerarse como cosa juzgada. Por ello, debe declararse FUNDADO el pedido de autos y, en consecuencia, NULA la sentencia de fecha 28 de abril de 2014. Como parte de mi voto singular, hago mío todos los argumentos del voto singular expuestos por el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera y estimo que además deben tomarse en cuenta las siguientes razones:

1. La posición en mayoría alega que "no puede considerarse que tienen autoridad de cosa juzgada las resoluciones que carecen de fundamento jurídico o fáctico pertinentes. que obvian completamente lo alegado por las partes, o que solo ofrecen motivaciones aparentes, falsas o fraudulentas" (fundamento 17).

2. Más allá de que comparto dicha conclusión, estimo que, además, debe considerarse la jurisprudencia que sobre la configuración de la denominada cosa juzgada "aparente" o "irregular" ha expedido tanto el Tribunal Constitucional peruano, como la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos o incluso tribunales importantes como la Corte Constitucional de Colombia.

3. Tanto en la sentencia del Expediente N.° 04587-2004-AA/TC como en aquella contenida en el

Expediente N.° 00679-2005-PA/TC, el Tribunal Constitucional peruano dejó establecido el criterio según el cual no puede constituir cosa juzgada aquella sentencia seguida ante un órgano jurisdiccional incompetente o cuando , dicha cosa juzgada no se genere en un **proceso "jurídicamente válido"**. Asimismo, de forma más contundente, en esta última sentencia, el Tribunal Constitucional citó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que estableció que una sentencia pronunciada como consecuencia de un procedimiento que no fue seguido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales produce una cosa juzgada "aparente" (fundamento 18).

4. En efecto, en el *Caso La Contuta vs. Perú* (sentencia del 29 de noviembre de 2006, párrafo 153), la Corte Interamericana señaló lo siguiente: *"específicamente en relación con la figura de la* cosa juzgada*, recientemente la Corte precisó que el principio non bis in ídem no resulta aplicable cuando el procedimiento que culmina con el sobreseimiento de la causa o la absolución del responsable de uno violación a las derechos humanos, constitutiva de una infracción al derecho internacional, ha sustraído al acusado de su responsabilidad penal, o cuando el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una osa juzgada 'aparente' o 'fraudulenta' ".*

5. De otro lado, en el *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana* (sentencia del 24 de octubre de 2012, párrafos 195 y 196) la Corte Interamericana estableció lo siguiente: *"la Corte recuerda que el principio de "cosa juzgada" implica la intangibilidad de una sentencia sólo cuando se llega a ésta respetándose el debido proceso de acuerdo a la jurisprudencia de este Tribunal en la materia. Asimismo, la Corte considera que se presenta el fenómeno de cosa juzgada "aparente"—cuando del análisis fáctico es evidente que la investigación, el procedimiento y las decisiones judiciales no pretendían realmente esclarecer los hechos sino obtener la absolución de los imputados y también que los funcionarios judiciales carecían de los requisitos de independencia e imparcialidad".*

6. En tal sentido, los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la configuración de la denominada cosa juzgada aparente se identifican en casos de graves irregularidades como ciertamente lo son aquellos en que determinados órganos jurisdiccionales omitieron la investigación de graves violaciones a los derechos humanos, pero también se pueden configurar en otros casos en los que se presenten graves irregularidades o manifiestas arbitrariedades, como, por ejemplo, el dictado de una sentencia sin ningún tipo de fundamento jurídico o fáctico pertinente al caso concreto, o cuando, existiendo algún fundamento jurídico o fáctico, éstos resultan aparentes o falsos, entre otros supuestos. Estos últimos supuestos también conforman una cosa juzgada aparente o irregular. No se incluyen en dichos supuestos los problemas interpretativos que se pudieran generar sobre una determinada disposición, sino la manifiesta inexistencia de fundamentos jurídicos y fácticos pertinentes para solucionar un caso.

7. De otro lado, la Corte Constitucional de Colombia, en importantes pronunciamientos con los que coincidimos, ha sostenido que "la declaratoria de nulidad de una sentencia de revisión proferida por la Corte Constitucional es una medida de carácter excepcional. Esta decisión se adopta solo cuando concurran situaciones jurídicas especialísimas y excepcionales, que tan sólo pueden provocar la nulidad del proceso cuando los fundamentos expuestos por quien la alega muestran, de manera indudable y cierta, que las reglas procesales aplicables a los procesos constitucionales (...), han sido quebrantadas, con notoria y flagrante vulneración del debido proceso. Ella tiene que ser significativa y trascendental, en cuanto a la decisión adoptada, es decir, debe tener unas repercusiones sustanciales, para que la petición de nulidad pueda prosperar " (Auto 022/14 del 5 de febrero de 2014, fundamento 2.4).

8. En suma, el otorgamiento de la potestad de administrar justicia a los jueces no les autoriza a materializar como justicia su propia moral subjetiva, aisladamente de lo establecido en el ordenamiento jurídico. Los jueces interpretan la normatividad constitucional, legal o reglamentaria existente; solucionan los conflictos entre normas; o llenan los vacíos normativos, teniendo en cuenta el sistema de principios y valores de la Constitución, pero lo que no pueden hacer los jueces en un Estado Constitucional es ampararse en que su decisión, de todas maneras, será protegida por la garantía de la cosa juzgada y, con base en ello, adoptar cualquier decisión, así esta carezca de la justificación normativa o fáctica correspondiente.

   Cuando un juez o una jueza asumen la función de hacer justicia no adquieren un ámbito de libertad absoluta e ilimitada para que en cada

caso se materialice su propia idea de justicia, su modo peculiar de entender el mundo o la representación sus propios intereses o los de un grupo económico, social, político, religioso u otro, como si tuvieran una "licencia para decir cualquier cosa" y que esta será protegida de todas formas por la garantía de la "cosa juzgada", "digan lo que digan". No, eso no implica asumir la función jurisdiccional. Dicha función, tal como lo establece el artículo 138° de la Constitución, exige asumirla "con arreglo a la Constitución y a las leyes", de modo tal que sólo se podrá configurar una decisión protegida por la cosa juzgada cuando tal decisión sea legítima, cuando se haga justicia, no de lo que personalmente quiera el juez o cada una de las partes procesales, sino sólo cuando lo que se decida tenga fundamento a partir del ordenamiento constitucional. Los jueces y las juezas no administran su justicia sino la justicia que emana de la Constitución. Eso sí es justicia. Eso si está protegido por la cosa juzgada.

**S.**
**LEDESMA NARVAEZ**

EXP. N.° 03700-2013-PA/TC
LAMBAYEQUE
AUGUSTO SIPIÓN BARRIOS

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

1. Con el debido respeto que merecen los magistrados que suscriben la sentencia, discrepo de lo señalado por mis colegas en base a las consideraciones que paso a detallar de inmediato.

2. En primer lugar, conviene tener presente que la garantía de la irreversibilidad de las decisiones con autoridad de cosa juzgada prevista en la Constitución no es una materia que pueda interpretarse de modo aislado respecto a las demás disposiciones contenidas en la Constitución. En efecto, como ya hemos dejado indicado en mi voto singular del Exp. N° 04617-2012-PA/TC (caso Panamericana Televisión), no sería una interpretación constitucionalmente correcta aquella que considere que la garantía de inmutabilidad de la cosa juzgada alcance a resoluciones írritas, arbitrarias, fraudulentas o carentes de motivación. En tales casos, nos encontramos ante la denominada cosa juzgada aparente, falsa o fraudulenta.

3. En este orden de ideas, y ateniendo a otros bienes constitucionalmente relevantes (como el, a la vez, principio y derecho de dignidad humana previsto en el artículo 1; la tutela jurisdiccional "efectiva" contenida en el artículo 139, inciso 3; a las garantías específicas que integran el debido proceso consignadas a lo largo del ya mencionado artículo 139; o al mandato de interdicción de la arbitrariedad que se desprende de la fórmula de Estado de Derecho planteado en los artículos 3 y 43), y a la luz de del criterio interpretativo de unidad de la Constitución y de concordancia de ella consigo misma[1], debe entenderse que el contenido de una sentencia que constituye cosa juzgada es inmutable e inmodificable, siempre y cuando su contenido no incluya graves irregularidades, o supuestos de manifiesta arbitrariedad que terminen vulnerando derechos fundamentales o los principios constitucionales.

4. De otra parte, y con respecto a la argumentación de la decisión en mayoría con respecto a que no puede declararse de la nulidad de una sentencia del Tribunal Constitucional, pese a su contenido írrito, debido a que ello no se encuentra expresamente reconocido en el Código Procesal Constitucional y que no sería aplicable supletoriamente la regulación sobre la nulidad de resoluciones previsto en el Código Procesal Civil, conviene precisar, con todo respeto, que tal afirmación desconoce aspectos hoy vistos como decisivos en la teoría del Derecho y el Derecho Constitucional.

5. Desconoce, por ejemplo, que desde los procesos de Nüremberg en adelante, y sobre la base de consideraciones materiales de justicia, sea inadmisible ofrecer consideraciones meramente formales con la finalidad de sostener la validez de decisiones que, aunque formalmente jurídicas, transgredan umbrales mínimos de injusticia. Como bien señaló en su momento Radbruch, no existe en rigor Derecho si lo previsto como tal no satisface un mínimo umbral de justicia. Por ende, actualmente se entiende que el principio de estricta legalidad se ha transformado en un principio de juridicidad en sentido amplio, como consecuencia de ello, la validez de normas y actos jurídicos no depende únicamente de lo regulado a través de disposiciones legales, sino del conjunto de bienes materiales relevantes, y en especial de los valores, principios y derechos constitucionales.

1 GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. "La interpretación constitucional como problema". En: *Revista de Estudios Políticos.* Nueva Época, N° 86, octubre-diciembre de 1994, p. 31.

6. Corresponde entonces, tomando en cuenta cuales son los actuales alcances de los conceptos ya aquí reseñados, si es pertinente que una decisión con motivación falsa o aparente, fraudulenta, o sin fundamentos jurídicos o fácticos pertinentes puede ser declarada nula, en caso lo hubiere pedido la parte afectada (como en el caso de autos), pese a que ello no está regulado expresamente por el Código Procesal Constitucional peruano.

7. Al respecto, debe tenerse en cuenta que los jueces de este Tribunal Constitucional, como los demás jueces de la República, tienen una potestad nulificante, indesligable de sus funciones, en la medida que tienen el deber de impartir justicia conforme a la Constitución y las leyes (artículos 51 y 138 de la Constitución); y a que toda decisión judicial debe estar basada en Derecho (artículo 139, inciso 5 de la Constitución), aunque la ley u otra normativa a aplicar sea defectuosa o incompleta (artículo 139, inciso 8 de la Constitución). Esto implica que los jueces tienen el deber de resolver conforme a Derecho, inclusive dejando sin efectos sentencias emitidas en última y definitiva instancia o grado, y cuando estemos ante situaciones donde dichas sentencias incurran en vicios gravísimos e insubsanables.

8. Es pues en mérito a lo expuesto que resulta contrario a los actuales alcances del constitucionalismo contemporáneo que se le pretenda privar al Tribunal Constitucional de su competencia implícita para rectificar resoluciones írritas, máxime si aquello busca justificarse en un supuesto vacío del Código o de una referencia expresa al carácter inimpugnable de las sentencias del Tribunal Constitucional.

9. Por el contrario, cualquier referencia a temas como el del carácter inimpugnable de las resoluciones debe leerse de manera compatible con la Constitución, la cual exige que toda resolución judicial debe encontrarse ajustada a Derecho y conforme con la Norma Fundamental. Es más, ya el propio Tribunal ha cuestionado el supuesto carácter inimpugnable de algunas resoluciones jurisdiccionales (o cuasi jurisdiccionales)[2], en atención a los criterios de fuerza normativa y de unidad de la Constitución. En ese contexto, no se entiende cómo una norma de inferior jerarquía también referida a la irrevisabilidad (la ley procesal constitucional), no ha sido interpretada en similar sentido, ignorando lo antes señalado.

10. Y por si lo expuesto no fuese suficiente, fácilmente puede acreditarse la existencia de un universo amplio de casos en los que el propio Tribunal Constitucional ha declarado la nulidad de sus resoluciones finales.

11. Efectivamente, este Tribunal Constitucional, en reiteradas ocasiones, ha declarado la nulidad de muchas de sus propias resoluciones, a las cuales denominó sentencias, tarea que ha emprendido tanto de oficio como a pedido de parte. Eso lo ha hecho en el entendido de que esta es una competencia siempre excepcional, y cuando reconoce que en sus propias decisiones incurrió en graves vicios.

12. Al respecto, y como ya he tenido ocasión de explicitar en una anterior oportunidad, entre algunas decisiones del Tribunal en las que declara la nulidad de sus propias resoluciones se encuentran las siguientes:

| NULIDADES SUSTENTADAS EN VICIOS QUE PODEMOS CONSIDERAR DE FORMA | |
|---|---|
| **EXPEDIENTE** | **SUMILLA** |
| RTC Exp. N.° 02386-2008-AA/ TC-Nulidad, de fecha 12 de noviembre de 2009 | Se declara, a pedido de parte (recursos de aclaración y de nulidad), la nulidad de una sentencia debido a que no se notificó el llamamiento del magistrado correspondiente para dirimir la discordia. |
| RTC Exp. N.° 02488-2011-HC/ TC-Nulidad, de fecha 22 de diciembre de 2011 | A través de razón de relatoría y resolución de presidencia se declara, de oficio, la nulidad de una sentencia y actos posteriores, por contener la firma de un magistrado equivocado. |

2 En ese sentido, revisar lo prescrito en la STC (Caso Lizana Puelles), donde se descarta por considerarse inconstitucional una lectura literal de lo previsto en los artículos 142 y 181 de la Constitución, vinculados a la pertinencia o no de poder revisar judicialmente las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones y el Consejo Nacional de la Magistratura.

| NULIDADES SUSTENTADAS EN VICIOS QUE PODEMOS CONSIDERAR DE FORMA | |
|---|---|
| RTC Exp. N.° 5314-2007-PA/ TC-Nulidad, de fecha 26 de abril de 2010 | A través de resolución de Sala se declara de oficio (aunque con ocasión de un pedido de nulidad presentado) nula y sin efecto la resolución, remitiendo los autos al magistrado respectivo para que, a la brevedad posible, emita su ponencia y continúe la causa según su estado. |
| RTC Exp. N.° 03681-2010-HC/TC-Nulidad, de fecha 11 de mayo de 2012 | Se declara, con ocasión de resolver recursos de nulidad y de reposición, la nulidad de una sentencia porque se contó mal el sentido de los votos y se llama al magistrado correspondiente para que se pronuncie sobre el extremo en el que subsiste el empate. |
| RTC Exp. N.° 00831-2010-PHD/TC-Nulidad, de fecha 10 de mayo de 2011 | A través de resolución de presidencia se declara, a pedido de parte (solicitud de aclaración), la nulidad de una sentencia, pues se contabilizó mal el voto de un magistrado, por lo cual no se había conformado resolución válida. |
| RTC Exp. N.° 03992-2006-AA/TC, de fecha 31 de octubre de 2007 | Se declara, mediando escrito de parte, la nulidad de una sentencia debido a que no se notificó el sentido de un voto ni el llamamiento a otro magistrado para que dirima, y con ello las partes poder presentar sus alegatos, si lo deseaban. Se acepta la abstención de un magistrado "pues puede dudarse de su imparcialidad en razón a que se cometió un error en la tramitación del expediente ajeno a su conocimiento" y se ordena que "por Secretaría General se realicen las investigaciones y se sancionen a los responsables conforme lo decretado por el Presidente del Tribunal Constitucional". |
| **NULIDADES SUSTENTADAS EN VICIOS QUE PODEMOS CONSIDERAR DE FONDO** | |
| RTC Exp. N° 04324-2007-AC Nulidad, 3 de octubre de 2008 | A propósito del pedido de nulidad del demandante, el Tribunal verificó que desestimó una demanda de cumplimiento por no cumplir con los requisitos mínimos establecidos por la STC Exp. N° 0168-2005-PC, expresando que la normas invocadas (referidas a la reincorporación del actor a su puesto de trabajo) contenían un "mandato condicional" ("los ex trabajadores podrán ser incorporados al puesto de trabajo del |
| RTC Exp. N° 04324-2007-AC Nulidad, 3 de octubre de 2008 | que fueron cesados en la medida en que existan las correspondientes plazas vacantes y presupuestales y aquellos que no alcanzaren plaza vacante podrán ser reubicados en otras igualmente vacantes del sector público"). Sin embargo, el Tribunal constató que no tuvo en cuenta que el recurrente ya se encontraba laborando en una plaza presupuestada y vacante, en virtud a una medida cautelar confirmada en segunda instancia, por lo que declara nula la vista de la causa y actos posteriores, y ordena que se emita nueva resolución. |
| RTC Exp. N° 00978-2007-AA/TC, de fecha 21 de octubre de 2009 | El Tribunal inicialmente declaró improcedente la demanda por (supuestamente) no haber recibido una información solicitada al demandante. Sin embargo, mediando escrito de parte, detecta que esta sí se había recibido, por lo que declaró la nulidad de la resolución para emitir una nueva. |
| RTC Exp. N° 06348-2008-AA Resolución (RTC 8230-2006-AA), de 2 de agosto de 2010 | En su sentencia el Tribunal ordenó a la sala de segundo grado admitir a trámite la demanda, cuando esta originariamente lo había hecho. Ante ello, la sala hace una consulta al Tribunal, que atendiendo a la contradicción existente declara nula su resolución y señala nueva fecha para la vista de la causa y, con ello, emitir pronunciamiento de fondo. El Tribunal en esta ocasión (a diferencia de todas las otras) fundamenta su "potestad nulificante". |

| NULIDADES SUSTENTADAS EN VICIOS QUE PODEMOS CONSIDERAR DE FORMA | |
|---|---|
| RTC Exp. N.° 4104-2009-AA/TC, 10 de mayo de 2011 | Mediando el pedido de una de las partes (nulidad), el Tribunal anuló su decisión reconociendo que omitió evaluar un medio probatorio. |
| RTC Exp. N.° 2023-2010-AA/TC-Nulidad, 18 de mayo de 2011 | Con ocasión de resolver un pedido de aclaración presentado por el demandante, el Tribunal encontró que lo resuelto no correspondía al expediente, esto es, que no existía congruencia entre los fundamentos y lo solicitado en la demanda. Ante ello declaró nulo lo actuado luego de la vista de la causa y se dispuso continuar con el trámite. |
| RTC Exp. N.° 00705-2011-AA Nulidad, de fecha 3 de agosto de 2011 | El Tribunal al emitir su sentencia impuso una multa de 25 URP a una aseguradora, basada en que en complicidad con unos médicos emitió una certificación médica alterando la verdad de manera intencional, en perjuicio de tercero; sin embargo, posteriormente, la multada (a través de un pedido de nulidad parcial de sentencia) puso en conocimiento del Tribunal Constitucional la resolución que archivó la denuncia penal contra la aseguradora, y ante ello, "dado que la empresa demandada ha probado fehacientemente que el hecho motivador de la sanción en su contra ha desaparecido por haberse archivado la denuncia penal, corresponde modificar la sentencia de autos en este extremo, dejando sin efecto la multa impuesta (…) y corrigiendo el extremo en que se señala que la demandada ha actuado con palmaria mala fe". |
| RTC Exp. N.° 2346-2011-HC/TC Reposición, 7 de setiembre de 2011 | Con ocasión de resolver un pedido de parte (reposición), la Sala declara la nulidad de su resolución (todo lo actuado después de la vista de la causa), debido a que no se valoró un documento crucial, que demostraba que se mantenía la detención del demandante y que no se había producido la sustracción de la materia, como había declarado inicialmente el Tribunal Constitucional. |
| RTC Exp. N.° 02135-2012-AA Nulidad, de fecha 6 de enero de 2014 | Atendiendo el pedido de nulidad de sentencia formulado por una de las partes, la Sala declaró nula la resolución cuestionada porque tomó en cuenta como prueba un documento (Acta de Infracción) que de modo expreso había sido declarado nulo en una anterior sentencia del Tribunal Constitucional (STC Exp. N° 02698-2012-PA/TC). Con ello, ordenó que se fije una nueva fecha para la vista de la causa. |

13. Adicionalmente, es menester indicar que el Tribunal Constitucional no solo ha declarado muchas veces la nulidad de sus decisiones de fondo, sino que ha fundamentado prolijamente tal posibilidad, sobre la base de consideraciones constitucionales, legales y doctrinarias. Esa argumentación se encuentra consignada, por ejemplo, en la RTC Exp. N° 6348-2008-PA/TC, de fecha 2 de agosto de 2010 (ff. jj. 8-10); y por la RTC Exp. N° 0294-2009-PA, de fecha 3 de febrero de 2010 (ff. jj 11-18).

14. Así, a modo de ejemplo para dejar constancia sobre lo que se acaba de señalar, se consignan los siguientes textos de este mismo Tribunal, en los cuales se establece expresamente que:

> "[L]a nulidad procesal es el instituto natural por excelencia que la ciencia procesal prevé como remedio procesal para reparar un acto procesal viciado, originado en la carencia de alguno de sus elementos constitutivos o de vicios existentes en ellos, que lo coloca en la situación procesal de ser declarado judicialmente inválido, el cual puede ser declarado de oficio o a pedido de parte" (RTC Exp. N° 6348-2008-PA/TC, ff. jj. 8-10).

O también que:

> "[L]a nulidad de los actos procesales no se justifica en la simple voluntad de la ley. No admite una consideración de la nulidad por la simple nulidad, porque así

se expresa o porque o es voluntad de la ley, sino porque en el establecimiento de determinadas formalidades que se observen en dicho actos procesales, subyacen bienes constitucionalmente protegidos (RTC Exp. N° 00197-2005-PA/TC, f. j. 7 in fine).

15. Adicionalmente, y por si quedara duda, no han sido posteriores composiciones del Tribunal Constitucional las que han resuelto y justificado tales declaratorias de nulidad de pronunciamientos emitidos por anteriores integrantes de este órgano colegiado. Por el contrario, han sido los propios jueces constitucionales que emitieron las (aparentes) decisiones de fondo quienes resolvieron anular y dejar sin efectos sus "sentencias", precisamente por encontrar vicios gravísimos e insubsanables que obligaban a ello.

16. Por otra parte, como era de esperar, la potestad nulificante a la que me refiero no es un asunto privativo de nuestro Tribunal Constitucional, sino que también es una potestad utilizada por otros tribunales constitucionales. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia no solo ha reconocido y ejercido su potestad de declarar nulas sus resoluciones, incluso a pesar de las limitaciones que aparentemente plantearía la lectura literal de alguna de su normativa, sino que, además, ha indicado expresamente algunas causales y presupuestos que le permitían declarar la nulidad de dichas decisiones.

17. Así, por ejemplo, sobre la base de decisiones anteriores, la Corte colombiana en el Auto 022/13 ha indicado y sistematizado lo siguiente:

> "La Corte Constitucional ha fijado las reglas aplicables para resolver acerca de la nulidad de las sentencias que profiere la Sala Plena o las distintas Salas de Revisión de este Tribunal. Los aspectos esenciales de esta doctrina fueron propuestos por la Corte en el Auto 031A/02, previsiones que han sido constantemente reiteradas por decisiones posteriores, entre ellas los Autos 164/05, 060/06, 330/06, 410/07, 087/08, 189/09 y 270/09. Así las cosas, la Sala hará referencia a dichas reglas para resolver la petición objeto de análisis.
>
> El artículo 49 del Decreto 2067 de 1991 dispone que contra las sentencias proferidas por la Corte Constitucional no procede recurso alguno. Con todo, la misma norma prevé que la nulidad de los procesos que se surtan ante esta Corporación solo podrá alegarse antes de proferido el fallo y deberá sustentarse en irregularidades que comporten la violación del debido proceso.
>
> No obstante, la jurisprudencia constitucional, con base en un análisis armónico de la legislación aplicable, también ha concluido la posibilidad de solicitar la nulidad de las sentencias de revisión de acciones de tutela, incluso con posterioridad al fallo o de manera oficiosa.[3] Para ello, esta doctrina ha fijado una serie de requisitos definidos para la declaratoria de nulidad, los cuales son sintetizados a continuación.[4]
>
> 3.2.1. Naturaleza excepcional. La declaratoria de nulidad de una sentencia de revisión proferida por la Corte Constitucional es una medida excepcional a la cual sólo puede arribarse cuando en la decisión concurran "situaciones jurídicas especialísimas y excepcionales, que tan sólo pueden provocar la nulidad del proceso cuando los fundamentos expuestos por quien la alega muestran, de manera indudable y cierta, que las reglas procesales aplicables a los procesos constitucionales, que no son otras que las previstas en los decretos 2067 y 2591 de 1991, han sido quebrantadas, con notoria y flagrante vulneración del debido proceso. Ella tiene que ser significativa y trascendental, en cuanto a la decisión adoptada, es decir, debe tener unas repercusiones sustanciales, para que la petición de nulidad pueda prosperar"'[5] (Subrayado fuera de texto)"[6].
>
> En este sentido, la jurisprudencia ha concluido que la solicitud de nulidad de una sentencia de revisión no puede, en ningún caso, tornarse en un recurso adicional contra la providencia adoptada por la sala de revisión. Razones de seguridad jurídica y de certeza en la aplicación del derecho,[7] permiten afirmar de manera categórica que las decisiones adoptadas por una de las Salas del órgano judicial límite de la jurisdicción constitucional hacen tránsito a cosa juzgada y cierran el debate sobre

3 Acerca de la declaratoria oficiosa de nulidad de las sentencias, *Cfr.* Corte Constitucional, Auto 050/00 y 062/00.

4 La doctrina sobre la nulidad de las sentencias de revisión puede consultarse, entre otros, en los Autos 031A de 2002 M.P., 002A, 063 de 2004 y 131 de 2004, 008 de 2005 y 042 de 2005. La clasificación utilizada en esta providencia está contenida en el Auto 063/04.

5 Corte Constitucional, auto del 22 de junio de 1995.

6 Corte Constitucional, auto A-031a de 2002.

7 *Ibídem.*

el asunto respectivo, el cual no puede reabrirse utilizándose como medio para ello la solicitud de declaratoria de nulidad de la sentencia. Así, sólo una censura a la decisión fundada no en la controversia acerca del fondo del asunto estudiado por la Corte, sino en la presencia de circunstancias con base en las cuales pueda predicarse la vulneración del debido proceso en razón del fallo, servirá de sustento válido para la declaratoria de nulidad.

Como corolario de lo anterior, es evidente que la solicitud de nulidad no puede constituirse en una instancia en la que Sala Plena de la Corte efectúe un análisis acerca de la corrección de los argumentos expuestos por la Sala de Revisión correspondiente. La sentencia que profiere la Sala de Revisión está cobijada por los efectos de la cosa juzgada, de manera tal que tanto la valoración probatoria como la interpretación que se haya plasmado en la sentencia no son asuntos objeto de cuestionamiento a través del incidente de nulidad. En cambio, este incidente se restringe a la identificación de un vicio significativo y trascendental, el cual haga a la sentencia atacada abiertamente incompatible con el derecho al debido proceso. Al respecto, la Corte ha insistido en que "[a] través de la solicitud de nulidad no se puede pretender reabrir un debate que ya ha sido cerrado en las discusiones de la Sala de Revisión o la Sala Plena. Una vez proferida la sentencia por parte de la Corte Constitucional, ésta no es recurrible o impugnable, en principio. En reciente providencia (Auto 131/04, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil) esta Corporación señaló clara y enfáticamente que: "cualquier inconformidad con la interpretación dada por la Corte, con la valoración probatoria o con los criterios argumentativos que sustentan la sentencia, no pueden constituir fundamentos suficientes para solicitar su nulidad, ya que este tipo de situaciones no implican la vulneración del debido proceso, sino que constituyen meras apreciaciones connaturales al desacuerdo e inconformismo del solicitante con la decisión. Por ello, solamente aquellos vicios que impliquen una verdadera afectación del debido proceso, cuya demostración sea "ostensible, probada, significativa y trascendental, es decir, que tenga repercusiones sustanciales y directas en la decisión o en sus efectos"[8], pueden conducir a la nulidad de una sentencia proferida por esta Corporación."[9] De manera similar, el Auto 127A de 2003 sostuvo que "[b]ajo esta óptica, siendo coherente con la interpretación indicada, la jurisprudencia reconoce que el incidente de nulidad puede promoverse no solo respecto de los presuntos defectos en que haya podido incurrir la Corte antes de proferir la decisión de fondo, conforme en principio se deduce del contenido del artículo 49 del decreto antes citado, sino también en relación con aquellas fallas que le son imputables directamente al texto o contenido de la sentencia. Esto último, sin que pueda interpretarse el incidente de nulidad como la configuración de una especie de recurso oponible a los fallos que dicta la Corte, que como se dijo están proscritos por expreso mandato constitucional, ni tampoco como una nueva instancia procesal apta para reabrir debates pasados o para analizar nuevamente las controversias que ya han sido resueltas por el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional en su Sala Plena o en sus respectivas Salas de Revisión de tutela."

Si se parte del criterio que el incidente de nulidad es un trámite limitado a la verificación de un vicio en la sentencia atacada, el cual por su magnitud afecte ostensiblemente derechos como el derecho a un debido proceso, bien puede entenderse como la jurisprudencia constitucional de países como Colombia ha contemplado la necesidad de contar con herramientas metodológicas de naturaleza objetiva. Así, ha previsto que la procedencia de la nulidad depende del cumplimiento de requisitos de carácter formal y material, cuyo contenido se explica a continuación.

3.2.2. Presupuestos formales de procedencia. La postura que se viene analizando determina las condiciones formales que deben concurrir para la admisibilidad de la solicitud de nulidad de las sentencias de revisión.[10] Estos requisitos son:

*(i)* La solicitud debe presentarse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del fallo adoptado por la Corte. Vencido este término, se entiende que toda circunstancia que acarrearía la nulidad del fallo queda saneada[11];

8 Auto 031A de 2002.

9 *Cfr*: Corte Constitucional, Auto 008/05. Esta regla fue reiterada en el Auto 183/07.

10 *Cfr*: Corte Constitucional, Autos 031A/02 y 063/04.

11 El saneamiento de las nulidades no alegadas oportunamente fue sustentado por la Corte al afirmar que

*(ii)* En caso que el vicio se funde en situaciones acaecidas con anterioridad al momento de proferir el fallo, la solicitud de nulidad deberá solicitarse, de conformidad con lo señalado en el artículo 49 del Decreto 2067 de 1991, antes de que la Sala de Revisión emita la sentencia correspondiente. Por ende, si las partes que intervinieron en el proceso constitucional no elevan petición en ese sentido dentro de la oportunidad prevista, pierden su legitimidad para invocar la nulidad posteriormente;[12]

3.2.3. Presupuestos materiales de procedencia. En igual sentido, y desde la postura en comento, no solamente se han establecido los requisitos de admisibilidad de las solicitudes de nulidad. También ha establecido determinadas condiciones y limitaciones a los argumentos que se utilicen para fundar los cargos en contra de la sentencia respectiva, las cuales se resumen de la siguiente manera:

*(i)* El solicitante tiene la carga de demostrar, con base en argumentos serios y coherentes, que la sentencia vulnera el derecho fundamental al debido proceso. Como se indicó, el incidente de nulidad no es una oportunidad para reabrir la discusión jurídica resuelta en el fallo, por lo que una censura sustentada en el inconformismo del peticionario ante lo decidido o en una crítica al estilo argumentativo o de redacción utilizado por la Sala de Revisión, carece de eficacia para obtener la anulación de la sentencia.

*(ii)* La solicitud de nulidad no puede utilizarse como alternativa para que la Sala Plena de la Corte Constitucional reabra el debate probatorio realizado por la Sala de Revisión que profirió el fallo respectivo. En consecuencia, el cargo que sustente la solicitud de nulidad no puede estar dirigido hacia ese fin.

*(iii)* La afectación del debido proceso por parte de la Sala de Revisión tiene naturaleza cualificada. Por tanto, "debe ser ostensible, probada, significativa y trascendental, es decir, que tenga repercusiones sustanciales y directas en la decisión o en sus efectos (Subraya la Corte)".[13] Con base en estas características, la jurisprudencia identifica algunos casos en que la vulneración reúne esas características, tales como:

"- Cuando una Sala de Revisión cambia la jurisprudencia de la Corte. (…)[14]

- Cuando una decisión de la Corte es aprobada por una mayoría no calificada según los criterios que exige la ley.[15]

- Cuando existe incongruencia entre la parte motiva de una sentencia y la parte resolutiva de la misma, que hace anfibológica o ininteligible la decisión adoptada;[16] igualmente, en aquellos eventos donde la sentencia se contradice abiertamente, o cuando la decisión carece por completo de fundamentación.

- Cuando la parte resolutiva de una sentencia de tutela da órdenes a particulares que no fueron vinculados o informados del proceso.[17]

- Cuando la sentencia proferida por una Sala de Revisión desconoce la cosa juzgada constitucional, pues

*"i) en primer lugar, atendiendo el principio de seguridad jurídica y de necesidad de certeza del derecho; (ii) en segundo lugar, ante la imposibilidad presentar acción de tutela contra las providencias de tutela. Y finalmente, (iii) porque es razonable establecer un término de caducidad frente a las nulidades de tutela, si incluso esa figura aplica en las acciones de inconstitucionalidad por vicios de forma". Cfr*: Corte Constitucional, Auto 031 A/02.

12 Una explicación ampliada de los fundamentos de este requisito puede encontrarse en los Autos del 13 de febrero de 2002, y del 20 de febrero del mismo año., M.P. Jaime Araujo Rentería.

13 *Cfr*: Auto 031 A/02.

14 Al respecto la Corte señaló en el Auto que se cita que "[e]l artículo 34 del decreto 2591 de 1991 establece que todo cambio de jurisprudencia debe ser decidido por la Sala Plena; en consecuencia, si una de las salas de revisión se apropia de esa función, se extralimita en el ejercicio de sus competencias con una grave violación al debido proceso. Sin embargo, no toda discrepancia implica cambio de jurisprudencia, puesto que ella debe guardar relación directa con la ratio decidendi de la sentencia de la cual se predica la modificación; en caso contrario, *'[L]as situaciones fácticas y jurídicas analizadas en una sentencia de una Sala de Revisión y que sirven de fundamento para proferir un fallo son intangibles, porque son connaturales a la libertad, autonomía e independencia que posee el juez para evaluarlas y juzgarlas'."* (Auto de 30 de abril de 2002; M.P. Eduardo Montealegre Lynett; A-031a de 2002).

15 Cfr. Auto 062 de 2000 MP. José Gregorio Hernández Galindo.

16 Cfr. Auto 091 de 2000 MP. Antonio Barrera Carbonell.

17 Cfr. Auto 022 de 1999 MP. Alejandro Martínez Caballero.

ello significa la extralimitación en el ejercicio de sus atribuciones.[18] ” [19]

(iv) Igualmente, la jurisprudencia también ha contemplado la configuración de una causal de nulidad de las sentencias de revisión cuando, de manera arbitraria, se dejan de analizar asuntos de relevancia constitucional que tienen efectos transcendentales para el sentido de la decisión.[20] Ello, por supuesto, siempre y cuando se compruebe que la sentencia omitió por completo el análisis de esos asuntos relevantes. En contrario, si la Sala de Revisión hizo un estudio particular de la materia correspondiente, no le corresponde al Pleno realizar un examen sobre la corrección de tales argumentos pues, como ya se indicó, esto significaría la reapertura del análisis jurídico y probatorio realizado en el fallo cuestionado, actividad incompatible con la naturaleza del incidente de nulidad.

En conclusión, la solicitud de nulidad de las sentencias que profieren las salas de revisión es un trámite de configuración jurisprudencial relacionado con la protección del derecho al debido proceso, que tiene naturaleza excepcional y que está sometido a estrictos requisitos de procedencia, los cuales versan sobre la acreditación suficiente de circunstancias ostensibles y trascendentales que afecten de manera cierta el derecho fundamental mencionado. Igualmente, constituye un procedimiento que, en ningún caso, puede originar la reapertura del debate jurídico resuelto por la sentencia correspondiente. Esto implica la inadmisibilidad de argumentos que, bajo la apariencia de fundarse en presuntas afectaciones del debido proceso, en realidad están dirigidos a cuestionar sustantivamente los fundamentos jurídicos de la decisión cuestionada.

Estas condiciones agravadas encuentran sustento constitucional en tanto pretenden proteger adecuadamente principios jurídicos centrales para la función ejercida por la Corte, tales como la seguridad jurídica y la certeza de la aplicación del derecho de forma tal que sirva de instrumento idóneo para la resolución de los conflictos y la paz social”.

18. Luego de todo lo expuesto hasta el momento, queda entonces absolutamente claro no solo que es jurídicamente posible y completamente compatible con nuestra Constitución declarar la nulidad de nuestras resoluciones en casos excepcionales, sino que se trata además de una competencia que, al igual que ya ocurre en el Derecho Comparado, el Tribunal Constitucional peruano ya ha ejercido y debe preservar, aunque, repito, solamente para ejercerla en casos excepcionales.

19. Lo anotado, si bien justifica que en situaciones muy especiales este Tribunal declare la nulidad de sus propias resoluciones, podría ser considerado insuficiente si a ello no se suman algunas pautas que permitan racionalicen esta actividad con el objeto de no generar zozobra en los operadores de justicia ni intervenir irrazonablemente en el principio de seguridad jurídica que subyace a la regla de la cosa juzgada.

20. Al respecto, considero que de lo resuelto anteriormente por este órgano colegiado, se desprenden algunos criterios que podrían observarse para que este Tribunal, de modo excepcional, se plantee la nulidad de sus propias resoluciones. En mérito a ello, esta posibilidad debería quedar abierta frente a casos en los que:

- (1) Existan vicios graves de procedimiento, en relación tanto con (1.1) el cumplimiento de las formalidades necesarias y constitutivas de una resolución válida, como a (1.2) vicios en el procedimiento seguido en esta sede que afecten de modo manifiesto el derecho de defensa.
- (2) Existan vicios o errores graves de motivación, los cuales enunciativamente pueden estar referidos a: (2.1) vicios o errores graves de conocimiento probatorio; (2.2) vicios o errores graves de coherencia narrativa, consistencia normativa y/o congruencia con el objeto de discusión; y (2.3) errores de mandato, en caso se dispongan mandatos imposibles de ser cumplidos, que trasgredan competencias constitucional o legalmente estatuidas, destinados a sujetos que no intervinieron en el proceso, etc.
- (3) Existan vicios sustantivos contra el orden jurídico-constitucional (en

18 Cfr. Auto 082 de 2000 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

19 Auto de 30 de abril de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett; A-031a de 2002).

20 *Cfr.* Corte Constitucional, Auto 031 A/02. Fundamentos jurídicos 13 a 20.

sentido lato), en alusión a, por ejemplo, resoluciones emitidas contraviniendo arbitrariamente (3.1) precedentes constitucionales (3.2) o reiterada doctrina jurisprudencial de este Tribunal, también cuando (3.3) se trasgreda de modo manifiesto e injustificado bienes, competencias o atribuciones reconocidos constitucionalmente.

21. Señalado esto, lo que correspondería en el presente caso es corroborar si, considerando las pautas antes planteadas, debería declararse de la nulidad de la resolución de fecha 28 de abril de 2014.

**Análisis del caso en particular**

22. A estos efectos, resulta necesario analizar: (1) si se observó el precedente constitucional vinculante referido a la necesidad de agotar las vías previas en materia tributaria para obtener un pronunciamiento de fondo, establecido en la Exp. N° 02302-2003-AA/TC; y (2) si se respetó jurisprudencia constitucional obligatoria, referida aquí a los supuestos excepcionales en los que el Tribunal Constitucional se encuentra habilitado para pronunciarse sobre el fondo de lo pretendido, si lo que en ese momento viene conociendo de casos que han sido declarados improcedentes por las resoluciones de primer y segundo grado.

23. A efectos de estos análisis, es menester recordar, en relación con los precedentes constitucionales (artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional) y la doctrina jurisprudencial de observancia obligatoria (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional) que, al respecto, el Código Procesal Constitucional peruano contiene mandatos claros y de ineludible cumplimiento. Efectivamente, en esta norma procesal se señala que:

> "Artículo VI.- (…) Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional."
>
> "Artículo VII.- (…) Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente."

Adicionalmente, el artículo 3 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional prescribe que los procesos en los cuales, al ser resueltos, pueda establecerse jurisprudencia constitucional o apartarse de precedentes, son de competencia del Pleno del Tribunal Constitucional. En otras palabras, que el apartamiento de la jurisprudencia ya establecida o de precedentes vigentes; o, en su caso, el establecimiento de nueva jurisprudencia o de precedentes constitucionales, debe ser decidido por el Pleno y no por una de las Salas. Señalado esto, corresponde seguir con el análisis antes indicado.

24. Así las cosas, debe anotarse que una sentencia como la analizada no solo ha incurrido en un vicio grave e irreparable, pues contravino el contenido material de jurisprudencia y precedentes constitucionales expedidos por este Tribunal. También habría que señalar que se habría incurrido en un vicio grave si, al pretender variar un criterio jurisprudencial o un precedente, no se hubieran seguido los mecanismos formales previstos para ello en el Código Procesal Constitucional y el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.

25. En primer lugar, debe analizarse si la resolución de fecha 28 de abril de 2014 contravino el precedente constitucional establecido en la STC Exp. N° 02302-2003-AA/TC (caso Inversiones Dreams), referido al agotamiento de la vía previa en el ámbito tributario (especialmente para el caso del cuestionamiento de normas tributarias autoaplicativas).

26. Al respecto, conviene tener presente que el Código Procesal Constitucional en su artículo 45 señala que, siempre que haya una vía previa prevista para cuestionar la medida considerada lesiva, será imprescindible agotarla para que proceda el amparo, a menos que exista una excepción específica para ello. Estas excepciones, como es de conocimiento general, se encuentran previstas en el artículo 46 del Código Procesal Constitucional). En el presente caso, es evidente que el recurrente no agotó las vías previas, exigencia que inicialmente debía cumplir para poder contar con una sentencia de fondo. Precisamente, las sentencias de primer y segundo grado rechazaron la demanda de amparo debido a que el actor no agotó la vía previa existente.

27. Por su parte, el Tribunal Constitucional, en la resolución de fecha 28 de abril de 2014, entró a conocer el fondo del asunto argumentando que "las otras instancias no lo analizaron si había una causal para exceptuarla". No obstante ello, conviene anotar que el mismo Tribunal tampoco hizo ese análisis, el cual resultaba

imprescindible, ya que el agotamiento de la vía previa es un mandato legal general, que solo puede ser exceptuado si se establece una razón debidamente fundamentada sobre el particular (siempre conforme a lo señalado en el artículo 46 del Código Procesal Constitucional).

28. En el presente caso, es claro que no podría acreditarse la presencia de una eximente al deber de transitar la vía previa, no solo porque, en efecto, no existía justificación para exceptuar al recurrente del agotamiento de la vía previa, sino porque además está vigente un precedente constitucional que señala de modo expreso que en materia tributaria existe una vía previa que es necesario transitar.

29. En efecto, el Tribunal tiene indicado explícitamente, con calidad de precedente constitucional, que la reclamación de "órdenes de pago, resoluciones de determinación, multas o cobranzas coactivas", por mencionar algunos ejemplos, "debe seguir previamente el trámite administrativo establecido en la norma de la materia, esto es, el Código Tributario. En ese sentido, no es cierto que en estos casos, la vía previa no se encuentre regulada, puesto que, ante la exigencia arbitraria de una deuda tributaria, el contribuyente puede reclamar en primera instancia, ante el órgano administrador del tributo, y luego apelar ante el Tribunal Fiscal, en cuyo caso, recién queda agotada la vía administrativa" (STC Exp. N° 02302-2003-AA/TC, f. j. 5.a).

30. En otras palabras, el Tribunal Constitucional ya señaló que para el caso de las deudas tributarias existe una vía previa regulada, la cual debe transitarse necesariamente, negando incluso la posibilidad de que algunos amparistas puedan beneficiarse con las excepciones previstas en el artículo 46 del Código Procesal Constitucional, si pretenden cuestionar normas tributarias autoaplicativas (cuya impugnación, inicialmente, parecía que no contaba con una vía previa regulada que transitar).

31. En suma, no se respetó el precedente constitucional establecido en la STC Exp. N.° 02302-2003-AA/TC (caso Inversiones Dreams), pues el Tribunal no tomó en cuenta la existencia de una vía previa señalada expresamente por este Colegiado, ni expresó argumento alguno para apartarse del precedente o para exonerar al actor de transitar la vía previa.

32. Siguiendo con el análisis, debe evaluarse además, si la resolución de fecha 28 de abril de 2014 contravino jurisprudencia vinculante de este Tribunal Constitucional como aquella que nos habilita a pronunciarnos excepcionalmente sobre el fondo de lo discutido cuando las resoluciones de primer y segundo grado declararon la improcedencia de la demanda (casos en los que, inicialmente, de declararse fundado el recurso de agravio, correspondería devolver lo actuado a las instancias precedentes para que se pronuncien sobre el fondo).

33. En el presente caso, las resoluciones de primer y segundo grado declararon improcedente la demanda al declarar fundada la excepción de falta de agotamiento de las vías previas. Como ya quedó señalado, la resolución del Tribunal cuya nulidad se solicita se pronunció sobre el fondo sin explicar en qué causal exime de transitar la vía previa se encontraba comprendido el caso sometido a su conocimiento.

34. Además de lo aquí expuesto, debe tenerse presente que el Tribunal Constitucional no puede, de ordinario, emitir resoluciones de fondo cuando se pone a su consideración asuntos de mera procedencia. El mismo Tribunal ha dicho que únicamente puede conocer el fondo de un proceso, de modo excepcional, si –conforme a un vasto desarrollo jurisprudencial[21]– se acreditan los siguientes requisitos concurrentes:

    - Si es innecesario condenar a las partes a que vuelvan a encontrarse con la situación de ver que su proceso se reinicie, no obstante todo el tiempo transcurrido, y siempre que en el expediente existan suficientes elementos de juicio para resolver.
    - Que no se afectan los derechos de la parte contraria, la cual podría quedar en estado de indefensión ante una sentencia adversa en caso no hubiera contestado la demanda.
    - Que se trate de un caso con "importancia objetiva": es decir, de "notoria trascendencia nacional", o que cuyos alcances "trasciendan al caso concreto", revistiendo relevancia para el ordenamiento jurídico vigente.

    En el presente caso, es claro que no existía motivo que acredite la existencia de la importancia objetiva requerida para que el Tribunal ingresara a conocer el fondo del asunto, resultando evidente que lo discutido únicamente era de interés del recurrente. Estamos pues ante otra precisión

21 Existe abundante jurisprudencia sobre el tema; por todas, recientemente: STC Exp. N.° 00037-2012-AA/TC; pero también, entre otras, la STC Exp. N° 05580-2009-AA/TC.

que proporciona mayores elementos de cuestionamiento a lo resuelto en su momento por el Tribunal Constitucional.

35. Adicionalmente, es necesario aprovechar la ocasión para insistir en que mediante la impugnación de autos de improcedencia vía recurso de agravio constitucional se obtendrá de este Tribunal, en general, análisis y pronunciamientos sobre la procedencia de la demanda, y no sobre el fondo de lo discutido. En tal sentido, debe rechazarse la idea, difundida en parte del foro, de que el Tribunal Constitucional, incluso con cierta regularidad, emite resoluciones de fondo, pese a que se le plantean asuntos de mera procedencia. Ante ello, es menester afirmar enfáticamente que obtener pronunciamientos de fondo en las circunstancias referidas responde a cuestiones excepcionales, vinculadas tanto al caso concreto como al valor e impacto objetivo que tendría un pronunciamiento sobre el fondo de lo discutido en el ordenamiento.

36. En este sentido, debe precisarse también que el hecho de que en algún estadio del proceso los demandados hayan conocido y contestado la demanda (y con ello, en cierta medida se haya salvaguardado su derecho de defensa) no es condición suficiente que habilite a este Tribunal a pronunciarse sobre el fondo de lo discutido. Al respecto, debe tenerse claro que la observancia del derecho a la defensa, es un requisito necesario, sine qua non para que este Colegiado excepcionalmente emita una resolución sobre el fondo del caso, pese a que se haya presentando un asunto de mera improcedencia. Sin embargo, no es un requisito suficiente, pues su sola constatación baste para contar con un pronunciamiento final sobre los aspectos sustantivos de la pretensión.

37. Con lo anotado, queda de manifiesto que la resolución de fecha 28 de abril de 2014 tampoco respetó la jurisprudencia vinculante de este Tribunal, la cual debe ser seguida obligatoriamente teniendo en cuenta que el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Allí, como todos sabemos, se establece que los jueces "interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional", comprende también a los mismos jueces y juezas del Tribunal Constitucional.

38. Téngase en cuenta, asimismo, que la resolución analizada fue emitida por una sola Sala del Tribunal Constitucional, la cual carecía de competencia para apartarse o modificar un precedente o doctrina jurisprudencial de este órgano colegiado, pues, como ha quedado indicado ya, esa atribución corresponde al Pleno del Tribunal Constitucional.

39. Finalmente, no debe dejar de mencionarse que la sentencia del Tribunal Constitucional cuya nulidad está siendo evaluada por este Colegiado presenta, adicionalmente, gravísimos defectos de motivación que no permiten considerarla como una auténtica sentencia revestida con autoridad de cosa juzgada. Efectivamente, la mencionada resolución no se pronunció sobre lo que realmente fue puesto a consideración del Tribunal sobre la base de lo resuelto en las instancias anteriores (excepción de falta de agotamiento de la vía previa); más aun, resolvió el fondo del caso sin explicar porqué el actor estaba exceptuado de agotar la vía previa. Asimismo, señaló enfáticamente que no emitiría pronunciamiento sobre si la deuda determinada por la Sunat era o no exorbitante, cuando fue el propio recurrente quien señaló expresamente que no estaba pidiendo ello. Por último, el Tribunal refirió que se afectaron los derechos del recurrente pues este no habría participado del proceso, y, como consecuencia de ello, decidió dejar sin efecto los valores emitidos, los apremios, el procedimiento de cobranza coactiva y todo lo actuado posteriormente, restituyendo o indemnizando los bienes que se hubieren ejecutado; sin embargo, de autos se aprecia claramente que el recurrente sí participó del referido procedimiento, y que si no lo hizo a tiempo fue por su propia desidia o descuido, ya que fue bien notificado.

40. Lo anterior implica, claro está, que en el pronunciamiento que venimos analizando se obvió, de manera flagrante, emitir pronunciamiento sobre lo alegado y actuado por la Administración Tributaria. Asimismo, la resolución es incongruente con lo que obra en el expediente y con lo que este Tribunal debía resolver, por lo que carece de real motivación. En este sentido, a mayor abundamiento, y sin perjuicio de lo ya señalado en párrafos anteriores del presente texto, este Tribunal considera pertinente subrayar en que no puede considerarse que tienen autoridad de cosa juzgada las resoluciones que carecen de fundamento jurídico o fáctico pertinentes, las cuales obvian completamente lo alegado por las partes, o que solo ofrecen motivaciones aparentes, falsas o fraudulentas. De esta forma, cuando el artículo 6 del Código Procesal Constitucional establece que "sólo adquiere

la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo", tal exigencia no debe entenderse como referida a un pronunciamiento formal sobre el fondo que haya sido denominado "sentencia". Dicho con otras palabras, exige la presencia de un pronunciamiento real y sincero sobre el fondo de lo discutido.

41. Que, y en síntesis, habiéndose contravenido un precedente constitucional y jurisprudencia de obligatoria observancia emitida por este Tribunal, sin haberse explicado las razones para tal apartamiento, tal como requiere el Código Procesal Constitucional; y sin haber sometido la causa a conocimiento del Pleno como exige el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, la resolución de fecha 28 de abril de 2014 incurrió en varios vicios materiales y formales graves e insubsanables, por lo que corresponde declarar la nulidad de la mencionada resolución y de todo lo actuado hasta la recepción del recurso de agravio constitucional, debiéndose emitir una resolución de conformidad con el ordenamiento jurídico-constitucional.

**S.**
**ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

***Sentencia 02437-2013-PA/TC***

*Proceso de amparo interpuesto por Margarita Cósar Camacho y otros. El Tribunal declaró fundada la demanda y ordenó que se debe permitir el ingreso de perros guía de personas con discapacidad visual en locales públicos y privados de uso público.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 30 de abril de 2014

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda interpuesta por los recurrentes contra Supermercados Peruanos S.A Plaza Vea, en la cual solicitaron que, en su calidad de personas con discapacidad visual, se les permitiera el ingreso a las instalaciones del demandado acompañados de sus perros guía. Alegaron la vulneración de sus derechos al libre desarrollo y bienestar, libertad de tránsito, a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, a la igualdad y no discriminación, y a la accesibilidad y movilidad personal, conforme los artículos 9 y 20 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El demandado alegó que solo cumplían con el Reglamento Sanitario de Funcionamiento de Autoservicios de Alimentos y Bebidas. Asimismo, manifestó que no se trataba de un acto de discriminación, toda vez que ofreció el apoyo de personal para que cuide a los perros y para guiarlos a los recurrentes dentro del supermercado mientras hacían sus compras.

El Tribunal aplicó el test de proporcionalidad, e identificó que el fin de la medida normativa prohibiendo el ingreso de perros guía era garantizar que los productos de consumo humano del supermercado estén libres de agentes contaminantes (en este caso el contacto con animales) para proteger la salud de los consumidores. Sin embargo, el Tribunal determinó que la importancia del grado de fomento, promoción o satisfacción del fin no es igual, cuando menos, al grado de aflicción sufrido por los derechos intervenidos, pues el grado de aflicción producido en el derecho de igualdad, como consecuencia de la discriminación por indiferenciación, era grave.

De esta manera, el Tribunal estimó que la prohibición de acceso de perros guía a los supermercados del demandado es excesiva y, por tanto, inconstitucional, de manera que ordenó que el demandado permita que los recurrentes con discapacidad visual ingresen a sus instalaciones acompañados de sus perros guía, garantizando su permanencia en tales locales de manera ilimitada, constante y sin trabas.

**Temas Claves:** Derecho al libre desarrollo — derecho a la igualdad y no discriminación — personas con discapacidad — test de proporcionalidad.

EXP. N.° 02437-2013-PA/TC
LIMA
JANE MARGARITA CÓSAR CAMACHO Y OTROS

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 16 días del mes de abril de 2014, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Jane Margarita Cósar Camacho y otros contra la resolución de fojas 258, su fecha 15 de enero de 2013, expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que, reformando la apelada, declaró infundada la demanda de autos.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 7 de octubre de 2011, doña Margarita Cósar Camacho, don Marcos Antonio Segura Lozano y don Juan Pérez Salas interponen demanda de amparo contra Supermercados Peruanos S.A. Plaza Vea [en adelante, el Supermercado], solicitando que, en atención a su condición de invidentes, el demandado les permita ingresar en todas sus cadenas de tiendas a nivel nacional en compañía de un animal de asistencia - perro guía. Sostienen que la prohibición de ingreso a los supermercados en compañía de un animal de asistencia viola sus derechos al libre desarrollo y bienestar, a la libertad de tránsito, a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, a la igualdad y no discriminación, a la accesibilidad y movilidad personal conforme a los artículos 9° y 20° de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N° 29127.

Los recurrentes alegan que son personas con discapacidad visual, lo que acreditan con las resoluciones ejecutivas expedidas por el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad [Conadis], debido a lo cual utilizan para su desplazamiento un animal de asistencia - perro guía. Sostienen que con fecha 9 de setiembre de 2011, el Supermercado referido emitió un comunicado en su página web expresando su negativa de dejarlos ingresar en sus instalaciones acompañados de sus perros guía. Manifiestan que en reiteradas oportunidades se les ha prohibido el ingreso pese a que se ha explicado sobre la necesidad de las personas con este tipo de discapacidad de estar acompañadas de sus perros guía.

Con fecha 14 de noviembre de 2011, la demandada contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada. Admite que mediante un comunicado emitido el 9 de setiembre de 2011, amparándose en el Reglamento Sanitario de Funcionamiento de Autoservicios de Alimentos y Bebidas, aprobado mediante la Resolución Ministerial N.° 1653-2002-SA/DM, se puso en conocimiento del público en general que se restringiría el ingreso de todo tipo de animales a sus establecimientos comerciales; que sin embargo, ello fue por razones de sanidad. Sostiene asimismo, que dejó claro en el mismo comunicado que si bien el ingreso de todo tipo de animales está prohibido, el personal que labora en el supermercado se encuentra a la entera disposición de las personas con discapacidad que requieran asistencia dentro de sus establecimientos, para lo cual se ha implementado un sistema que permite el cuidado del perro guía mientras el cliente realiza sus compras; agrega que ello demuestra que no realizan prácticas discriminatorias contra las personas invidentes, y que tampoco violan sus derechos al libre desarrollo y bienestar, a la libertad de tránsito y al ambiente equilibrado.

De otro lado, precisa que su decisión tiene por objeto cumplir la obligación legal establecida en el artículo 32° del Reglamento Sanitario, pues la norma es válida y de obligatorio cumplimiento para las empresas que expenden alimentos y bebidas, a fin de evitar sanciones. Finalmente, deduce la excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva, alegando que ha sido demandada por cumplir una prohibición exigida por el Reglamento Sanitario expedido por Digesa del Ministerio de Salud.

El Sexto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 19 de junio de 2012, declara infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva. Y mediante resolución de fecha 19 de junio de 2012, declara fundada la demanda por considerar que el artículo 32° de la Resolución Ministerial N° 1653-2002-SA/DM no resulta de aplicación en el caso de los demandantes en atención a su condición física.

A su turno, la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirma el auto apelado que declara infundada la excepción y revoca la sentencia apelada declarándola infundada, argumentando que por razones sanitarias se encuentra justificada la limitación del ingreso de los demandantes con sus perros guía y que la demandada, conforme al Protocolo de Atención en Tiendas de Clientes con Discapacidad, ha fijado políticas de trato adecuado y en condiciones de igualdad, ofreciendo a las personas con discapacidad la asistencia de un colaborador, así como el cuidado de los perros guía mientras realizan sus compras. Añade que las medidas adoptadas por la demandada son razonables toda vez que para elegir un producto de consumo humano y apreciar su calidad, los precios y las marcas no se necesita la presencia de los perros guía, sino el concurso de una persona.

**FUNDAMENTOS**

**1. Delimitación del petitorio de la demanda**

1. El objeto de la demanda de amparo es que Supermercados Plaza Vea permita a los demandantes, en su condición de personas con discapacidad visual, ingresar en todas sus cadenas de tiendas a nivel nacional con la compañía de un animal de asistencia - perro guía. La demanda se sustenta en que la prohibición de ingreso de los perros guía viola los derechos de los demandantes al libre desarrollo y bienestar, a la libertad de tránsito, a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, a la igualdad y no discriminación, y a la accesibilidad y movilidad personal, de acuerdo con los artículos 9° y 20° de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

**2. Análisis de la controversia**

**a) Argumentos de los demandantes**

2. Alegan que la prohibición de ingreso al Supermercado en compañía de un animal de asistencia - perros guía constituye una discriminación contra las personas que padecen de discapacidad, ya que niega los ajustes razonables que deben realizarse en favor de ellas y afecta el derecho que les asiste a la accesibilidad reconocido por el artículo 9° de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, al impedírseles participar plenamente en todos los aspectos de la vida mediante la asistencia de un animal. Asimismo, consideran que dicha prohibición vulnera su derecho al desarrollo y al bienestar, ya que afecta su calidad de vida, además de violar sus derechos a la libertad de tránsito, a la paz y 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.

**b) Argumentos del demandado**

3. El demandado afirma que el comunicado del 9 de setiembre de 2011, publicado en su página web, mediante el cual puso en conocimiento del público en general que se restringe el ingreso de todo tipo de animales a los establecimientos comerciales, se debe a razones de sanidad, conforme lo dispone el artículo 32° del Reglamento Sanitario de Funcionamiento de Autoservicios de Alimentos y Bebidas, aprobado mediante la Resolución Ministerial N.° 1653-2002-SA/DM. Alega que su actuar no constituye un trato discriminatorio toda vez que si bien prohíbe el ingreso de todo tipo de animales, el personal que labora en sus establecimientos está a disposición de las personas que presenten alguna discapacidad y que necesiten de asistencia para la realización de sus compras dentro de las tiendas; además, se ha dispuesto que mientras tales personas se encuentren en las tiendas, el perro guía quedará en la zona de mascotas bajo la custodia del personal encargado, lo que resulta una medida más eficaz que garantiza el trato igualitario de las personas discapacitadas.

**c) Consideraciones del Tribunal Constitucional**

**c.1/ El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación de las personas con discapacidad**

4. El artículo 2.2 de la Constitución reconoce el principio - derecho de igualdad en los siguientes términos:

> 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.

5. En reiterada jurisprudencia, este Tribunal ha recordado que la igualdad, consagrada constitucionalmente, ostenta la doble condición de principio y de derecho subjetivo constitucional [cfr. STC N.° 0045-2004-AI/TC, fj. 20]. Como principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. 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 del reconocimiento de un *derecho a no ser discriminado* por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo" "de cualquier otra índole") que jurídicamente resulten relevantes.

6. Igualmente, se ha recordado que este derecho no garantiza que todos los seres humanos sean tratados de la misma forma siempre y en todos los casos. Como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puesto que "la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona, es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana" [Opinión Consultiva N° 4/84]. La igualdad jurídica presupone, pues, dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es. De modo que se afecta a esta no solo cuando frente a situaciones sustancialmente iguales se da un trato desigual [discriminación directa, indirecta o neutral, etc.], sino también cuando frente a situaciones sustancialmente desiguales se brinda un trato igualitario [discriminación por indiferenciación].

7. Por lo que respecta a las personas con discapacidad, esto es, aquellas que sufren de una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente, los artículos 2.2 y 7° de la Constitución declaran la obligación del Estado de garantizarles el respeto a su dignidad y un régimen legal de *protección, atención, readaptación y seguridad*. Tal régimen legal de protección *especial* no se circunscribe

solo a medidas de asistencia sanitaria sino que, en general, comprende el deber estatal de establecer *ajustes razonables* orientados a promover las condiciones necesarias que permitan eliminar las exclusiones de las que históricamente han sido víctimas. Por *ajustes razonables*, en este contexto, el Tribunal ha de entender a

> […] las modificaciones y adaptaciones *necesarias y adecuadas* que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales [artículo 2° de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en adelante la Convención, cursivas agregadas].

8. La adopción de medidas de esta clase no se justifica en la discapacidad en sí misma o en la idea de que esta incapacite para alcanzar el progreso y el desarrollo y en que, por dicha razón, el Estado tenga que dictar medidas de carácter asistencialista a favor de estas personas, sino en el hecho de que su exclusión de los diversos procesos sociales se ha originado en las condiciones y características del *ambiente o entorno social* en el que se han visto forzadas a interactuar.

9. El Tribunal debe hacer notar que todas las actividades en las que participa el ser humano –educativas, laborales, recreacionales, de transporte, etcétera– han sido planeadas para realizarse en ambientes físicos que se ajustan a los requerimientos y necesidades de las personas que no están afectadas de discapacidad. Su planificación, por lo tanto, ha respondido a una imagen del ser humano sin deficiencias físicas, sensoriales o mentales. Históricamente, pues, ese entorno ha sido hostil con las personas que sufren de alguna discapacidad. La falta de *ambientes físicos* adecuados a las necesidades de las personas con discapacidad ha desencadenado, primero, su marginación y, luego, su exclusión de todos estos procesos sociales, presentándose tales déficits de organización de la estructura social como el principal impedimento para que este sector de la población acceda al goce y ejercicio pleno de sus derechos y libertades.

10. Precisamente, con el propósito de hacer frente a esta situación de exclusión y marginación derivadas de la inadecuación del entorno social, la Ley Fundamental establece un mandato general [art. 7 de la Constitución] dirigido al Estado orientado a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, mediante un régimen legal especial de protección que, entre otras cosas, también comprenda la tarea de

> tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discriminen por motivos de discapacidad [artículo 4° de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad].

11. Tales medidas comprenden la realización o el establecimiento de ajustes en el entorno social en el que se desenvuelven las personas con discapacidad. Una exigencia de tal naturaleza, además del derecho a la igualdad, se deriva del derecho reconocido en el inciso 22) del artículo 2° de la Constitución. Ese es el sentido y significado del derecho a gozar de un *"ambiente […] adecuado al desarrollo de su vida"*. El ámbito protegido de este trasciende lo que es propio del "derecho al *medio* ambiente", cuyo reconocimiento forma parte de aquel y a cuyo contenido se ha hecho varias veces referencia [Cfr. entre otras, la STC 0048-2004-PI/TC, Fund. Jur. N° 17]. En relación con las personas con discapacidad, este garantiza que los espacios públicos o privados, de uso o abiertos al público, tengan la infraestructura adecuada que les permita el goce y ejercicio de sus derechos fundamentales y de cualquier otra clase.

12. Es menester acotar que la implementación de medidas de ajuste razonable debe estar informada por una serie de principios recogidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues de conformidad con la IV Disposición Transitoria y Final de la Constitución, los instrumentos internacionales en esta materia han de considerarse *parámetro interpretativo* del contenido protegido por el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación de las personas con discapacidad, como recientemente ha vuelto a recordar el artículo 3.2 de la Ley General de la Persona con Discapacidad, según el cual:

> Los derechos de la persona con discapacidad son interpretados de conformidad con los principios y derechos contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y con los demás instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú.

13. Dichos principios han de ser considerados como la *razón subyacente* que debe acompañar a toda medida que se adopte o deje de adoptar en el marco de las tareas estatales que se derivan del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación de las personas con discapacidad así como del derecho a un ambiente adecuado.

14. Entre ellos, cabe subrayar la importancia de que se observe el "Respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida *la libertad de tomar las propias decisiones, y a la independencia de las personas"*, la *"participación e inclusión plenas* y efectivas en la sociedad" así como la *"accesibilidad"*, recogidos en el artículo 3°, incisos a), c) y g), de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [instrumento internacional ratificado por el Estado mediante Resolución Legislativa N.° 29127, cursiva agregada].

15. En conjunto, dichos principios exigen que cualquier medida que se tome en esta materia se oriente a remover los obstáculos que impiden que las personas con discapacidad gocen de sus derechos de manera plena y puedan ejercerlos, en especial, aquellos que imposibilitan el acceso a ciertos entornos físicos, sin afectarse en ningún caso su autonomía, libertad e independencia. Ha de tratarse, pues, de medidas que fomenten el desarrollo autónomo de las personas con discapacidad en espacios físicos adecuados.

16. En lo que atañe al principio de accesibilidad, el artículo 9° de la Convención especifica su contenido y anota los espacios en los que la inadecuación del entorno físico ha determinado la exclusión de las personas con discapacidad, en los cuales es preciso adoptar ajustes razonables. Entre ellos, se encuentran los establecimientos abiertos al público o de uso público, en relación con los cuales existe el deber de desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices en materia de accesibilidad a sus instalaciones; pero también el deber de adoptar medidas que ofrezcan

> formas de asistencia humana o animal e intermediarios (…), para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público,

de modo que, específicamente, *las personas con discapacidad visual* puedan participar plenamente de las actividades que se realicen en dichos espacios. En cualquier caso, deben ser medidas orientadas a garantizar que las personas con discapacidad visual *gocen de movilidad personal e interactúen con la mayor independencia posible*.

17. Por otro lado, el Tribunal también debe hacer notar que dentro de ese marco se han dictado la Ley N.° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, y la Ley N.° 29830, ley que promueve y regula el uso de perros guía por personas con discapacidad visual. La primera ley fija el marco legal para la promoción, protección y realización en condiciones de igualdad de los derechos de la persona con discapacidad, promoviendo su desarrollo e inclusión plena y efectiva en la vida política, económica, social, cultural y tecnológica. En ese sentido, establece entre los principios rectores de las políticas y programas del Estado que se adopten, la necesidad de respetar la dignidad, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de la persona con discapacidad; su participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad y su accesibilidad [artículo 4.1, incisos a), c) y f)].

18. El Tribunal observa, igualmente, que en el marco del derecho a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad, el artículo 8.2 de la misma Ley N° 29973 ha establecido que constituye discriminación

> […] toda distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de uno o varios derechos, *incluida la denegación de ajustes razonables* [cursivas agregadas].

19. Por lo que hace a la accesibilidad, llama la atención del Tribunal que esta ha sido considerada tanto un principio como un derecho de las personas con discapacidad. En su condición de derecho, garantiza el acceso "[…] en igualdad de condiciones que las demás, al entorno físico, a los medios de transporte, a los servicios, a la información y a las comunicaciones, *de la manera más autónoma y segura posible* […]". Como principio, impone al Estado, a través de los distintos niveles de gobierno, la obligación de asegurar "las condiciones necesarias para garantizar este derecho sobre la base del *principio de diseño universal*" [cursivas agregadas], lo que, según el último párrafo del artículo 2° de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, debe entenderse como

> "[…] las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales".

20. Por otro lado, el Tribunal advierte que mediante la Ley N° 29830 se han establecido diversas reglas relacionadas con el uso de perros guía por personas con discapacidad y, al mismo tiempo, específicamente se ha garantizado el derecho al libre acceso de las personas con *discapacidad visual* a que hagan uso de estos animales en lugares públicos o privados de uso público, incluyendo medios de transporte y centros de trabajo, así como su permanencia en ellos de manera ilimitada, constante y sin trabas [art. 1°].

21. El Tribunal nota que mientras el artículo 9° de la Convención impone a los Estados que forman parte de ella el deber de adoptar medidas que ofrezcan "[…] formas de asistencia humana o animal e intermediarios […], para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público"; en cambio, el artículo 1° de la Ley N° 29830, en relación específica con las personas que padecen de un tipo especial de discapacidad –la visual–, les garantiza el libre acceso para hacer uso de estos animales en lugares públicos o privados de uso público, así como su permanencia en ellos de manera *ilimitada*, *constante* y *sin traba*.

22. La regulación efectuada por la Convención y la Ley N.° 29830 no plantea una antinomia normativa que deba resolverse mediante el criterio *lex speciale derogat lex generale*, o bien conforme al "principio de mayor protección", recogido en el artículo 4.4 de la Convención, según el cual:

> Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que puedan facilitar, en mayor medida, el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y que puedan figurar en la legislación de un Estado Parte o en el derecho internacional en vigor en dicho Estado. No se restringirán ni derogarán ninguno de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos o existentes en los Estados Partes en la presente Convención de conformidad con la ley, las convenciones y los convenios, los reglamentos o la costumbre con el pretexto de que en la presente Convención no se reconocen esos derechos o libertades o se reconocen en menor medida.

23. El Tribunal entiende que las formas o modelos de "ajustes razonables" a que se hace referencia en el artículo 9° de la Convención no apuntan la posibilidad de que *alternativamente* los Estados partes puedan introducir esquemas de asistencia humana, animal o intermediarios, sin importar los diversos supuestos de discapacidad y, por tanto, los diversos requerimientos y necesidades que se busca satisfacer. La "razonabilidad" de los "ajustes" ha de valorarse no por el trato general y abstracto que se dé a la discapacidad, sino por el *tipo* de discapacidad al cual están dirigidos. Tales modificaciones o ajustes, como indica el artículo 2° de la Convención, deben ser *necesarias y adecuadas* al tipo de discapacidad al cual se orientan. Ciertamente, la asistencia animal a las personas con discapacidad física o una silla de ruedas para una persona con discapacidad visual son ejemplos de ajustes que no satisfacen las exigencias de necesidad y adecuación y, por ello, son escasamente razonables, pues su implementación en cualquiera de los casos no contribuye a hacer amigable un entorno hostil a los requerimientos y necesidades de las personas discapacitadas.

24. En definitiva, en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad garantiza el acceso, en igualdad de condiciones, al entorno físico *de la manera más autónoma y segura posible*, en forma directa o mediante modalidades de asistencia humana o animal que facilite el acceso a dichos entornos físicos y, en particular, a los establecimientos privados abiertos al público o de uso público, en los cuales, de conformidad con el artículo 1° de la Ley N.° 29830, se encuentra garantizado el acceso libre de las personas con discapacidad visual que son asistidas con perros guía, así como su permanencia en tales lugares, de manera ilimitada, constante y sin trabas.

**c.2/ Determinación de la intervención en los derechos a la igualdad y a la no discriminación de las personas con discapacidad visual**

(i) *Intervención en el derecho a la igualdad: discriminación por indiferenciación*

25. El Tribunal observa que en el presente caso se ha denunciado la violación de los derechos de igualdad y a la no discriminación de las personas con discapacidad visual, y con él, una serie de derechos por relación, como consecuencia de que el Supermercado

demandado prohibió con carácter general el ingreso con animales en sus instalaciones, disponiendo la asistencia humana en el caso de las personas con discapacidad. Observa, igualmente, que al contestarse la demanda, efectivamente, el Supermercado aceptó haber publicado en su página web un comunicado con fecha 9 de septiembre de 2011, "mediante el cual –amparándonos en el Reglamento Sanitario de Funcionamiento de Autoservicios de Alimentos y Bebidas, Resolución Ministerial N.° 1653-2002-SA/DM […]– se puso en conocimiento del público en general que se restringe el ingreso de todo tipo de animales a los establecimientos comerciales por razones de sanidad" (folios 94); dejando constancia de la disponibilidad de su personal para asistir a las personas que cuentan con alguna discapacidad, conforme dispone su "Protocolo de Atención en Tienda a personas con Discapacidad" regulado por Comunicación Interna N.° 590-2011 (folios 106 a 107).

26. A efectos de determinar la entidad de la intervención en los derechos a la igualdad y a la no discriminación, el Tribunal debe precisar que en el presente caso no está en cuestión la decisión del Supermercado de impedir, de modo general, el ingreso de animales a las personas con discapacidad o sin ella. En la demanda no se denuncia que el Supermercado tratase igual a dos grupos de personas [personas con discapacidad y personas sin discapacidad] que no están en una misma situación jurídica, y que en la no realización de un trato diferenciado en aquellos supuestos en los que es preciso hacerlo, se encuentra la discriminación (por indiferenciación).

27. El Tribunal advierte en efecto, que la prohibición general de ingresar con animales en las instalaciones del Supermercado ha venido acompañada de la decisión de proveer de asistencia humana a las personas con discapacidad. Según se ha expresado en la contestación de la demanda, el trato diferenciado que se da a favor de las personas con discapacidad se ha previsto en el artículo 38.3 de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, según el cual

> El trato diferente de los consumidores debe obedecer a causas objetivas y razonables. La atención preferente en un establecimiento debe responder a situaciones de hecho distintas que justifiquen un trato diferente y existir una proporcionalidad entre el fin perseguido y el trato diferente que se otorga

28. El Tribunal también observa que debido a la diferente situación en que se encuentran las personas con discapacidad y sin ella, el Supermercado brindó un trato diferenciado a favor de las primeras, al proveer de asistencia humana especial, lo cual no se contempla a favor de las personas que no tienen discapacidad. Tal decisión constituye en sí misma una diferencia de trato constitucionalmente justificada a partir de la diferente situación en que están las personas con discapacidad y sin ella, en armonía con lo expresado en el fundamento jurídico N.° 6 de esta sentencia, según el cual el derecho de igualdad presupone un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es.

29. No es ese el problema que aquí tiene que dilucidarse. La cuestión que se ha planteado es si la decisión del Supermercado de impedir la asistencia de animales y, entre ellos, de los perros guía de propiedad de las personas con discapacidad *visual*, en los mismos términos que a cualquier otra persona que padezca de discapacidades distintas, constituye en sí misma una discriminación. Como se ha llamado la atención al momento de interponerse el recurso de agravio constitucional,

> "[…] los perros guía son para las personas ciegas, como la silla de ruedas para las personas con discapacidad física, o como el audífono para una persona con baja audición, o como para un ciego que utiliza un bastón para su movilidad, si bien es cierto que los objetos utilizados por las personas con diversas discapacidades, son objetos y no seres vivos […]" [folios 315].

Es la inexistencia de un trato diferenciado entre personas con o sin discapacidad *visual* lo que aquí está en cuestión. Y es este el problema en el que se centra la cuestión controvertida.

30. En opinión del Tribunal, tal cuestión ha de responderse afirmativamente. Una conclusión de esa naturaleza se evidencia no bien se hace notar que si el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad *visual*, en relación con el derecho a gozar de un ambiente adecuado, garantiza el acceso, en igualdad de condiciones, al entorno físico de la manera más autónoma y segura posible, mediante la asistencia de perros guía, a los establecimientos privados abiertos al público o de uso público, así como la permanencia en ellos de los animales de manera ilimitada, constante y sin trabas [Cfr. Fundamento Jurídico N° 24]; entonces, la prohibición de acceso a los animales que realicen funciones de asistencia a las personas con discapacidad *visual* en las instalaciones del Supermercado constituye una injerencia

a dicho contenido *prima facie* garantizado por este derecho.

31. Tal intervención constituye una discriminación por indiferenciación, porque al impedir a este sub grupo de personas con discapacidad (visual) el goce y ejercicio del *ajuste razonable* establecido por el artículo 1° de la Ley N.° 29830 [Cf. art. 2° de la Convención y Fund. Jur. N.° 18 de esta sentencia], tratando de manera igual lo que no lo es, el Supermercado omitió brindar un tratamiento diferenciado que se justifica las necesidades especiales de las personas con discapacidad *visual*.

32. El Tribunal debe hacer notar que tal injerencia al contenido *prima facie* garantizado por los derechos a la igualdad y a la no discriminación de las personas con discapacidad visual no queda enervada por el hecho de que el Supermercado haya previsto la asistencia humana para este sub grupo de personas con discapacidad dado que, como se afirmó en el fundamento N.° 24 de esta sentencia, una vez establecido un determinado medio –la asistencia animal– como ajuste razonable, la denegación de su goce y ejercicio ha de considerarse una intervención del derecho a la igualdad [antepenúltimo párrafo del artículo 2 de la Convención].

33. El efecto colateral de denegar a las personas con discapacidad visual el goce y ejercicio de ser asistidas por un perro guía es obstaculizar, en igualdad de condiciones, el goce y ejercicio de los derechos al libre desarrollo y bienestar [art. 2.1 de la Constitución, Cf. STC 0007-2006-PI/TC] así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida [art. 2.22 de la Constitución].

(ii) *Intervención al Derecho al libre desarrollo y bienestar*

34. En la STC 0007-2006-PI/TC, el Tribunal sostuvo que el derecho al libre desarrollo no debía confundirse con el derecho al *libre desenvolvimiento de la personalidad.* Este último era un derecho implícito, que se derivaba de la dignidad humana, cuyo objeto de protección "es la simple y llana conducta humana, desprovista de algún referente material que le otorgue algún sentido". A diferencia de este derechos, el *derecho al libre desarrollo y bienestar* protege la libertad de actuación de toda persona orientada a alcanzar su propia realización personal y, en lo que al caso importa, su propio acomodo y tranquilidad, en cuanto ser espiritual, dotado de autonomía y dignidad, y miembro de una comunidad de seres libres e iguales.

35. Se interviene relacionalmente en este derecho, pues el impedimento de acceder al Supermercado sin la asistencia de un perro guía dificulta que las personas con discapacidad visual gocen de sus derechos y los ejerzan de acuerdo con los ajustes razonables establecidos por la legislación con el propósito de que puedan desarrollarse *autónomamente* en los establecimientos abiertos al público. Impide que las personas con discapacidad visual gocen de una plena movilidad *personal* y que interactúen con la *mayor independencia* posible.

36. A este efecto, ha de destacarse que la discapacidad visual –que es el motivo por el cual se ha introducido el ajuste razonable de la asistencia con un animal– no es sinónimo de *incapacidad* de quienes la padecen. Las personas con discapacidad visual no son *incompetentes* para valerse por sí mismas ni se encuentran impedidas para desarrollarse plenamente en un centro de abastos de las características del Supermercado. Como el Tribunal ha recordado a lo largo de esta sentencia, los ajustes razonables que en el marco de los derechos de las personas con discapacidad se realicen son medidas orientadas a permitir que el entorno o ambiente social en el que éstas tienen que interactuar (el Supermercado) no sea hostil a sus requerimientos y necesidades.

37. Por otro lado, es de notar que no cualquier perro cumple la condición de "perro guía". Para serlo es preciso que el animal posea un conjunto de cualidades especiales; por ejemplo, ha de ser equilibrado, tranquilo, obediente y sociable; asimismo, debe ser de tamaño mediano. Cabe mencionar que el entrenamiento riguroso al que es sometido inhibe por completo su instinto de caza, lo capacita para relacionarse adecuadamente con la gente, para vivir dentro de una casa, acudir a tiendas, viajar en transportes públicos e interactuar con otros animales. En su prolongado entrenamiento (en promedio dos años), se le enseñe a caminar con una correa y a permanecer al lado izquierdo de su dueño, de modo que no le cause interferencias en el andar.

38. Vale añadir que el perro guía se lo entrena para obedecer, asumir responsabilidades y adquirir habilidades que le permitan resolver situaciones tensas. Si en principio está entrenado para obedecer a su amo, llegado un caso extremo, por ejemplo que la vida e integridad de su dueño esté en peligro, puede desobedecerlo con la finalidad de salvaguardarlo. Los perros guía son animales sometidos a rigurosas pruebas psicológicas, médicas, sociológicas y de movilidad del usuario. Tales pruebas están garantizadas por

la Ley N.° 29830, al disponer el empleo de estos animales al cumplimiento de una serie de condiciones, entre las cuales destacan que su preparación se realice en una escuela reconocida y acreditada por la Federación Internacional de Escuelas de Perros Guía; asimismo, se debe satisfacer exigencias de orden higiénico-sanitarias, y acreditar dicho cumplimiento con la certificación otorgada por el *Leader Dog for the blind, inc* [folios 26 y siguientes].

39. El Tribunal observa, igualmente, que la relación que se establece entre la persona con discapacidad visual y el perro guía no es semejante a la que existe entre una persona que no adolece de este tipo de discapacidad y un perro que no exhibe las características de un perro guía. Para estas personas o, en general, para las personas sin ningún tipo de discapacidad, los perros mascotas –como es obvio– no tienen ninguna injerencia en el modo como sus dueños se conducen y actúan; a diferencia de lo que sucede con los invidentes, quienes encaran con la ayuda de estos animales, su deficiencia visual los que se convierten en una garantía para su movilidad personal y contribuyen de esa forma a que la persona discapacitada logre una mayor independencia y autonomía [cf. información relacionada con la International Guide Dog Federation y el entrenamiento de los perros guía, en <http://www.igdf.org.uk/>].

(iii) *Intervención en el derecho a un ambiente adecuado para el desarrollo de una persona con discapacidad*

40. También la prohibición establecida por el Supermercado interviene el derecho a un ambiente adecuado para el desarrollo de una persona con discapacidad. Como se afirmó en el Fundamento N°. 11 de esta sentencia, el sentido y significado del derecho a gozar de un *"ambiente adecuado para el desarrollo de su vida"* trasciende lo que es propio del "derecho al medio ambiente" y, en relación con las personas con discapacidad, garantiza que este sector de la población cuente con un ambiente adecuado para su desenvolvimiento libre y autónomo. En particular, de espacios públicos o privados, de uso o abiertos al público, dotados de infraestructura y servicios adecuados que les permita, en igualdad de condiciones, el goce y ejercicio de sus derechos fundamentales y de cualquier otra clase, dentro de los cuales se encuentran los ajustes razonables, como la asistencia mediante animales, que el legislador hubiera introducido.

41. Por ello, en la medida que el Supermercado ha prohibido que personas con discapacidad visual puedan ser asistidas por perros guía, el Tribunal es de la opinión de que el demandado obstaculiza o pone trabas al ejercicio del derecho de estas personas a disfrutar de un ambiente adecuado que comprenda los ajustes razonables que el legislador hubiera establecido, conforme al antepenúltimo párrafo del artículo 2° de la Convención, según el cual se considera discriminación por motivos de discapacidad:

> "[…] toda distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de uno o varios derechos, *incluida la denegación de ajustes razonables"*.

42. Por lo tanto, dado que el caso de autos gira en torno a una discriminación por indiferenciación, el Tribunal considera que la intervención en los derechos a la igualdad y a la no discriminación de las personas con discapacidad es de intensidad grave, pues además de afectar el derecho de igualdad jurídica, relacionalmente transgrede los derechos al libre desarrollo y bienestar [art. 2.1 de la Constitución] y al ambiente adecuado [art. 2.22 de la Constitución]. En consecuencia, es menester determinar si esta intervención se justifica o no.

**C.3/. Determinación de la justificación de la intervención**

43. Antes de ello, sin embargo, es necesario advertir que si bien en el presente caso ambas partes son personas privadas, técnicamente no se plantea un conflicto de derechos fundamentales *inter privatos*. Al intervenirse en el derecho de las personas con discapacidad visual, mediante la prohibición del ingreso de perros guía que las asistan, el Supermercado no ha justificado la realización de dicho acto como parte o ejercicio de algún derecho fundamental suyo. Más bien, ha alegado que este responde al cumplimiento de diversas normas jurídicas [artículo 88° de la Ley N.° 26842, de la Ley General de Salud y el artículo 8° del Decreto Supremo N.° 022-2001-SA, Reglamento Sanitario para las Actividades de Saneamiento Ambiental en Viviendas y Establecimientos Comerciales, Industriales y de Servicios, etc.].

44. Cabe apuntar que al haber obrado conforme a normas jurídicas, siendo un establecimiento privado abierto al público donde se expenden productos de consumo humano, el Supermercado ha resaltado encontrarse no

en la situación de un particular que ejerce derechos fundamentales específicos, sino actuar en la condición de *garante* de derechos fundamentales de terceros, que es la función que la Ley General de Salud y el Reglamento Sanitario para las Actividades de Saneamiento Ambiental en Viviendas y Establecimientos Comerciales, Industriales y de Servicios le asignan al exigir de él el cumplimiento de disposiciones en materia de vigilancia higiénica y sanitaria en protección de salud.

45. Por lo tanto, el caso no plantea un conflicto de derechos fundamentales entre privados a ser resuelto mediante la técnica de la ponderación; en consecuencia, para determinar si se encuentra justificada o no la intervención en los derechos de igualdad y a la no discriminación de las personas con discapacidad visual ha de aplicarse el test de proporcionalidad [STC 0045-2004-PI/TC] por referencia a la protección de terceros.

(i) *Determinación de la finalidad del tratamiento diferente*

46. Establecida la clase de test que se ha de aplicar, corresponde descubrir la finalidad de la injerencia. En la STC 00045-2004-AI/TC, el Tribunal subrayó la necesidad de determinar si el tratamiento cuestionado cumplía o promovía un objetivo y un fin constitucionales. A tal efecto, quedó claro que el *objetivo* era el estado de cosas o situación jurídica que se pretendía alcanzar o conformar a través del tratamiento diferenciado. En tanto que la *finalidad* o fin constitucional era el derecho, principio o bien constitucional a cuya consecución se dirigía el tratamiento diferenciado. La finalidad justificaba *normativamente* la legitimidad del objetivo del tratamiento diferenciado [cfr. STC 00045-2004-AI/TC].

47. En el caso sub examine, el Tribunal Constitucional advierte que la prohibición de ingreso de animales y, por lo que al caso importa, de los perros guía, a las instalaciones del Supermercado apunta a que los productos de consumo humano que se comercializan en dicho centro de abastos se encuentren "libre[s] de agentes externos que puedan contaminar los alimentos" [folios 121].

48. La conformación de un centro de abastos en la empresa demandada satisfaga adecuadas condiciones higiénicas y sanitarias en la comercialización de alimentos y bebidas destinados al consumo humano constituye el estado de cosas pretendido a través del tratamiento diferenciado. Este es el *objetivo* de dicho tratamiento. Y el medio empleado para conseguirlo es prohibir el acceso, de cualquier animal y, en el caso de autos, de los perros guía, a las instalaciones del Supermercado. Como se ha afirmado en la contestación de la demanda:

> Como vemos, el no ingreso de animales a los autoservicios de Supermercados Peruanos no es una decisión antojadiza de nuestra empresa, sino más bien es una disposición de la autoridad de salud competente. Entendemos que el sustento de dicha norma es la salubridad y sanidad, a fin de que los productos que se ofrecen cumplan con los estándares de calidad [folios 122].

49. La finalidad que se persigue empleando dicho medio y conformando tal objetivo es garantizar el derecho a la salud de los consumidores. Al respecto, vale acotar que "la protección de la salud" (art. 88 de la Ley N.° 26842), velar por las "condiciones de higiene" y preservar contra "cualquier otro agente que pudiere ocasionar enfermedades para el hombre" (art. 8 del Decreto Supremo N.° 022-2001-SA) son asuntos que los centros de abastos, como el Supermercado, están obligados a respetar y garantizar. Dicho fin es constitucionalmente legítimo, pues de conformidad con el artículo 7° de la Constitución "Todos tienen derecho a la protección de su salud"; lo que está en relación con el artículo 65° de la Ley Fundamental, cuando establece que 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".

(ii) *Examen de idoneidad*

50. Ahora hay que determinar si entre el medio adoptado y el fin que se persigue alcanzar existe una relación de causalidad. En concreto, si prohibir el ingreso de los perros guía al centro de abastos conduce a la promoción, fomento o consecución del fin. Un análisis de esta naturaleza debe realizarse en dos fases: en primer lugar, es menester establecer si existe una relación causal entre la intervención en la igualdad –*medio*– y el *objetivo* que se quiere conseguir o conformar; en segundo lugar, en necesario encontrar si hay relación entre el *objetivo* y la *finalidad* de la intervención.

51. Por lo que respecta a si existe (o no) una relación de causalidad entre el medio y el objetivo, el Tribunal debe manifestar que la prohibición general de que los animales accedan a las instalaciones del Supermercado fomenta que la comercialización de alimentos y bebidas destinados al consumo humano

se realice en un centro de abastos libre de agentes externos y, por tanto, en condiciones higiénicas y sanitarias razonables. Impedir el acceso también a los perros guía posibilita *en alguna medida* que esta clase de animales no lleguen a tener contacto con los bienes que allí se comercializan.

52. Si bien el adiestramiento y la capacitación especial y prolongada de estos animales torna difícil, inverosímil o poco probable que dicho contacto sea *directo,* vale decir que el animal pueda llegar a tocar el bien de consumo humano, sí se logra con la prohibición, que pueda haber un contacto *indirecto:* piénsese, por ejemplo, en algún pelo suelto del animal que vaya a parar al bien de consumo humano. En este último caso, sobre todo, el empleo del medio que se viene analizando está causalmente relacionado con el objetivo o estado de cosas que se pretende conformar: que las instalaciones del centro de abastos reúnan condiciones higiénicas y sanitarias adecuadas, y que estén libres de agentes externos –de origen canino– que puedan afectar los bienes de consumo humano que allí se comercializan.

53. El Tribunal observa, por otro lado, que el fomento y la consecución de este estado de cosas –instalaciones en condiciones higiénicas y sanitarias aceptables–, a su vez, están causalmente dirigidos a garantizar el derecho a la salud de los consumidores que adquieren bienes de consumo humano en el Supermercado, lo que constituye el fin de la intervención según se expresó en el fundamento 49. Por lo tanto, corresponde examinar si existen medios alternos igualmente idóneos y si, llegado el caso, estos producen una menor afectación o aflicción a los derechos intervenidos.

(iii) *Examen de necesidad*

54. En opinión del Tribunal no existe un medio alterno, *igualmente idóneo*, con el cual comparar el medio real –la prohibición de acceso de los perros guía– empleado por el Supermercado. Esto no quiere decir que no existan medios alternos. Lo que sucede es que los que existen no son igualmente *idóneos*. A modo de ejemplo, un medio alterno lo sería levantar la prohibición, permitiendo el acceso de esta clase de animales (los perros guía) al centro de abastos y disponer el acompañamiento de personal del Supermercado en estos casos. Una medida hipotética de esta naturaleza podría beneficiar a la persona con discapacidad visual al ofrecerle una asistencia complementaria a la que le brinda su perro guía, y, al mismo tiempo, considerarse una medida que garantice que en ningún caso el animal entre en contacto *directo* con los bienes de consumo que allí se comercializan.

55. Sin embargo, ni siquiera una medida de esta naturaleza puede impedir que ocurra lo que aquí se ha llamado "contacto indirecto". Ni siquiera la vigilancia del personal del Supermercado puede garantizar que algún pelo del animal no se deposite en el bien de consumo humano o que alguna bacteria propia del animal –por ejemplo, propagada mediante la respiración, pese a las rigurosas condiciones sanitarias a las que están sometidos– no llegue a ingresar en los bienes de consumo humano; y que, de ese modo, al igual que el medio real, se fomente la consecución del mismo fin, esto es, garantizar el derecho a la salud de los consumidores [artículos 7° y 65°, de la Constitución].

(iv) *Examen de proporcionalidad en sentido estricto*

56. Para determinar si la intervención analizada satisface las exigencias argumentativas que se derivan del principio de proporcionalidad en sentido estricto ha de aplicarse la ley de la ponderación, la cual establece que cuanto mayor es el grado de aflicción de los derechos intervenidos (en la presente controversia, los derechos a la igualdad, al libre desarrollo y a un ambiente adecuado), tanto igual o mayor debe ser la importancia de la satisfacción del fin preservar el derecho a la salud de los usuarios y consumidores del Supermercado.

57. En el fundamento jurídico N.° 42 de esta sentencia, el Tribunal puso de relieve que el grado de aflicción producido en el derecho de igualdad, como consecuencia de la discriminación por indiferenciación, era grave. Ello se debía –se dijo– al hecho de que pese a no encontrarse las personas con discapacidad visual en las mismas condiciones que las personas que no padecen de ella, fueron equiparadas con este grupo al dispensárseles el mismo trato. La discriminación, en este caso, no estriba en que se haya dado un trato desigual a lo que es igual, sino a que se haya brindado un trato igual a lo que es *sustancialmente* desigual. Dicho trato constituye una discriminación por indiferenciación y, en la medida que afecta a otros derechos de rango constitucional (derecho al libre desarrollo y a un ambiente adecuado), ha de requerir una justificación razonable para ser convalidado constitucionalmente.

58. Esa justificación, sin embargo, no existe. La importancia del grado de fomento, promoción o satisfacción del fin no es igual, cuando

menos, al grado de aflicción sufrido por los derechos intervenidos. Ello es consecuencia de la debilidad de las premisas al amparo de las cuales se justificó la prohibición de ingreso de los perros guía al Supermercado. Como este Colegiado sostuvo en los fundamentos N.°s 51 y 52, en términos generales, la prohibición de que los animales accedan a las instalaciones del Supermercado *fomenta* que la comercialización de alimentos y bebidas destinados al consumo humano se realice en un centro de abastos libre de agentes externos. Y al comercializarse bienes de consumo humano en condiciones higiénicas y sanitarias razonables, libres del contacto *directo* con animales, se garantiza el derecho a la salud de los usuarios y consumidores del Supermercado.

59. No obstante, la posibilidad de que ello ocurra con los animales cuya prohibición de acceso se ha objetado es lejana. Los perros guía no son mascotas. Son animales sometidos a duras y prolongadas pruebas, entre las cuales se encuentran las relacionadas con el comportamiento que deben observar en los diferentes entornos sociales en los que tienen que interactuar con seres humanos, como cines, mercados, supermercados o vehículos de transporte. Tales exámenes evalúan su comportamiento en dichos entornos sociales y el grado de sumisión y respeto a las órdenes que reciben de las personas con discapacidad visual. Por ello, estos animales se portan de manera respetuosa y no agresiva con los seres humanos o los animales con los que interactúan en diversos entornos, comportamiento que también observan con los diferentes bienes (de consumo o no) que puedan encontrar a su paso.

60. Vale enfatizar que los perros guía no son adiestrados para guiar con su olfato o el sentido del gusto a las personas con discapacidad visual en la elección de un bien de consumo. Tampoco son para controlar la voluntad de sus dueños, por ejemplo, induciéndolos a elegir un producto que previamente hayan olfateado. Tras un argumento de esta naturaleza subyace la idea de que la discapacidad visual es sinónimo de *incapacidad* y de que los perros guía desempeñan la función de suplir a las personas con discapacidad que acompañan. Nada más alejado de la realidad: la utilidad de estos animales radica en que permiten a las personas con discapacidad visual gozar de una plena movilidad *personal* e interactuar con la *mayor independencia* posible.

61. Tampoco se sostiene el argumento esgrimido de que con la prohibición de acceso a los perros guía al centro de abastos se evitará completamente el contacto *indirecto* con los bienes de consumo humano que allí se comercializan. Por otro lado, aun cuando sea inevitable que un pelo o una bacteria del animal puedan llegar a algún producto que allí se expende, en opinión del Tribunal, la prohibición analizada no garantiza, de manera radical, que un bien de consumo humano comercializado por el Supermercado esté a salvo de pelos o de bacterias de origen animal (canino o de cualquier otra clase). Para alcanzar un estado de cosas semejante, los supermercados tendrían que prohibir que sus usuarios y consumidores críen mascotas o exigir que quienes pretendan ingresar en sus instalaciones con ellas utilicen una vestimenta que no haya estado en contacto con estos animales. Ello pone en evidencia no que el medio no tenga una relación causal con el fin (ya analizado según el subprincipio de idoneidad), sino que su utilización solo puede asegurar un nivel mínimo de eficacia y probabilidad en la consecución del fin. Por consecuencia, en el contexto descrito, cabe concluir que la importancia de la satisfacción del fin, en cuyo nombre se han intervenido los derechos a la igualdad, al libre desarrollo y al ambiente adecuado, es mínima.

62. Por consiguiente, en la medida que el grado de aflicción sufrido por los derechos a la igualdad, al libre desarrollo y al ambiente adecuado, conforme al ajuste razonable contenido en la Ley N.° 29830, es grave, en tanto que la importancia de la satisfacción del fin es mínima, el Tribunal estima que la prohibición de acceso de los perros guía a los Supermercados de la empresa demandada es excesiva; vale decir, desproporcionada. Así debe declararse.

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

**HA RESUELTO**

Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo; en consecuencia, ordena que Supermercados Peruanos S.A. Plaza Vea permita que los demandantes con discapacidad visual ingresen en sus instalaciones acompañados de sus perros guía, garantizando su permanencia en tales locales de manera ilimitada, constante y sin trabas.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**URVIOLA HANI**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**CALLE HAYEN**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.° 02437-2013-PA/TC
LIMA
JANE MARGARITA COSAR CAMACHO Y OTROS

**AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Lima, 7 de octubre de 2014

**VISTO**

La solicitud de subsanación y aclaración presentada por Supermercados Peruanos S.A. con fecha 31 de julio de 2014, de la sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 16 de abril de 2014; y,

**ATENDIENDO A**

1. Que el primer párrafo del artículo 121° del Código Procesal Constitucional establece que "Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna. En el plazo de dos días a contar desde su notificación [...], el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido".

2. Que la recurrente solicita que el Tribunal subsane la omisión en que incurrió al no resolver el pedido de sustracción de la materia y pérdida de interés para obrar, planteado en su escrito de fecha 23 de octubre de 2012. Sostuvo, en aquella ocasión, que al promulgarse la Ley N.° 29830 [que Promueve y Regula el Uso de Perros Guías por Personas con Discapacidad Visual], con posterioridad a los actos que se cuestionan en el presente amparo, debió declararse la sustracción de la materia.

3. Que, al respecto, este Tribunal hace notar que dicho pedido no fue presentado en esta sede, sino ante la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, la que mediante auto de fecha 5 de noviembre de 2012, resolvió que la solicitud sería resuelta al momento de resolverse el grado, donde se determinaría si era necesario o no emitirse un pronunciamiento sobre el fondo. Dicho pronunciamiento, que resolvió el fondo de la cuestión, se expidió con fecha 15 de enero de 2013, declarando infundada la demanda.

4. Que, por lo demás, no tratando el presente amparo del cuestionamiento de un supuesto de omisión legislativa que afecte un derecho fundamental, en cuyo caso la expedición de la Ley N° 29830 hubiese acarreado la sustracción de la materia, sino del cuestionamiento de un acto concreto de afectación del derecho de igualdad y prohibición de discriminación de las personas con discapacidad visual, es claro que la entrada en vigencia de aquella Ley no genera la sustracción de la materia.

5. Que la recurrente solicita, también, que se subsane la omisión en que se habría incurrido este Tribunal al no pronunciarse acerca de su argumento según el cual ésta actuó legítimamente, aplicando el artículo 32° del Reglamento Sanitario de Funcionamiento de Autoservicios de Alimentos y Bebidas, aprobado por Resolución Ministerial N.° 1653-2002-SA.

6. Que, al respecto, el Tribunal hace notar que el argumento en referencia fue considerado en la STC 2437-2013-PA/TC [fundamento N° 3], al desarrollar su posición respecto al derecho a la igualdad y a la prohibición de discriminación de las personas con discapacidad, sobre todo a partir del desarrollo del concepto de discriminación por indiferenciación, el cual fue abordado en el ítem c.2.(i) de la sentencia. En consecuencia, dicho alegato solo pretende reexaminar una cuestión ya decidida por este Tribunal y, por ello, la aclaración debe ser declarada improcedente.

7. Que la demandada también solicita que se aclare de qué manera se ejecutará la sentencia, pues ésta permite el acceso de las personas con discapacidad visual acompañadas con perros guías, pese a que el artículo 3° de la Ley N.° 29830 exige que estos perros estén registrados en el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad. Sobre el particular, este Tribunal hace notar que en los fundamentos 20, 37 y 38 de la sentencia, se precisó las características de los perros guías y que sus reglas de uso se encuentran previstas en la Ley N° 29830, por lo que también es improcedente este extremo de la aclaración.

8. Que, sin perjuicio de lo que se acaba de indicar, el Tribunal advierte que la solicitud de aclaración refleja dudas en cuanto a la implementación de la Ley N° 29830, en el marco del derecho de igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad visual. Al respecto, cabe indicar que de conformidad con el artículo 1° de la referida Ley N° 29830, el uso de perros guía se encuentra autorizado en todos los lugares públicos o establecimientos privados abiertos al público, los cuales incluyen medios de transporte, centros de esparcimiento, agencias estatales y centros de trabajo, entre otros. Y, de conformidad con la STC 2437-2013-PA/TC, el impedimento de que estas personas con discapacidad visual puedan contar con asistencia de perros guía, constituye una violación de su derecho a no ser discriminado así como al libre desarrollo de la personalidad, ya se realice en un Supermercado o, en general, en un espacio público o privado abierto al público.

9. Que, finalmente, se solicita que se aclare si el artículo 32° del Reglamento Sanitario quedó derogado en virtud de la Segunda Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 29830. Al respecto, el Tribunal hace notar que entre los fundamentos expresados con ocasión de expedirse la STC 2437-2013-PA/TC, no resolvimos si entre una y otra disposición existía una antinomia, total o parcialmente. Sí, en cambio, expresamos qué protegen ciertos derechos en relación con las personas con discapacidad visual, de modo que la interpretación y aplicación de la Ley N° 29830 y cualquier norma reglamentaria, debe realizarse de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, y no a la inversa. Por tanto, tampoco procede la solicitud de aclaración formulada.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confiere la Constitución Política del Perú,

**HA RESUELTO**

Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de subsanación y aclaración.

Publíquese y notifíquese.

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

***Sentencia 00139-2013-PA/TC***

*Proceso de amparo interpuesto por P.E.M.M. El Tribunal desestimó la demanda y estableció como doctrina jurisprudencial vinculante que no se permita el cambio de sexo en el DNI.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 5 de mayo de 2014

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda interpuesta por el recurrente al no haberse acreditado la afectación del derecho fundamental a la identidad.

El Tribunal señaló que, de permitir el cambio legal de sexo esto acarrearía, de entrada, los siguientes impactos en nuestro ordenamiento jurídico: (i) que una persona pueda cambiar a voluntad su sexo en el registro civil; y, (ii) admitir el matrimonio de personas del mismo sexo, ya que un transexual operado, a pesar del cambio externo, sigue teniendo el mismo sexo cromosómico y podría reclamar cuanto sea inherente a la condición de mujer, por lo que no sería viable introducir limitaciones, como prohibirle contraer matrimonio con varón, pues éstas podrían ser tachadas de discriminatorias por razón de sexo, además de resultar una incongruencia con lo pretendido, que es el más pleno reconocimiento legal de la condición femenina.

De esta manera, el Tribunal estableció como doctrina jurisprudencial vinculante obligatoria para todos los jueces y tribunales del país, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que no se permita el cambio del componente sexo en el Documento Nacional de Identidad.

Esta doctrina jurisprudencial vinculante ha sido dejada sin efecto mediante la sentencia 06040-2015-PA, emitida por el nuevo Pleno del Tribunal, y publicada el 8 de noviembre de 2016 en el Portal Oficial del TC.

**Temas Claves:** Derecho a la identidad — doctrina jurisprudencial vinculante.

EXP. N.° 00139-2013-PA/TC
SAN MARTIN
P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

**RAZÓN DE RELATORÍA**

En la presente causa, la sentencia sólo es suscrita por los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pero no por el señor magistrado Beaumont Callirgos debido a que, aun cuando estuvo presente en la vista de la causa, no llegó a votar y mediante Resolución Administrativa N° 66-2013-P/TC de fecha 3 de mayo de 2013, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 6 de mayo de 2013, se ha declarado la vacancia de dicho magistrado por la causal establecida en el artículo 16°, inciso 4, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Los votos emitidos alcanzan la mayoría suficiente para formar sentencia, conforme al artículo 5° (primer párrafo) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y al artículo 48° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 18 días del mes de marzo de 2014, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular de los magistrados Mesía Ramírez y Eto Cruz, que se agrega

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Rafael Alonso Ynga Zevallos, en representación de P.E.M.M. contra la resolución de la Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de San Martín, de fojas 361, su fecha 10 de septiembre de 2012, que, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda de autos.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 23 de agosto de 2010, el recurrente, en representación de P.E.M.M. interpone demanda de amparo contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC y el

Ministerio Público, solicitando el cambio de sexo (de masculino a femenino) en su Documento Nacional de Identidad (DNI) y por consiguiente en su partida de nacimiento. Asimismo, solicita que esta demanda se ponga en conocimiento de la Municipalidad Distrital de Miraflores (Lima).

Alega el recurrente que su poderdante (en adelante, P.E.M.M.) obtuvo, mediante un proceso judicial de cambio de nombre ante el Juzgado Civil de San Martín (Exp. 104-2008), que éste fuera cambiado de un prenombre masculino (J. L.) a uno femenino (P. E.), cambio que fue inscrito como anotación marginal en su partida de nacimiento en la Municipalidad Distrital de Miraflores (Lima). Posteriormente P.E.M.M. solicitó al RENIEC que le expida un nuevo DNI con sus nuevos nombres (P.E.), adjuntando para ello la partida de nacimiento con la anotación marginal. Refiere que el RENIEC cumplió con cambiar el prenombre de P.E.M.M. pero indicando que su sexo es "masculino", lo cual considera que afecta su derecho fundamental a la identidad pues esto le causa un estado de depresión e incomodidad.

Aduce el recurrente que P.E.M.M. es un transexual, no un hombre, sino *"una mujer reasignada"* mediante una cirugía realizada en España, por lo que debe ser tratada como tal, y que no basta sólo tener un prenombre femenino, sino que el sexo señalado en el DNI debe estar acorde con su actual identidad.

Para el recurrente, la transexualidad es el fenómeno por el que algunas personas *"cambian su sexo y adoptan socialmente el sexo contrario al de su nacimiento, sin que exista una razón física aparente que parezca predisponer a esa decisión"*. Según el recurrente, en el pasado, cuando uno se preguntaba por el contenido que definía el sexo se pensaba que este era únicamente un elemento estático del ser humano, vinculado de manera exclusiva con la dimensión biológica y cromosómica; sin embargo, y gracias al avance de disciplinas como la psicología, la medicina o la antropología, la comunidad académica mundial ha convenido que el sexo es una característica dinámica ya que se da y evoluciona con el desarrollo de la persona, por lo que se puede hablar en la actualidad de un sexo social (actitud que uno asume en la sociedad) y un sexo psicológico (hábitos y comportamientos), los cuales muchas veces pueden diferir o ser contrarios al sexo cromosómico o biológico. Esto lleva a afirmar que el sexo, como categoría conceptual, debe ser visto como un todo, es decir, como una entidad bio psicosocial, por lo cual, de existir alguna contradicción entre esas dimensiones —la biológica o cromosómica, la física, social o psicológica—, es la persona la que elegirá libremente a qué sexo pertenecer y el sexo elegido debe guardar coherencia con el consignado registralmente.

Coherentes con este planteamiento, a juicio del recurrente, son las razones que esgrimió P.E.M.M. al solicitar judicialmente su cambio de prenombre: *"el nombre J. es propio de una persona masculina y no me identifico con dicho sexo y mucho menos con el nombre antes referido, es por ello que solicito judicialmente el cambio de nombre, ya que me identifico con el sexo femenino"*.

Según el recurrente, la medicina está proponiendo a la justicia lo que se conoce como la *"teoría del sexo psicosocial"*. El fundamento básico de esta teoría consiste en considerar la *"subjetividad"* del sexo como un dato del mismo rango científico que los datos biológicos, por lo que los juristas deben entender que si el sexo morfológico no coincide con el psicológico y, como consecuencia de ello, no coincide con el legalmente asignado, debe prevalecer el sexo psicológico. No obstante, precisa el recurrente que sobre esto no hay acuerdo científico, por lo que el Derecho *"debe enfrentarse a esta situación sin la certeza de la ciencia"* (fojas 81) y que su poderdante es un transexual que desde una óptica es varón y desde otra es mujer, *"ya que ni la intervención quirúrgica a la que se sometió ni el pretendido cambio de su nombre modifican este estado de hecho en virtud de la inmutabilidad de lo genético"* (fojas 87).

El RENIEC contesta la demanda expresando que ésta colisiona con el artículo 22 del Decreto Supremo N° 15-98-PCM (Reglamento de Inscripciones del RENIEC), que precisa los hechos inscribibles en el acta de nacimiento, entre los que no se encuentra el cambio de identidad sexual. Además, refiere que el Tribunal Constitucional en la STC 2273-2005-PHC/TC si bien ordenó el cambio de prenombre de masculino a femenino (Karen Mañuca Quiroz Cabanillas), mantuvo intangibles los demás elementos identificatorios (edad, sexo o lugar de nacimiento) consignados en la partida de nacimiento.

A fojas 170, la Fiscal Provincial Encargada de la Primera Fiscalía Provincial de Familia de San Martín, Tarapoto, devuelve la demanda, expresando que, de conformidad con el artículo 96° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, la Fiscalía Provincial Civil no interviene en esta clase de procesos.

La Municipalidad Distrital de Miraflores se apersona al proceso y afirma que si bien la demanda se sustenta en la STC 2273-2005-PHC/TC, en ella sólo se ordena el cambio de prenombre (de masculino a femenino: Karen Mañuca Quiroz Cabanillas) en el DNI, pero no de sexo.

El Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de San Martín, con fecha 3

de mayo de 2012, declara fundada la demanda, ordenando el cambio de sexo a femenino de P.E.M.M., tanto en su DNI como en su partida de nacimiento, por considerar que si en un inicio se pensó que el sexo era sólo un elemento estático de la personalidad del ser humano, al hacerse referencia al sexo biológico o cromosómico al momento de inscribir el nacimiento en el Registro Civil, dicha definición ha cambiado y así, desde un enfoque multidisciplinario, el sexo es un elemento dinámico, ya que se da en el transcurso del desarrollo de la persona y está referido a la peculiar actitud que asume ésta en sociedad (sexo social), a los hábitos y comportamientos (sexo psicológico), los que incluso pueden diferir del sexo cromosómico, por lo que de existir contradicción entre el sexo cromosómico, psicológico, físico y social (disforia de género), es la persona quien decide libre y voluntariamente a qué sexo pertenecer. En el caso de autos, P.E.M.M. se siente pertenecer al sexo femenino y no al masculino, existiendo una disociación entre su sentimiento, pensamiento y vida como mujer con la apariencia genital, repudiando su nombre y todo lo que tiene que ver con la condición masculina que le asignaron al nacer.

A su turno, la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, revocando la apelada declaró improcedente la demanda, por considerar que el amparo no es la vía idónea para pedir el cambio de sexo en el DNI y en la partida de nacimiento, sino el proceso de conocimiento conforme al artículo 475, inciso 1, del Código Procesal Civil.

**FUNDAMENTOS**

**1) Delimitación del petitorio**

En el caso de autos, el recurrente pide que se cambie el sexo (de masculino a femenino) en el DNI y en la partida de nacimiento de P.E.M.M. Ello en razón de que ya ha conseguido judicialmente que su prenombre masculino sea cambiado por uno femenino (de J.L. a P.E.), y así consta en su partida de nacimiento y DNI, pero en dichos documentos su sexo permanece como masculino.

En cuanto al derecho fundamental supuestamente afectado en el presente caso, este Tribunal considera que éste es el derecho a la identidad. No sólo porque ese es el derecho invocado por el recurrente (cfr. fojas 70), sino también porque ya antes este Tribunal ha considerado que ese es el derecho involucrado en controversias relativas al registro de estado civil (cfr. SSTC 2273-2005-PHC/TC, 5829-2009-PA/TC). Debe mencionarse también que el recurrente hace una enumeración de otros derechos que, a su juicio, se relacionan con el derecho a la identidad (cfr. fojas 81 a 87), pero luego precisa que en concreto éste es el derecho que considera violado en el caso de autos (cfr. fojas 87), por lo que el pronunciamiento de este Tribunal se centrará en dilucidar si existe o no la alegada afectación al derecho a la identidad.

**2) Sobre la vulneración al derecho a la identidad (artículo 2, inciso 1, de la Constitución)**

1. Ya ha referido este Tribunal que entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2 de la Constitución, *"entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)"* (STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 21). *"La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros"* (STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 22). De esta forma, cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras, pero aun *"cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres, o las creencias (por citar otros dos casos). El entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma inmediatista, sino necesariamente de manera integral"* (STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 23).

2. Ha destacado también este Tribunal que en nuestro ordenamiento jurídico el DNI permite que el derecho a la identidad se haga efectivo, en tanto posibilita la identificación precisa de su titular; pero también constituye un requisito para el ejercicio de los derechos civiles y políticos consagrados por la Constitución (cfr. STC 5829-2009-PA/TC, fundamento 6).

3. Respecto a la partida de nacimiento, este Tribunal ha señalado que *"es el documento*

*a través de cual se acredita el hecho del nacimiento y, por ende, la existencia de una persona. Con este asiento registral y sus certificaciones correspondientes en los registros civiles se deja constancia del hecho inicial o determinante de la existencia de una personalidad humana"* (STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 11) y permite la probanza legal:

- *Del hecho de la vida.*
- *De la generación materna y paterna, salvo las omisiones por legitimidad.*
- *Del apellido familiar y del nombre propio.*
- *De la edad.*
- Del sexo.
- *De la localidad en que surge a la existencia, que lleva consigo la nacionalidad.*
- *De la soltería, mientras no se ponga nota marginal del matrimonio (…)*

(STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 12; énfasis añadido).

4. Queda claro que el sexo forma parte de la identidad de la persona y, como tal, debe quedar correctamente constatado en el Registro del Estado Civil en donde se inscriben los nacimientos (cfr. artículo 44, inciso "a", de la Ley N° 26497, Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, en adelante LORENIEC). El Tribunal Constitucional ha precisado al respecto que la identificación que se asigna al recién nacido relativa al sexo lo ubica en el género *masculino* o *femenino* y que entre los factores que pueden constituir el sexo del individuo (que cabe clasificar en *biológicos* y *psicosociales*), *"al momento de nacer la persona sólo se toma en cuenta el sexo anatómico"* (STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 15), es decir, el *sexo genital*, que es parte del *sexo biológico*.

5. Para el Derecho, entonces, el sexo viene a ser el *sexo biológico*, el sexo *cromosómico* o *genético* instaurado en el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, que determina el sexo femenino o masculino: cromosomas XX (femenino), cromosomas XY (masculino). La diferencia entre los sexos responde, pues, a una realidad extrajurídica y biológica que debe ser constitucionalmente respetada por fundarse en *"la naturaleza de las cosas"* (artículo 103 de la Constitución), y en tanto que la ciencia aporta que el sexo cromosómico no se puede cambiar, el sexo es indisponible para el individuo.

6. El sexo (femenino o masculino) asignado a la persona desde su nacimiento, es uno de aquellos rasgos distintivos de carácter *objetivo* (como lo es la *"herencia genética"*: STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 21), viniendo tal característica de una realidad biológica indisponible, necesaria para que la persona pueda ser individualizada como corresponde a su derecho a la identidad y al correlativo deber de respetar los derechos e intereses de terceros. Asimismo, tal realidad genética resulta determinante para las distintas consecuencias que se derivan de la condición de mujer y de hombre en el ordenamiento jurídico (por ejemplo, en lo que respecta al derecho o capacidad para contraer matrimonio o *ius connubii*).

7. Esta doctrina de la indisponibilidad del sexo como elemento de identidad en el registro de estado civil, ya se encuentra en lo resuelto por este Tribunal en la STC 2273-2005-PHC/TC, donde se autorizó el cambio de prenombre del recurrente (de masculino a femenino), pero manteniéndose *"la intangibilidad de los demás elementos identitarios (llámese edad,* sexo *o lugar de nacimiento)"* (punto 2 resolutivo; énfasis añadido). Coherente con ello, la LORENIEC no prevé el cambio de sexo, pero sí contempla la inscripción de los cambios o adiciones de nombre (cfr. artículo 44, inciso "m", de la LORENIEC).

8. Por supuesto, esta indisponibilidad del sexo en el registro civil, no se ve perjudicada por la posibilidad de rectificar, incluso administrativamente, las inscripciones cuando *"se determina algún error en la inscripción"* (cfr. artículo 71 del Decreto Supremo N° 15-98-PCM, Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil).

9. Este yerro en la inscripción en lo que respecta al sexo de la persona, ocurriría cuando exista un desajuste en el propio sexo cromosómico, es decir en la propia biología, como los casos de intersexualidad o hermafroditismo. Es decir, el cambio de sexo en el registro se puede justificar si se alega error en la apreciación del sexo al momento de la inscripción y se aportan las correspondientes pruebas médicas que demuestren que ha habido en el registro un error de redacción, apreciación equivocada del sexo aparente y genital (sexo anatómico) o errores biológicos que el individuo registrado no haya causado voluntariamente.

10. En el caso de autos, el recurrente en ningún momento aduce que P.E.M.M. sea cromosómica, hormonal, gonádica o morfológicamente correspondiente al sexo femenino. El recurrente sustenta el reclamo de cambio de sexo de P.E.M.M. en razones

exclusivamente de orden *psicológico*, al señalar que ella no se *identifica* con el sexo masculino con el que está inscrita, sino con el femenino. Asimismo, en la solicitud judicial de cambio de prenombre que presentó P.E.M.M. (expediente N° 00104-2008, que viene como acompañado), ésta afirma que fue inscrita con un prenombre de acuerdo con su sexo biológico (masculino), pero que desde su infancia *"se sentía como si perteneciera al sexo opuesto"* (fojas 28); que con sus documentos se *"confrontaba con una realidad no deseada, la de que biológicamente era hombre"*, y que en España *"luego de una evaluación minuciosa (psicológica) se* (le) *diagnosticó transexualismo o disforia de género [en otras palabras que si bien era un hombre biológico* (su) *conducta era la de una mujer] y por lo tanto la única posibilidad era que a través de una operación de cambio de genitales externos y vaginoplastía cutánea peneana (es decir cambio de sexo)* (sic), *podía superar esta patología"* (fojas 30-31). Es claro que no *identificarse* con el sexo biológico masculino o *sentirse* del sexo femenino, hace alusión a una *"patología"* (como ella misma le llama) psicológica, como lo prueba además, según ella manifiesta, haber sido sometida a una *"evaluación minuciosa"* de orden psicológico para diagnosticarle *"transexualismo".*

11. En el mismo sentido, los informes médicos emitidos en España que obran en el referido expediente judicial que viene como acompañado, en ningún caso refieren que P.E.M.M. sea intersexual o hermafrodita, sino que padece un trastorno de orden psicológico. Así, el cirujano plástico reconstructivo y estético deja constancia que la paciente P.E.M.M. – J.L.M.M. ha sido diagnosticada *"de transexualismo o disforia de género"*, *"ha recibido tratamiento hormonal por tiempo superior a un año"* y ha sido intervenida por él *"de cambio de genitales externos y vaginoplastía cutánea peneana"* (fojas 7). Igualmente, el informe psiquiátrico de fojas 74 señala que *"se confirma el diagnóstico de* trastorno de la identidad sexual*"* (énfasis añadido), que *"la paciente está realizando tratamiento hormonal desde los 16 años, manteniendo tratamiento hormonal feminizante"*, que *"ha sido sometida a cirugía de reasignación sexual de hombre a mujer"*, por lo que concluye que *"ha recibido el tratamiento adecuado para su trastorno, y desde el inicio del tratamiento la adaptación progresiva a los cambios ha sido favorable".*

12. De todo ello queda claro que P.E.M.M. no presenta un caso de intersexualidad o hermafroditismo que haya ocasionado un error al momento de registrar su sexo y que, por tanto, éste deba ser rectificado. Es una persona de constitución sexual masculina en la cual no existen características físicas o funcionales de los dos sexos que permitan clasificarla como intersexual y necesitada del discernimiento del sexo predominante, sino que en ella se presenta una especie de falta de coherencia plena entre el sexo biológico, absolutamente masculino, y un sexo psicológico que le condujo a desear el sexo femenino y, en esa línea, a la práctica de la operación quirúrgica y a un tratamiento hormonal. Se trata pues de un transexual, como afirma el propio recurrente (cfr. fojas 87), es decir, de una persona que muestra una incongruencia entre lo psíquico y lo orgánico.

13. La Organización Mundial de la Salud (OMS) clasifica al transexualismo dentro de los trastornos de la personalidad y del comportamiento, definiéndolo como el deseo del individuo de vivir y ser aceptado como un miembro del sexo opuesto, que suele acompañarse de sentimientos de malestar o desacuerdo con el sexo anatómico propio [cfr. *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems* (ICD-10), F64.0].

14. No debe confundirse la transexualidad con el hermafroditismo o los estados intersexuales ya referidos. El transexualismo es un trastorno mental, en el que no hay ninguna patología anatómica o genética. El transexual posee un sexo biológico perfectamente definido, sin ambigüedades, como hombre o mujer. Tiene la convicción de que su sexo anatómico es erróneo, pero el error está en su mente, no en su anatomía. Por ello, desde la medicina se dirá que *"el transexual no modificado por las técnicas médico quirúrgicas presenta unos caracteres somáticos de absoluta normalidad. No se observa en ellos ninguna ambigüedad, ni mucho menos anomalías, en su conformación somática. Tanto los caracteres sexuales secundarios como los órganos genitales externos, las gónadas y los órganos genitales internos, incluso el sexo genético, cromatínico y cromosómico, son absolutamente normales"* (J. A. Gisbert Calabuig, *Medicina legal y toxicología*, Masson, Barcelona 2004, p. 653).

15. P.E.M.M., según indica el recurrente, es un transexual, que se siente (psicológicamente) pertenecer al sexo contrario a su sexo biológico, sin que este último se vea modificado por la cirugía que le fue practicada pues, afirma el propio recurrente, *"ni la intervención quirúrgica a la que se sometió ni el pretendido cambio de su nombre modifican este estado de hecho en virtud de la inmutabilidad de lo genético"* (fojas 87).

16. Este Tribunal Constitucional coincide con el recurrente en lo referido a la inmutabilidad del sexo genético o cromosómico (masculino) de P.E.M.M., ya que en otra ocasión ha afirmado que *"la realización de una plastía no es evidencia de una alteración del sexo de una persona, pues la plastía también puede utilizarse con medios meramente estéticos"* (STC 2868-2004-AA/TC, fundamento 26).

17. Esto resulta corroborado por el propio cirujano plástico reconstructivo y estético que operó en España a P.E.M.M., cuando afirma: *"está intervenida por mí de cambio de genitales* externos *y vaginoplastia cutánea peneana"* (…) encontrándose *"después de la intervención con labios mayores y vagina* muy a semejanza *de los femeninos"* (fojas 7 del expediente judicial que viene como acompañado; énfasis añadido). Ello significa que la cirugía sólo ha permitido una cierta aproximación en apariencia (*"muy a semejanza"*) al sexo femenino en cuanto a su morfología externa, pero en ningún caso en la interna o en el componente cromosómico o genético.

18. Entonces, las denominadas operaciones de cambio de sexo sólo transforman (y ni siquiera totalmente) la morfología de los órganos genitales externos del individuo pero no su sexo cromosómico, aun con cirugía altamente sofisticada y tratamientos hormonales (cfr. sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *I. v. The United Kingdom*, del 11 julio de 2002, n° 62; y *Christine Goodwin v. The United Kingdom*, del 11 julio 2002, n° 82) y pese a que se permita el cambio de sexo en el registro civil.

19. Para el recurrente, la discrepancia entre lo psicológico (*sentirse* del o *identificarse* con el sexo femenino) y lo biológico (ser del sexo masculino) que tiene quien padece el síndrome transexual (como es el caso de P.E.M.M.), se resuelve con la cirugía transexual y con la prevalencia, inclusive para efectos legales, del sexo psicológico sobre el biológico. A este propósito, habla de lo que denomina la *"teoría del sexo psicosocial"* cuyo fundamento básico, según él, es la *"subjetividad"* del sexo como un elemento del mismo rango científico que los datos biológicos, por lo que si el sexo biológico no coincide con el psicológico y, como consecuencia de ello, no coincide con el legalmente asignado, debe prevalecer el sexo psicológico.

20. El recurrente sostiene la tesis de que el sexo de los transexuales lo determina el sexo *psíquico* y no el sexo *cromosómico* (que en el caso de éstos, como en todas las personas, permanece siempre el mismo), por lo que el sexo para el Derecho debe ser el sexo psíquico, abandonándose el principio, ya sustentado en esta sentencia, de que el sexo cromosómico define el sexo de la persona y que éste es indisponible.

21. Sin embargo, este Tribunal advierte que este es un planteamiento sobre el cual no existe actualmente certeza o consenso científicos, sino, por el contrario, un arduo debate. En efecto, aquello que el recurrente y P.E.M.M. afirman concluyentemente sobre la cirugía como el tratamiento indicado para el trastorno de la transexualidad y la consecuente prevalencia del sexo psíquico sobre el cromosómico, está en realidad sujeto a gran polémica en el mundo científico.

22. Así, P.E.M.M. sostiene que al ser diagnosticada de transexualismo, la única posibilidad de *"superar esa patología"* era *"a través de una operación de cambio de genitales externos y vaginoplastía cutánea peneana"* (fojas 30 y 31 del expediente judicial que viene como acompañado). El cirujano plástico reconstructivo y estético afirma que frente al diagnóstico de transexualismo *"la intervención quirúrgica"* es *"la terapia más oportuna"* (nótese que no dice que sea la única) (fojas 7 del expediente judicial que viene como acompañado). Y el informe psiquiátrico indica que P.E.M.M. *"ha recibido el tratamiento adecuado para su trastorno"*, consistente en mantener *"tratamiento hormonal feminizante"* y someterse *"a cirugía de reasignación sexual de hombre a mujer (vaginoplastía 2001 y prótesis mamaria 2000)"* (fojas 74 del expediente judicial que viene como acompañado).

23. No obstante, este Tribunal puede advertir que la cirugía como el tratamiento adecuado para el trastorno transexual, no es aceptada pacíficamente en el campo científico (cfr., por ejemplo, lo ocurrido en la jurisdicción interna alemana, en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 12 de septiembre de 2003, *Van Kück v. Germany,* n°s 12 a 28). Existen posiciones científicas para las que siendo psíquica la causa del transexualismo, se debe más bien actuar sobre la mente, por lo que es un error pretender curar lo psíquico actuando sobre lo físico, ya que en el cuerpo no hay ninguna anomalía orgánica. Por ello, en estas escuelas se abogará por un tratamiento psicológico-psiquiátrico, buscando que el transexual cure su psique para aceptar la realidad de su sexo biológico y construya su identidad sexual conforme a él.

24. Desde estas escuelas se advierte que científica y técnicamente un "cambio de sexo" no

es realizable, incluso con la cirugía más perfecta. En el caso de varón a mujer, que es el más frecuente, la cirugía consiste en la extirpación de los órganos genitales, falo y testículos, y la orquiectomía y vasectomía. Posteriormente se realiza la construcción de una vagina artificial y creación de senos. Luego hay que adaptar otras partes masculinas del cuerpo, como la manzana de Adán, el cuello, el mentón, las mejillas y las caderas. Después de estas intervenciones, hay que continuar permanentemente con un tratamiento de hormonas, que tendría efectos secundarios. Aparte de las consecuencias meramente médicas, el transexual de varón a mujer en muchas ocasiones sigue sin sentirse satisfecho con su "nuevo" cuerpo porque mantiene rasgos de varón: talla, forma de la cara, mejillas, pies y manos, persistencia de la próstata y las vesículas seminales. En el caso de mujer a hombre, se precisa de la ooferectomía y mastectomía, y se construye un falo artificial con el que es imposible realizar una cópula fisiológica. Todo esto no permitiría hablar de genitales masculinos y femeninos, respectivamente, de manera que no se puede sostener que el sexo haya cambiado desde el punto de vista anatómico.

25. Por todo ello, lejos de darse por satisfecho después de las intervenciones quirúrgicas, el transexual en muchos casos sigue experimentando una nueva escisión, ahora no sólo entre su soma y su psique, sino en su propio cuerpo, en el que se conjugan elementos externos artificiales de un sexo y su propia realidad cromosómica y hormonal, de la que no consigue deshacerse, aunque haya incluso logrado un cambio legal de su sexo (cfr. *"Transexual belga decidió morir por eutanasia tras insatisfacción con operaciones"*, diario "El Comercio", Lima 1-X-2013).

26. De hecho, ocurren casos de transexuales inscritos en el registro civil según el nuevo sexo que quieren volverlo a cambiar, lo cual plantea nuevos problemas al Derecho (cfr., por ejemplo, *"Un transexual pide al RENIEC que le devuelva su identidad de varón"*, diario "El Comercio", Lima 20-VI-2013). Al margen de que la cirugía transexual es irreversible, pues es imposible recomponer los órganos genitales, en los países donde se lleva tiempo realizando esta cirugía puede apreciarse el problema jurídico que supone que el transexual insatisfecho con el cambio pretenda otra nueva rectificación del registro civil.

27. Como puede apreciarse, la ciencia pone en tela de juicio que la intervención quirúrgica se muestre como el único medio eficaz válido para la atenuación o eliminación del síndrome transexual. Que la transexualidad sea una patología, que genere sufrimiento y que requiera tratamiento e intento de curación, además de la comprensión social, es indiscutible. Pero, como ha quedado demostrado, en lo que los científicos no están todavía de acuerdo es sobre cuál sea el tratamiento más eficaz. El Derecho deberá interpretar sus normas o cambiar su legislación a la luz de lo que aporte la ciencia médica al respecto.

28. La pretensión del recurrente puede identificarse con aquellas tendencias que intentan romper con el modelo que afirma que el Derecho debe proteger jurídicamente lo que viene dado por la biología (o la naturaleza humana), para ir hacia un modelo conforme al cual el género es siempre construido culturalmente y no debe respetar necesariamente la naturaleza. Es decir, se ubica en el debate sobre los conceptos de sexo y género, donde se discute hasta dónde la identidad y el comportamiento sexuales están condicionados por la biología o la naturaleza o hasta dónde todo ello es construido; controversia en la que están, por un lado, quienes mantienen el criterio mayoritario (si nos atenemos a lo que muestran los distintos ordenamientos jurídicos) de que el sexo viene determinado por los cromosomas, y el criterio minoritario de que cabe una nueva interpretación conforme a la cual —como quiere el recurrente—, el sexo psíquico debe prevalecer, incluso legalmente, sobre el sexo cromosómico. Se trata, pues, de una discusión filosófica-jurídica sobre los modelos que adopte el ordenamiento jurídico en las relaciones entre naturaleza y cultura, biología y Derecho, que no está cerrada.

29. Este Tribunal ha establecido que no cabe dictar precedentes vinculantes *"sobre temas que son más bien polémicos y donde las posiciones valorativas pueden dividir a la opinión pública"* (STC 3741-2004-AA/TC, fundamento 46). Igualmente, aunque aquí no se esté considerando la emisión de un precedente vinculante, del espíritu de esa autolimitación del Tribunal Constitucional puede rescatarse que no puede acogerse una tesis como la del recurrente, que plantea la absoluta prevalencia en el transexual operado del sexo psicológico sobre el cromosómico, y consecuentemente darle efectos legales al primero, si consta a este Tribunal que este planteamiento actualmente está sujeto a ardua polémica en diversos campos. Y aún admitiéndose que la especificación sexual pudiera no agotarse en el aspecto cromosómico, cabría preguntarse si resulta admisible una forma de especificación que prescinda en absoluto de él.

30. Consecuentemente, mientras no haya certeza científica de que la cirugía transexual es el tratamiento más eficaz para el transexualismo y que, realizada ella, debe prevalecer legalmente el sexo psicológico sobre el biológico —como plantea el recurrente—, el Derecho no puede abandonar la realidad científica de que el sexo de la persona es su sexo biológico o cromosómico, que —también según la ciencia— es indisponible y con el cual el ordenamiento constitucional distingue los sexos en función de *"la naturaleza de las cosas"* (artículo 103 de la Constitución), es decir, de lo biológico.

31. Por todo ello, este Tribunal juzga que debe desestimarse la pretensión del recurrente de modificar el sexo masculino en el DNI y en la partida de nacimiento de P.E.M.M., pues, por las razones aquí expuestas, este Tribunal no puede eximir a P.E.M.M. de la exigencia que impone el ordenamiento constitucional de que el sexo de la persona consignado en el registro de estado civil corresponde a su sexo biológico.

32. En otro orden de cosas, este Tribunal es consciente de que una decisión favorable al pedido de cambio de sexo de P.E.M.M., podría generar que se invocara este caso para estimar casos similares —teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional sobre la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante (cfr. STC 4853-2004-PA/TC, fundamento 15)—, por lo que no puede dejarse de considerar los efectos o el impacto que una decisión estimatoria en este caso tendría sobre el ordenamiento jurídico, máxime si en su actuación como intérprete de la Constitución este Tribunal debe observar el principio de *previsión de consecuencias*, derivado del artículo 45 de la Constitución, que ordena a todos los poderes públicos actuar con las responsabilidades que ella exige (cfr. STC 5-2005-CC/TC, fundamento 58).

33. Desde esta perspectiva, estimar el pedido del recurrente acarrearía, de entrada, los siguientes impactos en nuestro ordenamiento jurídico: 1) que una persona pueda cambiar a voluntad su sexo en el registro civil; 2) admitir el matrimonio de personas del mismo sexo, ya que un transexual operado, a pesar del cambio externo, sigue teniendo el mismo sexo cromosómico.

34. En efecto, de obtener el recurrente un pronunciamiento estimatorio, P.E.M.M, podría reclamar cuanto sea inherente a la condición de mujer, pues la consecuencia de estimar la pretensión comprende la adquisición de cuantas expectativas, facultades y derechos pudieran asistirle desde la sobrevenida condición legal femenina; un nuevo *status* a partir del cual no podría menos que serle reconocida la capacidad para contraer matrimonio, el *ius connubii* o *ius nubendi*. Y ya que, según se ha visto, jurídicamente el sexo se define según el sexo cromosómico, la consecuencia de la modificación del sexo en el registro civil es que no habrá obstáculo para el matrimonio de un transexual con una persona del mismo sexo que el suyo de origen. La admisión de un transexual al nuevo sexo implica, entonces, el reconocer el matrimonio homosexual, lo cual también plantea el problema de la adopción de menores por esta nueva pareja.

35. Si la sentencia de este Tribunal ordena el cambio legal de sexo de P.E.M.M. que pasa a tener el sexo femenino, no sería viable introducir limitaciones, como prohibirle contraer matrimonio con varón, pues éstas podrían ser tachadas de discriminatorias por razón de sexo, además de resultar una incongruencia con lo pretendido, que es el más pleno reconocimiento legal de la condición femenina.

36. De esta forma, este Tribunal estaría introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio entre personas del mismo sexo, incurriendo en un activismo judicial que contravendría el principio constitucional de separación de poderes (artículo 43 de la Constitución) y el principio de *corrección funcional* (cfr. STC 5854-2005-PA/TC, fundamento 12), pues tal matrimonio —en razón de comprometer toda una concepción del Derecho de familia que configura el Derecho civil— debe ser ampliamente debatido por los ciudadanos y los congresistas como sus representantes (artículos 43, 45 y 90 de la Constitución), por lo que su discusión y eventual decisión debe hacerse en sede legislativa —cuyo producto legal podrá luego estar sujeto, por supuesto, al control de la jurisdicción constitucional—, pero no jurisprudencialmente, ya que el diálogo democrático implica la discusión abierta al pueblo y a los parlamentarios que lo representan. Lo contrario significaría que este supremo intérprete de la Constitución desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado al Congreso de la República, rompiendo el equilibrio inherente al Estado Constitucional, presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, que debe encontrarse siempre plenamente garantizado.

37. Además, amparar el pedido del recurrente implicaría una serie de consecuencias

adicionales, sean éstas aplicables al caso de P.E.M.M. o de otras personas que quieran acogerse a lo resuelto en este caso, de gran impacto y complejidad especialmente en el campo del Derecho civil, que este Tribunal no puede resolver sin, nuevamente, invadir competencias propias del legislador, contraviniendo los principios de separación de poderes y de *corrección funcional*.

38. Así, 1) habría que determinar la edad mínima para solicitar el cambio de sexo en el registro de estado civil; 2) si la intervención quirúrgica debe ser autorizada por un juez; 3) si el cambio de sexo en el registro civil requiere orden judicial o basta una petición en sede administrativa (como afirma P.E.M.M. que le ocurrió en España, cfr. fojas 31 del expediente judicial que viene como acompañado); 4) si se requieren o no pericias o informes médicos y/o psicológicos que diagnostiquen el trastorno transexual y el número de estos dictámenes; 5) si se exigirá o no un período mínimo de tratamiento médico para acomodar las características físicas del transexual a las del sexo reclamado, y un tiempo mínimo de vivir según el sexo deseado antes del cambio de sexo en el registro civil. También, si para el cambio registral de sexo es necesaria o no la previa cirugía transexual. En caso que ésta no se exigiera (como ocurre en la legislación española: Ley 3/2007, de 15 de marzo, artículo 4), podría ocurrir que una persona originalmente de sexo masculino que ha conseguido cambiar su sexo en el registro civil a femenino, *"termine absurdamente por generar —a pesar de haber sido jurídicamente reconocida como "mujer"— un hijo, el mismo que tendría, paradójica y formalmente, dos madres, careciendo de la figura paterna"* (C. Fernández Sessarego, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Universidad de Lima, Lima 1990, p. 254).

39. Asimismo, sería necesario determinar si los efectos del cambio de sexo en el registro civil se dan a partir de que éste se efectúa (*"ex nunc"*) o desde el nacimiento del transexual (*"ex tunc"*), es decir, si la modificación registral es constitutiva o declarativa. Tendría que tenerse una respuesta también, en la hipótesis de que el transexual hubiera estado casado, al problema de si el cambio de sexo en el registro civil acarrearía la disolución del matrimonio y, en relación a los hijos nacidos en éste, el trastrueque de la relación paterno-filial antecedente por la materno-filial (o viceversa), pudiendo alcanzarse así una situación familiar de hijos con dos madres o con dos padres, con la consiguiente incidencia en el régimen de la patria potestad. Habría en general que considerar y dar previsiones jurídicas a las consecuencias de todo orden que el cambio de sexo en el registro civil lleva aparejadas, especialmente en todas las relaciones jurídicas en que el sexo de la persona haya sido determinante para su constitución.

40. Respecto al problema del matrimonio anterior al cambio de sexo en el registro civil, se ha advertido desde la doctrina: *"Es fácil comprender las muy graves consecuencias que para la vida familiar, protegida por las diversas constituciones que rigen a todos los estados del planeta, tendría el facilitar al transexual casado, en mérito a causales sobrevinientes al matrimonio, el cambio de sexo. Aparte de la destrucción de la vida familiar se lesionaría el derecho del cónyuge y de los hijos, en particular si son menores de edad. (…) Si, por un lado, el cónyuge ve frustrado su matrimonio, del otro, los hijos menores quedarán desconcertados frente a la mutación sexual del padre o de la madre. De repente, sin comprenderlo, tendrán dos padres o dos mamás, según el caso. Es fácil imaginar el daño que en la formación del niño puede producir esta insólita situación. El problema no se reduce, por cierto, a que el juez pueda, llegado el caso hipotético, determinar a quién corresponde la tenencia de los hijos menores o fije las reglas de las visitas y aquellas concernientes al mantenimiento de los mismos. No se trata de manipular objetos inanimados e insensibles. La situación, como es fácil percibir, es mucho más profunda y preocupante. Ello obliga a tener muy en cuenta este aspecto en lo que atañe a un posible cambio de sexo de una persona casada"* (C. Fernández Sessarego, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Universidad de Lima, Lima 1990, pp. 235-236).

41. Además, la modificación del sexo en el registro civil no sería posible sin inevitables consecuencias de defraudación a terceros si, por ejemplo, en caso llegara a permitirse al transexual el matrimonio según el nuevo sexo, la otra parte no tuviera forma de conocer que se ha dado esa modificación, pues lo contrario, además de hacer cómplice al registro civil de un posible engaño, daría lugar a un matrimonio cuya anulabilidad podría solicitar el cónyuge perjudicado por el *"error sobre la identidad física del otro contrayente"* (artículo 277, inciso 5, del Código Civil).

42. Finalmente, este Tribunal observa que el derecho a la identidad de P.E.M.M. se encuentra debidamente protegido con el cambio de prenombre de J.L. al prenombre femenino de P.E., que se ha efectuado tanto en su partida de nacimiento como en su DNI según refiere el recurrente. De esta forma, este Tribunal es

del criterio, sostenido ya en la STC 2273-2005-PHC/TC (punto 2 resolutivo), que en tutela del derecho a la identidad puede admitirse el cambio de prenombre, pero mantenerse intangible un elemento de identidad como el sexo de la persona. Consecuentemente, al estar ya inscrito el cambio de prenombre de P.E.M.M. este Tribunal considera que no se ha acreditado la vulneración de su derecho a la identidad.

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda, al no haberse acreditado la afectación del derecho fundamental a la identidad.
2. Declarar que la presente sentencia constituye doctrina constitucional vinculante obligatoria para todos los jueces y tribunales del país, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**URVIOLA HANI**
**VERGARA GOTELLI**
**CALLE HAYEN**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.° 00139-2013-PA/TC
SAN MARTIN
P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL ALONSO YNGA ZEVALLOS

**VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS ETO CRUZ Y MESÍA RAMÍREZ**

Con el debido respeto por nuestros colegas, disentimos profundamente de lo resuelto y consideramos necesario hacer diversas críticas a varios puntos de la fundamentación utilizada para desestimar la demanda, pues entendemos que varias afirmaciones hechas son abiertamente equivocadas. En el desarrollo de nuestra argumentación también daremos las razones que justifican declarar **FUNDADA** la demanda interpuesta por el recurrente.

1. El recurrente, en representación de P.E.M.M., presenta demanda de amparo contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) y el Ministerio Público, solicitando el cambio de sexo (de masculino a femenino) en su Documento Nacional de Identidad (DNI) y en su Partida de Nacimiento; pretensión que sustenta en su derecho a la identidad sexual. Refiere el demandante que su poderdante obtuvo mediante sentencia judicial con calidad de cosa juzgada (Exp. 104-2008, seguido en el Juzgado Civil de San Martín) el cambio de su prenombre masculino a prenombre femenino, fundado en su derecho a la identidad sexual. Este cambio logró ser inscrito en su Partido de Nacimiento y en su DNI, pero la RENIEC se rehusó a cambiar su sexo acorde con su nuevo nombre, lo que según el recurrente viola su derecho fundamental a la identidad. Agrega el demandante que su poderdante es un transexual que se identifica con el género femenino y que en virtud a ello ha adecuado su apariencia a este género mediante la cirugía de reasignación sexual. Afirma que el sexo no es un elemento estático, determinado solo por la dimensión biológica o cromosómica, sino que tiene también una dimensión dinámica, donde influyen los factores sociales y psicológicos al punto que en algunos casos como el de su poderdante estos aspectos psicológicos priman sobre los biológicos y definen su verdadera identidad sexual.

   El RENIEC ha contestado la demanda afirmando que el cambio de sexo no se encuentra recogido entre los hechos inscribibles en el acta de nacimiento, de acuerdo al D.S. 15-98-PCM, por lo que esta entidad no puede proceder a efectuar dicho reconocimiento. Además sostiene que en la STC 2273-2005-PHC/TC (caso Karen Mañuca Quiroz Cabanillas), el Tribunal Constitucional, si bien dispuso el cambio de prenombre de uno masculino a uno femenino, ordenó mantener intangibles los demás elementos de identificación (edad, sexo o lugar de nacimiento).

2. El proyecto en mayoría ha resuelto declarar infundada la demanda, basado en tres grupos de argumentos:

   i) Un primer argumento de tipo **autoritativo**, de acuerdo al cual el sexo que el Tribunal Constitucional ha reconocido es solo el sexo biológico, cromosómico o genético. En efecto, la posición mayoritaria cita el fundamento 15 de la STC 2273-2005-PHC/TC, para respaldar esta posición, entrecomillando la frase *"al momento de nacer la persona solo se toma en cuenta el sexo anatómico"* (fundamento 4). De esta expresión, la postura mayoritaria deduce que *"Para el Derecho, entonces, el sexo viene a ser el sexo biológico, el sexo cromosómico o genético instaurado al momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, que determina*

*el sexo femenino o masculino…"* (fundamento 5). La sentencia en mayoría continúa su argumentación de tipo autoritativa sosteniendo que, según el fundamento 21 de la STC 2273-2005-PHC/TC, "el sexo (femenino o masculino) asignada a la persona desde su nacimiento es uno de aquellos rasgos distintivos de carácter objetivo…(como lo es la "herencia genética": STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 21), viniendo tal característica de una realidad biológica indisponible" (fundamento 6). De estas dos premisas, la sentencia en mayoría concluye afirmando que, como el sexo cromosómico (única dimensión del sexo reconocida) no se puede cambiar, el sexo es indisponible para el sujeto. Esto que la sentencia llama "doctrina de la indisponibilidad del sexo como elemento de identidad en el registro de estado civil", nuevamente pretende fundarse en una premisa de autoridad, cuando sostiene que dicha doctrina "ya se encuentra en lo resuelto por este Tribunal en la STC 2273-2005-PHC/TC, donde se autorizó el cambio de prenombre del recurrente (de masculino a femenino), pero manteniéndose "la intangibilidad de los demás elementos identitarios (llámese edad, sexo o lugar de nacimiento)" (punto resolutivo 2)" (fundamento 7).

En síntesis, de acuerdo a la posición mayoritaria, como la única dimensión del sexo admisible jurídicamente es el sexo biológico o cromosómico, y como éste no puede ser cambiado, el cambio de sexo en el registro civil no procede. Este argumento es de tipo autoritativo, pues no razona por qué el Derecho solo debe reconocer esta dimensión del sexo, sino que se respalda en una **autoridad jurídica** que previamente haya afirmado que la única dimensión admisible del sexo es el sexo biológico. Para la sentencia en mayoría dicha autoridad es el propio Tribunal Constitucional. Como veremos luego, esta afirmación es falsa.

ii) Un segundo argumento de tipo **científico**, de acuerdo al cual la identificación de una persona con el otro sexo al que indica su sexo biológico es una "patología psicológica" (fundamento 10). Esta aseveración se sustenta -en la sentencia en mayoría- en la autoridad científica de la Organización Mundial de la Salud, que ha clasificado la disociación entre el sexo psicológico y el sexo biológico como un trastorno de la personalidad denominado "transexualismo" [ICD-10, F64.0] (fundamento 13). En esta línea, la postura mayoritaria llega a afirmar categóricamente: "El transexualismo es un trastorno mental, en el que no hay ninguna patología anatómica o genética. El transexual posee un sexo biológico perfectamente definido, sin ambigüedades, como hombre o mujer. Tiene la convicción de que su sexo anatómico es erróneo, pero el error está en su mente, no en su anatomía" (fundamento 14). Es decir, según la mayoría, la identificación con el otro sexo no está determinada por ninguna condición física, sino que se trata de una pura alteración mental.

Y esta creencia errada de que se pertenece al otro sexo, no puede ser tenida en cuenta por el Derecho, dado que –según la sentencia en mayoría- dicha creencia no altera el hecho objetivo de que el sexo biológico no se puede cambiar, pues los tratamientos hormonales y las cirugías de reasignación de sexo solo darán lugar a cambios externos o aproximaciones físicas, mas nunca a un cambio en el aparato sexual interno o el componente cromosómico o genético, que es el elemento que finalmente determina el sexo del sujeto (fundamentos 17 y 18). Tampoco puede ser tomada en cuenta la subjetividad del sujeto en cuanto a su identidad de género, dado que –según la postura mayoritaria- no existe **consenso científico** respecto de si la disociación entre sexo biológico y sexo psicológico debe ser atendida por tratamientos hormonales o procedimientos quirúrgicos que traten de adecuar el cuerpo al sexo sentido por el sujeto. Así, según la sentencia en mayoría, *"Existen **posiciones científicas** para las que siendo psíquica la causa del transexualismo, se debe más bien actuar sobre la mente, por lo que es un error pretender curar lo psíquico actuando sobre lo físico, ya que en el cuerpo no hay ninguna anomalía orgánica. Por ello, **en estas escuelas se abogará por un tratamiento psicológico-psiquiátrico, buscando que el transexual cure su psique para aceptar la realidad de su sexo biológico y construya su identidad sexual conforme a él"*** (fundamento 23). De acuerdo a la sentencia en mayoría, la inadecuación de los tratamientos para adecuar el cuerpo al sexo deseado por el sujeto queda comprobada por el hecho de la insatisfacción que aún experimenta el transexual luego de estos tratamientos, para lo cual se cita una noticia publicada en el Diario El Comercio del 1 de octubre

de 2013, donde se da cuenta del suicidio de un transexual por esta insatisfacción (fundamento 25). Por último, la postura mayoritaria entiende que la pretensión del recurrente se sustenta en un modelo de apreciación cultural, que intenta resaltar más allá del dato biológico, la construcción cultural que implica el género; modelo que sin embargo tiene un respaldo *minoritario* en los ordenamientos jurídicos frente a la mayoría de ordenamientos que brindan protección solo al sexo biológico. En todo caso –dice la mayoría- se trata de una discusión sobre la relación entre naturaleza y cultura, biología y derecho, que no está cerrada (fundamento 28).

La sentencia en mayoría concluye este apartado afirmando que el Tribunal Constitucional no puede asumir una postura afirmativa sobre la pretensión de la recurrente, dado que le está vedado decidir en un ámbito de incertidumbre científica (fundamento 29), donde al no saberse con certeza si lo adecuado para el transexual es la afirmación de su subjetividad a través de los tratamientos de adecuación corporal al sexo deseado, *"el Derecho no puede abandonar la realidad científica de que el sexo de la persona es su sexo biológico o cromosómico, que –también según la ciencia- es indisponible y con el cual el ordenamiento constitucional distingue los sexos en función de la "naturaleza de las cosas" (artículo 103 de la Constitución), es decir, de lo biológico"* (fundamento 30).

Las consideraciones expuestas en esta sección son de tipo científico, en tanto la mayoría trata de desechar la pretensión del recurrente recurriendo a posturas científicas que contradecirían la premisa según la cual el sexo tiene un componente psicológico que define también, de un modo determinante, el género del sujeto. Según la mayoría, la ciencia ha establecido que este tipo de identificación con un género diferente al sexo biológico, no es más que un "error de la mente", una alteración psicológica que, por lo demás, puede curarse a través de tratamientos psicológicos-psiquiátricos postulados por determinadas "escuelas científicas". Estas afirmaciones, sin embargo, como veremos luego, no solo no se encuentran sustentadas en ninguna referencia científica, sino que son visiblemente erróneas, de acuerdo a los estudios científicos más recientes.

iii) Un tercer argumento de tipo **consecuencialista**, dirigido a resaltar las consecuencias problemáticas que traería el reconocimiento legal del cambio de sexo registral. En este punto, la sentencia en mayoría parte sentando una posición de principio según la cual la Constitución exige a los poderes públicos actuar con responsabilidad en la toma de decisiones (fundamento 32). Las consecuencias problemáticas de una decisión favorable se darían –según la mayoría- en tres ámbitos: 1) en la apertura indiscriminada que haría el Tribunal de la autorización del cambio de sexo, dado que no se encuentran precisados en el ordenamiento jurídico los *requisitos* para proceder a esta autorización (edad mínima, autoridad competente, si se requieren pericias o dictámenes médicos y el número de ellos, si es exigible la cirugía de reasignación sexual o no, el tiempo necesario viviendo según el sexo deseado, los efectos *ex nunc* o *ex tunc* del reconocimiento, etc.) (fundamentos 38 y 39); 2) en la admisión por vía jurisprudencial del *matrimonio homosexual* (dado que –de acuerdo al fundamento 34 de la sentencia de la mayoría- el transexual que desea casarse con una persona de sexo opuesto al sexo con el que aquel se identifica no deja de ser de su sexo biológico, por lo que en puridad estaría pretendiendo casarse con alguien de su mismo sexo), admisión que –afirma la mayoría- corresponde discutirse en sede parlamentaria (fundamento 36); y 3) en los *efectos dañosos para terceros* de dicho reconocimiento, en por lo menos dos casos: a) en el caso de que dicho reconocimiento se otorgue a una persona casada, con lo cual el "cambio de sexo" podría originar el rompimiento del vínculo matrimonial, y un daño moral grave a los hijos que de pronto pueden verse sorprendidos con que tienen dos padres o dos madres (fundamentos 39 y 40); y b) en el caso de que el reconocimiento efectuado suponga una defraudación a quien se case con un transexual desconociendo el sexo original de su consorte (fundamento 41).

3. En cuanto al **argumento de tipo autoritativo**, es evidente que la posición mayoritaria busca encontrar en la STC 2273-2005-PHC/TC una posición de respaldo para su afirmación de que el sexo biológico es la única dimensión del sexo protegible jurídicamente, pues no encuentra este respaldo en ninguna otra fuente normativa. Y aquí empiezan a desplegarse toda la serie de errores graves en que incurre esta sentencia. Y ello no solo en cuanto omite

otras fuentes normativas relevantes (como las que podemos encontrar en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que sí han reconocido otros elementos en la conformación de la identidad sexual), sino en cuanto trastoca los argumentos recogidos en la STC 2273-2005-PHC/TC, afirmando cosas que dicha sentencia no dice y extrayendo conclusiones que no se desprenden de su lectura.

Es cierto que en el ordenamiento jurídico peruano no existe ninguna fuente normativa expresa que reconozca otros elementos en la conformación de la identidad sexual distintos al elemento biológico, aunque tampoco hay una fuente normativa expresa que prohíba dicho reconocimiento. Lo único que existe es el artículo 2, inciso 1 de la Constitución que recoge el *derecho a la identidad*, pero que por tener una redacción indeterminada, requiere una especificación vía legislativa o jurisprudencial. Sin embargo, sí existen en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos fuentes normativas que efectúan el reconocimiento de otros elementos distintos al biológico en la conformación de la identidad sexual. Estas fuentes normativas son relevantes jurídicamente, en tanto la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 establece que "Las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú". A esta interpretación de los derechos fundamentales conforme con los tratados internacionales sobre derechos humanos, el Tribunal Constitucional peruano ha añadido el reconocimiento de la relevancia normativa interna de las interpretaciones que sobre dichos tratados efectúan los órganos encargados de llevar a cabo dicha interpretación (por todas STC N.° 05854-2005-AA/TC, Caso Lizana Puelles, FF.JJ. 22 y 23). No obstante dicho reconocimiento de relevancia normativa interna del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al momento de definir el ámbito protegido por un derecho fundamental, la sentencia en cuestión simplemente ignora estas fuentes normativas de origen supranacional.

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) se puede reconocer claramente que estas otras dimensiones de la identidad sexual son protegidas, cuando se hace alusión a la categoría jurídica de "identidad de género", la cual se utiliza para remarcar la diferencia existente entre sexo y género, a partir de la cual el DIDH ha reconocido que no solo cabe proteger a las personas contra la **discriminación por razón de sexo** (para lo que se ha constituido todo el corpus normativo relativo a la discriminación contra la mujer), sino también contra la **discriminación por razón de su "identidad de género"**, en clara alusión a las personas trans, para quienes el género no se conforma solo con el elemento biológico, sino también con elementos psicológicos, culturales y sociales. Así lo ha explicado convenientemente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe *"Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes"*, encargado mediante resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2653 (XLI-O/11), cuando ha afirmado que:

> "14. La diferencia entre sexo y género radica en que el primero se concibe como un dato biológico y el segundo como una construcción social. El Comité de Naciones Unidas que monitorea el cumplimiento con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés, en adelante el "Comité CEDAW") ha establecido que el término "sexo" se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el término "género" se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas.
>
> 15. Social y doctrinalmente se ha establecido una diferenciación entre el sexo y el género y actualmente existe una tendencia a marcar esta distinción también en el lenguaje legislativo. Sin embargo, a nivel internacional y con cierta uniformidad en el ámbito doméstico, las categorías sexo y género han sido históricamente utilizadas en forma intercambiable. Por lo tanto, en el caso de algunos tratados internacionales y demás cuerpos normativos que al momento de su redacción no contemplaban la categoría "género", se **interpreta** que la categoría "sexo" comprende también la categoría **"género"**, con el fin de asegurar el **objeto útil de la protección jurídica integral**".

En el DIDH, hasta tres organismos de interpretación autorizada de tratados de derechos humanos suscritos por el Perú han recogido esta referencia a la categoría jurídica de "identidad de género", con el objeto

de precisar la ampliación que produce la categoría "género" como objeto de protección en el ordenamiento jurídico:

- En primer lugar, el Comité de las Naciones para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), ha interpretado en su Recomendación General N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010), que *"Si bien en la Convención solo se menciona la discriminación por motivos de sexo, al interpretar el artículo 1 junto con el párrafo f) del artículo 2 y el párrafo a) del artículo 5 se pone de manifiesto que la Convención abarca la discriminación contra la mujer por motivos de* género*. El término "sexo" se refiere aquí a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer. El término* "género" *se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos a favor del hombre y en detrimento de la mujer. El lugar que la mujer y el hombre ocupan en la sociedad depende de factores políticos, económicos, culturales, sociales, religiosos, ideológicos y ambientales que la cultura, la sociedad y la comunidad pueden cambiar. La aplicación de la Convención a la* discriminación por motivos de géner*o se pone de manifiesto en la definición de discriminación contenida en el artículo 1. Esta definición señala que cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado reducir o anular el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio por las mujeres de sus derechos humanos y libertades fundamentales constituye discriminación, incluso cuando no sea en forma intencional. De esto se desprendería que el trato idéntico o neutro de la mujer y el hombre podría constituir discriminación contra la mujer cuando tuviera como resultado o efecto privarla del ejercicio de un derecho al no haberse tenido en cuenta la desventaja y la desigualdad preexistentes por motivos de género"* (párrafo 5). En síntesis, para el CEDAW, el "género" como categoría construida socialmente importa para el Derecho, en tanto las identidades, las funciones y los atributos con los que se construye la identidad femenina pueden ser fuente de discriminación cuando suponen una restricción de los derechos y libertades de las mujeres.
- Luego, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en su Observación General N° 20 (E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009), ha interpretado que el término "otra condición" presente en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como motivo prohibido de discriminación, incluye "la identidad de género". Expresamente establece el Comité: "La **identidad de género** también se reconoce como motivo prohibido de discriminación. Por ejemplo, los transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo" (párrafo 32).
- Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 91, ha dejado establecido que la **"identidad de género"** es una categoría protegida por la Convención Americana de Derechos Humanos y que, por tanto, está proscrita cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona o en la identidad de género.

Aunque no tienen el carácter jurídico *vinculante* que tienen las interpretaciones realizadas por los órganos autorizados de interpretación arriba citados, existen otros organismos de Derecho Internacional que han recogido la categoría "identidad de género", dando cuenta de la protección más amplia que supone considerar otros elementos distintos del biológico en la definición de la identidad:

- Así, a nivel del sistema de protección universal de derechos humanos que reside en la ONU, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos mediante su Informe "Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género" (A/HRC/19/41, 17 de noviembre de 2011) ha expresado su preocupación por cómo la falta de reconocimiento legal de la real identidad de género de las personas impacta en el ejercicio de otros derechos, encontrando numerosas dificultades prácticas como pueden ser el acceso al empleo, la vivienda, crédito o prestaciones sociales del Estado o cuando

viajan al extranjero, entre otras; llegando, en sus recomendaciones a los Estados miembros, a exhortar que: ***"h) Faciliten el reconocimiento legal del género preferido por las personas trans y dispongan lo necesario para que se vuelvan a expedir los documentos de identidad pertinentes con el género y el nombre preferidos, sin conculcar otros derechos humanos"***.

- A nivel del sistema regional americano de protección de derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe *"Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes"*, encargado mediante resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2653 (XLI-O/11), ha recogido –como ya vimos- la distinción entre sexo y género, y ha considerado que la categoría "identidad de género" incluye a las personas trans y que la misma puede definirse, usando los Principios de Yogyakarta, como *"la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales"*. Por otro lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática en señalar que, aún cuando la "identidad de género" es una categoría *dinámica* que depende de la asunción subjetiva del individuo en su relación con la sociedad, esta identidad llega a formar parte de las *características esenciales* de la persona, en el sentido de que una persona no puede separarse de dicho atributo a riesgo de poner en entredicho su propia identidad; lo que se traduce –según la Comisión-, en el ámbito jurídico, en dos exigencias: *"Por una parte, en el ámbito de sus decisiones íntimas y personales y como parte esencial de su proyecto de vida, las personas pueden estar en un proceso de desarrollo constante y fluctuante, construyéndose a sí mismas en relación con una determinada orientación sexual,* ***identidad de género*** *y expresión de género. No obstante, estas categorías y esta posible fluctuación y movilidad de una o todas estas categorías inherentes a la persona* ***no supone que puedan ser modificadas por terceras personas o por el Estado, so pena de configurarse una vulneración de su dignidad"*** (párrafo 8).

- En la misma línea, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos a través de las resoluciones 2435 (XXXVIII-O/08), 2504 (XXXIX-O/09), 2600 (XL-O/10), 2653 (XLI-O/11), 2721 (XLII-O/12) y 2807 (XLIII-O/13), todas denominadas "Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género", ha condenado "todas las formas de discriminación contra personas por motivos de su orientación sexual e **identidad** o expresión **de género**", alentando a los Estados miembros a que "consideren la adopción de políticas públicas contra la discriminación contra personas a causa de su orientación sexual e identidad o expresión de género", entre otras medidas de protección a favor de las lesbianas, los gays, las personas bisexuales, trans e intersex (LGBTI).

- Finalmente, aunque no es un sujeto de Derecho Internacional, la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos, ha formulado los "Principios de Yogyakarta" o "Principios sobre la aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual e Identidad de Género" (2007), que se citan frecuentemente en los documentos de Derecho Internacional que abordan la temática de los derechos de las personas LGBTI. En este documento de carácter orientador, se recogió como Principio N° 3 el Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica: "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. La orientación sexual o **identidad de género** que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad".

Las posturas asumidas por el Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la OEA y la Comisión Internacional de Juristas si bien no resultan vinculantes, no pueden dejar de ser tomados en cuenta.

Y ello no solo porque, como ya ha sostenido este Tribunal, el *soft law* resulta una guía con efectos jurídicos en la interpretación, en tanto recoge y plasma las metas y objetivos que se impone la comunidad internacional (STC 0022-2009-PI/TC, FJ. 8), sino porque, en este caso, las posturas glosadas (salvo la de la OEA) especifican de un modo más concreto lo que implica el reconocimiento del derecho a la identidad de género, a saber: el derecho a que el ordenamiento jurídico reconozca la autodefinición que las personas trans hacen de su género, o mejor dicho, la admisión del cambio de sexo registral.

Estas posturas, sin embargo, así como las interpretaciones vinculantes del CEDAW, del Comité de DESC y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, si bien no reconocen expresamente el derecho al cambio de sexo registral, recogen el presupuesto para su admisión, esto es, el reconocimiento de del derecho a la "identidad de género", como una identidad conformada por elementos distintos al biológico (psicológicos, sociales y culturales), no han sido consideradas en la sentencia en mayoría, la que más bien ha adoptado una tesis contraria a esta doctrina convencional: la de que el Derecho solo puede admitir el sexo biológico como elemento configurador de la identidad sexual de una persona. En conclusión, bien puede decirse que la sentencia en mayoría no solo contiene una fundamentación claramente *inconvencional*, sino que ella misma resulta contraria a las obligaciones internacionales que el Estado peruano ha asumido en materia de protección de derechos humanos al desconocer el "derecho identidad de género" como derecho conformante del ordenamiento jurídico peruano.

Por si esto fuera poco, la única premisa autoritativa en la que se basa la sentencia en mayoría es abiertamente errónea. Dicha premisa es la que afirma que el Tribunal Constitucional peruano en la STC 2273-2005-PHC/TC reconoció que el único elemento a considerar en la definición de la identidad sexual es el sexo biológico, lo que le llevó a formular la doctrina de la indisponibilidad del sexo por el sujeto. Esta afirmación es simplemente falsa, pues el Tribunal Constitucional en la referida sentencia ni dijo que el sexo biológico era la única dimensión de la identidad sexual relevante, ni formuló ninguna doctrina de la indisponibilidad del sexo.

En efecto, cuando el Tribunal Constitucional dice en la STC 2273-2005-PHC/TC que *"Al momento de nacer la persona solo se toma en cuenta el sexo anatómico"* (FJ. 15), no lo hace para afirmar –como concluye la sentencia en mayoría- que el único elemento a considerar en la identidad sexual es el elemento biológico, sino sólo para recodar que los otros elementos que conforman la identidad sexual solo ingresarán a tallar con el desarrollo del niño(a). Por esta razón es que el TC completa la frase arriba citada, diciendo que, *"ya que la personalidad del recién nacido, que expresará su identidad, recién comenzará a desarrollarse"* (FJ. 15). Por otro lado, en el mismo fundamento 15 citado, el Tribunal llega a afirmar que: *"El sexo está compuesto por diversos elementos: cromosómico, gonadal, anatómico,* sicológico*, registral y* social*, los mismos que* interactúan *en el sujeto de tal forma que lo configuran"*. La cita jurisprudencial en la que se sustenta la mayoría ni siquiera ha sido citada pues de modo completo a efecto de comprender bien la aseveración hecha por el Tribunal. Lo más cuestionable, sin embargo, no es que se extraiga una conclusión a partir de una lectura tendenciosa y parcial de una frase contenida en un fundamento de la STC 2273-2005-PHC/TC, sino que se afirme que el Tribunal ha dicho algo que en realidad nunca dijo. Como ya vimos *ut supra*, la sentencia en mayoría sostiene su argumento de autoridad, en el fundamento 21 de la STC 2273-2005-PHC/TC, donde el Tribunal habría afirmado que el sexo es un rasgo de carácter **objetivo** (fundamento 5 de la sentencia en mayoría). Sin embargo, el Tribunal nunca llega a realizar tal aseveración, pues cuando clasifica los elementos que configuran la identidad en elementos objetivos y elementos subjetivos, nunca menciona que el sexo tenga que incluirse entre los primeros. Ésta es la cita literal del fundamento 21 de la STC 2273-2005-PHC/TC:

> "Este Tribunal considera que entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2° de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)".

Lo curioso del caso es que el Tribunal no solo no llega a hacer la afirmación categórica que

se recoge en el fundamento 6 de la sentencia en mayoría, sino que de los fundamentos de la STC 2273-2005-PHC/TC donde se desarrolla el derecho a la identidad, parece desprenderse una lectura más bien *habilitante* de la interpretación según la cual otros elementos distintos al sexo biológico pueden determinar la identidad sexual del individuo. Veamos qué es lo que dijo en realidad el Tribunal en la STC 2273-2005-PHC/TC (FF.JJ. 22 y 23):

> "La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros. Incluso **algunos de los referentes ordinariamente objetivos no sólo pueden ser vistos simultáneamente, desde una perspectiva subjetiva**, sino que eventualmente **pueden ceder paso a estos últimos** o simplemente **transformarse** como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos.
>
> Queda claro que cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras. Aun cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres, o las creencias (por citar otros dos casos). El entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma inmediatista, sino necesariamente de manera integral, tanto más cuando de por medio se encuentran planteadas discusiones de fondo en torno a la manera de identificar del modo más adecuado a determinadas personas".

Finalmente, como ya adelantamos, en el propio fundamento 15 de la STC 2273-2005-PHC/TC –mal utilizado por la mayoría-, el Tribunal llega a reconocer que *"El sexo está compuesto por diversos elementos: cromosómico, gonadal, anatómico,* sicológico*, registral y* social*, los mismos que* interactúan *en el sujeto de tal forma que lo configuran"*.

¿Cómo es entonces que con base en la STC 2273-2005-PHC/TC se afirma que *"Para el Derecho, entonces, el sexo viene a ser el sexo biológico, el sexo cromosómico o genético"*?

Por otro lado, el Tribunal nunca formuló una "doctrina de la indisponibilidad del sexo" como afirma la sentencia en mayoría en su fundamento 7, ni ésta se deriva de lo resuelto por el TC en el punto resolutivo 2 de la STC 2273-2005-PHC/TC. Si bien allí se dispuso *"la intangibilidad de los demás elementos identitarios (llámese edad, sexo o lugar de nacimiento) consignados en la partida de nacimiento, atendiendo a lo expuesto en el fundamento N.° 35, supra –mandato judicial–"*, ello no fue en razón a que el Tribunal entendiese que dichos otros elementos no podían ser cambiados, sino porque la razón que llevó a ordenar el cambio de prenombre del recurrente de masculino a femenino era la preexistencia de una sentencia con calidad de cosa juzgada, la que había dispuesto dicho cambio de prenombre pero que no había ordenado el cambio de otro elemento identitario (léase sexo). Con base en el respeto de una sentencia con calidad de *cosa juzgada* el Tribunal ordena al RENIEC el cambio de prenombre de masculino y femenino, pero con base en ese mismo respeto dispone que permanezcan los otros elementos identitarios que dicha sentencia no había cambiado. Es preciso destacar además que la *pretensión* de Karen Mañuca Quiroz Cabanillas no fue que se cambie su sexo en el DNI, sino que se le entregue un duplicado de su DNI, el que no se le entregaba en razón a que el RENIEC se resistía a cumplir la sentencia del Poder Judicial con calidad de cosa juzgada que disponía su cambio de prenombre de masculino a femenino. La demanda fue interpuesta pues en respeto del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y de la autoridad de cosa juzgada de una sentencia firme, por lo que la STC 2273-2005-PHC/TC no podía excederse de los términos de dicha sentencia judicial. La no incursión en un supuesto de pronunciamiento *extra petita* y el respeto por la cosa juzgada llevaron al Tribunal a disponer que no se cambie el sexo en el DNI de Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, pero en ningún caso la consideración de que dicho cambio no era posible o estaba prohibido, como afirma con suma ligereza la sentencia en mayoría.

En conclusión, el argumento de autoridad utilizado por la mayoría para fundamentar la desestimación de la demanda de cambio de sexo registral no tiene, pues, ningún asidero, y revela más bien un empleo parcializado de

la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.

4. En cuanto al **argumento científico**, éste ha sido construido obviamente para desacreditar como "anormal" la pretensión de reconocimiento legal de la subjetividad de una persona trans que manifiesta una identidad cruzada. La sentencia en mayoría, pues, más que centrarse en un examen jurídico del alcance de la autonomía moral y el derecho a la identidad en el caso de autos, centra su atención en sostener que la ciencia considera como patológica la identidad cruzada de un transexual. Y es que si el deseo de un transexual de ser reconocido como una persona del otro género es producto de una alteración mental, obviamente dicho deseo no podrá ser asumido como una manifestación de la libertad del sujeto para autodefinir su identidad: y el Derecho no podrá reconocer una libertad que no es tal. Sucede, sin embargo, que la construcción argumentativa de esta supuesta afirmación científica es abiertamente incorrecta, y ello no solo porque la lectura que se hace de las fuentes científicas citadas para afirmar la anormalidad del transexualismo es parcial, en un caso; dichas fuentes ni siquiera aparecen en otro; y se han obviado muchas fuentes científicas que refutan la idea de la anormalidad de la persona trans.

   En primer lugar, en lo relativo a la afirmación de que el transexualismo es un "error de la mente" o una patología psicológica, dado que la Organización Mundial de la Salud así lo ha considerado al incluirlo en el CIE-10 o *Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud. Trastornos mentales y del comportamiento*, lo que la sentencia en mayoría no menciona es que esta inclusión, así como la que efectúa el DSM-IV-TR o *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales* de la Asociación Americana de Psiquiatría, se encuentra fuertemente discutida, no solo por movimientos y activistas por los derechos de las personas trans (vid. la página web de la STP, Campaña Internacional Stop Trans Pathologization http://www.stp2012.info/old/es), sino por la propia comunidad científica que entiende que la persona transexual no tiene ningún rasgo patológico, sino solo una expresión diferente de su identidad sexual que si bien se aleja de los cánones tradicionales de la "normalidad" sexual (que determina la identidad sexual en base al sexo biológico), no por ello puede considerarse patológica (puede verse al respecto, entre otros, el libro de Silvia Di Segni *Sexualidades. Tensiones entre la psiquiatría y los colectivos militantes*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2013, pp. 242 y ss).

   Lo que tampoco menciona la postura mayoritaria es que el propio DSM-IV-TR, donde se contiene el trastorno de la identidad de género, exige unas ciertas condiciones para considerar como patológico al transexualismo. En efecto, el DSM-IV-TR no solo afirma que para realizar el "diagnóstico diferencial" del trastorno de la identidad de género el profesional encargado debe verificar la ausencia de cualquier patología que suponga una alteración del sentido de la realidad, sino que requiere como condición para el diagnóstico de este trastorno "pruebas de malestar clínicamente significativo o deterioro social, laboral o de otras áreas importantes de la actividad del individuo", con lo que el trastorno de identidad de género, en puridad, solo se puede diagnosticar cuando la condición por la cual una persona se siente del sexo opuesto a su sexo biológico, genera en ella un "malestar clínicamente significativo": *contrario senso*, si la persona trans acepta esta condición y no tiene afectado ningún ámbito de su desenvolvimiento social, su identidad cruzada no podrá ser catalogada de "trastorno" (*Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, Masson, Barcelona, 2005, p. 645). La presencia de estos elementos en el diagnóstico diferencial del transexualismo recuerda, significativamente, el primer paso seguido por la Academia Americana de Psiquiatría para excluir la homosexualidad del DSM, cuando dijo que sólo la *homosexualidad egodistónica* era un trastorno, esto es, la ansiedad o malestar generado por la condición homosexual y no la homosexualidad en sí misma. Hoy no existe ni la homosexualidad en sí misma ni la homosexualidad egodistónica en el DSM.

   La premisa asumida por la sentencia en mayoría según la cual la subjetividad de la persona trans es "anormal", "patológica", deja además de tener el asidero científico que afirma, cuando comprobamos no solo que la comunidad científica cuestiona fuertemente la inclusión en el CIE-10 y en el DSM-IV-TR del "trastorno de identidad de género"; algunos de sus organismos más autorizados como la Academia Americana de Psiquiatría permiten una lectura no patológica de la identidad cruzada (cuando no hay "malestar clínicamente relevante"); sino cuando comprobamos que, en realidad, no existe un tratamiento orientado a "curar" la alteración psicológica que supondría el transexualismo. La afirmación hecha en la sentencia en mayoría en el sentido de que existen escuelas científicas que abogan

*"por un tratamiento psicológico-psiquiátrico, buscando que el transexual cure su psique para aceptar la realidad de su sexo biológico y construya su identidad sexual conforme a él"* no solo no se encuentra sustentada en ninguna fuente científica, sino que resulta ser una de las más cuestionables de la sentencia.

En efecto, la sentencia en mayoría, inconcebiblemente, no solo no cumple con explicitar cuáles son las supuestas escuelas científicas que afirman este "tratamiento psicológico-psiquiátrico" de adaptación mental del transexual, sino que enuncia una supuesta posición científica que no tiene ningún asidero en la ciencia. Si revisamos someramente la literatura científica al respecto, veremos que el tratamiento indicado para afrontar el trastorno de la identidad de género en ningún caso supone un ejercicio de transformación de la mente del transexual que le permita adecuar su psiquis a su cuerpo. En sentido contrario, el tratamiento psicológico-psiquiátrico para este "trastorno" está indicado básicamente con el objeto de procurar la aceptación por parte de la persona trans de su condición, así como con el objetivo de permitir el adecuado desenvolvimiento social de estas personas. Como afirma la Guía Clínica para el Diagnóstico y Tratamiento de los Trastornos de Identidad de Género de la Sociedad Española de Endocrinología y Nutrición (disponible en http://shbtrans.wordpress.com/guia-clinica/):

> "La psicoterapia no es un requisito absolutamente necesario para el proceso terapéutico, y dependerá de las necesidades individuales, estableciéndose objetivos y duración. Se debe tratar al paciente de una forma global, prestando interés a todos los aspectos, no sólo al problema de identidad de género. La psicoterapia **no intenta curar** el TIG sino ayudar a la persona a sentirse mejor con su identidad y a enfrentar otros problemas distintos, aclarando y aliviando conflictos" (resaltado nuestro).

De acuerdo a esta Guía Clínica, el tratamiento comprende, además del acompañamiento psicológico, intervenciones endocrinológicas u hormonales, el ejercicio de la llamada "Experiencia de la Vida Real", donde la persona trans empieza a desenvolverse socialmente de acuerdo al género con el que se identifica, y finalmente las intervenciones quirúrgicas de reasignación sexual, donde trata de adaptarse el cuerpo al género sentido por la persona trans. Como enfatiza esta Guía Clínica:

> "En el transexualismo, a falta de conocimientos claros sobre su etiología, el **único tratamiento posible es rehabilitador**, esto es, la reasignación de sexo, adecuando de la manera más completa y rápida posible el fenotipo al sexo que el sujeto se siente pertenecer mediante intervenciones psicológica, hormonal y quirúrgica" (resaltado nuestro).

La referencia pues a escuelas científicas que abogan por un tratamiento psiquiátrico "curativo" no solo no se encuentra sustentada, sino que es contraria a la forma cómo las guías clínicas certificadas manejan el trastorno de la identidad de género. La pretensión de "curar" la mente del transexual, por lo demás, hace recordar episodios oscuros de la ciencia psiquiátrica que, en su intento de preservar la "normalidad sexual", sometió a homosexuales y lesbianas a procedimientos médicos altamente cuestionables como la lobotomía, la terapia de aversión, los electroshocks, entre otros. Actualmente las "terapias de reorientación sexual" (que pretenden adaptar la mente de un homosexual a la de un heterosexual) se encuentran ampliamente rechazadas por la comunidad científica en general, al punto que la misma Asociación Americana de Psicología aprobó el 5 de agosto de 2009 una resolución por cual invocó a todos los profesionales de la salud mental a no utilizar ni recomendar este tipo de terapias a sus pacientes, dado que no solo se encontraba demostrada su ineficacia, sino por los efectos perjudiciales de dicho tratamiento sobre la salud mental de las personas homosexuales (Vid. esta Resolución en *Appropriate Therapeutic Responses to Sexual Orientation*, USA, 2009, disponible en http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/therapeutic-response.pdf).

Las terapias reparativas que permiten adaptar la identidad o el deseo sexual al sexo biológico, de las que se habla en la sentencia, no tienen pues ningún asidero científico y se encuentran más bien rechazadas por la comunidad científica por sus implicancias negativas también en el plano ético. En realidad, este tipo de terapias más que sustentadas en escuelas verdaderamente científicas, como se sabe, se encuentran respaldadas e indicadas por determinadas religiones para las cuales la voluntad del sujeto puede quebrar la orientación sexual "antinatural" que éste experimenta (Puede verse al respecto Blanco, Pablo: "La conducta homosexual. Una aproximación cristiana a la cuestión", disponible en http://www.iglesia.net/pdf/laconductahomosexual.pdf).

En síntesis, más allá que actualmente el transexualismo se encuentre incluido como un "trastorno" en el CIE-10 y en el DSM-IV-TR, la propia ciencia médica nos indica que la persona trans es una persona normal, que no tiene alteración alguna del sentido de la realidad, que solo debe ser tratada psiquiátrica o psicológicamente si muestra malestar o deterioro en sus relaciones sociales producto de su condición, y que el tratamiento que debe recibir es, en todo caso, solo de aceptación y acompañamiento de su condición, más nunca un tratamiento "curativo", que pretenda repararlo del "error que tiene en la mente", como afirma la sentencia en mayoría. El respaldo que la mayoría quiere encontrar en la ciencia para desacreditar la pretensión de la recurrente no es pues tal. Contrariamente, la ciencia nos indica que la persona trans es psíquicamente normal y, por tanto, en ejercicio de su autonomía moral debe poder escoger la mejor forma de afrontar su condición. A lo que este Tribunal se enfrentaba en realidad era a determinar si el derecho a la identidad de la recurrente podía incorporar esta subjetividad normal como factor determinante para definir su identidad de género.

En este punto, la sentencia en mayoría solo hace una breve referencia al debate respecto a la distinción entre sexo y género, distinción donde –según la mayoría- pretende fundarse el reconocimiento de otra dimensión conformante de la identidad sexual distinta a la dimensión biológica (dimensión psicológica). Esta distinción, sin embargo, -afirma la mayoría- es materia de disputa, y se encuentra minoritariamente reconocida en los ordenamientos jurídicos.

Esta aseveración, una vez más, pretende desconocer una realidad abiertamente distinta. Y ésta no solo es la doctrina acogida en el ámbito internacional, que reconoce la categoría jurídica de *identidad de género*, fundada justamente en la distinción entre sexo y género, sino también la aceptación que muchos ordenamientos jurídicos han efectuado del cambio de sexo registral, sea a través de sus legislaciones, sea a través de la jurisprudencia.

La problemática planteada en el caso de autos no es pues nueva ni mucho menos privativa de nuestro país. En diferentes contextos y realidades las personas trans han requerido el reconocimiento legal de su identidad sexual, tal y conforme ésta era subjetivamente experimentada por ellos. Este movimiento por el reconocimiento del derecho a la identidad de género y otros derechos derivados de dicho reconocimiento llevó a muchos Estados a pronunciarse con relación a la posibilidad de efectuar un cambio de sexo en los respectivos documentos de identidad, lo que se concretizó tanto en la emisión de leyes específicas regulando el derecho a la identidad de género y el cambio de sexo, como en una serie de pronunciamientos jurisdiccionales que habilitaron la posibilidad de un cambio de sexo, fundados en una determinada comprensión del derecho a la identidad sexual.

El desarrollo legal y jurisprudencial no debe quedar ajeno a la mirada de un Tribunal Constitucional y, ello, no en razón a que las decisiones adoptadas en otras jurisdicciones deban ser acogidas por nuestro país en mérito de algún principio de jerarquía o en razón de algún prurito académico comparatista, sino porque, como ha sostenido acertadamente Gustavo Zagrebelsky, el examen de fuentes extranjeras legales y jurisprudenciales supone el reconocimiento modesto de otras perspectivas y puntos de vista de quiénes han avanzado de un modo más amplio y profundo que nosotros en temas de común entronque como son los derechos humanos. Como gráficamente lo ha señalado Zagreblesky, se trata de recurrir a "un amigo con gran experiencia" para hacernos pensar mejor, para desvelar energías potenciales latentes y para extender y enriquecer las argumentaciones respecto a la controversia constitucional que concretamente se le plantea al juez constitucional nacional. La imagen de la comparación jurídica como un espejo dónde podemos observarnos y comprendernos mejor es la que resume esta idea del beneficio que reporta la recepción de fuentes extranjeras por parte de los tribunales constitucionales (Cfr. Zagrebelsky, Gustavo (2008) "El juez constitucional en el siglo XXI". En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 10, Año 2008, pp. 249-267).

En esta línea, en lo que sigue se recogen una serie de precedentes jurisdiccionales de diversos tribunales extranjeros, así como legislaciones que han desarrollado el tema de la identidad de género y del cambio de sexo registral, y que han adelantado una comprensión particular de cómo debe entenderse la identidad sexual como sustrato para la admisión del cambio de sexo en el ordenamiento jurídico.

a) En el caso "B contra Francia" del 24 de enero de 1992, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), conoció la petición de una persona que se había realizado una cirugía de reasignación de sexo y que las autoridades francesas le habían denegado la rectificación registral

de su nombre y sexo. En esta causa, el Tribunal estimó que con la negación de rectificación se había violado el derecho al respeto a la vida privada y familiar del solicitante.

b) Pero en el caso "Christine Goodwin contra Reino Unido" del 11 de julio de 2002, el mismo TEDH fue más contundente en su decisión y, por ende, más fiel a su labor protectora de los derechos. Se trataba de una persona que había sido sometida a una cirugía de reasignación de sexo y cuyo desenvolvimiento guardaba identidad con el género femenino, y que había sido objeto de acoso laboral y se encontraba inmersa en un conflicto vinculado a las contribuciones al sistema de seguridad social. De acuerdo a la normatividad legal vigente en el país de la peticionante, los hombres realizan aportes al sistema de seguridad social hasta los 65 años, en tanto que las mujeres sólo hasta los 60 años, sin embargo, como en su documento de identidad se encontraba consignado el sexo masculino, se vio en la imperiosa necesidad de explicar esta verdad personal y revelarle a su empleador de que había sido sometida a una cirugía de reasignación de sexo, a fin de realizar los aportes acordes a su nuevo género.

   A juicio del TEDH, con el no reconocimiento del cambio de género de la peticionante se suscitaba un conflicto entre su situación legal y su realidad social y, por tanto, los derechos al respeto a la vida privada y familiar y a contraer matrimonio, protegidos en los artículos 8° y 12°, respectivamente, de la Convención Europea de Derechos Humanos, resultaban violados. Pero también precisó el Tribunal, que el reconocimiento jurídico de la nueva identidad no afectaba la función registral, el derecho de familia y de sucesiones, las relaciones laborales, la seguridad social y la justicia penal.

c) A través de la Sentencia del 2 de julio de 1987 la Sala Primera del **Tribunal Supremo de España** admitió el recurso de casación presentado por "A. C. G." en el marco del proceso declarativo sobre rectificación de sexo, considerando que la falta de reconocimiento de la nueva identidad de la persona solicitante violaba el artículo 14° (derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación) de la Constitución española por cuanto suponía una discriminación por razón de sexo.

d) Por su parte, la **Suprema Corte de Justicia de Argentina** en el fallo "C. H. C." del 21 de marzo de 2007, dispuso a favor de la solicitante, que ya había sido intervenida quirúrgicamente para lograr la reasignación de sexo, que se cambie su sexo registral así como su nombre, y se le expida un nuevo documento de identidad, por considerar que la discusión en torno a su identidad sexual afectaba su dignidad, libertad y desarrollo de la personalidad, pero también, porque en tanto ocurriera una discordancia entre la inscripción registral que la designaba con un género y su identidad que reflejaba otro, no podía ejercer completamente todos sus derechos reconocidos constitucionalmente.

e) Y dos años después la **Suprema Corte de Justicia de México,** a través de la Ejecutoria num. P. LXVIII/2009, estimó la demanda de amparo presentada en contra de la Primera Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, que dispuso la rectificación de nombre y sexo en el documento de identidad del peticionante manteniendo la anotación de su sexo original. Al respecto, el alto Tribunal señaló que si el acta de nacimiento de una persona transexual mantiene los datos consignados originalmente y únicamente se realiza una nota marginal de la sentencia judicial que dispone la rectificación, este hecho viola los derechos de la persona involucrada; por lo que dispuso, la reserva del acta primigenia.

f) Finalmente, la **Corte Constitucional de Colombia,** reiterando su ya sentada jurisprudencia, observa en la "Sentencia de Tutela N° 918/12", fundamento 7.3, que "tratándose de una persona trans, quien a través de tratamientos psicológicos, hormonales y quirúrgicos ha logrado la reasignación del sexo que vive como propio, no sería suficiente alcanzar el equilibrio o armonía entre su cuerpo y su identidad y, por ende, un estado de bienestar integral, si no pudiera también adecuar su sexo legal a aquel con el que se identifica y no al biológico con el que se hizo el registro inicial".

Por otro lado, la pretensión de cambio de sexo registral ha sido adoptada por legislaciones de diversos países, como veremos a continuación:

a) ***Estados Unidos***, empezó a legislar sobre el cambio de sexo a partir de la década de los 60's. En el estado de Illinois, desde 1961, los registradores pueden efectuar la rectificación de sexo luego

de que la persona interesada haya sido sometida a una intervención quirúrgica de reasignación; y, en símil sentido sucede en Arizona desde el año 1967. Por su parte, los estados de Louisiana y California a partir de 1968 y 1977, respectivamente, han promulgado leyes que validan el cambio de sexo siempre y cuando se haya acudido previamente a la vía judicial para que ésta lo autorice en base a una operación quirúrgica. En tanto que en el estado de Nueva York se realiza la rectificación de sexo de acuerdo a lo que establece una particular reglamentación que data de 1971.

b) ***Suecia***, con la dación de la Ley del 21 de abril de 1972 buscó reglamentar el estado civil de las personas transexuales. Con esta ley advirtió, pues, que el cambio jurídico de sexo era viable siempre y cuando la persona sintiera desde la juventud su pertenencia a otro género; haya vivido ejerciendo el rol del otro género durante un tiempo; sea mayor de 18 años y tenga la nacionalidad sueca; no haya contraído matrimonio; y, sea infértil debido a causas naturales o como consecuencia de una intervención quirúrgica.

c) ***Alemania***, siguiendo el ejemplo sueco decidió promulgar la Ley del 10 de setiembre de 1980, no obstante estableció mayores condiciones para autorizar el cambio del sexo registral. Así, exigió que la persona tenga 25 años y ostente la nacionalidad alemana; haya vivido durante 3 años de acuerdo al género con el cual guarda identificación; no haya contraído matrimonio; se encuentre imposibilitada físicamente para procrear; y, se haya sometido a una intervención quirúrgica de reasignación de sexo. Se debe advertir que el Tribunal Constitucional Alemán ha precisado que el requisito etáreo y de nacionalidad son violatorios de los derechos a la igualdad, dignidad humana y libertad individual consagrados en la Constitución.

d) ***Italia***, a través de la Ley 164 del 14 de abril de 1982, constituyó la posibilidad de rectificación del sexo en los registros siempre que la persona interesada, consecuencia de una orden judicial, haya sido sometida a una intervención quirúrgica de reasignación de sexo.

e) ***Holanda***, con la Ley del 24 de abril de 1985 ordenó modificar el artículo 29° de su Código Civil con el propósito de autorizar la rectificación del registro civil de aquella persona que estuviera convencida de su pertenencia al género distinto. En esa línea, precisó que el solicitante debe probar ante los tribunales, desde una perspectiva psicológica o médica, que ha desarrollado una vida bajo el género deseado, y que físicamente está imposibilitado de procrear.

f) ***Inglaterra***, aprobó en el año 2004 la Ley de reconocimiento de género. Esta norma precisa que una junta integrada por expertos en leyes y medicina será la que decida, atendiendo la identidad sexual de la persona, la modificación del género, por lo que no constituye requisito la reasignación quirúrgica del sexo. Así, pues, estableció como requisitos que la persona sea mayor de 18 años; que padezca o haya padecido de disforia de género; que haya vivido por lo menos 2 años con el género que se identifica; y, que busque vivir de acuerdo al nuevo género el resto de su vida. Y, en esa línea, prohibió a funcionarios públicos, empleadores y cualquier otra persona que haya tenido tratos comerciales con el peticionante, que difundan información relacionada con su anterior identidad.

g) ***España***, a través de la promulgación de la Ley 3 de 2007 estableció la "Rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas". En esta norma se señala como requisitos que el peticionante tenga nacionalidad española, sea mayor de edad y, por tanto, tenga capacidad suficiente; asimismo, que haya sido diagnosticado con disforia de género y haya recibido tratamiento por un período no menor a dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo solicitado. Y con el ánimo de proteger su derecho a la intimidad, también autoriza al peticionante para reclamar el traslado total del folio registral, con lo que se cancelaría el anterior asiento y se elaboraría uno nuevo.

h) ***México***, a través de una modificación a su Código Civil que data del año 2009, en particular la incorporación del artículo 135°Bis, precisó que es posible que las personas que requieran el reconocimiento de su identidad de género soliciten "el levantamiento de una nueva acta de nacimiento por reasignación de concordancia sexo–genérica, previa la anotación correspondiente en su acta de nacimiento primigenia".

i) ***Uruguay***, en octubre de 2009 publicó la Ley 18.620, denominada "Derecho a la

identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios". Esta norma exige que las actas del Registro de Estado Civil, los documentos de identidad, electorales, de viaje u otros, reflejen la consonancia entre identidad, nombre y sexo que ostenta cada persona. Así señala que para solicitar la adecuación de la mención registral de nombre, sexo, o ambos, basta acreditar i) que el nombre, el sexo, o ambos, consignados en el acta de nacimiento son discordantes con la propia identidad de género de la persona; y, ii) la estabilidad y persistencia de esta disonancia durante al menos dos años. Precisando también que para la concesión de la adecuación registral del nombre, el sexo o ambos no se exigirá la cirugía de reasignación sexual.

j) ***Argentina***, en el año 2012 aprobó la Ley 26.743 sobre identidad de género. Con esta ley se habilita la posibilidad de rectificar los datos registrales de todas aquellas personas que sean mayores de edad o que actúen a través de sus representantes legales en caso de no serlo. Asimismo, la norma no establece como requisito la intervención quirúrgica de reasignación de sexo, ni la acreditación de terapias hormonales, ni de algún tratamiento psicológico o médico.

De la apreciación de los precedentes jurisdiccionales citados y de las leyes que han desarrollado la posibilidad del cambio de sexo registral, aunque existen variaciones en cuanto a los requisitos para la procedencia de éste, se desprende que existen ciertos elementos comunes que parecen conformar un *continuum* en el diálogo jurisdiccional y legal iniciado alrededor de este tema: i) en primer lugar, el entendimiento de la identidad de género como un concepto que no solo comprende el aspecto morfológico o biológico del sexo, sino que acoge elementos sociales y culturales en la comprensión del género al que se pertenece; ii) luego, el valor dado a la subjetividad del sujeto en la identificación del género al que pertenece; y, iii) la preponderancia otorgada a la libertad de autodefinirse como perteneciente a determinado género, y, como consecuencia de ello, el reconocimiento legal de dicha autodefinición a través del cambio en el documento de identidad.

Esta realidad de desarrollo legal y jurisprudencial del cambio de sexo registral a nivel comparado se encuentra pues increíblemente obviada también por la sentencia en mayoría.

5. Finalmente, en cuanto al **argumento de tipo consecuencialista**, éste resulta en realidad inadecuado desde el punto de vista de la tutela que pretende brindar primariamente el amparo, esto es, una tutela de tipo subjetiva y concreta. Y es que la recurrente no ha venido en amparo para pretender solución a todas las cuestiones que se derivarían de la aceptación del cambio de sexo registral. En efecto, resulta inadecuado pronunciarse sobre si cabría el matrimonio de la recurrente con una persona de un sexo registral distinto (aunque cromosómicamente igual), sobre si este matrimonio puede constituir un fraude a un tercero, sobre si cabe el cambio de sexo registral de una persona casada y con hijos, etc.

   Tampoco se ha solicitado que el Tribunal establezca los requisitos que deberían cumplirse para que proceda el reconocimiento legal del cambio de sexo registral. Aunque es deseable que estos requisitos existan con claridad para que en el futuro los casos similares se resuelvan con predictibilidad, estos requisitos también corresponden ser fijados, en principio, por el legislador y supletoriamente por los jueces, de acuerdo a cómo se vayan presentando los casos particulares. Para el caso de autos, como veremos luego, lo que importa es que se encuentre suficientemente acreditado que la recurrente está firmemente identificada con el sexo que pretende adoptar.

   En la jurisdicción constitucional si bien se crea Derecho, esta creación depende del caso concreto. La creación jurisprudencial del Derecho es, en puridad, la respuesta de un órgano judicial a un vacío normativo que requiere ser llenado para responder a la controversia planteada por el demandante. No puede, por tanto, discutirse la forma cómo se deben llenar otros vacíos normativos que no sean conducentes para dar respuesta al caso concreto, sin que con ello no se afecten las competencias del legislador encargado de regular de modo general y detallado una determinada materia.

   En resumen, el argumento de tipo consecuencialista es erróneo, pues no puede denegarse justicia constitucional con base en la idea de que la estimación de la demanda traería una serie de cuestiones controvertidas a las que el Derecho aún no ha dado respuesta. Bueno, dichas cuestiones deben ser respondidas por el legislador o, eventualmente, por los jueces, pero ello no implica que no pueda brindarse respuesta a la concreta cuestión controvertida que ha planteado la recurrente. No hacerlo supondría, más bien, infringir el principio de no dejar de

impartir justicia por vacío o deficiencia de la ley, contenido en el artículo 139.8 de la Constitución.

6. Hasta aquí hemos procedido a rebatir todos los argumentos en base a los cuales la sentencia en mayoría ha procedido a desestimar la demanda. Cabe, sin embargo, ahora la pregunta de ¿cuál era la forma correcta de plantear y resolver la demanda de autos? Como ya adelantamos, el caso de autos debía resolverse en una reflexión jurídica, apoyada por la ciencia médica, relacionada a la forma cómo la subjetividad del sujeto condicionada culturalmente podía constituirse en un elemento clave para la construcción de la identidad de género. En suma, si dicha subjetividad (o autonomía) de la persona trans podía configurar el alcance del derecho fundamental a la identidad de género en el caso de autos. Esta es nuestra respuesta a dicha interrogante.

***El derecho fundamental a la identidad***

7. A pesar de que todos los seres humanos son iguales, la diversidad es un rasgo que caracteriza a ese conglomerado llamado humanidad ello, por cuanto, la libertad como sustento existencial permite que cada persona en un ejercicio dialógico con las múltiples opciones que le ofrece su fuero interno, así como con el mundo exterior, construya una identidad propia que la conlleve a concretizar su proyecto individual de vida, convirtiéndola, por tanto, en diferente a las demás personas.

8. Cada ser humano en tanto persona libre diseña su propio proyecto de vida y busca realizarlo en la mayor medida posible. Ese proyecto de vida guarda un sello único, irrepetible e intransferible por lo que el llevarlo a cabo delinea la personalidad del ser, cómo es que la persona aparece en el mundo exterior con sus características sociológicas, culturales, psicológicas y espirituales que guardan relación con los valores que en ejercicio de su autonomía moral profesa y defiende.

9. Esa personalidad que trasciende en la identidad le otorga a cada ser humano su propia verdad, la misma que lo individualiza y le permite decir "soy yo". El hecho de que cada ser humano posea su verdad personal exige que se le reconozca "tal como es" y que nadie pueda transfigurar su identidad atribuyéndole características, conductas, rasgos psicológicos o de otra índole que no le corresponden, mucho menos negar su bagaje ideológico, social, cultural, su forma de pensar y comportarse.

10. En suma, "la persona es única e idéntica sólo a sí misma. La libertad permite a cada uno elaborar intransferiblemente su propio proyecto de vida, su existencia. La identidad personal, entraña una inescindible unidad psicosomática, con múltiples aristas de diversa índole vinculadas entre sí, configurando una propia manera de ser, con aspectos estáticos y dinámicos, que conlleva la necesidad de protección jurídica a dicha identidad real" (Hooft, Pedro Federido (2008) "Transexualidad. 'Cambio de sexo y nombre legal' o 'reconocimiento de sexo y nombre real'. En: AA.VV. (2009) *Persona, Derecho y Libertad. Nuevas perspectivas. Escritos en homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego*. Lima, Motivensa Editora Jurídica S.A., p. 228).

11. El derecho fundamental a la identidad, como ha puesto de relieve la doctrina, no puede ser apreciada como un concepto unitario, que engloba una sola realidad o que comprende una sola clase de características que identifican al individuo. Así, pues, se plantea que la identidad posee una faceta *estática,* es decir, no cambia con el devenir del tiempo. Pero, también posee una faceta *dinámica,* aquella que cambia de acuerdo a la evolución y maduración de la persona.

12. Durante mucho tiempo la identidad *estática* ha sido la única considerada jurídicamente, y comúnmente era denominada como "identificación". Siendo los elementos que la configuran el código genético, el lugar y fecha de nacimiento, los progenitores, las características físicas inmodificables, el contorno somático, entre otros. Por su parte, la identidad *dinámica* está conformada por el conjunto de atributos y calificaciones de la persona de cariz variable como son las creencias filosóficas, religiosas, ideológicas, la profesión, las opiniones, preferencias políticas y económicas, el perfil psicológico, la sexualidad, entre otros.

13. La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece una percepción sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros. Incluso algunos de los referentes ordinariamente objetivos no sólo pueden ser vistos simultáneamente, desde una perspectiva subjetiva, sino que eventualmente pueden ceder paso a estos últimos o simplemente transformarse como producto de determinadas variaciones en

el significado de los conceptos (Cfr. STC N° 2273-2005-PHC, F.J. 22). Ello, porque si colocamos a los elementos objetivos de la identidad por encima de los subjetivos, que son los elementos que tienen relevancia moral porque encuentran fundamento en el principio de dignidad y autonomía, el Derecho y la protección que éste otorga terminará objetivando la esencia moral de los individuos, y, por tanto, a sus derechos.

14. La identidad personal es, por tanto, el conjunto de componentes estáticos y dinámicos que individualizan a la persona en sociedad. Se trata de todos aquellos rasgos que hacen posible que cada cual sea "uno mismo" y "no otro". Este plexo de atributos y características, que se proyectan hacia el mundo exterior, permite a los demás conocer a la persona, a *cierta persona,* en lo que ella es en cuanto ser humano único e irrepetible. Por consiguiente, ambas, la estática y la dinámica, como unidad totalitaria, perfilan la identidad de la persona. En síntesis, se puede decir que la identidad es el bagaje de características y atributos que definen la "verdad personal" en que consiste cada persona (Cfr. Fernández Sessarego, Carlos (2005) "Derecho a la vida, a la identidad, a la integridad, a la libertad y al bienestar". En: Gutierrez Camacho, Walter (director) (2005) *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo.* Lima, Gaceta Jurídica S.A., p. 20).

***El derecho a la identidad de género***

15. Por su parte, en lo atinente específicamente al derecho a la identidad de género como expresión del derecho a la identidad, consideramos oportuno partir de la diferencia que contemporáneamente se ha establecido entre sexo y género. Aunque históricamente las categorías *sexo* y *género* han sido utilizadas de manera indistinta, es preciso puntualizar la diferencia que existe entre estos dos conceptos, a efectos de tener mayor claridad sobre el ámbito de protección que alcanza el derecho fundamental a la identidad en el presente caso. Así, de modo sintético, se afirma que el sexo se concibe como un dato biológico, en tanto que el género se define como una construcción social.

16. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe "Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes", encargado mediante resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2653 (XLI-O/11), ha explicado esta diferencia de la siguiente manera:

17. La diferencia entre sexo y género radica en que el primero se concibe como un dato biológico y el segundo como una construcción social. El Comité de Naciones Unidas que monitorea el cumplimiento con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés, en adelante el "Comité CEDAW") ha establecido que el término "sexo" se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el término "género" se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas.

18. Social y doctrinalmente se ha establecido una diferenciación entre el sexo y el género y actualmente existe una tendencia a marcar esta distinción también en el lenguaje legislativo. Sin embargo, a nivel internacional y con cierta uniformidad en el ámbito doméstico, las categorías sexo y género han sido históricamente utilizadas en forma intercambiable. Por lo tanto, en el caso de algunos tratados internacionales y demás cuerpos normativos que al momento de su redacción no contemplaban la categoría "género", se interpreta que la categoría "sexo" comprende también la categoría "género", con el fin de asegurar el objeto útil de la protección jurídica integral" (subrayado nuestro).

17. En efecto, aunque tradicionalmente se ha asumido que la identidad del individuo se define en base al sexo anatómico, lo que queda recogido en el documento nacional de identidad a través del dato "sexo", es preciso advertir que el desarrollo del concepto de género permite precisar mejor el objeto de protección del derecho a la identidad. La identidad de género, en tanto componente esencial del individuo, no se conforma solo a partir del hecho físico de la constitución biológica de la persona, sino que se completa, con otros elementos como los aspectos psicológicos, sociales o culturales de representación del género dentro de la sociedad. Así, el niño con su desarrollo se "identifica" como *varón* o como *mujer*, no solo a partir de su sexo biológico, sino tal y como va interiorizando estos constructos de género en su subjetividad. Su identidad, en este ámbito, se va integrando entonces no solo con el sexo anatómico o con el dato registral asignado, sino con la identificación que asume con la representación social del *género* masculino o femenino.

Desde esta perspectiva, la identidad de género no es un elemento de identificación *estático* del individuo, sino que al constituir una representación subjetiva marcada por el contexto social, se define como un elemento de identificación *dinámico*, en el cual se integran poderosamente, además del dato biológico, elementos de caracterización psicológica, social y cultural. Así, la vestimenta, los modales y los roles de género, comúnmente asignados a uno de los sexos de modo exclusivo, se han ido compartiendo o intercambiando con el otro sexo en el curso del tiempo; así como la expresión misma de masculinidad o femineidad ha ido variando según los valores que cada sociedad ha querido expresar en un momento determinado.

De este modo, lo ha entendido también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que en su Informe "Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes", encargado mediante resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2653 (XLI-O/11), ha explicado que:

> "En los ámbitos sociológico y psicológico se reconoce con mayor intensidad la fluidez que existe en la construcción de la identidad propia y la auto-definición: desde esta perspectiva se ha señalado que […]la identidad de género… no son características estáticas de la persona, sino por el contrario son dinámicas y dependen de la construcción que cada persona haga de sí misma, así como de la percepción social que se tenga respecto de éstas" (párrafo 7).

18. En la generalidad de los casos, esta *identidad de género* construida por el sujeto en su interacción con la sociedad coincidirá con la *identidad* del individuo colocada en el documento nacional de identidad en base al sexo anatómico. No obstante, existen algunos casos en los cuales el dato registral del sexo colocado al nacer no será asumido por el sujeto. Éste es el caso de las personas *trans*, que se identifican sólida y permanentemente con el género opuesto, teniendo la necesidad de pertenecer y ser reconocidos socialmente en dicho género, además de manifestar malestar o insatisfacción por las características físicas que acompañan su sexo biológico original.

    De acuerdo al Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos "Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes", el término "trans" se define como:

    > "Este término paragua –que incluye la subcategoría transexualidad y otras variaciones- es utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos" (párrafo 19).

    Mientras que el término "transexual" indica:

    > "Las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y que optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física–biológica a su realidad psíquica, espiritual y social".

19. En estos casos, al margen del dato biológico de su sexo anatómico, la identidad se conforma preponderantemente por la consideración subjetiva de la persona respecto de su género, esto es, por la forma cómo el sujeto interioriza su pertenencia a uno de los géneros en su relacionamiento con la sociedad. Y esta consideración subjetiva no es meramente accesoria respecto de algunas cualidades o características del otro sexo que el sujeto puede apreciar, sino que supone una identificación profunda con el otro género en su totalidad. Como ha sostenido el propio DSM-IV-TR o *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*:

    > "El trastorno de la identidad sexual puede diferenciarse del comportamiento de disconformidad con el papel del propio sexo por la magnitud y la extensión de los deseos, de los intereses y de las actividades propias del otro sexo. Este trastorno no se refiere al comportamiento de disconformidad con el papel del propio sexo, como, por ejemplo, los comportamientos de "marimacho" en las niñas y de "afeminado" en los niños. Por el contrario, el trastorno representa una profunda alteración del sentido de identidad del individuo con respecto a la masculinización o a la feminización" (p. 649).

    Esta identificación profunda con el otro género se inserta pues en la personalidad del individuo de un modo tal que bien puede decirse que dicha identidad cruzada es parte

de su propia verdad personal, de una realidad que no puede rebatirse a costa de sacrificar la propia esencia del individuo. Aunque el género es una característica del individuo conformada socialmente, como ya se dijo líneas arriba, una vez asumida una determinada identidad, ésta llega a pertenecer a la categoría de características *esenciales* de la persona, en el sentido de que sin la misma la persona no podrá reconocerse a sí misma, dotada de dignidad. Como ha sostenido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

> "[…] en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos se ha entendido a la (…) **identidad de género** dentro de las características personales en el sentido que son innatas o inherentes a la persona (tales como la raza o la etnia) e inmutables, "entendiendo por inmutabilidad una característica difícil de controlar de la cual una persona no puede separarse a riesgo de sacrificar su identidad".

Esta aparente contradicción, refiere jurídicamente a dos aristas de la categoría (…) identidad de género. Por una parte, en el ámbito de sus decisiones íntimas y personales y como parte esencial de su proyecto de vida, las personas pueden estar en un proceso de desarrollo constante y fluctuante, construyéndose a sí mismas en relación con una determinada (…) identidad de género. No obstante, esta categoría y esta posible fluctuación y movilidad de esta categoría inherente a la persona no supone que pueda ser modificada por terceras personas o por el Estado, so pena de configurarse una vulneración de su dignidad" (Informe "Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes", párrafos 7 y 8).

20. En estos supuestos, al margen de la decisión de la persona *trans* respecto al apoyo clínico que requiera, físico o psicológico, para afrontar las circunstancias que aparejan esta condición, es evidente que la *autonomía moral* del sujeto solo puede ser respetada si el ordenamiento jurídico admite el reconocimiento de su identidad tal y como ésta es experimentada y vivida por el sujeto, y no conforme ésta es impuesta por la sociedad. No reconocer el derecho de la persona *trans* a autodefinirse y ser reconocido según su propia *subjetividad*, obviamente demostrada mediante elementos *objetivos*, supondría desconocer en sí el derecho de estas personas a la identidad de género: la supresión de un derecho fundamental para un grupo específico de personas, y un supuesto de *discriminación*, dado que en su caso, la autonomía moral o el derecho al libre desarrollo de la personalidad, tendrían menos valor que en las demás personas, sin ningún motivo justificado.

21. En este contexto, queda claro que el hecho de que la identidad se conforme no solo con el sexo biológico, sino con consideraciones subjetivas que son construidas en el seno de la sociedad, hace que sea necesario utilizar el término identidad de género, en lugar del clásico de identidad sexual, en tanto el primero permite incorporar mejor el haz de posiciones ius-fundamentales que se desprenden del reconocimiento de la subjetividad del individuo en la definición de su propia identidad. Así, el **derecho a la identidad de género**, entendido como el derecho de la persona a autoidentificarse con el género masculino o femenino, tal y como estos géneros son experimentados y vivenciados por el sujeto, permite incluir en su ámbito de protección los supuestos en los cuales el género asumido por el sujeto se desprende de su subjetividad situada socialmente y no del dato del sexo biológico registrado, como es el caso típico de las personas trans.

***Análisis del caso concreto***

22. En el caso de autos, el recurrente pide que se cambie el sexo (de masculino a femenino) en el DNI y en la partida de nacimiento de la representada. Ello en razón de que ya ha conseguido judicialmente que su prenombre masculino sea cambiado por uno femenino (de Jorge Luis a P.E.), y así consta en su partida de nacimiento y DNI, pero en dichos documentos su sexo permanece como masculino.

23. De autos fluye que efectivamente se ha expedido a favor de P.E.M.M. una resolución judicial autorizando su cambio de nombre, de prenombre masculino a prenombre femenino (Sentencia de fecha 20 de octubre de 2009, expedida por el Juzgado Especializado en lo Civil de la Provincia de San Martín, fojas 131-143 del cuaderno acompañado al principal). Y aunque en la parte resolutiva de esta sentencia solo se ordena el cambio de prenombre, en la parte *considerativa* se expresa claramente que la razón de admitir el cambio de un prenombre masculino a uno femenino radica justamente en el hecho de que la demandante ha acreditado fehacientemente identificarse con el género femenino, identificación que debía ser reconocida por el ordenamiento jurídico, con base en el derecho a la identidad sexual. En efecto, en el fundamento 26 de la precitada sentencia, el juez estableció que:

> "A ello, ha de sumar que está probado en autos, que socialmente el accionante es aceptado como persona de **sexo femenino**, debido incluso a su propia apariencia fisiológica, ya que incluso se ha sometido a tratamientos quirúrgicos de reasignación sexual de hombre a mujer, tal como es la prótesis mamaria en el año 2000 y la vaginoplastia cutánea, realizada en el año 2001, así como el tratamiento hormonal, así se acredita con las constancias expedidas por la Unidad de Género de la Clínica Mediterránea (folios 7) y la Unidad de Identidad de Género del Hospital Universitari Clinic Barcelona (folios 74). Ello implica que el accionante ostenta psicológica, física y socialmente el sexo femenino, el que no concuerda con el sexo cromosómico y registral consignado en la partida de nacimiento, y mucho menos con el nombre asignado al momento de nacer".

Del mismo modo, el juez concluyó su razonamiento expresando que:

> "Siendo ello así y conforme se ha desarrollado en los considerandos 13, 15 y 22 de la presente sentencia y en base al principio de identidad, desarrollo personal y dignidad del ser humano, debe disponerse el cambio de prenombre, máxime si el mismo informe psicológico asistencial de folios 74 de autos, recomienda "se regularice su situación administrativa (cambio de nombre y género en el DNI y otros documentos pertinentes) para favorecer la total adaptación psicosocial a los roles propios del sexo femenino"".

La precitada sentencia adquirió la calidad de *cosa juzgada* mediante resolución de fecha 27 de enero de 2010, la que la declaró consentida, al no haberse presentado ningún recurso impugnatorio por parte del representante del Ministerio Público. En este contexto, consideramos que, aún cuando no se haya ordenado el cambio de sexo registral en la sentencia antes referida, en el proceso de cambio de nombre se tuvo por plenamente acreditado la identificación de P.E.M.M. con el género femenino; por lo que dicha acreditación procesal debe ser tenida en cuenta por este Tribunal para la resolución de la presente controversia constitucional.

Además de ello, de las pruebas presentadas en el presente expediente se puede constatar la identificación de P.E.M.M. con el género femenino: i) las declaraciones ofrecidas (fojas 106 del cuaderno acompañado al principal); ii) la apariencia que ostenta en las fotografías (fojas 133, 149, 150, 194); iii) el reconocimiento de su nueva identidad por parte de las autoridades españolas, dado que ostenta pasaporte español donde se consigna su nombre P.E.M.M. de sexo "femenino" (fojas 3 del cuaderno acompañado al Exp. N° 423-2010-0-2208-JR-CI-01), además de la Resolución N° 42995/2003-1, de fecha 31 de marzo de 2005, donde se consigna que se ha reconocido la nacionalidad española a doña P.E.M.M. (fojas 11 del cuaderno acompañado al principal); y iv) el Certificado Médico suscrito por el Cirujano Plástico Reconstructivo y Estético de la Unidad de Género de la Clínica Mediterrania de Barcelona, donde se consigna que P.E.M.M. ha sido diagnosticada de *disforia de género*, que ha recibido tratamiento hormonal por un tiempo superior a un año y que ha sido intervenida con una cirugía de reasignación de sexo (fojas 7 del cuaderno acompañado al principal), además del Certificado Médico suscrito por la Especialista en Psiquiatría, Dra. E. Gómez Gil, y el Especialista Senior en Psicología, J. Mª Peri, de la Unidad de Identidad de Género de la Clínic Barcelona Hospital Universitari, de fecha 23 de julio de 2008, en el cual se revela que la señora P.E.M.M. fue sometida a cirugía de reasignación sexual de hombre a mujer entre los años 200 y 2001, y que venía siendo atendida hormonalmente desde los 16 años debido a su diagnóstico de trastorno de la identidad de género (fojas 74 del cuaderno acompañado al principal).

24. Estas razonas fácticas aunadas a las razones jurídicas ya expuestas en los fundamentos anteriores de esta sentencia en el sentido **i)** de que la identidad de género es una manifestación del derecho a la identidad que guarda absoluta relevancia en la medida que la sexualidad forma parte de las diferentes manifestaciones de la personalidad del individuo, y, por tanto merece protección; **ii)** de que los distintos componentes del género –cromosómico, gonadal, anatómico, psicológico, social y registral– interactúan en la persona de forma tal que le permiten configurar su género de acuerdo a su propia y autónoma experiencia vivencial; **iii)** que entre la identidad que revela la verdad personal y los datos consignados en un documento de identidad no puede existir disociación alguna; y, **iv)** que si el Derecho solo otorga protección a la dimensión formal o estática de la identidad del individuo, termina *objetivando* su esencia moral, así como su dignidad; constituyen justificación para autorizar que el sexo registral de P.E.M.M.

sea modificado en su partida de nacimiento, así como en su DNI.

25. La libertad como sustento existencial permite que cada persona en un ejercicio dialógico con las múltiples opciones que le ofrece su fuero interno, así como con el mundo exterior, construya una *identidad* propia que la conlleve a concretizar su propio proyecto personal. La libertad –como ha señalado este Tribunal-, en tanto fundamento de la identidad, permite revelar la verdad personal y propicia el reconocimiento y respeto de los individuos tal y como éstos se reconocen, sin imposiciones externas que los desfiguren.

26. P.E.M.M. en ejercicio de esa libertad se ha identificado con el género femenino y ha logrado cambiar incluso el pronombre que figuraba en su DNI de uno masculino a uno femenino; por ello, mantener el dato de sexo masculino en su DNI, no solo perjudica injustificadamente su identidad, sino que también lesiona su dignidad y, con ello, pone en cuestionamiento el goce efectivo de otros derechos que la propia Constitución le reconoce y propicia, a su vez, situaciones diferenciadoras de trato que afectan su derecho a la igualdad.

Por estas razones nuestro voto es por:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo por haberse acreditado la vulneración del derecho a la identidad de género y al reconocimiento de la personalidad jurídica y, en consecuencia,

2. **ORDENAR** que la Municipalidad Distrital de Miraflores de la Provincia de Lima inscriba la anotación de cambio de sexo respectiva en la partida de nacimiento de P.E.M.M.

3. **ORDENAR** que el RENIEC efectúe el cambio de sexo registral en el DNI de P.E.M.M. y le expida uno nuevo.

**SS.**
**ETO CRUZ**
**MESÍA RAMÍREZ**

***Sentencia 04058-2012-PA/TC***

*Proceso de amparo interpuesto por Silvia Patricia López Falcón. El Tribunal estimó la demanda y estableció como doctrina jurisprudencial vinculante el deber de velar por el interés superior del niño en todos los aspectos del proceso de alimentos.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 9 de mayo de 2014

**Resumen:** El Tribunal declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por Silvia Patricia López Falcón contra la Juez de Familia de la Provincia de Barranca, Patricia Maura de la Cruz, en la cual solicitó la nulidad de la resolución que declaró el archivamiento definitivo de los actuados, en el proceso de alimentos contra el padre de su hija menor de edad.

La recurrente alegó que, por motivos de salud de su hija mayor, llegó con dos minutos de retraso a la audiencia del proceso pero que luego de apersonarse ante la jueza para explicar los motivos de su tardanza, esta no consideró los motivos y dio por concluido el proceso, vulnerando así sus derechos a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso.

El Tribunal estableció como doctrina jurisprudencial vinculante que el principio del interés superior del niño y del adolescente rige para toda actuación del Estado y los particulares sobre cualquier decisión en relación a los niños, niñas y adolescentes, conforme el artículo IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes.

Asimismo, exhortó a las autoridades jurisdiccionales a que se abstengan de incurrir en el futuro en las acciones lesivas iguales o similares a las descritas en la sentencia.

**Temas Claves:** Debida motivación de las resoluciones — doctrina jurisprudencial vinculante — interés superior del niño — proceso de alimentos.

EXP. N.° 04058-2012-PA/TC
HUAURA
SILVIA PATRICIA LÓPEZ FALCÓN

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 30 días del mes de abril de 2014, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Silvia Patricia Lopez Falcón contra la sentencia expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura, de fojas 311, su fecha 18 de julio de 2012, que declaró infundada la demanda de autos.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 4 de mayo de 2011, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Juez de Familia de la Provincia de Barranca, doña Patricia Maura De La Cruz, solicitando la nulidad de la resolución N° 11, de fecha 26 de abril de 2011, mediante la cual se confirmó la resolución N° 6, de fecha 18 de febrero de 2011, que declaró la conclusión del proceso y ordenó el archivamiento definitivo de los actuados, en los seguidos contra don Elvis Andy Zúñiga Ríos, en representación de su hija S.M.Z.L., sobre alimentos.

Sostiene la recurrente que en el proceso sobre alimentos se reprogramó fecha para la audiencia única a realizarse el día 18 de febrero de 2011, a las 12:00 horas, pero que por motivos de salud de su hija mayor llegó con dos minutos de retraso, es decir, cuando ya la secretaria cursora había

culminado con el llamado a las partes; agrega que en ese momento se apersonó al juzgado, y que la juez le indicó que resolvería con la razón de la secretaría y la justificación pertinente. Refiere que, sin embargo, la juez no ha considerado la justificación presentada, dando por concluido el proceso. Considera que las resoluciones aludidas han transgredido sus derechos a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso.

Con fecha 25 de mayo de 2011, la emplazada doña Patricia Maura De La Cruz Romero contesta la demanda aduciendo que se ha obrado conforme a ley, toda vez que se ha comprobado la inasistencia de las partes a la audiencia programada.

El procurador público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial contesta la demanda señalando que el amparo contra resoluciones judiciales no puede servir para replantear una controversia resuelta por los órganos jurisdiccionales ordinarios.

El Primer Juzgado Civil de Barranca de la Corte Superior de Justicia de Huaura, con fecha 29 de diciembre de 2011, declaró fundada la demanda, por considerar que no resulta razonable aplicar al proceso de alimentos, que se rige por el Código de los Niños y Adolescentes, el tercer párrafo del artículo 203° del Código Procesal Civil, referido a la conclusión del proceso por inasistencia de las partes.

La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura, con fecha 18 de julio de 2012, revocando la apelada, declaró infundada la demanda, por considerar que pese a que no se analizó los medios de prueba a fin de justificar la inasistencia a la audiencia única, tampoco se ha probado en los autos lo dicho por la demandante sobre lo acontecido el día de la audiencia programada, por lo que los jueces han aplicado debidamente la ley pertinente a la situación procesal generada.

Mediante recurso de agravio constitucional de fecha 17 de agosto del 2012, la recurrente reitera los argumentos de su demanda, puntualizando que la jueza demandada no ha tenido en cuenta el pedido de reprogramación de audiencia solicitado, dejando de lado los argumentos sustentatorios de su pedido.

**FUNDAMENTOS**

**Petitorio**

1. Conforme se aprecia del petitorio de la demanda, el objeto del presente proceso constitucional es que se declare la nulidad de la resolución N° 6, de fecha 18 de febrero de 2011, que declara la conclusión del proceso y ordena el archivamiento definitivo de los actuados, y su confirmatoria, la resolución N° 11, de fecha 26 de abril de 2011, en los seguidos por la recurrente contra don Elvis Andy Zúñiga Ríos, en representación de su hija S.M.Z.L., sobre alimentos.

2. Expuesta la pretensión en los términos señalados, este Colegiado considera necesario determinar, a la luz de los hechos descritos en la demanda y de los recaudos que obran en ella, si se ha producido la vulneración de los derechos constitucionales invocados por la recurrente al haberse declarado la conclusión del proceso, por la inasistencia de las partes a la audiencia única programada.

3. Al respecto, la recurrente alega que promovió un proceso judicial de alimentos (Exp. N.° 2621-2010) contra don Elvis Andy Zúñiga Ríos, programándose la audiencia única para el día 10 de febrero de 2011, fecha en la cual asistió en compañía de su abogada; sin embargo, no se llevó a cabo dicha diligencia toda vez que la juez se encontraba despachando en otro juzgado por motivos de vacaciones, por lo que reprogramada ésta para el día 18 de febrero de 2011, a horas 12:00, asistió con dos minutos de retraso, es decir, cuando ya se había realizado el llamado a las partes, apresurándose a subir al despacho de la señora juez (junto a la secretaría judicial), manifestándole las razones de su tardanza y solicitando que se tome en cuenta la asistencia de la parte demandada, quien ya se encontraba presente incluso antes del llamado, a fin de no frustrar la audiencia. Indica que mediante escrito presentado en la fecha solicitó la reprogramación de audiencia por los hechos expuestos debido al delicado estado de salud de su hija mayor. Sin embargo su pedido se proveyó con un decreto de *"ESTESE A LO RESUELTO"* (remitiéndose en ese sentido a la resolución de fecha 18 de febrero de 2011), mediante el cual se da por *concluido el proceso*; es decir, no se ha considerado los argumentos justificatorios de su tardanza a fin de reprogramar dicha audiencia, y no se ha realizado análisis alguno de su pedido, aplicándose en estricto la norma supletoria, decisión que ha sido confirmada por la juez revisora.

***El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales***

4. Este Colegiado aprecia que la cuestión constitucional que plantea el caso se vincula a la necesidad de que las resoluciones, en general, y las resoluciones judiciales en particular, estén debidamente motivadas, por ser éste un principio básico que informa el ejercicio de la función jurisdiccional, y, al mismo tiempo, un derecho de los justiciables de obtener de los

órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente propuestas. Al respecto, en la STC 8125-2005-PHC/TC, fundamento 11, se ha señalado que:

> [l]a exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139 de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables (…).

5. Cabe, asimismo, puntualizar que en el proceso de amparo el análisis de si una determinada resolución judicial vulnera, o no, el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión sólo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis. Y esto porque en este tipo de procesos, al Juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis *externo* de la propia resolución a efectos de constatar si ésta es el resultado de un juicio racional y objetivo en el que el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la apreciación e interpretación del Derecho, ni tampoco en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos del caso […]".

**Sobre la afectación del derecho a la debida motivación**

6. Tomando en cuenta los hechos que se describen en la demanda, este Colegiado considera que el debate se centra en el reclamo sobre una presunta afectación del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

**Argumentos del demandante**

7. Sostiene la demandante que como consecuencia de las resoluciones cuestionadas, se ha dispuesto la conclusión del proceso de alimentos iniciado a favor de su hija, aplicándose estrictamente lo prescrito en el Código Procesal Civil referido al apercibimiento de declararse la conclusión del proceso por inasistencia de las partes, sin antes evaluar su pedido de reprogramación de audiencia que contenía la justificación de su tardanza y/o inasistencia, y que fue presentado el mismo día de la frustrada audiencia.

**Argumentos del demandado**

8. La Juez emplazada aduce que ha basado su fallo revisor en la constatación de la inasistencia de la recurrente a la audiencia única programada, pese a estar debidamente notificada.

**Consideraciones del Tribunal**

9. En el caso de autos, se cuestiona la decisión de dar por concluido el proceso de alimentos a favor de la menor S.M.Z.L., por la inasistencia de las partes a la audiencia programada con fecha 18 de febrero de 2011, decisión sustentada en el apercibimiento decretado con anterioridad, en aplicación supletoria de lo previsto en el artículo 203° del Código Procesal Civil, para los procesos de alimentos, según el cual:

> "La fecha fijada para la audiencia es inaplazable y se realizará en el local del juzgado. A ella deberán concurrir personalmente las partes, los terceros legitimados y el representante del Ministerio Público, en su caso. Las personas jurídicas y los incapaces comparecerán a través de sus representantes legales. Las partes y terceros legitimados pueden concurrir con sus abogados.
>
> Salvo disposición distinta de este Código, sólo si prueba un hecho grave o justificado que impida su presencia, el Juez autorizará a una parte a actuar mediante representante.
>
> Si a la audiencia concurre una de las partes, esta se realizará sólo con ella.
>
> ***Si no concurren ambas partes, el Juez dará por concluido el proceso".***

10. Al respecto, se debe puntualizar que los procesos de alimentos se tramitan según lo establecido por el Código de los Niños y Adolecentes, mediante el proceso único, en el que está prevista la realización de la audiencia única (tachas excepciones, defensas previas, medios de pruebas, saneamiento procesal, conciliación, y sentencia), estableciéndose en el artículo 170° del código citado que:

> "Contestada la demanda o transcurrido el término para su contestación, el Juez fijará

una fecha inaplazable para la audiencia. Esta debe realizarse, bajo responsabilidad, dentro de los diez días siguientes de recibida la demanda, con intervención del Fiscal.

En los procesos de violencia familiar no hay audiencia de conciliación".

11. Asimismo, se debe tener en cuenta que de la lectura del artículo antes citado no se aprecia sanción alguna respecto de la situación sobreviniente por la inasistencia de las partes a la audiencia programada; sin embargo, el artículo 182° del código en mención establece la *regulación supletoria,* al indicar que:

> "Todas las cuestiones vinculadas a los procesos en materias de contenido civil en las que intervengan niños y adolescentes, contempladas en el presente Código, se regirán supletoriamente por lo dispuesto en el Código Civil y en el Código Procesal Civil."

De lo que se desprende que toda aquella situación de vacío que en términos sustantivos y procesales se presente en la tramitación de los procesos contenidos en el Código de los Niños y Adolescentes, debe ser regulada tanto por el Código Civil como por el Código Procesal Civil.

12. La precisión antes hecha no resulta de por sí antojadiza, sino que obedece a las normas jurídicas y principios contenidos en el Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, cuyo artículo VII establece las fuentes que sirven de soporte para dicha herramienta normativa, al señalar que:

> "En la interpretación y aplicación del presente Código se tendrá en cuenta los principios y las disposiciones de la Constitución Política del Perú, la Convención sobre los Derechos del Niño y de los demás convenios internacionales ratificados por el Perú. En todo lo relacionado con los niños y adolescentes, las instituciones familiares se rigen por lo dispuesto en el presente Código y el Código Civil en lo que les fuere aplicable" (subrayado agregado).

13. Resulta relevante también mencionar el principio que rige a toda actuación del Estado y los particulares sobre cualquier decisión que relacione a los niños niñas y adolescentes, plasmado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, referido al **Interés superior del niño y del adolescente**, el cual expresa que:

> "En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos. Las normas del Código Civil, Código Penal, Código Procesal Civil y Código Procesal Penal se aplicarán cuando corresponda (subrayado nuestro) en forma supletoria al presente Código. Cuando se trate de niños o adolescentes pertenecientes a grupos étnicos o comunidades nativas o indígenas, se observará, además de este Código y la legislación vigente, sus costumbres, siempre y cuando no sean contrarias a las normas de orden público".

***La protección del interés superior del niño, niña y adolescente como contenido constitucional***

14. En anterior oportunidad el Tribunal Constitucional [STC 02132-2008-PA/TC] ha precisado que el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4° de la Norma Fundamental, en cuanto establece que "La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, (…)". Tal contenido de fundamentalidad es reconocido a su vez por la "Convención sobre los Derechos del Niño" de 1989, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N.° 25278 del 3 de agosto de 1990, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 4 de agosto de 1990. El texto de la mencionada Convención se publicó en Separata Especial el 22 noviembre 1990 y mediante Ley N.° 25302, publicada el 4 de enero de 1991, se declaró de preferente interés nacional la difusión de la "Convención sobre los Derechos del Niño".

15. La mencionada Convención sobre los Derechos del Niño establece, entre otras disposiciones, las siguientes:

> Artículo 3
>
> En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

> Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
>
> **Artículo 27**
>
> 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
>
> 2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.
>
> (…)
>
> 4. Los Estados Partes tomarán todas las **medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas** que tengan la responsabilidad financiera por el niño (…).

16. Teniendo en cuenta que el artículo 55° de la Constitución establece que "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional" y que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución prevé que "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú", no queda sino convenir en que los contenidos de tal Convención sobre los Derechos del Niño resultan vinculantes en el ordenamiento jurídico peruano, conclusión resultante de la aplicación del control de convencionalidad al que estamos sujetos.

17. Este Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado en anteriores oportunidades respecto del contenido constitucional del interés superior del niño, niña y adolescente, y en la exigencia de su atención especial y prioritaria en los procesos judiciales. Así, en la sentencia del Expediente N.° 03744-2007-PHC/TC estableció que:

> (…) es necesario precisar que, conforme se desprende la Constitución, en todo proceso judicial en el que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales debe procurar una atención *especial* y *prioritaria* en su tramitación. En efecto, como uno de los contenidos constitucionalmente protegidos del artículo 4° de la Constitución que establece que "La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (…)", se encuentra la preservación del interés superior del niño y del adolescente como una obligación ineludible de la comunidad y principalmente del Estado. Desarrollado tal contenido, el Código de los Niños y Adolescentes ha precisado en el artículo IX que "En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos" (resaltado agregado).
>
> Tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norma Fundamental (artículo 4°), debe ser *especial* en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso, debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso. (Resaltado agregado). Asimismo, tal atención deber ser *prioritaria* pues el interés superior del niño y del adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales.

18. Ahondando en ello, mediante la sentencia recaída en el Expediente N.° 06165-2005-HC/TC, este Tribunal reconoció que:

> (…) La tutela permanente que con esta disposición se reconoce tiene una base justa en lo que se ha señalado como **interés superior del niño y del adolescente**, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad del mencionado artículo 4°, a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes y**, en el espectro internacional, gracias al principio 2**

**de la Declaración de los Derechos del Niño y al artículo 3º, inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño** [1[15]] (…) (resaltado agregado).

19. De lo antes descrito se tiene que el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente presupone que los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales.

**Solución del caso en concreto**

20. La demandante sostiene que en los seguidos contra don Elvis Andy Zúñiga Ríos, en representación de su hija S.M.Z.L. sobre alimentos, se ha hecho caso omiso a su pedido de reprogramación de audiencia, pese a haber justificado las razones de su tardanza o inasistencia a la audiencia, emitiéndose la resolución N° 6, de fecha 18 de febrero de 2011, que declara la conclusión del proceso y el archivamiento definitivo de los actuados, decisión posteriormente confirmada mediante resolución N° 11, de fecha 26 de abril de 2011.

21. Al respecto, de autos se observa que la audiencia única programada para el 18 de febrero de 2011, no se llevó a cabo por inasistencia de las partes, tal como lo hace saber la secretaria judicial (fojas 56 del expediente acompañado 02621-2010-0-1301-JO-FC-01); sin embargo, se verifica que la recurrente solicitó la reprogramación de audiencia mediante escrito presentado en la fecha (18 de febrero de 2011), justificando las razones de su tardanza y /o inasistencia, indicando una serie de hechos ocurridos a partir del momento en que llegó al juzgado, alegando incluso haber solicitado ante el despacho de la juez el pedido de realización de la audiencia con la parte demandada, quien se encontraba presente (pero que no había registrado su asistencia). La recurrente expresaba que su llegada tardía se debió a las dificultades de salud que atravesaba su hija mayor S.A.L.F., adjuntando la documentación pertinente para corroborar sus afirmaciones. No obstante, aparece de autos la resolución cuestionada N° 6, de fecha 18 de febrero de 2011, mediante la cual la jueza del proceso, con la constancia de inasistencia, resolvió declarar concluido el proceso aplicando supletoriamente el artículo 203° del Código Procesal Civil, proveyendo a su vez en la misma fecha el pedido de reprogramación con un decreto que disponía *"…estese a lo dispuesto mediante resolución seis…"*. De todo ello se desprende que la jueza a cargo de la causa para la resolución que ponía fin al proceso no tuvo en consideración el escrito presentado oportunamente, aplicando de forma tangencial las normas procesales, sin avizorar las implicancias en la menor alimentista, toda vez que se trataba de derechos alimentarios en donde está en juego la vida y la subsistencia de la persona, más aún tratándose de una infante.

22. Debe resaltarse que si las justificaciones vertidas por la demandante generaban algún tipo de duda en la autoridad judicial que conocía del proceso, bien pudo corroborarse lo afirmado con la exigencia de las instrumentales del caso. La magistrada emplazada, pese a ello, optó por el fácil camino de dar por concluido el proceso, sin tener en cuenta la naturaleza especial del mismo e incluso sin tener en cuenta que la recurrente contaba con una medida cautelar de asignación anticipada de alimentos en forma de retención judicial, en la cual, de acuerdo con el artículo 658° del Código Procesal Civil, la liquidación de las pensiones devengadas y de los intereses computados se realizan a partir del día siguiente de la notificación de la demanda.

23. También se observa que la actividad judicial realizada no ha previsto los mecanismos de protección y adecuación de las actuaciones del Estado en este caso en el ámbito jurisdiccional, a fin de dar pertinente y oportuna protección a la infante parte de dicho proceso, en aplicación del interés superior del niño, siendo de mayor relevancia el que, aun cuando hubieran sido imprecisas la justificaciones presentadas, el solo hecho de accionar un pedido a fin de que no se dé por concluida la causa, evidencia una actitud diligente y protectora de la madre, quien tiene bajo su cuidado la responsabilidad de la vida de su hija; cuanto más si se aprecia que hasta ese entonces no se había dado indicio alguno de inactividad procesal por parte de la madre en sus actuaciones como representante legal.

24. Cabe recordar que en todo caso también se aprecia la inobservancia, entre otros, del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que establece que:

> *"El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo*

*efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.*

*En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso".*

25. En dicho contexto, conviene subrayar que el principio del interés superior del niño, comprende, entre otras cosas, una actuación tuitiva por parte de los operadores jurisdiccionales, a quienes corresponde la adecuación y flexibilización de las normas y la interpretación que de ellas se realice, a fin de lograr la aplicación más favorable con el fin de dar solución a la controversia reclamada, siendo de especial importancia este principio toda vez que se trata niños, niñas y adolescentes, que tienen especial cuidado y prelación de sus intereses frente al Estado.

**Irreparabilidad parcial de la demanda de amparo de autos**

26. No obstante la descripción detallada de los hechos producidos y pese al hecho de la emisión de que las resoluciones judiciales cuestionadas obedece a una actuación arbitraria e inadecuada de las normas y principios que deberían regir para los casos en donde se involucren intereses de los niños, niñas y adolescentes, este Colegiado aprecia que el declarar la nulidad de las resoluciones cuestionadas trayendo como consecuencia la reposición de las cosas al estado anterior a la violación del derecho invocado, con la consiguiente continuación del proceso de alimentos en el estado en que se encontraba hasta antes del vicio determinado, resulta innecesario. En efecto, se advierte del reporte de expediente visualizado en la fecha en el portal institucional del Poder Judicial, http://cej.pj.gob.pe/cej/forms/paginar.htlml?pagina=1 que mediante resolución N° 19, de fecha 8 de julio de 2013, expedida por el Juez del Juzgado de Familia de Barranca, Exp. 00429-2012-0-1301-JP-FC-01, se confirma la resolución del *a quo* que declaró fundada en parte la demanda, ordenado que don Elvis Andy Zúñiga Ríos cumpla con pasar la pensión alimenticia mensual y adelantada de trescientos nuevos soles a favor de su hija S.M.Z.L., resolución que se encuentra en etapa de ejecución.

27. Por consiguiente y al margen de que en el presente caso se presente una situación de irreparabilidad, el Tribunal Constitucional estima que, en aplicación del segundo párrafo del propio artículo 1° del Código Procesal Constitucional, y atendiendo a que está acreditada en autos la afectación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, conforme a los fundamentos precedentes, corresponde declarar fundada la demanda, no con el propósito de reponer las cosas al estado anterior a la violación denunciada –lo cual resulta inviable–, sino con el objetivo de evitar que conductas como las que aquí se han analizado puedan repetirse.

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo, al haberse acreditado la vulneración del derecho a la debida motivación.
2. Exhortar a las autoridades jurisdiccionales a que se abstengan de incurrir en el futuro en las acciones lesivas iguales o similares a las descritas en los fundamentos de la presente sentencia.
3. Establecer como Doctrina Jurisprudencial Vinculante, conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los criterios contenidos en los fundamentos 10, 11, 19 y 25 de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**MESÍA RAMÍREZ**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

# C. PRECEDENTES VINCULANTES

***Sentencia 04293-2012-PA/TC***

*Proceso de amparo interpuesto por Corsocio Requena. El Tribunal declaró fundada la demanda en el extremo referido a la afectación al derecho a la igualdad ante la ley y dejó sin efecto el precedente vinculante sobre control difuso administrativo.*

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 14 de abril de 2014

**Resumen:** El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda interpuesta por el recurrente contra el OSCE, en la que alegaba la violación de su derecho de defensa, entre otros, y fundada en el extremo referido a la afectación al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, en tanto solicitó la nulidad de una resolución que declaró infundado su recurso administrativo de apelación interpuesto contra la decisión de descalificación de su propuesta técnica en una licitación pública, resolución en la que se aplicó un criterio jurídico distinto al que se venía aplicando en casos similares.

Sin embargo, dado que la afectación ya era irreparable, el Tribunal dispuso que el Tribunal de Contrataciones del OSCE no vuelva a incurrir en la acción que motivó la afectación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

Respecto al precedente contenido en la Sentencia 03741-2004-PA/TC, que autorizaba el control difuso administrativo, el Tribunal advirtió que el mismo fue emitido sin respetar las reglas establecidas en el precedente contenido en la Sentencia 00024-2003-AI/TC para la emisión de precedentes por parte del Tribunal. Respecto al tema de fondo, señaló que permitir que los tribunales administrativos u órganos colegiados realicen control de difuso de constitucionalidad, afecta el sistema de control dual de jurisdicción constitucional establecido en la Constitución, y afecta también al principio de división de poderes, dado que se permitiría que un tribunal administrativo, que forma parte del Poder Ejecutivo, controle las normas dictadas por el Poder Legislativo, lo que, conforme a la Constitución, solo puede ocurrir en un proceso jurisdiccional y no en uno de naturaleza administrativa.

No obstante ello, los alcances de este pronunciamiento no enervan las obligaciones derivadas de los artículos 38, 44 y 51 de la Constitución, tanto para los ciudadanos como para la Administración Pública, en lo que sea pertinente en cada caso concreto.

Por tanto, el Tribunal dejó sin efecto el precedente vinculante contenido en la Sentencia 03741-2004-PA/TC, conforme al cual se autorizó a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública a inaplicar una disposición infraconstitucional cuando consideraba que esta vulneraba manifiestamente la Constitución por la forma o por el fondo.

**Temas:** Control difuso administrativo — derecho a la iguladad y no discriminación — precedentes.

EXP. N.° 04293-2012-PA/TC
LORETO
CONSORCIO REQUENA

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 18 días del mes de marzo de 2014, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Urviola Hani y los fundamentos de voto de los magistrados Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, que se agregan.

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Consorcio Requena contra la resolución de fojas 1192, su fecha 20 de agosto de 2012, expedida por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Loreto, que declaró improcedente la demanda de autos.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 22 de febrero de 2012, el demandante interpone demanda de amparo contra la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y el Procurador Público a cargo de sus asuntos judiciales, solicitando la nulidad de la Resolución N.° 170-2012-TC-S1, de fecha 15 de febrero de 2012, que declaró infundado el recurso administrativo de apelación que interpuso contra la decisión de descalificación de su propuesta técnica en la Licitación Pública N.° 001-2011-MPR (I Convocatoria); asimismo, solicita que se ordene un nuevo pronunciamiento y que la apelación sea resuelta por una nueva Sala administrativa del OSCE. Alega la vulneración de sus derechos constitucionales a la propiedad, a la tutela procesal efectiva, al debido proceso, a la motivación, a la igualdad ante la ley, a contratar con fines lícitos, a la racionalidad y proporcionalidad, así como al principio de congruencia procesal.

Sostiene que en su recurso administrativo de apelación, en el proceso de Licitación Pública N.° 001-2011-MPR sobre ejecución de la obra "Rehabilitación y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado de la localidad de Requena – Loreto", la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del OSCE incorporó indebidamente un punto controvertido nuevo acerca de los requisitos del "Gerente de Obras" que no había sido materia de su impugnación ni tampoco observado por la propia Municipalidad Provincial de Requena al momento de decidir su descalificación. Agrega que la citada Sala administrativa resolvió dicho punto controvertido aplicando un parecer jurídico distinto, a pesar de que era un supuesto de hecho sustancialmente idéntico al que fue materia de decisión en la Resolución N.° 97-2012-TC-S1, del 15 de enero de 2012.

El Procurador Público del OSCE contesta la demanda indicando que el amparo es un proceso residual y que el proceso contencioso administrativo es la vía igualmente satisfactoria para resolver la controversia. Señala que al momento de resolverse la apelación del demandante no se ha vulnerado el "principio de congruencia", pues se ha aplicado el artículo 5° de la Ley N.° 27444, que autoriza a los órganos administrativos a incorporar de oficio nuevas cuestiones de hecho y derecho, aun cuando no hayan sido planteadas por los administrados. También refiere que la mencionada Resolución N.° 97-2012-TC-S1 fue emitida en otro expediente administrativo y que no constituye un precedente de observancia obligatoria, por lo que no cabía extender su criterio al caso del demandante.

Mediante Resolución N.° 5, de fecha 12 de marzo de 2012, se integra al proceso en calidad de litisconsorte necesario pasivo a la Municipalidad Provincial de Requena, que se apersona debidamente representada por su Procurador Público.

El Primer Juzgado Civil de Maynas declara fundada la demanda, por considerar que, en cuanto al título profesional de ingeniero civil del "Gerente de Obra", se cumplió con presentar el diploma de incorporación del Colegio de Ingenieros del Perú y el certificado de habilidad, los cuales son documentos suficientes para acreditar el grado profesional del "Gerente de Obra" propuesto.

A su turno, la Sala revisora revoca la apelada y declara improcedente la demanda, estimando que la vía igualmente satisfactoria, de conformidad con el artículo 5°, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, es el proceso contencioso administrativo, proceso de plena jurisdicción que permite al juez ordinario no solo anular, sino además reconocer, restituir o indemnizar un derecho conculcado.

**FUNDAMENTOS**

**Delimitación del petitorio y procedencia de la demanda**

1. El demandante solicita que se declare la nulidad de la Resolución N.° 170-2012-TC-S1, de fecha 15 de febrero de 2012, expedida por la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del OSCE, que declaró infundado el recurso administrativo de apelación que interpuso contra la decisión de descalificación de su propuesta técnica en la Licitación Pública N.° 001-2011-MPR (I Convocatoria); se emita un nuevo pronunciamiento sobre su recurso y que este sea resuelto por una nueva Sala administrativa del OSCE, por supuestamente haberse afectado sus derechos constitucionales

a la propiedad, a la tutela procesal efectiva, al debido proceso, a la motivación, a la igualdad ante la ley, a contratar con fines lícitos, a la racionalidad y proporcionalidad y el principio de congruencia procesal.

2. Este Tribunal Constitucional considera que del análisis del petitorio y de los hechos que sustentan la demanda de amparo, se advierte que lo que en realidad se plantea está relacionado con el contenido del derecho constitucional al debido proceso en sede administrativa, al haberse producido básicamente las siguientes afectaciones: **i)** afectación al derecho de defensa, en cuanto presuntamente se incorporó el análisis de hechos nuevos no planteados en el recurso administrativo de apelación del demandante; y, **ii)** afectación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, ocasionada por la emplazada supuestamente por decidir, para el caso concreto del actor, aplicando un criterio jurídico distinto al previamente establecido en un pronunciamiento administrativo anterior.

3. Las afectaciones expuestas, si bien son susceptibles de ser examinadas en el proceso contencioso administrativo como primer nivel de protección de los derechos fundamentales (RTC N.° 00923-2012-PA/TC, fundamento 6) y, por tanto, tal como lo ha planteado la entidad emplazada refiriéndose a la aplicación del artículo 5°, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, es una vía específica y satisfactoria para dilucidar la presente controversia; este Colegiado, en vista de la gravedad de los hechos denunciados y de su relevancia constitucional, estima pertinente que las afectaciones invocadas sean analizadas en el presente proceso. Tal como sucedió en la STC N.° 00228-2009-PA/TC, se dejó dicho que "cuando exista un tema de relevancia constitucional que requiera un pronunciamiento en la jurisdicción constitucional, sea por motivos de ausencia de pronunciamiento o de deficiencias, incoherencias y contradicciones en la misma, la vía procesal del amparo se convierte en la vía que debe activarse para la resolución de la controversia constitucional suscitada".

**Sobre la afectación del derecho de defensa (artículo 139°, inciso 14, de la Constitución)**

**Argumentos del demandante**

4. El demandante alega que interpuso recurso administrativo de apelación contra la decisión de descalificación de su propuesta técnica en la Licitación Pública N.° 001-2011-MPR (Ejecución de la obra "Rehabilitación y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado de la localidad de Requena – Loreto") adoptada por la Municipalidad Provincial de Requena, planteando las correspondientes cuestiones de hecho y derecho que juzgaba convenientes y solicitando que se determine su legalidad. Si bien las cuestiones planteadas en el citado recurso administrativo recibieron, cada una, pronunciamiento, la emplazada fijó un nuevo punto controvertido relacionado con los requisitos mínimos del "Gerente de Obra" según la bases del concurso, que no había sido materia de crítica por parte del recurrente ni mucho menos criterio de rechazo por parte de la Municipalidad Provincial de Requena, lo cual constituye una contravención al principio de congruencia procesal.

5. Agrega que el recurso de apelación fue desestimado mediante un pronunciamiento administrativo *extra petita*, sin que pudiera ejercer su derecho de defensa oportunamente y de manera completa, dado que recién se tomó conocimiento del nuevo punto en controversia, de manera oralizada y resumida, en la audiencia pública.

**Argumentos de la entidad demandada**

6. La emplazada señala que no se debe pretender aplicar las características del principio de congruencia en su faceta judicial a las resoluciones dictadas en el seno de un procedimiento administrativa, puesto que para ambos su naturaleza es distinta. En sede administrativa, por disposición del artículo 5° de la Ley N.° 27444, el acto administrativo puede incluir en su contenido aspectos que no hayan sido propuestos originalmente por el administrado, como efectivamente ha sucedido en el caso de la Resolución N.° 170-2012-TC-S1.

7. Asimismo, indica que si bien no fueron materia de impugnación las cuestiones relativas al cumplimiento de los requisitos del "Gerente de Obras", el demandante tuvo la oportunidad de formular sus descargos antes de emitir la resolución cuestionada, tanto en la audiencia pública del 9 de febrero de 2012 como en su escrito presentado en la misma fecha.

**Consideraciones del Tribunal Constitucional**

8. Este Tribunal Constitucional ha reiterado en la STC 03891-2011-PA/TC (fundamento 12) que, en general, "el derecho al debido proceso previsto por el artículo 139°, inciso 3, de la Constitución, aplicable no sólo a nivel judicial sino también en sede administrativa e incluso entre particulares, supone el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse

en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos y conflictos entre privados, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos". Bajo esa premisa, en cuanto al derecho de defensa cabe mencionar que éste constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma tal ámbito del debido proceso y se proyecta como un "principio de interdicción" de cualquier situación de indefensión y como un "principio de contradicción" de los actos procesales que pudieran potencialmente repercutir en la situación jurídica de las partes, sea en un proceso judicial o procedimiento administrativo (Véase, STC N.° 08605-2005-PA/TC, fundamento 14).

9. En el presente caso, el recurrente ha sostenido que la cuestionada Resolución N.° 170-2012-TC-S1 lo expuso a un estado de indefensión, al haberse agregado un punto controvertido nuevo, referido a la acreditación de los requisitos mínimos del "Gerente de Obras", no propuesto por su persona en su respectivo recurso administrativo de apelación y contra el cual, además, no pudo realizar debidamente sus descargos.

10. De la revisión del recurso de apelación, interpuesto el 26 de diciembre de 2011 (fojas 86), se advierte que el recurrente impugnó la decisión de descalificación de su propuesta técnica porque, según su opinión, sí cumplió con los requerimientos técnicos mínimos de las Bases Integradas para ser considerado como postor hábil en el proceso de Licitación Pública N.° 001-2011-MPR. El recurrente fundamentó que el Comité Especial, al desestimar su propuesta técnica, no tomó en cuenta que: i) no se le exigió especificar los años de antigüedad de sus equipos, sino únicamente el listado de profesionales, el personal propuesto y la relación de los equipos; ii) no le era exigible una "promesa de consorcio", porque el recurrente ya era un consorcio constituido; y, iii) el Consorcio Nor Amazónico había presentado documentación falsa o inexacta que implicaba la violación del principio de veracidad.

11. Por su parte, la Resolución N.° 170-2012-TC-S1 estima todas las observaciones del demandante, esto es, sobre la antigüedad de los equipos propuestos, el requisito de la no presentación de la promesa de consorcio y sobre la verificación de la supuesta irregularidad documentaria del Consorcio Nor Amazónico; pero incorpora como nuevo punto en controversia la "no acreditación del Gerente de Obras" (fojas 29). En este punto, se sustenta que el recurrente no cumplió con presentar la copia simple del título profesional del ingeniero civil propuesto como Gerente de Obras, tal como lo habían exigido las respectivas bases integradas de la licitación. Por este punto, finalmente se declaró infundado el recurso de apelación y se confirmó el otorgamiento de la buena pro a favor de Consorcio Nor Amazónico.

12. Sobre el "principio de congruencia", si bien se ha explicado que forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la debida motivación de las decisiones judiciales y que garantiza que el juzgador resuelva cada caso concreto sin omitir, alterar o exceder las pretensiones formuladas por las partes (Véase, STC N.° 08327-2005-PA/TC, fundamento 5), en sede administrativa, dicho principio procesal se encuentra flexibilizado, en la medida que en el *iter* del procedimiento administrativo debe armonizarse con la potestad de invalidación general de la Administración Pública.

13. En tal línea, entonces, la no existencia de identidad entre las cuestiones planteadas en el recurso de apelación y los extremos resueltos por la Resolución N.° 170-2012-TC-S1 no necesariamente implica una afectación al derecho de defensa del administrado, siempre que la autoridad administrativa cumpla con otorgar la debida oportunidad para realizar los respectivos descargos sobre los nuevos hechos a tratar. Tal como quedó establecido en la STC N.° 00884-2004-AA/TC, pues "**ninguna autoridad administrativa podrá dictar una anulación de oficio, sin otorgar anteladamente audiencia al interesado para que pueda presentar sus argumentos a favor de la sostenibilidad del acto que le reconoce derecho o intereses.** Adicionalmente a ello, la resolución anulatoria de oficio debe ser notificada a los administrados concernidos a fin de que tengan la posibilidad de controlar su legalidad" (énfasis agregado).

14. En el caso, sí se desprende de la propia Resolución N.° 170-2012-TC-S1 (considerando 19) que, mediante escrito ingresado el 9 de febrero de 2012, el demandante realizó sus descargos acerca de la no acreditación de los requisitos para el "Gerente de Obra". Debe observarse, que si bien el demandante ha señalado que no pudo ejercer una defensa "completa", en autos no obran medios probatorios que sustenten tal afirmación, por lo que este Tribunal entiende que sí pudo realizar la correspondiente contradicción contra el nuevo punto de controversia en mención. Por lo tanto, debe desestimarse la demanda en este extremo, dado que no se ha acreditado la vulneración del derecho de defensa del demandante.

15. Sin perjuicio de lo dicho, para este Tribunal no deja de llamar la atención la circunstancia de que el demandante haya tomado conocimiento de los nuevos hechos observados por la autoridad administrativa recién en el acto de audiencia pública del 9 de febrero de 2012 (no negado por la emplazada en su escrito de contestación), cuando conforme al derecho de defensa, ésta no implica únicamente la realización efectiva de la contradicción, sino además que disponga de un tiempo lo suficientemente razonable para su elaboración o preparación, acorde por supuesto con la complejidad de lo que se discute.

**Sobre la afectación al derecho a la igualdad en aplicación de la ley (artículo 2°, inciso 2, de la Constitución)**

**Argumentos del demandante**

16. El recurrente argumenta que la Primera Sala del Tribunal del OSCE ha aplicado consecuencias jurídicas distintas frente a hechos análogos iguales en relación con la forma de acreditación del grado profesional del "Gerente de Obras". Indica que la cuestionada Resolución N.° 170-2012-TC-S1 resolvió su recurso de apelación aplicando un criterio distinto del utilizado en el pronunciamiento recaído en la Resolución N.° 97-2012-TC-S1, a pesar de ser el mismo órgano decisor y los mismos hechos.

17. Añade, en ese sentido, que la resolución de la mencionada Sala administrativa ha procedido a realizar un tratamiento diferenciado en perjuicio del recurrente, dado que contradice de manera clara su criterio interpretativo sobre el requisito de presentación del título profesional, aun cuando ya se encuentra acreditada la correspondiente colegiatura del profesional; que por tanto, se omitió efectuar una observancia escrupulosa del derecho al debido proceso.

**Argumentos de la entidad demandada**

18. Señala que la Resolución N.° 97-2012-TC-S1, emitida en el Expediente N.° 1648.2011. TC, sobre el recurso de apelación interpuesto por Consorcio Colonial, constituye un pronunciamiento adoptado, al igual que la Resolución N.° 170-2012-TC-S1, sin que exista una posición uniforme en todos los integrantes de la Sala emplazada. Ninguna de las dos resoluciones son precedentes administrativos de observancia obligatoria, pues estos se caracterizan por establecer expresamente interpretaciones de alcance general y son publicados en el diario oficial *El Peruano* y en la página institucional del OSCE, lo cual no fue el caso de autos.

**Consideraciones del Tribunal Constitucional**

19. Este Colegiado ha explicado que el derecho a la igualdad tiene dos facetas: el derecho a la igualdad *ante la ley* y el derecho a la igualdad *en la aplicación de la ley*. En cuanto a la primera faceta, el derecho a la igualdad exige que la norma deba ser aplicable, por igual, a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma jurídica; mientras que por lo que se refiere a la segunda, el derecho a la igualdad implica que un órgano no puede apartarse arbitrariamente del sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando se considere que se debe modificar sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

20. En sede administrativa, en la STC N.° 01279-2002-AA/TC (fundamento 3), se ha señalado en particular que "el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley exige que un mismo órgano administrativo, al aplicar una misma ley, o una disposición de una ley, no lo haga de manera diferenciada o basándose en condiciones personales o sociales de los administrados. Se prohíbe, así, la expedición por un mismo órgano administrativo de actos o resoluciones administrativas arbitrarias, caprichosas y subjetivas, carentes de una base objetiva y razonable que la legitime. Dicha dimensión del derecho a la igualdad jurídica se encuentra, como es obvio, directamente conectado con el principio de seguridad jurídica que este Tribunal Constitucional ha proclamado como un principio implícito de nuestro ordenamiento constitucional: `Ningún particular puede ser discriminado o tratado diferenciadamente por los órganos –judiciales o administrativos– llamados a aplicar las leyes´".

21. En el caso de autos, el demandante ha sostenido que en sede administrativa ha sido objeto de un injustificado tratamiento diferenciado, ocasionado por la Resolución N.° 170-2012-TC-S1, que desestimó su recurso de apelación, a pesar de que con anterioridad la emplazada resolvió favorablemente la misma controversia expresando un parecer distinto, lo que constituye una vulneración de su derecho a la igualdad.

22. En relación con la evaluación de si un tratamiento diferenciado constituye una afectación al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, este Tribunal Constitucional ha establecido que el presunto agraviado debe plantear un *término de comparación* válido, a partir del cual se pueda contrastar la diferenciación y su arbitrariedad. En la STC N.° 01211-2006-PA/TC (fundamento 24), este Colegiado ha entendido que ese

*término de comparación* es el examen de una o varias decisiones, previas o de la misma fecha, donde ante hechos similares y frente a una norma aplicable, el caso se haya resuelto de una manera contraria a la resolución judicial que se cuestiona. Este criterio, si bien ha sido construido originalmente enfocado en el ámbito jurisdiccional, este Colegiado estima que no existen mayores inconvenientes en extenderlo al ámbito procesal administrativo, puesto que en ambos escenarios, jurisdiccional y administrativo, existe la misma lógica de un orden conformado por reglas jurídicas, un órgano aplicador y un destinatario de la decisión, por lo que este criterio es apropiado y aplicable a la actuación administrativa a efectos de comprobar las afectaciones al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. Siendo así, siguiendo la STC N.° 01211-2006-PA/TC, se debe señalar que tanto la decisión cuestionada en su constitucionalidad como el *término de comparación*, integrado por la decisión o decisiones administrativas, deben reunir las condiciones siguientes:

(a) Debe existir identidad en el órgano decisor que resolvió los casos.

(b) El órgano decisor debe tener una composición semejante.

(c) Los supuestos de hecho involucrados deben ser sustancialmente iguales.

(d) Que se haya producido una disparidad en la respuesta jurídica.

(e) No debe existir una motivación del cambio de criterio.

23. En el presente caso, para la evaluación de la Resolución N.° 170-2012-TC-S1, se ha planteado como *término de comparación* la reciente Resolución N.° 97-2012-TC-S1, de fecha 15 de enero de 2012. Para tal efecto, se verifica que ambas han sido emitidas por la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del OSCE; que la Sala en mención estuvo conformada por los mismos integrantes (Basulto Liewald, Seminario Zavala y Isasi Berrospi), que opinaron acerca del mismo supuesto de hecho, o sea, de la acreditación de los requisitos mínimos para el personal profesional de ingeniería, y que en ambas se expusieron pareceres jurídicos distintos; por lo que es un parámetro válido para evaluar la afectación al derecho a la igualdad. En consecuencia, corresponde a continuación examinar si la Resolución N.° 170-2012-TC-S1 ha ofrecido una justificación objetiva y razonable para realizar un trato desigual.

24. De ambas resoluciones administrativas se aprecia lo siguiente:

- El **15 de enero de 2012**, la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del OSCE dicta la Resolución N.° 97-2012-TC-S1, recaída en el Expediente N.° 1648.2011. TC (fojas 42 y ss.), que resolvió *estimando* el recurso de apelación interpuesto por Consorcio Colonial contra la decisión de descalificación de su propuesta técnica en el proceso de Licitación Pública N.° 005-2011-GG-PJ, convocada por el Poder Judicial para la ejecución de la obra "Mejoramiento de los servicios de administración de justicia en la nueva sede de la Corte Superior de Justicia del Callao".

  En tal oportunidad, respecto de la descalificación por motivos de no acreditar con la "copia del Título Profesional" el cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos de ingeniero sanitario, la Sala administrativa indicó que, habiéndose presentado el Diploma de Bachiller en Ingeniería Sanitaria del profesional en cuestión y el Diploma de Colegiatura del Colegio de Ingenieros del Perú, "*13.* […] *queda claro entonces que encontrándose el Ingeniero Anastacio Moscoso Soto inscrito en el Registro del Colegio de Ingenieros, aquél cuenta con el título profesional correspondiente, por lo que su no presentación, a criterio de este colegiado, no impide tener certeza acerca del grado académico que ostenta dicho profesional, y, por ende, del cumplimiento y acreditación del requerimiento técnico mínimo exigido, referido a que se trata de un profesional colegiado con el título profesional de Ingeniero Sanitario"* (sic, subrayado agregado).

  Y agrega que *"25. En ese orden de ideas, y dentro de lo expuesto anteriormente, este Colegiado considera que, de una evaluación integral de la propuesta presentada por El Impugnante, se puede evidenciar el cumplimiento de los requerimientos mínimos establecidos en las Bases para el Especialista de Instalaciones Sanitarias. Así, si bien aquél no presentó una copia del correspondiente título profesional del Ingeniero Sanitario, sí adjuntó el diploma otorgado por el Colegio de Ingenieros de Perú a este, generando su presentación certeza acerca del grado académico que ostenta dicho profesional, y por ende, del cumplimiento del requerimiento técnico mínimo exigido, debiendo este extremo de la solicitud presentada por El Impugnante ser amparada en aplicación de los principios de razonabilidad, eficiencia y*

*libre concurrencia, en la medida que El Impugnante presentó una propuesta que cumple con la finalidad para lo cual el proceso de selección ha sido convocado"* (sic, subrayado agregado).

- El **15 de febrero de 2012**, la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del OSCE expide la Resolución N.° 170-2012-TC-S1, recaída en el Expediente N.° 1819.2011.TC (fojas 14 y ss.), que resolvió *desestimando* el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la decisión de descalificación de su propuesta técnica en el proceso de Licitación Pública N.° 001-2011-MPR sobre ejecución de la obra "Rehabilitación y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado de la localidad de Requena – Loreto".

  En cuanto a la observación de no acreditar con la "copia del Título Profesional" el cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos de ingeniero civil (Gerente de Obras), la misma Sala Primera señaló que *"si bien es cierto el Impugnante presentó el Diploma de incorporación de dicho profesional en el Colegio de Ingenieros Del Perú y el Certificado de Habilidad emitido por el Colegio de Ingenieros del Perú, no es menos cierto que las Bases integradas ya habían establecido las reglas que debían regir en el proceso de selección del cual se derivaron los hechos denunciados, en el cual se indicaba de manera expresa la presentación del título profesional propuesto para Gerente de Obra* […] *En consecuencia, como quiera que el Impugnante no ha logrado revertir la descalificación de su propuesta técnica, se concluye que carece de legitimidad para impugnar la propuesta del postor ganador de la buena pro, por lo cual, en virtud del análisis efectuado y atendiendo a los dispuesto en el numeral 1) del artículo 119° del Reglamento, corresponde declarar infundado el recurso de apelación interpuesto por el impugnante"* (sic, subrayado agregado).

25. En síntesis, se observa lo siguiente. En una primera oportunidad, la Resolución N.° 97-2012-TC-S1 (15 de enero de 2012) establece que, sobre el cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos para el profesional en ingeniería, la presentación del "Título Profesional" es un documento prescindible, si es que se han adjuntado los diplomas de Colegiatura y Habilidad expedidos por el Colegio de Ingenieros del Perú. Conforme expresa la misma Resolución N.° 97-2012-TC-S1 (considerando 10 y 11), existe la suposición de que si el profesional tiene registro en el citado Colegio, se entiende entonces que necesariamente posee el título profesional, dado que según la Ley N.° 24648, Ley del Colegio de Ingenieros del Perú, la colegiatura es "obligatoria" y, según el Estatuto del mismo Colegio, para la incorporación como miembro ordinario es necesario tener título de ingeniero expedido, revalidado o reconocido.

    Luego, en la Resolución N.° 170-2012-TC-S1 (15 de febrero de 2012), la misma Sala considera contrariamente que sí es indispensable adjuntar la "copia del Título Profesional", aun cuando se haya cumplido con presentar los diplomas de Colegiatura y Habilidad. Cabe precisar que en ambas resoluciones administrativas se analiza la pertinencia de la presentación del referido documento a partir de sus propias bases, siendo que en ambas se exigía de igual modo, como uno de los medios para acreditar el grado profesional, la referida "copia del Título Profesional".

26. En consecuencia, este Colegiado concluye que en la Resolución N.° 170-2012-TC-S1 existió un tratamiento diferenciado injustificado. Se ha constatado que en ambas se analizó el mismo supuesto de hecho sobre la documentación idónea para acreditar el grado profesional del personal especializado y, en ambas, se adjudicó soluciones jurídicas distintas y contrarias entre sí. La Resolución N.° 170-2012-TC-S1 no expresó en su debida oportunidad las razones por las cuales no continuó el criterio preestablecido acerca de prescindir del título profesional cuando se hayan presentado los diplomas de Colegiatura y Habilidad expedidos por el Colegio de Ingenieros del Perú. En ese sentido, en este extremo debe estimarse la demanda, por haberse acreditado la vulneración al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

**Efectos de la presente sentencia**

27. En vista de que está probada la afectación al derecho a la igualdad en su faceta de igualdad en la aplicación de la ley, consagrado en el artículo 2°, inciso 2), de la Constitución, correspondería, conforme a la naturaleza restitutoria del proceso de amparo, reponer las cosas al estado anterior a la violación denunciada, anulando los actos posteriores y ordenando a la emplazada que emita un nuevo acto administrativo, acatando los fundamentos expuestos en esta sentencia; sin embargo, este Tribunal Constitucional advierte que, en el estado actual de los hechos, en la presente causa ha devenido la sustracción de la materia.

28. Según la Resolución N.° 861-2012-TC-S2, de fecha 13 de setiembre de 2012, expedida por la Segunda Sala del Tribunal del OSCE (fojas 1227), dictada en este proceso de amparo en virtud de la solicitud de actuación inmediata de sentencia de primera instancia, se observa que con fecha 14 de marzo de 2012, la Municipalidad Provincial de Requena ha suscrito con Consorcio Nor Amazónico el Contrato N.° 068-2012-MPR sobre ejecución de la obra "Rehabilitación y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado de la localidad de Requena – Loreto", materia de convocatoria en la Licitación Pública N.° 001-2011-MPR; de lo cual se desprende que, al momento de dictarse esta sentencia, han transcurrido aproximadamente nueve meses de iniciada la ejecución de la obra, por lo que no es posible que se retrotraigan los hechos al momento anterior a la resolución de la apelación administrativa del demandante.

29. Por lo tanto, conforme al segundo párrafo del artículo 1° del Código Procesal Constitucional, no queda para este Tribunal sino más que declarar la irreparabilidad del derecho, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones que motivaron la interposición de la presente demanda y se deje sin efecto la ejecución de la carta fianza otorgada por el demandante en garantía de su recurso administrativo de apelación.

30. En los Exps. N.os 0024-2003-AI/TC y 03741-2004-PA/TC, se establecieron los seis presupuestos básicos que deben observarse en forma alternativa para establecer un precedente vinculante; a saber:

    a. Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo aplicando distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.

    b. Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con base en una interpretación errónea de los derechos, principios o normas constitucionales o de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de tal norma.

    c. Cuando se evidencia la existencia de un vacío o laguna normativa.

    d. Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto y en donde caben varias posibilidades interpretativas.

    e. Cuando se evidencia la necesidad de cambiar o revocar de precedente vinculante.

    f. Cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, el Tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados del mismo o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución.

31. Es así que el Tribunal Constitucional en el precitado Exp. N.° 03741-2004-PA/TC fijó un precedente vinculante en relación con el ejercicio de la potestad de realizar control difuso por parte de los tribunales administrativos u órganos colegiados de la Administración Pública; en ese sentido, en el fundamento 50.a se expuso que:

    > *Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38.°, 51.° y 138.° de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.*

    Vía aclaración se precisó que los tribunales administrativos u órganos colegiados a que se hace referencia en el precedente vinculante son los que imparten justicia administrativa, con carácter nacional y adscritos al Poder Ejecutivo (considerando 4, resolución aclaratoria).

    Posteriormente en el Exp. N.° 00014-2009-PI/TC, el Tribunal Constitucional fijó algunas reglas adicionales; sin embargo, en lo que atañe al presente pronunciamiento cabe

precisar que conforme a las sentencias precitadas, se extendieron los alcances de la potestad de aplicar control difuso a tribunales administrativos o órganos colegiados de la Administración Pública con competencia nacional, los que quedaron "autorizados" a inaplicar disposiciones infraconstitucionales, cuando adviertan una vulneración manifiesta del texto constitucional.

32. A pesar de haberse fijado las reglas para el establecimiento de un precedente vinculante en el Exp. N.° 00024-2003-AI/TC, las mismas no fueron respetadas cuando se fijó el precedente contenido en el Exp. N.° 03741-2004-PA/TC en materia de control difuso administrativo, dado que:

    a. Ni en la *praxis* judicial o administrativa existían interpretaciones contradictorias respecto al sentido de los artículos 38°, 51° y 138° de la Constitución, pues el contenido de los mismos es meridianamente claro respecto de a quién le corresponde ejercer la potestad de aplicar el control difuso.

    b. Tampoco sirvió para aclarar alguna interpretación errónea de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad, tanto más cuanto que en la misma sentencia no se hace referencia a una aplicación indebida de una norma perteneciente al mismo.

    c. No existía un vacío legislativo ni en la Constitución ni en el Código Procesal Constitucional o en el Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, D.S. N.° 017-93-JUS, que es el ámbito de acción natural para aplicar el control difuso en un proceso jurisdiccional. De otro lado, con la delimitación hecha en la Constitución de a quién le corresponde el ejercicio de tal potestad, es comprensible que ni la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N.° 27444, ni otras disposiciones administrativas hayan legislado sobre el particular.

    d. No se advierte en la práctica jurisdiccional o administrativa la existencia de interpretaciones diversas de los artículos 38°, 51° y 138° de la Constitución que socaven la primacía de la Constitución en nuestro ordenamiento jurídico.

    e. Por último, el precedente sentado en el fundamento 50 del Exp. N.° 03741-2004-PA/TC no se estableció para cambiar algún precedente vinculante preexistente.

    Con lo expuesto hasta este momento, queda evidenciado que existen razones objetivas y coherentes para dejar sin efecto el precedente precitado, dado que se fijó sin respetar las reglas establecidas por el propio Tribunal Constitucional para tal efecto; sin embargo, resulta pertinente analizar también las razones materiales que llevan a la misma conclusión.

33. En ese sentido, el precedente en referencia tiene cuando menos tres objeciones importantes, a saber:

    a. En primer término, cuando la Constitución regula esta atribución, no solo establece la residencia en el Poder Judicial –dado que está considerada en el Capítulo pertinente a dicho poder del Estado–, sino que en la redacción del mismo se expone, luego de afirmar que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y la ejerce el Poder Judicial, la forma en que deban proceder los jueces y no cualquier otro funcionario público. De modo que los alcances de esta disposición en el mejor de los casos pueden ser extensivos a todos los que desempeñen una función jurisdiccional, por mandato de la Constitución, pero en modo alguno puede considerarse dentro de tales alcances a los tribunales administrativos.

    Por ello, en el Exp. N.° 00007-2001-AI/TC, el Tribunal Constitucional expuso que:

    > *3. En lo que respecta al primer extremo, el Tribunal estima que la municipalidad emplazada ha incurrido en un evidente exceso, pues la facultad de declarar inaplicables normas jurídicas, conforme a lo que establece el artículo 138° de nuestra Constitución Política, sólo se encuentra reservada para aquellos órganos constitucionales que, como el Poder Judicial, el Jurado Nacional de Elecciones o el propio Tribunal Constitucional, ejercen funciones jurisdiccionales en las materias que les corresponden y no para los órganos de naturaleza o competencias eminentemente administrativas. Por consiguiente, si bien resulta inobjetable que cualquier poder público u organismo descentralizado tiene facultad para interpretar la Constitución y, por ende, para aplicarla en los casos que corresponda, no pueden, en cambio, arrogarse una potestad, como la de declarar inaplicables normas infraconstitucionales, que la Constitución no les ha conferido de modo expreso e inobjetable (énfasis agregado).*

    Asimismo, en el Exp. N.° 01680-2005-PA/TC, al desarrollar la institución del control difuso, el propio Tribunal Constitucional expuso:

*2. Este Tribunal tiene dicho que* ***el control judicial de constitucionalidad de las leyes es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales*** *para declarar la inaplicabilidad constitucional de la ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que la ley aplicable para resolver una controversia resulta manifiestamente incompatible con la Constitución (control difuso).*

*(…)*

*5. A) Por un lado,* ***el control de constitucionalidad se realiza en el seno de un caso judicial****, esto es, luego del planteamiento de un problema jurídicamente relevante que se haya sometido al juez para su dirimencia.* ***El ejercicio de esta delicada competencia efectivamente no puede realizarse fuera del ejercicio de lo que es propio de la función jurisdiccional****, pues los tribunales de justicia no son órganos que absuelvan opiniones consultivas en torno a la validez de las leyes. Tampoco órganos que resuelvan casos simulados o hipotéticos, ni entes académicos que se pronuncien sobre el modo constitucionalmente adecuado de entender el sentido y los alcances de las leyes.*

*6. B) En segundo lugar, el control de constitucionalidad sólo podrá practicarse siempre que la ley de cuya validez se duda sea relevante para resolver la controversia sometida al juez. En ese sentido, el juez solo estará en actitud de declarar su invalidez cuando la ley se encuentra directamente relacionada con la solución del caso, término este último que no puede entenderse como circunscrito solo a la pretensión principal, sino que comprende, incluso, a las pretensiones accesorias que se promuevan en la demanda o se establezcan en la ley.*

*(…)*

*7. C) En tercer lugar, y directamente relacionado con el requisito anterior, es preciso que quien plantee al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley acredite que su aplicación le ha causado o pueda causarle un agravio directo, pues, de otro modo, el juez estaría resolviendo un caso abstracto, hipótetico o ficticio" (énfasis agregado).*

En ese sentido, queda claro que los tribunales administrativos no son órganos jurisdiccionales ni tampoco forman parte del Poder Judicial, por lo que no les corresponde ejercer tan importante atribución.

b. De otro lado, desarrollando el contenido de la Constitución, el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo N.° 017-93-JUS, ha establecido un mecanismo de control de la actividad de los jueces cuando apliquen el control difuso en la resolución de los procesos sometidos a su conocimiento; en tal sentido, el artículo 14° del TUO de la LOPJ establece:

*Artículo 14.- De conformidad con el Art. 236 de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.*

*Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.*

*En todos estos casos los Magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.*

*Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular.*

Por cierto, la referencia a la Constitución de 1979 debe ser entendida como hecha al artículo 138° de la Constitución vigente, pero el hecho concreto es que independientemente de si la sentencia expedida es cuestionada o no, éstas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, para el control del ejercicio de esta actividad, lo que en el caso de los tribunales administrativos no ocurre, dado que en caso de no ser impugnadas las resoluciones expedidas por los tribunales administrativos en los que se haya aplicado el control difuso, las mismas adquirirían la calidad de cosa decidida, independientemente de si el ejercicio de tal potestad es conforme o no a la Constitución.

c. Además, permitir que los tribunales administrativos u órganos colegiados realicen control de difuso de constitucionalidad, afecta el sistema de control dual de jurisdicción constitucional establecido en la Constitución y reservado para el Poder Judicial y/o el Tribunal Constitucional, según corresponda, conforme a los artículos 138° y 201° de la Constitución, respectivamente.

En ese sentido, incluso afecta al principio de división de poderes, dado que se permite que un tribunal administrativo, que forma parte del Poder Ejecutivo, controle las normas dictadas por el Poder Legislativo, lo que, conforme a la Constitución, solo puede ocurrir en un proceso jurisdiccional y no en uno de naturaleza administrativa.

Conviene resaltar también que el artículo 118.8° de la Constitución establece que al Presidente de la República le corresponde *"ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones"*. De modo que no solo se permitiría que el Poder Ejecutivo ejerza una potestad reglamentaria, sino que también realice la labor de controlar la constitucionalidad de una ley, cuando conforme a la Constitución, no le corresponde cuestionarla, sino únicamente acatarla.

34. Atendiendo a lo expuesto, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que tal precedente desnaturaliza una competencia otorgada por la Constitución al extender su ejercicio a quienes no están incursos en la función jurisdiccional y que, conforme a la Constitución, carecen de competencia para ejercer el control difuso de constitucionalidad. En consecuencia, en ningún caso, los tribunales administrativos tienen la competencia, facultad o potestad de ejercer tal atribución, por lo que corresponde dejar sin efecto el precedente vinculante citado.

35. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que conceder facultades a los tribunales administrativos para ejercer el control difuso lleva a quebrar el equilibrio entre democracia y constitucionalismo, al permitir que quien por imperio de la Constitución no posee legitimidad directa y expresa pueda hacer ineficaces las normas jurídicas vigentes, a lo que se añade que puede ocurrir que muchas de tales actuaciones no sean objeto de revisión por órgano jurisdiccional alguno, en caso no se cuestione el resultado de un procedimiento administrativo.

No obstante ello, los alcances de este pronunciamiento no enervan las obligaciones derivadas de los artículos 38°, 44° y 51° de la Constitución, tanto para los ciudadanos como para la Administración Pública, en lo que sea pertinente en cada caso concreto.

36. De hecho, no se trata de que la Administración Pública pueda actuar sin ningún límite o únicamente teniendo como tal a la ley, como tradicionalmente ha ocurrido, sino que su actuación debe enmarcarse en el contexto de un Estado de derecho (artículo 3°, Constitución), y está condicionada en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, los principios constitucionales y, en particular, a la observancia de los derechos fundamentales. Aún a riesgo de ser redundantes, debe resaltarse el sometimiento de la Administración Pública a la Constitución; esto es, la obligatoriedad de respetar durante la tramitación de los procedimientos administrativos tanto los derechos fundamentales como las garantías procesales correspondientes (derecho al debido proceso, derecho de defensa, etc.) así como de los principios constitucionales que lo conforman (legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.).

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo referido a la afectación del derecho de defensa.

2. De conformidad con el segundo párrafo del artículo 1° del Código Procesal Constitucional, declarar **FUNDADA** la demanda en el extremo referido a la afectación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, causada por la Resolución N.° 170-2012-TC-S1, de fecha 15 de febrero de 2012, expedida por la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del OSCE.

3. Disponer que el Tribunal de Contrataciones del OSCE no vuelva a incurrir en la acción que motivó la afectación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y que cumpla con actuar de conformidad con el fundamento 29, *supra*.

4. **DEJAR SIN EFECTO** el precedente vinculante contenido en la STC 03741-2004-PA/TC, conforme al cual se autorizaba a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública a inaplicar una disposición

infraconstitucional cuando considere que ella vulnera manifiestamente la Constitución, sea por la forma o por el fondo.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**
**VERGARA GOTELLI**
**MESÍA RAMÍREZ**
**CALLE HAYEN**
**ETO CRUZ**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.° 04293-2012-PA/TC
LORETO
CONSORCIO REQUENA

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI**

Emito el presente fundamento de voto por los fundamentos siguientes:

**Petitorio**

1. Llega a este Tribunal la demanda de amparo interpuesto contra los integrantes de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y el Procurador Publico a cargo de sus asuntos judiciales, con el objeto de que se declare la nulidad de la Resolución N° 170-2012-TC-S1, de fecha 15 de febrero de 2012, que declaró infundado el recurso administrativo de apelación que interpuso contra la decisión de descalificación de su propuesta técnica en la Licitación Pública N° 001-2011-MPR (I Convocatoria); asimismo solicita que se ordene un nuevo pronunciamiento y que la apelación sea resuelta por una nueva sala administrativa del OSCE, puesto que considera que se le está afectando sus derechos a la propiedad, a la tutela procesal efectiva, al debido proceso, a la motivación, a la igualdad ante la ley, a contratar con fines lícitos, a la racionalidad y proporcionalidad, así como al principio de congruencia procesal.

   Sostiene que en el proceso de Licitación Pública N° 001-2011-MPR sobre ejecución de la obra "Rehabilitación y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado de la localidad de Requena-Loreto" se descalificó su propuesta técnica, interponiendo contra dicha decisión el recurso de apelación. Expresa que la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del OSCE incorporó indebidamente un punto controvertido nuevo acerca de los requisitos del "Gerente de Obras" que no había sido materia de impugnación ni tampoco observado por la propia Municipalidad Provincial de Requena al momento de decidir su descalificación. Señala que la Sala administrativa emplazada resolvió dicho punto controvertido aplicando un parecer distinto, a pesar de que era un supuesto de hecho sustancialmente idéntico al que fue materia de decisión en la Resolución N° 97-2012-TC-S1, del 15 de enero de 2012.

2. Tenemos del escrito de demanda y demás actuados que principalmente el consorcio recurrente denuncia la afectación de su derecho al debido proceso en sede administrativa, específicamente expresa que se le he afectado el derecho de defensa con la incorporación del análisis de hechos nuevos no planteados en el recurso administrativo de apelación, así como que se le ha afectado el derecho a la igualdad en la aplicación ante la ley, puesto que los emplazados han resuelto en un caso análogo con criterio distinto al suyo.

3. Con respecto a la denuncia de la afectación del derecho de defensa, se advierte que el cuestionamiento se centra en cuestionar que los emplazados hayan analizados hechos nuevos que no fueron planteados en el recurso administrativo de apelación. Al respecto tenemos que el consorcio recurrente interpuso recurso de apelación contra la decisión de descalificar la propuesta técnica en la Licitación N° 001-2001-MPR, considerando que la respuesta otorgada por los emplazados no estaba acorde con lo pedido en el recurso de apelación, puesto que éstos analizaron hechos nuevos que no fueron materia del recurso administrativo de apelación. Este Colegiado ha expresado en más de una oportunidad que el derecho al debido proceso previsto por el artículo 139.3° de la Constitución Política del Perú, aplicable no sólo a nivel judicial sino también en sede administrativa e incluso entre particulares, supone el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos y conflictos entre privados, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos.

4. En el caso de autos se advierte que la sala emplazada dio respuestas a los cuestionamientos planteados por el consorcio recurrente en su recurso de apelación en la sede administrativa, observándose que además de responder lo planteado en el recurso también se pronunció sobre la "no acreditación del Gerente de Obras", considerando que además de que sus cuestionamientos eran infundados, tampoco

había cumplido con otro requisito necesario. En este sentido si bien lo analizado de manera adicional por la sala administrativa emplazada no fue parte del recurso de apelación, también puede advertirse que dicho pronunciamiento adicional de los emplazados no comporta un agravamiento a los derechos del consorcio demandante, puesto que su recurso se desestimó explicándose las razones que respondían cada uno de los cuestionamientos planteados en el recurso de apelación, considerando por ello que el exceso de la sala emplazada en analizar un punto adicional no planteado en el recurso de apelación no constituye una afectación o agravamiento a los derechos del consorcio recurrente. Por ello al advertirse que la posición de la sala emplazada no agravió al consorcio, puesto que igualmente sus cuestionamientos habían sido respondidos y desestimados.

5. Respecto al segundo punto de cuestionamiento, referido a la afectación al derecho a la igualdad, encuentro que la empresa demandante expresa que sala emplazada en un caso análogo se ha pronunciado de manera contraria a lo resuelto en su caso. Es así que refiere que la Sala emplazada al resolver un recurso administrativo de apelación consideró que la no presentación del Título Profesional de Ingenieros no impedía tener certeza del grado académico que ostenta dicho profesional, puesto que ello puede corroborarse fehacientemente del Diploma de Bachiller en Ingeniería Sanitaria del Profesional y del Diploma de Colegiatura del Colegio de Ingenieros del Perú; sin embargo en el caso del recurrente expresa que *"si bien es cierto el Impugnante presentó el Diploma de incorporación de dicho profesional en el Colegio de Ingenieros y el Certificado de Habilidad emitido por el Colegio de Ingenieros del Perú, no es menos cierto que las Bases integradas ya habían establecido las reglas que debían regir en el proceso de selección del cual se derivaron los hechos denunciados, en el cual se indicaba de manera expresa la presentación del título profesional propuesto para Gerente de Obra […]"*. En tal sentido se advierte que la Sala emplazada en un caso consideró que la sola presentación del Diploma de la Colegiatura en el Colegio de Ingenieros del Perú acredita el grado académico de dicho profesional pero en el caso del recurrente expresó lo contrario, lo que implicaría un trato diferenciado sin que existan razones objetivas y razonables. Sin embargo pese a advertirse ello también se observa que la obra ya está siendo ejecutada, por lo que en los hechos la situación se ha tornado en irreparable. Siendo así corresponde disponer que el emplazado no vuelva a incurrir en dichos actos, debiéndose dejar sin efecto la carta fianza otorgada por el demandante en garantía de su recurso administrativo de apelación.

6. Asimismo observo que el proyecto analiza la pertinencia y la validez del Precedente Vinculante N° 03741-2004-PA/TC, que determinó como regla jurisprudencial la facultad para que todo órgano colegiado de la administración pública pueda preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnere manifiestamente, en otras palabras, dicho precedente permitió la aplicación, por parte de la administración pública, del control difuso. Al respecto debo expresar que yo ya tuve la oportunidad de pronunciarme respecto a dicha facultad otorgada a la administración pública en la STC N° 00014-2009-PI/TC, de fecha 25 de agosto de 2010, demanda de inconstitucionalidad presentada por la Municipalidad de Lima, en la que se analizó la constitucionalidad del artículo 3° de la Ley N.° 28996, modificatoria del artículo 48° de la Ley N.° 27444, la cual permitía la aplicación del control difuso a los órganos administrativos.

7. En dicho caso analice la viabilidad del precedente citado (STC N° 03741-2004-PA/TC) expresando que:

> *"Partiendo del principio de Supremacía Constitucional se ha buscado que la Constitución de un Estado mantenga su vigencia efectiva vinculando a todos los entes del Estado con la consigna de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. Es así que han nacido dos grandes sistemas de control de la Constitucionalidad, uno denominado Control Difuso y el otro denominado Control Concentrado.*
>
> *El llamado Sistema Difuso como sistema de la revisión de la Constitución conocido también como Judicial Review remonta sus inicios a lo resuelto por el Juez Marshall en el caso Marbury vs. Madison en el año 1803 en los Estados Unidos de América, y en donde se determinó que todos los jueces y tribunales deben resolver las controversias llegadas a su sede –caso concreto–, de conformidad con la constitución inaplicando la ley inconstitucional, resaltando en lo resuelto que dicha labor corresponde a todos los tribunales y jueces, no limitándose a uno en especial. Asimismo el Sistema Concentrado, abstracto o simplemente europeo, remonta sus orígenes a la obra creadora de Hans Kelsen en 1920, y cuya característica mayor es que deja el control*

*de la constitucionalidad en manos de un solo órgano o tribunal ad hoc.*

*Estos dos modelos inicialmente se originaron como sistemas puros de control de la constitucionalidad a través del tiempo, pero en su desarrollo se fueron dispersando en los diferentes países, manteniéndose puramente concentrados, o puramente difusos, pero también cierto es que en muchos otros países se fue desarrollando un modelo mixto u fusionado por los dos sistemas puros materia de comentario. Y en América Latina de manera peculiar y a partir de la segunda mitad del siglo XX se fue desarrollando la fusión de ambos sistemas puros, llegando a aplicarse este modelo dual en países tales como Bolivia, México, Brasil, y el Perú entre otros.*

*(…)*

*Este Tribunal en dicho precedente realizó la interpretación referida al artículo 138° de la Constitución Política del Estado que establece y otorga la facultad de aplicar el control difuso. Es así que señaló que la facultad de ejercer el control difuso trascendería a los Tribunales Administrativos, obligando a éstos a realizar un control de compatibilidad no sólo de dispositivos infralegales sino también legales y la Constitución del Estado. Es así que debo realizar una precisión no realizada en el precedente materia de análisis. Respecto a la aplicación del control difuso por los Tribunales Administrativos considero que si bien podrían aplicar este tipo de control sólo podría realizarse contra disposiciones infralegales y no legales, pudiéndose permitirse sólo dicha aplicación cuando se implementen los mecanismos necesarios tendientes a garantizar una correcta aplicación de dicho control, equiparándose las mismas exigencias que se realizan a los jueces del Poder Judicial, puesto que lo contrario significaría que éstos estarían disminuidos en sus facultades quedando en una situación de superioridad –en facultades– los Tribunales Administrativos.*

*Debe tenerse presente que la Constitución ha otorgado dicha facultad con exclusividad al Juez, quien tiene un rol importante y capital en la estructura orgánica del Estado, habiéndose por ley impuesto a éste un mecanismo de control tendiente a garantizar que dicha facultad no es arbitraria y vulneradora de derechos fundamentales. Dicho mecanismo ha sido desarrollado por la Ley Orgánica del Poder Judicial que en su texto establece en su artículo 14° que "De conformidad con el Art. 236 de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.(*) (Se refiere al Artículo 138° de la Constitución Política del Perú)*

*Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación. (resaltado nuestro)*

*En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece."*

*Por ello es que, llegado ahora el proceso de inconstitucionalidad contra una norma relacionada con la facultad otorgada a los Jueces por la Constitución –control difuso– nos da la oportunidad de analizar el precedente emitido anteriormente en un proceso de amparo. Es así que advierto que las Constituciones desde la formulación realizada por el Barón Charles Louis de Secondat de Montesquieu en su obra denominada "espiritu de las leyes", estructuran al Estado en tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial. A cada uno de estos poderes le atribuye funciones especificas de manera que puedan asumir un rol determinado en el Estado, debiendo a la vez controlarse entre sí, lo que se denomina cheks and balances (controles y contrapesos), buscando así controlar y proteger a la sociedad de los excesos que pudieran cometer éstos poderes. En tal sentido el Poder Judicial ha sido concebido como aquel poder encargado de resolver los conflictos suscitados en la realidad, otorgándosele para ello una facultad especial denominada "control difuso". Por esta facultad se le exige a este poder la evaluación de la aplicación de una ley a la luz de los principios y valores contenidos en la Constitución. Siendo ello así el Constituyente ha considero necesario hacer este reconocimiento expresamente a dicho poder, por la función espacialísima que realiza. Tal facultad ha sido regulada por el ordenamiento legal, quien ha buscado controlar al Juez para que no haga uso de tal*

*facultad de manera arbitraria –principio de interdicción de la arbitrariedad–. Es en tal sentido que el control difuso ha sido otorgado a un poder del Estado con la finalidad de que cumpla su función a cabalidad, claro está, habiendo implementado mecanismos de control para tal finalidad constitucional.*

*Por ello estructurado así el Estado no se concibe que otro órgano a quien no se le ha brindado tal facultad –control difuso– goce de tal atribución con mayor amplitud, sin controles. Es en este punto en el que debo manifestar que el precedente vinculante anteriormente emitido y que también suscribí si bien extendió dicha función a órganos administrativos que también tienen como función resolver conflictos suscitados en determinado ámbito, dicha facultad de ninguna manera puede ser con mayor amplitud que la otorgada al Poder Judicial, puesto que ello sí implicaría otorgar mayor poder a los tribunales administrativos, rompiendo el principio de separación de poderes (puesto que no sólo se estaría realizando una extensión de la atribución exclusiva que otorga la Constitución al Poder Judicial –en la persona del Juez– sino que implícitamente se está colocando en una situación de superioridad a los tribunales administrativos ya que tendrían mayor libertad que los jueces para ejercer el control constitucional de las leyes vía aplicación del control difuso). Siendo así considero necesario señalar que para realizar una interpretación constitucional adecuada debe especificarse que la ampliación del control difuso a los Tribunales Administrativos está supeditada a que se implemente un mecanismo de control tendiente a garantizar que dicha facultad (peligrosa y por eso la necesidad de que sea controlada) sirva para la defensa de derechos fundamentales y no para su afectación. Por ello esta oportunidad es propicia para señalar que en dicho precedente existió un vacío que puede generar un peligroso accionar por parte de la administración, pudiendo convertirse dicha facultad otorgada para brindar mayor protección a los derechos fundamentales en actos arbitrarios y autónomos por parte de la administración. Asimismo estoy en desacuerdo con la ponencia presentada cuando afirma que "(…) si bien la inaplicación de un dispositivo a un caso concreto en sede administrativa carece de un mecanismo de consulta a un órgano administrativo jerárquicamente superior, no quiere decir que sus decisiones no puedan cuestionarse. La posibilidad de que el administrado pueda recurrir a la vía judicial correspondiente para impugnar las decisiones de los tribunales administrativos está siempre abierta, de acuerdo con el artículo 138° de la Constitución.", puesto que de ninguna manera se puede afirmar que la aplicación de control difuso en sede administrativa puede ser revisada vía judicial, lo que supliría al mecanismo de consulta, ya que el cuestionamiento en sede judicial es independiente del mecanismo de consulta, que resulta la única forma de que un órgano jerárquicamente superior pueda controlar si la inaplicación de la norma ha sido a la luz de la Constitución o si constituye un acto arbitrario del ente administrativo. Debe tenerse presente que el Juez, quien es el encargado por la Constitución para impartir justicia, no puede encontrarse más restringido que los Tribunales Administrativos, puesto que afirmar que los tribunales administrativos tienen la facultad de aplicar control difuso sin control, significaría afirmar, primero, que los Jueces no son infalibles y los entes administrativos sí, y, segundo, brindar mayor libertad a los entes administrativos que a los Jueces.*

*Es por ello que conforme a lo expresado considero que si bien el control difuso señalado en la Constitución Política del Estado para los Jueces puede trascender hacia los Tribunales Administrativos, debe establecerse un procedimiento que permita la consulta o revisión por parte de un órgano jerárquicamente superior de manera que evalúe si la inaplicación ha sido realizada conforme a la Constitución o no, buscando de esa manera compatibilizar dicho articulado constitucional, puesto que con ello si bien se estaría extendiendo tal libertad, ésta estaría garantizado por otros mecanismos de control.*

*Es así que mientras dicho mecanismo no sea implementado, considero que a los Tribunales Administrativos se les debe imponer también, por ley, el deber de la consulta u otro mecanismo de control adecuado salvo que se trate de normas infralegales para casos en los que la disposición administrativa permite la impugnación a los propios afectados."*

8. Por lo expuesto en dicha causa –acción de inconstitucionalidad– resolví estimar la demanda de inconstitucionalidad propuesta, respecto a la aplicación del control difuso por parte de los Tribunales Administrativos contra las ordenanzas municipales que tienen rango de ley, pues el control difuso es exclusivo

para estos casos para los jueces del Poder Judicial, debiéndose confirmar la sentencia en lo demás que contiene. Asimismo debo señalar que el extremo del Precedente Vinculante referido a la aplicación del control difuso contra leyes emitido por este Colegiado no podrá ser aplicado mientras los Tribunales Administrativos no implementen una instancia de control. Siendo así considero que dicho extremo del precedente que suscribí sólo podrá ser aplicado bajo condición de la implementación exigida en el presente voto. Por ende y en congruencia con lo manifestado por mi en el voto singular citado, me reafirmo en ello, considerando que dicho precedente no debe ser aplicado, no tanto por las razones de su emisión sino por las razones de la falta de regulación de su pertinencia, puesto que ello puede conllevar a realizar actos inconstitucionales.

9. En tal sentido como se encuentra actualmente estructurado la aplicación del control difuso para los Tribunales Administrativos considero que la ley emitida es inconstitucional puesto que le brinda a éste Tribunal mayores atribuciones a las establecidas en la Carta Constitucional, por ende considero que el Colegiado en esta oportunidad deje sin efecto dicho precedente pero por las razones ya expresadas en la acción de inconstitucionalidad citada.

   En consecuencia mi voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad referida al derecho de defensa y **FUNDADA** la demanda de amparo en aplicación del artículo 1° del Código Procesal Constitucional a efectos de que la sala emplazada no vuelva a incurrir en los mismos actos. Asimismo **DEJAR SIN EFECTO** el precedente vinculante N° 03741-2004-PA/TC, que facultaba a los tribunales administrativos a ejercer el control difuso en sede administrativa.

**S.**
**VERGARA GOTELLI**

EXP. N.° 04293-2012-PA/TC
LORETO
CONSORCIO REQUENA

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI**

Estimo que **NO CABE DEJAR SIN EFECTO** el precedente vinculante contenido en la sentencia del Exp. N.° 03741-2004-PA/TC. En cuanto a los otros extremos de la demanda, coincido con lo expuesto en la posición mayoritaria.

Las razones que me respaldan para no dejar sin efecto dicho precedente son las siguientes:

1. La posición en mayoría sostiene que en la sentencia del Exp. N.° 03741-2004-PA/TC no se respetaron las reglas para el establecimiento de un precedente vinculante, pues: *i)* ni en la praxis judicial o administrativa existían interpretaciones contradictorias de los artículos 38°, 51° y 138° de la Constitución, "pues el contenido de los mismos es meridianamente claro respecto de a quién le corresponde ejercer la potestad de aplicar el control difuso"; *ii)* tampoco sirvió para aclarar alguna interpretación errónea de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad; *iii)* no existía ningún vacío normativo ni en la Constitución, ni el Código Procesal Constitucional o la Ley Orgánica del Poder Judicial u otras disposiciones; y *iv)* no se advierte en la práctica jurisdiccional o administrativa la existencia de interpretaciones diversas de los artículos 38°, 51° y 138° de la Constitución, que socaven la primacía de ésta en nuestro ordenamiento jurídico.

2. Asimismo, la posición en mayoría sostiene que el precedente vinculante del Exp. N.° 03741-2004-PA/TC contiene tres objeciones importantes: *i)* de la Constitución y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, "queda claro que los tribunales administrativos no son órganos jurisdiccionales ni tampoco forman parte del Poder Judicial, por lo que nos les corresponde ejercer tan importante función"; *ii)* no existe un procedimiento de "consulta" para cuestionar el ejercicio del control difuso por parte de los tribunales administrativos; y *iii)* "permitir que los tribunales administrativos u órganos colegiados realicen control difuso de constitucionalidad, afecta el sistema de control dual de jurisdicción constitucional", pues el poder Ejecutivo no puede cuestionar la ley sino "únicamente acatarla".

**Argumentos principales que contiene el precedente vinculante sobre control difuso administrativo**

3. Sobre el particular, cabe mencionar, en primer término, que algunos de los fundamentos principales para el dictado del precedente del Exp. N.° 03741-2004-AI/TC (fundamentos 15 y 16), fueron los siguientes:

   (…) el principio de legalidad en el Estado constitucional no significa simple y llanamente la ejecución y el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales; examen que

> la administración pública debe realizar aplicando criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad. Esta forma de concebir el principio de legalidad se concretiza, por ejemplo, en el artículo III del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, cuando señala que la actuación de la administración pública tiene como finalidad la protección del interés general, pero ello sólo es posible de ser realizado «(...) garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general» (énfasis agregado).
>
> De lo contrario, la aplicación de una ley inconstitucional por parte de la administración pública implica vaciar de contenido el principio de supremacía de la Constitución, así como el de su fuerza normativa, pues se estaría otorgando primacía al principio de legalidad en detrimento de la supremacía jurídica de la Constitución, establecido en los artículos 38.°, 51.° y 201.° de la Constitución; lo cual subvierte los fundamentos mismos del Estado constitucional y democrático.

**Argumentos a favor de no dejar sin efecto el precedente vinculante sobre control difuso administrativo**

- *Argumento 1: el TC ha sostenido que el artículo 138° de la Constitución no puede ser interpretado de modo literal en el sentido que sólo puede ejercerlo el Poder Judicial*

4. Tal como se aprecia en el fundamento 24 de la sentencia sobre control difuso arbitral**,** como en el fundamento 9 de la sentencia sobre control difuso administrativo, el Tribunal Constitucional ha destacado que el artículo 138° de la Constitución, que reconoce el control difuso a cargo de los jueces, no puede ser objeto de una interpretación literal. Así, refiere también que

> una interpretación positivista y formal en ese sentido no solo supone el desconocimiento de determinados principios de interpretación constitucional, como los de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, que ha establecido el Tribunal Constitucional en tanto que supremo intérprete de la Constitución; sino también daría lugar a una serie de contradicciones insolubles en la validez y vigencia de la propia Constitución. Así, por ejemplo, una interpretación en ese sentido del artículo 138.° de la Constitución supondría que el cumplimiento de la supremacía jurídica de la Constitución solo tiene eficacia en los procesos judiciales y no en aquellos otros procesos o procedimientos de naturaleza distinta lo cual significaría convertir a la Constitución en una norma legal. Evidentemente, esta forma de interpretar la disposición aludida contradice abiertamente el artículo 51.°, el cual señala que «La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las demás normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)». [Exp. N.° 03741-2004-AA/TC fundamento 8]

5. Al respecto, debo precisar que conforme a doctrina autorizada, la interpretación literal o declarativa, que atribuye a las disposiciones normativas su significado *propio*, "no puede aceptarse, porque se basa en la idea ingenua y falaz de que las palabras están dotadas, precisamente, de un significado ´propio`, intrínseco, independiente de los usos" [Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. UNAM, 1999, pp.25-26]. Es por ello que la interpretación de las disposiciones constitucionales utiliza específicos criterios para identificar el respectivo contenido normativo, tales como los de *unidad de la Constitución* (la Norma Fundamental es un todo por lo que no se permiten interpretaciones aisladas de sus disposiciones), y de *concordancia práctica* (al realizar la actividad interpretativa debe buscarse el equilibrio o armonización entre las disposiciones que se puedan encontrar en controversia), entre otros.

6. Si el Tribunal Constitucional, en su cotidiana labor, se limitara a interpretar literalmente las normas jurídicas, no se habría podido establecer doctrina jurisprudencial vinculante tan valiosa para la defensa efectiva de los derechos fundamentales, como por ejemplo, la contenida en la sentencia del "recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional" (Exp. N.° 00004-2009-PA/TC), pues hasta antes de dicha sentencia, una interpretación literal de las respectivas normas procesales vigentes no hubiera permitido que el Tribunal Constitucional conozca las resoluciones expedidas en ejecución de una sentencia del propio Tribunal Constitucional. Sin embargo, a efectos de "garantizar y concretizar los fines de los procesos constitucionales, el principio de dignidad de la persona humana, el principio constitucional de la cosa juzgada, el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable y el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales" (fundamento 14), el Tribunal creó jurisprudencialmente un nuevo recurso, nuevas reglas procesales e incluso sus excepciones.

7. En suma, no es incorrecta, ni arbitraria la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, en la que, a efectos de materializar la fuerza vinculante de la Norma Fundamental, ha establecido precedentes vinculantes para que los tribunales arbitrales o los tribunales administrativos nacionales puedan también ejercer el control difuso.

➢ *Argumento 2: el control difuso norteamericano fue establecido jurisprudencialmente y no mediante una disposición constitucional expresa*

8. Tanto en doctrina como en jurisprudencia comparada se afirma que, en general, la interpretación de los derechos fundamentales debe ser extensiva y que la interpretación de las competencias, atribuciones o poderes del Estado debe ser estricta, expresa o literal. Sin embargo, más allá del cuestionamiento a la denominada "interpretación literal" expuesto en el apartado anterior, existen determinados poderes otorgados al Estado, específicamente a los jueces, que no han sido establecidos de forma expresa en la Constitución, sino más bien, *interpretativamente,* por los propios jueces. Así por ejemplo, el paradigmático control difuso norteamericano.

9. Al respecto, se sostiene que "la revisión judicial ha tenido fundamental importancia en el esquema constitucional estadounidense. Es en ejercicio de este poder, por ejemplo, que la Corte Suprema ha proscrito la segregación en las escuelas, las leyes sobre el aborto, y la oración en horas de clase. Sin embargo, sorprendentemente, el lector no encontrará referencia explícita alguna a la revisión judicial en la Constitución. Fueron los jueces, guiados por el espíritu de aquella, quienes hallaron la revisión judicial en sus disposiciones menos claras. Ese descubrimiento fue explicado en la famosa sentencia de *Marbury v. Madison* de 1803 (…) ¿De dónde obtuvieron los jueces esa autoridad? Marshall sostuvo en primer término que era inherente a la naturaleza de una Constitución escrita. (…) las limitaciones constitucionales explícitas sobre la autoridad del Congreso no tendrían valor alguno si los jueces se vieran obligados a obedecer leyes inconstitucionales: —Significaría dar a la legislatura una omnipotencia práctica y real, con el mismo ánimo que aparenta restringir sus poderes dentro de los límites estrechos. Significa establecer límites y declarar que esos límites pueden ser transgredidos sin restricciones— ". [Currie, David. *Introducción a la Constitución de Estados Unidos*. Argentina, Zavalia, 1993, pp.27 y 29]

10. Ciertamente la Constitución peruana, a diferencia de la norteamericana, establece, expresamente, el poder de los jueces de aplicar el control difuso. ¿Ello impide que el Tribunal Constitucional, mediante precedentes vinculantes y a efectos de defender la Constitución frente a leyes inconstitucionales, reconozca el control difuso administrativo a cargo de Tribunales cuasi-jurisdiccionales como son los Tribunales Administrativos Nacionales? Estimo que no, que conforme a los ya mencionados criterios de unidad de la Constitución y concordancia práctica, y principalmente a la fuerza vinculante de las disposiciones que reconocen derechos fundamentales, resulta constitucionalmente posible conferir tal poder a dichos Tribunales Administrativos Nacionales.

➢ *Argumento 3: una razón institucional. El TC no puede dejar sin efecto un precedente vinculante sin analizar, previamente, cuál ha sido la utilidad o efecto que ha generado en el sistema jurídico, o si existen fórmulas para mejorarlo*

11. El precedente vinculante del Exp. N.° 03741-2004-AA/TC fue publicado el 11 de octubre de 2006. Desde dicha fecha hasta la actualidad han transcurrido más de 7 años en los que la doctrina nacional se ha encontrado dividida en posiciones a favor y en contra de dicho precedente. A modo de ejemplo de una posición a favor, cabe mencionar la siguiente: "no existe pues razón para pensar por qué la pirámide de Kelsen, que establece la primacía de la Constitución sobre otras normas de inferior jerarquía, debe invertirse cuando quien debe decir Derecho es un tribunal administrativo (…). Ello, además desvirtuaría por completo el control que la Administración debe hacer sobre sus propios actos precisamente para preservar la legalidad de los mismos", y además que "el sentido del control difuso fue justamente preservar los derechos fundamentales de los excesos del principio democrático, más allá de a quien se le encargaba esa labor. El que haya sido realizado originalmente por el Poder Judicial es, antes que una razón de lógica, un dato histórico, pertinente para una circunstancia dada y para un tipo de Estado muy simple" [BULLARD, Alfredo. "Verdades y Falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional". En: *La defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos*, Palestra del Tribunal Constitucional, Lima, 2007, pp. 43 y 51]

12. Asimismo, ya en el ámbito aplicativo administrativo, conviene mencionar, a modo

de referencia, que Tribunales Administrativos como el Tribunal Fiscal, el Tribunal del Servicio Civil, los Tribunales de Indecopi, entre otros, fundamentan determinadas decisiones –aunque no necesariamente estimatorias y algunas veces con mejor argumentación que los órganos judiciales– utilizando como premisa normativa el precedente vinculante del control difuso administrativo del Exp. N.° 03741-2004. En estas decisiones, además, se aprecia un reiterado y cada vez mayor pedido de ciudadanos para que se aplique el control difuso alegando afectaciones a sus derechos fundamentales. Sin embargo, nada de esto ha sido analizado en la decisión en mayoría que considera que debe dejarse sin efecto al aludido precedente vinculante.

13. En suma, las mencionadas referencias a la doctrina y jurisprudencia administrativa que se ha generado como consecuencia del precedente vinculante del control difuso administrativo, nos dan cuenta, aunque en un corto examen, que en los Tribunales Administrativos Nacionales y en los ciudadanos se va interiorizando *progresivamente* una mayor optimización de la fuerza vinculante de los derechos fundamentales ante una actuación estatal inconstitucional. Por ello, desde un punto de vista institucional, estimo que el Tribunal Constitucional no podría alegar que después de 7 años de dictado el precedente vinculante que establece el control difuso administrativo, "no se respetaron las reglas para el establecimiento de un precedente vinculante". Después de 7 años corresponde analizar cómo se ha venido aplicando dicho precedente, si viene cumpliendo los objetivos para los que fue establecido o si requiere alguna reforma para optimizarlo.

➢ *Argumento 4: los fundamentos utilizados para establecer el «control difuso administrativo» son los mismos que se utilizaron para establecer el «control difuso arbitral». Es más, éste se basó en aquél*

14. Tanto en el precedente sobre control difuso *administrativo*, como en aquel otro que dictó el propio Pleno del Tribunal Constitucional en el Exp. N.° 00142-2011-PA/TC, sobre control difuso *arbitral* (Caso María Julia), los fundamentos que les sirvieron de base son los mismos:

Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente, como expresamente señala la Constitución, y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución, pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral, pues el artículo 138° no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal, como exclusiva de la jurisdicción ordinaria o constitucional; *"por el contrario, la susodicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51.° (...), más aún si ella misma (artículo 38.°) impone a todos –y no solo al Poder Judicial– el deber de respetarla, cumplirla y defenderla"* (STC 3741-2004-AA/TC, fundamento 9).

15. En suma, si el Tribunal Constitucional estima que existen suficientes razones para establecer *extensivamente* el control difuso *arbitral*, entonces no existe justificación para que se deje sin efecto el control difuso *administrativo*, que precisamente, contiene las mismas razones e incluso fue el fundamento de aquel.

➢ *Argumento 5: no todos son desacuerdos. El problema de la inexistencia de un procedimiento de consulta que revise el control difuso administrativo*

16. Tanto en la decisión en mayoría, como en el respectivo fundamento de voto, mis colegas ha identificado satisfactoriamente un problema en el diseño del control difuso administrativo, el mismo que alude a la inexistencia de un procedimiento de "consulta" para cuestionar el ejercicio del control difuso por parte de los tribunales administrativos. Tienen toda la razón. Si incluso los jueces del Poder Judicial, cuando aplican el control difuso, deben elevar en consulta el caso a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, por qué no sucede lo mismo en el control difuso administrativo, cuando por ejemplo las partes no han impugnado judicialmente la respectiva decisión administrativa. Es indispensable que la decisión administrativa de aplicar dicho precedente debe ser controlada judicialmente.

17. En lo que difiero respetuosamente de mis colegas, es en la solución a dicho problema. Estimo que la mejor solución no sería eliminar el precedente vinculante sobre control difuso administrativo, sino por el contrario, mejorarlo, adicionando por ejemplo una nueva regla que incorpore el procedimiento de consulta u otro similar ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, cada vez que un Tribunal Administrativo Nacional aplique el control difuso sobre una

ley, siempre y cuando dicha decisión no sea impugnada judicialmente por las partes.

Por los argumentos expuestos, estimo que **NO CABE DEJAR SIN EFECTO** el precedente vinculante contenido en la sentencia del Exp. N.° 03741-2004-PA/TC, y en cuanto a los otros extremos de la demanda, coincido con lo expuesto en la posición mayoritaria que declara INFUNDADA la demanda en cuanto a la afectación del derecho de defensa, FUNDADA en cuanto a la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley; y establece que el Tribunal de Contrataciones del OSCE no vuelva a incurrir en la acción que motivó la aludida afectación.

**S.**
**URVIOLA HANI**

EXP. N.° 04293-2012-PA/TC
LORETO
CONSORCIO REQUENA

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA**

Conforme a lo señalado por este Colegiado en la STC N.° 00014-2009-PI/TC, cuando la

Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi „inaplica" una ordenanza, formalmente no alega su inconstitucionalidad sino su ilegalidad (Cfr. Fundamento N.° 25). En tal sentido, el cambio de precedente no enerva en modo alguno las competencias de dicha entidad sobre eliminación de este tipo de barreras.

**S.**
**ÁLVAREZ MIRANDA**

# INDICE TEMÁTICO

# ÍNDICE TEMÁTICO
# (Tomo V)

## A

Acceso a la información pública: STC 00937-2013-HD/TC
Acusación constitucional: STC 04184-2012-HC/TC
Acusación fiscal: STC 02920-2012-HC/TC.
Administración de la hacienda pública: STC 00002-2013-PCC/TC
Antejuicio político: STC 04184-2012-HC/TC
Apelación por salto: STC 01034-2013-PA/TC y STC 00776-2014-PA/TC, STC 01044-2013-PA/TC y STC 00791-2014-PA/TC
Área natural protegida: STC 00470-2013-PA/TC
Autonomía universitaria: STC 00019-2011-PI/TC

## C

Carera pública magisterial: 00019-2012-PI/TC
Competencias de los gobiernos regionales: STC 00002-2013-PI/TC
Consejo Nacional de la Magistratura: STC 01034-2013-PA/TC y STC 00776-2014-PA/TC, STC 01044-2013-PA/TC y STC 00791-2014-PA/TC
Contrato Administrativo de Servicios: STC 00014-2012-PI/TC
Control de convencionalidad: STC 04617-2012-PA/TC
Control de resoluciones judiciales: STC 02598-2010-PA/TC, STC 00978-2012-PA/TC
Control difuso: STC 03128-2011-PA/TC
Control difuso administrativo: STC 04293-2012-PA/TC
Competencias de los gobiernos regionales: STC 00005-2012-PI/TC, STC 00011-2012-PI/TC
Cosa juzgada: STC 01034-2013-PA/TC y STC 00776-2014-PA/TC, STC 01044-2013-PA/TC y STC 00791-2014-PA/TC, STC 00978-2012-PA/TC, STC 04617-2012-PA/TC, STC 03700-2013-PA/TC
Curatela: STC 02904-2011-PA/TC

## D

Debida motivación de las resoluciones: STC 03964-2012-PA/TC, STC 02092-2012-HC/TC, STC 01034-2013-PA/TC y STC 00776-2014-PA/TC, STC 01044-2013-PA/TC y STC 00791-2014-PA/TC, STC 04058-2012-PA/TC
Debido proceso: STC 03964-2012-PA/TC, STC 04267-2012-PA/TC, STC 00978-2012-PA/TC
Demarcación territorial: STC 00011-2012-PI/TC, STC 00012-2012-PA/TC
Derecho a la educación: STC 00019-2011-PI/TC, STC 02362-2012-PA/TC, STC 01711-2014-HC/TC
Derecho a la identidad: STC 00139-2013-PA/TC
Derecho a la igualdad y no discriminación: STC 00008-2012-PI/TC, STC 00020-2011-PI/TC, STC 00020-2012-PI/TC, STC 00018-2013-PI/TC, STC 00303-2012-PA/TC, STC 02362-2012-PA/TC, STC 02437-2013-PA/TC, STC 04293-2012-PA/TC
Derecho a la intimidad: STC 00008-2012-PI/TC
Derecho a la pensión: STC 00013-2012-PI/TC
Derecho a la propiedad: STC 00319-2013-PA/TC, STC 04617-2012-PA/TC

Derecho a la remuneración: STC 00020-2012-PI/TC, STC 00018-2013-PI/TC
Derecho a la salud: STC 01573-2012-PA/TC
Derecho a la unidad familiar: STC 02904-2011-PA/TC
Derecho al agua potable: STC 01573-2012-PA/TC
Derecho al libre desarrollo: STC 02437-2013-PA/TC
Derecho al trabajo: STC 00014-2012-PI/TC, STC 02904-2011-PA/TC
Derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida: STC 00470-2013-PA/TC
Derecho de petición: STC 00002-2011-PI/TC
Derechos del concebido: STC 00303-2012-PA/TC
Derechos prestacionales: STC 01573-2012-PA/TC
Desafiliación del sistema de pensiones: STC 04267-2012-PA/TC
Descanso por maternidad: STC 00303-2012-PA/TC
Despido arbitrario: STC 05496-2011-PA/TC, STC 02904-2011-PA/TC
Deuda tributaria: STC 04617-2012-PA/TC
Dignidad del trabajador: STC 00020-2012-PI/TC
Doctrina jurisprudencial vinculante: STC 02044-2009-PA/TC, STC 05496-2011-PA/TC, STC 00978-2012-PA/TC, STC 00005-2010-PA/TC, STC 01711-2014-HC/TC, STC 00139-2013-PA/TC, STC 04058-2012-PA/TC

## E

Ejecución de sentencias: STC 00002-2011-PI/TC, STC 01034-2013-PA/TC y STC 00776-2014-PA/TC, STC 01044-2013-PA/TC y STC 00791-2014-PA/TC, STC 02598-2010-PA/TC
Embargo: STC 02044-2009-PA/TC
Equilibrio presupuestal: STC 00018-2013-PI/TC
Expropiación: STC 00319-2013-PA/TC

## I

Igualdad ante la ley: STC 00014-2012-PI/TC
Igualdad de oportunidades: STC 00002-2011-PI/TC, STC 00014-2012-PI/TC
Inconstitucionalidad por omisión: STC 00019-2012-PI/TC, STC 00020-2012-PI/TC
Indemnización justipreciada: STC 00319-2013-PA/TC
Inconstitucionalidad por omisión: STC 00014-2012-PI/TC
Información confidencial: STC 00937-2013-HD/TC
Interés público: STC 00005-2012-PI/TC
Interés superior del niño y el adolescente: STC 00008-2012-PI/TC, STC 04058-2012-PA/TC
Interpretación de la ley penal: STC 00008-2012-PI/TC
Inversión privada: STC 00005-2012-PI/TC

## J

Juez independiente e imparcial: 00512-2013-HC/TC
Juez natural: STC 02092-2012-HC/TC

## L

Libertad de contratación: STC 00013-2012-PI/TC, STC 03128-2011-PA/TC
Libre desarrollo de la personalidad: STC 00008-2012-PI/TC
Libre mercado: STC 00013-2012-PI/TC

## M

Medida cautelar: STC 02362-2012-PA/TC, STC 00978-2012-PA/TC
Medida cautelar de embargo: STC 00005-2010-PA/TC
Medida cautelar tributaria: STC 02044-2009-PA/TC
Medio ambiente: STC 00005-2012-PI/TC
Mercado laboral: STC 00019-2011-PI/TC

## N

Negociación colectiva: STC 00018-2013-PI/TC

## O

Órganos técnicos de auxilio en el proceso constitucional: STC 00470-2013-PA/TC

## P

Personas con discapacidad: STC 02362-2012-PA/TC, STC 02904-2011-PA/TC, STC 02437-2013-PA/TC
Pluralidad de instancias: STC 02964-2011-HC/TC
Precedentes: STC 04293-2012-PA/TC
Principio de legalidad: STC 00008-2012-PI/TC
Principio de proscripción de la arbitrariedad: STC 03700-2013-PA/TC
Principio de residualidad: STC 00011-2012-PI/TC
Principio de taxatividad: STC 00011-2012-PI/TC
Principio de unidad y deber de lealtad nacional: STC 00002-2013-PI/TC
Privatización: STC 00002-2011-PI/TC
Proceso de alimentos: STC 04058-2012-PA/TC
Procedimiento de cobranza coactiva: STC 02044-2009-PA/TC
Protección de la madre gestante: STC 00303-2012-PA/TC

## R

Rechazo liminar: STC 00303-2012-PA/TC
Recurso de agravio constitucional: STC 01711-2014-HC/TC
Recursos naturales: STC 00005-2012-PI/TC
Régimen de diferenciación: STC 02362-2012-PA/TC
Régimen de visitas: STC 01711-2014-HC/TC
Remuneración de los jueces: STC 00002-2013-PCC/TC
Represión de actos lesivos homogéneos: STC 05496-2011-PA/TC

## S

Salud sexual y reproductiva: STC 00008-2012-PI/TC
Sanciones administrativas: STC 03964-2012-PA/TC
Seguridad de la Nación: STC 00020-2011-PI/TC
Seguridad jurídica: STC 04617-2012-PA/TC, STC 03700-2013-PA/TC
Servicio Civil: STC 00018-2013-PI/TC, STC 00014-2012-PI/TC
Servicio militar obligatorio: STC 00015-2013-PI/TC
Soberanía de la Nación: STC 00020-2011-PI/TC

## T

Término de comparación: STC 00020-2012-PI/TC
Terrorismo: STC 01711-2014-HC/TC
Test de competencia: STC 00002-2013-PI/TC
Test de intensidad: STC 02598-2010-PA/TC
Test de proporcionalidad: STC 00008-2012-PI/TC, STC 00020-2011-PI/TC, STC 00020-2012-PI/TC, STC 02964-2011-HC/TC, STC 02437-2013-PA/TC
Trato diferenciado: STC 02362-2012-PA/TC
Tutela procesal efectiva: STC 00978-2012-PA/TC
Tutela de urgencia: STC 00303-2012-PA/TC