TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TOMO VIII

(Enero • diciembre 2017)

Carlos Ramos Núñez
(Editor)

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional – Tomo Octavo

Hecho el Depósito Legal de la Biblioteca Nacional del Perú: N° 2019-06197

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

Primera edición: abril 2019
Tiraje: 500 ejemplares
Impreso en Perú

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

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DEL PERÚ

Presidente
Ernesto Blume Fortini

Vicepresidente
Manuel Miranda Canales

Magistrados
Carlos Ramos Núñez
José Luis Sardón de Taboada
Marianella Ledesma Narváez
Eloy Espinosa-Saldaña Barrera
Augusto Ferrero Costa

CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES

Director General
Carlos Ramos Núñez

ÍNDICE
(TOMO VIII)

Presentación..... 13

AÑO 2017

A. PROCESOS ORGÁNICOS

Sentencia 0001-2014-PI/TC

Caso Dicapi (Exp N ° 0001-2014-PI/TC)

Sobre la constitucionalidad de las disposiciones que regulan la organización y el financiamiento de la Dirección General de Capitanías y Guardacostas (Dicapi). Se declaró infundada la mayor parte de la demanda de inconstitucionalidad contra diversas disposiciones del Decreto Legislativo 1147, que regula el fortalecimiento de las Fuerzas Armadas en la competencia de la Autoridad Marítima Nacional (Dirección General de Capitanías y Guardacostas (Dicapi) 19

Sentencia 019-2013-PI/TC

Caso Centro Poblado de Tolapalca

Se declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ordenanza Municipal 010-2007-MPGSCO (Moquegua) de la Municipalidad Provincial de General Sánchez Cerro 93

Sentencia 006-2017-PI/TC

Caso "Ley Antitránsfuga"

Se declaró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos 22.d y 37.4 del Reglamento del Congreso, modificados por el artículo 1 de la Resolución Legislativa 007-2016- 2017-CR, y contra el artículo 37.5 del Reglamento del Congreso, incorporado por el artículo 2 de la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR 145

Sentencia 00020-2013-PI/TC

Caso reglamento de transporte de Piura

La sentencia declaró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República contra varios artículos de la Ordenanza Municipal Nº 82-00-CMPP, de la Municipalidad Provincial de Piura, que aprobó el Reglamento del Transporte Masivo Público Regular de Personas Urbano e Interurbano 279

Sentencia 0016-2013-PI/TC

Caso Congresistas de la República contra Poder Ejecutivo

Se declaró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 36 y 37 del Decreto Legislativo 1141, de Fortalecimiento y Modernización del Sistema de Inteligencia Nacional (SINA) y de la Dirección Nacional de Inteligencia (DINI) 333

B. PROCESOS DE TUTELA DE DERECHOS

Sentencia 00759-2013-PA/TC

Se declaró fundada la demanda de amparo sobre la tutela judicial efectiva 363

Sentencia 3932-2015-PA/TC

Se declaró fundada la demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de San Pablo sobre las competencias municipales y el derecho a la propiedad 371

Sentencia 2375-2014-PA/TC

Se declaró fundada la demanda de amparo sobre su derecho a la igualdad ante la ley 417

Sentencia 00474-2016-PA/TC

Se declaró fundada en parte la demanda de amparo sobre su derecho de asociación a un club privado, social y deportivo 427

Sentencia 008445-2013-PA/TC

Se declaró fundada la demanda de amparo sobre su derecho a la asociación y la indebida retención de aportes al Fovipol-PNP 443

Sentencia 00588-2013-PA/TC

Se declaró fundada en parte la demanda de amparo sobre la cancelación de su titularidad como propietaria del predio Las Salinas, Lurín 459

Sentencia 05157-2014-PA/TC
Se declaró fundada en parte la demanda de amparo sobre el derecho a la igualdad 479

Sentencia 00285-2015-PA/TC
Se declaró fundada la demanda de amparo la demanda sobre el derecho al trabajo y en consecuencia declaró nulo el despido arbitrario 517

Sentencia 02473-2013-PA/TC
Se declaró fundada en parte la demanda de amparo sobre los derechos al trabajo y al debido proceso 525

Sentencia 08338-2013-PA/TC
Se declaró fundada la demanda de amparo sobre los derechos al trabajo y de acceso a la justicia 533

Auto 2905-2012-PA/TC
Se declaró fundado declaró fundado el recurso de reposición sobre la temeridad procesal 549

Sentencia 0191-2013-PA/TC
Se declaró fundada la demanda de amparo sobre el derecho de motivación 559

Sentencia 2087-2013-PA/TC
Se declaró fundada la demanda de amparo sobre el derecho a la debida motivación de resoluciones 579

Sentencia 3619-2013-PA/TC
Se declaró fundada la demanda de amparo sobre el derecho de acceso a la justicia 587

Sentencia 5181-2013-PA/TC
Se declaró fundada la demanda de amparo sobre el derecho de pluralidad de instancias 593

Sentencia 0023-2014-PA/TC
Se declaró fundada la demanda sobre el derecho de pensión 617

Sentencia 00748-2014-PA/TC
Se declaró declaró fundada en parte la demanda de amparo sobre el derecho de pensión 623

Sentencia 00859-2013-PA/TC
Se declaró fundada la demanda de amparo y, en consecuencia, nulas las resoluciones sobre la vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva 635

Sentencia 2765-2014-PA/TC
Se declaró fundada la demanda de amparo sobre la violación al derecho al debido proceso 651

Sentencia 853-2015-PA/TC
Se declaró fundada la demanda amparo sobre vulnerar el derecho a la educación 713

Sentencia 2595-2014-PA/TC
Se declaró fundada la demanda de amparo sobre vulneración del derecho a la educación 757

HÁBEAS CORPUS

Sentencia 0053-2014-PHC/TC
Se declaró fundada en parte la demanda de hábeas corpus sobre el derecho a un plazo razonable 789

Sentencia 004179-2014-PHC/TC
Se declaró fundada en parte la demanda de hábeas corpus sobre el derecho a un plazo razonable 779

Sentencia 07731-2013-PHC/TC
Se declaró fundado la demnanda de habeas corpus contra las resoluciones judiciales sobre derecho de defensa y garantías del debido proceso 807

HÁBEAS DATA

Sentencia 0455-2014-PHD/TC
Se declaró fundada la demanda de hábeas data sobre el derecho de autodeterminación informativa 821

Sentencia 0412-2014-PHD/TC
Se declaró fundada la demanda de hábeas data sobre el derecho de autodeterminación informativa 829

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

Sentencia 5920-2014-AC/TC

Se declaró fundada la demanda de acción de cumplimiento sobre el derecho a la eficacia del acto administrativo 833

Sentencia 7739-2013-AC/TC

Se declaró fundada la demanda de acción de cumplimiento sobre el derecho a la eficacia del acto administrativo 839

ÍNDICE TEMÁTICO 845

PRESENTACIÓN

Carlos Ramos Núñez
Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú
Director General del Centro de Estudios Constitucionales

Con este octavo volumen de la *Jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional*, el Centro de Estudios Constitucionales (CEC) renueva su compromiso de difundir las resoluciones más importantes que ha emitido el Tribunal Constitucional (TC) en el desarrollo de su cotidiano ejercicio jurisdiccional. Así, en seguimiento estricto de los principios de transparencia y publicidad, que rigen todos los actos realizados por los órganos jurisdiccionales en la impartición de justicia, el CEC pone a disposición de la comunidad jurídica y el público en general este significativo número de resoluciones (entre sentencias y autos), que muestra no solo el compromiso con la defensa de la dignidad humana y los derechos fundamentales que inspira la labor del TC, sino que también, esperamos, fortalezca los principios de predictibilidad y seguridad jurídica que solventan el sistema de justicia de nuestro país.

En el año 2013, el Tribunal Constitucional, .por medio del CEC, entonces dirigido por el ex magistrado Gerardo Eto Cruz, publicó los cuatro primeros tomos de la jurisprudencia relevante del TC. En la primera entrega de esta colección se recopilaron y publicaron las sentencias más importantes emitidas por el Tribunal Constitucional desde inicios en 1996 hasta diciembre de 2012.

En efecto, los tomos del I al IV, publicados entre el 2013 y el 2014, reúnen la jurisprudencia relevante emitida en el período comprendido entre el año 1996 (fecha en que inicia sus actividades el Tribunal de Garantías Constitucionales) y el 2012.

En el año 2015 se publicaron los tomos V y VI de la colección, los cuales abarcan el período comprendido entre enero del 2013 y diciembre del año 2015.

El tomo VII fue publicado en el 2017 e incluye las resoluciones dictadas entre enero y diciembre del 2016.

A la fecha de la presente publicación, se ha producido una variación de la composición de los magistrados que conforman este Tribunal. A diferencia del tomo anterior, en este se tiene en cuenta la incorporación del magistrado Augusto Ferrero Costa. Asimismo, se eligió en diciembre del 2017 como nuevo presidente del TC al magistrado Ernesto Blume Fortini, y se reeligió como director general del Centro de Estudios Constitucionales al magistrado Carlos Ramos Núñez.

La metodología adoptada para la selección de la jurisprudencia ha sido ya trazada en el Estudio Preliminar del primer tomo. Para la selección de las resoluciones se sigue el criterio de la incidencia que han tenido las decisiones del Tribunal. Se comprende, además, los precedentes vinculantes y las sentencias que hayan determinado el contenido de un específico derecho constitucional o en aquellas que se haya declarado de manera expresa su relevancia particular. El rol propedéutico de esta compilación ha sido ya mencionado en anteriores publicaciones. Asimismo, se conserva la estructura adoptada en las ediciones precedentes.

La jurisprudencia contenida en este volumen comprende los procesos orgánicos; en ellos destacan las siguientes resoluciones: la sentencia 0001-2014-PI/TC, caso Dicapi, sobre la constitucionalidad de las disposiciones que regulan la organización y el financiamiento de la Dirección General de Capitanías y Guardacostas (Dicapi); la sentencia 019-2013-AI, caso Centro Poblado de Tolapalca, la cual declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ordenanza Municipal 010-2007-MPGSCO (Moquegua) de la Municipalidad Provincial de General Sánchez Cerro; la sentencia 006-2017-AI, caso «Ley Antitránsfuga», sobre el Reglamento del Congreso de la República; la sentencia 0020-2013-AI, caso Reglamento de Transporte de Piura, la cual declaró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad contra varios artículos de la Ordenanza Municipal Nº 82-00-CMPP, de la Municipalidad Provincial de Piura, que aprobó el Reglamento del Transporte Masivo Público Regular de Personas Urbano e Interurbano; la sentencia 0016-2013-AI, caso Congresistas de la República contra Poder Ejecutivo, la cual declaró fundada en parte la Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 36 y 37 del Decreto Legislativo N°1141, de Fortalecimiento y Modernización del Sistema de Inteligencia Nacional (SINA) y de la Dirección Nacional de Inteligencia (DINI).

La sección de tutela de derechos reúne las siguientes resoluciones: la sentencia 00759-2013-PA/TC sobre la tutela judicial efectiva; la sentencia 3932-2015-PA/TC, sobre las competencias municipales y al derecho a la propiedad; la sentencia 2375-2014-PA/TC, sobre embargo en materia de impuestos y tributación; la sentencia 00474-2016-PA/TC, sobre el derecho a la libertad de asociación; la sentencia 008445-

2013-AA/TC, sobre su derecho a la asociación y la indebida retención de aportes al FOVIPOL-PNP; la sentencia 00588-2013-PA/TC, sobre la inaplicación de diversas normas que cancelaron su titularidad como propietaria; y la sentencia 05157-2014-PA/TC, sobre la solicitud de un crédito por tener 84 años de edad. Con respecto al tema de despido, se recogen las siguientes resoluciones: la sentencia 00285-2015-PA/TC, sobre el derecho al trabajo y el despido arbitrario; la sentencia 02473-2013-PA/TC, sobre los derechos al trabajo y al debido proceso; la sentencia 08338-2013-PA/TC, sobre los derechos al trabajo y de acceso a la justicia. Asimismo, el auto 2905-2012-PA/TC, que declaró fundado el recurso de reposición porque no se acreditó la temeridad procesal. A su vez, con relación al derecho de motivación, están las sentencias 0191-2013-PA/TC y 2087-2013-PA/TC; la sentencia 3619-2013-PA/TC, sobre el derecho de acceso a la justicia y la sentencia 5181-2013-PA/TC, sobre el derecho de pluralidad de instancias. En materia de pensiones se recogen las sentencias 0023-2014-PA/TC y 00748-2014-PA/TC. Sobre la vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva, está la sentencia 00859-2013-AA/TC. Con respecto a la violación del derecho al debido proceso, tenemos la sentencia 2765-2014-PA. Por último, resaltan los procesos de amparo referidos al derecho de la educación, que son tratados en las sentencias 853-2015-PA/TC y 2595-2014-PA/TC, y la sentencia 2765-2014-PA relativa a la autonomía comunal.

De otro lado, en el presente volumen se recogen tres hábeas corpus: sobre el derecho a un plazo razonable, las sentencias 0053-2014-PHC/TC y 004179-2014-PA/TC; y la sentencia 07731-2013-PHC/TC sobre el derecho de defensa y garantías del debido proceso.

Además, se incluyen los hábeas data sobre el derecho de autodeterminación informativa, en las sentencias 0455-2014-PHD/TC y 0412-2014-PHD/TC. De igual forma, las acciones de cumplimiento sobre el derecho a la eficacia del acto administrativo, resueltas en las sentencias 5920-2014-AC/TC y 7739-2013-AC/TC.

El Centro de Estudios Constitucionales, que me toca dirigir gracias al encargo que me ha confiado el Pleno del Tribunal Constitucional, que agradezco, con esta publicación da cuenta de la fructífera labor jurisdiccional que realiza esta alta sede de justicia, y también, reitera su compromiso con la defensa del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

A. PROCESOS ORGÁNICOS

Sentencia 0001-2014-PI/TC

Proceso de inconstitucionalidad promovido por el Colegio de Abogados del Callao (CAC) contra diversas disposiciones del Decreto Legislativo 1147, que regula el fortalecimiento de las Fuerzas Armadas en la competencia de la Autoridad Marítima Nacional (Dirección General de Capitanías y Guardacostas, Dicapi).

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 28 de marzo de 2017.

Fecha de publicación en el diario oficial *El Peruano*: 30 de mayo de 2017.

Fecha de publicación del auto en el Portal Oficial del TC: 16 de abril del 2014.

Fecha de publicación del auto de admisibilidad en el Portal Oficial del TC: 02 de febrero de 2015.

Fecha de publicación del auto de reposición en el Portal Oficial del TC: 24 de noviembre de 2015.

Fecha de publicación del auto en el Portal Oficial del TC: 11 de octubre de 2016.

Fecha de publicación del auto en el Portal Oficial del TC: 14 de junio de 2018.

Fecha de publicación de la resolución de aclaración en el Portal Oficial del TC: 14 de junio de 2018.

Resumen: El Tribunal Constitucional (TC) resolvió, con seis votos a favor y uno en contra, declarar fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad (Exp. Nº 0001-2014-PI/TC) interpuesta por el Colegio de Abogados del Callao (CAC) contra las diversas disposiciones del Decreto Legislativo1147, que regula el fortalecimiento de las Fuerzas Armadas en la competencia de la Autoridad Marítima Nacional –Dirección General de Capitanías y Guardacostas (Dicapi)–.

El TC confirmó la constitucionalidad de los artículos 1, 2.1. 2.4, 5.5, 5.6 y de la Tercera Disposición Complementaria Final de dicha norma, que habían sido impugnados por el CAC. De esa forma, ratificó la validez del Decreto Legislativo 1147 res-

pecto al objeto y ámbito de aplicación de la norma, así como de las disposiciones que regulan la organización y el financiamiento de la Dirección General de Capitanías y Guardacostas (Dicapi). Además, convalidó la constitucionalidad de sus competencias para regular las actividades que se realizan en el medio acuático, sin perjuicio de las facultades asignadas a otras entidades estatales.

En consecuencia, Dicapi mantendrá la facultad de establecer el ruteo y dirigir el desplazamiento de embarcaciones en el medio acuático, lo que incluye los canales de acceso y áreas de fondeo de los puertos. Asimismo, tiene la facultad de controlar el tránsito de embarcaciones, para prevenir accidentes y garantizar la seguridad, la vida humana y la protección del medio ambiente en el mar.

El TC también precisó que el artículo 5.11 de la norma impugnada es constitucional, únicamente, en la medida en que se interprete que Dicapi no puede otorgar autorizaciones a particulares para la prestación de servicios en puertos marítimos, fluviales o lacustres bajo administración regional.

Además, señaló que Dicapi podrá otorgar derechos de uso del área acuática a particulares en la medida en que solo evalúe aspectos relativos a la seguridad de la vida humana en el mar, ríos y lagos navegables; la protección del medio ambiente acuático, y la represión a actividades ilícitas en el ámbito de su jurisdicción.

En otro extremo de la sentencia, el TC declaró inconstitucionales las frases «auditoría», «auditorías» y «de los estándares de protección, seguridad y prevención de la contaminación», contenidas en la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1147, por contravenir los artículos 60 y 61 de la Constitución.

En el sentido señalado en el párrafo precedente, la norma autorizaba a la Dicapi a realizar actividades empresariales brindando, en exclusividad, servicios de auditoría respecto de naves, embarcaciones, artefactos navales e instalaciones acuáticas así como de las personas naturales o jurídicas que desarrollan actividades vinculadas al medio acuático. Sin embargo, no tomaba en cuenta que, conforme a la Constitución, no es posible establecer monopolios a favor del Estado ni permitirle realizar actividad empresarial excepto de manera subsidiaria a través de una ley aprobada por el Congreso de la República.

Temas claves: Competencia administrativa — principio de subsidiariedad — descentralización — libre competencia.

EXP. 0001-2014-PI/TC
CALLAO
COLEGIO DE ABOGADOS DEL CALLAO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

17 de enero de 2017

Caso Dicapi

Colegio de Abogados del Callao c. Poder Ejecutivo

Asunto
Demanda de inconstitucionalidad contra diversos artículos del Decreto Legislativo 1147, que regula el fortalecimiento de las Fuerzas Armadas en la competencia de la Autoridad Marítima Nacional (Dirección General de Capitanías y Guardacostas).

Magistrados firmantes:

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

TABLA DE CONTENIDOS

I. **Antecedentes** **3**

A. Petitorio constitucional 3

B. Debate constitucional 3

II. **Fundamentos** **6**

A. Presunta Inconstitucionalidad por la forma del Decreto Legislativo 1147 6

Exceso en el ejercicio de las facultades delegadas 6

Regulación de materias sujetas a reserva de ley orgánica 9

B. Presunta inconstitucionalidad por el fondo del Decreto Legislativo 1147 12

Contravención a la finalidad de las Fuerzas Armadas 12

Contravención a los principios de subsidiaridad y proscripción de monopolios legales 15

Contravención a los principios constitucionales que regulan el presupuesto público 20

Contravención al principio de Estado unitario y descentralizado 22

III. **Fallo** **24**

EXP. 0001-2014-PI/TC
CALLAO
COLEGIO DE ABOGADOS DEL CALLAO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 17 días del mes de enero de 2017, reunido el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Miranda Canales, presidente; Ledesma Narváez, vicepresidenta; Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez y Sardón de Taboada pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini, y Espinoza-Saldaña Barrera, y el voto singular de la magistrada Ledesma Narváez que se agregan. Se consigna el abocamiento del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, aprobado en el Pleno del día 17 de enero de 2017

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

Con fecha 2 de enero de 2014, el Colegio de Abogados del Callao interpone demanda de inconstitucionalidad con el objeto que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1, 2.1, 2.4, 5.5, 5.6 y 5.11, así como de la segunda y tercera disposición complementaria final del Decreto Legislativo 1147, el cual regula el fortalecimiento de las Fuerzas Armadas en las competencias de la Autoridad Marítima Nacional —Dirección General de Capitanías y Guardacostas (Dicapi)—, por contravenir los artículos 43, 60, 61, 74, 77, 78, 104, 106, 165, 170 y 191 de la Constitución.

Con fecha 18 de marzo de 2015, el procurador público del Poder Ejecutivo contesta la demanda, contradiciéndola en todos sus extremos.

Finalmente, mediante escrito de fecha 23 de abril de 2015, el demandante solicita, en aplicación del artículo 78 del Código Procesal Constitucional, que se declare la inconstitucionalidad por conexión de los artículos 5.8, 5.9, 5.10, 5.11, 5.12, 5.13, 5.14, 6, 7 y 11, así como de la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1147, por considerar que otorgan a Dicapi funciones contrarias a la finalidad de las Fuerzas Armadas y afectan las competencias de la Autoridad Portuaria Nacional (APN).

B. Debate constitucional

El Colegio de Abogados del Callao sustenta su demanda en los siguientes argumentos:

- Los artículos 1, 2.1, 2.4, 5.5, 5.6 y 5.11, así como las disposiciones complementarias finales segunda y tercera del Decreto Legislativo 1147, son inconstitucionales por la forma, pues exceden las facultades delegadas al Poder Ejecutivo mediante la Ley 29915.

- El Decreto Legislativo 1147, además, no fortalece a las Fuerzas Armadas, como establece la ley autoritativa. Por el contrario, al darle competencias en materia comercial a Dicapi, debilita a las Fuerzas Armadas, ya que la distrae de su fin constitucional. Además, contraviene el principio constitucional de reserva de ley orgánica, pues mediante ley ordinaria pretende modificar el artículo 56 de la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, que prevé las competencias de las regiones en materia de transporte.

- Asimismo, el Decreto Legislativo 1147 contraviene el artículo 165 de la Constitución al otorgar a las Fuerzas Armadas facultades distintas a las necesarias para garantizar la independencia, la soberanía y la integridad del territorio de la República.

- La creación de la Oficina de Inspecciones y Auditorías para brindar, en exclusividad, servicios de inspección y auditoría respecto de estándares de seguridad y contaminación de embarcaciones vulnera el principio de intervención subsidiaria del Estado en la economía. No existe una ley expresa que dé cuenta de las razones de interés público o manifiesta conveniencia nacional que justifiquen excluir a las empresas privadas de la prestación de dichos servicios. En consecuencia, el Decreto Legislativo 1147 crea un monopolio legal a favor de Dicapi que contraviene los artículos 60 y 61 de la Constitución.

- La Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1147 crea mecanismos de financiamiento de Dicapi que contravienen el principio de legalidad del presupuesto de las Fuerzas Armadas. En efecto, sin la existencia previa de una ley de presupuesto, no es posible realizar actos de ejecución presupuestal. Por tanto, es inconstitucional que una entidad pública genere ingresos propios adicionales a los que le asigna el Presupuesto General de la República.

- Además, existe una afectación al bloque de constitucionalidad conformado por la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, y la Ley 27658, Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, que proscriben la duplicidad de funciones entre entidades públicas. En efecto, el Decreto Legislativo 1147 otorga

a Dicapi facultades ya otorgadas a la APN afectando así el principio de Estado unitario y descentralizado.

La contestación de la demanda, a su vez, se basa en los siguientes argumentos:

- El decreto legislativo impugnado no excede las facultades delegadas al Poder Ejecutivo a través de la Ley 29915. Los artículos 2.3 y 2.4 de esa norma habilitan al Poder Ejecutivo a fortalecer el Sistema de Seguridad y Defensa Nacional. Por esa razón se emitió el Decreto Legislativo 1147, cuyo objeto es fortalecer las competencias de las Fuerzas Armadas en lo relativo a la seguridad de la vida humana en el mar, la protección del medio ambiente acuático y la represión de actividades ilícitas en dichos espacios. Por tanto, dicha norma no atribuye competencias comerciales a Dicapi, sino que fortalece las facultades que le son propias.
- El Decreto Legislativo 1147 no otorga a Dicapi competencias en materia de administración portuaria, pues estas corresponden exclusivamente a la APN. Además, las disposiciones legales impugnadas no contravienen el artículo 106 de la Constitución, pues no derogan ni modifican las competencias de los gobiernos regionales en materia portuaria.
- Las disposiciones impugnadas no facultan a Dicapi a realizar actividad comercial. Le otorgan competencias para administrar, regular y vigilar las actividades realizadas por personas naturales o jurídicas en el ámbito acuático, con finalidad de proteger la vida humana, velar por la seguridad nacional, proteger el medio ambiente y reprimir actividades delictivas.
- La Constitución y las normas presupuestarias no prohíben a las entidades públicas generar recursos propios. Está permitido que lo hagan. Ello no afecta las competencias del Congreso de la República en materia presupuestaria.
- El Decreto Legislativo 1147 autoriza a Dicapi a expedir, a pedido del interesado, reportes de inspección y auditoría, así como constancias sobre las inspecciones, auditorías y reconocimientos de los estándares de protección, seguridad y prevención de la contaminación sobre las embarcaciones ubicadas en el medio acuático. Así, no permite a Dicapi realizar actividad empresarial, sino elaborar reportes sobre las actuaciones administrativas que realiza como autoridad marítima nacional.
- No existe relación entre las competencias asumidas por Dicapi y las atribuidas a los gobiernos regionales. La norma impugnada restringe el ejercicio de competencias de Dicapi al medio acuático, mientras la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (artículos 56.c y 56.d) establece que sus competencias se ciñen al ámbito

portuario. De otro lado, tampoco se advierte una duplicidad de funciones, pues conforme se aprecia del artículo 1 de la Ley 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional, las actividades de la APN se limitan a la administración de puertos marítimos, fluviales y lacustres, lo cual no se superpone con las competencias que ejerce Dicapi.

II. FUNDAMENTOS

A. Presunta Inconstitucionalidad por la forma del Decreto Legislativo 1147

1. El Colegio de Abogados del Callao solicita que se declare la inconstitucionalidad por la forma de los artículos 1, 2.1, 2.4, 5.5, 5.6 y 5.11 y de las disposiciones complementarias finales segunda y tercera del Decreto Legislativo 1147. Manifiesta, de un lado, que regulan materias no delegadas al Poder Ejecutivo mediante la Ley 29915; y, de otro, que modifican el artículo 56 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, lesionando el principio de reserva de ley orgánica previsto en el artículo 106 de la Constitución.

Exceso en el ejercicio de las facultades delegadas

2. La facultad del Congreso de la República para delegar facultades legislativas al Poder Ejecutivo está prevista en el artículo 104 de la Constitución, que establece lo siguiente:

> El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.
>
> No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente.
>
> Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.
>
> El Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo.

3. Así, el Congreso de la República puede encargar al Poder Ejecutivo la facultad de legislar, salvo respecto de materias indelegables a la Comisión Permanente. A su vez, el Poder Ejecutivo puede emitir decretos legislativos con rango de ley, siempre que el Congreso emita una ley autoritativa (fundamento 6 de la sentencia emitida en el Expediente 0012-2011-PI/TC).

4. La legislación delegada debe respetar, pues, los límites previstos en la Constitución y establecidos en la ley autoritativa correspondiente. Por tanto, debe dictarse dentro del plazo de vigencia de las facultades otorgadas por dicha ley y referirse, únicamente, a las materias sobre las que existe delegación de facultades.

5. Mediante la Ley 29915, publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 12 de setiembre de 2012, se delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en las siguientes materias en un plazo de 90 días calendario:

    1. Reforma de la legislación orientada al fortalecimiento institucional del Ministerio del Interior, de la Policía Nacional del Perú y de la carrera policial.

    2. Modificación del marco legal que establece el apoyo, por parte de las Fuerzas Armadas, a la Policía Nacional del Perú y a otras instituciones.

    3. Reforma del Sistema de Seguridad y Defensa Nacional con el objeto de fortalecer su constitución y funcionamiento.

    4. Reforma de la legislación orientada al fortalecimiento institucional del Sector Defensa, de las Fuerzas Armadas, la carrera militar y el servicio militar.

    5. Creación de un ente central de compras para la Defensa Nacional, con el objeto de mejorar la capacidad operativa y el mantenimiento de activos de las Fuerzas Armadas, mediante el uso eficiente de los recursos asignados y de los procesos de compra.

    6. Reforma del régimen remunerativo y de pensiones del personal de la Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas.

    7. Reforzamiento de la estrategia de seguridad y defensa nacional en relación al control y registro de los insumos químicos y productos, así como de maquinarias y equipos que directa o indirectamente sirvan para la elaboración y tráfico de drogas ilícitas. (*cfr.* artículo 2 de la Ley 29915).

6. Al amparo de dichas facultades, con fecha 11 de diciembre de 2012, se publicó en el diario oficial *El Peruano* el Decreto Legislativo 1147, impugnado en el presente proceso de inconstitucionalidad; esto es, dentro del plazo establecido en la referida ley autoritativa.

7. El Poder Ejecutivo sustenta la emisión de dicha norma en los artículo 2.3 y 2.4 de la Ley 29915. El Colegio de Abogados del Callao, en cambio, sostiene que

varias de sus disposiciones se extralimitan respecto al ámbito de facultades delegadas, por lo que devienen inconstitucionales por la forma.

8. Las disposiciones pertinentes de la ley autoritativa se refieren, respectivamente, a la "Reforma del Sistema de Seguridad y Defensa Nacional con el objeto de fortalecer su constitución y funcionamiento" y a la "Reforma de la legislación orientada al fortalecimiento institucional del Sector Defensa, de las Fuerzas Armadas, la carrera militar y el servicio militar". El artículo 1 del Decreto Legislativo 1147, a su vez, hace referencia a ello de la siguiente manera:

> [El Decreto Legislativo 1147] tiene por objeto el fortalecimiento de las Fuerzas Armadas en las competencias de la Autoridad Marítima Nacional - Dirección General de Capitanías y Guardacostas, sobre la administración de áreas acuáticas, las actividades que se realizan en el medio acuático, las naves, artefactos navales, instalaciones acuáticas, y embarcaciones en general, las operaciones que éstas realizan y los servicios que prestan o reciben, con el fin de velar por la seguridad de la vida humana en el mar, ríos y lagos navegables, la protección del medio ambiente acuático, y reprimir las actividades ilícitas en el ámbito de su jurisdicción, en cumplimiento de las normas nacionales e instrumentos internacionales de los que el Perú es parte.

9. Dicapi es un órgano de línea de la Marina de Guerra del Perú y, por tanto, forma parte de las Fuerzas Armadas y el Sector Defensa (*cfr.* artículos 4.7 y 5.7, del Decreto Legislativo 1138, Ley de la Marina de Guerra del Perú). A través de Dicapi, la Marina de Guerra cumple la función deejercer la autoridad marítima, fluvial y lacustre a nivel nacional en el marco de las facultades que le confiere la ley.

10. El Decreto Legislativo 1147 deroga la Ley 26620, Ley de Control y Vigilancia de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres, concretando así una reforma en la organización y competencias de la Marina de Guerra y, a través de ella, de las Fuerzas Armadas. Mediante el decreto legislativo impugnado, se asignan a Dicapi nuevos roles respecto a su función como Autoridad Marítima Nacional.

11. Ese es el caso, concretamente, de sus artículos 1, 2.1, 2.4, 5.5, 5.6 y 5.11, y de sus disposiciones complementarias finales segunda y tercera. Estas precisan el objeto y ámbito de aplicación de la norma, y regulan aspectos relativos a las funciones, la organización y el financiamiento de Dicapi.

12. Todas ellas, por tanto, están dirigidas a concretar reformas en la constitución y funcionamiento de las Fuerzas Armadas y, de esa manera, en el Sistema de Seguridad y Defensa Nacional. Por tanto, están comprendidas dentro del ámbito de las facultades delegadas al Poder Ejecutivo por los artículos 2.3 y 2.4 de la Ley 29915.

13. En consecuencia, la demanda debe desestimarse en lo referido a la presunta vulneración del artículo 104 de la Constitución, sin perjuicio de los cuestionamientos relativos a la presunta desnaturalización de la finalidad de las Fuerzas Armadas, los cuales corresponderían a un vicio de inconstitucionalidad por el fondo y serán evaluados en la parte pertinente de esta sentencia.

Regulación de materias sujetas a reserva de ley orgánica

14. Debe analizarse también si el Decreto Legislativo 1147 contraviene el artículo 56 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales; y, si fuera el caso, si ello supone una vulneración al artículo 106 de la Constitución, cuyo tenor 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.
>
> Los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquiera otra ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.

15. La Constitución no establece que las leyes orgánicas tienen mayor jerarquía que otras normas con rango de ley. Sin embargo, precisa que la estructura y el funcionamiento de las entidades estatales con reconocimiento constitucional, entre otras materias, deben regularse, exclusivamente, por leyes orgánicas (*cfr.* fundamento 7 de la sentencia recaída en el Expediente 00023-2008-PI/TC). Por tanto, toda disposición referida a esas materias será inconstitucional por la forma si no está contenida en una fuente formal de derecho distinta a una ley orgánica.

16. El artículo 56 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, invocado por la parte demandante, establece que las funciones específicas de los gobiernos regionales en materia de transporte son las siguientes:

    a) 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.

    b) Planificar, administrar y ejecutar el desarrollo de la infraestructura vial regional, no comprendida en el Red Vial Nacional o Rural, debidamente priorizada dentro de los planes de desarrollo regional. Asimismo promover la inversión privada, nacional y extranjera en proyectos de infraestructura de transporte.

c) Desarrollar y administrar la infraestructura portuaria regional de acuerdo con las regulaciones técnicas normativas emitidas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a través del organismo pertinente y de la forma que establezcan los dispositivos legales sobre la materia.

d) Otorgar las autorizaciones portuarias, licencias y permisos para la prestación de los servicios portuarios marítimos, fluviales y lacustres de alcance regional, a través del organismo pertinente, de acuerdo a los dispositivos legales sobre la materia.

e) Desarrollar y administrar los aeródromos de ámbito regional, coordinando con la Dirección General de Aeronáutica Civil conforme a ley.

f) Supervisar y fiscalizar la gestión de actividades de infraestructura de transporte vial de alcance regional.

g) Autorizar, supervisar, fiscalizar y controlar la prestación de servicios de transporte interprovincial dentro del ámbito regional en coordinación con los gobiernos locales.

h) Regular, supervisar y controlar el proceso de otorgamiento de licencias de conducir, de acuerdo a la normatividad vigente. (énfasis agregado).

17. Dicha norma regula materias sujetas a reserva de ley orgánica, pues detalla competencias específicas de los gobiernos regionales; los que tienen reconocimiento constitucional directo. Por tanto, toda modificación del artículo 56 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales debe realizarse solo por ley orgánica.

18. En su mayor parte, las disposiciones impugnadas no inciden en el artículo 56 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales; por el contrario, se refieren a asuntos que no son incompatibles con lo regulado allí.

19. Ese es el caso de los artículos 1, 2.1 y 2.4, así como de las disposiciones complementarias finales Segunda y Tercera del Decreto Legislativo 1147. Estas determinan el objeto y el ámbito de aplicación de la norma impugnada y regulan la organización y el financiamiento de Dicapi en aspectos que nada tienen que ver con las competencias de los gobiernos regionales en materia de transporte.

20. Ese también es el caso del artículo 5.5 del decreto legislativo impugnado, el cual, de manera genérica, establece las competencias de Dicapi para regular las actividades que se realizan en el medio acuático, sin perjuicio de las facultades asignadas a otras entidades estatales. En consecuencia, no puede considerarse que la misma afecte las competencias de las regiones en materia de transporte.

21. Lo mismo puede decirse del artículo 5.6 en cuestión, que establece la siguiente función de Dicapi:

> Ejercer el ruteo, el control y la vigilancia del tráfico de las naves, embarcaciones, artefactos navales e instalaciones acuáticas propulsadas y remolques en general en el medio acuático, incluyendo el canal de acceso y las áreas de fondeo en los puertos.

22. Dicha disposición no habilita a Dicapi a desarrollar o administrar infraestructura portuaria regional. Tampoco le permite otorgar autorizaciones para el uso de dicha infraestructura o para la prestación de servicios en puertos bajo administración de las regiones. Por tanto, no lesiona las competencias de los gobiernos regionales en materia portuaria.

23. Sin embargo, no puede decirse lo mismo respecto al artículo 5.11 del Decreto Legislativo 1147, que establece la siguiente función de Dicapi:

> Otorgar a las personas naturales o jurídicas derechos de uso de área acuática, previa opinión favorable de la Superintendencia de Bienes Estatales, y en coordinación con los sectores involucrados, a través de autorizaciones temporales hasta por treinta (30) años, plazo que podrá ser renovado; efectuando la desafectación de dichas áreas por razones de interés nacional determinadas por norma específica del sector competente; asimismo, administrar el catastro único de dichas áreas acuáticas, sin perjuicio de las competencias de otros sectores

24. Esta otorga a Dicapi la facultad de otorgar a particulares derechos de uso sobre el área acuática, en coordinación con otras entidades públicas, y administrar el catastro de dichos derechos.

25. Esa disposición puede interpretarse de tal manera que permita a Dicapi otorgar autorizaciones para la prestación de servicios en puertos que se encuentran bajo administración de las regiones. Ello socavaría la competencia establecida a su favor por el artículo 56.d de su Ley Orgánica, lo que resulta contrario al principio constitucional de reserva de ley orgánica.

26. Sin embargo, esta no adolecerá de vicio de inconstitucionalidad en la medida en que se interprete que Dicapi, en ningún caso, podrá otorgar autorizaciones a los particulares para la prestación de servicios en puertos marítimos, fluviales o lacustres bajo administración regional.

27. Por tanto, corresponde desestimar la demanda en este extremo debiendo interpretarse el artículo 5 del Decreto Legislativo 1147 conforme al fundamento precedente.

B. Presunta inconstitucionalidad por el fondo del Decreto Legislativo 1147

Contravención a la finalidad de las Fuerzas Armadas

28. Corresponde a este Tribunal Constitucional determinar si los artículos 5.5, 5.6 y 5.11 del Decreto Legislativo 1147 contravienen la Constitución por asignar a Dicapi facultades que desnaturalizarían el rol constitucional de las Fuerzas Armadas. El texto de las disposiciones impugnadas en este extremo de la demanda es el siguiente:

> 5. Planear, normar, coordinar, dirigir y controlar dentro del ámbito de su competencia, las actividades que se desarrollan en el medio acuático, sin perjuicio de las atribuciones de otros sectores competentes.
>
> 6. Ejercer el ruteo, el control y la vigilancia del tráfico de las naves, embarcaciones, artefactos navales e instalaciones acuáticas propulsadas y remolques en general en el medio acuático, incluyendo el canal de acceso y las áreas de fondeo en los puertos.
>
> 11. Otorgar a las personas naturales o jurídicas derechos de uso de área acuática, previa opinión favorable de la Superintendencia de Bienes Estatales, y en coordinación con los sectores involucrados, a través de autorizaciones temporales hasta por treinta (30) años, plazo que podrá ser renovado; efectuando la desafectación de dichas áreas por razones de interés nacional determinadas por norma específica del sector competente; asimismo, administrar el catastro único de dichas áreas acuáticas, sin perjuicio de las competencias de otros sectores.

29. El Colegio de Abogados del Callao alega que dichas disposiciones regulan competencias de carácter comercial que, en principio, corresponden a la APN y no a Dicapi. La demandada, en cambio, sostiene que las mismas tienen por objeto garantizar el dominio del Estado sobre el espacio acuático, lo que es consistente con la finalidad constitucional de las Fuerzas Armadas.

30. Conforme a la segunda oración del artículo 165 de la Constitución, las Fuerzas Armadas:

> Tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República.

31. Dicha disposición, a su vez, es precisada por el artículo 168 de la Constitución, cuyo texto es el siguiente:

> Las leyes y los reglamentos respectivos determinan la organización, las funciones, las especialidades, la preparación y el empleo; y norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.
>
> Las Fuerzas Armadas organizan sus reservas y disponen de ellas según las necesidades de la Defensa Nacional, de acuerdo a ley.

32. Así, en principio, es el legislador el llamado a determinar las funciones específicas que ejercen las Fuerzas Armadas, para cumplir con sus objetivos constitucionales. Dicha habilitación, sin embargo, no supone que estas puedan regularse contrariando el ordenamiento constitucional (*cfr.* fundamentos 4 y 51 de las sentencias emitidas, respectivamente, en los Expedientes 02050-2002-PA/TC y 00017-2003-PI/TC).

33. Las normas que determinen las competencias de las Fuerzas Armadas devendrán inconstitucionales por el fondo si les asignan funciones que no guardan relación o desnaturalizan los objetivos establecidos en el artículo 165 de la Constitución.

34. Ahora bien, el artículo 20 del Decreto Legislativo 1138, Ley de la Marina de Guerra del Perú, señala lo siguiente respecto a las funciones de Dicapi:

> La Dirección General de Capitanías y Guardacostas es el órgano que administra, norma y ejerce control y vigilancia sobre las áreas acuáticas, las actividades que se desarrollan en el ámbito marítimo, fluvial y lacustre, las naves y artefactos navales; ejerce funciones de policía marítima, fluvial y lacustre, en cumplimiento de las normas nacionales e instrumentos internacionales de los que el Perú es parte, con el fin de velar por la seguridad de la vida humana en el mar, ríos y lagos navegables, la protección del medio ambiente acuático, y reprimir las actividades ilícitas en el ámbito de su jurisdicción.

35. Así, Dicapi es el organismo encargado de velar por la juridicidad en los espacios acuáticos que integran el territorio nacional, vigilando, particularmente, la preservación de la vida, la seguridad y la protección del medio ambiente en el mar, ríos y lagos navegables. Dicha función materializa el ejercicio de la soberanía nacional en dichos espacios y responde al carácter especializado de la Marina de Guerra del Perú en la materia. Este Tribunal Constitucional no la considera *per se* contraria al artículo 165 de la Constitución.

36. Los artículos 5.5, 5.6 y 5.11 del Decreto Legislativo 1147, a su vez, regulan con mayor concreción algunas de las funciones encomendadas a Dicapi. En principio, no guardan relación con la administración de los puertos o a la regulación de

servicios portuarios. Por el contrario, buscan concretar los objetivos establecidos en el artículo 20 del Decreto Legislativo 1138.

37. El artículo 5.5 del decreto legislativo impugnado se limita a señalar que Dicapi tiene competencia para lo siguiente:

> Planear, normar, coordinar, dirigir y controlar dentro del ámbito de su competencia, las actividades que se desarrollan en el medio acuático, sin perjuicio de las atribuciones de otros sectores competentes.

38. Ello no otorga competencias comerciales a las Fuerzas Armadas. En cambio, reconoce expresamente que Dicapi debe respetar las competencias confiadas por el ordenamiento jurídico a otras entidades estatales.

39. A su vez, el artículo 5.6 de la norma impugnada otorga a Dicapi la facultad de establecer el ruteo y dirigir el desplazamiento de embarcaciones en el medio acuático, lo que incluye los canales de acceso y áreas de fondeo de los puertos. Así, se le faculta para controlar el tránsito de embarcaciones, lo que es necesario para prevenir accidentes y garantizar la seguridad y la vida humana, así como la protección del medio ambiente. Dicha facultad no contraviene la Constitución, puesto que no permite a Dicapi administrar la infraestructura portuaria o regular los servicios que se brindan allí.

40. Finalmente, el artículo 5.11 en cuestión faculta a Dicapi para otorgar derechos de uso sobre el área acuática, en coordinación con otras entidades públicas, y administrar el catastro de dichos derechos. Ciertamente, ello podría contribuir al cumplimiento de los objetivos de Dicapi, sin contravenir el artículo 165 de la Constitución.

41. No obstante ello, una interpretación extensiva de la disposición, podría permitir a Dicapi pronunciarse sobre aspectos que vayan más allá de lo que corresponde a las Fuerzas Armadas en un Estado constitucional de derecho.

42. En efecto, es razonable que Dicapi garantice la seguridad, el respeto por la vida humana y la protección del medio ambiente en el mar, ríos y lagos navegables, dado el tenor del artículo 165 de la Constitución. Sin embargo, nada justifica que las Fuerzas Armadas ejerzan poderes indeterminados respecto a la concesión de derechos de uso a particulares sobre espacios acuáticos.

43. Por tanto, dicha disposición será constitucional en la medida en que se interprete que, *al otorgar derechos de uso de área acuática a particulares, Dicapi evaluará exclusivamente aspectos relativos a la seguridad de la vida humana en el mar, ríos y*

lagos navegables, la protección del medio ambiente acuático y la represión a actividades ilícitas en el ámbito de su jurisdicción.

44. En consecuencia, dicha parte de la demanda debe ser desestimada y debe interpretarse el artículo 5 del Decreto Legislativo 1147 conforme al fundamento precedente. Asimismo, no corresponde declarar la inconstitucionalidad por conexión de alguna norma en lo referido a este extremo, pues, conforme al artículo 78 del Código Procesal Constitucional, solo cabe hacerlo cuando se hace lo propio con una norma directamente impugnada en la demanda.

Contravención a los principios de subsidiaridad y proscripción de monopolios legales

45. Corresponde a este Tribunal Constitucional evaluar la constitucionalidad por el fondo de la Segunda Disposición Complementaria Final del decreto legislativo impugnado, que señala lo siguiente:

> Créase la Oficina de Inspecciones y Auditorías de la Autoridad Marítima Nacional para que, en calidad de servicios prestados en exclusividad, pueda emitir a pedido de los interesados reportes de Inspección y Auditoría, así como constancias sobre las inspecciones, auditorias y reconocimientos de los estándares de protección, seguridad, y prevención de la contaminación, respecto de las naves, embarcaciones, artefactos navales e instalaciones acuáticas, así como de las personas naturales y jurídicas que desarrollen actividades vinculadas al medio acuático.
>
> Esta oficina formará parte de la estructura orgánica de la Autoridad Marítima Nacional y tendrá autonomía técnica en el ejercicio de sus actividades.
>
> Para efectos de la determinación del importe de la retribución por la prestación de los servicios brindados en exclusividad por parte de la Oficina de Inspecciones y Auditorías de la Autoridad Marítima Nacional respecto de las actividades acuáticas tales como auditoría, inspección, supervisión, certificación, titulación, licencias, y otras que determine el reglamento, se aplicará como unidad de medida referencia el Arqueo Bruto (AB); y para el caso de las áreas acuáticas se aplicará como unidad de medida el Metro Cuadrado (m2).
>
> Todo procedimiento seguido ante la Autoridad Marítima Nacional dará lugar al cobro de las correspondientes tasas, cuyos montos son fijados en el correspondiente Texto Único de Procedimientos Administrativos.

46. La parte demandante cuestiona la constitucionalidad de dicha disposición por considerar que instituye un monopolio legal y resulta contraria al principio de

subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado. Corresponde tener presente lo dispuesto por el artículos 60 de la Constitución sobre el particular:

> El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.
>
> Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.
>
> La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

47. Dichas normas, a su vez, deben interpretarse a la luz de los artículos 58 y 59 de la Constitución que establecen principios fundamentales del régimen constitucional económico:

> **Artículo 58.—** La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

> **Artículo 59.—** El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

Actividad empresarial subsidiaria del Estado

48. La Constitución reconoce que la economía se fundamenta en la libre asignación de los recursos productivos a través de los mercados. Por tanto, declara que la iniciativa económica corresponde a los particulares. Dentro de lo permitido por el ordenamiento jurídico, estos ejercen sus libertades de trabajo, empresa, comercio e industria.

49. Por esa razón, "toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material" (*cfr.* fundamento 17 de la sentencia emitida en el Expediente 0008-2003-AI/TC).

50. Así, salvo de manera excepcional, no corresponde al Estado intervenir en la economía ofertando bienes y servicios en concurrencia con los particulares. La actividad empresarial del Estado, por tanto, no busca remplazar sino suplir la insuficiente oferta privada, a niveles de precio que se consideren socialmente adecuados.

51. Para llevarla a cabo, sin embargo, no basta ello. El artículo 60 de la Constitución establece requisitos adicionales para que, en forma directa o indirecta, el Estado ejerza actividad empresarial.

52. Así, desde el punto de vista formal, la actividad empresarial del Estado requiere habilitación legal expresa; esto es, que una ley emitida por el Congreso de la República la autorice (*cfr.* fundamento 31 de la sentencia emitida en el Expediente 00034-2004-PI/TC y fundamento 26 de la sentencia emitida en el Expediente 00019-2006-PI/TC). Además, desde el punto de vista material, dicha habilitación debe justificarse en razones de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

53. En el presente caso, la parte demandante considera que la segunda disposición complementaria Final del Decreto Legislativo 1147 deviene inconstitucional porque permite a Dicapi realizar actividad empresarial sin observar los requisitos establecidos en el artículo 60 de la Constitución.

54. La demandada, en cambio, alega que dicha disposición no autoriza a Dicapi a realizar actividad empresarial. Por el contrario, sostiene que se limita a regular funciones derivadas de las competencias administrativas que ella ejerce.

55. En su parte pertinente, la disposición normativa en cuestión dispone:

> Créase la Oficina de Inspecciones y Auditorías de la Autoridad Marítima Nacional para que, en calidad de servicios prestados en exclusividad, pueda emitir a pedido de los interesados reportes de Inspección y Auditoría, así como constancias sobre las inspecciones, auditorias y reconocimientos de los estándares de protección, seguridad, y prevención de la contaminación, respecto de las naves, embarcaciones, artefactos navales e instalaciones acuáticas, así como de las personas naturales y jurídicas que desarrollen actividades vinculadas al medio acuático.

56. Además, el artículo 6 del Decreto Legislativo 1147 precisa que Dicapi está facultada para lo siguiente:

> […] llevar a cabo inspecciones y reconocimientos, en forma periódica y aleatoria, sobre las naves, artefactos navales, instalaciones acuáticas y embarcaciones en general; las operaciones que éstos realizan y los servicios

> que prestan o reciben, incluyendo el transporte y manipuleo de mercancías peligrosas, con la finalidad de verificar el cumplimiento de normas de protección y seguridad de la vida humana en el ámbito de su competencia

57. Los administrados, ciertamente, tienen derecho a conocer los resultados de las actuaciones administrativas que realiza Dicapi, entre las cuales se encuentran las mencionadas en el artículo 6 del Decreto Legislativo 1147. En consecuencia, es correcto que informe o, inclusive, entregue a los particulares reportes y constancias sobre las inspecciones y reconocimientos que lleva a cabo.

58. En efecto, la primera oración del artículo 2.5 de la Constitución reconoce a todas las personas el 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.

59. Desde ese punto de vista, Dicapi no solo está autorizada sino obligada a dar cuenta a los particulares sobre las actuaciones administrativas que realiza. Ello, claro está, mientras no concurran las excepciones previstas en el artículo 15 de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, u otras que sean pertinentes.

60. La disposición impugnada no se limita a regular la facultad de Dicapi para informar o elaborar reportes con relación a sus competencias administrativas. Por el contrario, le otorga la facultad exclusiva de expedir informes de auditoría respecto a los "estándares de protección, seguridad, y prevención de la contaminación" de embarcaciones o instalaciones acuáticas, lo cual también podría ser realizado por particulares. La norma en cuestión, por tanto, autoriza a Dicapi a realizar actividad empresarial.

61. Al hacerlo, no respeta los requisitos establecidos por el artículo 61 de la Constitución. Como se ha señalado, la actividad empresarial del Estado requiere la habilitación expresa de una ley emitida por el Congreso de la República. Sin embargo, en el presente caso, pretende otorgar dicha autorización a través de un decreto legislativo. Por tanto, corresponde estimar este extremo de la demanda y declarar inconstitucional la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1147, en la medida en que autoriza a Dicapi a realizar actividad empresarial.

62. En consecuencia, deben expulsarse del ordenamiento jurídico las frases "y Auditoría", "auditorias" y "de los estándares de protección, seguridad, y prevención de

la contaminación", contenidas en el primer párrafo de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1147, quedando subsistente dicha disposición solo en lo referido a la entrega de reportes y constancias vinculadas a las competencias administrativas que ejerce Dicapi en virtud del artículo 6 del Decreto Legislativo 1147.

Prohibición constitucional de los monopolios legales

63. Corresponde pronunciarse también respecto al extremo de la demanda relativo a la proscripción de los monopolios legales. El primer párrafo del artículo 61 de la Constitución establece lo siguiente:

> 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.

64. Este Tribunal Constitucional ha interpretado que se produce un monopolio legal proscrito por la Constitución cuando, por imperio de una norma jurídica estatal, se autoriza a un agente económico a ofertar bienes o servicios con exclusividad al interior de un mercado, de manera que pueda distorsionar sustancialmente las condiciones de oferta y demanda de este (*cfr.* fundamento 27 de la sentencia emitida en el Expediente 0002-2011-AI/TC).

65. Dicha prohibición tiene por finalidad evitar que, al constituir monopolios mediante normas jurídicas, el Estado otorgue privilegios a determinados agentes económicos en perjuicio de sus competidores actuales o potenciales. De esa manera busca defender el interés de los consumidores, quienes no podrían acceder a los beneficios de la libre competencia (*cfr.* artículo 65 de la Constitución).

66. Ahora bien, por lo expuesto anteriormente, la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1147 establece un monopolio legal a favor de Dicapi desde que le otorga la facultad exclusiva de realizar determinada actividad empresarial. Por tanto, corresponde estimar la demanda en este extremo. En consecuencia, la inconstitucionalidad parcial de dicha disposición radica en su incompatibilidad con el artículo 61 de la Constitución.

Contravención a los principios constitucionales que regulan el presupuesto público

67. La Tercera Disposición Complementaria Final del decreto legislativo impugnado establece lo siguiente:

> El presupuesto de la Dirección General de Capitanías y Guardacostas – Autoridad Marítima Nacional, será financiado con cargo al presupuesto

> institucional del Ministerio de Defensa – Marina de Guerra del Perú, sin demandar recursos adicionales al tesoro Público. Asimismo, forman parte de dicho financiamiento los Recursos Directamente Recaudados (RDR) por la Autoridad Marítima Nacional, por concepto de las tasas, multas y la retribución por servicios prestados en exclusividad, conforme al presente Decreto Legislativo.

68. El demandante refiere que dicha disposición está viciada de inconstitucionalidad porque habilita a Dicapi: (i) a crear tributos en contravención del artículo 170 de la Constitución, y (ii) financiar parte de su presupuesto con el cobro de tasas y multas lo que infringe el artículo 77 de la Constitución.

Facultad de Dicapi para crear tributos

69. El primer párrafo del artículo 74 de la Constitución señala:

> Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo.

70. El artículo 170 de la Constitución, a su vez, no contiene disposiciones relativas a la creación o modificación de tributos, limitándose a indicar:

> La ley asigna los fondos destinados a satisfacer los requerimientos logísticos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Tales fondos deben ser dedicados exclusivamente a fines institucionales, bajo el control de la autoridad señalada por la ley.

71. Se advierte, así, que la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1147 no contraviene las disposiciones constitucionales reseñadas. De un lado, no otorga a Dicapi la facultad de crear tributos. Por el contrario, le permite financiar parte de su presupuesto mediante el cobro directo de tasas y multas. Ello es compatible con las disposiciones constitucionales mencionadas, entendiéndose que dichas tasas deberán crearse por decreto supremo conforme al artículo 74 de la Carta Fundamental. De otro lado, no contradice el artículo 170 de la Constitución, pues no le impide emplear el presupuesto destinado a la Marina de Guerra del Perú ni le permite destinar sus fondos a fines no institucionales. Por tanto, dicho extremo de la demanda debe ser desestimado.

72. Pese a ello cabe señalar que, dada su naturaleza de tributos vinculados, las tasas no tienen finalidad recaudadora, pues están destinadas a trasladar a los contribuyentes el costo efectivo de la prestación pública de la que son beneficiarios.

Ello se deduce de la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario y, además, ha sido reconocido en reiteradas oportunidades por la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional (*cfr.* sentencias emitidas en los Expedientes 00053-2004-PI/TC, 00006-2007-PI/TC, 00030-2007-PI/TC entre otras). Por tanto, el monto de las tasas debe corresponder siempre al costo del servicio público efectivamente prestado al contribuyente.

Forma de financiar el presupuesto de Dicapi

73. El primer párrafo del artículo 77 de la Constitución, por su parte, establece:

> La administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso. La estructura del presupuesto del sector público contiene dos secciones: Gobierno Central e instancias descentralizadas.

74. Dicha norma exige al Congreso de la República aprobar un presupuesto anual que refleje el equilibrio entre los ingresos y egresos fiscales previstos para el ejercicio correspondiente. Además, determina la estructura mínima del Presupuesto Público, precisando que debe contar, por lo menos, con secciones dedicadas al Gobierno Central y a instancias descentralizadas.

75. Dicha norma no prohíbe a las entidades públicas obtener recursos a través de fuentes de financiamiento directas. Ello constituye una opción legislativa constitucionalmente válida, recogida en diversas leyes anuales de presupuesto y equilibrio financiero e, inclusive, en la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto (*cfr*. artículos 60.2, 63.2, y Octava Disposición Transitoria del TUO de la Ley 28411 aprobado mediante Decreto Supremo 304-2012-EF).

76. Así, las entidades del Estado pueden recurrir a fuentes de financiamiento directo, dentro de lo permitido por la ley, sin que ello desconozca o lesione las competencias constitucionales del Congreso de la República en materia presupuestaria.

77. Por tanto, la demanda debe desestimarse en este extremo, pues, lejos de contravenir la disposición constitucional invocada, la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1147, se decanta por una opción legislativa concordante con el Sistema Nacional de Presupuesto.

Contravención al principio de Estado unitario y descentralizado

78. La parte demandante refiere que los artículos 1, 2.1, 2.4, 5.5, 5.6 y 5.11 y las disposiciones complementarias finales Segunda y Tercera del Decreto Legislativo 1147 contravienen el principio de Estado unitario y descentralizado al generar

duplicidad de funciones entre Dicapi y la APN, lo que se encuentra proscrito por la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, y por la Ley 27658, Ley Marco de Modernización de la Gestión Pública. La jurisprudencia de este Tribunal Constitucional ha deducido dicho principio del artículo 43 de la Constitución que establece lo siguiente:

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

79. En efecto, en el fundamento 9 de la sentencia recaída en el Expediente 00006-2008-PI/TC, este Tribunal Constitucional conceptualizó el referido principio señalando lo siguiente:

> En el Estado unitario y descentralizado en cambio el poder no se encuentra concentrado en un órgano único sino que se permite la posibilidad de transferir facultades de gobierno a entidades, denominadas por algunos como "organismos constitucionales autónomos", que ayudan al desarrollo integral de la política nacional (artículo 189 de la Constitución), con poder incluso para dictar normas de ámbito territorial, pero en atención a las competencias asignadas por la propia Constitución del Estado que, como se dijo, constituye una unidad, razón ésta por la que un organismo del Estado al que se le ha conferido una parte de ese poder no puede ir más allá de lo que la propia Constitución le asigna.

80. El principio en cuestión expresa la necesidad de distribuir el poder estatal entre los niveles de gobierno previstos en el artículo 189 de la Constitución sin que ello implique desconocer la unidad del Estado peruano. De ahí que, si bien el ordenamiento constitucional exige el traslado de competencias a los gobiernos regionales y locales mediante un proceso de descentralización, este debe promover "la unidad y eficiencia del Estado, mediante la distribución ordenada de las competencias públicas y la adecuada relación entre los distintos niveles de gobierno y la administración estatal", como reconoce el artículo 6.A de la Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización.

81. Por tanto, las disposiciones impugnadas no contravienen el principio constitucional citado. Este se encuentra referido a la distribución de competencias entre niveles de gobierno. Sin embargo, en el presente caso, se denuncia una presunta duplicidad de funciones entre Dicapi (un órgano de línea que forma parte de

la Marina de Guerra del Perú, a su vez, un órgano ejecutor del Ministerio de Defensa conforme al artículo 2 del Decreto Legislativo 1138, Ley de la Marina de Guerra del Perú) y la APN (un organismo público descentralizado adscrito al ministerio de Transportes y Comunicaciones conforme al artículo 19 de la Ley 27943, del Sistema Portuario Nacional). En consecuencia, existe una falta de congruencia entre el vicio de inconstitucionalidad denunciado en este extremo de la demanda y el principio invocado como sustento de la pretensión.

82. La duplicidad de funciones entre entidades del Poder Ejecutivo debe evitarse y, dentro de lo posible, resolverse en las vías que correspondan. El artículo V.1 del Título Preliminar de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo señala que las entidades del Poder Ejecutivo:

> Se organizan en un régimen jerarquizado y desconcentrado cuando corresponda, sobre la base de funciones y competencias afines, evitando la duplicidad y superposiciones de funciones.

83. A su vez, el artículo 6.b de la Ley 27658, Ley Marco de Modernización de la Gestión Pública, precisa:

> Las dependencias, entidades, organismos e instancias de la Administración Pública no deben duplicar funciones o proveer servicios brindados por otras entidades ya existentes.

84. Sin embargo, al ejercer sus atribuciones, este Tribunal Constitucional debe actuar con corrección funcional; esto es, respetando, "las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado" (*cfr.* fundamento jurídico 12 de la sentencia emitida en el Expediente 5854-2005-PA/TC, entre otros).

85. Por tanto, como regla general, no le corresponde pronunciarse sobre los conflictos competenciales que se produzcan al interior de los Poderes del Estado; niveles de gobierno o entidades constitucionales autónomas. Éstos deben resolverse al interior de la entidad donde se produce el conflicto de manera que pueda reafirmarse la autonomía de los Poderes del Estado; gobiernos regionales y locales; y entidades constitucionales autónomas como es propio en un Estado Constitucional de Derecho.

86. En consecuencia, debe desestimarse este extremo de la demanda. Además, no corresponde declarar la inconstitucionalidad por conexión de ninguna norma en

lo referido a este. Conforme al artículo 78 del Código Procesal Constitucional, existe esa posibilidad únicamente cuando se emite una "sentencia que declare la ilegalidad [en el caso del proceso de acción popular] o inconstitucionalidad de la norma impugnada", lo que no ocurre en el presente caso.

III. FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Legislativo 1147; y, en consecuencia, declarar **INCONSTITUCIONALES** las frases "y Auditoría", "auditorías" y "de los estándares de protección, seguridad, y prevención de la contaminación" de su Segunda Disposición Complementaria Final. Por tanto, dicha disposición queda subsistente con la siguiente redacción:

> **SEGUNDA: Creación de la Oficina de Inspecciones y Auditorías de la Autoridad Marítima Nacional**
>
> Créase la Oficina de Inspecciones y Auditorías de la Autoridad Marítima Nacional para que, en calidad de servicios prestados en exclusividad, pueda emitir a pedido de los interesados reportes de Inspección, así como constancias sobre las inspecciones y reconocimientos respecto de las naves, embarcaciones, artefactos navales e instalaciones acuáticas, así como de las personas naturales y jurídicas que desarrollen actividades vinculadas al medio acuático.
>
> Esta oficina formará parte de la estructura orgánica de la Autoridad Marítima Nacional y tendrá autonomía técnica en el ejercicio de sus actividades.
>
> Para efectos de la determinación del importe de la retribución por la prestación de los servicios brindados en exclusividad por parte de la Oficina de Inspecciones y Auditorías de la Autoridad Marítima Nacional respecto de las actividades acuáticas tales como inspección, supervisión, certificación, titulación, licencias, y otras que determine el reglamento, se aplicará como unidad de medida referencia el Arqueo Bruto (AB); y para el caso de las áreas acuáticas se aplicará como unidad de medida el Metro Cuadrado (m2).

Todo procedimiento seguido ante la Autoridad Marítima Nacional dará lugar al cobro de las correspondientes tasas, cuyos montos son fijados en el correspondiente Texto Único de Procedimientos Administrativos.

2. **INTERPRETAR** el artículo 5.11 del Decreto Legislativo 1147 conforme a los fundamentos 26 y 41 de la presente sentencia.

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

Publíquese y notifíquese.

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

EXP. Nº 0001-2014-PI/TC
CALLAO
COLEGIO DE ABOGADOS DEL CALLAO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con la parte resolutiva de la sentencia, dictada en el presente proceso constitucional, promovido por el Colegio de Abogados del Callao, contra diversas disposiciones del Decreto Legislativo 1147, que regula el fortalecimiento de las Fuerzas Armadas en las competencias de la Autoridad Marítima Nacional – Dirección General de Capitanías y Guardacostas (DICAPI), considero conveniente formular algunas precisiones y una apreciación, de las que deseo dejar constancia en el presente fundamento.

Precisiones respecto a la parte resolutiva del fallo en mención:

1. Como es de verse de los actuados, la institución demandante, el Colegio de Abogados del Callao, ha interpuesto la demanda que motiva esta litis, persiguiendo expresamente la declaración de inconstitucionalidad de las siguientes disposiciones del acotado Decreto Legislativo 1147, que regula el fortalecimiento de las Fuerzas Armadas en las competencias de la Autoridad Marítima Nacional – DICAPI, imputándoles, según el caso, que han infringido los artículos 43, 60, 61, 74, 77, 78, 104, 106, 165, 170 y 191 de la Constitución Política del Perú.

   - De su artículo 1, relativo al objeto del mismo;
   - De su artículo 2, incisos 2.1 y 2.4, relativos a su ámbito de aplicación;
   - De su artículo 5, incisos 5.5, 5.6 y 5.11, relativos a las funciones de la Autoridad Marítima Nacional;
   - De su Segunda Disposición Complementaria Final relativa a la creación de la Oficina de Inspecciones y Auditorías de la Autoridad Marítima Nacional, y
   - De su Tercera Disposición Complementaria relativa al financiamiento del presupuesto de la DICAPI.

2. De este conjunto de disposiciones cuestionadas o imputadas de inconstitucionalidad, se ha declarado infundada la demanda respecto de las siguientes:

   - El artículo 1;
   - El artículo 2, inciso 2.2 y 2.4;
   - El artículo 5, inciso 5.1, 5.6 y 5.11; y
   - La Tercera Disposición Complementaria Final.

   Así, el Tribunal Constitucional ha ratificado la constitucionalidad de las mismas, descartando que se encuentren afectas a alguna causal de infracción constitucional, sea directa o indirecta, de forma o de fondo, parcial o total.

3. En tal sentido, la declaración de inconstitucionalidad contenida en la sentencia, bajo la forma de fundada en parte la demanda, se ha constreñido únicamente a las frases "y Auditoría", "auditorías" y "de los estándares de protección, seguridad, y prevención de la contaminación", de su Segunda Disposición Complementaria y Final las cuales han sido eliminadas de su texto.

4. La razón de tal eliminación, como se sostiene en el fundamento 60 de la sentencia, es que, a través de aquellas frases, el legislador ordinario no se ha limitado a la regulación de las facultades de DICAPI para informar y elaborar reportes con relación a sus competencias administrativas, como correspondía, sino que ha abarcado el otorgamiento de facultad exclusiva para emitir informes de auditoría respecto de los estándares de protección, seguridad y prevención de la contaminación de embarcaciones o instalaciones acuáticas.

5. Ello, a pesar que esas actividades también pueden ser realizadas por los particulares, lo cual significa en puridad haber autorizado a DICAPI a realizar actividad empresarial, colisionando, como se advierte en el fundamento 61, con lo establecido en el artículo 61 de la Constitución, toda vez que la actividad empresarial del Estado requiere ineludiblemente una autorización expresa a través de Ley expedida por el Congreso de la República y siempre que el sector privado no esté en condiciones de atender el requerimiento de servicio de que se trate.

6. Por lo demás, se ha señalado el contenido normativo del inciso 5.11 del artículo 5 del Decreto Legislativo 1143, en el sentido que DICAPI, en ningún caso podrá otorgar autorizaciones a los particulares para la prestación de servicios en puertos marítimos, fluviales o lacustres bajo administración regional, así como que al otorgar DICAPI derechos de uso de áreas acuáticas a particulares deberá evaluar exclusivamente aspectos relativos a la seguridad de la vida humana en el mar, ríos

y lagos navegables, la protección del medio ambiente acuático o la represión de actividades ilícitas en el ámbito de su jurisdicción; proscribiendo como supremo intérprete de la Constitución toda interpretación en contrario.

Apreciación sobre el fundamento 44 del fallo en mención:

7. Finalmente, dejo constancia de mi discrepancia con la interpretación contenida en el fundamento 44 del artículo 78 del Código Procesal Constitucional, la cual considero limitativa, ya que excluye la posibilidad para el Tribunal Constitucional de declarar la inconstitucionalidad si, al hacer el análisis de las disposiciones expresamente cuestionadas determina que no adolecen de vicio de inconstitucionalidad, pero detecta que otras disposiciones del cuerpo normativo al que pertenecen las primeras, se encuentren viciadas de inconstitucionalidad.

8. Al respecto, no hay que dejar de considerar que el proceso de inconstitucionalidad es de carácter hiper público y de incuestionable interés general, al punto que una vez instaurado no cabe desistimiento de la demanda, como lo establece expresamente el artículo 106 del Código Procesal Constitucional. Ello es así, por el deber que tiene el Tribunal Constitucional en su calidad de garante de la primacía normativa de la Constitución, de garantizar su plena y efectiva vigencia, por lo que, si a raíz del análisis de constitucionalidad detecta la existencia de vicios de inconstitucionalidad de normas conexas con la impugnada, tiene el imperativo constitucional de extirparlas del cuerpo normativo nacional, independientemente de la constitucionalidad o eventual inconstitucionalidad de la norma expresamente cuestionada en la demanda.

S.
BLUME FORTINI

EXP. Nº 0001-2014-PI/TC
CALLAO
COLEGIO DE ABOGADOS DEL CALLAO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con lo resuelto por mis colegas en la presente causa, pero considero necesario hacer algunas precisiones u observaciones, las cuales consigno a continuación:

1. Considero que, en efecto, es necesario fortalecer a la autoridad civil en materia portuaria. Sin embargo, de esta afirmación no se desprende que la Marina, a través de la Dirección General de Capitanía y Guardacostas (Dicapi), no deba o pueda tener algún nivel de participación en la regulación de asuntos vinculados con la circulación y el control de actividades realizadas en el espacio marino. Ello puede darse en materias tales como, entre otras, el otorgamiento de autorizaciones para el uso de área acuática, el control sobre el tráfico de embarcaciones, la planificación y dirección de actividades a realizarse en el medio acuático, o la realización de inspecciones y auditorías conforme a sus competencias.

2. Al respecto, es claro que, de conformidad con la norma autoritativa respectiva, Ley 29915, y en el marco del Decreto Legislativo 1147, la cual regula el fortalecimiento de las Fuerzas Armadas en la competencia de la autoridad Marítima Nacional - Dirección General de Capitanía y Guardacostas, a la Dicapi le han sido asignadas varias competencias que pueden considerarse constitucionalmente legítimas. Ahora bien, en todo caso, y sin perjuicio de lo anterior, lo que sí deberá evitarse, pues se encuentra expresamente proscrito por nuestra Norma Fundamental, es que se le habilite indebidamente a la Dicapi, al ser una entidad estatal, el que realice actividades empresariales o comerciales, máxime si estas conllevan la creación de monopolios legales. En efecto, la Constitución peruana de 1993 prevé expresamente que la actividad empresarial del Estado solo puede realizarse de manera subsidiaria. Por ende, la actividad empresarial del Estado dentro del marco constitucional vigente en el Perú, guste o no, solo se justifica ante la ausencia de agentes privados realizando la misma actividad económica o por defectos del mercado.

3. Es en este sentido que en la presente sentencia se interpretó que el Decreto Legislativo 1147 es compatible con lo dispuesto por la Constitución. Ahora bien, llegado a este punto, considero necesario precisar además que, en este caso, como en otros en los cuales se cuestiona la constitucionalidad de normas con rengo legal, también opera una presunción de constitucionalidad a favor de la autoridad legítima que emite la norma.

4. Por ende, únicamente en el supuesto de que la disposición que se reputa como inconstitucional no pueda ser entendida de algún modo de conformidad con la Constitución –es decir, agotando todas las posibilidades interpretativas existentes– es que podrá declararse su inconstitucionalidad o incompatibilidad de la norma con respecto a la Norma Fundamental. En sentido contrario, corresponde decir entonces que si puede adoptarse algún sentido constitucionalmente interpretativo válido de la disposición analizada, deberá optarse por dicha interpretación, lo cual habilita incluso a acudir a la técnica de las llamadas "sentencias interpretativas" o "sentencias manipulativas".

5. En el presente caso, precisamente con la finalidad de atender debidamente a la presunción de constitucionalidad de la disposición cuestionada, el Tribunal Constitucional ha utilizado frecuentemente dicha técnica, conforme a la cual se resuelve incidiendo en el ámbito normativo inicialmente previsto en la disposición cuestionada (reductiva o aditivamente, como opciones principales y sin perjuicio de otras), tal como se puede apreciar en la parte resolutiva de la sentencia.

6. Ahora bien, sobre la base de lo anotado, considero que era necesario que quede expresado claramente en el fallo en qué términos permanecen en el ordenamiento las disposiciones legislativas que son objeto de interpretación, tal como sí se hace, por ejemplo, con respecto de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1147, a la luz de lo dispuesto en el fundamento 62. De manera más precisa, estimo que debería señalarse cuál será, en adelante, el contenido del artículo 5 del Decreto Legislativo 1147 interpretado conforme a lo dispuesto en los fundamentos jurídicos 26 y 43 de la sentencia.

7. Asimismo, considero que el caso merecía un análisis más prolijo en relación con las competencias legítimas con las que cuentan los gobiernos regionales y de la Dicapi. En especial, estimo que valía la pena realizar mayores precisiones sobre las competencias reconocidas a la referida Dirección a partir de lo dispuesto en los artículos 5.5, 5.11 y 6 del Decreto Legislativo 1147, en confrontación con lo dispuesto por la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, e incluso con lo establecido por la Ley 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional, la cual creó la

Autoridad Portuaria Nacional, a efectos de zanjar eventuales discusiones sobre las competencias allí reguladas.

8. También deseo efectuar algunos alcances en relación con lo indicado en el fundamento 85. Al respecto, considero que debe evitarse hacer referencia a "conflictos de competencia" para aludir a discrepancias o superposiciones de competencias dentro de una misma institución, las cuales, como se sabe, deben ser resueltas al interior de la entidad de que se trate (Poder del Estado, nivel de gobierno u órgano constitucional autónomo de que se trate).

9. Al respecto, como se sabe, los conflictos de competencias y atribuciones solo pueden producirse entre entidades estatales con autonomía conforme a lo dispuesto por la Constitución. Tales conflictos pueden ser básicamente "positivos", cuando las entidades en conflicto se disputan la titularidad de una misma competencia o atribución; o "negativos", si ellas más bien rehúyen de la titularidad o el ejercicio de la referida competencia. Además, no podemos dejar de mencionar, en la medida en que han sido aceptados por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, a los llamados conflictos de competencia "atípicos" y, en especial, al discutible y discutido "conflicto por menoscabo", asunto sobre el cual no podré detenerme en esta ocasión.

10. Finalmente, y con respecto a la desestimada inconstitucionalidad formal del decreto legislativo cuestionado, tenemos que el Tribunal Constitucional en anteriores oportunidades se ha referido, aunque de manera aun inicial, al análisis que corresponde hacer para determinar la constitucionalidad, tanto directa como indirecta, de este tipo de legislación delegada, así como a la constitucionalidad de la respectiva ley autoritativa (vide STC 00047-2004-AI, f. j. 25; STC 0012-2011-AI, f, j. 9 y ss; cfr. 00020-2005-AI y otro (acumulado), f. j. 26 y ss.).

11. Al respecto, este Tribunal Constitucional a grandes rasgos ha establecido, con respecto al análisis de constitucionalidad de la norma delegativa (autoritativa o habilitante), que:

> "[A] 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:
>
> a) 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;
>
> b) 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;

c) 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.

d) **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**." (STC 00012-2011-AI, f. j. 11, resaltado agregado)

12. Mientras que, en relación con el análisis de constitucionalidad del los decretos legislativos o legislación delegada, este Tribunal ha sostenido que:

> "[B] Por otro lado, el artículo 104 de la Constitución precisa los límites que, a su vez, el Poder Ejecutivo está en la necesidad de observar con ocasión de la expedición de la legislación ejecutiva delegada. Estos límites, además de los que vienen impuestos directamente por la Constitución, esencialmente están constituidos por aquellos **fijados en la ley habilitante**. Se tratan, a saber, de: (a) **límites temporales**, de modo que la legislación delegada habrá de dictarse dentro del plazo con que se cuenta con habilitación para legislar; (b) **límites materiales**, por lo que la legislación delegada habrá de desarrollar cumplidamente las materias identificadas en la ley autoritativa" (STC 00012-2011-AI, f. j. 10, resaltado agregado)

13. Ahora bien, como se sabe, un asunto que plantea muchas dificultades se encuentra al contrastar el contenido de la legislación delegada con la norma autoritativa. Al respecto, un primer problema interpretativo se encuentra en establecer el exacto contorno o marco material de la delegación (es decir, establecer cuál ha sido realmente la materia delegada). De otro lado, un siguiente problema interpretativo consiste en analizar si los decretos legislativos, en efecto, se ajustan a dicho marco.

14. Al respecto, y sobre el primer problema mencionado en el párrafo anterior, este Tribunal ha señalado que puede existir una tensión entre el "objetivo (o finalidad) de la delegación", (las materias asociadas a un estado de cosas o fines valiosos que se quiere alcanzar), y la "facultad expresamente delegada" (la cual alude a las competencias expresadas con mayor claridad o precisión en la norma autoritativa). Lo que el Tribunal Constitucional ha señalado al respecto es,

en aras a fijar de mejor modo los alcances de la norma autoritativa, que dicha posible "inconsistencia debe ser resuelta, de preferencia, tomando en cuenta la preponderancia que tiene la competencia expresamente delegada respecto de la temática en la que se le pretende enmarcar" (STC 00002-2010-AI, f. j. 6 *in fine*). En otras palabras, se señala que es razonable privilegiar la habilitación expresa y más específica, frente a la más genérica o finalista (criterio de "preponderancia de la delegación específica").

15. Finalmente, y con respecto al segundo problema, conviene conocer lo que en la práctica viene realizando este Tribunal Constitucional al respecto. Y es que, teniendo en cuenta que, no obstante a su carácter específico, la norma delegativa no contiene en realidad un adelanto sobre los contenidos que serán regulados a través de los decretos legislativos (estamos solamente ante un "marco específico", o "con vocación de especificidad", pero un marco al fin y al cabo), no es una especie de evaluación taxativa literal o estricta con respecto a la delegación otorgada (entendida conforme a lo señalado en el párrafo anterior), ya que ello sería imposible al tratarse de un marco habilitante. Antes más bien, lo que el Tribunal realiza es una especie de "análisis de compatibilidad" o de "conformidad", para establecer si la legislación delegada "es compatible con las materias específicas que fueron delegadas" (STC 00026-2008-AI y otro (acumulados), f. j. 10; STC 00027-2009-AI, f. j. 3).

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. Nº 0001-2014-PI/TC
CALLAO
COLEGIO DE ABOGADOS DEL CALLAO

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

En un verdadero Estado Constitucional se divide plenamente el poder civil del poder militar y ambos se encuentran sometidos al imperio de la Constitución y las leyes que sean conformes a ésta.

¿Por qué no podemos aspirar a desarrollarnos jurídica y socialmente bajo un auténtico modelo constitucional? Estamos próximos a cumplir 200 años de vida republicana y seguimos manteniendo, en parte, un modelo de organización "pretoriana", donde el poder civil estaba sojuzgado al poder militar. Tenemos un marco constitucional en el que expresamente se establece que las fuerzas armadas tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial; sin embargo, ese marco constitucional se debilita cuando se le otorga, de manera concreta, a la Marina de Guerra competencias propias del poder civil en manejo portuario.

Conforme a nuestro marco constitucional, deberíamos tener, entre otros, un poder civil con una sólida "*administración marítima civil",* que precisamente administre el uso de áreas acuáticas y regule las actividades y servicios en los terminales, la infraestructura e instalaciones ubicadas en los puertos marítimos, fluviales y lacustres de todo el Perú.

Ello acompañado de una fortalecida *policía* marítima, fluvial, lacustre y de control de puertos. Pero lo que no deberíamos tener es una Marina de Guerra que se encargue de estas funciones y, peor aún, que en algunos casos duplique tales competencias con las asignadas a la Autoridad Portuaria Nacional-Ministerio de Transportes.

Me pregunto: ¿Por qué la Marina de Guerra debe ofrecer en exclusividad servicios de inspecciones y auditorías para privados, entre otros? ¿Por qué la Marina de Guerra debe autorizar el arribo o zarpe de naves deportivas? ¿Por qué la Marina de Guerra debe otorgar posesiones de área acuática? No imagino al Ejército de nuestro país otorgando posesiones de área terrestre o a la Fuerza Aérea otorgando posesiones de zonas aéreas o autorizando el transporte aéreo en operaciones comerciales.

Somos un país bajo un modelo político democrático en construcción, que aún no termina de abandonar las viejas taras de lo que Basadre llamara el "Estado empírico". Digo esto porque a pesar de que tenemos un modelo constitucional con reparto de competencias entre los civiles y los militares, no se termina por asumir que realmente estamos ante un gobierno civil de sometimiento de los hombres a las leyes y al Derecho; prueba de ello es que hay una resistencia a cumplir con el mandato constitucional (artículo 165) de que la Marina de Guerra, en tanto componente de las Fuerzas Armadas, se deba encargar primordialmente de garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial marítima de la República, o excepcionalmente, de situaciones de emergencia cuando la capacidad operacional de la Policía Nacional sea insuficiente.

Es verdad que se argumenta que no existe suficiente personal e infraestructura (barcos, helicópteros, puertos, edificaciones, etc.) para que el poder *civil* ejerza las funciones que un Estado Constitucional le confiere en el ámbito marítimo. Entonces, si esto es así, la respuesta a dicha situación sería el destinar los recursos para que así se cumpla, y no asumir el débil argumento fáctico de que "como la Marina siempre lo hizo, debe seguir haciéndolo".

Me pregunto: ¿Cómo construir un país moderno, desarrollado y democrático si se expiden normas como el impugnado Decreto Legislativo 1147, que lo único que hacen es empoderar a la Marina de Guerra respecto de competencias que le corresponden al poder civil? ¿A quién o a qué sectores favorece la duplicidad de competencias que consagra este decreto? ¿A quién o a qué sectores favorece la adición de competencias del poder civil al poder militar? ¿Quién controla los considerables ingresos económicos que percibe la Dirección General de Capitanías y Guardacostas (DICAPI) con las competencias otorgadas por el Decreto Legislativo 1147 desde el año 2012? Pueden ser varias las respuestas, pero la que me parece más evidente es que el Decreto Legislativo 1147 no sólo es inconstitucional, sino que constituye un monumento a la inseguridad jurídica, por la injustificada duplicidad de competencias generada por dicho Decreto Legislativo 1147.

Lo antes expuesto no debe interpretarse como una forma de desconocimiento de la importante función que dentro del marco constitucional ha desempeñado y desempeña la Marina de Guerra del Perú. Ello es innegable. Esto tiene que ver más bien con el cuestionamiento de la adición de competencias (comerciales, de otorgar posesiones de área acuática, autorizar el ingreso o salida de todo tipo de naves —incluidas las de deporte—, abrir o cerrar puertos, entre otras) que, considero, infringen el mandato constitucional que establece el ámbito primordial de sus competencias.

Desde ya dejo sentada mi posición. No se trata de ver el problema de la adición de competencias, que es materia de control constitucional, como una expresión de la lógica política schmittiana del "amigo-enemigo", esto es, o se está a favor o en contra de la Marina de Guerra del Perú (DICAPI). Se trata del control constitucional de los alegados excesos de competencias por parte del Poder Ejecutivo, al expedir el Decreto Legislativo 1147, denunciados por el Colegio de Abogados del Callao. En ello consiste el control constitucional de estos actos estatales.

Debo expresar, además, que la labor de control del Tribunal Constitucional se realiza a través de un trabajo conjunto, con la intervención de los siete jueces que lo integramos y que no siempre puede terminar en una posición unánime. El caso que a continuación presento es uno de ellos.

Advierto, desde ya, que los argumentos que seguidamente se leerán expresan una posición en minoría, en disidencia, y que los expongo como parte de mí deber de justificar, como jueza constitucional, cuáles son las razones por las que me aparto de la mayoría. Este ejercicio responde a una postura deliberativa, en la que se muestran, con transparencia, las diversas posiciones que concurren en el caso; y, bajo una práctica democrática, incluso dichos argumentos pueden ser sometidos a la crítica de los diversos actores sociales (artículo 139, inciso 20, de la Constitución).

A. SÍNTESIS DEL VOTO

Estimo que la demanda debe ser declarada **FUNDADA** en todos sus extremos, incluso los que se han cuestionado por conexidad. En resumen, mis argumentos son los siguientes:

1. Al expedir el Decreto Legislativo 1147, **se han regulado asuntos que no han sido delegados**. La competencia de otorgar permisos de área acuática, entre otras, no es competencia que "fortalece" el sistema de seguridad y defensa nacional a cargo de la Marina de Guerra del Perú.

2. Se vulneran disposiciones constitucionales que establecen, sin margen de dudas, que las Fuerzas Armadas tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la República, y **no adicionar o reemplazar competencias del poder civil (Gobiernos regionales o la Autoridad Portuaria Nacional del Ministerio de Transportes), de la Policía Nacional o incluso de los particulares**.

3. En la sentencia del TC, aprobada en mayoría, se ha **omitido pronunciarse** sobre uno de los artículos cuestionados en la demanda (artículo 20 del Decreto Legislativo 1138).

4. En la sentencia del TC, aprobada en mayoría, se hace un **uso deficiente de las denominadas sentencias interpretativas** pues éstas se emplean para "interpretar" disposiciones y no para unir dos disposiciones competenciales incompatibles.

B. DISPOSICIONES CUESTIONADAS

5. Inicialmente, en la demanda de autos se cuestionan las siguientes disposiciones del Decreto Legislativo 1147:

> **Artículo 1.- Objeto**
>
> El presente Decreto Legislativo tiene por objeto el fortalecimiento de las Fuerzas Armadas en las competencias de la Autoridad Marítima Nacional - Dirección General de Capitanías y Guardacostas, sobre la administración de áreas acuáticas, las actividades que se realizan en el medio acuático, las naves, artefactos navales, instalaciones acuáticas, y embarcaciones en general, las operaciones que éstas realizan y los servicios que prestan o reciben, con el fin de velar por la seguridad de la vida humana en el mar, ríos y lagos navegables, la protección del medio ambiente acuático, y reprimir las actividades ilícitas en el ámbito de su jurisdicción, en cumplimiento de las normas nacionales e instrumentos internacionales de los que el Perú es parte.
>
> **Artículo 2.- Ámbito de aplicación**
>
> El ámbito de aplicación del objeto del presente Decreto Legislativo es:
>
> 1) El medio acuático comprendido por el dominio marítimo y las aguas interiores, así como los ríos y los lagos navegables, y las zonas insulares, incluidas las islas ubicadas en el medio acuático del Perú.
> 4) Los artefactos navales e instalaciones acuáticas en el medio acuático.
>
> **Artículo 5.- Funciones de la Autoridad Marítima Nacional**
>
> Las funciones que realiza la Autoridad Marítima Nacional dentro del ámbito de su competencia se efectuarán con eficiencia y transparencia coadyuvando al desarrollo competitivo de las actividades de transporte, comerciales, turísticas y de otros sectores que se realizan en el medio acuático.
>
> Son funciones de la Autoridad Marítima Nacional:
>
> 5) Planear, normar, coordinar, dirigir y controlar dentro del ámbito de su competencia, las actividades que se desarrollan en el medio acuático, sin perjuicio de las atribuciones de otros sectores competentes.
> 6) Ejercer el ruteo, el control y la vigilancia del tráfico de las naves, embarcaciones, artefactos navales e instalaciones acuáticas propulsadas y remolques en general en el medio acuático, incluyendo el canal de acceso y las áreas de fondeo en los puertos.

11) Otorgar a las personas naturales o jurídicas derechos de uso de área acuática, previa opinión favorable de la Superintendencia de Bienes Estatales, y en coordinación con los sectores involucrados, a través de autorizaciones temporales hasta por treinta (30) años, plazo que podrá ser renovado; efectuando la desafectación de dichas áreas por razones de interés nacional determinadas por norma específica del sector competente; asimismo, administrar el catastro único de dichas áreas acuáticas, sin perjuicio de las competencias de otros sectores.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

SEGUNDA: Creación de la Oficina de Inspecciones y Auditorías de la Autoridad Marítima Nacional

Créase la Oficina de Inspecciones y Auditorías de la Autoridad Marítima Nacional para que, en calidad de servicios prestados en exclusividad, pueda emitir a pedido de los interesados, reportes de Inspección y Auditoría, así como constancias sobre las inspecciones, auditorías y reconocimientos de los estándares de protección, seguridad, y prevención de la contaminación, respecto de las naves, embarcaciones, artefactos navales e instalaciones acuáticas, así como de las personas naturales y jurídicas que desarrollen actividades vinculadas al medio acuático.

Esta Oficina formará parte de la estructura orgánica de la Autoridad Marítima Nacional y tendrá autonomía técnica en el ejercicio de sus actividades (…).

Todo procedimiento seguido ante la Autoridad Marítima Nacional dará lugar al cobro de las correspondientes tasas, cuyos montos son fijados en el correspondiente Texto Único de Procedimientos Administrativos.

TERCERA: Financiamiento

El presupuesto de la Dirección General de Capitanías y Guardacostas - Autoridad Marítima Nacional, será financiado con cargo al presupuesto institucional del Ministerio de Defensa - Marina de Guerra del Perú, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.

Asimismo, forman parte de dicho financiamiento los Recursos Directamente Recaudados (RDR) por la Autoridad Marítima Nacional, por concepto de las tasas, multas y la retribución por servicios prestados en exclusividad, conforme al presente Decreto Legislativo.

6. También se cuestiona en la demanda el artículo 20 del Decreto Legislativo 1138:

Artículo 20.- Dirección General de Capitanías y Guardacostas

La Dirección General de Capitanías y Guardacostas es el órgano que administra, norma y ejerce control y vigilancia sobre las áreas acuáticas, las actividades que se desarrollan en el ámbito marítimo, fluvial y lacustre, las naves

y artefactos navales; ejerce funciones de policía marítima, fluvial y lacustre, en cumplimiento de las normas nacionales e instrumentos internacionales de los que el Perú es parte, con el fin de velar por la seguridad de la vida humana en el mar, ríos y lagos navegables, la protección del medio ambiente acuático, y reprimir las actividades ilícitas en el ámbito de su jurisdicción.

7. Posteriormente, el colegio demandante solicita que también se declaren inconstitucionales, por conexidad, las siguientes disposiciones:

Artículo 5.- Funciones de la Autoridad Marítima Nacional

8) Disponer la suspensión temporal, en forma total o parcial, de las actividades en el medio acuático por razones de riesgo para la vida humana y el medio ambiente acuático, incluyendo la apertura y cierre de puertos para instalaciones portuarias. Para el caso de las naves mercantes en tráfico comercial que se encuentren en las instalaciones portuarias, esta medida se aplicará en coordinación con la Autoridad Portuaria Nacional.

9) Evaluar y aprobar los estudios de maniobra para las instalaciones en el medio acuático, para velar por la seguridad de la vida humana y la protección del medio ambiente acuático.

10) Aprobar los estudios hidro-oceanográficos de toda actividad, infraestructura e instalación que por su naturaleza se realice en el medio acuático o en accesos a instalaciones en la franja ribereña, con la finalidad de velar por la seguridad de la vida humana y la protección del medio ambiente acuático.

12) Establecer las áreas de fondeo, los canales de acceso, las zonas marinas especialmente sensibles y las áreas de maniobra restringida en el medio acuático.

13) Participar en el proceso de recepción y despacho de naves, así como del zarpe y arribo de embarcaciones, artefactos navales e instalaciones acuáticas propulsadas y remolques en general que ingresen o salgan de los puertos e instalaciones acuáticas, de acuerdo con la normativa nacional e instrumentos internacionales de los que el Perú es parte.

14) Autorizar el zarpe y arribo de naves pesqueras, náutica deportiva, tráfico de bahía, artefactos navales, instalaciones acuáticas propulsadas, aprovisionamiento de instalaciones costa afuera y remolcadores en general.

Artículo 6.- Inspecciones de control

La Autoridad Marítima Nacional está facultada para llevar a cabo inspecciones y reconocimientos, en forma periódica y aleatoria, sobre las naves, artefactos navales, instalaciones acuáticas y embarcaciones en general; las operaciones que éstos realizan y los servicios que prestan o reciben, incluyendo el transporte y manipuleo de mercancías peligrosas, con la finalidad de verificar el cumplimiento de las normas de protección y seguridad de la vida humana en

el ámbito de su competencia. En todos estos casos, se actuará de conformidad con los tratados de los que el Perú es parte y la normativa nacional.

Artículo 7.- Construcción y modificación de naves

La construcción o modificación de naves, artefactos navales e instalaciones acuáticas, destinadas a operar bajo bandera peruana o a ser instaladas dentro del ámbito del presente Decreto Legislativo, sea que se realice en el país o en el extranjero, se encuentra sujeta a la fiscalización técnica de la Autoridad Marítima Nacional, para fines de seguridad de la vida humana en el medio acuático.

Artículo 11.- Arribo y zarpe

Toda nave, embarcación, artefacto naval e instalación acuática propulsada y, remolque en general, debe arribar o zarpar de un puerto, instalación o zona habilitada para tal fin. La Autoridad Marítima Nacional está facultada a inspeccionarlos en el ámbito de su competencia.

PRIMERA: Vigencia de disposiciones

(…) En los proyectos de asociación público privada que a la fecha de entrada en vigencia de la presente norma hayan sido incorporados al proceso de promoción de la inversión privada, seguirán sujetas a las normas y disposiciones vigentes al momento de su incorporación, hasta su adjudicación. Esta disposición es aplicable exclusivamente a los procedimientos a que se refiere la presente norma.

C. DESARROLLO DEL VOTO

En cuanto a la inconstitucionalidad formal

8. El Tribunal Constitucional estableció tres supuestos de infracción constitucional de forma (Exp. 00020-2005-AI/TC y otros, FJ 22):

    a) Cuando se produce el quebrantamiento del procedimiento legislativo previsto en la Constitución para su aprobación (…). Dicho evento tendría lugar, por ejemplo, si, fuera de las excepciones previstas en el Reglamento del Congreso de la República, un proyecto de ley es sancionado sin haber sido aprobado previamente por la respectiva Comisión dictaminadora, tal como lo exige el artículo 105º de la Constitución.

    b) Cuando se ha ocupado de una materia que la Constitución directamente ha reservado a otra específica fuente formal del derecho (…).

    c) Cuando es expedida por un órgano que, constitucionalmente, resulta incompetente para hacerlo (…).

9. En el presente caso se configura el primero de dichos supuestos, pues se ha quebrantado el procedimiento previsto en la Constitución para expedir decretos le-

gislativos. En efecto, el artículo 104 de la Norma Fundamental establece que "El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la *materia específica* y por el *plazo determinado* establecidos en la ley autoritativa".

10. En el impugnado Decreto Legislativo 1147 se menciona que el Congreso de la República por Ley 29915, ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, entre otras materias, sobre la "Reforma del Sistema de Seguridad y Defensa Nacional con el objeto de fortalecer su constitución y funcionamiento, así como sobre la Reforma de la legislación orientada al fortalecimiento institucional del Sector Defensa, de las Fuerzas Armadas, la carrera militar y el servicio militar", "conforme a lo señalado en el numeral 4 del artículo 2 de la citada norma".

11. Tal materia específica delegada no guarda ninguna relación con las materias reguladas en las disposiciones impugnadas del Decreto Legislativo 1147. Así por ejemplo, no guarda relación con las disposiciones en materia comercial, de gestión portuaria, transporte marítimo y servicios portuarios, e incluso promoción de la inversión privada en infraestructura portuaria. Por tanto, es más evidente que tales disposiciones impugnadas son inconstitucionales por la *forma*, pues regulan *materias específicas* que no han sido delegadas.

12. El problema que se aprecia antes es, sin lugar a dudas, un problema histórico en la medida en que no se han implementado mecanismos jurídicos efectivos para controlar la delegación de facultades. El órgano encargado por la Constitución para expedir leyes es, en general, el Poder Legislativo (artículo 102, inciso 1), de modo que si por razones específicas (políticas, técnicas, etc.) delega dicho poder al Poder Ejecutivo, éste tiene la obligación constitucional de limitarse a la materia y plazo delegados.

En cuanto a la inconstitucionalidad material: la finalidad constitucional de las Fuerzas Armadas

13. El demandante Colegio de Abogados del Callao alega que el Decreto Legislativo 1147 excede las facultades otorgadas, pues "no genera el fortalecimiento de las Fuerzas Armadas (…), sino más bien genera la creación de una nueva competencia en materia comercial (…) a favor del Ministerio de Defensa, transfiriéndoles así competencias comerciales en gestión portuaria, transporte marítimo y servicios portuarios, e incluso la promoción de la inversión privada en infraestructura portuaria (…)".

14. Estimo que los impugnados artículos del Decreto Legislativo 1147 son manifiestamente inconstitucionales, pues vulneran el artículo 165 de la Constitución,

que establece que las Fuerzas Armadas "tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República."

15. Si bien el artículo 168 de la Constitución establece que "Las leyes y los reglamentos respectivos determinan la organización, las funciones, las especialidades, la preparación y el empleo; y norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional", dicha disposición debe ser interpretada en conjunto con el mencionado artículo 165 de la Norma Fundamental, de modo tal que no se pueda entender, bajo ningún supuesto, que las Fuerzas Armadas pueden tener leyes que, apartándose del ámbito constitucional, les otorguen cualquier tipo de competencias, incluso las que corresponden al poder civil o a los particulares.

16. Como lo ha sostenido antes el Tribunal Constitucional (Exp. 00012-2006-PI/TC FJ 38.b), "la razón de ser de las fuerzas armadas es fundamentalmente la defensa militar del Estado Constitucional". Tal defensa militar está relacionada con la protección del bien jurídico "seguridad nacional". Se ha sostenido que dicho bien "es amplio y de contornos poco precisos, por lo que en el pasado ha sido irrazonable y desproporcionadamente ampliado hacia ámbitos ajenos a la función constitucional de las fuerzas armadas".[1]

17. La seguridad nacional no debe confundirse con la seguridad ciudadana: "aquélla implica un peligro grave para la integridad territorial, para el Estado de Derecho, para el orden constitucional establecido: es la violencia contra el Estado y afecta los cimientos del sistema democrático (…). Supone, pues, un elemento político o una ideología que se pretende imponer, y sólo puede equipararse a la *seguridad ciudadana* por excepción o emergencia, cuando ésta es perturbada gravemente. La *seguridad ciudadana* normalmente preserva la paz, la tranquilidad y la seguridad de los ciudadanos, sin mediar el factor político y/o el trasfondo ideológico en su vulneración. Quien delinque contra la *seguridad ciudadana*, no se propone derrocar o amenazar al régimen político constitucionalmente establecido, a fin de imponer uno distinto o una distinta ideología" (Exp. 00005-2001-AI/TC FJ 2).

18. Por tanto, la finalidad primordial de las fuerzas armadas, entre ellas la Marina de Guerra, es garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la República, y no adicionar o reemplazar competencias del poder civil (Gobiernos Regionales o Autoridad Portuaria Nacional del Ministerio de Transportes), o incluso de los particulares, tales como aquellas relacionadas como el ámbito comercial de los puertos, otorgar derechos de uso de área acuática, autorizar el

1 SORIA LUJÁN, Daniel. "Comentarios al artículo 165 de la Constitución". En GACETA JURÍDICA. *La Constitución comentada*. Tomo III, 2ª. edición, Lima, 2013, p.534.

zarpe y arribo de naves pesqueras, náutica deportiva, tráfico de bahía, artefactos navales, instalaciones acuáticas propulsadas, aprovisionamiento de instalaciones costa afuera y remolcadores en general, entre otras.

19. Cabe agregar, como datos del derecho comparado sobre la supremacía del poder civil sobre las fuerzas armadas, los siguientes:

En Gran Bretaña:

1) "La subordinación de las Fuerzas Armadas al poder civil es un postulado uniformemente mantenido, al menos desde el siglo XVII. Las Fuerzas Armadas son concebidas como «instrumentos del Gobierno central, equipadas, disciplinadas y conducidas para el ejercicio de la fuerza física en interés del Estado» (…) La primacía del poder civil es tanto un hecho sociológico como constitucional, se afirma tajantemente".[2]

En Estados Unidos:

2) "En la experiencia constitucional norteamericana, el principio de subordinación de las Fuerzas Armadas a las autoridades civiles no parece suscitar problemas de tipo jurídico, existiendo en cambio, fuertes polémicas a propósito de la distribución de competencias militares entre el Congreso y el Presidente".[3]

En Francia:

3) "La doctrina francesa relativa a la posición jurídica de las Fuerzas Armadas, toma como punto de partida la clásica separación del poder civil y del militar, formulada por M. Hauriou, y su corolario, esto es, la subordinación de lo militar a lo civil (…) El principio de separación (…) se traduce, para los agentes de la fuerza pública, en una situación subalterna. Al poder civil pertenece la decisión; a la fuerza armada, la ejecución; «hay preeminencia de la autoridad civil y subordinación de la autoridad militar». Aunque en lo relativo a las estrictas medidas de ejecución de la voluntad civil, Hirt entiende que la autoridad militar es autónoma".[4]

En Italia:

4) En el caso italiano, G. De Vergottini afirma "el principio de la «separación entre el poder (organización) civil y el poder (organización) militar,

2 LÓPEZ RAMÓN. Fernando. *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p.247.

3 *Op.cit.* pp. 248-249.

4 *Op.cit.*pp. 250-251.

> dando el primero *prevalencia* en cuanto poder político» (…) «sólo los órganos constitucionales tienen atribuciones de dirección política, mientras que el aparato de defensa formado por los especialistas de la violencia bélica cae en el campo de la Administración estatal y tiene por tanto sólo facultades ejecutivas»".[5]

20. En ese contexto, conviene traer a colación las expresiones de Cotino Hueso: "La orientación de la fuerza del Estado define al Estado mismo. De poco o nada valdría situarse en un Estado que se diga constitucional si la actuación de la fuerza militar que se legitimase jurídicamente no guardase plena coherencia con los elementos basilares que fundamentan a la organización política misma. La misión esencial de las FAS, claro está, es la defensa última del Estado, pero no de cualquier forma de Estado, sino del Estado Constitucional".[6]

El caso peruano: duplicidad de competencias e inseguridad jurídica. Un problema pasado, presente y, por lo visto, futuro.

21. Es sorprendente apreciar cómo en el caso peruano la duplicidad de competencias entre la Marina de Guerra y la administración civil, con idas y vueltas, en diferentes grados y diferentes competencias, se ha venido manifestando históricamente, desde los inicios de nuestra vida republicana e incluso antes. Es claro que en la actualidad se ha avanzado bastante en la correcta distribución de competencias entre el poder civil y el poder militar, pero, por lo expuesto en el impugnado Decreto Legislativo 1147, aún falta mucho trabajo en tal delimitación de competencias. Veamos algunos antecedentes históricos:

22. Previamente es importante mencionar que el origen de la Dirección General de Capitanías y Guardacostas (DICAPI) de la Marina de Guerra del Perú se remonta a al año 1791, en la época virreinal, cuando se crea, mediante Real Orden, la Capitanía del Puerto del Callao. [7]

23. En cuanto a la duplicidad de autoridades (militar y civil) en la administración de los puertos marítimos y fluviales, el **Decreto Supremo del 17 de enero de 1946**[8] da cuenta de lo siguiente:

---

5 *Op.cit.*pp.261-262.

6 COTINO HUESO, Lorenzo. *El modelo constitucional de las Fuerzas Armadas*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p.107.

7 MARINA DE GUERRA DEL PERÚ. *Compendio de Historia Marítima y Naval del Perú*. Lima, Dirección de Intereses Marítimos e Información, 2010, p.107.

8 FLÓREZ NOBESELL, Miguel. *Historia Marítima del Perú. Serie Monografías. Tomo I. Los Puertos del Perú.* Instituto de Estudios Histórico-Marítimos del Perú, Lima, 1986, p.223.

> El Presidente de la República
>
> Considerando:
>
> Que los puertos marítimos y fluviales del país se encuentran sometidos a la doble jurisdicción administrativa de los Ministerios de Hacienda y Comercio y de Marina, representados en ellos por los Jefes de Puerto y los Capitanes de Puerto respectivamente;
>
> Que esta dualidad de autoridades entorpece el buen servicio portuario y no facilita la unidad de criterio y de decisión que es indispensable para tal resultado;
>
> Que estando comprendidos en el servicio de los puertos altos interventores nacionales cuya vigilancia compete al Ministerio de Marina, es necesario reintegrar nuevamente a su jurisdicción a las autoridades y asuntos portuarios que por su naturaleza no corresponden exclusivamente al de Hacienda;
>
> Con el voto consultativo del Consejo de Ministros;
>
> DECRETA:
>
> 1º. Reintégrese a la exclusiva jurisdicción del Ministerio de Marina, quien la ejercerá por intermedio de la Dirección de Capitanías y por los Capitanes de Puerto, la autoridad y funciones señaladas a los Jefes de Puerto por el Decreto de 31 de Enero y Resolución Suprema de 15 de Febrero de 1941.
>
> 2º. La Comisión Contralora del Trabajo del Callao, pasará a ser dependencia del Ministerio de Marina, en el cual desempeñará las funciones que le están encomendadas.
>
> Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los diecisiete días del mes de Enero de mil novecientos cuarentiseis. J.L. BUSTAMANTE RIVERO C. Montero Bernales. [resaltado agregado]

24. Así también en el "Simposium" auspiciado por el entonces Ministerio de Marina sobre "El uso del mar y su influencia en el desarrollo nacional", realizado del **27 de noviembre al 1 de diciembre de 1978**[9], el vicealmirante Alberto Indacochea Queirolo daba cuenta de lo siguiente:

> Señores, tengo el grato encargo de presentar a Uds. la problemática del Trabajo Marítimo como parte de este Simposium (…)
>
> Se llaman trabajadores marítimos, según el reglamento de Capitanías y de la Marina Mercante Nacional, al personal agremiado que trabaja en la carga y descarga de mercadería en los buques, en los muelles, en astilleros, diques y varaderos (…).

9 INDACOCHEA QUIEROLO, Alberto. "Trabajo Marítimo". En Simposium sobre "El uso del mar y su influencia en el desarrollo nacional (27 de noviembre-1º de diciembre de 1978), Lima, Instituto de Estudios Histórico-Marítimos del Perú", 1980, pp.293-317.

RESEÑA HISTÓRICA

Es útil y necesario volver la cara atrás, por algunos minutos, para ver cómo era el trabajo marítimo en tiempos pasados y cómo ha evolucionado hasta nuestros días.

Haremos sólo una reseña en base a la bibliografía disponible y sin pretensiones de ninguna clase por razones obvias.

He encontrado datos de comienzos de la República y posteriores, sobre la organización del Trabajo Marítimo, y por las características que tenía, podemos presumir con bastante certeza que era si no igual, muy parecido al Sistema Colonial.

El Trabajo Marítimo, se regía por el *"Código de la Marina Mercante y Reglamento de Capitanías"* y por el *"Código de la Marina Militar"* (…)

Los trabajadores marítimos de la época constituían "Las Milicias Navales de la República" (…)

Este ordenamiento del Trabajo Marítimo se mantiene casi sin variaciones hasta casi ayer, 1919: en que por Ley 1569 se establece el Servicio Militar Obligatorio, quedando abolidas las Milicias Navales (…)

COMISIÓN CONTROLADORA DEL TRABAJO MARÍTIMO

ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES

La Comisión Controladora del Trabajo Marítimo fue creada por Decreto Supremo del 8 de marzo de 1935 (…) en vista del incremento de las actividades portuarias entre ellas la labor de carga y descarga de mercaderías a bordo de naves.

Se constituyó por Delegados de los Ministerio de Marina, Hacienda y Trabajo, de los usuarios y trabajadores marítimos del puerto, bajo la presidencia de un jefe de la Marina de Guerra (…)

Posteriormente y por Decreto Supremo del 17 de enero de 1946 se dispuso se reitegrase a la exclusiva jurisdicción del Ministerio de Marina, la autoridad y funciones señaladas a los jefes de puerto (…) pasando también la Comisión Controladora del Trabajo Marítimo a ser dependencia directa del Ministerio de Marina (…)

Actualmente se encuentra constituido por los siguientes Miembros:

- Un Delegado del Ministerio de Marina (Presidente);
- Un Delegado del Ministerio de Transportes y Comunicaciones;
- Un Delegado del Ministerio de Trabajo;
- Un Delegado de la Dirección General de Capitanías y Guardacostas;
- Un Delegado de la Empresa Nacional de Puertos;
- Un Delegado de la Cámara de Comercio del Callao;
- Un Delegado de la Asociación de Armadores del Perú;

- Un Delegado de la Asociación Marítima del Perú;
- Un Delegado del Sindicato de Estibadores del Callao; y,
- Un Delegado de la Sociedad de Empleados Tarjadores del Callao. [resaltado agregado]

25. Lo antes expuesto evidencia que: **i)** durante mucho tiempo la Marina de Guerra del Perú ha ejercido, en ciertos periodos considerables de tiempo, diferentes competencias en las que presidía la organización del trabajo marítimo que se desarrollaba en los puertos, teniendo bajo su esfera de competencia a los trabajadores civiles U organizaciones públicas o privadas; **ii)** ha existido duplicidad de competencias entre la administración civil y la administración militar de la Marina de Guerra, en cuanto al control de determinadas actividades en los puertos; y **iii)** los trabajadores marítimos civiles se regían por el Código de la Marina Militar, el Código de la Marina Mercante y el Reglamento de Capitanías.

26. Obviamente hoy ya no existe la aludida Comisión Contralora del Trabajo Marítimo, ni el Código de Marina Militar, entre otros. Pero, conforme al desarrollo histórico expuesto, se entiende mejor por qué en el ordenamiento jurídico peruano aún existen algunas competencias que, debiendo ser de la administración civil, terminan siendo de la Marina de Guerra, tal como lo demuestra el impugnado Decreto Legislativo 1147.

27. Precisamente, veamos ahora cómo determinados artículos del Decreto Legislativo 1147 no sólo afectan las disposiciones constitucionales antes mencionadas, sino que también invaden competencias de la Autoridad Portuaria Nacional – Ministerio de Transportes, lo que viola, además, el principio de seguridad jurídica:

PODER MILITAR **AUTORIDAD MARÍTIMA NACIONAL – DICAPI**	**PODER CIVIL** **AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL-MINISTERIO DE TRANSPORTES**
Dec. Leg. 1147 5.5) Planear, normar, coordinar, dirigir y controlar dentro del ámbito de su competencia, las actividades que se desarrollan en el medio acuático, sin perjuicio de las atribuciones de otros sectores competentes.	Ley 27943 24 k) Normar en lo técnico, operativo y administrativo el acceso a la infraestructura portuaria así como el ingreso, permanencia y salida de las naves y de la carga en los puertos sujetos al ámbito de sus competencia; los permisos para la navegación comercial de buques; y en lo pertinente la apertura y cierre de los puertos, remolcaje, recepción y despacho, seguridad del puerto y de las naves, así como cualquier otra actividad existente o por crearse.

Dec. Leg. 1147 5.10) Aprobar los estudios hidro-oceano gráficos de toda actividad, infraestructura e instalación que por su naturaleza se realice en el medio acuático o en accesos a instalaciones en la franja ribereña, con la finalidad de velar por la seguridad de la vida humana y la protección del medio ambiente acuático.	Ley 27943 24 c) Aprobar y supervisar los expediente técnicos de las obras de infraestructura portuaria y las especificaciones técnicas de las maquinarias y equipos, que deben incluir medidas efectivas para la protección del medio ambiente y de la comunidad donde se desarrollen.
Dec. Leg. 1147 5.11) Otorgar a las personas naturales o jurídicas derechos de uso de área acuática, previa opinión favorable de la Superintendencia de Bienes Estatales, y en coordinación con los sectores involucrados, a través de autorizaciones temporales hasta por treinta (30) años, plazo que podrá ser renovado.	Ley 27943 8.1 Las autorizaciones de uso de área acuática y franja ribereña son de dos clases: temporales y definitivas ( ) El Ministerio de Transportes y Comunicaciones otorgará la autorización temporal o definitiva siempre que el proyecto se encuentre conforme con las políticas, lineamientos y con lo señalado en el Plan Nacional de Desarrollo Portuario. La autorización definitiva será por un período no mayor de 30 años.
Dec. Leg. 1147 5.14) Autorizar el zarpe y arribo de naves pesqueras, náutica deportiva, tráfico de bahía, artefactos navales, instalaciones acuáticas propulsadas, aprovisionamiento de instalaciones costa afuera y remolcadores en general. 11) Toda nave, embarcación, artefacto naval e instalación acuática propulsada y remolque en general debe arribar o zarpar de un puerto, instalación o zona habilitada para tal fin. La Autoridad Marítima Nacional está facultada a inspeccionarlos en el ámbito de su competencia.	Ley 27943 15.1 El ingreso y salida de naves y el embarque y descarga de mercancías al Puerto, así como su recepción, permanencia y tratamiento en el Puerto y/ o recinto portuario, es de responsabilidad exclusiva de la Autoridad Portuario Nacional y de las Autoridades Portuarias Regionales, según lo establecido en la presente Ley ( )
Dec. Leg. 1147 Tercera Disposición Complementaria Final: Financiamiento El presupuesto de la Dirección General de Capitanías y Guardacostas- Autoridad Marítima Nacional, será financiado con cargo al presupuesto institucional del Ministerio de Defensa- Marina de Guerra del Perú, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público. Asimismo, forman parte de dicho financiamiento los Recursos Directamente Recaudados (RDR) por la Autoridad Marítima Nacional, por concepto de las tasas, multas y la retribución por servicios prestados en exclusividad, conforme al presente Decreto Legislativo.	Ley 27943 26 d) Constituyen recursos de la Autoridad Portuaria Nacional Las tasas e ingresos que le corresponden.

28. Los mencionados artículos del Decreto Legislativo 1147 invaden competencias del poder civil (Autoridad Portuaria Nacional del Ministerio de Transportes) y generan duplicidad de competencias (inseguridad jurídica).

29. Lo mismo sucede respecto de algunas competencias de los Gobiernos regionales:

PODER MILITAR **AUTORIDAD MARÍTIMA NACIONAL – DICAPI**	**PODER CIVIL** **GOBIERNOS REGIONALES**
Dec. Leg. 1147 5.11) Otorgar a las personas naturales o jurídicas derechos de uso de área acuática, previa opinión favorable de la Superintendencia de Bienes Estatales, y en coordinación con los sectores involucrados, a través de autorizaciones temporales hasta por treinta (30) años, plazo que podrá ser renovado.	Ley 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales 56.d. Otorgar las autorizaciones portuarias, licencias y permisos para la prestación de los servicios portuarios marítimos, fluviales y lacustres de alcance regional, a través del organismo pertinente, de acuerdo a los dispositivos legales sobre la materia.

30. Nuevamente, repito, lo militar en el Perú está circunscrito a "garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República", y a actuar en situaciones de emergencia, pero de ninguna forma a que realicen actividades comerciales o administrativas del poder civil. ¿Habremos examinado de modo suficiente cuál es el modelo constitucional de las Fuerzas Armadas en el Perú? Tengo la impresión de que no. ¿Será constitucional que la Marina de "Guerra" realice funciones de policía marítima, fluvial y lacustre tal como lo prevé el artículo 20 del Decreto Legislativo 1138, Ley de la Marina de Guerra del Perú? Estoy convencida de que no es constitucional.

Sobre la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional: omisiones y uso defectuoso de las sentencias interpretativas

31. En la demanda expresamente se solicita, como pretensión accesoria y por conexidad, declarar inconstitucional el artículo 20 del Decreto Legislativo 1138, Ley de la Marina de Guerra del Perú. Sin embargo, en la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional no se analiza la constitucionalidad de dicho artículo, sino por el contrario, se utiliza dicho artículo como fundamento para constitucionalizar otros artículos impugnados (ver fundamentos 9, 34, 36 y 81). Es incomprensible dicha omisión. Al respecto, considero que dicho artículo 20 también es inconstitucional en los extremos que se encarga a la DICAPI competencias para "administrar" o "normar", o cuando se establece que puede ejercer competencias de la Policía Nacional.

32. Asimismo, si en la sentencia del TC (fundamento 52) se asume que sólo por Ley del Parlamento –y no por Decreto Legislativo– el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, entonces por qué se "interpreta" el presente Decreto Legislativo 1147**.** Ese solo hecho debería generar que éste sea declarado inconstitucional.

33. Por otra parte, el fundamento 26 desnaturaliza la finalidad de una sentencia interpretativa. Si fuese una sentencia "aditiva", se partiría de identificar una "omisión" y, por ello, el TC debería "adicionar" algo que interpretativamente debía estar en el texto. Por el contrario, este fundamento 26 une dos disposiciones incompatibles (artículo 5.11 del Decreto Legislativo 1147 y artículo 56.d de la Ley 27867, de Gobiernos regionales) y crea el siguiente texto: "(…) que Dicapi, en ningún caso, podrá otorgar autorizaciones a los particulares para la prestación de los servicios en puertos marítimos, fluviales o lacustres bajo administración regional", lo que no constituye una interpretación aditiva que debía estar en el texto, sino que es parte de otra norma que precisamente está vulnerando (art.56 Ley Orgánica Gobiernos Regionales: (…) d) Otorgar las autorizaciones portuarias, licencias y permisos para la prestación de los servicios portuarios marítimos, fluviales y lacustres de alcance regional (…)". Es necesario destacar que aquí el artículo 5.11 del Decreto Legislativo 1147 invade, incontrovertiblemente, competencias del Gobierno nacional (artículo 8.1 de la Ley 27943 del Sistema Portuario Nacional) y de Gobiernos regionales (artículo 56.d de la Ley 27867, de Gobiernos Regionales).

34. Pero incluso para guardar coherencia en el aludido fundamento 26, en la lógica de la mayoría del TC, debería agregarse en su "interpretación" que la DICAPI tampoco podrá otorgar autorizaciones a los particulares para la prestación de servicios en puertos marítimos, fluviales o lacustres bajo administración "nacional" (Ministerio de Transportes), tal como se establece en el artículo 8.1 de la Ley 27943 del Sistema Portuario Nacional). Pero no se hizo. Quizás la explicación se encuentre en el argumento expresado en el fundamento 35 que a continuación menciono.

35. En el fundamento 35 se sostiene que DICAPI "es el organismo encargado de velar por la juridicidad en los espacios acuáticos (…)". No comparto dicha afirmación. No es exacta. Si la juridicidad alude, en general, al imperio del Derecho por encima de la fuerza, entonces, quienes velan por la juridicidad en todo tipo de espacios somos todos, tanto el Estado en su conjunto como los ciudadanos, y de ninguna forma, en exclusividad, la Marina de Guerra. Velar por la juridicidad en espacios acuáticos requiere de leyes, sentencias, decisiones administrativas del poder civil, y no sólo de decisiones de la Marina de Guerra.

36. Igualmente, el fundamento 43 desnaturaliza la finalidad de una sentencia interpretativa. Este fundamento 43 establece que el artículo 5 del Decreto Legislativo 1147 debe interpretarse de la siguiente forma: "(…) que, *al otorgar derechos de uso de área acuática a particulares, Dicapi evaluará exclusivamente aspectos relativos a la seguridad de la vida humana en el mar, ríos y lagos navegables, la protección del medio ambiente acuático y la represión a actividades ilícitas en el ámbito de su jurisdicción*".

37. Sobre el particular, nos preguntamos: ¿por qué la Marina de Guerra debe otorgar derechos de uso?, ¿lo hace la Fuerza Aérea o el Ejército? Si es así, entonces ¿para qué está el poder civil (Ministerio de Transportes – Autoridad Portuaria Nacional)? Una posible respuesta sería que el poder civil no tiene suficiente personal, barcos o infraestructura, como sí lo tiene la Marina de Guerra para realizar muchas de las funciones reguladas en el Decreto Legislativo 1147. Si es así, lo que el Tribunal Constitucional debe hacer es fortalecer al poder civil, controlando las políticas públicas respectivas y ordenando que se adopten las medidas necesarias para que el poder civil cuente con suficiente personal, barcos o infraestructura que le permita cumplir su función.

38. El caso DICAPI refleja un problema estructural e histórico. La Marina de Guerra, debido a su infraestructura (barcos, personal, infraestructura, etc.), se ha encargado de muchas actividades que les corresponden al poder civil y la policía marítima. Lo ha hecho desde antes de iniciarse la época republicana y lo va a seguir haciendo, aunque ciertamente con menor intensidad que aquella primera etapa. Como ya lo he sostenido antes, se ha avanzado, pero aún falta trabajar en dicha correcta delimitación de competencias civiles y militares. Sin lugar a dudas este problema configura una situación de hecho inconstitucional.

39. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia del Expediente 00003-2013-PI/TC y otros, ha identificado situaciones de hecho inconstitucionales cuando, por ejemplo, el Congreso de la República ha establecido de modo permanente una limitación a un derecho fundamental. En el presente caso, la situación de hecho inconstitucional se manifiesta en la medida en que de modo permanente, ya sea el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo, han omitido permanentemente su obligación constitucional de separar correctamente las competencias civiles y militares en el ámbito marítimo y de puertos, permitiendo que la Marina de Guerra ejerza competencias que les corresponden al poder civil (Ministerio de Transportes y Gobiernos regionales) y la Policía Nacional.

40. Llama la atención que en el fundamento 82 de la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional se sostenga que "La duplicidad de funciones entre entidades

del Poder Ejecutivo debe evitarse y, dentro de lo posible, resolverse en las vías que corresponda", citando la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. Pero, si precisamente una de las vías que corresponde es el proceso de inconstitucionalidad. ¿Cómo el Tribunal Constitucional puede invocar que se utilice otra vía para cuestionar un Decreto Legislativo y no controlarlo el mismo? El Poder Ejecutivo del 2012, interna y externamente, ya optó por la Marina de Guerra. Y lo hizo en contra del artículo 165 de la Constitución.

41. Peor aún, en el fundamento 85, increíblemente, se sostiene que "Por tanto, como regla general, no le corresponde pronunciarse [al Tribunal Constitucional] sobre los conflictos competenciales que se produzcan al interior de los Poderes del Estado (…)". Pero si en este caso el vicio se encuentra contenido en una norma con rango de ley, como lo es el Decreto Legislativo 1147, ¿cómo va a poder solucionarlo internamente el Poder Ejecutivo?, ¿con un decreto supremo o resolución administrativa que vaya en contra del Decreto Legislativo 1147? Creo que jurídicamente eso no es posible.

42. En tal sentido, estimo que los artículos 1, 2.1, 2.4, 5.5, 5.6, 5.11, la Segunda y la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1147, que regula las funciones de la Dirección General de Capitanías y Guardacostas (DICAPI) de la Marina de Guerra del Perú, así como el artículo 20 del Decreto Legislativo 1138, Ley de la Marina de Guerra del Perú, vulneran los principios constitucionales de Estado democrático de derecho (artículos 43), subsidiariedad del Estado en materia empresarial (artículo 60), libre competencia (artículo 61), legalidad tributaria (artículo 74), organización presupuestaria del Estado (artículos 77 y 78), límites al Poder Ejecutivo en la delegación de facultades (artículo 104), exigencias para expedir leyes orgánicas (artículo 106), finalidad constitucional de las Fuerzas Armadas (artículo 165), dedicación exclusiva e institucional de los fondos para satisfacer el requerimiento logístico de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional (artículo 170) y autonomía de los Gobiernos regionales (artículo 191).

43. Asimismo, por conexidad, también debe declararse inconstitucionales los artículos 5.8, 5.9, 5.10, 5.12, 5.13, 5.14, 6, 7, 11 y la Primera Disposición Complementaria Transitoria del mencionado Decreto Legislativo 1147.

44. Por tanto, bajo la premisa que en un verdadero Estado Constitucional se divide plenamente el poder civil del poder militar y ambos se someten al imperio de las leyes y la Constitución. Bajo ese enunciado, afirmo de manera categórica que la Marina de Guerra no debe ejercer competencias del Ministerio de Transportes,

de los Gobiernos Regionales, de la policía marítima o incluso de las empresas privadas.

45. Por las razones expuesto mi voto es porque la demanda deba ser declarada **FUNDADA** en todos sus extremos y que además se visibilice esta situación anómala descrita, a través de una declaración de **SITUACIÓN DE HECHO INCONSTITUCIONAL**, con el fin que el Estado Peruano, mediante el Poder Legislativo y Poder Ejecutivo, revisen la normativa que regula las competencias no militares de la Marina de Guerra y sobre todo que se fortalezca las competencias del poder civil (Ministerio de Transportes y Gobiernos regionales) y la Policía Marítima.

S.
LEDESMA NARVÁEZ

EXPEDIENTE 0001-2014-PI/TC
COLEGIO DE ABOGADOS DEL CALLAO
AUTO 1 - ADMISIBILIDAD

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 21 de enero de 2014

VISTA

La demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Callao, debidamente representado por su decano, contra los artículos L 2.1, 2.4, 5.5, 5.6 y y la Segunda y Tercera Disposiciones Complementarias y Finales del Decreto Legislativo 1147. publicado con fecha II de diciembre de 2012 en el diario oficial *El Peruano, y* contra el artículo 20 del Decreto Legislativo 1138, publicado con fecha 10 de diciembre de 20 12 en el diario oficial *El Peruano*; y,

ATENDIENDO A

Que la calificación de la demanda de autos, interpuesta con fecha 12 de diciembre de 2013, que realice este Colegiado debe basarse en los criterios de procedibilidad y admisibilidad establecidos en la Constitución y en el Código Procesal Constitucional.

Análisis de procedibilídad

Sobre el rango de ley de la norma impugnada

2. Que el accionante interpone demanda de inconstitucionalidad contra el referido Decreto Legislativo 1147, que regula el fortalecimiento de las Fuerzas Armadas en las Competencias de la Autoridad Marítima Nacional, así como contra el mencionado Decreto Legislativo 1 138. que regula la actualización del marco legal y organizacional de la Marina de Guerra del Perú.

3. Que, conforme al artículo 200.4 de la Constitución concordancia con el artículo 77 del Código Procesal Constitucional, la demanda de inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen rango de lev, entre las cuales precisamente se encuentran las normas cuestionadas.

Sobre el legitimado activo

4. Que, de acuerdo con los artículos 99 y 102.3 del Código Procesal Constitucional, en concordancia con el artículo 203.7 de la Constitución, están facultados para interponer demanda de inconstitucionalidad los colegios profesionales en materia de su especialídad.

5. Que. en ese sentido, hay mérito para concluir que queda acreditada la legitimidad va de la parte demandante puesto que, tal como ha interpretado este Colegiado en el fundamento 6 de la RTC 0007-2012-PI/TC y en el fundamento 4 de la RTC 0015- 12-P1/TC, así como en otras oportunidades, los colegios de abogados estarían .cuitados para interponer demandas de inconstitucionalidad contra cualquier norma -on rango de ley en tanto la determinación de la materia de su especialidad no se identifica a partir del ámbito material regulado por la norma cuestionada sino de la norma constitucional cuya materia objetiva.

Sobre la pretensión

6. Que, de la lectura de la demanda, fluye que la pretensión del colegio profesional accionante consiste en que se derogue y se deje sin efecto los artículos 1, 2.1, 2.4, 5.5. *6* y 11 y la Segunda y Tercera Disposiciones Complementarias y Finales del Decreto Legislativo 1147, y el artículo 20 del Decreto Legislativo 1138.

7. Que, conforme al artículo 204 de la Constitución, concordante con los fundamento 7 y 8 de la STC 0032-2010-P1/TC, las demandas de inconstitucionalidad están dirigidas a que se expulsen del ordenamiento jurídico las normas objeto de análisis o bien a que estas se interpreten conforme a la Constitución siendo, por el contrario, el Congreso de la República el único facultado para disponer la derogación de una norma.

8. Que, por lo tanto, aun cuando la parte demandante/solicite la derogación de los dispositivos impugnados, este Tribunal entiende que lo solicitado es su expulsión del ordenamiento jurídico.

Sobre la sustracción de la materia

9. Que, como no se ha desestimado con anterioridad una demanda de inconstitucionalidad sustancialmente igual en cuanto al fondo y los decretos legislativos impugnados no se encuentran derogados, no se ha incurrido en la causal de sustracción de la materia,

Sobre la prescripción

10. Que la demanda ha sido interpuesta dentro del plazo previsto por el artículo 100 del Código Procesal Constitucional toda vez que los decretos legislativos impug-

nados fueron publicados en el diario oficial *El Peruano* el 10 y el 11 de diciembre de 2012.

Análisis de admisibilidad

Sobre el examen de la representación procesal de los legitimados activos

11. Que. según el artículo 99 del Código Procesal Constitucional, los colegios profesionales que interpongan una demanda de inconstitucionalidad deberán necesariamente contar con aprobación previa de su junta directiva y conferir representación procesal a su decano.

12. Que, a través del acuerdo 043-2013/CAC, cuya copia se anexa a la demanda, la junta directiva del colegio profesional accionante autorizó la interposición de la presente demanda y confirió la representación respectiva a su decano, dando cumplimiento al requisito de admisibilidad mencionado *supra.*

Sobre el abogado patrocinante

13. Que, tal como consta en su demanda, la parte demandante cuenta con el patrocinio de tres letrados, cumpliendo con la exigencia contenida en ese extremo por el referido artículo 99 del Código Procesal Constitucional.

14. Que, sin embargo, no se ha adjuntado copia simple del documento nacional de identidad de ninguno de ellos, tal como ha quedado establecido en la sesión de pleno del Tribunal Constitucional de fechad de abril de 2013.

15. Que, a partir de lo actuado, fluye claramente que los accionantes buscan que se deje sin efecto los artículos 1, 2.1, 2.4, 5.5, 5.6 y [1 y la Segunda y Tercera Disposiciones Complementarias y Finales del Decreto Legislativo 1147, y el artículo 20 del Decreto Legislativo 1138, cumpliéndose con el requisito de admisibilidad contenido en el artículo 101.2 del Código Procesal Constitucional, que exige determinar con precisión las disposiciones normativas objeto de una demanda de inconstitucionalidad.

16. Que asimismo, los demandantes han precisado el día. mes y año en que se publicaron las normas impugnadas, adjuntando además copia simple de las mismas, de acuerdo al requisito de admisibilidad exigido en el artículo i 01.6 del Código Procesal Constitucional.

Sobre la determinación de los argumentos esgrimidos

17. Que, en el caso de autos, consta que los demandantes han expuesto sus argumentos ajustándose a los parámetros establecidos por el Tribunal Constitucional en el fundamento 5 de la RTC 0029-2010-P1/TC y en el fundamento 4 de la RTC 0017- 2012-Pi/TC, así como en otros pronunciamientos, por lo cual debe darse

por cumplida a exigencia contenida en el artículo 101.3 del Código Procesal Constitucional.

Requerimiento de subsanación de errores

18. Que a tenor del artículo 103 del Código Procesal Constitucional, este Tribunal debe declarar la inadmisibilidad de la demanda planteada si ésta no cumple con los requisitos normativamente establecidos o si no se adjuntan los anexos correspondientes.

19. Que, por consiguiente, se concede al accionante un plazo de cinco días hábiles desde su notificación, a efectos de que subsane las omisiones observadas en la presente resolución, por lo que le corresponde adjuntar copia simple del documento nacional de identidad de los abogados patrocinantes.

20. Que, en caso de no realizar tales subsanaciones, se declarará la improcedencia de la demanda.

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

RESUELVE, con el fundamento de voto del magistrado Calle Hayen, que se agrega,

Declarar INADMISIBLE la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Callao, debidamente representado por don Nivardo Francisco Cano Rivera, contra los artículos I, 2.1, 2.4, 5.5, 5.6 y 11 y la Segunda y Tercera Disposiciones Complementarias y Finales del Decreto Legislativo 1147, y el artículo 20 del Decreto Legislativo 1138, concediéndose el plazo de cinco días hábiles, desde su notificación, a efectos de que se subsanen las omisiones descritas en el fundamento 19 de la presente resolución, bajo apercibimiento de declararse improcedente la demanda.

Publíquese y notifíquese.

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

Lo que certifico:
Oscar Díaz Muñoz
Secretario Relator
Tribunal Constitucional

EXP. N° 0001-2014-AI/TC CALLAO
COLEGIO DE ABOGADOS DEL CALLAO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN

No obstante haber mantenido una posición discrepante respecto a la admisibilidad de las demandas de Inconstitucionalidad interpuestas por los colegios profesionales sin competencia nacional, debido a que la posición contraria obtuvo mayoría y a fin de no restar legitimidad a la decisión, he venido pronunciándose sobre el fondo, razones por las cuales sin que se trate de un voto singular dejo sentada mi posición en los siguientes términos.

1. Respecto a la admisibilidad de las demandas de inconstitucionalidad; en efecto el articulo 203° inciso 7) de la Constitución le otorga legitimidad para obrar activa a los Colegios Profesionales para interponer demandas de inconstitucionalidad en materias de su especialidad, entendiéndose que dicha legitimidad se le otorga como gremio, pues los colegios departamentales y sus sedes, al contar con una representación a través de su Junta de Decanos, es esta la que los representa a nivel nacional.

2. Si nos remitimos al texto de la norma, podemos advertir que cuando la norma hace referencia a los colegios profesionales, no se está refiriendo de manera exclusiva a los colegios de Abogados de las diferentes jurisdicciones de país, sino a los diferentes colegios profesionales llámese: Colegio Médico del Perú, Colegio de Enfermeros, Colegio de Ingenieros, etc.; y ello radica en que, debido a la particularidad, singularidad y especialidad de los conocimientos científicos y técnicos que caracterizan a las diferentes profesiones, puedan apreciar si una determinada ley o disposición con rango de ley que regula una materia que se encuentra directamente relacionada con los conocimientos de la profesión que ostentan, vulnera disposiciones de la Norma fundamental.

3. Sin embargo, considero que de permitirse la interposición de una demanda de parte de un colegio profesional descentralizado respectos a normas de carácter general, nos vamos a encontrar con duplicidad de demandas que persiguen el mismo objetivo, razón por la cual he venido sosteniendo que de considerar per-

tinente la interposición de una demanda de Inconstitucionalidad, esta deberá ser canalizada a través de su representación nacional, con los requisitos que exige el artículo 99° del Código Procesal Constitucional, esto es de su Junta de Decanos o el Colegio con rango nacional; máxime si ya contamos con una disposición legal plasmada en el artículo I° del Decreto Ley 25891 que estableció que a partir de la vigencia del referido Decreto Legislativo, los colegios profesionales que no sean de ámbito nacional tendrán una junta de decanos, por lo que serían estos los llamados en representar al Colegio Profesional. También consideré que si la materia de la norma impugnada resulta ser solo de alcance regional o local, con carácter de excepcionalidad sería el colegio profesional cercano o adscrito a dicho ámbito, el legitimado para interponer la demanda de inconstitucionalidad; de ahí que el artículo 81° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial modificado por la Ley 27467, se permite la representación de los Abogados ante el Consejo ejecutivo del Poder Judicial de un miembro elegido por la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú.

Sr.
CALLE HA YEN

Lo que certifico:
Oscar Díaz Muñoz
Secretario Relator
Tribunal Constitucional

EXPEDIENTE 0001-2014-P1/TC
COLEGIO DE ABOGADOS DEL CALLAO
AUTO 1- ADMISIBILIDAD

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 21 enero de 2014

V1STA

El escrito de subsanación de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Callao contra varias disposiciones de los Decretos Legislativos 1138 y 1147, publicados el 10 y 11 de diciembre de 2012, respectivamente, en el diario oficial *El Peruano:* y,

ATENDIENDO A

1. Que, mediante resolución de fecha 21 de enero de 2014, notificada el 28 de abril de 2014, se declaró inadmisible la demanda.

2. Que, mediante escrito de fecha 23 de abril de 2014, la parte accionante subsana las omisiones advertidas; por lo tanto, habiéndose cumplido con los requisitos exigidos por los artículos 99 y siguientes del Código Procesal Constitucional, debe admitirse a trámite la demanda y ordenarse el emplazamiento respectivo.

3. Que siendo así, corresponde correr traslado de la demanda al Poder Ejecutivo conforme a lo establecido en el artículo 107.2 del Código Procesal Constitucional para que se apersone al proceso y formule sus alegatos dentro de los 30 días hábiles siguientes a la notificación del presente auto.

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

RESUELVE

ADMITIR a trámite la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Callao contra el artículo 20 del Decreto Legislativo 1138 y los artículos 1, 2.1, 2.4. 5.5. 5.6 y 5.1 1, y la Segunda y Tercera Disposiciones Comple-

mentarias y Finales del Decreto Legislativo 1147, corriendo traslado de la demanda al Poder Ejecutivo, conforme a lo dispuesto en el artículo 107.2 del Código Procesal Constitucional, para que se apersone al proceso y conteste la demanda dentro de los 30 días hábiles siguientes a la notificación del presente auto.

Publíquese y notifíquese.

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

Lo que certifico:
Oscar Díaz Muñoz
Secretario Relator
Tribunal Constitucional

EXP. N.° 00001-2014-PI/TC
CALLAO
COLEGIO DE ABOGADOS DEL CALLAO
AUTO 3 - EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD
PARA OBRAR DEL DEMANDANTE

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 27 de octubre de 2015

VISTO

El escrito de fecha 18 de marzo del 2015, entendido como recurso de reposición que contiene la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante, interpuesto por el Procurador Público Adjunto del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; y,

ATENDIENDO A QUE

1. Mediante el escrito de autos, el Procurador Público afirma que la materia objeto de regulación por las disposiciones impugnadas "no guarda vinculación alguna con la especialidad propia del ejercicio profesional de los abogados", razón por la cual considera que el Colegio de Abogados del Callao no se encuentra legitimado para interponer la presente demanda de inconstitucionalidad. Asimismo, sostiene que dado el carácter nacional de las disposiciones impugnadas, estas deben ser cuestionadas por un ente de alcance nacional y no por uno de alcance regional.

2. En reiterada jurisprudencia este Tribunal Constitucional ha admitido la posibilidad de interponer determinadas excepciones en el marco de un proceso de inconstitucionalidad, aun cuando ello no se encuentra expresamente regulado en el Código Procesal Constitucional. No obstante, cabe precisar que el uso y la aplicación de las categorías del derecho procesal que regulan la relación jurídica de las partes resultarán admisibles siempre que contribuyan al mejor desarrollo del proceso abstracto de inconstitucionalidad y no contradigan sus fines (artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

3. Ahora bien, en cuanto a la oportunidad para la interposición de una excepción procesal, este Tribunal Constitucional tiene establecido que, en la medida en que las excepciones tienen por objeto cuestionar la validez de la relación jurídica procesal,

estas solo pueden ser formuladas a través del recurso de reposición una vez que la parte interesada sea notificada con el auto de calificación de la demanda. El plazo para interponerlas, según lo establecido en el artículo 121 del Código Procesal Constitucional, es de tres días hábiles contados desde la notificación de dicha resolución.

4. En el caso de autos, se advierte que el Procurador Público Especializado en Materia Constitucional fue notificado con el auto admisorio de la demanda el 4 de febrero de 2015, fecha a partir de la cual debe computarse el referido plazo. Así, dado que el escrito —entendido como recurso de reposición que contiene la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante— fue presentado el 18 de marzo de 2015, se concluye que esta deviene en improcedente, por haber sido interpuesta fuera del plazo establecido.

5. No obstante lo anterior, este Tribunal Constitucional ha establecido jurisprudencialmente que, en el caso particular de los colegios de abogados, la legitimidad para interponer la demanda de inconstitucionalidad contra leyes y normas con rango de ley es amplia; y ello es así por cuanto estos colegios profesionales tienen la misión institucional de velar por la vigencia del Estado constitucional de derecho, el cual tiene como uno de sus aspectos fundamentales el respeto de la primacía normativa de la Constitución.

6. Por lo expuesto, este Tribunal Constitucional considera que el Colegio de Abogados del Callao se encuentra legitimado para interponer la presente demanda de inconstitucionalidad, por lo que la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante deducida en su contra deviene en improcedente.

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

RESUELVE, dejando constancia que el magistrado Blume Fortini votará en fecha posterior por encontrarse con licencia,

Declarar **IMPROCEDENTE** el recurso de reposición que contiene la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante.

Publíquese y notifíquese.

SS.
URVIOLA HANI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ

EXP. N.° 00001-2014-PI/TC
CALLAO
COLEGIO DE ABOGADOS DEL CALLAO
AUTO 3 - EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD
PARA OBRAR DEL DEMANDANTE

VOTO DEL MAGISTRADO BLUME FORTINI

En la fecha, 12 de noviembre de 2015, emito el presente voto, adhiriéndome al auto aprobado del 27 de octubre de 2015, por las razones expuestas en el mismo.

Sr.
BLUME FORTINI

EXP. N.° 00001-2014-PI/TC
CALLAO
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DEL CALLAO
AUTO 6 – DESISTIMIENTO

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 1 de agosto de 2016

VISTO

El escrito, de 15 de mayo de 2017, a través del cual el Ilustre Colegio de Abogados del Callao se desiste de su solicitud de aclaración de sentencia presentada el 24 de abril de 2017; y,

ATENDIENDO A QUE

1. Mediante escrito presentado el 15 de mayo de 2017, el Ilustre Colegio de Abogados del Callao solicita, a través de su abogado patrocinante don Aníbal Quiroga León, que se le tenga por desistido de su solicitud de aclaración de sentencia de 24 de abril de 2017.

2. De acuerdo a los artículos 340 y 343 del Texto Único Ordenado (TUO) del Código Procesal Civil, aprobado mediante Resolución Ministerial 010-93-JUS, aplicable supletoriamente conforme al artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, procede el desistimiento de los actos procesales entre los cuáles se encuentra la solicitud de aclaración de autos.

3. Asimismo, conforme al artículo 37 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, el desistimiento "debe ser presentado por escrito con firma legalizada ante el Secretario Relator del Tribunal Constitucional, Notario o, de ser el caso, el Director del Penal en el que se encuentre recluido el solicitante".

4. En el presente caso, está acreditado el cumplimiento de dicho requisito pues la parte demandante ha cumplido con legalizar su firma ante la Secretaria Relatora de este Tribunal Constitucional como consta a fojas 429.

5. En consecuencia, corresponde acceder a lo solicitado y tener por desistido al Ilustre Colegio de Abogados del Callao de la solicitud de aclaración de sentencia de autos.

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

RESUELVE

Tener por desistido al Ilustre Colegio de Abogados del Callao de su solicitud de aclaración presentada el 24 de abril de 2017.

Publíquese y notifíquese.

SS.
MIRANDA CANALES
URVIOLA HANI
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.° 00001-2014-PI/TC
CALLAO
COLEGIO DE ABOGADOS DEL CALLAO
AUTO 5 – ACLARACIÓN

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 28 de noviembre de 2017

VISTA

La solicitud de aclaración de 26 de abril de 2017 presentada por el Poder Ejecutivo, a través del procurador público especializado en materia constitucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, contra la sentencia del Tribunal Constitucional, de 17 de enero de 2017, que declaró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Legislativo 1147; y,

ATENDIENDO A QUE

1. El primer párrafo del artículo 121 del Código Procesal Constitucional dispone lo siguiente

> 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 se hubiese incurrido.

2. En el presente caso, la sentencia emitida por este Tribunal Constitucional fue publicada en el diario oficial *El Peruano* el 30 de mayo de 2017. Sin embargo, la solicitud de aclaración de autos fue presentada el 26 de abril de 2017; es decir, antes de la publicación de la sentencia en el diario oficial pero después de su notificación a la partes y de su publicación en el *portal web* institucional del Tribunal Constitucional. En consecuencia, corresponde pronunciarse sobre la solicitud de aclaración de autos pues ésta ha sido interpuesta antes del vencimiento del plazo establecido para tal efecto en el Código Procesal Constitucional.

3. El Poder Ejecutivo solicita a este Tribunal Constitucional que aclare:

    i. Si la competencia de la Dirección Nacional de Capitanías y Guardacostas (Dicapi) para otorgar derechos de uso de área acuática, establecida por el artículo 5.11 del Decreto Legislativo 1147, se relaciona con la facultad de autorizar la prestación de servicios en puertos que pueden — o no — encontrarse bajo administración de los Gobiernos Regionales;

    ii. Si la interpretación del artículo 5.11 del Decreto Legislativo 1147, realizada por este Tribunal Constitucional en el fundamento 43 de la sentencia, impide a Dicapi otorgar derechos de uso de área acuática a entidades estatales; y,

    iii. Si, de acuerdo con el primer punto resolutivo del fallo de la sentencia, es constitucional que Dicapi realice inspecciones y reconocimientos con relación a estándares de protección, seguridad y prevención de la contaminación en espacios acuáticos.

4. Con relación al primer punto de la solicitud de aclaración, debe señalarse que la sentencia distingue explícitamente las competencias que ejerce Dicapi, como Autoridad Marítima Nacional, de las funciones de administración de puertos o regulación de servicios portuarios que corresponden a otras entidades estatales. Así, en sus fundamentos 35 y 36 se señala:

    35. (…) Dicapi es el organismo encargado de velar por la juridicidad en los espacios acuáticos que integran el territorio nacional, vigilando, particularmente, la preservación de la vida, la seguridad y la protección del medio ambiente en el mar, ríos y lagos navegables. Dicha función materializa el ejercicio de la soberanía nacional en dichos espacios y responde al carácter especializado de la Marina de Guerra del Perú en la materia. Este Tribunal Constitucional no la considera per se contraria al artículo 165 de la Constitución.

    36. Los artículos 5.5, 5.6 y 5.11 del Decreto Legislativo 1147, a su vez, regulan con mayor concreción algunas de las funciones encomendadas a Dicapi. En principio, no guardan relación con la administración de los puertos o a la regulación de servicios portuarios. Por el contrario, buscan concretar los objetivos establecidos en el artículo 20 del Decreto Legislativo 1138 (énfasis agregado).

5. Por tanto, no existe nada que aclarar en dicho extremo pues, de los fundamentos de la sentencia, se infiere que las competencias de Dicapi — incluyendo la

establecida en el artículo 5.11 del Decreto Legislativo 1147 — no se relacionan con la administración de puertos o con la prestación de servicios portuarios sino, más bien, con la preservación de la vida, la seguridad y la protección del medio ambiente en espacios acuáticos. En consecuencia, este extremo de la solicitud de aclaración debe declararse improcedente.

6. A su vez, con relación al segundo extremo de la solicitud de aclaración, cabe señalar que, a fin de salvar la compatibilidad del artículo 5.11 del Decreto Legislativo 1147 con el artículo 165 de la Constitución, este Tribunal Constitucional señaló lo siguiente en los fundamentos 42 y 43 de la sentencia:

> 42. En efecto, es razonable que Dicapi garantice la seguridad, el respeto por la vida humana y la protección del medio ambiente en el mar, ríos y lagos navegables, dado el tenor del artículo 165 de la Constitución. Sin embargo, nada justifica que las Fuerzas Armadas ejerzan poderes indeterminados respecto a la concesión de derechos de uso a particulares sobre espacios acuáticos.
>
> 43. Por tanto, dicha disposición será constitucional en la medida en que se interprete que, al otorgar derechos de uso de área acuática a particulares, Dicapi evaluará exclusivamente aspectos relativos a la seguridad de la vida humana en el mar, ríos y lagos navegables, la protección del medio ambiente acuático y la represión a actividades ilícitas en el ámbito de su jurisdicción.

7. Así, se advierte que el artículo 5.11 del Decreto Legislativo 1147 es constitucional en la medida que se interprete que, al otorgar derechos de uso de área acuática, Dicapi únicamente puede tomar en cuenta aspectos vinculados a la seguridad de la vida humana en el mar, ríos y lagos navegables, la protección del medio ambiente acuático y la represión de actividades ilícitas en el ámbito de sus competencias.

8. Al realizar dicho análisis, este Tribunal Constitucional tomó en cuenta la necesidad de limitar las razones que pueden ser tomadas en cuenta por Dicapi para decidir si se concede derechos de uso de área acuática a quienes los soliciten independientemente de si se trata de particulares o de entidades estatales. Por tanto, debe aclararse que el fundamento 43 de la sentencia no impide a Dicapi otorgar derechos de uso de área acuática a entidades estatales conforme al Decreto Legislativo 1147 y su reglamento.

9. Finalmente, con relación al tercer extremo de la solicitud de aclaración, debe señalarse que este Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de las

frases "y Auditoría", "auditorías" y " de los estándares de protección, seguridad y prevención de la contaminación", contenidas en el primer párrafo de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1147, por las razones expuestas en los fundamentos 60 a 62 de la sentencia:

60. La disposición impugnada no se limita a regular la facultad de Dicapi para informar o elaborar reportes con relación a sus competencias administrativas. Por el contrario, le otorga la facultad exclusiva de expedir informes de auditoría respecto a los "estándares de protección, seguridad, y prevención de la contaminación" de embarcaciones o instalaciones acuáticas, lo cual también podría ser realizado por particulares. La norma en cuestión, por tanto, autoriza a Dicapi a realizar actividad empresarial.

61. Al hacerlo, no respeta los requisitos establecidos por el artículo 61 de la Constitución. Como se ha señalado, la actividad empresarial del Estado requiere la habilitación expresa de una ley emitida por el Congreso de la República. Sin embargo, en el presente caso, pretende otorgar dicha autorización a través de un decreto legislativo. Por tanto, corresponde estimar este extremo de la demanda declarar inconstitucional la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1147, en la medida en que autoriza a Dicapi a realizar actividad empresarial.

62. En consecuencia, deben expulsarse del ordenamiento jurídico las frases "y Auditoría", "auditorias" y "de los estándares de protección, seguridad, y prevención de la contaminación", contenidas en el primer párrafo de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1147, quedando subsistente dicha disposición solo en lo referido a la entrega de reportes y constancias vinculadas a las competencias administrativas que ejerce Dicapi en virtud del artículo 6 del Decreto Legislativo 1147.

10. Dichas frases fueron declaradas inconstitucionales por contravenir el artículo 60 de la Constitución en el extremo que señala que solo puede autorizarse al Estado a realizar actividad empresarial por ley expresa. En consecuencia, nada de lo señalado en la sentencia debe interpretarse de manera que impida a Dicapi ejercer sus competencias de carácter administrativo. Por tanto, debe aclararse que Dicapi sí puede realizar inspecciones y reconocimientos con relación a estándares de protección, seguridad y prevención de la contaminación en espacios acuáticos

como, en efecto, se deduce expresamente del texto subsistente del primer párrafo del Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1147.

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

RESUELVE

1. Declarar **FUNDADA EN PARTE** la solicitud de aclaración; en consecuencia, **ACLARAR** la sentencia del Tribunal Constitucional del 17 de enero de 2017 conforme a los fundamentos 8 y 10 del presente auto.

2. Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de aclaración en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

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

Sentencia 00019-2013-PI/TC

Proceso de inconstitucionalidad promovido por la Municipalidad Provincial de Puno contra la Ordenanza Municipal 010-2007-MPGSCO (Moquegua) de la Municipalidad Provincial de General Sánchez Cerro. El Tribunal declara fundada la demanda.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 11 de mayo del 2017.

Fecha de publicación de la sentencia en el diario Oficial *El Peruano*:
01 de junio de 2017.

Fecha de publicación de la Resolución de reposición en el Portal Oficial del TC:
14 de agosto del 2014.

Fecha de publicación del auto de admisibilidad en el Portal Oficial del TC:
10 de junio de 2015.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Municipalidad Provincial de Puno y, en consecuencia, declaró inconstitucional en su totalidad la Ordenanza Municipal 010-2007-MPGSCO, expedida por la Municipalidad Provincial de General Sánchez Cerro, por contravenir el artículo 194 de la Constitución. Los votos tanto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera como de la magistrada Ledesma Narváez hacen énfasis en la conflictividad sobre la demarcación territorial existente, desde hace ya varios años, entre las regiones de Moquegua y Puno, y realizan una reconstrucción del historial de dicho conflicto, así como un recuento de la manera en que el Gobierno Central ha omitido realizar dicha demarcación.

El caso aborda el problema de cómo, a través de la Ordenanza Municipal 010-2007-MPGSCO, la Municipalidad Provincial de General Sánchez Cerro pretende ejercer sus competencias en espacios que se encuentran fuera de su circunscripción territorial, pues conforme a la Ley 11980, Tolapalca está ubicada en el distrito de Mañazo que, a su vez, forma parte de la provincia de Puno. La ordenanza impugnada

busca modificar los límites entre las provincias de Puno y General Sánchez Cerro. Sin embargo, conforme al artículo 102, inciso 7, de la Constitución, aprobar la demarcación territorial es competencia del Congreso de la República, a propuesta del Poder Ejecutivo, y no de las municipalidades provinciales.

La Municipalidad Provincial de Puno alega que la demandada ha creado una municipalidad de centro poblado, abusando de las atribuciones concedidas a su favor por el artículo 194 de la Constitución, concordante con el artículo 128 de la Ley Orgánica de Municipalidades. Manifiesta que, como consecuencia de ello, existe un menoscabo a sus competencias del Poder Ejecutivo y del Congreso de la República en materia de delimitación territorial.

En el fundamento 12 se explica que la ordenanza que crea un centro poblado debe respetar los parámetros establecidos en las disposiciones legales transcritas. En caso contrario, se produciría la inconstitucionalidad por la forma y, por consiguiente, se habría incurrido en una infracción indirecta al artículo 194 de la Constitución.

El fundamento 14 recalca que en el presente caso, la Ordenanza Municipal 010-2007-MPGSCO ha sido creada sin que se respeten los requisitos previstos en el artículo 128, incisos del 1 al 5, de la Ley Orgánica de Municipalidades. Se identifica que, en efecto, la Municipalidad Provincial de General Sánchez declaró la creación de la Municipalidad del Centro Poblado de Tolapalca en abstracto, sin establecer en modo alguno sus límites o su ubicación territorial; no se identificó debidamente las atribuciones administrativas, económico tributarias o de otra índole que se le delegan, ni pudo crear un régimen para su financiamiento. Por consiguiente, de plano se evidenció la incompleta reglamentación.

Se concluye, por consiguiente, que la Ordenanza Municipal 010-2007-MPGSCO deviene inconstitucional en su totalidad al haber sido emitida sin respetar el artículo 128 de la Ley Orgánica de Municipalidades, lo que supone una infracción indirecta al artículo 194 de la Constitución. Sin embargo, se aclara en el fundamento 33 que no puede considerarse que, a través de la ordenanza impugnada, la Municipalidad Provincial de General Sánchez Cerro haya extendido de manera unilateral sus competencias a la provincia de Puno, puesto que los límites entre ambas provincias aún no han sido precisados.

En efecto, como se manifestó al inicio, el sentido del fallo fue declarar fundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Municipalidad Provincial de Puno y, por consiguiente, declarar inconstitucional en su totalidad la Ordenanza en cuestión, presentándose los votos según se detalló anteriormente. Tanto el magistrado Espinosa-Saldaña como la magistrada Marianela Ledesma abordan el problema

de fondo de la necesidad de reconocer los «límites ancestrales» de los territorios en cuestión y que en causas anteriores, por ejemplo, el Exp. 00011-2012-PI/TC, F. J. 32 y Exp. 00033-2009-PI/TC, este Tribunal ya se había pronunciado con relación a la materia en cuestión.

Temas claves: Demarcación territorial — límites ancestrales — organización territorial.

PLENO JURISDICCIONAL
Expediente 0019-2013-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

22 de febrero 2017

Caso Centro Poblado de Tolapalca

MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE PUNO (PUNO) C. MUNICIPALIDAD PROVINCIAL GENERAL DE SÁNCHEZ CERRO (MOQUEGUA)

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ordenanza Municipal 010-2007-MPGSCO (Moquegua), que crea la Municipalidad del Centro Poblado Menor de Tolapalca

Magistrados firmantes:

SS.
MIRANDA CANALES
URVIOLA HANI
BLUME FORTINI
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES 3

II. FUNDAMENTOS 4

III. FALLO 11

EXPEDIENTE 00019-2013-PI/TC
PUNO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE PUNO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 22 días del mes de febrero de 2017, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Ledesma Narváez, Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Miranda Canales, aprobado en el Pleno del día 22 de noviembre de 2016. Asimismo, se agrega el voto singular de la magistrada Ledesma Narváez y se deja constancia que el magistrado Ramos Núñez votará en fecha posterior. Además se agrega el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera.

I. **ANTECEDENTES**

Con fecha 25 de julio de 2013, la Municipalidad Provincial de Puno interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Municipal 010-2007-MPGSCO, emitida por la Municipalidad Provincial de General Sánchez Cerro, que crea la Municipalidad del Centro Poblado de Tolapalca, por considerarla contraria al artículo 102, inciso 7, de la Constitución.

A su vez, con fecha 3 de agosto de 2015, la Municipalidad Provincial de General Sánchez Cerro contesta la demanda, a través de su procurador público, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.

La Municipalidad Provincial de Puno sustenta la demanda de inconstitucionalidad interpuesta con los siguientes argumentos:

- A través de la Ordenanza Municipal 010-2007-MPGSCO, la Municipalidad Provincial de General Sánchez Cerro pretende ejercer sus competencias en espacios que se encuentran fuera de su circunscripción territorial, pues, conforme a la Ley 11980, Tolapalca está ubicada en el distrito de Mañazo, que, a su vez, forma parte de la provincia de Puno.

- La ordenanza impugnada busca modificar los límites entre las provincias de Puno y General Sánchez Cerro. Sin embargo, conforme al artículo 102, inciso 7, de la Constitución, aprobar la demarcación territorial es competencia del Congreso de la República, a propuesta del Poder Ejecutivo, y no de las municipalidades provinciales.
- Los artículos 79 y 128 de la Ley Orgánica de Municipalidades facultan a los gobiernos provinciales a crear centros poblados. Sin embargo, la municipalidad provincial emplazada ha desnaturalizado la competencia reconocida a su favor por la ley.
- Inmediatamente después de aprobar la Ordenanza Municipal 010-2007-MPGSCO, la Municipalidad Provincial de General Sánchez Cerro ratificó un proceso electoral llevado a cabo en el centro poblado de Tolapalca a través de la Resolución Municipal 014-2007-MPGSCO. De esa forma, la Municipalidad Provincial de Sánchez Cerro atribuyó efectos a la norma impugnada antes de que fuera publicada, contraviniendo los artículos 194 y 195 de la Constitución.
- A través de las sentencias recaídas en los Expedientes 0033-2009-PI/TC, 0009-2011-PI/TC y 0012-2012-AI/TC, el Tribunal Constitucional declaró, respectivamente, la inconstitucionalidad de las Ordenanzas 018-2009-MPMN, 021-2010-MPMN y 209-CMPP-2008, que creaban municipalidades de centros poblados en la zonas disputadas entre las provincias de Puno y General Sánchez Cerro.

La Municipalidad Provincial de General Sánchez Cerro, a su vez, contesta la demanda sobre la base de los siguientes argumentos:

- La Ordenanza Municipal 010-2007-MPGSCO constituye una expresión legítima de su facultad, reconocida en la Ley 27972, también llamada Ley Orgánica de Municipalidades, para crear y establecer los límites de las municipalidades de centros poblados.
- Al ser consultada al respecto, la población del Centro Poblado de Tolapalca decidió por aclamación ser parte de Moquegua, razón por la cual se emitió la ordenanza impugnada. Existe, además, un estrecho vínculo geográfico, histórico y político entre Tolapalca y el valle de Omate, ubicado en la provincia general.
- La controversia recaída en autos debe resolverse a través de un referéndum, toda vez que, como dijera Hans Kelsen, las leyes vinculadas al deseo popular son más justas y democráticas.

II. FUNDAMENTOS

1. En el presente caso, la Municipalidad Provincial de Puno alega que la demandada ha creado una municipalidad de centro poblado, abusando de las atribuciones concedidas a su favor por el artículo 194 de la Constitución, concordante con el artículo 128 de la Ley Orgánica de Municipalidades. Manifiesta que, como consecuencia de ello, existe un menoscabo a sus competencias, así como a las del Poder Ejecutivo y el Congreso de la República, en materia de delimitación territorial.

2. En consecuencia, deberá verificarse si la ordenanza impugnada es una expresión legítima de la facultad para crear municipalidades de centro poblado o si, por el contrario, desnaturaliza dicha atribución, entre otras razones, por entrometerse en el correcto ejercicio de las competencias asignadas a otras entidades constitucionales.

3. Al respecto, cabe recordar que el texto íntegro de la Ordenanza Municipal 010-2007-MPGSCO, impugnada en el presente proceso de inconstitucionalidad, es el siguiente:

> Artículo Primero.- Disponer la creación de la Municipalidad del Centro Poblado de Tolapalca del Distrito de Ichuña de la Provincia General de Sánchez Cerro.
>
> Artículo Segundo.- Encargar a la Secretaría General la difusión y publicación de la presente ordenanza en el diario de mayor circulación de la región y en la WEB Institucional con arreglo a Ley.

4. A continuación, se procederá a evaluar la constitucionalidad de dicha norma desde el punto de vista formal y, posteriormente, también con relación a la pretensión sustantiva de la demandante.

Parámetro de control a emplearse en el caso

5. Una infracción indirecta a la Constitución se produce cuando se contraviene una norma con rango de ley que, por disposición de la propia Constitución, forma parte del bloque de constitucionalidad. Ello porque, en determinadas oportunidades, el parámetro de constitucionalidad:

> (…) puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (v.g. la ley autoritativa en relación con el decreto legislativo). En tales casos, estas

> fuentes asumen la condición de `*normas sobre la producción jurídica* (…) (Sentencias recaídas en los Expedientes 00007-2002-AI/TC, 00017-2006-PI/TC , 00022-2010-PI/TC entre otras).

6. Asimismo, este Tribunal Constitucional ha precisado que las normas que integran el bloque de constitucionalidad:

> (…) se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos constitucionales (…) (Sentencias recaídas en los Expedientes 00046-2004-PI/TC, 00005-2006-PI/TC, 00023-2007-PI/TC, entre otras).

7. A su vez, el artículo 79 del Código Procesal Constitucional señala que, al resolver un proceso de inconstitucionalidad, este Tribunal Constitucional evaluará:

> (...) además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado (…).

8. Por tanto, el parámetro de control a emplearse para verificar la constitucionalidad de la Ordenanza Municipal 010-2007-MPGSCO no solo está integrado por la Constitución, sino también por las normas de rango legal a las que haya que acudir por remisión de la Constitución o por aquellas que, en desarrollo de disposiciones constitucionales, atribuyan competencias a distintos niveles de gobierno o entidades del Estado.

Inconstitucionalidad por la forma

9. Realizadas dichas precisiones, cabe señalar que, en su parte pertinente, el artículo 194 de la Constitución establece lo siguiente:

> Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a ley.

10. La disposición citada otorga reconocimiento constitucional a las municipalidades de centro poblado; sin embargo, también precisa que deben constituirse de acuerdo a ley. En consecuencia, por disposición expresa de la Constitución, las normas legales que regulan la materia forman parte del parámetro de control a emplearse en el presente caso.

11. Por lo expuesto, resulta necesario remitirse a los artículos 128 y 129 de la Ley Orgánica de Municipalidades que, precisamente, regulan la forma y establecen los requisitos que deben cumplirse para la constitución válida de las municipalidades de centros poblados:

> Artículo 128.- Las municipalidades de centros poblados son creados por ordenanza de la municipalidad provincial, que determina además:
>
> 1. La delimitación territorial.
>
> 2. El régimen de organización interior.
>
> 3. Las funciones que se le delegan.
>
> 4. Los recursos que se le asignan.
>
> 5. Sus atribuciones administrativas y económico-tributarias.
>
> Artículo 129.- Para la creación de las municipalidades de centros poblados se requiere la aprobación mayoritaria de los regidores que integran el concejo provincial correspondiente y la comprobación previa del cumplimiento de los siguientes requisitos:
>
> 1. Solicitud de un comité de gestión suscrita por un mínimo de mil habitantes mayores de edad domiciliados en dicho centro poblado y registrados debidamente y acreditar dos delegados.
>
> 6. Que el centro poblado no se halle dentro del área urbana del distrito al cual pertenece.
>
> 7. Que exista comprobada necesidad de servicios locales en el centro poblado y su eventual sostenimiento.
>
> 8. Que exista opinión favorable del concejo municipal distrital, sustentada en informes de las gerencias de planificación y presupuesto, de desarrollo urbano y de asesoría jurídica, o sus equivalentes, de la municipalidad distrital respectiva.
>
> 9. Que la ordenanza municipal de creación quede consentida y ejecutoriada.
>
> Es nula la ordenanza de creación que no cumple con los requisitos antes señalados, bajo responsabilidad exclusiva del alcalde provincial.

12. La ordenanza que crea un centro poblado debe respetar los parámetros establecidos en las disposiciones legales transcritas. En caso contrario, sería inconstitu-

cional por la forma. Al no haber sido emitida conforme a ley, incurriría en una infracción indirecta al artículo 194 de la Constitución.

13. Este Tribunal Constitucional, en efecto, ha tenido oportunidad de pronunciarse en ese sentido en el fundamento jurídico 14 de la sentencia recaída en el Expediente 00012-2012-PI/TC:

> (…) dicha municipalidad [del Centro Poblado de Pasto Grande] no puede ser creada en abstracto, sino con una determinada circunscripción territorial. En efecto, el artículo 194 de la Constitución señala que las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a ley. Detallando dicho mandato constitucional, el artículo 128, inciso 1, de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, señala claramente que las ordenanzas municipales que crean las municipalidades de centros poblados deben determinar su delimitación territorial

14. En el presente caso, la Ordenanza Municipal 010-2007-MPGSCO ha sido creada sin que se respeten los requisitos previstos en el artículo 128, incisos 1 a 5, de la Ley Orgánica de Municipalidades. La Municipalidad Provincial de General Sánchez Cerro, en efecto, declaró la creación de la Municipalidad del Centro

Poblado de Tolapalca en abstracto, sin establecer en modo alguno sus límites o su ubicación territorial; identificar las atribuciones administrativas, económico-tributarias o de otra índole que se le delegan; ni crear un régimen para su financiamiento.

15. Por tanto, la Ordenanza Municipal 010-2007-MPGSCO deviene inconstitucional en su totalidad al haber sido emitida sin respetar el artículo 128 de la Ley Orgánica de Municipalidades, lo que supone una infracción indirecta al artículo 194 de la Constitución.

16. En el presente caso, además, no está acreditado que la Ordenanza Municipal 010-2007-MPGSCO haya sido emitida cumpliéndose con los requisitos de procedimiento previstos en el artículo 129 de la Ley Orgánica de Municipalidades.

17. Por el contrario, como consta en el Oficio 233-2016-SR/TC que obra en el expediente, la emplazada fue notificada con el Decreto del Tribunal Constitucional de fecha 21 de julio de 2016 que le requiere información sobre el particular; sin embargo, a la fecha dicho pedido no ha recibido respuesta alguna de su parte.

18. No obstante ello, el silencio de la demandada no basta para acreditar el incumplimiento de los requisitos en cuestión, pues, para vencer la presunción de constitucionalidad que asiste a la ordenanza impugnada, ello debiera acreditarse

fehacientemente. Por tanto, la inconstitucionalidad formal de la Ordenanza Municipal 010-2007-MPGSCO deriva exclusivamente del incumplimiento del artículo 128 de la Ley Orgánica de Municipalidades, lo cual, como se ha expuesto, supone una infracción al artículo 194 de la Constitución.

Inconstitucionalidad por el fondo

19. Sin perjuicio de lo anterior, también corresponde pronunciarse respecto a la pretensión sustantiva contenida en la demanda.

20. Al respecto, la Municipalidad Provincial de Puno señala que la Ordenanza Municipal 010-2007-MPGSCO le impide ejercer plenamente sus competencias al interior de su circunscripción.

21. Además, refiere que, a través de ella, la emplazada se irroga competencias sobre delimitación territorial que la Constitución asigna al Congreso de la República y al Poder Ejecutivo.

22. La Municipalidad Provincial de General Sánchez Cerro, en cambio, alega que la ordenanza impugnada constituye una expresión legítima de las facultades reconocidas a su favor por la Ley Orgánica de Municipalidades.

23. Al respecto, debe reiterarse que este Tribunal Constitucional no es competente para eliminar la incertidumbre jurídica existente respecto a los límites entre las provincias de Puno y General Sánchez Cerro o entre las regiones de Puno y Moquegua.

24. Dicha tarea corresponde exclusivamente a los poderes ejecutivo y legislativo conforme al artículo 102, inciso 7, de la Constitución y la Ley 27795, también llamada Ley de Demarcación y Organización Territorial, que lo desarrolla.

25. De hecho, en el presente caso, el procedimiento de delimitación entre Puno y Moquegua venía realizándose de acuerdo a dicha ley, por parte de la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial de la Presidencia del Consejo de Ministros.

26. Sin embargo, mediante sentencia de 11 de enero de 2016, la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Moquegua anuló parte de lo avanzado, al declarar fundada una demanda de amparo planteada en contra del procedimiento, como consta en el Anexo III del Oficio 424-2016-PCM/DNTDT, que obra en el expediente.

27. No corresponde a este Tribunal Constitucional interferir en dicho procedimiento, pues ello iría en contra del artículo 102, inciso 7, de la Constitución; sino solo evaluar la constitucionalidad de las normas con rango de ley y, de ser el caso, disponer su expulsión del ordenamiento jurídico.

28. Ello ciertamente puede producirse cuando, a través de una ordenanza municipal, un gobierno local se apropia o impide el adecuado ejercicio de competencias que, por mandato de la Constitución, le corresponden a otras entidades, poderes o niveles de gobierno (sentencias recaídas en los Expedientes 00033-2009-PI/TC, 00009-2011-PI/TC y 00012-2012-PI/TC, entre otras).

29. En el presente caso, la demandante sostiene que la Ordenanza Municipal 010-2007-MPGSCO le impide ejercer adecuadamente sus competencias, pues extiende la circunscripción de la Municipalidad Provincial de General Sánchez Cerro a espacios que forman parte de integral de la provincia de Puno.

30. De comprobarse dicha alegación, la ordenanza impugnada podría incurrir en un vicio de inconstitucionalidad por el fondo, pues, como se señala en el fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente 00012-2012-PI/TC:

> (…) se estaría permitiendo que una municipalidad provincial ejerza autoridad político-administrativa dentro de los límites de otra municipalidad provincial, contraviniendo de ese modo el precepto según el cual las potestades de los gobiernos locales son válidas solamente dentro del espacio territorial que le ha sido adjudicado por el Congreso de la República a través del proceso de delimitación territorial respectivo. (…)

31. En concreto, sin embargo, lo alegado por la Municipalidad Provincial de Puno no causa convicción a este Tribunal Constitucional.

32. La Ordenanza Municipal 010-2007-MPGSCO, en efecto, ha sido creada en abstracto sin que dicha norma precise la ubicación o la extensión de la Municipalidad del Centro Poblado de Tolapalca.

33. Por tanto, no puede considerarse que, a través de la ordenanza impugnada, la Municipalidad Provincial de General Sánchez Cerro haya extendido unilateralmente sus competencias a la provincia de Puno, máxime cuando los límites entre ambas provincias aún no han sido precisados.

34. Por otro lado, la demandante sostiene que la ordenanza impugnada es contraria al artículo 102, inciso 7, de la Constitución, pues, a través de ella la Municipalidad Provincial de General Sánchez Cerro se irroga facultades de delimitación territorial que corresponden a los poderes ejecutivo y legislativo.

35. Al respecto, este Colegiado ha señalado que, en efecto, podría vulnerarse la disposición constitucional en cuestión cuando los gobiernos provinciales crean de manera inconsulta municipalidades de centros poblados sobre espacios que no

han sido establecidos como parte integrante de su territorio por el Congreso de la República (fundamento 12 de la sentencia recaída en el Expediente 00012-2012-PI/TC).

36. Dicho criterio responde a que, si se permitiera a las municipalidades provinciales ejercer inconsultamente dicha competencia sobre territorios pendientes de delimitación, podría restarse eficacia al artículo 102, inciso 7, de la Constitución, dificultándose la labor del Poder Ejecutivo, a través de la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial, y del Congreso de la República, tendientes al saneamiento de los límites internos de la República.

37. En el caso concreto, sin embargo, no se advierte que la Municipalidad del Centro Poblado de Tolapalca haya sido creada en espacios pendientes de demarcación territorial.

38. Por el contrario, como se ha expuesto, la Ordenanza Municipal 010-2007-MPGSCO crea dicha municipalidad en forma abstracta, sin precisar su extensión o ubicación, incumpliendo, de esa forma, los requisitos previstos en el artículo 128 de la Ley Orgánica de Municipalidades. Esto, a su vez, supone una infracción indirecta al artículo 194 de la Carta Fundamental.

III. FALLO

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

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Municipalidad Provincial de Puno; y, en consecuencia, declarar **INCONSTITUCIONAL** en su totalidad la Ordenanza Municipal 010-2007-MPGSCO, expedida por la Municipalidad Provincial de General Sánchez Cerro, por contravenir el artículo 194 de la Constitución.

Publíquese y notifíquese.

SS.
MIRANDA CANALES
URVIOLA HANI
BLUME FORTINI
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

No obstante coincidir con el sentido de lo resuelto por mis colegas, en la medida que la demanda es declarada fundada y, por consiguiente, inconstitucional la ordenanza municipal 010-2007-MPGSCO, considero necesario hacer las siguientes precisiones:

1. En primer lugar, en el presente caso la demanda está siendo declarada fundada por consideraciones de forma, esto porque la norma a través de la cual la Municipalidad Provincial de Sánchez Cerro pretendía crear una nueva municipalidad de centro poblado (Ordenanza Municipal 101-2007-MPGSCO), la de Tolapalca, no fijó debidamente su ubicación ni sus linderos, requisito imprescindible para su validez, conforme a los artículos 128 y 129 de la Ley Orgánica de Municipalidades, y al artículo 194 de la Constitución.

2. Al respecto, habiéndose determinado ya la inconstitucionalidad formal de la ordenanza cuestionada, podría considerarse que es innecesario realizar un análisis sobre el fondo de lo demandado. En todo caso, es cierto que el Tribunal en algún caso podría considerar necesario hacer algunas precisiones relevantes e impostergables sobre la materia de fondo, aunque de modo excepcional y siempre que se encuentre debidamente justificado. Ello, ciertamente, no ha sucedido en el presente caso, en el cual se ha pretendido ingresar al fondo de la causa, pero finalmente se termina resolviendo que no es posible realizar dicho análisis debido al vicio formal previamente detectado.

3. Por mi parte considero que sí vale la pena hacer algunas precisiones. Estas precisiones no son sobre el fondo de la pretensión del demandante, sino más bien acerca del conflicto territorial subyacente. Ello en la medida que, como es de público conocimiento, existe un constante enfrentamiento entre las regiones de Puno y Moquegua que se deriva de la falta de demarcación territorial entre ambas.

4. En efecto, ante el Tribunal Constitucional han llegado diversos conflictos competenciales entre Puno y Moquegua, bajo la forma de demandas de inconstitucionalidad. El primer caso tuvo lugar a partir de la publicación de la Ordenanza 018-2009-MPMN el 7 de agosto de 2009, mediante la cual la Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto – Moquegua aprobó la creación de la Municipali-

dad del Centro Poblado de Pasto Grande, estableciéndola como parte del territorio del Distrito de Carumas.

5. Frente a dicha norma con rango de ley, el 1 de octubre del 2009 la Municipalidad Provincial de Puno interpuso una demanda de inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional, a través de la sentencia recaída en el Exp. n.º 00033-2009-PI, de fecha 15 de setiembre de 2010, declaró fundada la demanda. Argumentó entonces que las normas encargadas de establecer la configuración territorial nacional son propias del Congreso de la República y no de las municipalidades provinciales a través de la creación de centros poblados.

6. Posteriormente, con fecha 20 de setiembre de 2010 –tan solo 5 días después de haber sido publicada la sentencia analizada en los fundamentos anteriores– la mencionada Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto expidió la Ordenanza 021-2010-MPMN, la cual dispuso "Aprobar la Adecuación de la Municipalidad Delegada del Centro Poblado Menor de 'Titire' por la de Municipalidad del Centro Poblado de 'Titire'".

7. Contra esta ordenanza, con fecha 25 de abril del 2011, la Municipalidad Provincial de Puno interpuso una nueva demanda de inconstitucionalidad. Allí sostuvo que la demarcación territorial del Centro Poblado de Titire no podía ser realizada por la Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto.

8. El Tribunal Constitucional, mediante la sentencia recaída en el Exp. n.º 0009-2011-PI, de fecha 16 de octubre de 2012, emitió una nueva sentencia estimatoria declarando inconstitucional el artículo 2 de la norma impugnada. Ello en mérito a que "la Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto ha ejercido atribuciones que son compartidas, en distintas fases, tanto por el Poder Ejecutivo –que propone la demarcación territorial– como por el Congreso de la República –que aprueba la demarcación–, violando el inciso 7 del artículo 102 de la Constitución Política del Perú" (f. j. 22).

9. El 6 de diciembre de 2011, mientras se encontraba en curso el proceso de inconstitucionalidad antes mencionado, el Gobierno Regional de Puno emitió la Ordenanza Regional 022-2011-GRP-CRP, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 6 de mayo de 2012, mediante la que se "Declaran de necesidad e interés regional la priorización de la Demarcación Territorial en zonas de conflicto territorial"

10. Frente a dicha norma, fue el Gobierno Regional del Moquegua el que interpuso demanda de inconstitucionalidad por cuanto promovía el reconocimiento de los "límites ancestrales de la región Puno" que allí se indican, encomendando a

la Gerencia de Planeamiento Presupuestario y Acondicionamiento Territorial la conclusión del proceso de demarcación territorial en toda la región.

11. El Tribunal Constitucional, a través de la sentencia recaída en el Exp. n.º 0011-2012-PI, de fecha 08 de mayo de 2013, declaró fundada en parte la demanda y, en consecuencia, inconstitucionales los artículos segundo y tercero de la Ordenanza impugnada. Y que estos artículos contravienen el artículo 102, inciso 7, de la Constitución, artículo donde se dispone que una de las atribuciones del Congreso de la República es aprobar la demarcación territorial que proponga el Poder Ejecutivo.

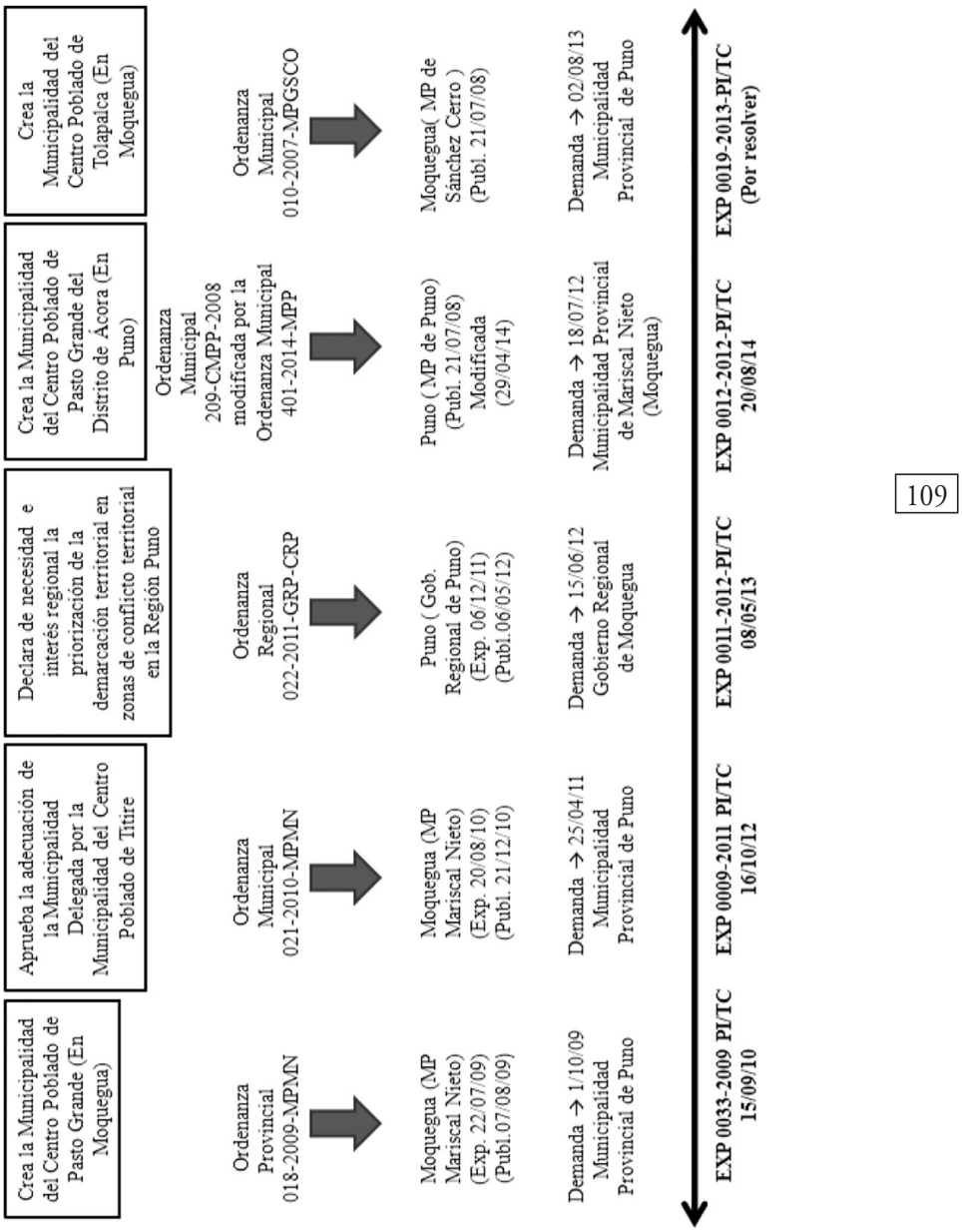
12. Asimismo, el Tribunal Constitucional, respecto a los límites ancestrales, observó que "Dentro del bloque de constitucionalidad que disciplina el reparto de competencias entre el Poder Ejecutivo y los Gobiernos Regionales en materia de formulación de propuestas de demarcación territorial, ninguna de las competencias que en esta materia se ha atribuido a los gobiernos regionales comprende el que éstos puedan reconocer 'límites ancestrales'" (STC Exp. n.º 00011-2012-PI, f. j. 32).

13. El 29 de abril de 2014 a través de la Ordenanza Municipal 401-2014-MPP la Municipalidad Provincial de Puno modifica la Ordenanza Municipal 209-CMPP-2008, de fecha 21 de julio de 2008. De este modo, se crea la Municipalidad del Centro Poblado de Pasto Grande correspondiente al Distrito de Ácora, Puno. Ante esta situación la Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto (Moquegua), interpone una demanda de inconstitucionalidad contra la ordenanza que crea la mencionada municipalidad de centro poblado.

14. El Tribunal Constitucional, a través de la sentencia recaída en el Exp. n.º 00012-2012-PI, declaró fundada la demanda. Argumentó que los centros poblados deben crearse con límites claros y precisos (no en abstracto) y señalando. Señaló además, al igual que en los casos anteriores, que el Centro Poblado de Pasto Grande fue creado en un territorio cuya delimitación corresponde al Congreso de la República.

15. En dicho caso dejó sentado que "No resulta válido crear municipalidades de centros poblados sin límites" (f. j. 14). Asimismo, y siguiendo su jurisprudencia previa, precisó que "Estos límites deben fijarse respetando la delimitación territorial que previamente debe realizar el Congreso de la República conforme a lo indicado por el artículo 102, inciso 7, de la Constitución. En este caso, la circunscripción que la Municipalidad Provincial de Puno considera que forma parte de su territorio no ha sido delimitada definitivamente por el Congreso de la República" (f. j. 14).

16. En resumen, el caso de autos es el quinto proceso de inconstitucionalidad que se suscita como consecuencia de la falta de demarcación territorial entre las regiones de Moquegua y Puno. Expuesto gráficamente, los procesos que hasta el momento han sido traídos ante este Tribunal han sido los siguientes :



17. Ahora bien, y con base en lo ya aquí señalado, es menester referirnos al estado actual de la controversia territorial entre Puno y Moquegua. Al respecto, el proceso de definición de los límites territoriales entre los departamentos de Moquegua y Puno inició el año 2009, mediante la Resolución Ministerial 448-2009-PCM. Dicha norma autorizó la participación de la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial y de la Secretaría de Coordinación de la PCM, como apoyo técnico y facilitador de la Mesa de Trabajo, para así poder abordar los diferentes problemas relacionados con la demarcación entre ambas regiones.

18. Por su parte, el Tribunal Constitucional, con miras a resolver la demanda de inconstitucionalidad recaída en el Exp. n.º 0033-2009-AI/TC, a través del Oficio 0112-2010-SR/TC, de fecha 5 de marzo de 2010, solicitó informe a la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial de la Presidencia del Consejo de Ministros sobre la demarcación y organización territorial de las regiones de Puno y Moquegua; y, en particular, sobre la creación y los límites de la Provincia de Mariscal Nieto dentro de la región de Moquegua.

19. En respuesta a ello, la institución requerida, a través del Oficio 105-2010-PCM/DNTDT, de fecha 16 de marzo de 2010, informó a este Tribunal que "[A] nivel nacional contamos con 1834 distritos y 195 provincias; de los cuales el 80% de los distritos y el 92% de las provincias presentan límites referenciales, debido a la antigüedad de las creaciones políticas". Añadió asimismo que "[T]ratándose del departamento de Puno, este cuenta con 13 provincias creadas entre los años de 1985 y 1991, siendo las provincias El Collao y Moho, las últimas creadas en el año de 1991" ."[P]or otro lado, el departamento de Moquegua cuenta con 3 provincias, creadas entre 1936 y 1970. De estas provincias, sus leyes de creación carecen de descripción de los límites territoriales debido a su antigüedad".

20. Luego de esa fecha, la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial elaboró el Informe Técnico 027-2013-PCM/DNTDT-DATGT, de fecha 30 de setiembre de 2013, referido a la redelimitación territorial entre las regiones de Moquegua y Puno (Tramos I y II).

21. Dicho informe se expidió luego de haber determinado, finalmente, cuál es el límite territorial entre estos dos departamentos que se encontraba en controversia. Incluso en dicho informe se recomendó la elaboración de un Proyecto de Ley de Redelimitación territorial de las regiones de Moquegua y Puno, a fin de que sea elevado a las instancias correspondientes.

22. Sin embargo, frente a dicho informe se interpuso una demanda de amparo, planteada por el Procurador Público del Gobierno Regional de Moquegua, contra la

Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial, el Gobierno Regional de Puno y la Municipalidad Provincial de Puno. En esta se alegaba la vulneración del debido proceso, por cuanto en su opinión se habrían presentado constantes irregularidades en la celebración de las mesas de diálogo, y una evidente falta de rigor técnico en la toma de decisiones. Además, se alega que no existió conciliación entre las partes a quienes afectaba el procedimiento de diálogo y consenso previsto en la Resolución Ministerial 448-2009-PCM y al artículo 30 del Reglamento de la Ley 27795. Las autoridades emplazadas, por su parte, al contestar la demanda argumentaron que la propuesta técnica fue realizada de acuerdo a ley y que es falso que se haya utilizado un procedimiento ajeno al de la mesa de trabajo.

23. Con fecha 28 de agosto de 2015, el Primer Juzgado Mixto de la Corte Superior de Justicia de Moquegua emitió sentencia en primera instancia o grado, declarando infundada la demanda de amparo presentada, por conisderar que no existió una violación o amenaza de violación al debido proceso. Consideró que la resolución ministerial referida a la conformación de la mesa de trabajo¸ que debía establecerse para solucionar los problemas limítrofes entre Moquegua y Puno, no sustituía el marco jurídico institucional a través del cual debe atenderse la problemática.

24. El Gobierno Regional de Moquegua interpuso recurso de apelación. Argumentó que el *A quo* incurrió en error de Derecho, al no tomar en cuenta la afectación al debido proceso y la vulneración del procedimiento establecido en el artículo 30 del Decreto Supremo 019-2003-PCM.

25. Con fecha 11 de enero de 2016, la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Moquegua resolvió, en segunda instancia o grado, revocar la sentencia apelada, declarando fundada la demanda de amparo presentada. En consecuencia, declaró nulo el Informe 027-2013-PCM/DNTDT-DATGT y sin efecto los actos administrativos realizados para la delimitación de las regiones de Moquegua y Puno.

26. En virtud de esta decisión, el proceso de demarcación entre los departamentos de Moquegua y Puno sufrió un sensible retroceso, debido a que se debieron llevar a cabo nuevamente las mesas de trabajo y deberá emitirse un nuevo informe final.

27. El Tribunal Constitucional, a efectos de emitir pronunciamiento en el presente caso, mediante Oficio 00106-2016-PLENO-SR/TC, del 11 de abril de 2016, solicitó información a la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial de la Presidencia del Consejo de Ministros. Se buscaba así conocer el estado actual del proceso de demarcación territorial entre las regiones de Puno y Moquegua.

28. En respuesta al mismo, la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial, mediante Oficio 424-2016-PCM/DNTDT, de fecha 16 de marzo de 2010, hizo de conocimiento a este Tribunal que, tal como lo exige la sentencia de segundo grado o instancia aludida, la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial convocó a las partes a efectos de buscar, dentro de la normativa vigente, un acuerdo de límites entre ambas regiones.

29. En conclusión, han transcurrido más de siete años desde que comenzó el proceso de demarcación de las regiones de Moquegua y Puno y todavía este no ha concluido, por lo que resulta indispensable adoptar medidas que colaboren en tal sentido. En este contexto, es necesario hacer referencia a las funciones pacificadora y de integración social.

30. Como aquí ya ha sido puesto de relieve, han existido diversos procesos constitucionales entre los gobiernos regionales y locales de Moquegua y Puno, los cuales evidencian que por medio de la creación de centros poblados se intentó delimitar el área en disputa.

31. En cualquier caso, el hasta ahora incompleto proceso de demarcación territorial ha traído como consecuencia una serie de conflictos y controversias que ya han sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional, el cual incluso ha exhortado al Poder Ejecutivo y al Congreso de la República para que "en el plazo razonable más breve, culminen con el proceso nacional de saneamiento de límites territoriales" (STC Exp. n.º 00033-2009-PI/TC, segundo punto resolutivo).

32. Asimismo, y como ya he mencionado antes, si bien se inició el proceso de saneamiento territorial entre los dos mencionados departamentos mediante el Informe Técnico 027-2013-PCM/DNTDT-DATGT, este fue declarado nulo como consecuencia del pronunciamiento de la Sala Mixta de Moquegua. Dicho fallo de enero de 2016 trajo como consecuencia que deba realizarse una nueva mesa de de diálogo que satisfaga el procedimiento establecido por la Ley de Demarcación y Organización Territorial y su respectivo reglamento.

33. En ese marco, debo recordar que el Tribunal Constitucional es una entidad llamada a garantizar la supremacía de la Constitución y la efectividad de los derechos fundamentales, correspondiéndole resolver las causas a través de medidas orientadas a poner término a las controversias que son puestas a su conocimiento. Se ha dicho, por ello, que entre las funciones del Tribunal Constitucional se encuentra la de pacificación de los conflictos que se presentan en la vida constitucional. Al respecto, este órgano de control de la Constitución tiene resuelto que:

> "[E]l control constitucional de las leyes, más allá del examen de compatibilidad, formal o material, de una ley con la Constitución, cumple también otras funciones trascendentales para un Estado constitucional de Derecho. Particularmente es pertinente poner de relieve la función pacificadora y ordenadora del Tribunal Constitucional" (STC Exp. n.º 0006-2006-CC, f. j. 38).

34. De otro lado, este Tribunal añadió en otro caso que:"[S]iendo la Constitución una Norma Fundamental abierta, encuentra en el Derecho Procesal Constitucional y, específicamente, en el CPConst, un instrumento concretizador de los valores, principios y derechos constitucionales, de manera tal que, en última instancia, estos informan el razonamiento y la argumentación del juez constitucional, por lo que el principio de dirección judicial del proceso (artículo III del Título Preliminar del CPConst) se redimensiona en el proceso constitucional, en la medida en que la jurisdicción constitucional no es simple pacificadora de intereses de contenido y alcance subjetivos, sino del orden público constitucional en conjunto" (STC Exp. n.º 00005-2005-CC, f. j. 4).

35. En similar sentido, este Tribunal Constitucional peruano ha señalado además que tiene una función vinculada a la "integración social", labor de contenido complejo. Se ha señalo al respecto que:

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

36. En ejercicio de estas funciones, el Tribunal ha dispuesto, por ejemplo:

    a. La declaratoria de un estado de cosas inconstitucional (SSTC Exp. n.º 02579-2003-HD, Exp. n.º 03149-2004-AC, Exp. n.º 05263-2005-AC, 06089-2006-AA, Exp. n.º 00017-2008-AI, Exp. n.º 03426-2008-HC, entre otros) o de una situación de hecho inconstitucional (STC Exp. n.º 00003-2013-PI, 00004-2013-PI y 00023-2013-PI (acumulados));

b. La realización de un nuevo y definitivo estudio técnico de balance hídrico integral respecto del Caso Majes Siguas II (STC Exp. n.º 01939-2011-AA, ff. jj. 44 y siguientes);

c. Disponer la realización permanente de mediciones de la exposición radioeléctrica de la población, a fin de que se garantice la no afectación de los derechos fundamentales al medio ambiente y a la salud de los demandantes (STC Exp. n.º 04223-2006-AA, segundo punto resolutivo).

d. El control constitucional de políticas públicas, a partir de un estándar respetuoso del principio democrático (STC Exp. n.º 0014-2014-P1/TC y otros (acumulados) y STC Exp. n.º 03228-2012-AA)

37. Como puede apreciarse, en sentido estricto ninguna de estas opciones se encuentra prevista legalmente. Sin embargo, subyacen a la Constitución y se derivan del principio de elasticidad contenido en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en cuanto establece 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". Asimismo, estas han constituido herramientas idóneas para ayudar a encaminar la solución de problemáticas concretas con claras repercusiones constitucionales y sociales.

38. Es claro, entonces, que el Tribunal Constitucional puede y debe adoptar medidas orientadas hacia la solución definitiva de conflictos como el presente, por cuanto la clara demarcación territorial es un prerrequisito para que puedan ejercerse correctamente las competencias propias de cada una de las entidades públicas dotadas de autonomía por la Constitución.

39. Con lo anotado, y tomando en cuenta la sucesión de casos anotada, considero que es posible afirmar que la falta de demarcación territorial, tanto en el caso de las regiones de Puno y Moquegua, como a nivel nacional, obedece a una prolongada omisión de las autoridades competentes en el cumplimiento de sus atribuciones.

40. Por ello, a efectos de conocer mejor el mencionado incumplimiento, corresponde poner de relieve que la primera disposición complementaria de la Ley 27795, Ley de Demarcación y Organización Territorial, estableció en su momento, en el año 2002, el plazo de 5 años para que progresivamente se cumpla con el saneamiento de los límites territoriales a nivel nacional.

41. Posteriormente, de conformidad con el artículo 1 de la Ley 28920 del año 2006, se prorrogó dicho plazo hasta el 31 de diciembre del año 2012 y se priorizó el

saneamiento de los límites territoriales de las circunscripciones existentes, quedando en suspenso la creación de nuevos distritos y provincias a nivel nacional con excepción de aquellos que resulten indispensables.

42. Finalmente, la Ley 30187, la cual modificó la Ley 27795, determinó que será a través del Plan Nacional de Demarcación Territorial que se precisarán las políticas, prioridades y metas, así como los recursos necesarios para el saneamiento de los límites territoriales de las circunscripciones existentes.

43. El Plan Nacional de Demarcación Territorial (2013-2016), en su parte introductoria, reconoció la existencia de un preocupante retraso en el proceso, haciendo referencia a que los resultado cuantitativos desde el año 2002 (cuando se publicó la ley 27795) habían sido los siguientes:

    a. Al 2013 solo 12 de las 195 provincias del Perú habían saneado y actualizado sus límites político-administrativos;

    b. Solo 82 provincias contaban con Resoluciones Jefaturales emitidas por la DNTDT, que aprueban sus estudios de diagnóstico y zonificación (EDZ); y

    c. De los más de 50 límites territoriales interdepartamentales, apenas una decena habían sido definidos y resueltos.

44. La demora en el proceso de demarcación territorial existente en nuestro país trae como consecuencia que la mayor parte del territorio peruano no haya sido saneado en sus límites político-administrativos, impidiendo, además, que su cartografía político-administrativa se actualice. Asimismo, ha generado una situación de conflictividad social. Esa situación a nivel político se expresa en la creación de centros poblados en las zonas de conflicto.

45. En síntesis, puede advertirse que han transcurrido casi 15 años desde la aprobación de la ley de demarcación y organización territorial, y que ha concluido el plazo del plan nacional de la materia, siendo los avances alcanzados claramente insuficientes e insatisfactorios.

46. Por todo ello, considero que debe declararse que la falta de demarcación descrita involucra la existencia de una situación de hecho inconstitucional y que el Tribunal Constitucional debe declararla así. Esta técnica, a la cual ya recurrió el Tribunal en la STC Exps. n.ºs 00003-2013-PI, 00004-2013-PI y 00023-2013-PI (acumulados), procede frente a omisiones de los poderes del estado que no pueden ser suplidas por el propio órgano de control de la Constitución.

47. La omisión advertida en el presente caso constituye, en efecto, un incumplimiento de la obligación establecida para el Poder Ejecutivo por el artículo 102, inciso 7, de la Constitución, en la medida que se le atribuye una competencia exclusiva para proponer la demarcación territorial al Congreso de la República, quien a su turno aprobará la ley correspondiente.

48. Siendo así, considero que esta situación de hecho inconstitucional, derivada de la omisión de proponer técnicamente la demarcación territorial, impone a la Presidencia del Consejo de Ministros, a través de su Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial, el deber de cumplir siquiera con las medidas que ya fueron incluidas en el Plan Nacional de Demarcación Territorial 2013-2016, ello con la finalidad de revertir efectivamente el estado de cosas contrario al ordenamiento constitucional.

49. Considero entonces que la declaración de esta situación de hecho inconstitucional aquí resulta indispensable, máxime teniendo en cuenta que en la STC Exp. n.º 00033-2009-PI el Tribunal ya había exhortado al Gobierno o Poder Ejecutivo para que culmine el proceso de saneamiento de los límites, sin que se hayan obtenido resultados tangibles.

50. Aún más, en la misma sentencia se llamó la atención sobre "la parsimonia con que se viene afrontando el proceso nacional de saneamiento de límites territoriales (…), la cual no se condice con las altas responsabilidades conferidas por la Constitución, tanto más si es de público conocimiento que la imprecisión en la delimitación territorial puede generar violentos incidentes entre pobladores de ambos departamentos y regiones" (f. j. 16).

51. Ahora bien, sobre la base del principio de separación de poderes y el criterio de corrección en la interpretación y aplicación de la Constitución, es necesario respetar las competencias de los órganos llamados a desarrollar técnica y legislativamente la demarcación territorial a nivel nacional. Por ello, reitero que le corresponde a la Presidencia del Consejo de Ministros hacerse cargo de formular las propuestas técnicas respectivas fundadas en los principios de unidad, contigüidad, continuidad e integración, así como en criterios técnicos de orden poblacional, geográfico, socio-económico y cultural.

52. Ahora bien, y teniendo en cuenta las exhortaciones previas y los planes ya incumplidos, resulta necesario fijar un límite temporal para que los objetivos o metas estratégicas del Plan Nacional de Demarcación Territorial sean cumplidas, y estimo que dicho plazo puede fijarse hacia finales del año 2018. Cabe hacer mención, por cierto, que el trabajo técnico para el establecimiento de estos objetivos

o metas ha sido realizado por la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial de manera concertada con las autoridades regionales. Por ende, estas acciones prima facie contienen plazos asequibles, los cuales además han tenido en cuenta los criterios técnicos que rigen la materia.

53. Por las consideraciones expuestas, y sobre la base de la situación de hecho inconstitucional detectada, considero pues que el Gobierno o Poder Ejecutivo debe materializar de manera efectiva el proceso nacional de saneamiento de límites territoriales. Siendo así, y bajo responsabilidad de los funcionarios correspondientes, el Gobierno debe cumplir, antes de que finalice el año 2018, cuando menos con las siguientes metas u objetivos estratégicos ya previstos en el Plan Nacional de Demarcación Territorial:

    i) Contar con un mínimo de 100 provincias con proyectos de ley de demarcación y organización territorial aprobadas por el Congreso de la República;

    ii) Que el IGN posea y aplique una cartografía del 1/25,000 y se formule los Estudios de Inventarios y Diagnósticos Territoriales de las Provincias de nuestro país;

    iii) Contar con un confiable Sistema de Criterios e Indicadores para la Zonificación y Categorización de Centros Poblados y creación de Distritos, coherente con un modelo de desarrollo sostenible territorial nacional, regional y local;

    iv) Formulación de propuestas de Zonificación y Organización Territorial para las Provincias que han logrado la aprobación de leyes de demarcación y organización territorial por el Congreso de la República, proponiendo estrategias de implementación para las nuevas modalidades de organización territorial;

    v) Pleno funcionamiento del Registro Nacional de Profesionales y Técnicos en demarcación y organización territorial, altamente especializados y con acreditación de calidad;

    vi) Funcionamiento efectivo, eficaz y transparente del Tribunal de Arbitraje Territorial y de las Consultas Poblacionales; principales mecanismos de solución de controversias territoriales;

    vii) Lograr el reconocimiento legal e institucionalización del Sistema Nacional de Instituciones de Gestión del 46 Plan Nacional de Demarcación y Organización Territorial 2013-2016 Territorio que existen a

nivel nacional y regional. Estableciendo e institucionalizando Comités de Coordinación Permanente a nivel nacional y regional;

viii) Lograr el funcionamiento de un Sistema Nacional de Información Georeferenciada para la Gestión del Territorio;

ix) Realización, continua y permanente, de Campañas de Popularización de la Gestión del territorio a través del sistema educativo y los medios de comunicación de masas, y;

x) Realización e institucionalización del Seminario Internacional y de los Seminarios Regionales de Gestión del Territorio.

54. Adicionalmente, a efectos de lograr el cumplimiento de lo antes indicado, sería necesario disponer que la Presidencia del Consejo de Ministros informe, cada seis meses, sobre el estado de avance en el logro de las metas indicadas en el Plan Nacional de Demarcación Territorial.

55. Por último, y de manera más directamente relacionada con las partes intervinientes en el presente proceso de inconstitucionalidad, considero que la Presidencia del Consejo de Ministros, a través de la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial, debe adoptar, dentro de los siguientes 6 meses, las medidas necesarias para establecer los límites territoriales definitivos entre los Departamentos de Puno y Moquegua.

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXPEDIENTE 00019-2013-PI/TC
PUNO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE PUNO

VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente voto porque considero, al igual que el resto de mis colegas, que la demanda debe ser declarada FUNDADA; en consecuencia, corresponde declarar la inconstitucionalidad en su totalidad de la Ordenanza Municipal 010-2007-MPGS-CO, expedida por la Municipalidad Provincial de General Sánchez Cerro, por contravenir el artículo 194 de la Constitución.

Lima, 1 de marzo de 2017

S.
RAMOS NÚÑEZ

EXPEDIENTE 00019-2013-PI/TC
LIMA
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE PUNO

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Un país con casi 200 años de vida republicana no puede tener aún innumerables conflictos de organización o demarcación territorial

¿Hasta cuándo estaremos esperando que los funcionarios de la Administración pública y los legisladores terminen con su deber de construir la demarcación territorial interna de nuestro país? Esta omisión es una deuda de larga data, que se ha excedido en nuestra vida como República y nos enrostra en vísperas del Bicentenario de la Independencia que seguimos manteniendo un territorio con imprecisiones en sus límites territoriales internos.

El caso que a continuación se analiza podría terminar exclusivamente con una respuesta satisfactoria, a favor de los intereses que promueve la parte actora; sin embargo, considero que hay que decir algo más, sobre todo cuando la omisión del deber pendiente nos conduce a situaciones de inestabilidad jurídico, político y social.

Debo evidenciar que si bien es cierto que el principio de división de poderes no puede ser avasallado por un activismo judicial que asuma las competencias y protagonismos que el constituyente ha delegado en determinados funcionarios y autoridades, también es cierto que no resulta razonable que casi a dos siglos de vida republicana no se haya logrado concretizar en su totalidad la demarcación territorial interna de nuestro país y no se diga nada frente a tan cuestionable omisión.

Como jueza constitucional considero que en defensa de la Constitución y, en especial, de los derechos fundamentales de todos los peruanos y peruanas, tengo el deber de evidenciar esta situación normativa deficitaria que viene generando situaciones de inseguridad, desorden y conflictividad social, de modo que se ordene al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo el cumplimiento de su deber de demarcación territorial.

Considero que además de declararse, por la forma, fundada la demanda, también debe declararse "*la existencia de una situación de hecho inconstitucional*", en la medida en que el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo vienen incumpliendo permanentemente, durante casi dos siglos, su obligación de demarcar y organizar territorialmente zonas geográficas de numerosos distritos, provincias y regiones del Perú.

Como ya he señalado, el grave efecto de este incumplimiento de funciones de los poderes Ejecutivo y Legislativo genera, en muchos casos, no solo constantes y graves conflictos sociales, sino que al no haberse definido dichos límites territoriales, los ciudadanos se vean desprotegidos, por ejemplo, respecto de la prestación de los servicios de serenazgo, de limpieza pública u otros, pues se desconoce qué municipalidad u órgano de gobierno es competente para prestar dicho servicio.

Por las consideraciones que seguidamente expondré, estimo que debe ordenarse al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo culminar el proceso nacional de saneamiento de límites territoriales y que, bajo responsabilidad, se acelere y optimice el sistema de organización y demarcación territorial, en el más breve plazo posible, de modo que en ningún caso el 28 de julio de 2021, fecha en que cumplimos 200 años de vida republicana, nos quede pendiente la discusión de algún límite territorial.

Antecedentes del caso

56. Se advierte que, si bien la presente causa fue interpuesta y admitida a trámite como un proceso de inconstitucionalidad, toda vez que se cuestiona una norma con rango de ley, desde una perspectiva material, plantea la existencia de un conflicto territorial derivado de la falta de demarcación definitiva entre las regiones de Puno y Moquegua.

57. De hecho, el demandante alega que la municipalidad provincial demandada, mediante la impugnada Ordenanza Municipal 010-2007-MPGSCO, habría creado una municipalidad de centro poblado extralimitándose en el ejercicio de las facultades asignadas por el artículo 194 de la Constitución y el artículo 128 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, y afectando, por consiguiente, las atribuciones del Poder Ejecutivo y Congreso de la República de ejercer sus competencias en materia de demarcación territorial.

58. La Ordenanza Municipal 010-2007-MPGSCO, en sus dos únicos artículos, establece lo siguiente:

> Artículo Primero.- *Disponer la creación de la Municipalidad del Centro Poblado de Tolapalca del Distrito de Ichuña de la Provincia General de Sánchez Cerro.*

> Artículo Segundo.- *Encargar a la Secretaría General la difusión y publicación de la presente ordenanza en el diario de mayor circulación de la región y en la Web Institucional con arreglo a Ley.*

59. Se advierte que la Ordenanza debe ser examinada, en primer término, desde el punto de vista formal, para luego analizar el conflicto territorial subyacente en la pretensión sustantiva del demandante.

Análisis formal de la Ordenanza

60. El pronunciamiento sobre la constitucionalidad de las ordenanzas municipales en general y de la cuestionada ordenanza, en particular, exige determinar las disposiciones constitucionales y legales que habrán de operar como parámetro de validez.

61. El artículo 194 de la Constitución establece que las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de Gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a ley.

62. Por su parte, el artículo 79 del Código Procesal Constitucional establece que para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales.

63. La determinación de la constitucionalidad de la ordenanza impugnada requiere tomar en cuenta la Ley 27972, Orgánica de Municipalidades, que establece las atribuciones de las municipalidades provinciales.

64. Entre las competencias exclusivas de estos Gobiernos subnacionales se encuentra la de crear municipalidades de centros poblados a través de una ordenanza que determine además su delimitación territorial, el régimen de organización interno, las funciones que se le delegan, los recursos que se le asignan y las atribuciones administrativas y económico-tributarias que podrá ejercer.

65. En este sentido resulta evidente que, en el ejercicio de sus atribuciones, las municipalidades provinciales deben observar no solo el mandato constitucional, sino también las reglas contenidas en las normas que conforman el bloque de constitucionalidad. De ello se deduce que si la disposición impugnada no resulta conforme directamente a la norma interpuesta, será contraria, indirectamente, a la Constitución.

66. Dicho en otras palabras, si la ordenanza que crea el centro poblado no reúne los requisitos previstos en la Ley Orgánica de Municipalidades, será contraria a esta e indirectamente contraria a la Constitución en cuanto dispone que las municipalidades de los centros poblados son creadas "conforme a ley".

67. La Ordenanza 010-2007-MPGSCO de la Municipalidad Provincial General de Sánchez Cerro indica el distrito y la provincia a la que pertenece el Centro Poblado de Tolapalca, pero no satisface ninguno de los requisitos previstos en los incisos 1 al 5 del artículo 128 de la Ley Orgánica de Municipalidades.

68. Dicha disposición establece que las ordenanzas de las municipalidades provinciales que crean centros poblados deben determinar:

    a. la delimitación territorial;

    b. el régimen de organización interior;

    c. las funciones que se le delegan;

    d. los recursos que se le asignan;

    e. sus atribuciones administrativas y económico-tributarias.

69. De lo expuesto se deduce que la constitucionalidad de la ordenanza aprobada por una municipalidad provincial en la que se crea un centro poblado debe establecer, de manera clara, la delimitación del territorio, el régimen de organización interior, las funciones que se delegan, los recursos que se asignan y las atribuciones administrativas y económico tributarias.

70. El Tribunal Constitucional ha establecido que las municipalidades de centros poblados no pueden ser creadas en abstracto, "(…) sino con una determinada circunscripción territorial. En efecto, el artículo 194 de la Constitución señala que las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a ley. Detallando dicho mandato constitucional, el artículo 128, inciso 1, de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, señala claramente que las ordenanzas municipales que crean las municipalidades de centros poblados deben determinar su delimitación territorial" (STC 00012-2012-AI/TC, Fundamento Jurídico 14).

71. En el presente caso, la Ordenanza 010-2007-MPGSCO, que crea la Municipalidad del Centro Poblado de Tolapalca, solo establece que este se encuentra en el distrito de Ichuña, correspondiente a la provincia de General Sánchez Cerro, pero no cumple ninguno de los demás requisitos. Por lo tanto, resulta contraria a la ley y, en esa medida, indirectamente contraria a la Constitución.

72. Por las razones expuestas, estimo que corresponde declarar inconstitucional por la forma el artículo primero de la Ordenanza 010-2007-MPGSCO, que crea la Municipalidad del Centro Poblado de Tolapalca, y también el segundo, por conexidad con el anterior.

El conflicto territorial subyacente

73. Corresponde ahora analizar el conflicto territorial subyacente en la pretensión sustantiva del demandante, a la luz de la existencia de un constante enfrentamiento entre las regiones de Puno y Moquegua derivado de la falta de demarcación territorial entre ambas.

74. Corresponde tomar en cuenta que aun cuando las municipalidades provinciales tienen competencia exclusiva para pronunciarse sobre las acciones de demarcación territorial, no pueden decidir sobre esta. La propuesta de demarcación debe ser presentada por el Poder Ejecutivo, y será el Congreso de la República quien la apruebe, conforme lo señalan el artículo 102.7 de la Constitución y el artículo 1 de la Ley 27795, Ley de Demarcación y Organización Territorial, concordante con el anterior.

75. Sostiene la demandante que cuando la Municipalidad Provincial de General Sánchez Cerro (Moquegua) crea la Municipalidad del Centro Poblado de Tolapalca está usurpando competencias que no le corresponden, puesto que la demarcación territorial solo puede aprobarse por el procedimiento previsto en el artículo 102.7 de la Constitución.

76. Sin embargo, bien vistas las cosas, se advierte que no se invoca la invasión de una competencia que le haya sido asignada por la Constitución o las leyes orgánicas a la Municipalidad demandante y no a la demandada. El cuestionamiento se refiere, más bien, al ámbito territorial donde la Municipalidad de Sánchez Cerro pretende ejercer su competencia.

77. Se entiende que existe, en realidad, un conflicto territorial que se suscita como consecuencia de la falta de demarcación territorial, y advierte, además, que es un fenómeno que no afecta solo a las regiones de Puno y Moquegua sino que se extiende también a muchas otras regiones, provincias y distritos.

78. Deben analizarse las diversas manifestaciones del conflicto territorial entre Puno y Moquegua que han sido planteadas ante este órgano de control de la Constitución a fin de plantear las medidas que resultan indispensables para la pacificación del problema de fondo.

Antecedentes de los conflictos territoriales entre Puno y Moquegua

79. El primer caso tuvo lugar a partir de la publicación de la Ordenanza 018-2009-MPMN el 7 de agosto de 2009, mediante la cual la Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto, Moquegua, aprobó la creación de la Municipalidad del Centro Poblado de Pasto Grande estableciéndola como parte de la jurisdicción del distrito de Carumas.

80. Frente a esta norma con rango de ley, el 1 de octubre del 2009 la Municipalidad Provincial de Puno interpuso una demanda de inconstitucionalidad sobre la cual el Tribunal Constitucional se pronunció en la sentencia dictada en el Expediente 00033-2009-PI/TC. En esta sentencia, de fecha 15 de setiembre de 2010, el Tribunal declaró fundada la demanda argumentando que las normas encargadas de establecer la configuración territorial nacional son propias del Congreso de la República y no de las municipalidades provinciales a través de la creación de centros poblados.

81. El 20 de setiembre de 2010, tan solo cinco días después de haber sido publicada la sentencia analizada en los fundamentos anteriores, la misma Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto expidió la Ordenanza 021-2010-MPMN que dispone "Aprobar la Adecuación de la Municipalidad Delegada del Centro Poblado Menor de `Titire´ por la de Municipalidad del Centro Poblado de `Titire´".

82. Frente a dicha Ordenanza, con fecha 25 de abril del 2011, la Municipalidad Provincial de Puno interpuso una nueva demanda de inconstitucionalidad sosteniendo que la demarcación territorial del Centro Poblado de Titire no podía ser realizada por la Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto.

83. El Tribunal Constitucional, a través de la sentencia proferida en el Expediente 00009-2011-PI/TC, de fecha 16 de octubre de 2012, emitió una nueva sentencia estimatoria declarando inconstitucional el artículo 2 de la norma impugnada toda vez que "(…) la Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto ha ejercido atribuciones que son compartidas, en distintas fases, tanto por el Poder Ejecutivo –que propone la demarcación territorial– como por el Congreso de la República –que aprueba la demarcación–, violando el inciso 7) del artículo 102 de la Constitución Política del Perú" (Fundamento Jurídico 22).

84. El 6 de diciembre de 2011, mientras se encontraba en curso el proceso de inconstitucionalidad antes mencionado, el Gobierno Regional de Puno emitió la Ordenanza Regional 022-2011-GRP-CRP, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 6 de mayo de 2012, mediante la que se "Declaran de necesidad e interés regional la priorización de la Demarcación Territorial en zonas de conflicto territorial".

85. Frente a dicha norma, fue el Gobierno Regional del Moquegua el que interpuso demanda de inconstitucionalidad, por cuanto promovía el reconocimiento de los "límites ancestrales de la región Puno" que allí se indican, encomendando a la Gerencia de Planeamiento Presupuestario y Acondicionamiento Territorial la conclusión del proceso de demarcación territorial en toda la región.

86. El Tribunal Constitucional, a través de la sentencia recaída en el Expediente 00011-2012-PI/TC, de fecha 16 de octubre de 2012, declaró fundada en parte la demanda y, en consecuencia, inconstitucionales los artículos segundo y tercero de la ordenanza impugnada, toda vez que estos contravienen 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.

87. Asimismo, el Tribunal Constitucional, respecto a los límites ancestrales, observó que "(…) 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 estos puedan reconocer `límites ancestrales´" (STC 00011-2012-PI/TC, Fundamento Jurídico 32).

88. El 29 de abril de 2014, a través de la Ordenanza Municipal 401-2014-MPP, la Municipalidad Provincial de Puno modifica la Ordenanza Municipal 209-CMPP-2008, de fecha 21 de julio de 2008. De este modo, se crea la Municipalidad del Centro Poblado de Pasto Grande, correspondiente al distrito de Ácora, Puno. Ante esta situación la Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto (Moquegua), interpone una demanda de inconstitucionalidad contra la ordenanza que crea el mencionado centro poblado.

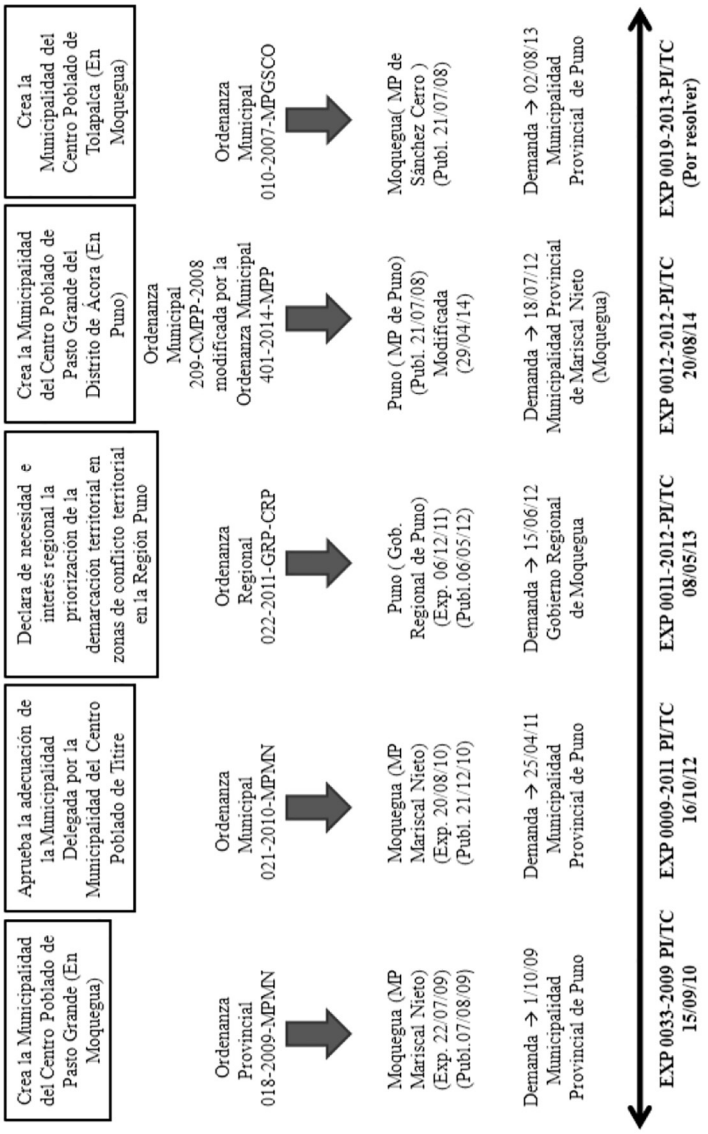
89. El Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el Expediente 00012-2012-PI/TC declaró fundada la demanda. Allí se argumenta que los Centros Poblados deben crearse con límites claros y precisos (no es abstracto) y, al igual que en los casos anteriores, que el Centro Poblado de Pasto Grande ha sido creado en un territorio cuya delimitación corresponde al Congreso de la República.

90. En dicho caso, se dejó sentado que "(…) No resulta válido crear municipalidades de centros poblados sin límites" (Fundamento Jurídico 14). Asimismo, siguiendo su jurisprudencia previa precisó que "(…) Estos límites deben fijarse respetando la delimitación territorial que previamente debe realizar el Congreso de la República conforme a lo indicado por el artículo 102, inciso 7, de la Constitución. En este caso, la circunscripción que la Municipalidad Provincial de Puno

considera que forma parte de su territorio no ha sido delimitada definitivamente por el Congreso de la República" (Fundamento Jurídico 14).

91. En resumen, el caso de autos es el quinto proceso de inconstitucionalidad que se suscita como consecuencia de la falta de demarcación territorial entre las regiones de Moquegua y Puno.

92. Vista gráficamente la secuencia del conflicto es la siguiente:



Estado actual de la controversia territorial entre Puno y Moquegua

93. El proceso de definición del límite territorial entre los departamentos de Moquegua y Puno inició el año 2009 mediante la Resolución Ministerial 448-2009-PCM. Dicha norma autorizó la participación de la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial y de la Secretaría de Coordinación de la PCM como apoyo técnico y facilitador de la Mesa de Trabajo para tratar la problemática de la demarcación entre ambos departamentos.

94. El Tribunal Constitucional, con miras a resolver la demanda de inconstitucionalidad recaída en el Expediente 00033-2009-AI/TC, mediante Oficio 0112-2010-SR/TC, de fecha 5 de marzo de 2010, solicitó informe a la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial de la Presidencia del Consejo de Ministros respecto a la demarcación y organización territorial de los departamentos de Puno y Moquegua, y, en particular, respecto a la creación y límites de la Provincia de Mariscal Nieto del Departamento de Moquegua.

95. En respuesta, la institución requerida, mediante Oficio 105-2010-PCM/DNTDT, de fecha 16 de marzo de 2010, puso en conocimiento de este Tribunal que "[A] nivel nacional contamos con 1834 distritos y 195 provincias; de los cuales el 80% de los distritos y el 92% de las provincias presentan límites referenciales, debido a la antigüedad de las creaciones políticas". Añade que "[T]ratándose del departamento de Puno, este cuenta con 13 provincias creadas entre los años de 1985 y 1991, siendo las provincias El Collao y Moho, las últimas creadas en el año de 1991(…) ."[P]or otro lado, el departamento de Moquegua cuenta con 3 provincias, creadas entre 1936 y 1970. De estas provincias, sus leyes de creación carecen de descripción de los límites territoriales debido a su antigüedad (…)".

96. Con posterioridad a dicha fecha, la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial elaboró el Informe Técnico 027-2013-PCM/DNTDT-DATGT, de fecha 30 de setiembre de 2013, referido a la redelimitación territorial entre los departamentos de Moquegua y Puno (Tramos I y II).

97. Este informe se expidió luego de haber determinado, finalmente, el límite territorial entre estos dos departamentos que se encontraba en controversia. Incluso en dicho informe se recomienda la elaboración de un Proyecto de Ley de Redelimitación territorial de los Departamentos de Moquegua y Puno, a fin de que sea elevado a las instancias correspondientes.

98. Sin embargo, contra dicho informe se interpuso una demanda de amparo, planteada por el Procurador Público del Gobierno Regional de Moquegua, contra la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial, el Gobierno Regional

de Puno y la Municipalidad Provincial de Puno. En esta se alegaba la vulneración del debido proceso, por cuanto se habrían presentado constantes irregularidades en la celebración de las mesas de diálogo, una evidente falta de rigor técnico en la toma de decisiones y una inexistente conciliación entre las partes que afectaba el procedimiento de diálogo y consenso previsto en la Resolución Ministerial 448-2009-PCM y al artículo 30 del Reglamento de la Ley 27795.

99. Las autoridades emplazadas argumentaron, al contestar la demanda que la propuesta técnica había sido realizada de acuerdo a ley y que era falso que se hubiese utilizado un procedimiento ajeno al de la mesa de trabajo.

100. Con fecha 28 de agosto de 2015, el Primer Juzgado Mixto de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, emite sentencia en primera instancia declarando infundada la demanda de amparo presentada, por cuanto no habría existido una afectación al debido proceso. El juzgado entiende que la resolución ministerial referida a la conformación de la mesa de trabajo que debía establecerse para solucionar los problemas limítrofes entre Moquegua y Puno, no sustituye el marco jurídico institucional a través del cual correspondía atender la cuestión.

101. El Gobierno Regional de Moquegua interpuso recurso de apelación con el argumento de que el *a quo* ha incurrido en error de derecho al no tomar en cuenta la afectación al debido proceso y la vulneración del procedimiento establecido en el artículo 30 del Decreto Supremo 019-2003-PCM.

102. Con fecha 11 de enero de 2016, la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Moquegua resolvió, en segunda instancia, revocar la sentencia apelada, declarando fundada la demanda de amparo presentada y, en consecuencia, nulo el Informe 027-2013-PCM/DNTDT-DATGT y sin efecto los actos administrativos realizados para la delimitación de los departamentos de Moquegua y Puno.

103. En virtud de esta decisión, el proceso de demarcación entre los departamentos de Moquegua y Puno sufrió un sensible retroceso por cuanto se debieron llevar nuevamente a cabo las mesas de trabajo y emitir un nuevo informe final.

104. En el presente caso, para mejor resolver, mediante Oficio 00106-2016-PLE-NO-SR/TC, del 11 de abril de 2016, se solicitó información a la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial de la Presidencia del Consejo de Ministros para conocer el estado actual del proceso de demarcación territorial entre los departamentos de Puno y Moquegua.

105. En respuesta a este, la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial, mediante Oficio 424-2016-PCM/DNTDT, de fecha 9 de mayo de 2016, puso

en conocimiento de este Tribunal que, tal como lo exige la sentencia de segunda instancia aludida, la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial convocó a las partes a efectos de buscar, dentro de la normativa vigente, un acuerdo de límites entre ambos departamentos. Además, en tal oficio se menciona que "Del acta de reunión del día 18 de abril del presente (2016), se aprecia la ausencia de la delegación del Gobierno Regional de Moquegua a pesar de haber sido válidamente notificados, demostrando de esta manera su falta de ánimo de lograr un acuerdo de límites entre ambos departamentos o de acatar con lo dictaminado por un órgano jurisdiccional al cual recurrieron" y que "de no existir consenso entre las partes, conforme las competencias y facultades conferidas por el literal d) del artículo 30 del Decreto Supremo N° 019-2003-PCM., Reglamento de la Ley 27795, la DNTDT procederá en la tercera fase a determinar el límite entre los departamentos de Moquegua y Puno a través de una propuesta técnica definitiva".

106. En conclusión, ha transcurrido mucho tiempo desde que comenzó el proceso de demarcación de los departamentos de Moquegua y Puno y todavía no ha concluido. Por tanto, resulta indispensable adoptar medidas que coadyuven a dicho propósito.

La función pacificadora de conflictos que posee el Tribunal Constitucional

107. Se ha puesto de relieve los diversos procesos constitucionales que se suscitaron entre los Gobiernos regionales y locales de Moquegua y Puno, donde se evidencia que por medio de la creación de centros poblados se ha intentado delimitar el área en disputa.

108. El hasta ahora incompleto proceso de demarcación territorial ha generado una serie de conflictos y controversias que ya fueron objeto de pronunciamiento por parte de este Tribunal Constitucional, que incluso ha exhortado al Poder Ejecutivo y al Congreso de la República a que "(…) en el plazo razonable más breve, culminen con el proceso nacional de saneamiento de límites territoriales" (STC 00033-2009-PI/TC, Punto Resolutivo Segundo).

109. Asimismo, se ha hecho notar que si bien se inició el proceso de saneamiento territorial entre los dos departamentos mediante el Informe Técnico 027-2013-PCM/DNTDT-DATGT, este fue declarado nulo como consecuencia del pronunciamiento de la Sala Mixta de Moquegua que se mencionara en el apartado anterior. Este fallo de enero del presente año ha traído como consecuencia que se deba realizar una nueva mesa de de diálogo que satisfaga el procedimiento establecido por la Ley de Demarcación y Organización Territorial y su respectivo reglamento.

110. El Tribunal Constitucional es un órgano jurisdiccional llamado a garantizar la supremacía de la Constitución y la efectividad de los derechos fundamentales y dentro de su competencia se encuentra la de resolver las causas adoptando medidas y resoluciones orientadas a poner término a las controversias que se llevan a su conocimiento.

111. Por ello, se ha dicho que es una de las funciones del Tribunal Constitucional la pacificación de los conflictos que se presentan en la vida constitucional. Al respecto, este órgano de control de la Constitución tiene resuelto que "(…) el control constitucional de las leyes, más allá del examen de compatibilidad, formal o material, de una ley con la Constitución, cumple también otras funciones trascendentales para un Estado constitucional de Derecho. Particularmente es pertinente poner de relieve la función pacificadora y ordenadora del Tribunal Constitucional" (STC 0006-2006-CC, Fundamento Jurídico 38).

112. Y en otro caso, añadió, que "(…) siendo la Constitución una Norma Fundamental abierta, encuentra en el Derecho Procesal Constitucional y, específicamente, en el CPConst., un instrumento concretizador de los valores, principios y derechos constitucionales, de manera tal que, en última instancia, estos informan el razonamiento y la argumentación del juez constitucional, por lo que el principio de dirección judicial del proceso (artículo III del Título Preliminar del CPConst) se redimensiona en el proceso constitucional, en la medida en que la jurisdicción constitucional no es simple pacificadora de intereses de contenido y alcance subjetivos, sino del orden público constitucional en conjunto" (STC 00005-2005-CC, Fundamento Jurídico 4).

113. De lo expuesto se deriva que el Tribunal Constitucional puede, y debe, adoptar medidas que exijan la solución definitiva del conflicto, dado que la clara demarcación territorial es un prerrequisito para que se puedan ejercer correctamente las competencias propias de cada una de las entidades públicas dotadas de autonomía por la Constitución.

Declaratoria de una situación de hecho inconstitucional

114. A partir de la sucesión de casos anotada, se advierte que la falta de demarcación territorial en el caso de los departamentos de Puno y Moquegua, pero también a nivel nacional, obedece a una prolongada omisión de las autoridades competentes en el cumplimiento de sus atribuciones.

115. Corresponde poner de relieve que la Primera Disposición Complementaria de la Ley 27795, de Demarcación y Organización Territorial, estableció, en el año

2002, el plazo de cinco años para que progresivamente se cumpla el saneamiento de los límites territoriales a nivel nacional.

116. Posteriormente, de conformidad con el artículo 1 de la Ley 28920 del año 2006, se prorrogó el plazo hasta el 31 de diciembre del año 2012 y se priorizó el saneamiento de los límites territoriales de las circunscripciones existentes quedando en suspenso la creación de nuevos distritos y provincias a nivel nacional con excepción de aquellos que resulten indispensables.

117. Finalmente la Ley 30187, que modifica la Ley 27795, determina que será por medio del Plan Nacional de Demarcación Territorial que se precisen las políticas, prioridades y metas, así como los recursos necesarios para el saneamiento de los límites territoriales de las circunscripciones existentes.

118. El Plan Nacional de Demarcación Territorial (2013-16) en su parte introductoria reconoce un preocupante retraso en el proceso, haciendo referencia a que los resultados cuantitativos desde el año 2002 (cuando se publicó la ley 27795) habían sido los siguientes:

a. Al 2013 solo 12 de las 195 provincias del Perú han saneado y actualizado sus límites político-administrativos;

b. Solo 82 provincias cuentan con Resoluciones Jefaturales emitidas por la DNTDT, que aprueban sus estudios de diagnóstico y zonificación (EDZ); y

c. De los más de 50 límites territoriales interdepartamentales, apenas una decena han sido definidos y resueltos.

119. La demora en el proceso de demarcación territorial existente en nuestro país trae como consecuencia que la mayor parte del territorio peruano no haya sido saneado en sus límites político-administrativos, impidiendo además que su cartografía político-administrativa se actualice. Asimismo, ha generado una situación de conflictividad social que se expresa a nivel político en la creación de centros poblados en las zonas de conflicto.

120. Puede advertirse que han transcurrido casi quince años desde la aprobación de la ley de demarcación y organización territorial, y que está concluyendo el plazo del plan nacional de la materia, pero los avances son claramente insuficientes e insatisfactorios.

121. Entiendo que la omisión de demarcación descrita despierta la necesidad de declarar la existencia de una situación de hecho inconstitucional, técnica, a la que ya se recurriera en las STC 00003-2013-PI/TC, 00004-2013-PI/ TC y 00023-

2013-PI/TC (Fundamentos Jurídicos 69, 98 y 99), y que procede frente a omisiones de los poderes del Estado que no pueden ser suplidas por este órgano de control de la Constitución.

122. La omisión advertida en el presente caso constituye un incumplimiento de la obligación establecida por el artículo 102.7 de la Constitución al Poder Ejecutivo, toda vez que se le atribuye en exclusiva la competencia para proponer la demarcación territorial al Congreso de la República, quien a su turno aprobará la ley respectiva.

123. La existencia de esta situación de hecho inconstitucional, derivada de la omisión de proponer técnicamente la demarcación territorial, exige que desde la justicia constitucional se ordene que la Presidencia del Consejo de Ministros, a través de su Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial, cumpla efectivamente con las medidas previstas en el Plan Nacional de Demarcación Territorial que elaborara.

124. Considero que la declaración de esta situación de hecho inconstitucional es indispensable, en tanto que en la STC 00033-2009-PI/TC ya se exhortó al Poder Ejecutivo a culminar el proceso de saneamiento de límites sin resultados tangibles.

125. Aún más, en la misma sentencia se llamó la atención sobre "(…) la parsimonia con que se viene afrontando el proceso nacional de saneamiento de límites territoriales, al cual hace referencia el Oficio 105-2010-PCM/DNTDT, que cursa la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial, la cual no se condice con las altas responsabilidades conferidas por la Constitución, tanto más si es de público conocimiento que la imprecisión en la delimitación territorial puede generar violentos incidentes entre pobladores de ambos departamentos y regiones" (Fundamento Jurídico 16).

126. Debe destacarse que el principio de división de poderes y el de corrección funcional en la interpretación y aplicación de la Constitución no autorizan al Tribunal a superponerse a los órganos que, de acuerdo con la Ley Fundamental, están llamados a desarrollar técnica y legislativamente la demarcación territorial a nivel nacional.

127. Por tanto, a mi juicio, debe ser la Presidencia del Consejo de Ministros la que se haga cargo de formular las propuestas técnicas respectivas fundadas en los principios de unidad, contigüidad, continuidad e integración, así como en criterios técnicos de orden poblacional, geográfico, socio económico y cultural.

128. Son evidentes las dificultades que conlleva realizar la demarcación territorial a nivel nacional, pero progresivamente se tiene que ir ampliando dicho objetivo, y, a tal fin, el órgano encargado debe cumplir las respectivas competencias de organización y demarcación territorial antes del 28 de julio del año 2021.

129. Cabe hacer mención que este trabajo técnico para el establecimiento de los objetivos ha sido realizado por la misma Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial en forma concertada con las autoridades regionales y, por ende, corresponde asumir que obedece a los criterios técnicos que rigen la materia.

130. Por las consideraciones expuestas, estimo que debe ordenarse que al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo culminar el proceso nacional de saneamiento de límites territoriales y que, bajo responsabilidad de los funcionarios responsables, se acelere y optimice el sistema de organización y demarcación territorial, en el más breve plazo posible, de modo que en ningún caso el 28 de julio de 2021, fecha en que cumplimos 200 años de vida republicana, quede pendiente la discusión de algún límite territorial.

131. Adicionalmente, estimo que la Presidencia del Consejo de Ministros deberá informar al Tribunal Constitucional, cada seis meses, sobre el estado de avance en el logro de las metas indicadas en el Plan Nacional de Demarcación Territorial.

132. En relación con el caso específico de las partes intervinientes en autos, se debe ordenar a la Presidencia del Consejo de Ministros que, a través de la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial, en los siguientes seis meses, adopte las medidas necesarias para establecer los límites territoriales definitivos entre los departamentos de Puno y Moquegua.

S.
LEDESMA NARVÁEZ

EXP N ° 00019-2013-PI/TC PUNO
ALCALDE DE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE PUNO

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 21 de agosto de 2013

VISTA

La demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Luis Butrón Castillo, Alcalde de la Municipalidad Provincial de Puno, contra la Ordenanza Municipal N.° 010-2007-MPGSCO, expedida por la Municipalidad Provincial General Sánchez Cerro, de fecha 27 de julio de 2007; y,

TENDIENDO A

1. Que con fecha 2 de agosto de 2013^, la parte accionante interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Municipal 010-2007-MPGSCO, en cuanto dispone la creación de la Municipalidad del Centro Poblado de Tolapalca del distrito de Ichuña, provincia General Sánchez Cerro, por vulnerar el artículo 102.7 de la Constitución, alegando que si bien la entidad municipal demandada es competente para la creación de municipalidades de centros poblados conforme a lo dispuesto en los artículos 79 y 128 de la Ley 27972, Orgánica de Municipalidades, dicha competencia no la faculta para realizar modificaciones en la demarcación territorial entre dos provincias, por contravenir los artículos 1. 2.2. 23. 24. 26, 28, 43, 139.2 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

2. Que el análisis que realice este Colegiado de la demanda interpuesta debe basarse en los criterios de procedibilidad y admisibilidad establecidos en la Constitución y en el Código Procesal Constitucional.

Sobre los legitimados activos

3. Que en concordancia con lo dispuesto en los artículos 98 y 99 del Código Procesal Constitucional, así como en el artículo 203.6 de la Constitución, los alcaldes provinciales, previo acuerdo del Concejo Municipal, se encuentran legitimados para incoar demandas de inconstitucionalidad en materias de su competencia.

Sobre las normas impugnadas

4. Que el control de constitucionalidad efectuado por este Tribunal recae sobre normas con rango de ley, tales como las ordenanzas municipales.

Sobre la prescripción

5. Que las normas con rango de ley que sean cuestionadas en un proceso de inconstitucionalidad deben, al momento de su impugnación, gozar de validez y vigencia en el ordenamiento jurídico (fundamento 2 de la STC 0017-2005-PI/TC y fundamentos 5 y 6 de la STC 0017-2005-PI/TC).

6. Que en este sentido el artículo 100 del Código Procesal Constitucional establece que la demanda de inconstitucional i dad de una norma debe interponerse dentro del plazo de seis años contado a partir de su publicación, por lo que presentada la demanda, luego de vencido dicho plazo, opera la prescripción de la pretensión, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 51 y el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución,

7. Que en el presente caso de los documentos anexos a la demanda así como de los argumentos expuestos en ésta, se aprecia que la ordenanza impugnada fue emitida el 27 de julio de 2007, mientras que la demanda de inconstitucionalidad fue interpuesta el 02 de agosto de 2013, es decir, luego de transcurrido el plazo prescriptorio indicado *supra*, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.10 del Código Procesal Constitucional, la demanda debe ser declarada improcedente.

Sobre la materia impugnada

8. Que sin perjuicio de lo establecido Supra, cabe precisar que reiterada jurisprudencia este Tribunal ha sostenido que el órgano competente para establecer la demarcación territorial a nivel nacional es el Congreso de la República, a propuesta del Poder ejecutivo, conforme a lo previsto en el artículo 102.7 de la Constitución.

9. Que no corresponde al Tribunal constitucional la competencia para determinar límites territoriales, criterio establecido en el fundamento 18 de la STC 009-2011-PI/TC y seguido en la STC 0001 -2001-CC/TC, la STC 0002-2004-CC/TC, la STC 0005-2007- CC/TC, la STC 0006-2007-CC/TC, la STC 0003-2008-CC/TC y la RTC 00009-2009- CC/TC, entre otras.

10. Que en el presente caso, como se alega en la demanda, la cuestionada ordenanza, al y delimitar la Municipalidad del Centro Poblado de Tolapalca, de la provincia General Sánchez Cerro, departamento de Moquegua. estaría estableciendo su ju-

risdicción en un área que comprende un territorio que es parte de la provincia de Puno, y por ende, de la jurisdicción de la Municipalidad Provincial demandante.

11. Que respecto de la jurisprudencia invocada en autos por la parte accionante, cabe indicar/que las ordenanzas impugnadas en dichos procesos -en los que este Tribunal emitió/ pronunciamiento de fondo- establecían una determinada demarcación territorial, lo que no sucede en el presente caso.

12. Que finalmente en su momento en la STC 0033-2009-PI/TC, recaída en el proceso seguido por la misma accionante en contra de la Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto (Moquegua), se sostuvo que *"(.) llama la atención del Colegiado la parsimonia con que se viene afrontando el proceso nacional de saneamiento de límites territoriales, al cual hace referencia el Oficio N° 105-2010-PCM/DNTDT, que cuna la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial, la cual no se con if ce con las altas responsabilidades conferidas por la Constitución, tanto más si es de público conocimiento que la imprecisión en la delimitación territorial puede generar violentos incidentes entre pobladores de ambos departamentos y regiones* (fundamento 16).

12. Que, por ende., este Tribunal reitera la invocación efectuada a los órganos responsables para que¿ dentro de las prioridades y en el plazo razonable más breve, culminen el proceso nacional de saneamiento de limites territoriales, lo que, sin duda, contribuirá a conseguir la tan ansiada paz social en la. justicia.

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

RESUELVE

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

2. Exhortar nuevamente al Congreso de la República y al Poder Ejecutivo a que, en el ámbito de sus competencias, dentro de las prioridades y altas responsabilidades que les confiere la Constitución y en el plazo razonable más breve, culminen el proceso nacional de saneamiento de límites territoriales.

Publíquese y notifíquese,

URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
CALLE HAYEN
ÁLVAREZ MIRANDA

EXP.N° 0019-2013-PI/TC PUNO
ALCALDE DE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE PUNO

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 2 de junio de 2014

VISTO

El recurso de reposición presentado por el procurador público de la Municipalidad Provincial de Puno, don Gerardo Zantalla Prieto contra la resolución de fecha 21 de agosto dé 2013; y,

ATENDIENDO A

138

1. Que mediante resolución de fecha 21 de agosto de 201 $3_{\#}$ notificada el 14 de octubre del presente año^ se declaró improcedente la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Luis Butrón Castillo, alcalde de la Municipalidad Provincial de Puno, contra la Ordenanza Municipal 010-2007-MPGSCO, de fecha 27 de julio de 2007, expedida por la Municipalidad Provincial General Sánchez Cerro,

2. Que mediante escrito de fecha 16 de octubre de 2013^ el procurador público de la Municipalidad Provincial de Puno interpone recurso' de reposición contra dicha resolución^- alegando que esta incurre en error material al determinar la fecha de presentación de la demanda, solicitando a su vez que se continúe con el trámite del proceso por no haber transcurrido el plazo prescríptorio para su interposición.

3. Que no obstante que la subsanación solicitada por el accionante es hecha suya por este Colegiado, la resolución que declara la improcedencia de la demanda se basó no sólo en el análisis de prescripción sino también en la falta de competencia del Tribunal Constitucional para conocer la pretensión formulada en el presente proceso de inconstitucionalidad.

4. Que aun cuando el petitorio de la demanda está dirigido a la declaración de inconstitucionalidad de la Ordenanza Municipal 010-2007-MPGSCO, expedida

por Municipalidad Provincial General Sánchez Cerro, de sus fundamentos fácticos jurídicos se advierte que lo pretendido por la entidad municipal demandante sobre las competencias materiales que les vienen asignadas a las p5.

Constitución o las leyes orgánicas, sino que supone dilucidar aspectos vinculados al ámbito territorial en el que ellas pueden ser ejercidas. En ese sentido los fundamentos 8 y siguientes de la resolución de fecha 21 de agosto de 2013 señalan claramente que el órgano competente para establecer la demarcación territorial a nivel nacional es el Congreso de la República, a propuesta del Poder Ejecutivo, conforme a lo previsto en el artículo 102.7 de la Constitución, posición ampliamente reiterada por la jurisprudencia de este Colegiado.

5. Que por tales argumentos corresponde al Tribunal Constitucional ratificar la plena vigencia de la resolución impugnada en el extremo que declara improcedente la demanda por la pretensión planteada.

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

RESUELVE

1. Declarar **FUNDADO** en parte el recurso de reposición presentado por el Procurador Público de la Municipalidad Provincial de Puno, corrigiéndose la fecha de interposición de la demanda; en consecuencia^ no ha prescrito la acción.

2. Declarar **INFUNDADO** el recurso en lo referente al examen de la pretensión de la demanda, por lo que se confirma la IMPROCEDENCIA de la demanda.

Publíquese y notifíquese.

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

EXPEDIENTE 0019-2013-PI/TC
MUN. PROVINCIAL DE PUNO AUTO 3

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 3 de junio de 2015

El pedido de nulidad, entendido como recurso de reposición, de fecha 2 de sep tiembre de 2014, interpuesto por la Municipalidad Provincial de Puno; y,

ATENDIENDO A QUE

1. Mediante resolución de fecha 21 de agosto de 2013, el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda interpuesta por el alcalde de la Municipalidad Provincial de Puno contra la Ordenanza Municipal N.° 010-2007-MPGSCO, expedida por la Municipalidad Provincial General Sánchez Cerro, por considerar: (i) que ésta se había interpuesto fuera del plazo de prescripción previsto por el artículo 100° dei Código Procesal Constitucional; y, (ii) que, conforme al artículo 102°, inciso 7, de la Constitución, es el Congreso de la República y no el Tribunal Constitucional la entidad competente para tomar decisiones en materia de demarcación territorial.

2. Con fecha 16 de octubre de 2013, el demandante presentó un recurso de reposición señalando que la demanda había sido interpuesta dentro del plazo legal, pero en Arequipa, por lo que solicitaba la subsanación del error que llevó a no tomar en consideración la fecha correcta de recepción de la demanda.

3. Mediante resolución de fecha 2 de junio de 2014, el Tribunal Constitucional declaró fundado el recurso de reposición en el extremo referido a la fecha de interposición de la demanda, afirmando que ésta efectivamente se había interpuesto dentro de) plazo previsto por el artículo 100° del Código Procesal Constitucional, por lo que no había prescrito la acción; no obstante ello, declaró infundado el recurso en lo referente al examen de la pretensión de la demanda, reafirmando la improcedencia de la misma, al considerar que la resolución que declaró la improcedencia "se basó no solo en el análisis de prescripción, sino también en la falta de competencia del Tribunal Constitucional para conocer la pretensión formulada en el presente proceso\ie inconstitucionalidad".

4. Ahora bien, conforme al artículo 202° de la Constitución, el Tribunal Constitucional tiene competencia exclusiva para resolver tanto las acciones de inconstitucionalidad contra normas con rango de ley, como los conflictos competenciales. Ciertamente, el artículo 104°, inciso 3, del Código Procesal Constitucional habilita al Tribunal Constitucional a rechazar liminarmente una demanda de inconstitucionalidad cuando carece de competencia para evaluar la constitucionalidad de la norma impugnada; sin embargo, el Tribunal debe aplicar esta disposición en concordancia con el artículo 200°, inciso 4, de la Constitución, el cual dispone que la acción de inconstitucionalidad "procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo".

5. En consecuencia, el Tribunal Constitucional no puede desestimar una demanda de inconstitucionalidad en aplicación del artículo 104°. inciso 3, del Código Procesal Constitucional cuando la pretensión contenida en la demanda consista en impugnar una norma con rango de ley. Solo podrá hacerlo cuando lo que se impugne sea una norma que no tenga rango de ley.

6. En concordancia con esta interpretación se encuentra el articulo 110° del Código Procesal Constitucional, el cual señala que si un conflicto competencial "versare sobre una competencia o atribución expresada en una norma con rango de ley, el Tribunal declara que la vía adecuada es el proceso de inconstitucionalidad". De lo anterior se deduce de manera indubitable que si un conflicto competencia se manifiesta en una norma con rango de ley no debe aplicarse el artículo 104°, inciso 3, del Código Procesal Constitucional, sino que, por el contrario, el conflicto competencial subyacente debe resolverse a través de un proceso de inconstitucionalidad.

7. Por tanto, a través de la resolución de fecha 2 de junio de 2014, se rechazó indebidamente la demanda recaída en autos, toda vez que lo que solicita el demandante es declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley. Por demás, a decisión irregular mencionada se sustentó en el hecho de que es el Congreso el órgano competente para realizar la demarcación territorial; sin embargo, este hecho no guarda relación con la procedibifidad o admisibilidad de la demanda recaída en autos sino que se vincula con el fondo de la controversia.

   Por consiguiente, es necesario dejar sin efecto la mencionada resolución, para dar cumplimiento efectivo al artículo 200°, inciso 4, de la Constitución y evitar que existan zonas exentas de control constitucional de las normas con rango de ley por parte de este Tribunal Constitucional. Así, debe admitirse la solicitud de

fecha 2 de setiembre de 2014. interpuesta por la Municipalidad Provincial de Puno, de anular la resolución de fecha 2 de junio de 2014 en el extremo que declara infundado el recurso de reposición referente al examen de la pretensión de la demanda y confirma la improcedencia de la misma, independientemente de si los argumentos de la demandante estén o no adecuadamente fundados en Derecho.

Análisis de procedibilidad

Sobre el rango de ley de la norma impugnada

9. El accionante interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Municipal N.° 010-2007-MPGSCO referida *supra*. Conforme establece el artículo 200°, inciso 4, de la Constitución y el artículo 77 del Código Procesal Constitucional, la demanda de inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen rango de ley. entre las cuales se encuentra la ordenanza municipal cuestionada.

Sobre el legitimado activo

10. Conforme al artículo 203°, inciso 6, de la Constitución y al artículo 99° del Código Procesal Constitucional, los alcaldes provinciales, previo acuerdo del Concejo Municipal, se encuentran legitimados para interponer demandas de inconstitucionalidad en materias de su competencia. En el caso concreto se advierte, del Acuerdo de Concejo N.° 017-2013-CMPP, de fecha 26 de marzo de 2013, que obra a fojas 19, que la demanda ha sido interpuesta por el Alcalde de la Municipalidad Provincial de Puno previa autorización del Concejo Municipal correspondiente, por lo cual este requisito de procedibilidad debe darse por cumplido.

Sobre la pretensión

11. Conforme a lo indicado, de la lectura de la demanda fluye que la pretensión del accionante consiste en que se declare la inconstitucionalidad de la Ordenanza Municipal N.° 010-2007-MPGSCO, por afectar la jerarquía normativa de la Constitución, al haber sido emitida en contravención a lo dispuesto en su artículo 102°, inciso 7. La pretensión concuerda con lo establecido en el artículo 200°, inciso 4, de la Constitución.

Sobre la sustracción de la materia

12. Como no se ha desestimado con anterioridad una demanda de inconstitucionalidad sustancial mente igual en cuanto al fondo y la norma impugnada se encuentra vigente. no se ha incurrido en la causal de sustracción de la materia prevista en el artículo 104°, inciso 2. del Código Procesal Constitucional.

Sobre la prescripción

13. El artículo 100° del Código Procesal Constitucional establece que la demanda de inconstitucionalidad contra una norma debe interponerse dentro del plazo de 6 años contados a partir de su publicación, salvo el caso de los tratados en que el plazo es de 6 meses. Conforme a lo antes señalado, en el presente caso la demanda se interpuso en la sede del Tribunal Constitucional en Arequipa, el 25 de julio de 2013. es decir, antes del vencimiento de dicho plazo, por lo cual también queda acreditado el cumplimiento de este requisito de procedibilidad.

Análisis de admisibilidad

Sobre el examen de la representación procesal de los legitimados activos

14. Conforme al artículo 99° del Código Procesal Constitucional, los alcaldes provinciales pueden interponer una demanda de inconstitucionalidad por sí mismos o mediante apoderado. En el presente caso, se advierte que el alcalde de la Municipalidad Provincial de Puno suscribe personalmente la demanda por lo cual queda acreditado el cumplimiento del requisito de admisibilidad anteriormente expuesto.

Sobre el abogado patrocinante

15. Asimismo, el artículo 99° del Código Procesal Constitucional exige que el alcalde provincial que interpone una demanda de inconstitucionalidad cuente con el patrocinio de abogado, fin este caso, los letrados Gerardo Iván Zantalla Prieto y Carlos Alberto Ticona Ticona suscriben la demanda en su calidad de procuradores públicos de la municipalidad accionante, por lo cual este requisito también debe darse por cumplido.

Sobre la determinación de los dispositivos impugnados

16. El artículo 101°. inciso 2, del Código Procesal Constitucional requiere la identificación precisa de los dispositivos normativos impugnados a través de una demanda de inconstitucionalidad. En el presente caso, se advierte que la demanda de inconstitucionalidad interpuesta está dirigida contra la Ordenanza N.° 010-2007-MPGSCO en su integridad por lo cual este requisito de admisibilidad debe considerarse satisfe-

Sobre la determinación de los argumentos esgrimidos

17. Por su parte, el artículo 101“, inciso 3. del Código Procesal Constitucional exige a los demandantes en un proceso de inconstitucionalidad exponer con precisión los fundamentos que sustentan su pretensión. De la lectura de la demanda se aprecia

que ésta cumple con dicho requisito al señalar, entre otras cosas, que conforme al artículo 102°. inciso 7, de la Constitución, la aprobación de la demarcación territorial a nivel nacional es potestad exclusiva del Congreso de la República, por lo que la ordenanza impugnada se encontraría viciada de incompetencia.

Calificación positiva de la demanda

18. Habiéndose acreditado el cumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 99° y siguientes del Código Procesal Constitucional, corresponde admitir a trámite la demanda de autos.

19. Por tanto, de conformidad con el artículo 107°, inciso 4, del Código Procesal Constitucional, resulta necesario emplazar a la Municipalidad Provincial General Sánchez Cerro para que se apersone al proceso y conteste la demanda en el plazo de treinta días siguientes a la notificación de la presente resolución.

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

RESUELVE

1. Declarar **FUNDADO** el recurso de reposición, en consecuencia **NULA** la resolución de fecha 2 de junio de 2014 en el extremo que declara infundado el recurso de reposición referente al examen de la pretensión de la demanda y confirma la improcedencia de la misma.

2. **ADMITIR** a trámite la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Municipalidad Provincial de Puno contra la Ordenanza Municipal N.° 010-20007-MPGSO, corriendo traslado de la demanda a la Municipalidad Provincial General Sánchez Cerro, conforme a lo dispuesto en el artículo 107°, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, para que se apersone al proceso y conteste la demanda.

Publíquese y notifíquese

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

Sentencia 0006-2017-PI/TC

Proceso de inconstitucionalidad promovido por 41 congresistas, contra los artículos 22.d, 37.4 y 37.5 del Reglamento del Congreso, modificados por la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR.

Fecha de publicación de la sentencia en el Portal Oficial del TC:
28 de marzo de 2017.

Fecha de publicación del auto de admisibilidad en el Portal Oficial del TC:
30 de mayo de 2017.

Fecha de publicación del auto resolución en el Portal Oficial del TC:
09 de agosto de 2017.

Fecha de publicación del auto de resolución de reposición en el Portal Oficial del TC:
18 de setiembre de 2017.

Fecha de publicación del auto de resolución en el Portal Oficial del TC:
18 de setiembre de 2017.

Resumen: El Tribunal declaró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad de autos; en consecuencia, primero, declaró inconstitucional el artículo 37, inciso 5, del Reglamento del Congreso, por vulnerar los derechos a la libertad de conciencia, a la participación política y al principio de interdicción de mandato imperativo. Luego, declaró inconstitucional el artículo 37, inciso 5, del Reglamento del Congreso, por vulnerar el derecho a la asociación, únicamente respecto de las expresiones «partidos políticos» y «alianzas electorales». Asimismo, declaró inconstitucional por conexidad los artículos 37, inciso 2, y 76, inciso 2.3, del Reglamento del Congreso. Además, declaró infundados dos aspectos de la demanda:

El primero declaró infundado el pedido respecto del artículo 37, inciso 4, del Reglamento del Congreso, debiéndose interpretar que la expresión «obligatoriedad» de los reglamentos de los Grupos Parlamentarios no se aplica para el ejercicio del voto en conciencia de parte de los congresistas.

Y, por último, declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo, 22, literal d, del reglamento del Congreso. Presenta los votos singulares de los magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada, y los fundamentos de voto de los magistrados Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera.

El Tribunal desarrolla la idea de democracia representativa como principio que articula la relación entre gobernantes y gobernados, entre representantes y representados. Explica que sobre este punto se abordó en el fundamento 7 de la STC 0030-2005-PI/TC.

Distingue, además, que la representación política puede tener dos dimensiones: «a) una formal, entendida como la simbolización-autorización generadora de una estructura estatal extrema, basada jurídicamente sobre los principios de autonomía orgánica y competencia, y; b) otra material, definida como el proceso político-ideal que posibilita que la voluntad popular se exprese y se actualice en la acción de los órganos dirigentes, legitimados democráticamente ante el pueblo y políticamente responsables ante éste.»

El Tribunal desarrolló el tema del transfuguismo, advirtiendo que la problemática respecto del traslado de partidos o grupos parlamentarios ha sido «un mal persistente que ha debilitado la democracia representativa en nuestro país». Explicó que, a pesar de que el propio Congreso de la República ha propuesto distintas iniciativas para combatirlo, no ha logrado solucionarlo. Para resolver el problema del transfuguismo, explicó que el normal desempeño de la función congresal supone un equilibrio entre el mandato representativo y el mandato ideológico.

Temas claves: Democracia representativa — ciudadanía— parlamento- transfuguismo— libertad de consciencia.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 29 días del mes de agosto de 2017, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Miranda Canales, presidente; Ledesma Narváez, vicepresidenta; Urviola Hani, Blume Fortini; Ramos Núñez; Sardón de Taboada; y, Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada, y los fundamentos de voto de los magistrados Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera.

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio

Con fecha 25 de abril de 2017, más del veinticinco por ciento (25%) del número legal de congresistas interponen demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 22.d y 37.4 del Reglamento del Congreso, modificados por el artículo 1 de la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR, y contra el artículo 37.5 del mismo reglamento, incorporado por el artículo de la referida resolución legislativa por contravenir los artículos 2.2, 2.3, 2.13, 2.17, 2.24.d., 93 y 95 de la Constitución. Con base en ello, los demandantes plantean la siguiente pretensión:

- Se declare la inconstitucionalidad de los artículos 22.d y 37.4 del Reglamento del Congreso, modificados por el artículo 1 de la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR.
- Se declare la inconstitucionalidad del artículo 37.5 del Reglamento del Congreso, incorporado por el artículo 2 de la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR.

En defensa de la constitucionalidad de la resolución legislativa objetada, con fecha 17 de julio de 2017, el Congreso de la República contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, por lo que solicita que la misma sea declarada infundada.

B. Argumentos De Las Partes

Los demandantes y el demandado postulan una serie de razones o argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las disposiciones jurídicas objetadas que, a manera de resumen, se presentan a continuación.

B-1. Demanda

La demanda se sustenta en los siguientes argumentos:

- El artículo 22.d del Reglamento del Congreso, modificado por el artículo 1 de la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR es inconstitucional porque contraviene el principio-derecho de igualdad (artículo 2.2 de la Constitución), toda vez que regula un tratamiento diferenciado al establecer que los congresistas que no tienen grupo parlamentario no pueden postular a cargos de la Mesa Directiva del Congreso o de las comisiones o ser designado miembro de la Comisión Permanente o del Consejo Directivo, a diferencia de los congresistas que sí pertenecen a un grupo parlamentario. quienes sí pueden postular a tales cargos. Asimismo, el artículo 22.d del referido Reglamento es inconstitucional porque contraviene el segundo párrafo del artículo 95 de la Constitución, toda vez que limita de manera definitiva el libre accionar parlamentario de los congresistas que no tienen grupo parlamentario y que, en los hechos, constituye una sanción encubierta, lo cual vulnera al carácter temporal de las sanciones parlamentarias.

- El artículo 37.4 del Reglamento del Congreso, modificado por el artículo 1 de la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR es inconstitucional porque contraviene la prohibición de mandato imperativo (artículo 93, primer párrafo, de la Constitución). Así pues, de un lado, se sostiene que el reglamento de una bancada parlamentaria, a diferencia del Reglamento del Congreso, no es una norma jurídica y, por lo tanto, carece del *ius imperium* de las normas jurídicas para obligar o vincular a los congresistas. Y de otro lado, se sostiene que el reglamento interno de una bancada parlamentaria, a diferencia del Reglamento del Congreso, no puede obligar o limitar la acción política y labor parlamentaria de un congresista que se encuentra inmune a los mandatos imperativos. Si se introduce en el Reglamento del Congreso una norma que haga vinculantes a los reglamentos de los grupos parlamentarios, esta norma resulta manifiestamente inconstitucional.

- El artículo 37.5 del Reglamento del Congreso, incorporado por el artículo 2 de la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR es inconstitucional porque contraviene los artículos 2.3, 2.13, 2.17, 2.24.d y 93, primer párrafo, de la Constitución. Así, se sostiene que: i) catalogar como tránsfuga y sancionar al congresista

que cambia de bancada por razones políticas o ideológicas vulnera el derecho a la libertad de conciencia (artículo 2.3), ii) obligar a los parlamentarios de un partido político y una bancada parlamentaria a permanecer en ella contra su voluntad, con el agravante de la prohibición de formar o pertenecer a otro grupo parlamentario, vulnera el derecho de libre asociación (artículo 2.13), iii) impedir participar en otro grupo parlamentario por el hecho de haber renunciado o haberse retirado de un grupo parlamentario, partido político o alianza política sin considerar las motivaciones para la decisión vulnera el derecho a la participación en la vida política de la nación (artículo 2.17); y, iv) limitar o recortar los derechos congresales, sin tipificar o definir previamente la conducta reprochable (transfuguismo) en el Reglamento del Congreso, da lugar a que se sancione de manera indiscriminada cualquier acto de disidencia, lo cual vulnera el principio de legalidad en su dimensión de taxatividad (articulo 2.24.d.).

– Asimismo, el referido artículo 37.5 del Reglamento en cuestión es inconstitucional porque contraviene el primer párrafo del artículo 93 de la Constitución, toda vez que impone la permanencia en un grupo parlamentario, limita la libertad de acción política y la labor parlamentaria del congresista como representante de la Nación, lo cual vulnera la prohibición del mandato imperativo.

B-2. Contestación de la demanda

La contestación de la demanda se sustenta en los siguientes argumentos:

– El artículo 22.d del Reglamento del Congreso no vulnera el derecho de igualdad (artículo 2.2. de la Constitución), toda vez que no se han previsto consecuencias jurídicas distintas a supuestos de hecho iguales, por lo que la medida impugnada supera el test de igualdad. Asimismo, no se vulnera el segundo párrafo del artículo 95 por cuanto no suspende en sus funciones a los congresistas que no integran un grupo parlamentario.

– El sometimiento de los congresistas al reglamento interno que apruebe cada grupo parlamentario (artículo 37.4 del Reglamento del Congreso) no vulnera la garantía de la prohibición del mandato imperativo (artículo 93 de la Constitución), toda vez que la importancia del fortalecimiento de los partidos políticos reconfigura la autonomía del congresista en función de la estabilidad institucional, que es soporte de una verdadera democracia representativa

– La incorporación del artículo 37.5 al Reglamento del Congreso, que limita la libertad de constituir un nuevo grupo parlamentario o de incorporarse a uno nuevo a los congresistas que no formen parte de una bancada por retiro, renuncia, separación o expulsión: i) no vulnera el derecho de libertad de conciencia, toda

vez que la medida restrictiva no es excesiva o desproporcional, ya que el grado de satisfacción de los principios de democracia representativa y de representación proporcional es mayor al grado de afectación de dicho derecho, ii) no vulnera el derecho de asociación, toda vez que el derecho de asociación con fines políticos comprende la libertad de constituir, incorporarse y renunciar a una organización política, lo cual no aplica para los grupos parlamentarios, iii) no vulnera el derecho de participación política, que tiene una doble dimensión: positiva, que abarca la posibilidad de constituir y afiliarse a organizaciones políticas; y una negativa, que faculta a negarse a formar parte o retirarse de una organización política, lo cual no aplica para grupos parlamentarios; y, iv) no se vulnera el principio de legalidad, toda vez que la Constitución exige que sea una ley la que establezca la restricción a la libertad general, y en este caso, el Reglamento del Congreso tiene fuerza y rango de ley, además de naturaleza orgánica.

– Si bien el artículo 37.5 del Reglamento del Congreso establece limitaciones a los congresistas, estas medidas son idóneas para optimizar el principio de democracia representativa; por lo tanto, no contravienen la prohibición del mandato imperativo.

150

C. Consideracion Previa

El Tribunal advierte que, aunque las disposiciones impugnadas propiamente no se refieren al término "transfuguismo", es posible advertir que los argumentos expuestos por las partes a lo largo de este proceso se refieren a esta práctica parlamentaria. Así, en el escrito de demanda (fojas 5), en el de contestación de la demanda (página 20 del escrito) y en la audiencia pública, las partes se han referido de manera constante a este fenómeno político.

Es por ello que, sin perjuicio de introducir las precisiones conceptuales correspondientes, este Tribunal, en lo sucesivo enfocará sus fundamentos en relación con la adopción de medidas que han sido adoptadas por el Congreso de la República para combatir esta conducta.

II. FUNDAMENTOS

A. Democracia Representativa

1. La idea de democracia representativa es el principio que articula la relación entre gobernantes y gobernados, entre representantes y representados. Este Tribunal, en el fundamento 7 de la STC 0030-2005-PI/TC, ha afirmado que, "son notas distintivas de la democracia representativa, de un lado, que los representantes no

son meros portavoces de sus representados, sino conformantes de un órgano con capacidad autónoma e independiente de decisión, previa deliberación; y de otro, que lo son no de simples intereses particulares (*policys*), sino generales (*politics*)".

2. La democracia representativa rige nuestro sistema constitucional, y se encuentra prevista en el artículo 45 de la Constitución, el cual, en la parte pertinente, establece que "[e]l poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen". También se encuentra recogida en diversos artículos constitucionales, como el 43 (nuestro gobierno "es representativo"), el 93 ("[l]os congresistas representan a la Nación"), los artículos 110 y 111 (el Presidente de la República personifica a la Nación y es elegido por sufragio directo), los artículos 191 y 194 (elección por sufragio directo de los gobiernos regionales y locales), entre otros.

3. La democracia representativa, que se presenta en un contexto de pluralismo, contrasta con la noción del liberalismo decimonónico, el cual enfatiza la dimensión homogénea de las sociedades. Este pluralismo ideológico, social, cultural y económico, que es la suma de intereses particulares, debe ser traducido en planteamientos políticos y jurídicos que puedan reflejarse en actuaciones estatales, a fin de hacerlos compatibles con los valores constitucionales. Para ello, es necesario un proceso de deliberación que permita tomar en cuenta esta mixtura de ideas y su compatibilidad con la Constitución.

4. Uno de los espacios idóneos y predominantes para materializar dicho proceso de deliberación es el Congreso. En efecto, este es un auténtico órgano deliberante. Es el espacio donde se resuelven las tensiones y desacuerdos que surgen de la propia realidad plural que determina y enmarca las relaciones jurídicas y políticas. No obstante, el proceso deliberativo no debe ser confundido con las actividades que pretenden dar apariencia de deliberación. Y es que aquellos procesos en los que solo se enfatice el proceso de contabilizar votos distan mucho de ser procesos deliberativos. La cuantificación de votos ha de ser, en todo caso, el resultado de las deliberaciones, en donde sean las razones de peso las que precedan al conteo de votos, de manera que dicho elemento no sea el determinante, sino las razones que se encuentran detrás de los mismos. Esta clase de deliberaciones, y no los votos en sí, son los que brindan legitimidad a una decisión y a la entidad que las emite.

5. Ahora bien, el proceso de deliberación sirve para el intercambio de información, así como colabora en la toma de decisiones. Sin embargo, ello no supone que mediante la deliberación se alcance necesariamente un contexto de certidumbre, pues en ocasiones las decisiones políticas son tomadas con diferentes grados de discrecionalidad. De este modo, la deliberación se erige como un proceso in-

dispensable para poder enriquecer el debate no solo en cuanto a lo referido a la información que se pueda brindar, sino también en cuanto a perspectivas y enfoques. Y es que es la calidad del proceso deliberativo la que legitima la función legislativa, de ahí que se afirme que una norma jurídica se legitima como resultado de la deliberación general y no de la voluntad general.

6. Es este el contexto que determina la necesidad de garantizar la libertad e independencia del congresista para concurrir en el proceso deliberativo, a través del mandato representativo. Y es que, "[...] si la esencia de la política parlamentaria es la deliberación, y habida cuenta de que la deliberación no es posible bajo la forma de mandato imperativo, el mandato representativo constituye una exigencia ineludible del sistema" [De Vega García, Pedro. Democracia, representación y partidos políticos. En: Pensamiento Constitucional N° 2, 1995, p. 17].

B. Representación Política y Mandato Parlamentario

7. El artículo 93 de la Constitución establece que los congresistas representan a la Nación. De ello se desprende que la razón de ser del Congreso es asegurar la soberanía representativa del pueblo, o, lo que es lo mismo, representar la voluntad popular. En general, la representación puede ser entendida como aquella relación que determina el reemplazo de un sujeto (representado) por otro (representante). En el plano político, la representación es la forma de expresión hacia afuera del poder político y, por tanto, es el elemento formal de su legitimidad.

8. Ahora bien, la idea de representación resulta inseparable de los conceptos de "soberanía" y "nación", los cuales se vinculan al gobierno representativo. Así, la Nación es la titular de la soberanía y delega el ejercicio de su poder en los distintos órganos del Estado. Las acciones de dichos órganos (actos de gobierno, leyes, sentencias, etc.) solo son legítimas si, a través de ellas, actúa la voluntad de la Nación a través de un proceso deliberativo, por lo que esta representación las legitima. De ahí que se afirme que la representación política es la garantía formal de la existencia de la soberanía impersonalizada.

9. Ahora bien, la representación política puede tener dos dimensiones: a) una *formal,* entendida como la simbolización-autorización generadora de una estructura estatal externa, basada jurídicamente sobre los principios de autonomía orgánica y competencia, y; b) otra *material,* definida como el proceso político-ideal que posibilita que la voluntad popular se exprese y se actualice en la acción de los órganos dirigentes, legitimados democráticamente ante el pueblo y políticamente responsables ante éste.

10. De lo anterior, se deduce que el "mandato parlamentario" es un instrumento institucionalizado para la representación política; un dispositivo técnico jurídico para la participación indirecta de los ciudadanos en los asuntos públicos que permite la conversión de la voluntad popular en voluntad del Estado. De allí que, si la representación política es un compromiso entre estatalidad y democracia, el mandato parlamentario es el instrumento político constitucional al servicio de la representación misma.

11. Al respecto, nuestra Constitución ha optado por reconocer el mandato no imperativo de los congresistas, el cual se sustenta en la confianza depositada en un representante que, más allá de los intereses particulares o grupales que tuvo al asumir el cargo, debe pensar en nuevas e imprevisibles situaciones respecto del bienestar general de la colectividad. De esta forma, aunque existe ciertamente un importante nivel de compromiso con su elector, los congresistas también deben atender al bienestar general de la nación, pues han dejado de ser simples integrantes de algún movimiento o partido para pasar a representarla. Esta idea de la labor del parlamentario se ve plasmada en lo que, en algún momento, expresó Edmund Burke sobre la función de los representantes:

> "[e]n algunos temas sociales y económicos representaré vuestros intereses porque los conozco; en algunos otros temas representaré los intereses del país porque hay temas que van más allá de mi colegio electoral; y hay otros temas, que en este momento no puedo ni siquiera prever, sobre los que me vais a permitir que exprese mi posición personal en ciencia y en conciencia" [citado en: Pasquino, Gianfranco. Democracia Elecciones y Partidos. Artículo contenido en el libro colectivo editado por Michelangelo Bovero y Valentina Pazé (2014): la democracia en nueve lecciones, Madrid: Editorial Trotta, págs. 38 y 39].

12. En este mismo sentido, una revisión de lo que puede denominarse como nuestra Constitución histórica confirma esta forma de entender la democracia. Así, la Constitución de 1823, que fue la primera que se adoptó en la era republicana, reconocía que el gobierno peruano era de carácter popular y representativo (art. 27), precisando que es el Congreso del Perú en quien reside exclusivamente el ejercicio del poder legislativo, y que está compuesto por todos los representantes de la nación (art. 51). Este reconocimiento se derivó, a su vez, de lo dispuesto en las Bases de la Constitución Política de la República Peruana de 1822, las cuales reconocían que el gobierno era popular y representativo (artículo 4), y que a la nación tocaba hacer su Constitución y leyes por medio de sus representantes (art. 6). De hecho, la emblemática Declaración Francesa de los Derechos del Hom-

bre y del ciudadano de 1789, que ejerció un importante influjo en las Bases de 1822 y en la Constitución de 1823, empieza su articulado haciendo referencia a que son los "representantes del pueblo francés" los que han decidido exponer los derechos naturales de la persona, lo cual no hace sino acreditar el importante enraizamiento que la democracia representativa ha tenido en nuestra vida republicana.

B-1. Modelos de representación política

13. La comprensión jurídico-constitucional de la representación política, así como de las respuestas normativas adoptadas a los problemas que ella presenta, no puede hacer a un lado la cultura política de cada país, o su propia experiencia histórica.

14. La representación política presenta sus raíces históricas en la época medieval, en la que las asambleas parlamentarias feudales eran órganos de representación de los intereses de los diversos estamentos de la época. Estas se caracterizaban por responder únicamente al mandato previsto en los cuadernos de instrucciones o *cahiers d' instructions,* y si excedían los mismos debían asumir distintos niveles de responsabilidades. Es por ello que este tipo de representación medieval se vincula con el contrato privado de mandato. De ahí que se afirme que, en estricto, la naturaleza de estas asambleas no son subsumibles en el concepto político de representación, dado que solo cuando el poder político se vuelve en impersonal, la representación se institucionaliza en tanto elemento funcional/existencial del Estado.

15. Los parlamentos modernos nacidos luego de la Revolución Francesa –salvo el Parlamento inglés– se erigieron como órganos de control frente al Ejecutivo, e independientes respecto al pueblo –vinculados con estos solo al momento de la elección–, configurando una relación de legitimidad representativa de carácter institucional. Así, son dos los rasgos característicos de este nuevo modelo: i) el representante ya no traduce de manera directa la voluntad concreta del representado, sino que expresa la voluntad de todo el pueblo o nación, sin que quepa la formación de grupos intermedios o partidos en la asamblea, a fin de evitar la instauración de cuerpos aristocráticos; ii) debido a que la nación no tiene voluntad por sí misma, son los representantes los que construyen libremente esa voluntad que antes no existía, suprimiéndose el sistema de mandato imperativo, propio del periodo anterior.

16. Con la aparición de los partidos de masas nacidos en el periodo de entreguerras –dotados de un aparato organizativo autónomo y permanente, basados además

en el concepto de militancia y disciplina interna– sobrevino lo que cierto sector de la doctrina ha denominado un "Estado de partidos", que contrasta con el esquema representativo liberal anterior: son los partidos políticos los agentes encargados de concretizar la voluntad popular. Esto implicó, primero, el cambio de un modelo de sufragio restringido a uno universal, así como su posterior reconocimiento como derecho fundamental. De esta forma, es el representante quien manifiesta la voluntad del elector, articulada en torno a los partidos políticos y, a partir de ello, se advierten dos nuevos tipos de relación representativa: i) la del elector-partido, en el que la ciudadanía confía su voto en una opción política determinada y no ya (o no al menos únicamente) en un representante individualmente considerado, y; ii) la del congresista-partido, en el que se advierte una disciplina que debe ser respetada por el representante electo hacia el grupo político a través del cual pudo acceder al cargo político.

B-2. La representación política en la Constitución de 1993

17. El artículo 93 de la Constitución establece que los congresistas representan a la Nación. Así, la representatividad va más allá de factores como el ámbito territorial de elección, la cantidad de votos obtenidos o la afiliación política del congresista, el cual no representa únicamente a los electores de su circunscripción, sino a toda la ciudadanía, idealmente configurada. El representante parlamentario electo cumple sus funciones en nombre de todos los peruanos. Otras fuentes de representatividad del parlamentario en el ámbito político lo constituyen el derecho a participar en la vida política de la Nación (artículo 2.17 de la Constitución), así como el de poder elegir libremente a sus representantes (artículo 31 de la Constitución).

18. Si bien los congresistas tienen amplia libertad e independencia en el ejercicio de su labor, lo que se complementa con el reconocimiento de diversas prerrogativas propias de un modelo liberal (prohibición del mandato imperativo, inviolabilidad del voto y opiniones, inmunidad parlamentaria, previstas en el artículo 93 de la Constitución), también lo es que, dentro del esquema del mandato representativo que la Constitución atribuye a los congresistas, también adquieren especial relevancia los partidos o las organizaciones políticas que facilitaron su elección. Esta afirmación se deriva de lo estipulado en el artículo 35 de la Constitución, el cual señala que los ciudadanos pueden ejercer sus derechos de manera individual o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, que concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular.

19. Es importante recordar que, al ser casi imposible la materialización de la participación constante de la ciudadanía en el diseño e implementación de las políticas

públicas, los partidos políticos suelen presentar propuestas ideológicas para que ella pueda verse representada en alguna de ellas. Por ello, muchas veces la integridad ideológica actúa como un importante filtro para identificar si la labor del representante se condice con la línea de pensamiento que mostró antes del proceso electoral [*cfr*. Sánchez Cuenca, Ignacio. Más democracia, menos liberalismo (2010). Buenos Aires: Katz Ediciones, pág. 91]. Sin embargo, también nota este Tribunal que, en no pocas oportunidades, los partidos políticos deben enfrentar situaciones o cuestiones no previstas en su propio ideario, por lo que resulta importante que se reconozca un considerable margen de maniobra para que el representante, con una visión de Estado, pueda optar por la solución que estime más pertinente. Ya no son, pues, los clásicos "*cahiers d' instructions*", propios del derecho medieval. En la actualidad, el dinamismo de las sociedades modernas invita a considerar la posibilidad de que el representante cuente con un respetable espacio de decisión. De ello no se deduce, sin embargo, que esta delegación haga las veces de un cheque en blanco a su favor.

20. Los partidos políticos, en ese sentido, no son incompatibles con la idea del autogobierno. Sin embargo, se requiere que la ciudadanía asuma un importante nivel de responsabilidad en la toma de decisiones. En ese sentido, la democracia para el electorado no puede agotarse con la cita en las urnas. Se trata, como ya lo ha precisado este Tribunal, de un plebiscito de todos los días [STC 00015-2001-PI y acumulados, fundamento 13]. Esta labor diaria de la ciudadanía se debe plasmar, también, en los mecanismos de rendición de cuentas y a través de la exigencia de responsabilidades [Bockenforde, Ernst (2000). Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Madrid: Editorial Trotta, pág. 144]. La cláusula de mandato no imperativo no es incompatible con los mecanismos de responsabilidad política que, por lo demás, se reconocen en la misma Constitución. Es así que, aunque puede haber representación política sin democracia, es en la práctica inconcebible la democracia sin representación, particularmente en sociedades como la nuestra. Lo que, en todo caso, ha sido objeto de un constante debate ha sido el aspecto vinculado con el grado de vinculación del representante con su elector.

21. Dado que los congresistas de la República representan a la Nación, entendida esta como a la ciudadanía en su conjunto, y que puede ejercer su voluntad a través de organizaciones políticas constituidas para tal efecto, en realidad, nuestro sistema adopta un modelo *mixto* de representación política, que busca un equilibrio entre la independencia en el ejercicio del mandato parlamentario y la importancia de las organizaciones políticas como soporte para el buen ejercicio de dicho mandato, con el fin esencial de garantizar que se concretice la voluntad

popular. A partir de este equilibrio se debe buscar que el compromiso del representante con el elector se articule necesariamente en el seno de una candidatura, de un partido y de un grupo parlamentario.

C. Alteraciones Del Mandato Parlamentario

C-1. El transfuguismo

22. De acuerdo a la Real Academia Española de la Lengua, la palabra "tránsfuga" tiene 3 acepciones: i) persona que pasa de una ideología o colectividad a otra; ii) persona que, con un cargo público, lo abandona al separarse del partido que lo presentó como candidato y; iii) militar que cambia de bando en tiempo de conflicto (http://dle.rae.es/?id=aJozdBN, consultado el 11 de agosto de 2017). Si bien la doctrina no suscribe un concepto unívoco del término, en tanto se advierten discrepancias en torno a la connotación peyorativa que correspondería atribuirle o no, bien puede asumirse, con fines explicativos, una concepción amplia del mismo. Así, por transfuguismo se alude a aquél fenómeno en virtud del cual un funcionario, que ostenta un cargo de representación popular, decide, dentro del período institucional respectivo, retirarse del grupo político que avaló su candidatura y adherirse a otro.

23. Sus manifestaciones pueden ser de las más diversas. En esa lógica, la doctrina ha identificado ciertas clases de transfuguismo sobre la base de criterios específicos:

    a) Por el momento en que se produce, se puede distinguir entre:

    - *Transfuguismo inicial:* cuando los parlamentarios electos deciden inscribirse desde el inicio de su cargo parlamentario en un grupo distinto a aquel que lo respaldó electoralmente.
    - *Transfuguismo sobrevenido:* implica el cambio del congresista de un grupo parlamentario a otro, luego de iniciada la legislatura.

    b) Por su forma de expresión, se debe distinguir entre:

    - *Transfuguismo propio,* en el que el representante, luego de haber sido elegido en las listas de un determinado partido, se pasa a otro por voluntad propia o por expulsión. Con el traspaso del congresista de un grupo a otro las fuerzas en el parlamento varían.
    - *Transfuguismo impropio,* en el que el representante popular rompe la disciplina de grupo en las acciones acordadas en bloque por una agrupación política, sin implicar una renuncia de la bancada (votación disonante, abstención injustificada).

c) Por su motivación, se distingue entre:

- *Transfuguismo legítimo*, en el que se entiende que el cambio de un grupo político a otro se realiza de manera justificada, en razón a supuestos tales como: i) *el cambio de orientación ideológica de los partidos,* que implica que el representante mantiene su integridad ideológica, y más bien son los partidos quienes, de manera material, evidencian un cambio en sus líneas políticas, ii) *la mutación ideológica personal*, donde el representante, en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de conciencia (artículo 2.3 de la Constitución), puede variar su ideario ideológico y, por ende, justificar su salida de un partido político para ingresar posteriormente a otro más afín a su nueva línea de pensamiento, iii) *desaparición o crisis de partidos*, en el que el proceso de fragmentación o descomposición de un grupo parlamentario puede producir la salida de miembros de este, iv) *discrepancias con la dirección del partido o grupo parlamentario*, que se origina a raíz de desencuentros entre el representante político y la dirección del partido, por diversas razones, ya sea de carácter organizacional (excesiva disciplina interna, deficiente democracia interna, etc.) como de carácter personal.

- *Transfuguismo ilegítimo*, donde el cambio de grupo político del funcionario responde a móviles reprochables éticamente, tales como: i) *el oportunismo o la búsqueda de mejores posiciones políticas,* donde el funcionario tránsfuga pretende mejorar su carrera política en otro grupo parlamentario, dejando de lado sus convicciones ideológicas iniciales, ii) *la compensación económica (transfuguismo retribuido)*, es la modalidad más reprochable y que implica el cambio ideológico en razón a ventajas de carácter pecuniario o de cualquier otra índole, que puede colindar con acciones de carácter delictivo.

C-2. Necesidad de la regulación y políticas de desincentivo del transfuguismo en el marco del fortalecimiento de nuestro sistema de democracia representativa

24. La figura del transfuguismo es un fenómeno universal. Surge con la aparición de los partidos políticos a principios del siglo XIX. Inicialmente, la afiliación a un partido político se justifica en el interés o la costumbre –sin tomar en cuenta la doctrina o ideología– por lo que no era extraño el cambio de un partido a otro. Estos cambios fueron menos frecuentes con la aparición, a principios del siglo XX, de los partidos de *masas,* como son los partidos socialistas, comunistas o demócrata-cristianos, en los que solía haber un fuerte contenido ideológico. No obstante, a partir de la última década del siglo XX, se ha mostrado una pre-

ferencia por una democracia pluralista, radical y reaccionaria frente al sistema hegemónico de partidos políticos, lo que ha sido calificado por la doctrina como "democracia sin partidos", que pretende mayor proximidad y cercanía entre los representantes y los electores.

C-2.a. Antecedentes de una problemática constante en nuestra Democracia Representativa

25. En el caso del Perú se han identificado varios casos de transfuguismo en el siglo pasado. Así, se afirma que durante el periodo 1956-1962, correspondiente al gobierno del Presidente Manuel Prado Ugarteche, fueron conocidos los casos de los ex diputados por el partido Democracia Cristiana, Jorge Bolaños Ramírez, por Arequipa, y Efraín Ruiz Caro, por Cusco, quienes abandonaron el partido con el que llegaron a la Cámara de Diputados y se ubicaron en el grupo de izquierda de ese mismo periodo [Delgado Guembes, César. Fragilidad partidaria y racionalidad del Transfuguismo en Latinoamérica (2009). En: Santolaya Machetti, Pablo y Corona Ferrero, Jesús (directores). Transfuguimo político: escenarios y respuestas. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters, págs. 223].

26. Asimismo, se afirma que durante los años 1985-1990, en el primer gobierno del Presidente Alan García Pérez, se dieron los casos de Alfredo Barnechea y de Aurelio Loret de Mola Böhme, que llegaron a la Cámara de Diputados con el partido aprista pero concluyeron como independientes; algo similar ocurrió con Fernando Olivera Vega, que se incorporó como integrante del Partido Popular Cristiano en la Alianza Convergencia Democrática (CODE) y luego funda el Frente Independiente Moralizador (FIM).

27. En el periodo 2000-2001, la situación cobra una intensidad inusitada, ya que el número de congresistas tránsfugas llegó a 52; mientras que en el periodo 2001-2006 se dieron poco menos de 40 casos [Delgado Guembes, César. Fragilidad partidaria y racionalidad del Transfuguismo en Latinoamérica, ob.cit., pág. 224]. Por su parte, en el periodo legislativo 2006-2011, el Congreso inició con 7 grupos parlamentarios y, al finalizar el mismo –julio 2011– contaba con 12 grupos; algo similar ocurrió durante el periodo 2011-2016, en el que el número de grupos parlamentarios inicial fue de 6 y culminó con 10 grupos y 3 congresistas no agrupados [Congreso de la República. Dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso. Dictamen recaído en los proyectos de ley N° 76/2016-CR y 229/2016-CR que proponen modificar el Reglamento del Congreso, con la finalidad de desincentivar la fragmentación de grupos parlamentarios y promover su fortalecimiento, págs. 15-16].

28. Si bien todos los casos de transfuguismo se materializaron con el traspaso de congresistas de un grupo parlamentario a otro, los factores que motivaron dicha movilización fueron diferentes. Así por ejemplo, se sostiene que las razones de las conductas tránsfugas entre los años 2000 al 2001, no se comparan con aquellas que se presentaron en el periodo 2001-2006, en donde los representantes políticos pretenden desmarcarse de cualquier relación o vínculo con alguna situación o hecho corrupto que caracterizó a regímenes anteriores.

- ***El transfuguismo en el año 2000***

29. Mención especial merecen los casos de transfuguismo ocurridos entre el año 2000 y 2001. En este período, como se dijo *supra*, el número de acto de transfuguismo llegó a 52. Y uno de los casos más emblemáticos, por su exposición mediática, lo constituyó, sin duda, el del ex-congresista Alberto Kouri Buchamar que, luego de ser elegido con el apoyo del partido Perú Posible pasó a las filas del partido oficialista Perú 2000.

30. En efecto, el 14 de setiembre del 2000 se reveló públicamente que el ex-asesor presidencial Vladimiro Montesino ofreció 15 mil dólares al ex-congresista Luis Alberto Kouri Bumachar, a cambio de pasar a las filas de la agrupación política Perú 2000. Así, de acuerdo al video propalado, dicho ofrecimiento se produjo en las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional el 5 de mayo de dicho año, y tuvo como propósito fortalecer al entonces Partido Perú 2000, que –a diferencia de los periodos anteriores– no había obtenido la mayoría parlamentaria en las urnas.

31. Sin embargo, conviene anotar que antes de la propalación del referido video se produjo una gran cantidad de traspasos a las filas de Perú 2000. En efecto, entre mayo y julio del año 2000 se produjo el traspaso de doce congresistas: Alberto Kouri Buchamar, Edilberto Canales Pillaca, Antonio Palomo Orefife y Mario Gonzáles Inga, de Perú Posible; Eduardo Fara Hayn, Jorge Polack Merel y Enrique Mendoza del Solar, de Solidaridad Nacional; Luis Cáceres Velásquez y Roger Cáceres Pérez, del FREPAP; José Luis Elías Ávalos, de Avancemos; Gregorio Ticona Gómez, de Somos Perú; y Rudy Rodríguez Aguilar, del Partido Aprista [Delgado Guembes, César. Transfuguismo y crisis postelectoral en el proceso de reinstitucionalización democrática. En: Revista Derecho PUCP, Núm. 53, Año 2000, pág. 97].

32. En otro grupo se ubican siete congresistas que no se pasan a Perú 2000, pero dejan a las agrupaciones políticas con las que salen elegidos para posteriormente pasar a ser independientes: César Acuña Peralta y José Luna Gálvez, de Solidaridad Nacional; José Villena Vela, Carlos Burgos Montenegro, Ítalo Marsano

Chumbez y Daniel Núñez Castillo, de Perú Posible; y Waldo Ríos Salcedo, del Frente Independiente Moralizador [Delgado Guembes, César. Transfuguismo y crisis postelectoral…, ob. cit., págs. 97-98].

33. Luego de la difusión del video del caso Kouri-Montesinos, entre el 14 y 27 de setiembre del año 2000, diversos congresistas dejaron el partido oficialista Perú 2000: Eduardo Farah Hayn, Cecilia Martínez del Solar, Luis Ormeño Malone, Fernán Altuve-Febres Lores, Jorge Polack Merel, Moisés Wolfenson Woloch, Gregario Ticona Gómez, y Mario Gonzales Inga. De estos ocho congresistas, hay cuatro a los que se designó como "retránsfugas", debido a que abandonaron Perú 2000 luego de haber llegado a dicha agrupación como tránsfugas de otra agrupación política. Son los congresistas Farah Hayn y Polack Merel (ex Solidaridad Nacional), Ticona Gómez (ex Somos Perú) y Gonzales lnga (ex Perú Posible) [Delgado Guembes, César. Transfuguismo y crisis postelectoral…, ob. cit., pág. 98].

34. Posteriormente, los congresistas Francisco Tudela van Breugel-Douglas y Carlos Blanco Oropeza también renunciaron a Perú 2000, lo que llamó la atención por el liderazgo representativo que ambos tenían en dicho partido. Ahora bien, el aspecto que caracteriza al transfuguismo acaecido en el año 2000 es que la gran mayoría cambió de grupo aún antes de haberse instalado el Congreso. Dicha situación se explicaría sobre la base de lo siguiente: i) o hubo una razón privada en todos los casos, ajena al desarrollo de la actividad política de unos grupos aun no constituidos en el Congreso, o ii) hubo algún acontecimiento político serio durante la etapa propiamente electoral que aparta a algunos miembros del grupo por desavenencias insalvables [Delgado Guembes, César. Transfuguismo y crisis postelectoral…, ob. cit., págs. 98-100, 105].

- ***El juzgamiento penal por casos de transfuguismo***

35. El acto de transfuguismo, en ocasiones, puede ser sancionado a nivel penal cuando la conducta comporte la violación o la puesta en peligro de bienes jurídicos de relevancia penal. Ese es el caso del entonces congresista Alberto Kouri Bouchamar quien, como se dijo *supra*, recibió dinero de parte del ex-asesor presidencial Vladimiro Montesinos para su pase a las filas del partido oficialista Perú 2000. En efecto, además de la inhabilitación política que recibió por parte del Congreso de la República por un periodo de 10 años, el ex-parlamentario Kouri Bouchamar fue condenado por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República mediante sentencia de fecha 12 de febrero de 2003 (confirmada mediante ejecutoria suprema de fecha 22 de mayo de 2003) a 6 años de pena privativa de libertad, por los delitos de cohecho pasivo propio y enriquecimiento ilícito, en agravio del Estado. Entre otras razones, dicha sentencia establece lo siguiente:

(…)

QUINTO.- Que al conocer los resultados de este proceso electoral y a fin de restarle votos a las agrupaciones políticas de oposición, en especial a la de ""Perú Posible" que como segunda fuerza política había obtenido veintinueve escaños, el Asesor Presidencial Vladimiro Montesinos Torres, a cargo del Servicio de Inteligencia Nacional que dependía de la Presidencia del Poder Ejecutivo, inició una campaña de "reclutamiento" entre los congresistas recientemente electos, convenciendo a unos para que renuncien públicamente a las agrupaciones en que habían sido elegidos y se adhieran al partido "oficialista", por cuya razón se les ha dado en llamar "Congresistas Tránsfugas"; y a otros de los electos, convenciéndolos para que sin renunciar a sus "tiendas" políticas originales, se constituyan en "infiltrados" de sus respectivas agrupaciones, proporcionando información de los acuerdos que adoptasen en oposición a la política del oficialismo, por cuya razón se les conoce como "Congresistas Topos".

SEXTO.- Que para conseguir tales objetivos, el referido asesor presidencial Montesinos Torres, valiéndose de la información confidencial que disponía respecto a todos los congresistas en su condición de Asesor del Servicio de Inteligencia Nacional, logró acceder a ellos por diferentes medios, ofreciéndoles ventajas económicas, ubicaciones en cargos de importancia u otros beneficios que, en el caso del ahora procesado Kouri Bumachar, se concretó a un "soborno" de quince mil dólares americanos en forma adicional a su sueldo mensual.

SETIMO.- Que para el caso de este procesado, el referido asesor Montesinos Torres se valió de la colaboración del publicista Oscar Dufuor Cataneo y del empresario José Francisco Crousillat Carreño, accionista del Canal Cuatro de "América Televisión", quienes le sirvieron de nexo para concurrir en forma conjunta a las oficinas del Servicio de Inteligencia Nacional, que se ubican dentro de las instalaciones militares del Ejército Peruano en el distrito limeño de Chorrillos, el día cinco de mayo del año dos mil y en la que el ahora procesado Kouri Bumachar, en su calidad de congresista electo, recibió la suma de quince mil dólares americanos, a cambio de su firma en el llamado "Documento de Adhesión" a la agrupación oficialista "Perú Dos Mil".

OCTAVO.- Que en cumplimiento a este ilegal y secreto "acuerdo", entre dicho asesor en nombre de la agrupación oficialista y el congresista Kouri Bumachar recientemente elegido, éste hizo pública la renuncia a su original

grupo "Perú Posible", así como su adhesión al oficialista "Perú Dos Mil", ocupando un escaño entre sus integrantes, participando en las posteriores reuniones de coordinación con su nueva agrupación política, y percibiendo las mismas cantidades de dinero con fechas tres de junio, diecinueve de julio y siete de agosto del año dos mil; cantidades que sumadas ascienden a sesenta mil dólares americanos, y cuya percepción ha sido plenamente acreditada por el expreso reconocimiento del ahora acusado, en el transcurso de la audiencia del día tres del presente mes, en la que expresando "su total arrepentimiento", reconoció haber recibido estos "sobornos" (…).

DÉCIMO SEGUNDO.- (…) se ha llegado a tener conocimiento de los actos de corrupción generalizada que el gobierno de turno había impuesto a fin de intervenir y controlar a todas las instituciones públicas que le asegurasen su permanencia en el poder, constituyendo este primer "video Kouri - Montesinos", la pública evidencia de los actos de corrupción y de manipulación de conciencias, con los que se ha pretendido seguir gobernando en el país, por lo que a la responsabilidad penal que le corresponde a los actores de estos actos ilícitos, se debe sumar también el grave daño moral ocasionado en la población, tergiversando la escalas de valores humanos y morales como son el respeto a la vida, al honor, la honradez, lealtad, veracidad, honorabilidad, responsabilidad y demás comportamientos que deben regir el sistema de vida organizada dentro de una sociedad (…).

DÉCIMO NOVENO.- Que por lo tanto, estando al mérito de todas las pruebas glosadas, ha quedado acreditada en autos tanto la comisión de los delitos de cohecho pasivo propio y enriquecimiento ilícito, así como la responsabilidad penal del encausado que optó por comportarse como un "Congresistas Tránsfuga"(…).

36. También fueron condenados otros ex-congresistas por actos de similar naturaleza. Ese es el caso de Gregorio Ticona Gómez, Roger Luis Cáceres Pérez y Antonio Palomo Orefice, quienes fueron condenados por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República mediante sentencia de fecha 3 de junio de 2008 a 4 años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por 3 años de periodo de prueba por los delitos de cohecho pasivo impropio y receptación. Dicha condena fue confirmada por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante ejecutoria suprema del 4 de mayo de 2009 (R.N. N° 05-02-2008).

37. En esta última resolución, la Sala Penal Suprema resume los cargos imputados a los procesados y da cuenta que los ex-congresistas sentenciados fueron captados

debido a que el partido oficialista "Perú Dos Mil" no logró obtener mayoría parlamentaria. Así pues, se afirma que:

> (...) **TERCERO:** (...) se planeó y ejecutó la operación denominada "Reclutamiento de Congresistas" que consistió en la "compra" de un grupo de Congresistas electos, quienes a cambio de recibir sumas de dinero, provenientes del erario nacional, concretamente de los fondos del Servicio de Inteligencia Nacional y de la desviación de los fondos del Ministerio de Defensa, del Interior y de los Institutos Armados, comprometieron su apoyo con su voto al partido oficialista; no obstante, que debieron presumir que el dinero que recibían de manos de Montesinos Torres, por un lado, tenía procedencia ilícita ya que provenía del manejo ilegal de los fondos públicos que realizaba sin ningún control y por otro lado, se había dado un delito anterior, pues el dinero que manejaba Montesinos Torres provenía del erario nacional, coligiéndose que el objetivo se cumplió, no solamente porque subsisten como elementos de prueba los documentos denominados: a) Carta de renuncia a su partido de origen; b) Carta de afiliación o sujeción al partido de gobierno o carta de compromiso para apoyar al régimen de Fujimori Fujimori; y c) Un recibo por el dinero entregado; sino también porque la Mesa Directiva del Congreso fue elegida con setenta votos a favor, pese a que el partido de gobierno solo obtuvo cincuenta y seis escaños, alterándose de esta forma ilícitamente la conformación de las fuerzas políticas.

38. Como se aprecia de lo expuesto *supra*, la consolidación del sistema de democracia representativa, reconocido en el artículo 43 de la Constitución, exige que nuestro sistema jurídico regule, con el propósito de desincentivar, el fenómeno del transfuguismo. Esto se torna aun más necesario en la medida que se trata de un proceder recurrente en nuestra clase política.

39. Asimismo, y teniendo en cuenta los sucesos antes mencionados, resulta preciso que se elabore un informe en el que se dé cuenta de todos los actos de transfuguismo ocurrido en el período comprendido entre los años 1980 y 2016, toda vez que la Nación tiene el derecho de conocer sobre los actos de transfuguismo y los motivos que dieron lugar a los mismos. Ello contribuirá a que se conozcan las verdaderas dimensiones y consecuencias que este fenómeno ha generado en el funcionamiento del Congreso y, en general, en el mismo Estado. En ese sentido, este Tribunal exhorta al Congreso de la República para que elabore dicho informe en el marco de sus competencias y atribuciones reconocidas en la Constitución.

C-2.b. Factores institucionales que contribuyen a la manifestación del transfuguismo en nuestra Democracia Representativa

40. Las razones que promueven la ocurrencia de conductas tránsfugas son diversas. Entre otras, se considera el modelo de organización interna de las agrupaciones políticas, así como el tipo de liderazgo que tienen, la debilidad institucional y estructural de los partidos políticos; la personalidad del tránsfuga; la ausencia de lealtad política en el ámbito público; la poca o nula fiscalización por parte de la ciudadanía; la insuficiente defensa de pautas éticas en la competición política; la falta de liderazgo sólido; la sobreexposición de las decisiones políticas a intereses y presiones de carácter económico. De manera tal que no solo la motivación del representante explica la aparición de conductas tránsfugas, sino que también influyen otros factores relacionados más bien con la estructura misma del sistema político y partidista vigente.

41. Inclusive se ha señalado que tanto la previsión del voto preferencial como la elección por distrito electoral múltiple, mecanismos previstos en el artículo 21 de la Ley 26859, Orgánica de Elecciones constituyen factores que posibilitan posteriormente conductas tránsfugas. En el primer caso, la regulación del voto preferencial, si bien inicialmente se pensó como medida para contrarrestar la voluntad de las dirigencias de la agrupación política, en realidad favorecería la individualización del representante, opacando la presencia de los partidos políticos y restándole méritos en la elección [Delgado Guembes, César. Transfuguismo y crisis postelectoral…, ob. cit., pág. 108], lo que se agravaría en aquellos partidos que presentan debilidad institucional. En el segundo caso, el tipo de elección a través de un distrito electoral de menor extensión también constituye un factor que promueve el transfuguismo, porque permite vincular directamente al candidato con la población de su circunscripción que lo eligió, dejando de lado al partido político al que se encuentra adscrito [Delgado Guembes, César. Fragilidad partidaria y racionalidad del Transfuguismo en Latinoamérica, ob.cit., pág. 236].

42. Por ello, resulta imperioso que la adopción de medidas contra el transfuguismo sea abordada desde una perspectiva integral, actuando contra los factores que promueve su comisión. El objetivo debería ser establecer un sistema institucional y un sistema de desincentivos del transfuguismo que permita alinear los intereses particulares de los actores políticos con los fines de los partidos y grupos políticos a fin de evitar el traspaso de parlamentarios. Complementariamente, los propios partidos políticos deben establecer mecanismos y filtros eficaces que permitan escoger a candidatos idóneos para la postulación al Congreso, que muestren un nivel de compromiso importante con el ideario del partido, a fin de garantizar que

se cumpla con la voluntad popular. En este último caso, no debe olvidarse que la conducta del tránsfuga no solo constituye una crítica al sistema sino también al partido afectado y, en general, al sistema de partidos políticos por permitir que se produzca dicha situación. Evidentemente, todo ello pasa no solo por la modificación al Reglamento del Congreso, sino que también comporta importantes modificaciones a la Ley de Partidos Políticos, o, de ser el caso, a la propia Constitución. El Congreso de la República es el primer llamado a ejercer esta labor.

C-2.c. Consecuencias nefastas de este fenómeno

43. El transfuguismo en el Congreso de la República puede presentar las siguientes consecuencias: i) *falseamiento de la representación política*, puesto que los congresistas que fueron elegidos en la lista de un partido posteriormente se pasan a otro, variando el equilibrio de las fuerzas políticas obtenida en las urnas; ii) *debilitamiento del sistema de partidos*, el traspaso de miembros de un grupo a otro debilitan a los partidos políticos, pero además denotan la existencia de estructuras partidarias frágiles, sin vocación de permanencia; iii) *perjudica la gobernabilidad,* a partir del cambio de congresistas se produce un reacomodamiento de las fuerzas políticas existentes en el Congreso, lo que puede desestabilizar no solo la gestión de los gobiernos de turno, sino también la fuerza de los grupos opositores; iv) *favorece la corrupción*, la ausencia de medidas contra el transfuguismo permite generar incentivos para la compra de votos y obtener poder en el Congreso; v) *deteriora la cultura política democrática*, la ciudadanía se desanima al ver que casos de transfuguismo no reciben las sanciones correspondientes, lo que redunda finalmente en la falta de credibilidad de la clase política, etc.

C-2.d. Algunos instrumentos institucionales que evidencian la necesidad de su regulación

44. Nuestro sistema de Democracia Representativa no ha sido ajeno al embate del transfuguismo y sus efectos. En ese sentido, se han elaborado dos documentos institucionales en los que se da cuenta de la preocupación, presente tanto en el Estado como en algunos sectores de la sociedad civil, respecto a la imperiosa necesidad de la regulación del transfuguismo en nuestro país.

45. Así, en la Política 2 del Acuerdo Nacional, referida a la democratización de la vida política y fortalecimiento del sistema de partidos, se asumió el siguiente compromiso: "[…] promover la participación ciudadana para la toma de decisiones públicas, mediante los mecanismos constitucionales de participación y las organizaciones de la sociedad civil, con especial énfasis en la función que cumplen los partidos políticos". Para tal fin, se acordó que el Estado: "(a) promoverá

normas que garanticen el pleno respeto y la vigencia de los derechos políticos; (b) asegurará la vigencia del sistema de partidos políticos mediante normas que afiancen su democracia interna, su transparencia financiera y la difusión de programas y doctrinas políticas; (c) garantizará la celebración de elecciones libres y transparentes; (d) mantendrá la representación plena de los ciudadanos y el respeto a las minorías en las instancias constituidas por votación popular; y (e) favorecerá la participación de la ciudadanía para la toma de decisiones públicas a través de los mecanismos constitucionales y legales, de los partidos políticos y de las demás organizaciones representativas de la sociedad".

46. Por su parte, el Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria, a través del Área de Servicio de Investigación, ha publicado el Informe Temático 18/2015-2016, denominado "Transfuguismo político en países de Iberoamérica", donde se concluye, entre otros puntos, que "[n]uestro marco normativo no prevé regulación alguna en relación al transfuguismo político o parlamentario. Sin embargo, la revisión de las iniciativas de ley presentadas ante el Congreso de la República desde el año 2001 evidencia el interés por tipificar y normar esta figura, sobre todo al interior del parlamento".

47. En los últimos años, la separación de congresistas y la creación de nuevos grupos parlamentarios ha sido una situación constante. En los siguientes cuadros se puede apreciar cómo ha variado la composición de los grupos parlamentarios en los últimos tres períodos parlamentarios:

Período parlamentario 2001-2006

Grupo Parlamentario	Número de Congresistas en el año 2001	Número de Congresistas en el año 2006
Perú Posible	47	35
Partido Aprista Peruano	28	28
Unidad Nacional	17	12
Unidad Parlamentaria Descentralista	13	12
Frente Independiente Moralizador	11	7
G.P Democrático Independiente[1]	0	0
Perú Ahora[2]	0	0
Concertación Parlamentaria	0	6
Alianza Nacional	0	7
No agrupado	4	13

1 El Grupo Parlamentario tuvo 7 integrantes entre el 2003 y 2005, y 0 integrantes en el año 2006.
2 El Grupo Parlamentario tuvo 6 integrantes en el 2001, y 0 integrantes en el año 2006.

Período parlamentario 2006-2011

Grupo Parlamentario	Número de Congresistas en el año 2006	Número de Congresistas en el año 2011
Nacionalista – Unión por el Perú	42	Fragmentado
Partido Aprista Peruano	36	36
Unidad Nacional	17	13
Alianza por el Futuro	13	12
Alianza Parlamentaria	9	6
Nacionalista	-	25
Unión por el Perú	-	7
Bloque Popular – Compromiso Democrático	-	6
Alianza Nacional		11
No agrupado	3	4

Período parlamentario 2011-2016

Grupo Parlamentario	Número de Congresistas en el año 2011	Número de Congresistas en el año 2016
Nacionalista Gana Perú	47	26
Fujimorista	37	-
Fuerza Popular	-	36
Alianza Parlamentaria	20	-
Alianza por el Gran Cambio	12	-
Dignidad y Democracia	-	12
Perú Posible	-	11
Concertación Parlamentaria	6	9
Acción Popular – Frente Amplio	-	8
PPC – APP	-	7
Solidaridad Nacional	8	7
Alianza Solidaridad Nacional[3]	-	-
Unión Regional	-	6
No agrupado	-	10

48. Al respecto, el Tribunal advierte que la problemática respecto del traslado de partidos o grupos parlamentarios ha sido un mal persistente que ha debilitado la democracia representativa en nuestro país. De hecho, en el seno del propio

3 El Grupo Parlamentario tuvo 9 integrantes en el año 2013.

Congreso de la República se han propuesto distintas iniciativas para combatirlo, y todas ellas han abordado de diversa forma y con múltiples soluciones esta problemática, lo cual no hace sino reforzar la idea de la complejidad que implica enfrentarlo. Entre las iniciativas recientes se encuentran las siguientes:

1) Proyecto de ley 00076-2016-CR, el cual propone modificar los artículos 37 y 76 del Reglamento del Congreso, a fin de desincentivar el transfuguismo parlamentario, a efectos que aquellos Congresistas, que dejen de integrar, renuncien o se aparten de los partidos políticos por el cual fueron elegidos no puedan conformar o constituir Grupos Parlamentarios.

2) Proyecto de Ley 00229-2016-CR, el cual propone modificar los artículos 37 y 76 relativos a las reglas de constitución de Grupos Parlamentarios y presentación de proyectos de ley.

3) Proyecto de Ley 00257-2016-CR, el cual propone modificar los artículos 22, 23 y 37 del Reglamento del Congreso, busca fortalecer la institucionalidad de los grupos parlamentarios y de las organizaciones políticas, a través de la implementación de mecanismos que desincentiven el transfuguismo.

4) Proyecto de Ley 00173/2011-CR, ley que previene el transfuguismo y modifica La Ley de Partidos Políticos, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y la Ley Orgánica de Municipalidades.

5) Proyecto de Ley 00221/2011-CR, resolución legislativa que modifica los artículos 37 y 76 del Reglamento del Congreso de la República que evite el transfuguismo.

6) Proyecto de Ley 01560/2012-CR, proyecto de Ley que reforma el artículo 95 de la Constitución Política del Estado sancionando el transfuguismo parlamentario

7) Proyecto de Ley 03334/2013-CR, propone incorporar al Código Penal el artículo 395 con el objeto de reprimir el transfuguismo de los Congresistas de la República

8) Proyecto de Ley 04412/2014-CR, propone incorporar el Título VII a la Ley 28094, Ley de Partidos Políticos, por medio del cual se previene y sanciona el transfuguismo

9) Proyecto de ley 04786/2015-CR, propone modificar el artículo 37° del Reglamento del Congreso, promueve la cohesión partidaria en el Parlamento de la República y previene el transfuguismo

10) Proyectos de Ley Núms. 459/2006-CR, 479/2006-CR, 662-2006-CR y 2683/2008-CR, por los que propone prevenir y sancionar el transfuguismo en las organizaciones políticas.

11) Proyecto de Ley N° 04775, que modifica el Reglamento del Congreso, sancionando el "transfuguismo" como incumplimiento de deberes de los congresistas de la República.

12) Proyecto de Ley N° 04625, que previene el transfuguismo y consolida los grupos parlamentarios modificando los artículos 25, 37 y 76 del Reglamento del Congreso de la República.

13) Proyecto de Ley N° 03442, que propone modificar los artículos 95, 113, 115, 117 y 134 de la Constitución, en el sentido de permitir la revocatoria ciudadana del Presidente de la República y de los parlamentarios, evitar el transfuguismo y la prescripción de los delitos de corrupción cometidos por dichos altos funcionarios.

14) Proyecto de Ley N° 00662, Ley contra el transfuguismo en la representación política.

15) Proyecto de Ley N° 00479, que propone incorporar el Capítulo I al Título XVII del Libro II, el Capítulo IV al Título XV del Libro II y el Capítulo I-A al Título XVI del Libro II al Código Penal, referente a delitos de traición a la voluntad popular (transfuguismo), menosprecio a la Nación y atentado contra los Poderes de Estado y Organismos Constitucionales Autónomos, (Proyecto actualizado por acuerdo del Consejo Directivo número anterior 1146/2001-CR).

16) Proyecto de Ley N° 00459, Ley que tipifica el delito de transfuguismo parlamentario incorporándose el artículo 359-A en el Código Penal.

17) Expediente del Proyecto de Ley N° 00204, Ley que reprime el transfuguismo. Propone incorporar el artículo 360-A al Código Penal, referente al delito de transfuguismo.

18) Proyecto de Ley 00840/2001-CR, ley que tipifica el delito de transfuguismo parlamentario incorporándose el artículo 359-A en el Código Penal.

19) Proyecto de Ley 02376/2002-CR, proyecto de reforma constitucional.

20) Proyecto de ley 08571/2003-CR, reforma constitucional que modifica los artículos 95, 191 y 194 de la Constitución Política del Perú.

21) Proyecto de Ley 08599/2003-CR, Resolución Legislativa que modifica el artículo 15 del Reglamento del Congreso de la República.

22) Proyecto de Ley 08600/2003-CR, Ley que modifica el artículo 30 de la Ley Orgánica de Regiones Nº 27867.

23) Proyecto de Ley 08601/2003-CR, ley que modifica el artículo 22 de la Ley Orgánica de municipalidades Nº 27972.

24) Proyecto de Ley 08651/2003-CR, ley contra el transfuguismo en la representación política.

25) Proyecto de Ley 08688/2003-CR, Ley que garantiza la fidelidad al voto ciudadano y sanciona el transfuguismo partidario.

26) Proyecto de Ley 08839/2003-CR, ley que configura el delito del contra el transfuguismo en la representación política.

27) Proyecto de Ley 09051/2003-CR, ley que modifica varios artículos de la Ley 28094, Ley de Partidos Políticos.

28) Proyecto de Ley 10165/2004-CR, Ley que Sanciona el Transfuguismo.

29) Proyecto de Ley 12015/2004-CR, Resolución Legislativa que modifica el primer párrafo del artículo 25 del Reglamento del Congreso, incorporando la causal de revocatoria por transfuguismo.

30) Proyecto de Ley 12016/2004-CR, ley que modifica el primer párrafo del artículo 95 de la Constitución Política del Perú, para incorporar la revocatoria en caso de transfuguismo.

31) Proyecto de Ley 13366/2004-CR, Ley que incorpora al Código Penal el Decreto Legislativo 635 el artículo 3530.A que tipifica el delito de transfuguismo.

49. El Tribunal nota que las propuestas de reforma que se han presentado para combatir el transfuguismo han abarcado distintos frentes. En efecto, de la revisión de las propuestas legislativas se advierte que el desincentivo de esta práctica ha implicado posibles reformas al Reglamento del Congreso, a la Ley de Partidos Políticos, a la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, al Código Penal e incluso a la misma Constitución. Es, pues, sintomático que el Congreso de la República haya advertido que la protección de la democracia representativa abarca no solamente una posible enmienda al Reglamento del Congreso, sino que también supone, para una reforma integral del sistema, la modificación de las distintas

normas que desarrollan la forma en que los congresistas y distintos funcionarios deben desarrollar su labor.

50. De esta forma, el Tribunal considera que la adecuada protección de la democracia representativa implica una reforma de carácter integral, por lo que las modificaciones parciales, y que son visibles solo al corto plazo, no terminan de resolver los malos endémicos que afectan nuestro sistema político. Las posibles reformas al Reglamento del Congreso son pertinentes pero no suficientes para consolidar, al mismo tiempo, a los partidos políticos y a la ciudadanía. Si bien es cierto, como se ha expuesto *supra*, nuestra Constitución hace referencia al mandato no imperativo -y, consecuentemente, a un modelo en que la responsabilidad del representante con su elector no es tan más acentuada-, ello de ninguna manera impide que el legislador adopte las medidas pertinentes para fortalecer el funcionamiento de los partidos políticos, los cuales se constituyen, las más de las veces, como los órganos que recepcionan, canalizan y transmiten la voluntad popular. También son un importante factor que permite contrarrestar el fenómeno de las facciones que unen a los individuos en función de sus propios intereses [*cfr*. Nino, Carlos Santiago (2003). La constitución de la democracia deliberativa. Barcelona: Gedisa, pág. 238]. En efecto, cuando el proceso de negociación que emprenden estos representantes solamente persigue los intereses de grupos privados, y desatiende por ello a la nación, se presenta una seria amenaza contra el proceso democrático, el cual debe atender los problemas que, en principio, afectan a todo el colectivo y a ciertos grupos en situación de vulnerabilidad.

51. Ahora bien, independientemente de los mecanismos que se implementen a nivel legislativo o constitucional para combatir el retiro injustificado de un partido político o un grupo parlamentario, la ciudadanía debe mantener importantes niveles de fiscalización a través, por ejemplo, del ejercicio del derecho de sufragio para cuestionar el accionar de los funcionarios que alguna vez fueron electos, en caso no se sientan representados o identificados con sus decisiones. Es así que la democracia representativa puede ser o un mal necesario o una adecuada y contemporánea forma de comprender la manera en que la ciudadanía interviene y participa en política. De ella dependerá la elección por la que se opte.

52. En ese sentido, José Luis Martín ha precisado que "[s]i pasado el plazo del mandato representativo subsiste un desacuerdo entre las opiniones de los representantes y las del pueblo, deberemos presumir que son los primeros los que se equivocan" [Martí, José Luis. La república deliberativa. Madrid: Marcial Pons, pág. 229]. Sin embargo, el Tribunal estima que la fórmula contraria también

sería concebible: los problemas de la representación también pueden obedecer a un electorado que no ha asumido con compromiso y convicción su rol ciudadano tanto en las urnas como en la fiscalización del poder político. De este modo, para que la idea de autogobierno tenga un auténtico sentido, se requiere de "ciudadanos políticamente activos y que actúen comprometidos con la suerte de la comunidad, para defenderla frente a amenazas externas, y, sobre todo, para evitar que unos pocos acumulen un poder político excesivo que termine redundando en dominación" [*Ibídem,* pág. 247].

53. En alguna oportunidad, Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de Montesquieu, en su obra "Del Espíritu de las leyes", sostuvo que "todos los hombres son iguales en el Gobierno republicano, así como en el despótico: en el primero porque lo son todo, en el segundo porque no son nada" [Montesquieu (1822). Del Espíritu de las Leyes. Madrid: Imprenta Nacional. Segunda Edición, pág. 126]. En efecto, una primera conquista de las revoluciones atlánticas fue la desaparición del *homo hierarchicus*, lo cual permitió la supresión de los antiguos estamentos y, con ello, el trazo de un camino hacia el reconocimiento de la igualdad de las personas. Este ideal, plasmado en lo que sería la posterior igualdad en el reconocimiento de derechos y de participación política, carece de sustrato si es que la colectividad no asume cierto grado de compromiso y responsabilidad con el manejo de la *res publica*. Como expone Alan Touraine,

> ¿Qué significa la libre elección de los gobernantes si los gobernados no se interesan en el gobierno, si no sienten que pertenecen a una sociedad política sino únicamente a una familia, una aldea, una categoría profesional, una etnia, una confesión religiosa? [Touraine, Alan (1995). ¿Qué es la democracia? México D.F: Fondo de Cultura Económica, págs. 43 y 44].

54. La democracia requiere, así, no solo de congresistas que, en lo posible, representen la voluntad popular; sino que también demanda la presencia de ciudadanos políticamente activos y responsables que fiscalicen el ejercicio de esa labor.

55. Por ello, este Tribunal insta al Congreso a continuar con un proceso de reforma integral que permita, al mismo tiempo, el fortalecimiento de los partidos políticos y la protección de la voluntad popular.

C-3. Transfuguismo en sentido estricto (transfuguismo ilegítimo)

56. En este escenario, el transfuguismo es concebido como un acto desleal, en la medida que hace prevalecer intereses personales por sobre la voluntad popular, falseando lo expresado en las urnas y poniendo de manifiesto una contradicción

entre las expectativas de los sujetos representados (la ciudadanía) –que actúan a través de los partidos políticos– con la actuación de los sujetos representantes (los parlamentarios). En ese sentido, se ha señalado que el transfuguismo tiene carácter *bidimensional,* en la medida que afecta directamente a la soberanía popular y a los partidos políticos.

57. Es por ello que debe distinguirse claramente la motivación que conlleva a que el representante popular abandone su grupo político, porque únicamente en cierto grupo de casos es que cabe valorar negativamente el comportamiento descrito. A una conclusión similar llega la Corte Constitucional de Colombia cuando sostiene que el rechazo que produce la práctica del transfuguismo político no puede ser entendido en términos absolutos, en el sentido de que igualmente resulte reprochable el comportamiento de quien, movido por sus íntimas convicciones ideológicas decida abandonar una agrupación política y vincularse a otra [fundamento 18.4 de la C-334/14], lo que se ha denominado "transfuguismo legítimo". De todo ello se infiere entonces que los motivos que pueden llevar a un representante elegido por el pueblo a rechazar la directrices del grupo político que lo llevó al Congreso, o a abandonarlo son diversos por lo que no pueden ni deben recibir la misma respuesta jurídica.

58. Ahora bien, conviene anotar que el transfuguismo ilegítimo constituye una grave vulneración de la voluntad popular en el proceso de elección (artículo 176 de la Constitución), de la proporcionalidad en la representación parlamentaria (artículo 187 de la Constitución) e incluso, en ciertos casos, del mandato constitucional de lucha contra toda forma de corrupción derivada de los artículos 39 y 41 de la Constitución [fundamento 11 del ATC 0006-2006-CC/TC; fundamento 16 de la STC 0017-2011-AI/TC].

59. Asimismo, un acto de transfuguismo ilegítimo, especialmente aquel que supone un beneficio de carácter económico, también puede implicar la afectación de bienes jurídicos penales, como el "correcto funcionamiento de la administración pública", lo que finalmente puede generar la imputación de determinados tipos penales (delitos de cohecho pasivo propio, enriquecimiento ilícito, etc.). Ello se justificaría en el hecho de que el congresista "vende" su pertenencia a un partido político y a sus ideales para alinearse a otro grupo (ya sea de manera indirecta a través del voto uniforme, ya sea de manera directa con el traspaso de congresista a otro grupo que conlleva a una "compra global" del voto), lo que supone la vulneración de sus deberes funcionales relacionados con el libre ejercicio del mandato parlamentario que garantiza la Constitución.

D. El Equilibrio Entre Mandato Representativo Y Mandato Ideológico

60. Como dijimos *supra*, el modelo de representación política que adopta nuestro sistema constitucional es uno de tipo *mixto*, en el que coexisten instituciones vigentes del modelo liberal con el reconocimiento constitucional de los partidos políticos.

D-1. El mandato representativo

61. Este Tribunal, en una oportunidad anterior, ha expresado que nuestra Constitución consagra un modelo de democracia representativa. Ella rige nuestro Estado social y democrático de derecho, encontrándose reconocida en el artículo 45 de la Constitución, en cuanto señala que "[e]l poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen".

62. En la medida que el proceso deliberativo exige la independencia y libertad del congresista, ello solo puede ser garantizado a través del mandato representativo, proscribiéndose así cualquier forma de mandato imperativo. Esta conclusión se ratifica con lo establecido en el artículo 93 de la Constitución, que establece que los congresistas no están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación. De allí que se entienda que los parlamentarios representan por sí mismos a la Nación y no a los electores que los han elegido, además de tener la libertad para la formulación de sus votos y opiniones, sin estar sujetos a vigilancia o responsabilidad alguna por sus actos.

D-2. El mandato ideológico

63. El artículo 35 de la Constitución establece lo siguiente: "[l]os ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, conforme a ley. Tales organizaciones concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Su inscripción en el registro correspondiente les concede personalidad jurídica. La ley establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos, y la transparencia en cuanto al origen de sus recursos económicos y el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral general".

64. Esta disposición constitucional reconoce la importancia de los partidos como agentes que facilitan el ejercicio de los derechos políticos de la ciudadanía para concretizar la voluntad popular, y además garantizar el modelo de democracia representativa adoptado por el Constituyente, ello en la medida que representan

el tránsito de una concepción individualista a una idea comunitaria y social de la representación, como expresión del pluralismo político y democrático organizado [fundamento 30 de la STC 0003-2006-AI/TC].

65. A juicio de este Tribunal dicho rol de agente intermediario en la expresión de la voluntad de la ciudadanía adquiere enorme relevancia. Y ello es así, porque "los partidos políticos, tienen por función, entre otras, evitar que la legítima pero atomizada existencia de intereses, al interior de la sociedad, se proyecte en igual grado de fragmentación al interior Congreso de la República, pues, si ello ocurre, resultará minada la capacidad deliberativa y, con ella, la posibilidad de adoptar oportuna y consensuadamente decisiones para afrontar los distintos problemas políticos, sociales y económicos del país" [fundamento 30 de la STC 0003-2006-AI/TC].

66. Del mismo modo, constituye un requisito fundamental para acceder al cargo de congresista la necesaria vinculación a una agrupación política. Al respecto, este Tribunal ha precisado que

> "las condiciones previstas en la propia Constitución para ocupar un escaño en el Congreso no se agotan en aquellas previstas en los artículos 90º y 93º. En efecto, considerando que la elección al Congreso es pluripersonal —además de una de las manifestaciones vitales como se institucionaliza la democracia representativa—, el acceso al cargo se encuentra condicionado, también, por el principio de representación proporcional, previsto en el artículo 187º de la Constitución, y por la necesaria pertenencia a un partido o movimiento político para poder participar en la contienda electoral (artículo 35º), pues —tal como se mencionó— sólo por vía de la pertenencia a estas organizaciones políticas es posible institucionalizar la fragmentaria configuración de los intereses al interior de la sociedad" [fundamento 27 de la STC 0030-2005-AI/TC].

67. A partir de la importante labor que realizan los partidos políticos para operativizar la vida política del Estado –lo que ha llevado a su reconocimiento constitucional–, se ha afirmado que los representantes parlamentarios también están sujetos a un mandato ideológico o mandato de partido, referido a la convicción política que representa en la sociedad, como parte de su afiliación a un partido político [De Esteban, Jorge. El fenómeno español del transfuguismo político y la jurisprudencia constitucional. En: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). Núm. 70, 1990, pág. 20]. Conviene anotar que este mandato se manifiesta, además, en el hecho que el congresista llega a la función pública con el apoyo de

una agrupación política y con un específico programa electoral que ha obtenido previamente un registro electoral sobre la base de su acreditación ante el Jurado Nacional de Elecciones.

68. De hecho, el artículo 2 del Código de Ética Parlamentaria concretiza este mandato ideológico cuando señala que "[e]l Congresista realiza su labor conforme a los principios de independencia, transparencia, honradez, veracidad, respeto, tolerancia, responsabilidad, democracia, bien común, integridad, objetividad y justicia. El principio de la independencia debe entenderse dentro de la lealtad al grupo político a que pertenezca".

D-3. Mandato representativo vs. mandato ideológico

69. De acuerdo al "mandato representativo", la representación nace a partir de la elección del pueblo, sin que exista un vínculo posterior o algún tipo de mandato imperativo que supedite la actuación del parlamentario, en la medida que éste representa a la Nación. Por su parte, el "mandato ideológico", considera que los parlamentarios han sido seleccionados por pertenecer a un partido y, por tanto, deben ser consecuentes con esta afiliación.

70. Afirmar la prevalencia del "mandato representativo" en la función congresal, desconociendo el "mandato ideológico", permitiría justificar cualquier cambio de agrupación política, ya que solo importaría que el parlamentario ejerza funciones en tanto representante de la Nación sin estar sujeto a mandato imperativo alguno, en detrimento del sistema de partidos políticos que garantiza la Constitución y especialmente de la voluntad popular; por el contrario, conceder prevalencia al "mandato ideológico" sobre el "mandato representativo", implicaría un menoscabo en las atribuciones del congresista, en la medida que su función estaría direccionada de antemano a las decisiones que adopte el partido, que puede ir inclusive más allá de su línea ideológica, sin reconocer espacio a la crítica o a la disidencia, como manifestaciones del ejercicio legítimo de derechos fundamentales como son el derecho a la libertad de conciencia y el derecho a la libertad de expresión.

71. A juicio de este Tribunal, el normal desempeño de la función congresal supone un equilibrio entre el mandato representativo y el mandato ideológico. Y es que "si bien el congresista es independiente y autónomo en sus decisiones, su actuación no puede desligarse temeraria e irreflexivamente del partido político del cual provino o lo acogió [...]", por lo cual, "el punto medio entre la independencia y la pertenencia de los parlamentarios a los partidos políticos es condición *sine qua non* para desterrar las prácticas de transfuguismo que tanto

afectaron el normal funcionamiento del Congreso de la República, máxime si con tal acontecimiento se trunca la voluntad popular, puesto que, según el artículo 176º de la Constitución, el Estado debe asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos" [fundamento 8 de la STC 0026-2006-AI/TC].

D-4. Atribuciones inherentes al ejercicio parlamentario y derechos vinculados a la pertenencia a una agrupación política

72. Este Tribunal considera necesario distinguir entre las atribuciones que le corresponde *uti singuli* a un congresista, inherentes a la función parlamentaria y que están previstas en la Constitución, de aquellas atribuciones que posee *uti sociu*, en razón a su afiliación a un partido político, vinculadas más que todo a la organización administrativa y funcionamiento del Congreso, a través de los denominados grupos parlamentarios.

73. Así pues, este Tribunal considera que está dentro de lo *constitucionalmente necesario* que el legislador establezca un estatuto de derechos y atribuciones a los parlamentarios que permita cumplir con las funciones en el Congreso. La labor congresal comprende diversas facultades y atribuciones tal y como está reconocida en la Constitución (artículos 97, 101, 102 y 104), y que han sido desarrolladas en artículos 4, 5, y 6 del Reglamento del Congreso. En ese sentido, se identifican 3 funciones esenciales:

a) *legislativa*, referida al debate y la aprobación de reformas de la Constitución, de leyes y resoluciones legislativas, así como su interpretación, modificación y derogación;

b) *control político*, que comprende la investidura del Consejo de Ministros, el debate, la realización de actos e investigaciones y la aprobación de acuerdos sobre la conducta política del Gobierno, los actos de la administración y de las autoridades del Estado, el ejercicio de la delegación de facultades legislativas, el dictado de decretos de urgencia y la fiscalización sobre el uso y la disposición de bienes y recursos públicos, el cumplimiento por el Presidente de la República del mensaje anual al Congreso de la República y el antejuicio político, cuidando que la Constitución Política y las leyes se cumplan y disponiendo lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores); y

c) *especiales*, referida a designar al Contralor General de la República, elegir al Defensor del Pueblo, así como a los miembros del Tribunal Constitucional, al Directorio del Banco Central de Reserva y ratificar al Presidente

del Banco Central de Reserva y al Superintendente de Banca y Seguros; así como la remoción de dichas autoridades, en los casos previstos en la Constitución.

74. Para el ejercicio de dichas funciones, el artículo 22 del Reglamento del Congreso consagra las atribuciones que les corresponden a los congresistas, como son: a) a participar con voz y voto en las sesiones del Pleno y cuando sean miembros, en las de la Comisión Permanente, de las Comisiones, del Consejo Directivo, de la Junta de Portavoces y de la Mesa Directiva, de acuerdo con las normas reglamentarias; b) a pedir los informes que estimen necesarios a los órganos del Gobierno y de la Administración en general y obtener respuesta oportuna de ellos; c) a presentar proposiciones de ley; etc.

75. Asimismo, se encuentra dentro del ámbito de lo *constitucionalmente posible* que el legislador, en la búsqueda del equilibrio entre el "mandato representativo" y "mandato ideológico" pueda: a) adoptar medidas para fortalecer el sistema de partidos políticos, garantizado por el artículo 35 de la Constitución; b) establecer restricciones a aquellos congresistas que no forman parte de ningún grupo parlamentario o que, habiendo sido parte de un grupo, ya no lo sean, particularmente en el supuesto de que el congresista se aparte de manera ilegítima de su agrupación política.

76. Bajo esta misma perspectiva, resulta válido que el legislador adopte medidas para sancionar las conductas más reprochables de transfuguismo, así como desalentar inclusive aquellas disidencias políticas realizadas al amparo del ejercicio de derechos fundamentales (libertad de conciencia, libertad de expresión, etc.). Ello con la finalidad de garantizar el pluralismo político que el sufragio democrático y el sistema electoral buscan obtener en una elección democrática.

77. Tales medidas disuasorias de transfuguismo tendrían por finalidad fortalecer las atribuciones de los grupos parlamentarios, entre las que se puede resaltar las siguientes: la imposibilidad del tránsfuga de gozar de ciertas facultades y atribuciones sino sólo a través de su grupo parlamentario, para formular iniciativas distintas a las legislativas, integrar la Junta Directiva del Congreso, presidir comisiones, y, finalmente, establecer como causal de inelegibilidad parlamentaria el haber sido un tránsfuga ilegítimo declarado en sede del parlamento y/o en mérito de una condena judicial que lo inhabilite en sus derechos políticos.

78. Sin embargo, se encuentra *constitucionalmente prohibido* que el legislador establezca restricciones para los congresistas que no formen parte de un grupo parlamentario por haberse apartado de su respectiva agrupación por motivos atendi-

bles, y que ellas deriven en un directo menoscabo de las funciones parlamentarias atribuidas directamente por la Constitución. Ello, claro está, en el supuesto que su separación de la agrupación política hubiera obedecido a motivos legítimos, tal y como fuera expuesto *supra*. En los otros casos, el Tribunal resalta que el Congreso tiene un amplio margen de apreciación para imponer las sanciones respectivas a los congresistas que, por motivos estrictamente económicos o egoístas, desconozcan la voluntad popular y las perspectiva del partido o agrupación con la que fue electo.

79. De modo similar, en la experiencia constitucional comparada, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español en el fundamento 2 de la Sentencia 64/2002, ha establecido lo siguiente:

> (...) En este sentido ha de recordarse que compete a la Ley, y en determinadas materias a los Reglamentos parlamentarios, fijar y ordenar esos derechos y facultades que corresponden a los distintos cargos y funciones públicos, los cuales, una vez creados, quedan integrados en el status propio de cada cargo, con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del art. 23.2 CE, defender ante los órganos judiciales y en último extremo ante este Tribunal el *ius in officium* que consideren ilegítimamente constreñido o ignorado por los actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en el que se integren los titulares del cargo. Sin embargo, hemos precisado que «no cualquier acto del órgano parlamentario que infrinja la legalidad del ius in officium resulta lesivo del derecho fundamental», pues «sólo poseen relevancia constitucional a estos efectos los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa parlamentaria, como son, indudablemente, el ejercicio de la función legislativa o de control de la acción del Gobierno, siendo vulnerado el art. 23.2 CE si los propios órganos de la Asamblea impiden o coartan su práctica o adoptan decisiones que contraríen la naturaleza de la representación o la igualdad de representantes». Las circunstancias expuestas, concluye la doctrina constitucional que venimos reseñando, «imponen a los órganos parlamentarios una interpretación restrictiva de todas aquellas normas que puedan suponer una limitación al ejercicio de aquellos derechos o facultades que integran el status constitucionalmente relevante del representante público y a motivar las razones de su aplicación so pena, no sólo de vulnerar el derecho fundamental del representante de los ciudadanos a ejercer su cargo (art. 23.2 CE), sino también de infringir el de éstos a participar en los asuntos públicos.

E. Prohibición De Creación De Nuevo Grupo Parlamentario O Adhesión A Otro

80. Los demandantes solicitan la inconstitucionalidad del inciso 5 del artículo 37 del Reglamento del Congreso, incorporado por el artículo 2 de la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR, cuyo texto normativo es el siguiente:

> **Artículo 37.** Los Grupos Parlamentarios son conjuntos de Congresistas que comparten ideas o intereses comunes o afines y se conforman de acuerdo a las siguientes reglas:
>
> (...)
>
> 5. No pueden constituir nuevo Grupo Parlamentario ni adherirse a otro los Congresistas que se retiren, renuncien, sean separados o hayan sido expulsados del Grupo Parlamentario, partido político o alianza electoral por el que fueron elegidos, salvo el caso de alianzas electorales conforme a ley, que hayan decidido disolverse, en cuyo caso podrán conformar Grupo Parlamentario conforme al numeral 1.

81. La inconstitucionalidad de esta disposición normativa, según los demandantes, se encuentra materializa con la violación de los derechos a la libertad de conciencia, a la libertad de asociación, a la participación política, al principio de legalidad y a la prohibición del mandato imperativo previstos en el artículo 2, incisos 3, 13, 17 y 24, literal d., de la Constitución y el artículo 93, primer párrafo, de la Constitución). Por lo que este Tribunal procederá al análisis de cada uno de ellos

E-1. El derecho a la libertad de conciencia

82. Los congresistas manifiestan que el inciso 5 del artículo 37 del Reglamento del Congreso es inconstitucional porque vulnera el derecho a la libertad de conciencia al establecer de forma genérica, sin especificar causal alguna, la prohibición de constituir un nuevo Grupo Parlamentario ni adherirse a otro al congresista que renuncie o sea expulsado de su grupo parlamentario, partido político o alianza electoral por el que fue elegido. Es decir, dicha regulación restringe el derecho de los representantes políticos de actuar con criterio de conciencia y al margen de toda presión o manipulación. Asimismo, añaden que, en ejercicio de la libertad de conciencia, es legítimo que un congresista pueda cambiar de partido y/o bancada parlamentaria, ya sea por razones políticas o ideológicas, como el cambio de orientación del representante o de su partido o líder, o por el cambio de programa de gobierno.

83. El Congreso de la República sostiene que, en efecto, la medida cuestionada interviene en el derecho a la libertad de conciencia de los congresistas; pero esta intervención se encuentra justificada de acuerdo al test de proporcionalidad, dado que: i) tiene como fin constitucional garantizar los principios de democracia representativa y representación proporcional; ii) la medida es idónea para conseguir el objetivo propuesto, que es que los grupos parlamentarios solo sean constituidos por los partidos políticos y alianzas electorales que lograron representación en el Congreso; y que, a la vez, los congresistas solo integren el grupo parlamentario constituido por el partido político o alianza electoral por el que fueron electos, evitando la fragmentación en la representación congresal tal como se ha producido durante los años 2001 al 2016; iii) no existe otra medida alternativa que busque el fin constitucional indicado y que sea menos lesiva para el derecho a la libertad de conciencia, y iv) el grado de afectación a la libertad de conciencia es menor que el grado de satisfacción de los principios de democracia representativa y de representación proporcional

84. Al respecto, este Tribunal ha establecido que el derecho a la libertad de conciencia "supone el derecho de toda persona de formarse libremente la propia conciencia, de manera tal que aquella formación se vea exenta de intromisiones de cualquier tipo. El libre desarrollo de la personalidad del individuo implica que en el transcurrir de la vida la persona vaya formándose en valores o principios que den lugar a la generación de un propio cúmulo de criterios e ideas. El Estado Constitucional de Derecho resguarda que el forjamiento de la propia conciencia no conlleve perturbación o imposición de ningún orden, ni siquiera de aquellos postulados éticos o morales que cuenten con el más contundente y mayoritario apoyo social, pues justamente, una condición intrínseca al ideal democrático lo constituye el garantizar el respeto de los valores e ideas de la minoría" (fundamento De la STC 0895-2001-AA/TC). En el escenario político el derecho a la libertad de conciencia tiene diversas manifestaciones entre ellas se encuentra, por ejemplo, garantizar un voto libre de la ciudadanía (fundamento 64 e la STC 0030-2005-AI/TC).

85. El artículo 93 de la Constitución en la parte pertinente señala que los congresistas "no son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones". De modo similar el artículo 17 del Reglamento del Congreso señala que "los Congresistas no son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emitan en el ejercicio de sus funciones". Este diseño constitucional y legal permite que los representantes legislativos actúen con libertad de conciencia en el ejercicio de sus funciones, esto es, en la emisión de sus opiniones y votos,

ya que esa es la razón de ser del cargo que ostentan. De allí que no podrían sufrir ningún tipo de represalia en razón a las opiniones y votos que ejerzan durante su labor parlamentaria en el seno del Congreso.

86. Al respecto, este Tribunal ha dicho que "la inviolabilidad es la única prerrogativa inherente a la función parlamentaria pues, sin exención de responsabilidad por sus opiniones, el Diputado carecería de libertad para expresarse sin restricciones, con lo que no podría ejercitar adecuadamente su mandato y el debate real dejaría de existir". Por tanto, "(...) la inviolabilidad de votos y opiniones de los congresistas, sólo será amparada constitucionalmente cuando se haga, como lo señala el artículo 93º, 'en el ejercicio de (sus) funciones'. No podrán tener amparo las declaraciones ante los medios de comunicación respecto a temas de la realidad nacional, proclamación que inclusive pueda ser realizada dentro del recinto parlamentario. La protección se restringe a las expresiones hechas en el ejercicio de la función parlamentaria" (fundamentos 11 y 12 de la STC 0026-2006-AI/TC).

87. Ahora bien, la disposición cuestionada prohíbe que los congresistas que: i) se retiren, ii) renuncien, iii) sean separados o iv) hayan sido expulsados del grupo parlamentario, partido político o alianza electoral por el que fueron elegidos conformen un nuevo grupo parlamentario, o se adhieran a uno ya existente. Se advierte entonces que existen 4 supuestos a los cuales se les asigna la misma consecuencia, a pesar de ser distintos entre sí: mientras que en los dos primeros (retiro, renuncia) el representante parlamentario decide a *motu propio* salir del Grupo Parlamentario, en los dos siguientes supuestos (separación, expulsión), es el grupo parlamentario el que decide la salida del congresista, como consecuencia de un procedimiento disciplinario interno

88. Este Tribunal considera que la disposición legal impugnada sí afecta el derecho a la libertad de conciencia y la garantía de la inviolabilidad de votos y opiniones de los representantes parlamentarios (artículo 93 de la Constitución), toda vez que la restricción normativa de conformar nuevos grupos parlamentarios o de adherirse a uno formado se aplica de manera mecánica o automática a cualquier congresista que se retire, renuncie, sea separado o sea expulsado de su grupo parlamentario de origen, sin atender a la motivación que pueda existir por parte del representante que conlleve finalmente a su retiro, renuncia, separación o expulsión. Así pues, con esta medida se pretendería reprimir el "transfuguismo" atendiendo únicamente a su elemento objetivo (la separación de un congresista de su grupo parlamentario), dejando de lado el elemento subjetivo (el móvil o la motivación que justificó dicha separación), lo que incluiría el supuesto denominado "transfuguismo legítimo".

89. En efecto, a partir de la disposición objetada se pueden plantear algunos supuestos que lesionan el derecho a la libertad de conciencia: i) un congresista que, en el ejercicio de su libertad de conciencia y al amparo de lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución, ejercita un voto o realiza acciones en contra de lo acordado en su bancada, lo que puede acarrearle la medida de separación y/o la sanción de expulsión; ii) un congresista que, en el ejercicio de su libertad de conciencia y al amparo de lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución, decide retirarse o renunciar a la bancada política de la que forma parte, al encontrarse en desacuerdo con la línea política asumida con posterioridad a su elección, que no es la misma que se adoptó originalmente al momento de las elecciones. En estos casos, en los que se advierte el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, la consecuencia aplicable sería la de prohibir el ejercicio de determinados derecho funcionales (la conformación de un grupo parlamentario o la adhesión a uno ya existente y el ejercicio de las funciones correspondientes como tal), lo que implicaría la adopción de una represalia, en contra de lo garantizado por el artículo 93 de la Constitución.

90. De acuerdo al Dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso, recaído en los proyectos de ley 76/2016-CR y 229/2016-CR, que constituyen el antecedente de la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR, la adopción de medidas genéricas contra el transfuguismo, sin atender a la motivación que pudiese tener el congresista, se justifica por el hecho que:

i. Se pretende evitar la creación de nuevos grupos parlamentarios o el aumento o reducción del número de integrantes de otros grupos existentes, lo que afecta la voluntad popular y la estabilidad institucional del Parlamento, "(...) puesto que el Congreso estará expuesto a tener que organizarse en función de los grupos parlamentarios que se sigan creando de manera permanente, lo que genera desorden, falta de predictibilidad e inestabilidad en el funcionamiento de los órganos de la organización parlamentaria" [Congreso de la República. Dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso, ob. cit., p. 28].

ii. Se pretender evitar que los congresistas sigan priorizando sus intereses o ambiciones personales. En ese sentido, limitar la restricción de creación de nuevos grupos parlamentarios o la adhesión a grupos ya existentes a congresistas que se hayan retirado o renunciando, o sean separados o expulsados, únicamente si media una motivación ilegítima, como puede ser un móvil económico o la búsqueda de beneficios para sí o para otro (denominado "transfuguismo ilegítimo"), permitiría que los congresistas puedan justificar su salida o renuncia exponiendo cualquier otro tipo de motivación, "(...)

máxime si consideramos que es muy difícil lograr demostrar que la motivación de su salida se sustentó en cuestiones económicas u otros beneficios para sí o para otro". [Congreso de la República. Dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso, ob. cit., pág. 29].

91. Este Tribunal considera que las razones expuestas no son atendibles para justificar la vulneración del derecho a la libertad de conciencia, toda vez que no se aprecia una explicación válida de por qué no se distinguen los diversos supuestos de transfuguismo, a los que además no se les debe asignar la misma consecuencia jurídica, en la medida que no presentan el mismo grado de reproche. En términos similares, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que "(...) el rechazo que produce la práctica del transfuguismo político no puede ser entendido en términos absolutos, en el sentido de que igualmente resulte reprochable el comportamiento de quien, movido por sus íntimas convicciones ideológicas decida abandonar una agrupación política y vincularse a otra" [fundamento 18.4 de la Sentencia C-334/14]. En esa medida, a los casos de transfuguismo legítimo e ilegítimo no les corresponde la adopción de las mismas medidas.

92. Tampoco se puede justificar la restricción del derecho a la libertad de conciencia de los representantes parlamentarios apelando a la dificultad en la probanza del móvil que tuvo el congresista para renunciar a su grupo parlamentario, toda vez que desconoce la importancia del derecho a la libertad de conciencia en el ejercicio de la función congresal. La dificultad de probanza de la motivación ilícita es una problemática distinta a la analizada, que exige la adopción de medidas especiales pero que, bajo ningún escenario, pueden supeditar el respeto y goce de un derecho fundamental. En otras experiencias constitucionales se ha propuesto la creación de comisiones de investigación especiales para investigar situaciones de transfuguismo ilícitas, que permitan adoptar además la suspensión del parlamentario investigado en función a la gravedad de los hechos.

93. Del texto normativo del artículo 37 inciso 5 del Reglamento del Congreso se aprecia que esta disposición busca garantizar, más que la lucha contra el transfuguismo, la disciplina de los grupos parlamentarios. En efecto, en la medida que la prohibición de conformar grupos parlamentarios o adscribirse a uno constituido impuesta a los congresistas que se retiren o renuncien, sean separados o expulsados de sus grupos parlamentarios originarios (aspecto objetivo), no toma en consideración la motivación presentada por el congresista que explica dicha separación (aspecto subjetivo), puede constituir un mecanismo para sancionar todo tipo de disidencia o crítica al interior del grupo parlamentario, inclusive en aquellos temas en los que se requiere un voto u opinión a conciencia del funcio-

nario público, lo que vaciaría de contenido la garantía de inviolabilidad de votos y opiniones, prevista en el artículo 93 de la Constitución.

94. Tal situación se visibiliza especialmente en los supuestos de separación y expulsión, en la medida que los partidos políticos gozan de un amplio margen de libertad para regular en sus respectivos estatutos las causas de expulsión. El que los partidos tengan de forma exclusiva esta potestad podría generar, de manera encubierta, situaciones de `purgas políticas´. A partir de ello, se entiende entonces que la única posibilidad de regular el transfuguismo es objetivarla lo más posible sin dejar margen al partido para apreciar discrecionalmente la lealtad o deslealtad del funcionario público.

95. En esa medida, la disposición objetada rompe el equilibrio que se debe garantizar entre el "mandato representativo" y el "mandato ideológico", para favorecer claramente a éste último, lo que podría producirse inclusive a costa de la voluntad popular, en aquellos casos en los que los grupos parlamentarios decidan variar el programa político que adoptaron antes de las elecciones y que constituyó uno de los motivos para obtener la preferencia del electorado. En este escenario, la actitud del congresista que decide desacatar la disciplina bancada para respetar la promesa política realizada a la ciudadanía no tendría, bajo ninguna circunstancia, ninguna carga peyorativa o negativa y, en consecuencia, no debería ser pasible de una limitación tan severa como estar impedido o prohibido de conformar grupos parlamentarios o adscribirse a uno ya existente

96. El Congreso en la contestación de la demanda ha señalado que la prohibición de conformar nuevos grupos parlamentarios o adherirse a grupos ya existentes para aquellos congresistas que se retiran, renuncian son separados o expulsados de sus grupos parlamentarios, partidos políticos o alianzas políticas tienen como objetivo impedir la fragmentación de los grupos parlamentarios al interior del Congreso. Asimismo, agrega que si bien es cierto que la medida incide en el derecho a la libertad de conciencia de los congresistas, de acuerdo al test de proporcionalidad, constituye una medida constitucional, por cuanto:

    i. tiene como fin constitucional garantizar los principios de democracia representativa y representación proporcional;

    ii. la medida es idónea para conseguir el objetivo propuesto, que es que los grupos parlamentarios solo sean constituidos por los partidos políticos y alianzas electorales que lograron representación en el Congreso; y que, a la vez, los congresistas solo integren el grupo parlamentario constituido por el partido político o alianza electoral por el que fueron electos, evitando

la fragmentación en la representación congresal tal como se ha producido durante los años 2001 al 2016;

iii. no existe otra medida alternativa que busque el fin constitucional indicado y que sea menos lesiva para el derecho a la libertad de conciencia, y

iv. el grado de afectación a la libertad de conciencia es menor que el grado de satisfacción de los principios de democracia representativa y de representación proporcional

97. Este Tribunal no comparte el análisis del test de proporcionalidad realizado por la parte demandada, por los siguientes argumentos:

a) La prohibición de conformar nuevos grupos parlamentarios o adherirse a grupos ya existentes, para aquellos congresistas que se retiran, renuncian, son separados o expulsados de sus grupos parlamentarios originales, en efecto, tiene como fin garantizar los principios de democracia representativa y representación proporcional, al buscar que los grupos parlamentarios originales -creados al inicio de la legislatura- mantengan su nivel de representatividad inicial, que es además aquel que se expresó en las urnas por la ciudadanía. Por tanto, la situación objetiva que se busca con la medida cuestionada es evitar que los congresistas renuncien o sean expulsados de sus grupos parlamentarios, manteniéndose en los mismos. De esta forma, la medida cuestionada sí tendría un fin constitucional y cumpliría, en principio, con el subprincipio de idoneidad. Sin embargo, aunque de un análisis *ex ante* de esta disposición se extrae que ella fomentaba en cierto grado la protección de la democracia representativa y la representación proporcional, este Tribunal no puede dejar de advertir que, con posterioridad a su aprobación, se han seguido presentando casos de separaciones de los grupos parlamentarios, lo que permitiría colegir que, en la práctica, la disposición impugnada no habría cumplido con la finalidad pretendida. Sin embargo, es preciso recordar que el subprincipio de idoneidad no implica que el fin perseguido sea alcanzado de manera efectiva o en cualquier caso en particular [*cfr*. Clérico, Laura (2009). El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, pág. 66]. Basta, entonces, con la posibilidad abstracta de alcanzar el fin, por lo que se continuará con el análisis del test de proporcionalidad.

b) No obstante, no cumpliría con el subprincipio de necesidad, toda vez que existen otras medidas alternativas que pueden reemplazar la prohibición cuestionada, a fin de evitar la fragmentación de los grupos parlamentarios

originales sin incidir en el derecho a la libertad de conciencia. Así, por ejemplo, los grupos parlamentarios podrían brindar a los congresistas la libertad para que, en determinados casos sensibles éstos puedan votar de acuerdo a un criterio de conciencia; mientras que en otros temas sí se exigiría una votación de acuerdo con las decisiones adoptadas de manera mayoritaria en una bancada, con lo cual se mantendría la unidad del grupo parlamentario original. O también se podría haber establecido que aquellos congresistas que fueron separados por diferencias con la postura política del grupo parlamentario (se entiende que es un supuesto distinto a la expulsión) puedan retornar al mismo luego de un periodo determinado cuando haya nuevamente coincidencia de intereses.

c) Finalmente, la prohibición cuestionada *tampoco cumpliría con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto,* en la medida que -en contra de lo señalado por el demandado- la limitación del derecho a la libertad de conciencia es *grave* con respecto al grado de satisfacción de los principios de democracia representativa y representación proporcional. De hecho, como se indicó anteriormente, a través de esta prohibición se podría afectar el normal ejercicio del mandato parlamentario, ya que los congresistas estarían impedidos de poder ejercitar su voto a conciencia por temor a represalias por parte de los grupos parlamentarios a los que están adscritos, que no solo les llevaría a salir de sus grupos parlamentarios originales sino que, adicionalmente, tampoco podrían formar nuevos grupos parlamentarios o adherirse a otros ya existentes. Sin lugar a dudas, a partir de esta medida se podría legitimar un "mandato imperativo" de los partidos hacia los congresistas, con lo cual las garantías de prohibición de mandato imperativo y de inviolabilidad de votos y opiniones, previstas en el artículo 93 de la Constitución, se vaciarían de contenido

98. En efecto, en el presente caso la disposición cuestionada prohíbe que los congresistas que: i) se retiren, ii) renuncien, iii) sean separados o iv) hayan sido expulsados del grupo parlamentario, partido político o alianza electoral por el que fueron elegidos, conformen un nuevo grupo parlamentario, o se adhieran a uno ya existente. Se advierte entonces cuatro supuestos a los cuales se les asigna la misma consecuencia, a pesar de ser distintos entre sí: mientras que en los dos primeros (retiro, renuncia) el representante parlamentario decide *motu propio* salir del Grupo Parlamentario, partido político o alianza electoral, en los dos siguientes supuestos (separación, expulsión), es el grupo parlamentario, partido político o alianza electoral, el que decide la salida del congresista, como consecuencia de un procedimiento disciplinario interno.

99. De ello se desprende, además, que, en términos generales, el ámbito de acción de la norma impugnada abarca tanto los supuestos de lo que la doctrina ha entendido como transfuguismo legítimo e ilegítimo. Es decir, aplica una restricción de la misma intensidad a los derechos y atribuciones funcionales de los Congresistas, al margen de las posibles causas legítimas que estos puedan alegar en cada uno de tales escenarios.

100. En ese sentido, este Tribunal no advierte alguna justificación razonable para que el inciso 5 del artículo 37 del Reglamento del Congreso de la República (modificado por el artículo 1 de la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR) simplemente omita una distinción entre los motivos legítimos o ilegítimos que dieron lugar al retiro, renuncia, separación o expulsión de los representantes parlamentarios. Tal omisión, por el contrario, conlleva a que se disponga una misma intensidad de afectación en los derechos de los Congresistas, sin tener en cuenta la legitimidad o no de las razones que sustentaron tales conductas.

101. Es decir, la omisión en la que incurre la disposición cuestionada da lugar a un supuesto de discriminación por indiferenciación, toda vez que habilita un trato igual a dos categorías sustancialmente desiguales, pues queda claro que la intensidad en la afectación de los derechos o atribuciones funcionales del Congresista no puede ser la misma si éste invoca alguna causa legítima (como pueden ser el cambio de orientación ideológica del partido, la mutación ideológica personal, desaparición o crisis del partido, discrepancias con la dirección del partido o grupo parlamentario), que si concurre una causa ilegítima (como, el oportunismo o la búsqueda de mejores posiciones políticas o la compensación económica). En el primer supuesto bien puede el legislador aplicar una política de desincentivos al transfuguismo legítimo, a través de restricciones razonables y proporcionales a las atribuciones de los Congresistas; mientras que en el segundo, le corresponde sancionar este tipo de conductas, pudiéndose valer para tal efecto de intervenciones de mayor intensidad en tales derechos o atribuciones.

102. Por todo lo anterior, este Tribunal considera que el artículo 37 inciso 5 del Reglamento del Congreso, incorporado por el artículo 2 de la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR, es inconstitucional por afectar el derecho a la libertad de conciencia de los congresistas (artículo 2.3 de la Constitución) y la garantía de inviolabilidad de votos y opiniones (artículo 93 de la Constitución), en la medida que: i) no distingue aquellos casos de retiro, renuncia, separación o expulsión de un partido político en razón a convicciones políticas o ideológicas, como manifestaciones el derecho fundamental a la libertad de conciencia; ii) no

supera el test de proporcionalidad, por lo que demanda en este extremo debe ser declarada fundada.

103. Lo antes expuesto, sin embargo, no quiere decir que este Tribunal cuestione la necesidad de adoptar medidas para desincentivar conductas tránsfugas. Antes bien, y como dijimos *supra*, el fortalecimiento de los partidos políticos constituye un imperativo derivado del artículo 35 de la Constitución, lo que autoriza no solo al legislador sino especialmente a los partidos políticos a implementar medidas y acciones dirigidas a evitar el traspase de parlamentarios durante el ejercicio de una legislatura. En realidad lo que se exige es que se adopten medidas adecuadas, diferenciadas y proporcionadas que correspondan a los diversos supuestos de hecho que pueden presentarse, en los que es vital atender a la motivación esgrimida por el parlamentario.

E-2. El derecho a la libertad de asociación

104. Los demandantes sostienen que el artículo 37 numeral 5 del Reglamento del Congreso es inconstitucional porque vulnera el derecho a la libertad de asociación (artículo 2.13 de la Constitución) en la medida que obliga a los miembros parlamentarios de un partido político y una bancada parlamentaria a permanecer en ella contra su voluntad, a pesar que tienen el derecho de separarse libremente cuando lo consideren oportuno. Dicha situación se agrava, ya que, de separarse por renuncia o expulsión, los congresistas están impedidos de formar o pertenecer a otro grupo parlamentario.

105. Por su parte, el Congreso de la República sostiene que tanto este Tribunal como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han establecido que la libertad de asociación comprende el derecho de formar asociaciones, así como la posibilidad de pertenecer libremente a las ya constituidas. Por tanto, el derecho de asociación con fines políticos comprende la libertad de constituir una organización política, de incorporarse a aquellas ya constituidas y de renunciar a las mismas. De allí que la disposición cuestionada no vulnera el derecho de asociación, por cuanto ésta limita la libertad de constituir un grupo parlamentario y de incorporarse a uno ya constituido.

106. El artículo 2 inciso 13 de la Constitución reconoce el derecho de toda persona a "asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley". Este Tribunal ha señalado que el contenido esencial del derecho a la libertad de asociación está constituido por el derecho de asociarse, entendiendo por tal la libertad de la persona para constituir asociaciones, así como la posibilidad de pertenecer

libremente a aquellas ya constituidas, desarrollando las actividades necesarias en orden al logro de los fines propios de las mismas; por el derecho de no asociarse, que se concibe como el hecho de que nadie sea obligado a formar parte de una asociación o a dejar de pertenecer a ella; y por la facultad de autoorganización, es decir, la posibilidad de que la asociación se dote de su propia organización [fundamento 2 de la STC 2498-2008-AA/TC].

107. El artículo 94 de la Constitución señala que: "el Congreso elabora y aprueba su Reglamento, que tiene fuerza de ley; elige a sus representantes en la Comisión Permanente y en las demás comisiones; establece la organización y las atribuciones de los grupos parlamentarios; gobierna su economía; sanciona su presupuesto; nombra y remueve a sus funcionarios y empleados, y les otorga los beneficios que les corresponden de acuerdo a ley". En el marco de dicho mandato, el artículo 37 del Reglamento del Congreso de la República regula el estatuto básico de los grupos parlamentarios en los siguientes términos:

    i. Los grupos parlamentarios se definen como conjuntos de Congresistas que comparten ideas o intereses comunes o afines.

    ii. Los partidos o alianzas de partidos que logren representación al Congreso de la República, constituyen Grupo Parlamentario siempre que cuenten con un número mínimo de cinco Congresistas. Si no lograran llegar a ese número, serán considerados como Grupo Parlamentario Especial sólo para los efectos de presentación de proyectos de ley.

    iii. No pueden constituir Grupo Parlamentario separado los Congresistas que pertenezcan a un mismo partido.

    iv. Cada Grupo Parlamentario aprueba su reglamento interno, que contiene los derechos y deberes de sus integrantes.

    v. Son registrados en la Oficialía Mayor y tienen derecho a contar con personal, recursos y ambientes para el desarrollo de sus funciones, en proporción al número de sus miembros.

    vi. Cada Grupo Parlamentario elegirá a sus representantes, titulares y suplentes, ante los órganos directivos que establezca el Reglamento. También propondrán a sus candidatos a los cargos de la Mesa Directiva y para conformar las comisiones y canalizarán la presentación de propuestas legislativas.

108. Entonces se puede definir a los grupos parlamentarios como las células políticas de la dinámica parlamentaria que manifiestan la voluntad política de los partidos al interior del Congreso, conglomerando los intereses individuales de los

congresistas. En efecto, tal como lo señaló este Tribunal en el fundamento STC 0003-2008-AI/TC "(...) la creación del grupo parlamentario evita que se plasmen los intereses individuales de los congresistas (...)" para lo cual se establecen determinados requisitos para su conformación, como son un número mínimo de miembros, que pertenezcan a un mismo partido y que cuenten con personal, recursos y ambientes propios. Estas estructuras se fundamentan en dos criterios básicos: "i) la racionalización y organización del trabajo parlamentario y ii) la proyección en los órganos del Congreso de las fuerzas políticas que han obtenido representación en las urnas".

109. Sobre la base de lo anterior, este Tribunal considera que el derecho a la libertad de asociación no guarda cobertura el supuesto referido a "grupos parlamentarios", en la medida que:

a) El ejercicio del derecho a la libertad de asociación, tal como está reconocido en la Constitución y ha sido desarrollado en la jurisprudencia constitucional, tiene por objetivo la obtención de metas particulares, a partir de la concurrencia de voluntades comunes, que pueden ser de distinto tipo: "culturales, deportivas, económicas, ideológicas, laborales, políticas, religiosas, sociales o de cualquier otra índole que las personas, tanto naturales como jurídicas, realizan en sociedad" [fundamento 3 del ATC 2243-2010-AA/TC]. No ocurre lo mismo en el caso de los grupos parlamentarios en los que, si bien se advierte la concurrencia de voluntades entre los congresistas que deciden conformarlo (a partir de la existencia de intereses e ideas comunes, conforme lo destaca el artículo 37 del Reglamento del Congreso), a través de dichas organizaciones los congresistas cumplen las funciones parlamentarias establecidas en la Constitución, lo que da cuenta de la importancia de los objetivos que desarrolla el Poder Legislativo.

b) En el caso de los partidos políticos sí es posible ejercitar plenamente el derecho a la libertad de asociación, toda vez que de acuerdo a la Ley 28094, de Partidos Políticos constituyen asociaciones de ciudadanos que constituyen personas jurídicas de derecho privado cuyo objeto es participar por medios lícitos, democráticamente, en los asuntos públicos del país (artículo 1), por lo que su constitución y adherencia se realiza de manera libre y espontánea para participar en la vida política del país, con la salvedad de cumplir los requisitos exigidos por ley.

No ocurre lo mismo con los grupos parlamentarios, ya que su conformación solo se produce con los representantes miembros de las fuerzas políticas que obtuvieron representación en el Congreso a partir del voto popu-

lar, tomando en cuenta además que, tras la conformación de estos grupos parlamentarios subyace la exigencia de fortalecer los mismos al interior del Congreso para una mejor tomar de decisiones política, evitando, por el contrario, atomizar la voluntad popular y dificultar la adopción de acuerdos colegiados con la creación de más grupos

110. Ahora bien, con relación a la prohibición de conformar grupos parlamentarios o adherirse a otros ya existentes en los casos de retiro o renuncia de un congresista a un "partido político" o una "alianza electoral" este Tribunal estima que sí vulnera el derecho a la libertad de asociación, en la medida que: i) como se señaló *supra*, la naturaleza de los grupos parlamentarios es distinta a la de los partidos políticos y alianzas electorales, teniendo estas últimas el tratamiento de personas jurídicas de derecho privado; ii) la libre afiliación o renuncia a un partido político -y, por ende, a una alianza electoral-, como manifestaciones del derecho a la libertad de asociación, se encuentran contempladas expresamente en el artículo 18 de la Ley 28094, de Partidos Políticos; iii) la postulación como candidato por otro partido político también se encuentra permitida, aunque la ley establece requisitos (que la renuncia se haya realizado con un año de anticipación o se cuente con la autorización del partido político original).

111. De tal suerte que, el retiro, renuncia, separación o expulsión de un congresista del partido político o alianza electoral de la que forme parte no puede conllevar automáticamente la prohibición de conformar nuevos grupos parlamentarios o la adhesión a otros ya existentes, por cuanto se estaría limitando el derecho a la libre desafiliación de dichas organizaciones políticas, lo que sí está garantizando por la Constitución. Asimismo cabe anotar que, la creación, afiliación o desafiliación de una persona a un partido político o alianza electoral involucra además el ejercicio de otros derechos de carácter fundamental, como es el ejercicio del derecho a la libertad de conciencia (en la medida que es a partir de la concurrencia de ideas y voluntades políticas e ideológicas que las personas deciden conformar un partido político), así como el derecho a participar de la vida política de la Nación, entre otros. En ello radica la importancia de garantizar la libre afiliación o desafiliación de un partido u organización política.

112. Evidentemente, este Tribunal no desconoce que los grupos parlamentarios se conforman a partir de los partidos políticos o alianzas electorales que han obtenido representación en el Congreso que, además, así está reconocido en el artículo 37.1 del Reglamento del Congreso de la República, que señala que "los partidos o alianzas de partidos que logren representación al Congreso de la República, constituyen Grupo Parlamentario siempre que cuenten con un

número mínimo de cinco Congresistas". Sin embargo, desde un punto de vista jurídico, sí cabe distinguir entre los grupos parlamentarios y las organizaciones de las cuales derivan, a partir de la distinta regulación que las rige (en el caso de los grupos parlamentarios es aplicable el Reglamento del Congreso de la República, mientras que para los partidos políticos y alianzas electorales es aplicable la Ley 28094, de Partidos Políticos). Y es que como se recuerda "la naturaleza jurídico-política de los grupos parlamentarios es esencialmente compleja, debiendo separarse debidamente lo que es la naturaleza jurídica de lo que es naturaleza política, y sobre todo, en lo que ésta respecta, las relaciones políticas entre los grupos y los partidos, sin que deban confundirse lo que ambos aspectos suponen" [Sanz Pérez, Ángel. La naturaleza jurídica de los grupos parlamentarios. Una aproximación al proceso de juridificación de los grupos parlamentarios. Corts. Anuario de Derecho Parlamentario Núm. 10, 2001, pp. 335-336].

113. Otro aspecto cuestionable del texto normativo del artículo 37.5 del Reglamento del Congreso es que la medida adoptada ante el alejamiento de un congresista de su partido político o alianza electoral –que, si bien son organizaciones que cumplen fines públicos, tienen personería jurídica privada– es la restricción de sus derechos funcionales en el seno del Parlamento, a través de la prohibición de conformar grupos parlamentarios o adherirse a grupos ya existentes; a pesar que el ámbito de acción de un partido político o alianza electoral es distinto del que tiene un grupo parlamentario, lo que puede ser calificado de irrazonable y desproporcionado.

114. Por las consideraciones expuestas este Tribunal considera que el artículo 37.5 del Reglamento del Congreso, incorporado por la 007-2016-2017-CR: i) no vulnera el derecho a la libertad de asociación respecto a la prohibición de crear un nuevo grupo parlamentario o adherirse a uno ya formado, al congresista que se retira o renuncia de un grupo parlamentario, por lo que este extremo de la demanda debe ser declarada infundada; ii) vulnera el derecho a la libertad de asociación respecto a la prohibición de crear un nuevo grupo parlamentario o adherirse a uno ya formado, al congresista que se retira o renuncia de un **partido político o alianza electoral,** y por lo tanto, resulta inconstitucional, por lo que este extremo de la demanda debe ser declarada fundada

E-3. El derecho a la participación política

115. Los demandantes sostienen que el artículo 37, inciso 5, del Reglamento del Congreso resulta inconstitucional por cuanto contraviene el derecho a participar en la vida política de la Nación, porque impide que los congresistas que renuncien o sean expulsados de un grupo parlamentario, partido político o alianza

política puedan participar en otro grupo parlamentario, sin tomar en cuenta los motivos que pudo tener el congresista para alejarse de su grupo parlamentario original, además de impedirles asumir cargos directivos en el Congreso o ser designados miembros de la Comisión Permanente o del Consejo Directivo.

116. El Congreso sostiene que el derecho a participar de manera asociada en la vida política tiene una doble dimensión, una positiva que abarca la facultad de constituir organizaciones políticas, de afiliarse a las existentes y de permanecer afiliado mientras no se incumplan las normas estatutarias; así como una negativa, que comprende la facultad de negarse a formar parte de una determinada organización política, a no ser obligado a integrarla, a no ser afiliado contra su voluntad o retirarse de la misma cuando lo desee. En ese sentido, señala que el artículo 37.5 del Reglamento del Congreso cuestionado no vulnera el derecho a la participación política, por cuanto la limitación prevista en aquel artículo se refiere a la libertad de constituir un grupo parlamentario y de incorporarse a uno ya constituido.

117. El artículo 2 inciso 17 de la Constitución señala que toda persona tiene derecho "a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum".

118. Al respecto, este Tribunal en el fundamento 3 de la STC 5741-2006-AA/TC ha señalado que

> "el derecho a la participación en la vida política, económica, social y cultural de la nación, reconocido en el artículo 2°, inciso 17, de la Constitución, constituye un derecho fundamental cuyo ámbito de protección es la libre intervención en los procesos y la toma de decisiones en el ámbito político, económico, social y cultural. La participación política constituye un derecho de contenido amplio e implica la intervención de la persona, en todo proceso de decisión, en los diversos niveles de organización de la sociedad. De ahí que éste no se proyecta de manera restrictiva sobre la participación de la persona en el Estado-aparato o, si se prefiere, en el Estado-institución, sino que se extiende a su participación en el Estado-sociedad, es decir, en los diversos niveles de organización, público y privado. Tal es el caso, por ejemplo, de la participación de las personas en la variedad de asociaciones, con diversa finalidad, o la participación en todo tipo de cargos; la característica común de todos ellos es que su origen es un proceso de elección por un colectivo de personas […]".

119. Como se advierte, el contenido de este derecho fundamental es complejo porque se vincula con los diversos espacios de actuación que puede ejercitar una persona en el desarrollo de su vida en sociedad, tanto en la esfera pública como privada. Asimismo, la protección de este derecho no se restringe a un ámbito individual, sino que también posibilita y tutela una actuación plural que facilite y permita una actuación adecuada de la persona. En razón a ello, este atributo esencial está estrictamente relacionado con otros derechos fundamentales como es el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de asociación, entre otros.

120. En el plano político, la participación de la ciudadanía tiene por objetivo influir en la toma de decisiones de carácter público. Como lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Yatama vs. Nicaragua:*

> 196. La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizados, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa.

121. Asimismo, cabe precisar que esta participación en la vida política de la Nación puede ser de carácter directo o indirecto, tal como lo ha señalado este Tribunal en el fundamento 23 de la STC 0030-2005-AI/TC,

> el principio democrático se materializa a través de la participación *directa,* individual o colectiva, de la persona como titular de una suma de derechos de dimensión tanto subjetiva como institucional (derecho de voto, referéndum, iniciativa legislativa, remoción, o revocación de autoridades, demanda de rendición de cuentas, expresión, reunión, etc.), así como en su participación asociada, a través de organizaciones orientadas a canalizar el pluralismo político. Tales organizaciones son los partidos y movimientos políticos, reconocidos en el artículo 35º de la Constitución. Asimismo, el referido principio se materializa en la participación política *indirecta* de la ciudadanía; es decir, a través de sus representantes libremente elegidos. La democracia representativa es —como quedó dicho— el rasgo prevalente en nuestra Constitución.

122. En ese sentido, la postulación a cargos de Estado relevantes y su ejercicio también constituyen una forma de participación indirecta en la vida política del país y, por ende, esta dimensión también se encuentra comprendida dentro

del contenido esencial del derecho a la participación política. Así también lo entiende la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Yatama vs. Nicaragua* cuando señala que:

> 198. Los ciudadanos tienen el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán.
>
> 199. La participación mediante el ejercicio del derecho a ser elegido supone que los ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad y que puedan ocupar los cargos públicos sujetos a elección si logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello".

123. Entonces, el derecho a la participación en la vida política de la Nación (artículo 2 inciso 17 de la Constitución contempla como una de sus manifestaciones al derecho a postular, ser elegido y ejercer un cargo popular de representación popular, por lo que se vincula directamente con el artículo 31 de la Constitución, que señala que: "los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica"

124. El derecho a la participación política de los congresistas concordado con el artículo 31 de la Constitución exige también que puedan desempeñar los importantes mandatos establecidos en la Constitución de manera plena y adecuada, para lo cual es necesario que cuenten con un estatuto especial. Este estatuto se encuentra regulado en el artículo 22 del Reglamento del Congreso, en tanto norma de desarrollo constitucional, y consagra los `derechos funcionales´ que les asiste a los congresistas de manera individual, por razón del cargo que ostentan. Queda claro que estos derechos de configuración legal están diseñados, como no puede ser de otro modo, para que el representante parlamentario pueda cumplir con las funciones asignadas en la Constitución al Congreso de la República.

125. En el presente caso, el artículo 37 inciso 5 del Reglamento del Congreso cuestionado prohíbe la conformación de grupos parlamentarios, o la adhesión a grupos ya existentes, de congresistas que se retiran, renuncian, son separados

o expulsados de un grupo parlamentario, partido político o alianza electoral. Este Tribunal considera que dicha restricción es irrazonable y desproporcionada, toda vez que el correcto ejercicio de la función parlamentaria está supeditada casi en su totalidad a la participación en un grupo parlamentario. En ese sentido, basta recordar las diversas funciones públicas relevantes que cumplen los congresistas a través de los grupos parlamentarios en el Congreso de la República:

a) Presentan la lista de candidatos para la Mesa Directiva y respaldan dichas postulaciones.

b) Respaldan postulaciones para cargos de la Mesa Directiva del Congreso o de las Comisiones o para miembros de la Comisión Permanente o del Consejo Directivo.

c) Presentan propuestas detallando los temas o proyectos de ley que consideren necesario debatir y aprobar al inicio del periodo anual de sesiones.

d) Designan representantes en diversos órganos del Congreso como son el Consejo Directivo; Junta de Portavoces; comisiones de trabajo; Comisión Permanente.

e) Establecen a los voceros que participarán en los diversos debates en el Pleno, así como la dinámica a desarrollar.

f) Respaldan la presentación de proyectos de ley por parte de los congresistas

g) Acuerdan a través de acuerdos políticos la designación de importantes autoridades (Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo, Banco Central de Reserva, entre otros).

126. Ello permite señalar que, la conformación de un grupo parlamentario constituye un atributo esencial inherente a la función parlamentaria, en la medida que a través del mismo se cumplen con los mandatos previstos para el Congreso de la República por la Constitución.

127. En términos similares, el Tribunal Constitucional español ha señalado que

> no cabe duda alguna de que la facultad de constituir Grupo Parlamentario, en la forma y con los requisitos que el mismo Reglamento establece, corresponde a los Diputados, y que dicha facultad, de conformidad con la doctrina constitucional antes expuesta, pertenece al núcleo de su función representativa parlamentaria, pues, dada la configuración de los Grupos Parlamentarios en los actuales Parlamentos, y, en concreto, en el Congreso

de los Diputados, como entes imprescindibles y principales en la organización y funcionamiento de la Cámara, así como en el desempeño de las funciones parlamentarias y los beneficios que conlleva la adquisición de tal status, aquella facultad constituye una manifestación constitucionalmente relevante del ius in officium del representante" [fundamento 3 de la STC 64/2002].

128. La imposibilidad de conformar grupos parlamentarios o la adhesión a grupos ya conformados constituye también un impedimento para cumplir otras funciones inherentes al mandato representativo como es la participación en las comisiones del Congreso con voz y voto (que permiten el ejercicio de un voto informado sobre los diversos proyectos de ley y temas de interés que se debatan en el pleno). Y es que, de acuerdo al artículo 34 del Reglamento del Congreso, los grupos parlamentarios presentan a la Presidencia del Congreso la propuesta de miembros titulares y accesitarios para la conformación de las diversas comisiones de trabajo del Congreso; para que, posteriormente, dicha propuesta, con el aval de la Presidencia y el Consejo Directivo, sea aprobada por el Pleno del Congreso. Asimismo, dicha norma exige que en la conformación de las comisiones procure aplicarse los principios de pluralidad, proporcionalidad y especialidad en la materia. El efecto, el artículo 37.5 del Reglamento del Congreso bajo análisis impide también que los congresistas renunciantes o expulsados de su grupo parlamentario puedan conformar otro grupo o integrarse a uno ya existente, lo que determina además a que no puedan formar parte de las comisiones de trabajo mencionadas

129. En el presente caso, la disposición cuestionada prohíbe de manera absoluta la constitución de un nuevo grupo parlamentario para los congresistas que se retiren, renuncien, sean separados o expulsados de sus grupos parlamentarios de origen. La justificación que se ha señalado para dicha medida –de acuerdo al Dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso recaído en los proyectos de ley 76/2016-CR y 229/2016-CR antecedente de la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR impugnada–, es diversa: i) se pretende combatir las conductas de transfuguismo, cualquiera sea el móvil que explique la misma; ii) se busca fortalecer a los grupos parlamentarios que ya están conformados en el Congreso, y evitar la creación de nuevos grupos para así evitar la atomización de la voluntad popular y; iii) se busca evitar mayores gastos al erario público en la instalación de nuevos grupos parlamentarios.

130. Al respecto, este Tribunal considera que ninguna de las justificaciones expuestas ameritan la adopción de la medida cuestionada, en razón a que:

a) La adopción de medidas contra el transfuguismo requiere no solo implementar acciones a nivel congresal, sino también al interior de los propios partidos políticos. Asimismo, las medidas adoptadas para luchar contra el transfuguismo, y que han sido materia de cuestionamiento, no diferencian aquellas situaciones donde se evidencia claramente la prevalencia de un interés particular por sobre el bienestar público, ya sea o no con un beneficio económico de por medio o de cualquier otra índole (transfuguismo ilegítimo); de aquellas situaciones donde el alejamiento de un congresista de su grupo parlamentario obedece más bien a convicciones políticas e ideológicas.

b) El fortalecimiento de los grupos parlamentarios constituye un fin legítimo, en la medida que busca preservar el mandato popular recibido en las urnas y facilitar la toma de decisiones políticas. No obstante, la medida adoptada no solo impide la conformación de grupos parlamentarios a los congresistas defenestrados, sino también su adhesión a otros grupos ya conformados, a pesar que en este último caso también se cumpliría con el objetivo de fortalecer a los grupos parlamentarios ya instalados en el Congreso.

c) El objetivo de evitar mayores gastos de recursos públicos no constituye un argumento suficiente, toda vez que la creación de grupos parlamentarios tiene por objetivo que los congresistas puedan cumplir con los mandatos establecidos en la Constitución, y de esta forma hacer efectivo el derecho fundamental a la participación política de la ciudadanía. Por tanto, la utilización de los recursos no está direccionada a fines privados o particulares, sino al cumplimiento de objetivos públicos que inciden en los derechos fundamentales de la población.

131. No obstante, este Tribunal comparte el objetivo de adoptar medidas para combatir el transfuguismo y fortalecer la presencia de los grupos parlamentarios al interior del Congreso. Sin embargo, la justificación invocada no es de recibo para que se adopten medidas que restringen de manera irrazonable y desproporcionada las funciones que cumplen los congresistas, que son inherentes además a su mandato parlamentario.

132. En atención a ello, es necesario que se analicen e implementen otras medidas para aquellos casos de congresistas que se alejen de su grupo parlamentario original, tomando en cuenta la situación concreta que motivó dicho alejamiento. En ese sentido:

a) Ante casos de transfuguismo ilegítimo, donde se verifique la venta del voto a cambio de un beneficio económico o de otra índole, las medidas apli-

cables podrían ser de carácter sancionatorio, no solo a través del Código de Ética del Congreso, sino también a través de los procedimientos de carácter político que prevé la Constitución (juicio por infracción constitucional) e inclusive, de ser el caso, desde el ámbito penal (delito de cohecho pasivo, enriquecimiento ilícito, etc.).

b) Ante casos de disidencia política donde no se verifique la existencia de un móvil reprochable, se pueden establecer medidas como la creación de un *grupo mixto*, en donde se regule claramente sus atribuciones, las que pueden ser menores en comparación con los grupos parlamentarios originales respecto de aquellas funciones y competencias en los que sí sea necesario atender a la cuota proporcionalidad de representatividad que tiene el grupo parlamentario (por ejemplo, en la elección de cargos en la Mesa Directa, Junta de Portavoces, presidencias de comisiones, etc.)

133. Por las consideraciones expuestas, este Tribunal considera que el artículo 37 inciso 5 del Reglamento del Congreso es inconstitucional, por vulnerar el derecho a la participación política de los congresistas. En consecuencia, la demanda en este extremo también debe ser declarada fundada.

E-4. El principio de legalidad

134. Los demandantes también solicitan la inconstitucionalidad del literal d) del artículo 22 y el numeral 5 del artículo 37 del Reglamento del Congreso de la República, cuyo texto literal es el siguiente:

> **Artículo 22.** Los congresistas tienen derecho:
>
> (…)
>
> d) A elegir y postular, en este último caso como miembro de un Grupo Parlamentario, a los cargos de la Mesa Directiva del Congreso o de las Comisiones o ser designado miembro de la Comisión Permanente o del Consejo Directivo
>
> (…)
>
> **Artículo 37.** Los Grupos Parlamentarios son conjuntos de Congresistas que comparten ideas o intereses comunes o afines y se conforman de acuerdo a las siguientes reglas:
>
> (...)
>
> 5. No pueden constituir nuevo Grupo Parlamentario ni adherirse a otro los Congresistas que se retiren, renuncien, sean separados o hayan sido

expulsados del Grupo Parlamentario, partido político o alianza electoral por el que fueron elegidos, salvo el caso de alianzas electorales conforme a ley, que hayan decidido disolverse, en cuyo caso podrán conformar Grupo Parlamentario conforme al numeral 1.

135. Los demandantes sostienen que el literal d) del artículo 22, y el numeral 5 del artículo 37 del Reglamento del Congreso de la República, vulneran el principio de legalidad y taxatividad, ya que recortan derechos de los congresistas sin señalar las causas correspondientes. Agregan que no se define adecuadamente lo que configura el transfuguismo, regulándolo más bien de manera genérica, lo que podría ser malinterpretado y manipulado de manera política para sancionar todo acto de disidencia que no constituya en esencia transfuguismo. Asimismo, indican que las sanciones impuestas al transfuguismo son desproporcionadas.

136. El Congreso de la República por su parte sostiene que el principio de legalidad, exige que sea una ley la que establezca cualquier restricción a la libertad general de actuación. En ese sentido, sostiene que en el presente caso no se vulnera el principio mencionado, toda vez las dos normas cuestionadas se encuentran previstas en el Reglamento del Congreso, que tiene fuerza y rango de ley orgánica, según lo señalado por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia.

137. Este Tribunal, en los fundamentos 44 y 45 de la STC 0010-2002-AI/TC tiene dicho que el principio de legalidad penal exige no sólo que por ley se establezcan los delitos o faltas, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal "d" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea "expresa e inequívoca" *(Lex certa)*.

138. Asimismo, este Tribunal en el fundamento 11 de la STC 0156-2012-AA/TC tiene dicho que el artículo 43 de la Constitución consagra los principios de separación de poderes, la forma republicana de gobierno y el carácter inderogable de los derechos humanos. Estos principios, que constituyen el núcleo esencial de nuestra Constitución y fundamento político de las relaciones entre gobernantes y gobernados, inspiran también como componente obligatorio, las relaciones entre quienes según los procedimientos establecidos en la Constitución, son los llamados a gobernar. En esa perspectiva, no sólo la actuación de los órganos que ejercen función jurisdiccional debe estar ajustada a derecho, sino también las de aquellos que llevan a cabo función política como administrativa.

Es el sometimiento de todos al Derecho y la interdicción de la arbitrariedad lo que distingue a un Estado constitucional de uno que no lo es. Por consiguiente, los controles políticos y las sanciones políticas están también tasadas y reguladas por la Constitución y la ley. De ahí que el principio de legalidad y el subprincipio de taxatividad recorren y determinan el contenido y la dimensión del poder sancionatorio del Parlamento (sede política), como del Poder Ejecutivo (sede administrativa).

139. Con esa base, las infracciones y sanciones establecidas a nivel parlamentario, de acuerdo con el principio de legalidad y su dimensión de taxatividad, también deben estar previamente tipificadas y determinadas. Este Tribunal no comparte la afirmación de los demandantes, respecto a que se habría vulnerado el principio de legalidad en su dimensión de *lex certa,* por cuanto la prohibición impuesta a los congresistas que se retiran, renuncian, son separados o expulsados de sus grupos parlamentarios, partidos políticos o alianzas parlamentarias originales, de formar nuevos grupos parlamentarios (artículo 37.5 Reglamento del Congreso) no constituye una manifestación de la potestad sancionadora del Congreso de la República, sino de la *potestad de autoorganización* de este Poder del Estado que a la definición, constitución y registro de los Grupos Parlamentarios.

140. Dicho en otros términos, la regulación impugnada a juicio de este Tribunal no vulnera el principio de legalidad en la medida que no constituye una infracción o sanción tipificada en virtud a la potestad sancionadora del Parlamento, sino más bien un requisito establecido por el legislador para el acceso a un cargo directivo parlamentario, como parte de la potestad de autoorganización del Congreso; de manera tal que no queda dudas que la exigencia consiste en formar parte de un Grupo Parlamentario para postular a cargos directivos y a la Comisión Permanente del Congreso.

141. Por estas consideraciones, este Tribunal considera que el literal d) del artículo 22, y el numeral 5 del artículo 37 del Reglamento del Congreso de la República no vulneran el principio de legalidad, por tanto, no son inconstitucionales, por lo que la demanda en este extremo también debe ser declarada infundada.

E-5. Principio de prohibición de mandato imperativo

142. Los demandantes manifiestan que el literal d) del artículo 22, y el numeral 5 del artículo 37 del Reglamento del Congreso de la República son inconstitucionales por cuanto vulneran la garantía constitucional de la prohibición del mandato imperativo, al imponer la permanencia en un grupo parlamentario y al limitar la libertad de acción política y de labor parlamentaria del congresista.

143. El Congreso sostiene que los artículos 22.d y 37.5 del Reglamento del Congreso no vulneran el principio de prohibición del mandato imperativo. Agregan que si bien establecen limitaciones a los congresistas que no forman parte de un grupo parlamentario, se acredita que ambas resultan idóneas para optimizar el principio de democracia representativa.

144. El artículo 93 de la Constitución en la parte pertinente establece que los congresistas "No están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación". La prohibición del mandato imperativo es garantía que faculta al parlamentario, en tanto representante de la nación, a no recibir instrucciones vinculantes acerca de cómo ejercer su mandato por parte de quienes le han elegido. O lo que es lo mismo, dicha garantía permite que el congresista pase a representar al conjunto de la Nación y no solo a una parte de ella, además de dejar de estar sujetos a instrucción alguna.

145. El artículo 37.5 del Reglamento del Congreso restringe a todo congresista que se retira, renuncia, es separado o expulsado de su grupo parlamentario, partido político o alianza electoral a formar nuevo grupo parlamentario o adherirse a uno nuevo. Esta regulación es muy genérica y establece consecuencias que, a criterio de este Tribunal, inciden directamente en la prerrogativa de prohibición de mandato imperativo:

a) En el caso de *retiro* y *renuncia* del congresista a su grupo parlamentario, no se toma en cuenta los casos en los que estas acciones responden al ejercicio del derecho a la libertad de conciencia, al considerar que no existe compatibilidad entre su línea política y la que detenta su grupo parlamentario.

b) En el caso de *separación* y *expulsión,* se otorga mucha discrecionalidad a los grupos parlamentarios, en la medida que son éstos quienes podrán establecer las infracciones que motiven la adopción de dichas medidas contra los congresistas. En esa línea, esta discrecionalidad amplia puede llevar a sancionar cualquier acto de indisciplina del congresista contra las decisiones adoptadas por el grupo parlamentario, incluyendo los votos de conciencia que pudiese tener.

146. Lo señalado no quiere decir que no se tome en consideración el reconocimiento constitucional de los partidos políticos, como elementos propios de un Estado democrático, y su lógica vinculación con el ejercicio del mandato representativo. Ello implica aceptar el hecho que los congresistas deban respetar los acuerdos y decisiones que se adopten en el seno de una bancada para afrontar las actividades propias del quehacer parlamentario, facilitando una ágil toma de

decisiones políticas y, de no hacerlo, estar sometido a las medidas y sanciones que imponga el grupo parlamentario. No obstante, lo cuestionable de la disposición analizada es que no establezca distinciones en las decisiones que puede llevar a que un congresista tenga diferencias con su grupo parlamentario, que incluye aquellas que implican un ejercicio de la libertad de conciencia en pro de la ciudadanía, aspecto que, sin duda alguna, constituye un ámbito protegido por la prerrogativa de prohibición de mandato imperativo.

147. Así, el hecho de que la norma no haga distinciones puede generar situaciones en las que la disciplina del partido se torne en un auténtico *"mandato imperativo"* del grupo parlamentario, despersonalizando la figura del parlamentario para, a cambio, fortalecer de manera desmedida la voluntad colectiva, sin permitir la disidencia en aquellos temas en los que válidamente la Constitución autoriza un voto de conciencia.

148. Lo señalado tampoco desconoce el hecho que el alejamiento de un congresista de su grupo parlamentario, partido político o alianza parlamentaria original, incide en el ejercicio del mandato representativo, toda vez que el congresista obtiene un escaño no solo por su propio mérito sino también por el hecho de que forma parte de una agrupación política, con un programa electoral determinado. Tal como lo ha señalado la Corte Constitucional de Colombia, "(...) la obtención de la investidura en la corporación pública se deriva de la voluntad democrática que los electores han expresado a una lista en particular, a la que pertenece el candidato elegido, lista que al ser única, está inserta en la dinámica de la disciplina de partidos. El político que cambia de partido o movimiento político no solo defrauda a elector, sino que cuestiona la legitimidad democrática de su mandato representativo, por la simple razón que el partido o movimiento de acogida no lo tuvo en su lista única al momento de la elección y por ende, los ciudadanos no tuvieron oportunidad de apoyarlo, en tanto integrante de esa agremiación política" (fundamento 18.5 de la Sentencia C-303/2010).

149. A sí pues, este Tribunal considera que el legislador adopte medidas diferenciadas ante el retiro, renuncia, separación o expulsión de un parlamentario de su grupo político, tomando en cuenta las razones o móviles que explican dicho alejamiento. En ese sentido: i) en el supuesto de transfuguismo que se base en razones egoístas o particulares en contra del interés común, ya sea que exista o no un beneficio económico o de otra índole (ilegítimo), se deben implementar todas las medidas necesarias para sancionar dicha acción, incluyendo de ser el caso el ámbito penal; ii) en el supuesto de renuncia o separación por razones

fundadas en el ejercicio de la libertad de conciencia, las medidas a adoptar deben respetar las funciones inherentes al cargo parlamentario que ostenta el funcionario (creación de grupos parlamentarios, presentación de proyectos de ley, etc.), aunque sí podrían limitar aquellas funciones y derechos vinculados con su pertenencia a una agrupación política (postulación a cargos directivos al interior del Congreso).

150. Bajo esta perspectiva, este Tribunal considera que el artículo 37.5 del Reglamento del Congreso es inconstitucional por cuanto vulnera el principio de interdicción de mandato imperativo, previsto en el artículo 93 de la Constitución, al establecer una normativa que favorece de manera amplia y genérica la vigencia de la disciplina partidaria por sobre la actuación independiente del congresista, que incluye aquellas situaciones en las que se requiere la adopción de un voto de conciencia. En consecuencia, este extremo de la demanda debe ser declarada fundada.

151. De otro lado, el literal d) del artículo 22 del Reglamento del Congreso establece, como requisito para postular a los cargos de la Mesa Directiva del Congreso o de las Comisiones o ser designado miembro de la Comisión Permanente o del Consejo Directivo del Congreso, ser miembro de un grupo parlamentario. En opinión de este Tribunal, el artículo citado añade un requisito para acceder a cargos directivos en el parlamento que no tiene implicancia directa ni indirecta en la garantía de prohibición de mandato imperativo, ya que no se refiere directamente a las funciones que realiza un congresista o al ejercicio de la libertad de conciencia, sino que incide en la expectativa que tiene éste para postular a un cargo directivo al interior del Congreso. No ocurre lo mismo con la disposición prevista en el artículo 37 inciso 5 del Reglamento del Congreso, analizada anteriormente, referida a la prohibición de conformar grupos parlamentarios, ya que en este supuesto sí existe una vinculación directa entre la prohibición de conformar grupos parlamentarios o adherirse a grupos ya existentes y el libre ejercicio del mandato parlamentario en conciencia.

152. Por lo expuesto, este Tribunal considera que el literal d) del artículo 22 del Reglamento del Congreso no es inconstitucional por cuanto no contraviene la garantía de prohibición de mandato imperativo previsto en el artículo 93 de la Constitución, por lo que este extremo de la demanda también deber ser declarada infundada

F. El Carácter Vinculante De Los Reglamentos Internos De Los Grupos Parlamentarios

153. Los demandantes también solicitan la inconstitucionalidad del inciso 4 del artículo 37 del Reglamento del Congreso de la República (modificado por el artículo 1 de la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR), cuyo texto literal es el siguiente:

> **Artículo 37**. Los Grupos Parlamentarios son conjuntos de Congresistas que comparten ideas o intereses comunes o afines y se conforman de acuerdo a las siguientes reglas: (...)
>
> 4. Cada Grupo Parlamentario aprueba su reglamento interno, el que deberá respetar las garantías del debido procedimiento y contener los derechos y deberes de sus integrantes. Este reglamento es aprobado por mayoría de sus miembros y obliga a todos ellos. El Congresista que considere que ha sido sancionado de manera irregular podrá accionar ante las instancias correspondientes. Si la sanción es suspendida, revocada o anulada, podrá optar por regresar a su Grupo Parlamentario o solicitar al Consejo Directivo que apruebe su incorporación a un Grupo Parlamentario ya conformado, para lo cual se requerirá contar previamente con acuerdo expreso del mismo.

154. Los demandantes sostienen que la disposición impugnada (artículo 37, inciso 4) que señala que el reglamento de una bancada parlamentaria obliga a los miembros de dicho grupo, vulnera el principio de prohibición de mandato imperativo. En ese sentido, afirman que el reglamento de una bancada parlamentaria no es una norma legal, jurídica o de orden público, por lo que carece del *ius imperium* de las normas expedidas por el Estado para "obligar" o vincular a la investidura parlamentaria; a diferencia de lo que ocurre con el Reglamento del Congreso, que sí es vinculante puesto que constituye una norma con rango de ley.

155. El Congreso de la República sostiene que si bien los congresistas son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones su actuación no puede desligarse irreflexivamente del partido político del cual provino o lo acogió. De esta manera, la importancia del fortalecimiento de los partidos políticos en un Estado social y democrático de derecho reconfigura la autonomía del congresista, por lo que no resulta inconstitucional que cada grupo parlamentario apruebe un reglamento interno que obligue a sus integrantes.

156. Conviene anotar que la invocada obligatoriedad de los reglamentos de los grupos parlamentarios no es una condición que se haya establecido recientemente con la modificación realizada por la Resolución Legislativa 007-2016-2017-

CR, como aducen los demandantes. El inciso 4 del artículo 37 del Reglamento del Congreso ya había sido modificado anteriormente por la Resolución Legislativa 0025-2005-CR del año 2006, que señalaba que "cada Grupo Parlamentario aprueba su reglamento interno que obliga a todos sus integrantes".

157. Ahora bien, como dijimos, los grupos parlamentarios constituyen organizaciones de congresistas con intereses e ideas comunes, que se forman a partir de las fuerzas políticas que han logrado representación en el Congreso de la República. Tienen por objetivo canalizar el trabajo de los congresistas individualmente considerados, y lograr consensos con mayor facilidad entre las distintas agrupaciones, a fin de poder cumplir con mayor eficiencia los mandatos establecidos para el Congreso en la Constitución. Sin la presencia de estos grupos parlamentarios simplemente no se podría desarrollar la labor parlamentaria.

158. La dinámica parlamentaria requiere de la toma ágil de decisiones, lo que exige que entre los congresistas y los diversos grupos parlamentarios existan acuerdos: i) en el primer caso, como miembros integrantes de un grupo político, en la medida que deben buscar presentar una posición uniforme, lo que supone la existencia de un debate interno y la adopción de una postura en bloque, que será llevada a discusión o consideración a los otros grupos en el pleno o a los órganos directivos del Congreso como ocurre con la presentación de candidatos para la Mesa Directa del Congreso (artículo 12 del Reglamento del Congreso); ii) en el segundo caso, ya entre los propios grupos parlamentarios, al momento de la discusión y adopción de acuerdos y decisiones relevantes como Parlamento. Dicha situación no hace sino confirmar la vigencia del principio democrático en la actuación parlamentaria.

159. Para cumplir con las actividades mencionadas es que el artículo 37 inciso 4 del Reglamento del Congreso de la República señala que cada Grupo Parlamentario aprueba su reglamento interno, el que deberá respetar las garantías del debido procedimiento y contener los derechos y deberes de sus integrantes. Esta disposición, sin duda, reconoce la libertad de autoorganización que tienen los grupos parlamentarios para que puedan adoptar los instrumentos de gestión interna que les permita facilitar la toma de decisiones a dicho nivel.

160. Los demandantes cuestionan dicha disposición en el extremo que se refiere a que los reglamentos de los grupos parlamentarios "obligan" a los congresistas integrantes de los mismos, ya que según sostienen dicha disposición vulnera el principio de prohibición de mandato imperativo inherente a la función congresal. A juicio de este Tribunal, tal situación es la lógica consecuencia de la naturaleza de los grupos parlamentarios ya que, en su potestad de autoorganización,

requieren establecer regulaciones que permitan ordenar la actuación de los congresistas miembros, su relación con el partido político o alianzas de las que se originan, la relación con la ciudadanía y los medios de comunicación e, inclusive, la adopción de un régimen de infracciones y sanciones ante determinados supuestos que impliquen la vulneración de los acuerdos adoptados a nivel de bancada, entendida como la "disciplina partidaria". Por tanto, es razonable que los reglamentos de los grupos parlamentarios establezcan directrices que puedan ordenar el trabajo de los miembros que lo conforman, lo que redundará en una toma de decisiones más ágil y eficiente.

161. Sin embargo, este Tribunal considera que bajo la idea de tutelar la "disciplina partidaria" existe el riesgo de que los grupos parlamentarios adopten reglamentos que regulen e inclusive sancionen el ejercicio de votos en conciencia, lo que sí atentaría contra la garantía de interdicción de mandato imperativo, que mantiene plena vigencia, incluso contra los propios partidos. Así pues, se ha afirmado que "para que el Estado de partidos igualitario-radical no desemboque necesariamente en un Estado totalitario, es necesario conservar un último reducto que permite seguir afirmando la presencia del principio de representación en la democracia de masas: la prohibición del mandato imperativo, que muy lejos de convertirse "en un fósil de la edad de piedra de la historia constitucional", en palabras de Morstein-Marx, se convierte en la garantía de la independencia del diputado y en el freno al monopolio de la formación de la voluntad del Estado por el partido, en garantía de la libertad del parlamentario y del elector frente al principio de igualdad expresado por los partidos" [Portero Molina, José. Sobre la representación política. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Núm. 10. 1991, p. 102].

162. De manera similar, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que

> el funcionamiento del órgano legislativo mediante el sistema de bancadas equivale simple y llanamente a cambiar los protagonistas del juego político. En adelante, no serán los congresistas individualmente considerados, sino que los actores principales serán los partidos políticos mediante sus representantes en el Congreso de la República. De igual manera, parte del supuesto que los partidos políticos cuenten con una organización interna, que desarrolla un determinado proyecto político, y para tales fines disponen de algunos instrumentos encaminados a mantener la disciplina interna, de tal forma que las directrices de las autoridades partidistas sean cumplidas por todos los integrantes de la bancada, con excepción de aquellos asuntos que sean considerados de conciencia [fundamento 4 de la Sentencia C-342/06].

163. Así pues, este Tribunal considera que el inciso 4 del artículo 37 de la Constitución no resulta inconstitucional, siempre y cuando se interprete que la obligatoriedad de los reglamentos internos, tal como señala la norma, se refiere en estricto a aquellas disposiciones vinculadas únicamente a la organización del grupo parlamentario, su funcionamiento, así como los derechos y deberes de sus miembros -que incluye el régimen sancionador-; dejando de lado aspectos vinculados al ejercicio del voto y opiniones en conciencia, ámbito tutelado por el derecho fundamental a la libertad de conciencia y garantizado por el principio de prohibición de mandato imperativo, que no pueden ser regulados en el reglamento interno de un grupo parlamentario.

164. Por lo demás, este Tribunal llama la atención que instrumentos tan importantes como son los reglamentos de los grupos parlamentarios del Congreso –toda vez que establecen las reglas de juego aplicables a los congresistas de las diversas bancadas, así como su vínculo con los partidos políticos y alianzas electorales que los originan y con la ciudadanía–, no sean de conocimiento público ni estén al alcance de la ciudadanía, especialmente si se toma en cuenta que los congresistas son los representantes de la Nación y cumplen una función pública. Y es que, a partir de una revisión básica de la página web del Congreso de la República [http://www.congreso.gob.pe/index.php?K=40&File=%2FDocs%2Fspa%2Forg_gruposparla2016-2021.html], si bien se señala a los grupos parlamentarios vigentes en este periodo, no se publicita a los reglamentos que los rigen. En atención a ello, este Tribunal considera imperioso que el Congreso adopte mecanismos para garantizar la transparencia y acceso público de los reglamentos de los grupos parlamentarios.

G. El Carácter Temporal De Las Sanciones Congresales

165. Los demandantes solicitan la inconstitucionalidad del artículo 22 literal d) del Reglamento del Congreso, modificado por la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR por vulnerar el artículo 95 de la Constitución. El contenido normativo de dicha disposición es la siguiente:

> **Artículo 22.** Los Congresistas tienen derecho:
>
> (...)
>
> d) A elegir y postular, en este último caso como miembro de un Grupo Parlamentario, a los cargos de la Mesa Directiva del Congreso o de las Comisiones o ser designado miembro de la Comisión Permanente o del Consejo Directivo.

166. Los demandantes afirman que la exigencia de que un congresista forme parte de un grupo parlamentario para postular a los cargos de la Mesa Directiva del Congreso o de las comisiones o ser designado miembro de la Comisión Permanente o del Consejo Directivo, constituye una sanción encubierta, toda vez que condiciona el ejercicio de los derechos funcionales de los congresistas a su pertenencia a un grupo parlamentario, limitando el libre accionar parlamentario de manera definitiva de aquellos congresistas que no tienen grupo parlamentario. En ese sentido, atenta contra el artículo 95 de la Constitución porque constituye, a su juicio, una sanción indeterminada.

167. El Congreso de la República sostiene que tal vulneración no existe debido a que la disposición impugnada solo establece que los congresistas que no integran un grupo parlamentario no pueden postular a los cargos de la Mesa Directiva, del Congreso o de las Comisiones, ni ser designados miembros de la Comisión Permanente o del Consejo Directivo, mas no los suspenden en sus funciones.

168. El artículo 95 de la Constitución en la parte pertinente establece que las sanciones disciplinarias que impone el Congreso a los representantes y que implican suspensión de funciones no pueden exceder de ciento veinte días de legislatura. Los demandantes afirman que la exigencia de pertenecer a un grupo parlamentario para postular a cargos directivos constituye una sanción encubierta de carácter permanente para aquellos congresistas disidentes que renuncien o sean expulsados de sus grupos parlamentarios. Esta situación se explica por lo siguiente:

a) De acuerdo al artículo 37.5 del Reglamento del Congreso de la República, los congresistas que se retiren, renuncien, sean separados o expulsados de sus grupos parlamentarios, partidos políticos o alianzas parlamentarias no podrán conformar nuevos grupos parlamentarios o adherirse a grupos ya existentes.

b) Como consecuencia de lo anterior, tampoco pueden postular a los cargos de la Mesa Directiva del Congreso o de las Comisiones o ser designado miembro de la Comisión Permanente o del Consejo Directivo, ya que para ello requieren formar parte de un Grupo Parlamentario, conforme lo expresa el artículo 22 literal d del Reglamento del Congreso.

169. La exigencia de pertenecer a un grupo parlamentario para que los congresistas puedan ejercer el derecho a postular a un cargo directivo dentro del Congreso –prevista en el artículo 22 literal d) del Reglamento del Congreso- constituye la consecuencia lógica de la prohibición que tienen los congresistas disidentes o

expulsados de sus grupos parlamentarios originales de conformar nuevos grupos o adherirse a otros ya existentes -contemplada en el artículo 37.5 del Reglamento-. En esa medida, existe pues una relación de conexidad entre el artículo 22. d y el artículo 37.5 del Reglamento del Congreso.

170. La doctrina señala que dicha limitación a la potestad sancionadora del Congreso lo que busca es evitar que la mayoría imponga sanciones de suspensión de tal duración que, en la práctica configure una inhabilitación, lo que determinaría una alteración en el balance de las fuerzas políticas. Asimismo, a través de la duración excesiva de sanciones parlamentarias se podría privar del mandato a congresistas opositores desde el punto de vista político. Es por ello que la Constitución fija un plazo máximo de 120 días para las sanciones disciplinarias, luego de lo cual el parlamentario sancionado retoma sus funciones, con plena habilitación de sus derechos funcionales.

171. Con base en ello, este Tribunal entiende que el requisito de pertenecer a un grupo parlamentario para postular a un cargo congresal no es una manifestación de la potestad sancionadora del Congreso de la República, por tanto, no constituye una sanción disciplinaria emitida por el Parlamento. Antes bien, dicho requisito recoge los *derechos funcionales* de los congresistas en tanto funcionarios públicos que representan a la Nación y están al servicio de esta. En ese sentido, el artículo 22 literal d) establece la necesidad de que los parlamentarios que aspiren a ocupar puestos de dirección en el Congreso (en el caso de la Mesa Directiva y comisiones de trabajo) o a pertenecer como miembro a determinados órganos legislativos (en el caso de la Comisión Permanente y Consejo Directivo) formen parte de un grupo parlamentario; lo que resulta razonable, puesto que los órganos y espacios mencionados requieren expresar en su conformación a las fuerzas políticas que tienen presencia en el Parlamento, de manera proporcional a los escaños obtenidos en las urnas.

172. Inclusive, como dijimos supra, es posible que el legislador, de acuerdo a su margen de discrecionalidad, contemple la posibilidad de establecer restricciones en el ejercicio de los derechos funcionales de aquellos congresistas que se separen de sus grupos parlamentarios, siempre y cuando el derecho funcional esté vinculado directamente con su pertenencia a un grupo parlamentario. Ello determina que existan: i) un grupo de derechos inherentes a la función congresal, que no pueden ser restringidos porque desnaturalizaría el mandato parlamentario; ii) un grupo de derechos funcionales vinculados con la pertenencia a una fuerza política con una representación proporcional en el Congreso, que sí podría ser modulado.

173. Ahora bien, este Tribunal ha señalado que la existencia de una barrera electoral para el acceso al cargo de congresista constituye una variante del sistema de representación proporcional (artículo 187 de la Constitución), toda vez que: i) evita el acceso al Congreso de la República de agrupaciones políticas cuya mínima o nula representatividad impida el cumplimiento de la finalidad que la Constitución les encomienda en su artículo 35; es decir, "concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular", institucionalizando la representación de intereses que en los hechos aparecen atomizados a nivel social; ii) consigue que todos los partidos y movimientos políticos gocen siquiera de la mínima representatividad que viabilice su trascendencia institucional en la vida política del país, de modo tal que se establezcan las bases para la configuración de un verdadero sistema de partidos; iii) evita una fragmentación en la representatividad congresal que obstaculice la gobernabilidad, al exigir el consenso entre las mayorías y minorías, y la toma de decisiones oportunas y trascendentes en la vida política, social y económica del país; e iv) impide que, como consecuencia de la referida fragmentación, una mayoría simple pueda resultar sustancialmente beneficiada por la ausencia de contrapesos significativos en el Congreso [fundamento 36 de la STC 0030-2005-AI/TC].

174. Pero el sistema de representación proporcional no solo tiene implicancias en el acceso a la función pública congresal, sino que constituye el criterio fundamental que guía la organización de trabajo en el Poder Legislativo. De allí que existan mayorías y minorías parlamentarias cuyo peso a la hora de la toma de decisiones políticas se fundamente en su grado de representatividad proporcional obtenida en las urnas, lo que implica además la vigencia del principio de democracia representativa en dicho ámbito. En esa línea de razonamiento, es posible que la respuesta ante el transfuguismo pueda implicar la adopción de restricciones al ejercicio de los derechos funcionales de los congresistas, toda vez que dicho fenómeno implica ciertamente variar de manera unilateral la proporcionalidad de las fuerzas políticas que tienen presencia en el Parlamento, con el traspaso de un congresista de un grupo a otro.

175. Por las razones expuestas, este Tribunal concluye que el artículo 22 literal d) del Reglamento del Congreso, modificado por la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR no contraviene el artículo 95 de la Constitución, no es inconstitucional, por lo que este extremo de la demanda debe ser declarada infundada.

H. Número De Congresistas Para Presentar Proyectos De Ley

H-1. Respaldo para la presentación de proyectos de ley

176. Asimismo, este Tribunal considera pertinente emitir pronunciamiento sobre determinadas disposiciones que no han sido cuestionadas en la demanda pero que tienen relación con la limitación o prohibición para constituir o formar parte de grupos parlamentarios para aquellos congresistas que se retiran, renuncian, son separados o expulsados de sus grupos parlamentarios, prevista en el artículo 37.5 del Reglamento del Congreso; y que ha sido declarada inconstitucional por este Tribunal.

177. La Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR impugnada incorpora el inciso 2.3 al artículo 76 del Reglamento del Congreso, que se refiere a los requisitos especiales para la presentación de proyectos de ley por parte de los congresistas. El artículo en mención presenta el siguiente texto normativo:

> **Artículo 76.** La presentación de las proposiciones de ley y de resolución legislativa está sujeta, además de lo señalado en el artículo precedente, a los siguientes requisitos especiales:
>
> (...)
>
> 2.3. De un número mínimo de cinco (5) Congresistas, para el caso de los que incurran en alguno de los supuestos del numeral 5 del artículo 37.

178. Con esta incorporación normativa el inciso 2 del artículo 76 del Reglamento del Congreso que se refiere al número de congresistas que deben respaldar para la presentación de las proposiciones de ley o de resolución legislativa queda redactado de la siguiente manera:

> **Artículo 76.** La presentación de las proposiciones de ley y de resolución legislativa está sujeta, además de lo señalado en el artículo precedente, a los siguientes requisitos especiales:
>
> (...)
>
> 2. Las proposiciones de ley o de resolución legislativa que presentan los Congresistas lo serán a través del Grupo Parlamentario y requieren del respaldo:
>
> 2.1 De la mayoría de sus miembros, en el caso del Grupo Parlamentario conformado por cinco (5) Congresistas, o
>
> 2.2 De no menos de seis (6) Congresistas en el caso de los Grupos Parla-

> mentarios conformados por un número de integrantes superior a seis (6) parlamentarios.
>
> 2.3. De un número mínimo de cinco (5) Congresistas, para el caso de los que incurran en alguno de los supuestos del numeral 5 del artículo 37

179. De la lectura de la disposición antes mencionada se desprende que la presentación de proyectos de ley por parte de congresistas se encuentra sujetada a las siguientes reglas: i) para grupos parlamentarios con más de 6 miembros, se requiere de 6 congresistas como mínimo, ii) para grupos parlamentarios con 5 miembros, se requiere únicamente la mayoría, que serían 3 congresistas, y iii) para aquellos congresistas que han renunciado o han sido expulsados de sus grupos parlamentarios, solo podrían presentar un proyecto de ley si obtienen el respaldo como mínimo de 5 congresistas.

180. De manera tal que si no se logra el respaldo de un mínimo de 5 congresistas, los congresistas renunciantes o expulsados de sus grupos parlamentarios no podrían presentar proyectos de ley, a diferencia de los grupos parlamentarios con 5 miembros donde bastaría que 3 de ellos (la mayoría) estuvieran de acuerdo para presentar un proyecto de ley. En ese contexto, la limitación a la presentación de proyectos de ley para aquellos congresistas que no pueden conformar grupos parlamentarios o adherirse a grupos ya existentes resulta irrazonable e incide directamente en una función inherente al mandato parlamentario.

181. Ahora bien, dado que se ha señalado que la prohibición de conformar grupos parlamentarios constituye una medida que es inconstitucional por vulnerar el derecho a la participación política (artículo 2, inciso 17 de la Constitución), el inciso 2.3 del artículo 76 en mención en tanto que limita el derecho a presentar proyectos de ley a los congresistas que se ven impedidos de conformar grupos parlamentarios o adherirse a grupos ya existentes también es inconstitucional por conexidad, toda vez que contraviene el derecho a la participación política.

H-2. Grupos parlamentarios especiales

182. El artículo 37 inciso 2 del Reglamento del Congreso, modificado por el artículo 1 de la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR, establece que los grupos parlamentarios que no estén conformados con 5 congresistas como mínimo serán considerados grupos parlamentarios especiales, sólo para efectos de presentar proyectos de ley. El texto normativo es el siguiente:

> **Artículo 37.** Los Grupos Parlamentarios son conjuntos de Congresistas que comparten ideas o intereses comunes o afines y se conforman de acuerdo a las siguientes reglas:

(...)

2. Si no lograran llegar al número de representantes a que se refiere el inciso anterior, serán considerados como Grupo Parlamentario Especial sólo para los efectos de presentación de proyectos de ley.

183. De la lectura de la disposición legal antes mencionada se advierte lo siguiente:

c) El Grupo Parlamentario Especial tiene menos atribuciones que un Grupo Parlamentario Ordinario, dado que el primero solo tendría facultades para la presentación de proyectos de ley; sin embargo, ambos están conformados por congresistas que representan diversos intereses de la sociedad, y que han alcanzado representación política en el Parlamento, de acuerdo a las exigencias establecidas en la Constitución y en la ley. Es por ello que se debe entender que la conformación de los grupos parlamentarios especiales debe constituir la excepción y no la regla, dado que limita el ejercicio de los derechos funcionales de los congresistas que válidamente han ingresado a la función pública congresal.

d) La redacción de este inciso, antes de la modificación, permitía que los grupos parlamentarios especiales (conformados por menos de 5 congresistas) puedan variar su condición a Grupo Parlamentario Ordinario si lograban juntarse con otras agrupaciones representadas en el Congreso, situación que además guardaba concordancia con la propia naturaleza de los Grupos Parlamentarios, en tanto "conjuntos de Congresistas que comparten ideas o intereses comunes o afines" (artículo 37 del Reglamento del Congreso).

e) La vigente regulación impide que los grupos parlamentarios especiales, con menos de 5 congresistas, puedan conformar un grupo parlamentario ordinario o se adhieran a otro ya conformado. Llama la atención esta modificación, por cuanto: i) no responde como consecuencia de una previa situación de transfuguismo, a diferencia de lo previsto en el artículo 76 inciso 2.3. del Reglamento del Congreso, sino que se aplica con independencia de dicha situación; es decir, un grupo parlamentario especial de 4 congresistas, por el solo hecho de tener dicha cantidad, tiene menos atribuciones que los demás grupos parlamentarios, sin que haya existido previamente una situación de transfuguismo o traslado de un grupo parlamentario a otro, y sin que exista la posibilidad de variar su situación a la de grupo parlamentario ordinario; ii) es ajena a los fines que propugna la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR, de fortalecer los grupos parlamentarios en

el Congreso, ya que esta disposición impide la fusión de grupos y más bien atomiza la voluntad popular.

184. A juicio de este Tribunal, la modificación realizada al artículo 37 inciso 2 del Reglamento del Congreso, en la medida que limita el derecho a la participación política de los congresistas (al impedir que los grupos parlamentarios especiales con menos de 4 congresistas puedan fusionarse con otros para conformar un grupo parlamentario ordinario) también es inconstitucional por conexidad con el artículo 37.5 del Reglamento del Congreso.

I. El Principio-Derecho De Igualdad

185. Los demandantes sostiene que el artículo 22 literal d) del Reglamento del Congreso, modificado por el artículo 1 de la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR, es inconstitucional por cuanto vulnera el derecho-principio de igualdad al establecer que, para ejercer los derechos funcionales previstos en dicho literal (postular a los cargos de la Mesa Directiva del Congreso o de las Comisiones, o ser designado miembro de la Comisión Permanente o del Consejo Directivo), se requiere ser miembro de un Grupo Parlamentario, evidenciando un claro trato diferenciado respecto de aquellos congresistas que no tienen un grupo parlamentario.

186. Asimismo, sostiene que la renuncia o separación de un congresista de su grupo parlamentario puede obedecer a razones legítimas pero que, en virtud al artículo 37.5 del Reglamento del Congreso, se encuentran impedidos de constituir un nuevo grupo parlamentario o adherirse a uno ya existente, por lo que en este caso la vulneración del derecho-principio de igualdad de los congresistas sin grupo parlamentario es de intensidad grave, sin que además sea proporcional con el objetivo que pretende la modificación, que es el de evitar la fragmentación de los grupos parlamentarios del Congreso.

187. El Congreso de la República sostiene que no se ha vulnerado dicho derecho, por cuanto no existe una diferenciación jurídica relevante en la medida que no se ha previsto consecuencias jurídicas distintas a supuestos iguales, dado que no existe identidad entre la situación de los congresistas que son miembros de un Grupo Parlamentario y la de aquellos que no forman parte. Señala también que la medida cuestionada no guarda relación alguna con una diferenciación de intensidad grave o media, debido a que no se sustenta en ninguno de los motivos proscritos por el artículo 2.2 de la Constitución, y/o impide el ejercicio o goce de un derecho fundamental o constitucional.

188. Asimismo, argumenta que el objetivo del tratamiento diferenciado -referido a que solo los congresistas adscritos a un Grupo Parlamentario postulen a determinados cargos en el Congreso- es el de lograr que la Mesa Directiva del Congreso, las Comisiones, la Comisión Permanente y el Consejo Directivo sean órganos que solo estén integrados por Congresistas que, a través de sus respectivos Grupos Parlamentarios, representen a los partidos políticos o alianzas electorales que lograron presencia en el Congreso; mientras que la finalidad que se persigue es la de garantizar el principio de democracia representativa. Finalmente, indica que la medida cuestionada: i) es idónea para garantizar el principio de democracia representativa; ii) no existe un medio alternativo hipotético que genere una menor intervención en la igualdad y que satisfaga el objetivo pretendido con la medida, y; iii) el grado de realización u optimización del fin constitucional -principio de democracia representativa- no es menor que la intensidad en la intervención o afectación de la igualdad.

189. La Constitución establece que "[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" (artículo 2.2). Este Tribunal en diversas oportunidades ha recordado que el principio de igualdad no supone necesariamente un tratamiento homogéneo pues 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].

190. Asimismo, al desarrollar la estructura del test de proporcionalidad aplicado al principio de igualdad, este Tribunal 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.

191. Así, la primera labor del Tribunal 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).

192. 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).*

193. 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).

194. El artículo 22 literal d) del Reglamento del Congreso, modificado por la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR, señala lo siguiente:

> **Artículo 22.** Los Congresistas tienen derecho:
>
> (...)
>
> d) A elegir y postular, en este último caso como miembro de un Grupo Parlamentario, a los cargos de la Mesa Directiva del Congreso o de las

Comisiones o ser designado miembro de la Comisión Permanente o del Consejo Directivo.

195. Pues bien, de la lectura de la disposición legal antes mencionada se distinguen dos situaciones jurídicas diferenciadas:

a) Los congresistas que forman parte de un grupo parlamentario y que, por ende, pueden ejercer los derechos funcionales previstos en el artículo 22 literal d del Reglamento del Congreso (postular a los cargos de la Mesa Directiva del Congreso o de las Comisiones, o ser designado miembro de la Comisión Permanente o del Consejo Directivo).

b) Los congresistas que, luego de renunciar o ser expulsados de sus grupos parlamentarios, están impedidos de conformar nuevos grupos parlamentarios o adherirse a grupos ya existentes; encontrándose impedidos además de ejercer los derechos funcionales previstos en el artículo 22 literal d del Reglamento del Congreso.

196. Al respecto, este Tribunal considera que el término de comparación propuesto por los demandantes es inválido, por las siguientes razones:

a) Como se señaló precedentemente, el reconocimiento constitucional de los partidos políticos (artículo 35 de la Constitución) implicó darles un estatus especial, en tanto organizaciones que permiten el ejercicio de los derechos políticos de la ciudadanía, canalizando la voluntad popular y expresándola en el seno del Poder Legislativo.

b) Los grupos parlamentarios se constituyen a partir de los partidos políticos o alianzas políticas que han obtenido representación en el Congreso (artículo 37.1 del Reglamento del Congreso). De allí que la adherencia de un congresista a un grupo parlamentario expresa la filiación de este hacia un determinada ideología y/o proyecto político, que además tuvo la preferencia del electorado. Asimismo, existen tantos grupos como programas políticos ganadores de la simpatía de un sector representativo de la población, que se concentran finalmente en el Congreso y atienden a un criterio de representación proporcional (artículo 187 de la Constitución).

c) Un congresista que actúa bajo el respaldo de un grupo parlamentario, lo hace partiendo de una cuota de legitimidad que detenta dicho grupo, y que se refiere al apoyo ciudadano expresado en las urnas. Ciertamente, como lo expresa el demandado, esta situación es una manifestación del principio de democracia representativa.

d) Es válido en términos constitucionales que el principio de democracia representativa tenga vigencia no solo en la conformación del Parlamento en tanto Poder del Estado, sino también en la organización del mismo, así como en la conformación de sus órganos directivos. La propia Constitución reconoce dicho criterio, al señalar en su artículo 101 que el número de los miembros de la Comisión Permanente del Congreso "tiende a ser proporcional al de los representantes de cada grupo parlamentario y no excede del veinticinco por ciento del número total de congresistas". Por su parte, el Reglamento del Congreso desarrolla en extenso la organización del trabajo al interior del Congreso, donde prima el criterio de representatividad proporcional.

e) Lo mismo no ocurre en el caso de los congresistas que no se encuentran en un grupo parlamentario. Más allá de los cuestionamientos a dicha prohibición (que se han desarrollado *supra*), los congresistas que se separen de sus grupos parlamentarios y que no puedan conformar uno nuevo o adherirse a uno ya existente, no tienen el mismo respaldo popular que aquellos que sí pertenecen a un grupo parlamentario.

197. En esta línea argumentativa, siendo distinta la situación jurídica de los congresistas que forman parte de un grupo parlamentario de aquellos que no, 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.

EFECTOS DE LA SENTENCIA

198. El Tribunal ha determinado que la falta de distinción de supuestos legítimos para el apartamiento del partido político, alianza electoral o grupo parlamentario vulnera el derecho a la libertad de conciencia y, en determinados supuestos, el derecho a la libertad de asociación y de participación política.

199. De este modo, con la publicación de esta sentencia se permitirá que los congresistas que se hubiesen apartado o se aparten de sus respectivos partidos políticos, alianzas electorales o grupos parlamentarios puedan conformar agrupaciones o incorporarse a las ya existentes. Ello con el propósito de ejercer en condiciones de igualdad sus funciones como congresistas. Entre dichas funciones destaca la de participar en una nueva deliberación que pueda fortalecer tanto a los partidos como al sistema político en su conjunto. Mientras que el Congreso no asuma estas tareas, respetando escrupulosamente los parámetros constituciona-

les explicitados en este fallo, la habilitación dada por la presente sentencia a la conformación de nuevos grupos parlamentarios o la incorporación a grupos ya existentes cuenta con plena vigencia.

200. En ese sentido, a fin de robustecer el debate y el intercambio de ideas, y en tanto no se adopten las reformas necesarias para delimitar, con claridad, los supuestos legítimos de separación de la agrupación política se debe permitir la conformación de grupos parlamentarios para los congresistas que se aparten o se hubiesen apartado de sus respectivos grupos parlamentarios, alianzas electorales o partidos políticos, o la incorporación de dichos congresistas a grupos parlamentarios ya existentes. La posibilidad de permitir la participación de este grupo de representantes es aún más evidente si se advierte que, a la fecha, no se ha configurado un procedimiento al interior del Congreso con el propósito de que el congresista pueda exponer o argüir las razones de su separación. Por ello, resulta indispensable que, mientras no se aprueben las reformas respectivas, pueda participar a través de grupos parlamentarios.

201. Evidentemente, con la posterior implementación de estas reformas, el Congreso tiene un amplio margen de configuración y apreciación para decidir la situación respecto de los tránsfugas ilegítimos, tal y como se ha expuesto en esta sentencia. Lo que no se encuentra dentro de lo constitucionalmente posible es el despojo de las atribuciones de los congresistas que, en ejercicio de los derechos que la Constitución reconoce, se aparten o se hubiesen apartado de sus agrupaciones políticas

202. El Tribunal recuerda que incluso las prácticas de lo que aquí se ha denominado como "transfuguismo legítimo" pueden ameritar la adopción de medidas de desincentivo por parte del Congreso, siempre y cuando ellas no incidan en las atribuciones fundamentales del parlamentario. En efecto, el propósito de fortalecer los partidos políticos es recomendable e incluso exigible en el marco de una democracia representativa. Sin embargo, ellas no pueden devenir en la vulneración de los derechos y atribuciones fundamentales de los congresistas, los cuales requieren de un importante margen de maniobra para desempeñar las funciones que la nación les ha encargado. No ocurre lo mismo en el caso del transfuguismo ilegítimo, el cual amerita todo el reproche y la implementación de las medidas que correspondan para sancionar a un congresista que, por motivos absolutamente banales y egoístas -los cuales pueden lindar incluso con lo delictivo-, se han apartado completamente de la finalidad de fomentar el bienestar general de la sociedad que les brindó el trascendental encargo de representarla.

203. Es por ello que, en aras de promover un proceso de reforma del sistema político-electoral que enfrente de manera integral el transfuguismo y fortalezca, de este modo, el funcionamiento de los partidos, el Congreso debe impulsar la implementación de medidas en contra de este fenómeno dentro de un contexto de respeto a los principios, valores y derechos constitucionales.

III. FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda de inconstitucionalidad de autos; en consecuencia,

   a) **INCONSTITUCIONAL** el artículo 37, inciso 5) del Reglamento del Congreso, por vulnerar los derechos a la libertad de conciencia, a la participación política y al principio de interdicción de mandato imperativo.

   b) **INCONSTITUCIONAL** el artículo 37, inciso 5) del Reglamento del Congreso, por vulnerar el derecho a la asociación únicamente respecto de las expresiones *"partidos políticos"* y *"alianzas electorales"*.

   c) **INCONSTITUCIONAL** por conexidad los artículos 37, inciso 2) y 76, inciso 2.3) del Reglamento del Congreso

2. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 37, inciso 4 del Reglamento del Congreso, debiéndose interpretar que la expresión "obligatoriedad" de los reglamentos de los Grupos Parlamentarios no se aplica para el ejercicio del voto en conciencia de parte de los congresistas.

3. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo, 22 literal d) del Reglamento del Congreso.

Publíquese y notifíquese.

SS.
MIRANDA CANALES
LEDESMA NARVÁEZ
URVIOLA HANI
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXPEDIENTE 00006-2017-PI/TC
LIMA
41 CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Impedir la fragmentación de los partidos políticos es una tarea necesaria pero siempre con opciones democráticas que no disminuyan o anulen la deliberación y la tolerancia

Este es uno de los casos más emblemáticos sobre el control constitucional de la actividad congresal en nuestro ordenamiento jurídico. Si bien en el debate, ante el Pleno del Tribunal, los señores magistrados han expuesto importantes argumentos a favor y en contra de la posición mayoritaria que con convicción suscribo, estimo necesario expresar algunas consideraciones sobre la importancia del principio democrático al interior de los partidos políticos y sobre la necesidad de reformas legislativas integrales, en materia electoral, de partidos políticos, de transfuguismo político y de desarrollo de los derechos y deberes políticos de los ciudadanos, entre otras, y no de reformas parciales, aisladas y poco efectivas. Quienes pierden más con la falta de tales reformas legislativas integrales son los ciudadanos de a pie, en especial aquellos a los que aún no llega el Estado.

En el proceso de inconstitucionalidad incoado por un grupo de parlamentarios con el objeto de cuestionar la resolución legislativa que modifica el Reglamento del Congreso, en el entendido de reforzar la disciplina al interior de las bancadas y, en especial, sancionar el fenómeno comúnmente conocido como transfuguismo sin establecer distinciones respecto a sus eventuales causas en cada caso concreto, el Tribunal Constitucional solo puede y debe garantizar la supremacía constitucional, en especial, los límites a los poderes públicos y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. Pero el hacerlo, como de ello da cuenta la expedición de la presente sentencia, no significa evidentemente que se agote todo el esfuerzo de reflexión que un caso como el presente requiere.

Siendo ello así, lo que resulta exigible a los jueces constitucionales cuando interpretan la Constitución es la realización de un proceso de concretización de sus disposiciones.[1] Para ello, es necesario que los jueces constitucionales determinen los contenidos de las normas constitucionales a partir de una lectura atenta y honesta de la realidad y de su devenir, y no a espaldas de estos y de su carácter eminentemente dinámico, que plantea tanto cambios como continuidades. Y es que, como señala Hesse, "la voluntad del constituyente histórico no puede fundamentar la vigencia real de la Constitución y, desde luego, no puede mantenerla".[2]

Así, la problemática del transfuguismo en el Perú demanda a la justicia constitucional, en un caso como el presente, aproximarse además a la realidad de los partidos políticos, que entrelazan a la ciudadanía con la política institucionalizada[3] a través de los poderes instituidos, como es el caso del Poder Legislativo. Cabe recordar que los partidos políticos cumplen una función constitucional toda vez que, de acuerdo al artículo 35° de la Constitución, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular (STC 0030-2005-PI/TC, FJ 12). Pero el reconocer dicha función constitucional, que expresa un núcleo duro recogido por el constituyente, no exime de intentar avizorar la situación por la que actualmente atraviesan los partidos políticos en nuestro país desde una perspectiva omnicomprensiva.

Es claro, y además necesario, fortalecer los partidos políticos, pero, como lo advertimos antes, mediante reformas legislativas integrales. Cualquier ciudadano que pretenda formar parte de un partido político debe saber desde un inicio cuáles son las *reglas de juego de ese partido político* (ideología, mecanismos de formación política, sistema democrático de elección de representantes partidarios, conductas que están prohibidas y mecanismos de sanción, formas de apartarse del partido, prohibiciones como la de doble militancia, etc.), pero también *las reglas de juego del proceso electoral* (mecanismos óptimos para garantizar el respeto a la voluntad popular, el financiamiento y la fiscalización de los aportes a las campañas electorales, las formas más efectivas de conocer las hojas de vida y trayectoria política de los candidatos políticos, etc.), y las *reglas de juego de la actuación del grupo parlamentario* en el caso de que su partido político logre llegar al Parlamento (mecanismos internos de deliberación y adopción de decisiones, límites de la dirección del partido político respecto de la dirección de la bancada parlamentaria, derechos, prohibiciones y obligaciones de los congresistas de

1 HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 40.

2 Íd., p. 16.

3 LARA AMAT Y LEÓN, Joan. "Transfuguismo parlamentario y democracia incompleta: la tarea pendiente de democratizar los partidos políticos", 2017 (en curso de publicación).

la bancada, régimen de sanciones), entre otras. Todas estas reglas de juego, desde un inicio, deben ser públicas y deben regular tanto los derechos como las obligaciones del ciudadano que pretende participar en política.

Los partidos políticos son indispensables en el sistema democrático, representando puntos de vista legítimos de determinados sectores de la sociedad y proponiendo diferentes opciones de gobierno que promuevan una sociedad justa y orientada por el bien común. Los partidos políticos no son, o no deben ser, grupos de interés particular preocupados en llegar, de cualquier forma, al poder, como si fueran empresas electorales de recolección de votos integradas por militantes "disciplinados".

Es la persuasión, deliberación y respeto por la opinión contraria, además del compromiso con los ideales legítimos del partido político, lo que genera la adhesión de los ciudadanos que militan en ellos. Esta adhesión se logra mediante procesos permanentes de incorporación, formación, integración e identificación partidaria de los militantes de cada partido político, los cuales no cambian con cada proceso electoral o variación de poder, sino mediante mecanismos institucionales de cada partido. Solo con reglas claras de juego expedidas incluso antes de participar en política es válido sancionar la renuncia ilegítima de un militante.

No deber pasar desapercibida la exigencia constitucional de regular la democracia interna de los partidos políticos. Así, el artículo 35 de la Constitución establece que "(…) La ley establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos (…)". Tales instituciones, por tanto, no constituyen grupos de intereses privados, sino organizaciones a las que se les exige practicas de democracia interna, además del respeto de determinados derechos fundamentales de sus integrantes, como los de libertad e igualdad de oportunidades, así como garantías mínimas del debido proceso, como los derechos de defensa, a la motivación de las sanciones y a la proporcionalidad de estas, entre otros. Los partidos políticos expresan el pluralismo imperante en nuestra sociedad mediante propuestas legítimas y democráticas de participación en los asuntos públicos. Si no hay democracia interna para los militantes de un partido político, no se puede esperar actuación democrática de tales militantes cuando el partido llegue al poder. También en política se debe predicar con el ejemplo.

S.
LEDESMA NARVÁEZ

EXPEDIENTE 00006-2017-PI/TC
LIMA
41 CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

1. Los alcances de la labor interpretativa del juez(a) constitucional le llevan a, desde diferentes tareas (como las de constitucionalización del Derecho; constitucionalización de la política, convencionalización del Derecho, impulso a la integración social, en sus diversos aspectos (cohesión, inclusión, reconciliación, prevención), o mediación jurídica frente a los más relevantes problemas sociales, económicos o políticos), efectuar una interpretación, así como labores de control conforme con la Constitución de toda actuación de otras entidades del Estado, y las de los particulares. Esta asignación de funciones al juez(a) constitucional, no le hace superior jerárquico de aquel a quien tenga que controlar, sino intérprete de cierre de la Constitución y la constitucionalidad. Eso no siempre es fácil de aceptar, pero es hoy, indudablemente, un elemento central para la misma viabilidad del Estado Constitucional. Es más, y ya a modo de ejemplo, este Tribunal ya se ha pronunciado en varios casos sobre la constitucionalidad de diversos preceptos del Reglamento del Congreso de la República (ver al respecto los casos "Toledo", "Lajo" o "Anaya"), sin que ello se entienda como interferencia o menoscabo en la competencia de cada institución.

2. Ahora bien, conviene anotar como lo expuesto hasta ahora, no obsta para que el ejercicio de las funciones del juez(a) constitucional pueda ser sometido a críticas. Esta posibilidad de criticar es, en primer lugar, un derecho de todo ciudadano, siempre que sea ejercido dentro de ciertos parámetros de respeto a los derechos fundamentales de quienes resulten involucrados en lo resuelto, o a las competencias de los jueces y juezas constitucionales. Y es que la crítica, sin duda necesaria, no puede confundirse, por ejemplo, con el quehacer de quienes erróneamente creen que la inmunidad parlamentaria es patente de corso para pronunciarse con impunidad recurriendo al insulto o a la mentira sobre quien piensa distinto. Tampoco esa capacidad crítica puede confundirse con la actitud de quienes so-

lamente están dispuestos a cumplir con lo resuelto por un juez(a) constitucional cuando sea favorable a sus expectativas. Menos aún debe entenderse que esa capacidad de criticar pueda ser confundida con el discurso de aquellos que alegan que el ejercicio de sus competencias no puede ser controlado. Y es que la capacidad de ser pasible de un control razonable y dentro de parámetros constitucionales es expresión de uno de los principios básicos del Estado Constitucional, como es el de la limitación del poder o, dicho de otra manera, el de la inexistencia de cualquier actividad exenta de un eventual control de constitucionalidad.

3. Debe entonces tenerse claro que la principal materialización de las labores de un juez(a) constitucional, la emisión de sentencias u otras resoluciones que dan fin a las controversias puestas en su conocimiento, tiene como resultado pronunciamientos cuyos efectos son de obligatorio cumplimiento para todas las otras entidades públicas, así como para los particulares. Y es que si lo resuelto por quien se le ha conferido las labores de interpretación de cierre de la Constitución y control de constitucionalidad no es respetado, se genera un lamentable vacío en la concretización y cumplimiento de los parámetros constitucionales, y con ello, casi se despoja de contenido a lo que implica la supremacía de la Constitución, elemento sin duda central dentro de un Estado Constitucional.

4. En ese escenario, no debe preocupar que la labor de interpretación y control del juez(a) constitucional se haga con celeridad. Es más, esa celeridad debiera ser la pauta a seguir, para así evitar aumentar la intensidad de los posibles efectos que generaría una cada vez más tardía eventual declaración de inconstitucionalidad sobre las situaciones y relaciones jurídicas producidas durante la vigencia de la norma finalmente declarada inconstitucional. Y de la mano con esto, es significativo tener presente la existencia de plazos para resolver, plazos que, en puridad, siempre debieran ser cumplidos.

5. Ahora bien, y frente a lo ya expuesto, justo es reconocer que los jueces y juezas constitucionales no son infalibles. Es más, quien emite este voto ha reconocido cómo excepcionalmente pueden encontrarse supuestos de declaración de nulidad de una sentencia de un Tribunal Constitucional. Sin embargo, como ya esta misma composición de nuestro Tribunal ha explicado con detalle desde el caso "Cardoza", una eventual declaración de nulidad es, repito, una situación excepcional que solamente se presenta cuando se producen vicios graves e insubsanables en la configuración de lo resuelto.

6. Nadie hoy discute 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 lo dispuesto en las otras disposiciones

contenidas en esa misma Constitución. Como ya se ha explicado en diversos fallos emitidos por este Tribunal, no sería una interpretación constitucionalmente correcta aquella que considere que la garantía de inmutabilidad de la cosa juzgada alcanza y tutela a resoluciones írritas, arbitrarias, fraudulentas o carentes de motivación. En tales casos, nos encontramos ante la denominada cosa juzgada aparente, falsa o fraudulenta.

7. En principio, el contenido de una sentencia del Tribunal Constitucional que se pronuncia sobre el fondo del asunto constituye cosa juzgada y es inmutable e inmodificable, siempre y cuando no incluya graves irregularidades (vicios graves e insubsanables) o incurra en supuestos de manifiesta arbitrariedad que terminen vulnerando derechos fundamentales, bienes constitucionalmente protegidos o principios constitucionales. No resulta admisible entonces, por ejemplo, ofrecer consideraciones meramente formales con la finalidad de sostener la validez de decisiones que resulten materialmente injustas. De hecho, conviene tener presente cómo actualmente se entiende que el principio de legalidad se va transformando y entendiendo como un principio de juridicidad en sentido amplio. Por ende, la validez de normas y actos jurídicos no depende únicamente de lo regulado a través de disposiciones legales, sino también del conjunto de bienes materiales relevantes existentes, y en especial, los valores, principios y derechos constitucionales.

8. Los jueces y juezas de este Tribunal Constitucional, tal como los demás jueces y juezas de la República, tienen entonces una potestad nulificante, indesligable de sus funciones. Ello 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 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, si es que dichas sentencias contienen vicios graves e insubsanables. En este escenario, resulta por lo menos contraproducente que se le pretenda privar al Tribunal Constitucional de su competencia implícita para enderezar resoluciones írritas en nombre de un supuesto vacío del Código Procesal Constitucional o de una comprensión literal a una referencia al carácter inimpugnable de las sentencias de este Tribunal, cuando la nulidad aquí claramente no modifica la prohibición legal de apelar lo ya resuelto.

9. Por el contrario, cualquier referencia a un supuesto carácter inimpugnable de algunas resoluciones debe leerse de manera compatible con la Constitución, la cual exige que toda resolución judicial debe encontrarse ajustada a Derecho y con-

forme con la Norma Fundamental. Efectivamente, si el propio Tribunal ha sido capaz de cuestionar una lectura literal de la Constitución, la cual erróneamente parecería consignar el carácter inimpugnable de algunas resoluciones como las del Jurado Nacional de Elecciones, en atención a los criterios de fuerza normativa y de unidad de la Constitución, no se entiende cómo una disposición recogida en una ley también, si se lee literalmente, que parecería consagrar supuestos de irrevisibilidad (el Código Procesal Constitucional), no ha sido interpretada en similar sentido, ignorando lo antes señalado.

10. Ya en múltiples pronunciamientos de este Tribunal, siguiendo en buena medida lo hecho en experiencias comparadas como la de la Corte Constitucional colombiana, se han anotado cuáles son los vicios graves e insubsanables que pueden justificar una excepcional declaratoria de nulidad de una sentencia del Tribunal Constitucional. Estos vicios son a saber los siguientes:

    a. Graves vicios de procedimiento, en relación tanto con el cumplimiento de las formalidades consideradas como necesarias y constitutivas de una resolución válida, como en función a la existencia de vicios en el procedimiento seguido en esta sede que vulnere de modo manifiesto el derecho de defensa.

    b. Existan vicios o errores graves de motivación, los cuales enunciativamente pueden estar referidos a: vicios o errores graves de conocimiento probatorio; vicios o errores graves de coherencia narrativa, consistencia normativa o congruencia con el objeto de discusión; y errores de mandato, los cuales incluyen supuestos en los que, según sea el caso se dispongan mandatos imposibles de ser cumplidos, mandatos que transgredan competencias constitucional o legalmente estatuidas, mandatos destinados a sujetos que no intervinieron en el proceso, etc.;

    c. Existan vicios "sustantivos" contra el orden jurídico-constitucional (en sentido lato), en alusión a, por ejemplo, resoluciones emitidas contraviniendo arbitrariamente precedentes constitucionales o incuestionable doctrina jurisprudencial de este Tribunal; o cuando se transgreda de modo manifiesto o injustificado bienes, competencias o atribuciones reconocidos constitucionalmente.

11. Yendo entonces a situaciones concretas, e independientemente de coincidir o no con lo resuelto, debe quedar claro que si una causa es votada por aquellos magistrados que participaron en la audiencia correspondiente, no se incurre en vicio de nulidad. De otro lado, si un juez o jueza de un Tribunal Constitucional rechaza ejercer su derecho a ratificarse en aquello que ya resolvió (ya ejerció su derecho

y deber de votar), o lo hace en una forma genérica, eso no invalida su voto, ni lo vicia de nulidad. Si, incluso, se produce una lamentable e indignante filtración de parte del debate realizado para configurar una decisión, aquello no invalida el resultado al cual se llegue ni constituye vicio de nulidad de lo resuelto. Este desafortunado último supuesto aquí descrito deberá, a tal caso, implicar la sanción de la persona o personas que sean debidamente determinadas como responsables de ese injustificable incumplimiento del deber de reserva con el cual tiene que manejarse la conformación del quehacer jurisdiccional. En síntesis, y en mérito a lo aquí reseñado, y ya pasando a la situación concreta a analizar en este caso en particular no encuentro elementos que justifiquen una excepcional declaración de nulidad del pronunciamiento aquí emitido. Conviene anotar como ese pedido de nulidad curiosamente hoy ha sido solicitado por quienes hasta hace poco tiempo muy enfáticamente descartaban el ejercicio de esa potestad nulificante.

12. Es más, y dicho con todo respeto, aquí se produce una errónea comprensión de ciertas instituciones recogidas en la normatividad aplicable a este Tribunal. Además, se proporcionan alcances similares a coyunturas diferentes que ha debido enfrentar nuestro Tribunal.

13. Me explico: y es que, en primer término, y de acuerdo con nuestra normativa los magistrados votan sus causas, y luego tienen el derecho a emitir votos singulares (discrepantes del mayoritario) o fundamentos de votos (coincidentes con el sentido del mayoritario, aunque con fundamentaciones que pueden ser diferentes). Ante la posibilidad de que se formulen estos votos singulares o esos fundamentos de voto, queda abierta la oportunidad de que cada magistrado ejerza el derecho de ratificar o rectificar el voto que ya ha emitido. En el caso peruano no se fija un momento único para el ejercicio de ese derecho a ratificarse (en caso haya voluntad de explicitar esa ratificación). Solamente se establece un plazo máximo para poder ejercer ese derecho antes de la publicación de la sentencia.

14. Por ende, y tal como se encuentra redactada la actual normativa, alguien puede no ejercer el derecho a ratificarse, manteniéndose en lo ya decidido en su voto; ratificarse en el criterio ya asumido en el mismo momento que votó, aclarando con ello que no está dispuesto a discutir lo ya votado, máxime si ya en el debate ha conocido todas las posiciones existentes al respecto; o a ratificarse luego de conocer nuevamente la opinión de los demás, opinión que ya conoce desde el debate previo a la votación. Esto último puede aparecer como lo más recomendable, pero nada vicia de nulidad a las otras dos alternativas aquí esbozadas, pues la parte central de la deliberación (el debate y la emisión del voto) ya fue formulada, y existe una manifestación de voluntad de cada magistrado, la cual debe ser

tutelada. Confirma esta comprensión de lo previsto normativamente el hecho que, si vence el plazo para entregar votos singulares, fundamentos de voto o ratificaciones de voto sin que el magistrado (a) involucrado (a) quiera ejercer estos derechos, la resolución se notifica y publica con los votos de los magistrados que expresamente la hayan suscrito, sin incorporar aquellos aspectos que por derecho propio esos magistrados no quisieron explicitar. Un excesivo formalismo no puede sustituir o invalidar la voluntad de un magistrado del Tribunal Constitucional expresada en su voto.

15. Se alegó además, que en algún momento dentro de la historia de este Tribunal se reprogramaron todas las causas que quedaron sin votar o a mitad de trámite de votación por una composición anterior, y que esa posición no habría sido la misma que se estaría siguiendo en la actualidad. Respetuosamente entiendo que con esa afirmación se ha incurrido en una equivocación, pues se asimila como si fuesen iguales dos situaciones distintas, y por ende, no comparables. Y es que, cuando el actual colegiado asumió funciones, el entonces presidente del Tribunal Constitucional nos comunicó que nuestros antecesores optaron por no culminar con los procesos en los cuales incluso ya habían votado, mas no habían consignado sus firmas. Ello obligó a una reprogramación de centenares de causas, las cuales no podían quedar en el limbo de una falta de pronunciamiento. Cosa distinta es lo que ocurre ahora, donde un magistrado ha terminado sus funciones dejando firmadas las causas donde participó y votó. En este último caso, por cierto, tampoco se incurre en vicio grave e insubsanable que justifique una eventual declaratoria de nulidad.

16. Luego de haber precisado, siquiera genéricamente, qué es lo que puede hacer un juez o jueza constitucional, para luego añadir cómo incluso las labores de interpretación y control de estos jueces están sujetas a límites (racionalidad, razonabilidad, deber de motivación, corrección funcional, apuesta por un control que no se quede en consideraciones de calidad u oportunidad, respeto a interpretación convencionalizada del Derecho y los derechos, reconocimiento de la especificidad del conocimiento y de conceptos dados por otras disciplinas distintas a las ciencias jurídicas, reconocimiento de casos difíciles" y hasta "trágicos"), conviene aquí tener claro que nos encontramos en el escenario de un proceso de control abstracto donde se discute la constitucionalidad de varias disposiciones dentro del reglamento del Congreso, norma con rango de ley, Ley en sentido material.

17. Y es que no debe perderse de vista que aquí este Tribunal Constitucional no se pronuncia a favor o en contra de una reforma integral en materia electoral, más allá de que la ponencia haya realizado algunas valoraciones respecto de mecanis-

mos como el voto preferencial o la elección por distrito electoral múltiple contemplados en la Ley 26859, Orgánica de Elecciones, que, a mi entender, resultan opinables. Tampoco toca en este caso, como erróneamente alguna persona ha dicho por allí, que el Tribunal aquí deba definir cuál es en su opinión el mejor modelo para desincentivar la fragmentación de la representación parlamentaria (y, por qué no decirlo, de la mano con ello, desincentivar la fragmentación de la clase política contemporánea nacional); o que deba determinar cuál es la mejor manera de tratar la alegada crisis de los partidos políticos en el Perú.

18. El objeto del presente proceso de inconstitucionalidad, donde se pide pronunciamiento a este Tribunal, es el de si las medidas, con fuerza y rango de Ley, incluidas en el actual Reglamento del Congreso, consiguen el objetivo que se proponen (evitar la fragmentación de la representación parlamentaria), sin que aquello involucre una violación (o afectación con incidencia negativa, directa, concreta y sin justificación razonable) del contenido constitucionalmente protegido de algún derecho fundamental, o, en su caso, una limitación irrazonable de los elementos centrales de algún bien jurídico constitucionalmente protegido.

19. La labor encomendada a este Tribunal en el presente proceso es pues doble. De un lado, implica tener claro cuál es el margen de acción con que cuenta el legislador(a) para determinar cómo desincentiva la fragmentación de la representación parlamentaria sin que aquello violente o amenace valores, principios o disposiciones constitucionales. Eso hace indispensable precisar cuál es el marco de lo constitucionalmente necesario, lo constitucionalmente posible y lo constitucionalmente prohibido en este caso. Involucra además, como algo aquí ya se adelantó, determinar si las medidas que se plantean no violan o amenazan el contenido constitucionalmente protegido de diversos derechos fundamentales o los alcances básicos de algún(os) bien(es) constitucionalmente protegido(s).

20. Tener claro lo recientemente expuesto cuenta entonces con una relevancia capital. No se está aquí en contra de las afirmaciones e incluso de las acciones tomadas por una anterior composición de este Tribunal en favor de reconocer la importancia de los partidos políticos y la representación política de la ciudadanía. Se coincide así en líneas generales, con lo señalado en la sentencia sobre "valla electoral". Tampoco aquí se busca promover conductas como la del transfuguismo (transfuguismo "ilegítimo" como opuesto a la disidencia o transfuguismo "legítimo"). Lo que en este caso toca evaluar es si se encuentran dentro de lo constitucionalmente necesario (o por lo menos, entre lo constitucionalmente posible) aquellos límites impuestos por el actual texto del Reglamento del Con-

greso a aquel(la) congresista que deja su grupo parlamentario para, según sea el caso, formar otro o incorporarse a uno de los ya existentes.

21. Para responder a esta sin duda compleja pregunta, corresponde, en primer término, especificar dentro de qué marco constitucional nos desenvolvemos. Dicho con otras palabras, corresponde responder a la pregunta sobre cuál es el orden marco constitucional vigente en nuestro país referido a la representación parlamentaria.

22. Ello obliga a ser muy claros: quien es congresista en el Perú ejerce su labor a nombre de la Nación y no se encuentra sometido a mandato imperativo. En ese sentido se encuentra lo prescrito en el artículo 93 de la Carta hoy vigente. Lo recientemente señalado incluso se predica de las fuerzas o partidos políticos que facilitaron su postulación y elección como congresistas. Nos encontramos entonces frente a un modelo mixto de representación política, donde se busca establecer un cierto equilibrio entre la independencia en el ejercicio del mandato parlamentario y el reconocimiento de las organizaciones que operan como soporte para el buen ejercicio de dicho mandato, con el fin de garantizar se concretice la voluntad personal de los congresistas. Es en ese contexto dentro del cual los congresistas deben ejercer las funciones propias de sus altas responsabilidades: representar, ejercer control político, legislar, proporcionar "direccionalidad" u orientación política institucional en aspectos centrales del quehacer nacional; participar directamente en la configuración del presupuesto nacional y en sus eventuales modificaciones; y un largo etcétera.

23. No parece entonces apuntarse, desde el marco constitucional peruano actualmente vigente, a una representación parlamentaria únicamente ejercida por los partidos políticos. Ello nos lleva a entender a la representación parlamentaria como aquella que se enmarca dentro de un modelo de representación política mixto, el cual busca, repito, un equilibrio entre la independencia de los congresistas en el ejercicio del mandato imperativo y el rol de los partidos políticos como organizaciones canalizadoras de la voluntad popular. Se dificulta pues aplicar en el Perú fórmulas como la de la "silla vacía", utilizada en Colombia, la cual parecería constituir un límite irrazonable a lo recogido dentro del modelo constitucional peruano, sin perjuicio de las loables razones que hubieren motivado su incorporación en otros Estados. Ahora bien, ello no quiere decir que el transfuguismo (ilegítimo) deba ser promovido. Todo lo contrario: lo que implica es que las fórmulas a materializarse para impedirlo no pueden, irrazonablemente y, por ende, fuera del orden constitucional vigente en el Perú, despojar de sus competencias centrales a un congresista o a un grupo de congresistas, desnatu-

ralizando el quehacer de dicho(s) congresista(s) y privando al Estado peruano de aspectos que son capitales dentro de todo Estado Constitucional que se precie de serlo.

24. Bien puede decirse entonces que limitar el quehacer de un congresista o un grupo de congresistas se encuentra dentro de, por lo menos, lo constitucionalmente posible. Ahora bien, lo que deviene en constitucionalmente prohibido es que, aun argumentando muy encomiables objetivos, se establezcan tales restricciones en el quehacer de algún(os) congresista(s) que, en los hechos, despoje a ese(os) alto(s) funcionario(s) de aquellas competencias que son su razón de ser dentro de un Estado Constitucional.

25. La preocupación por evitar el transfuguismo, a lo que algunos y la misma sentencia denominan "transfuguismo ilegítimo", es sin duda válida. Sin embargo, y además de especificar mejor qué entendemos por transfuguismo (y si, como hace la sentencia, le diferenciamos de la disidencia o "transfuguismo legítimo"), conviene tener presente que el uso de medios que aquí llamaré inadecuados también puede ser incompatible con el parámetro constitucional vigente y, por ende, pasar a la declaración de una propuesta o una norma como inconstitucional.

26. Los múltiples esfuerzos por tratar el transfuguismo a nivel legislativo, citados en el texto de la sentencia, en parte demuestran que la forma de comprender la representación en el Perú requiere una mirada integral de los problemas que involucra. En ese sentido, si bien pueden tomarse medidas inmediatas de corte sancionador ante determinados supuestos, deben también tomarse en cuenta incentivos y reformas estructurales que permitan llegar a los objetivos que plantea el propio Congreso, elementos relevantes para un juicio de proporcionalidad. Un ejemplo de esto puede plantearse en torno a la necesidad de promover estándares de democracia interna y coordinación parlamentaria que permitan reducir los casos de transfuguismo, mediante el procesamiento interno de eventuales diferencias.

27. La sentencia apuesta entonces por distinguir entre lo que sería una disidencia (o transfuguismo ilegítimo) y la actuación de un(a) tránsfuga propiamente dicho. Justo es anotar que no siempre es fácil efectuar esa distinción en situaciones concretas, aunque también es necesario resaltar cómo esta misma sentencia recoge un buen esfuerzo por establecer lo que serían supuestos de cambio motivado, disidencia o "transfuguismo legítimo" (aun cuando la pertinencia de esta última denominación es, para algunos, por lo menos opinable). Así, por ejemplo, el cambio de ideología del partido por el cual se eligió al congresista, o el descubrimiento de graves casos de corrupción que hagan éticamente insostenible el

sostenimiento de algún(a) congresista en su bancada original, son dos de varias posibilidades a tomar en cuenta. Estamos pues ante supuestos razonables de apartamiento, por cierto no equiparables con aquellos impulsados por el cálculo mezquino o por móviles delictivos.

28. Y es que cosa distinta es pues lo que en puridad se entiende por transfuguismo (o transfuguismo ilegítimo). Allí nos encontramos ante casos de apartamiento en función a la obtención de beneficios indebidos (pago de dinero, recepción de prebendas políticas, incurrir en supuestos de tráficos de influencias, etcétera). En estos casos, en puridad, lo que amerita, según sea lo que impulsa la actuación irregular, es recurrir, por lo menos en el Perú, a la Comisión de Ética o a la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República.

29. Además de lo referido a los supuestos de transfuguismo "ilegítimo", debo mencionar que la idea de transfuguismo "legítimo" puede tener relación, como se enfatiza en la sentencia, con actos que sean expresión de la libertad de conciencia, pero añado que no solo se encuentran relacionados con ello, sino que se relaciona también con el ejercicio de otros derechos fundamentales y prerrogativas de carácter constitucional, y en especial con los llamados "derechos funcionales" así como la prohibición del mandato imperativo. De esta forma, y sin perjuicio de la regulación en específico que le corresponderá establecer al Congreso, existen contenidos mínimos relacionados con los supuestos de transfuguismo y disidencia, los cuales no pueden ser obviados. Lo anterior puede implicar ciertas restricciones o sanciones para los congresistas, pero en ningún caso una sanción o restricción para los casos de transfuguismo "legítimo".

30. La intención del legislador en estos preceptos cuya constitucionalidad se discute era, por lo menos formalmente, acabar con la fragmentación parlamentaria. En el escenario de la situación descrita en el presente caso, yo aquí ya aprecio una primera equivocación en la norma cuestionada, en tanto y en cuanto el Congreso no parece distinguir con claridad entre situaciones diferentes, y, erróneamente, le da el mismo tratamiento a quienes se encuentren en contextos distintos. Además de ello, y como bien señala la sentencia, la mera aplicación de un juicio de proporcionalidad en varios casos nos demuestra como con esta modificación del Reglamento del Congreso lamentablemente aquí se despoja de sentido y contenido a algunos bienes (los que el Reglamento del Congreso denominar derechos funcionales, pero que otros pueden no entender necesariamente como derechos, sino como aspectos con una naturaleza jurídica diferente), y a la par de ello, se desnaturaliza la labor parlamentaria, a la cual se priva de elementos centrales para el cabal ejercicio de aquellas funciones que son claves para que los congresistas

cumplan su labor en un Estado Constitucional, respetando los parámetros de ese mismo Estado Constitucional.

31. Oportuno es anotar que lo planteado en la propuesta, con la cual coincido en términos generales, bien podría requerir algún ajuste en su redacción que admita una compresión clara de lo previsto en ciertos aspectos (como ocurre en lo referido a qué se puede regular y cómo puede hacerse a nivel de los Estatutos internos de los diferentes partidos). Lo cierto, en cualquier caso, es que los efectos perniciosos del transfuguismo ilegítimo deben intentar ser revertidos, o por lo menos, mediatizados. Ello involucra tomar una serie de medidas a abordarse desde una perspectiva integral, enfrentando factores que lo promueven aquel transfuguismo ilegítimo. En ese escenario, se busca que el legislador regule el funcionamiento de los partidos políticos, siempre y cuando se realice esa regulación respetando ciertos parámetros.

32. Finalmente, debe tenerse presente que, sea cual fuese el pronunciamiento emitido por este Tribunal, esos pronunciamientos deben ser cumplidos en sus propios términos. Las acciones que deban materializarse necesariamente tendrán que configurarse de acuerdo con la comprensión que se desprende de las mismas disposiciones constitucionales, y de la interpretación vinculante de dicha Constitución por el(la) juez(a) constitucional.

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXPEDIENTE 00006-2017-PI/TC
LIMA
41 CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI, EMITIDO EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD PROMOVIDO CONTRA LOS ARTÍCULOS 22.D, 37.4 Y 37.5 DEL REGLAMENTO DEL CONGRESO, OPINANDO POR DECLARAR INFUNDADA LA DEMANDA Y, POR LO TANTO, CONSTITUCIONALES DICHOS ARTÍCULOS

Con el debido respeto a mis distinguidos colegas Magistrados y dentro del plazo perentorio establecido en el Acuerdo de Pleno N° 06 del Tribunal Constitucional, adoptado con fecha 14 de julio de 2015, concordante con las normas pertinentes de su Reglamento Normativo, emito el presente voto singular, por el que expreso y fundamento mi discrepancia con la sentencia de mayoría, por la que se declaran inconstitucionales los artículos 37, incisos 2 y 5, y 76, inciso 2.3, del Reglamento del Congreso de la República; así como que respecto al artículo 37, inciso 4, del mismo reglamento, debe interpretarse que la expresión "obligatoriedad" de los reglamentos de los Grupos Parlamentarios no se aplica para el ejercicio del voto en conciencia de parte de los congresistas; y se exhorta al Congreso de la República para que elabore un informe sobre los actos del llamado transfuguismo ocurridos en el Perú, que permita la conformación de grupos parlamentarios luego de su publicación y promueva un proceso de reforma integral del sistema electoral.

Mi radical disentimiento con la aludida sentencia se fundamenta en que los artículos impugnados no adolecen de vicio alguno de inconstitucionalidad ni violan los derechos fundamentales alegados por los demandantes ni ningún otro derecho fundamental, ya que no incurren en ninguna infracción constitucional, sea de forma, de fondo, parcial, total, directa o indirecta de la Constitución y, por lo tanto, son plenamente concordantes con ella, por lo que la demanda debió declararse infundada en todas sus partes.

La sentencia de mayoría, en cuanto a su concepción, desarrollo, contenido y parte resolutiva, responde a una posición que se aparta radicalmente de la Carta Fundamental de la República, toda vez que:

a. No se condice con la lógica y filosofía que, en esencia, inspira a la Constitución de 1993, como se desprende de una lectura integral de la misma, y, en especial, del contenido normativo de sus artículos 31, 35, 43 y 187, que establecen que el Perú es una república democrática, social, independiente y soberana, asentada en la democracia representativa como sistema de gobierno, la cual se da a través de organizaciones políticas, como lo son por antonomasia los partidos políticos, y también los movimientos y las alianzas políticas, que concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular por medio de las elecciones, el ejercicio de los derechos de elegir y ser elegido y la representación proporcional. Al respecto cabe recordar, parafraseando al gran jurista Hans Kelsen en su célebre obra "Esencia y Valor de la Democracia", que:

> *"Solo por ofuscación o dolo puede sostenerse la posibilidad de la democracia sin partidos políticos. La democracia, necesaria e inevitablemente, requiere un Estado de partidos"*[4].

b. Minimiza que el fortalecimiento de la democracia se da a través de los partidos políticos, que, como lo apunta la doctrina, son organizaciones creadas para alcanzar el poder político, que deben tener como elementos básicos:

   - Un pensamiento, doctrina o ideología que inspire su accionar;
   - Una organización, debidamente estructurada y armónica, adecuadamente reglamentada, con niveles organizativos y responsabilidades dirigenciales específicas, que garantice a sus militantes el ejercicio democrático de sus derechos al interior de los mismos; y
   - Un plan o programa de gobierno, que debe estar estructurado en base a un diagnostico real y objetivo de la problemática coyuntural que se presenta como objeto de cambio de arribar al ejercicio del poder político, y un inventario de posibilidades de solución.

   Todo ello en el marco de la Constitución y de las ideas, principios y valores que inspiran a dichas colectividades políticas, los cuales deben darse dentro de los cánones y patrones sentados por la Norma Suprema.

4 KELSEN, Hans. "Esencia y valor de la democracia" (Traducción de la segunda edición alemana realizada por Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra). Colección Labor. Biblioteca de iniciación cultural. Sección IX, Política, N° 349, Editorial Labor S.A., Barcelona − Buenos Aires, 1934, p. 37.

c. Parte de la errada premisa de considerar que las facultades derivadas del Reglamento del Congreso de la República, representan en todos los casos lo mismo que los derechos fundamentales; premisa equívoca desde el punto de vista conceptual y jurisprudencial, por cuanto lo que la Constitución pondera de manera superlativa son los atributos esenciales de la persona, como eje central o finalidad esencial en torno de la cual se orienta todo el sistema constitucional; no las prerrogativas congresales; y ha sido la jurisprudencia de este propio Tribunal Constitucional, la que desde hace mucho tiempo ha dejado claramente establecido que no es lo mismo el régimen constitucional existente para los derechos de la persona que el correspondiente a las facultades de los funcionarios estatales o de quienes actúan a nombre del Estado.

d. Hace una distinción equivocada entre "transfuguismo legítimo" y "transfuguismo ilegítimo", como si hubiera un transfuguismo bueno, que hay que defender, y uno malo, que hay que repudiar y atacar, sin tener en consideración que el transfuguismo no es malo o bueno según las circunstancias o los contextos en los que nos encontremos. Simplemente es transfuguismo y como tal representa un fenómeno que desnaturaliza la esencia misma de la democracia representativa y el esquema de partidos que propugna la Constitución; permitiendo la legitimación de posturas individualistas, en clara vulneración de los objetivos que presupone la participación política y la propia voluntad popular que se expresó a favor de opciones políticas y no de intereses o posiciones eminentemente particulares.

En tal sentido, omite considerar el derecho político del elector que votó por una opción política, representada por un partido o movimiento político o por una alianza de partidos o movimientos políticos; opción que se traduce en una representación proporcional, que queda desvirtuada cuando uno de los integrantes y representantes de tal opción la abandona y pretende continuar detentando un cupo parlamentario que, en puridad, pertenece a la organización que lo postuló. Sobre este particular, no hay que obviar la consideración que el elector, al momento de emitir su voto marca primero el símbolo y optativamente por una o dos opciones preferenciales, así como que el cómputo del símbolo es el que determina el número de curules.

No en vano, hace ocho décadas el mismo Kelsen apuntaba:

> *"En cuanto a la irresponsabilidad de los diputados ante los electores, se trata de un principio quebrantado ya por algunas de las Constituciones modernas, cuyos preceptos disponen que el diputado no esté obligado a seguir las instrucciones de sus electores, pero pierde su mandato al separarse o ser expulsado del partido por el cual fue designado. Tales disposiciones resultan*

> *por consecuencia natural en los casos de sistema electoral por listas, pues en ellos los electores no designan al diputado por su persona, sino que su voto más bien significa un acto de adhesión a un partido determinado, de manera que el candidato obtiene su representación sólo en virtud de su filiación al partido del elector, siendo lógico que el diputado pierda su mandato tan pronto deje de pertenecer al partido que le ha enviado al Parlamento"*.[5]

En tal sentido, a la luz de la tesis de Kelsen los congresistas que se retiren, renuncien, sean separados o hayan sido expulsados del Grupo Parlamentario, partido político o alianza electoral por el que fueron elegidos, deberían perder su curul, la cual pertenece al partido por el que postularon, a los efectos que el accesitario asuma su función.

e. Sobrepasa el ámbito de lo que debe contener una sentencia constitucional dictada por el máximo intérprete de la Constitución al ejercer el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, a través del proceso de inconstitucionalidad; sentencia que debe limitarse a efectuar un examen de la constitucionalidad de la ley cuestionada comparándola con los dispositivos, postulados, principios y valores contenidos en la Constitución. Es decir, a realizar un análisis de pleno derecho a fin de determinar si la ley sometida a juicio es armónica o no con la Norma Suprema del Estado.

Al margen de si es necesario o no, el Tribunal Constitucional no tiene atribuciones para ordenar al Congreso que elabore un informe detallado que dé cuenta de todos los actos de transfuguismo acontecidos entre los años 1980 y 2016.

En la misma línea, encuentro también innecesario efectuar precisiones como las contenidas en los fundamentos 198 a 203 de la sentencia sobre la situación de los Congresistas que actualmente se encuentran sancionados o separados de sus respectivos partidos o agrupaciones políticas, pues, recalco, el presente proceso constitucional es únicamente de control abstracto y, por consiguiente, los alcances de la sentencia solo deben limitarse a definir si las normas impugnadas contravienen o no la Constitución en cualquiera de sus formas.

f. En resumen, impone una lógica inconstitucional, que prioriza el interés personal de los integrantes de una agrupación política, frente al interés colectivo de dicha agrupación, a despecho del derecho político de los electores que la eligieron y mediante su voto le dieron un número de representantes en el Congreso de la República. Es decir, una democracia de individualidades y no de partidos.

---

5 KELSEN, Hans. "Esencia y valor de la democracia". Op. Cit. p. 69.

La fundamentación del presente voto singular se efectuará de acuerdo al siguiente esquema:

1. Precisiones previas
2. El proceso de inconstitucionalidad
3. La constitucionalidad
4. Conceptuación de la figura del análisis de constitucionalidad
5. La relación de normas impugnadas
6. Mi posición puntual respecto a las normas impugnadas y las normas declaradas inconstitucionales por conexidad
7. El estatuto de los Congresistas no implica derechos fundamentales sino facultades o prerrogativas funcionales
8. ¿Hay un transfuguismo bueno?
9. ¿Puede el Tribunal Constitucional en un proceso de inconstitucionalidad exhortar al Congreso para que elabore informes ajenos a la materia de controversia, en cuanto esta implica un análisis de puro derecho?
10. ¿Es oportuno que el Tribunal Constitucional, en el marco del análisis de constitucionalidad, se involucre en la situación de los actuales Congresistas que han sido sancionados o separados de las filas de sus respectivos partidos políticos?
11. El sentido de mi voto

A continuación desarrollo dicho esquema, siguiendo la misma numeración temática:

1. Precisiones previas

Antes de desarrollar las razones que fundamentan la posición que asumo en el presente voto singular, respondiendo al dictado de mi conciencia, debo formular las siguientes precisiones previas, que explican desde mi punto de vista, en gran medida, la posición contenida en la sentencia de mayoría:

1.1 En primer lugar, dejar constancia que observo con preocupación que en numerosos casos que hemos resuelto y en los cuales he tenido una posición discrepante, se han presentado dos situaciones que, a mi parecer, no se condicen con la impartición de una Justicia Constitucional garantista y finalista, que es la que debe llevar a cabo nuestro Tribunal Constitucional.

Tales situaciones, que percibo distorsionantes de la más alta judicatura constitucional nacional, las describo así:

- Primera distorsión: variación del eje de preocupación que corresponde asumir al Juez Constitucional cuando resuelve una controversia constitucional; y
- Segunda distorsión: variación del ángulo de observación desde el que el Juez Constitucional debe analizar la problemática materia de examen en el proceso constitucional en que intervenga.

1.2 La primera situación de distorsión consiste en que, en muchos casos, el eje de preocupación no ha sido garantizar la vigencia efectiva del derecho fundamental que se invoca en la demanda como amenazado o violado –cuando se trata de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento– o garantizar la primacía de la Constitución que se alega afectada por infracciones normativas infraconstitucionales o por violaciones al cuadro de asignación competencial establecido por el Legislador Constituyente –cuando se trata de los procesos de inconstitucionalidad o competencial–; sino que han sido otros ejes, tales como, por ejemplo, el equilibrio presupuestal, el ordenamiento en la contratación pública, la lucha anticorrupción, los alcances mediáticos de la decisión o los efectos producidos en el terreno fáctico, entre otros, los cuales si bien son importantes, no deben constituirse en la preocupación primordial del Juez Constitucional y, menos aún, determinante para orientar su veredicto, ya que en puridad escapan a sus competencias y distraen, obstaculizan y distorsionan el enfoque que le corresponde asumir en armonía con los fines esenciales de los procesos constitucionales regulados en los artículos 200° y 202° de la Carta Fundamental de la República; fines que, con claridad y contundencia, desarrolla el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional en los términos siguientes: "Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales."

1.3 La segunda situación de distorsión consiste en que el ángulo de observación no se ha dado a partir de la Constitución y de los valores, principios, instituciones, derechos, normas y demás aspectos que ella encierra –es decir, de la voluntad y expresión normativa del Poder Constituyente–, lo cual significa que el Juez Constitucional, asido (léase cogido o sostenido) de un enfoque constitucionalizado y recogiendo el *telos* constitucional –la inspira-

ción, la filosofía, la lógica y la racionalidad del Constituyente– debe realizar el análisis de la materia controvertida, para lograr los acotados fines esenciales de los procesos constitucionales –garantizar la primacía normativa de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales–, a través de un accionar consecuente con el carácter de supremo intérprete de la Constitución y de toda la normativa conformante del sistema jurídico nacional, que detenta el colegiado que integra; sino que, por el contrario, el ángulo de observación se ha dado básicamente a partir de la ley –es decir, de la voluntad y expresión normativa del Poder Constituido–.

1.4 Esta segunda distorsión conlleva, lamentablemente, que el Poder Constituido termine primando sobre el Poder Constituyente y que el Tribunal Constitucional, que es el órgano autónomo e independiente encargado de la defensa de la Constitución, de la expresión normativa del Poder Constituyente, termine defendiendo al Poder Constituido y desnaturalizando su función con una visión llanamente legalista y huérfana de un enfoque constitucional. Y, en otros casos, inspirada en enfoques, inquietudes o dimensiones ajenos a lo estrictamente constitucional.

2. El proceso de inconstitucionalidad

Efectuadas las precisiones previas que anteceden, a continuación y a manera de enmarque doctrinario que permita fijar adecuadamente la posición que corresponde asumir a la Judicatura Constitucional al intervenir en un proceso de inconstitucionalidad, considero necesario hacer una breve referencia a dicho proceso y a los conceptos de constitucionalidad y de análisis de constitucionalidad; este último en cuanto instrumento básico para determinar la presencia o no de infracción constitucional.

2.1 El Proceso de Inconstitucionalidad o, más propiamente denominado Proceso Directo de Control Concentrado de la Constitucionalidad, es el proceso paradigma entre los procesos de control de la constitucionalidad en tanto constituye la canalización de la fórmula de heterocomposición más completa y eficaz para anular la normativa infraconstitucional afectada de alguna causal de inconstitucionalidad. Es decir, la normativa incursa en infracción constitucional. Sea esta infracción de forma, de fondo, directa, indirecta, parcial o total, y, en consecuencia, incompatible con la Constitución. Es un proceso de aseguramiento de la primacía de la Constitución, en cuanto norma suprema y expresión de la voluntad normativa del Poder Constituyente.

2.2 De acuerdo al diseño procedimental ideado por Hans Kelsen, el Proceso Directo de Control Concentrado de la Constitucionalidad tiene como características principales el ser un proceso constitucional de instancia única, de carácter cognoscitivo, de enjuiciamiento de la producción normativa del legislador infraconstitucional de primer rango y de carácter hiperpúblico; que, por consiguiente, escapa a las clasificaciones conocidas y se yergue como un proceso especialísimo, atípico y *sui generis*.

2.3 Así, es especialísimo, por cuanto es un proceso *ad hoc* y único para el control concentrado de la constitucionalidad, como corresponde a la materia de hiperinterés público que a través de él se controvierte y que canaliza una fórmula de heterocomposición peculiar, frente a un conflicto también peculiar y de marcado interés público, nacido a raíz del cuestionamiento de una norma imputada de inconstitucionalidad. Atípico, en razón de que no se encuadra dentro de la clásica tipología de procesos consagrados en el Derecho Procesal y, además, diferente a los otros procesos constitucionales. *Sui generis*, en razón que combina el interés de la parte accionante con un interés de carácter general, consistente en la fiscalización de la producción normativa infraconstitucional de primer rango para asegurar la supremacía normativa de la Constitución.

2.4 El objeto del Proceso Directo del Control Concentrado de la Constitucionalidad es una pretensión procesal de constitucionalidad; esto es, la solicitud de verificar la constitucionalidad de una norma imputada de inconstitucionalidad. Así, esta petición centra la actividad del Tribunal Constitucional en un juicio de constitucionalidad, de tal forma que la cuestionada inconstitucionalidad de la norma recurrida se convierte en requisito procesal de admisibilidad del recurso y cuestión de inconstitucionalidad, y configura lógicamente la cuestión de fondo del proceso que no puede entenderse resuelto con una decisión sobre el fondo más que cuando el Tribunal dilucida la constitucionalidad, o no, de la norma en cuestión.

2.5 Por consiguiente, debe quedar aclarado que en el Proceso de Inconstitucionalidad el tema de fondo es determinar si la disposición imputada de inconstitucionalidad infringe o no la normativa constitucional. Es decir, si es compatible con la parte dispositiva propiamente dicha de ella y, además, con los principios, valores, institutos, derechos y demás aspectos que le son inherentes.

3. La constitucionalidad

En esa línea, lo que debe determinarse es si la disposición infraconstitucional cuestionada está impregnada o no de constitucionalidad, por lo que resulta necesario formular su conceptuación.

Al respecto, afirmo que la constitucionalidad es un vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas que conforman el sistema jurídico que aquella diseña; tanto en cuanto al fondo como a la forma. Es una suerte de cordón umbilical que conecta o une los postulados constitucionales con sus respectivos correlatos normativos, en sus diversos niveles de especificidad; siendo consustancial al proceso de implementación constitucional e imprescindible para la compatibilidad y coherencia del sistema jurídico

4. Conceptuación de la figura del análisis de constitucionalidad

Asumido ya un concepto de constitucionalidad, toca hacer referencia al denominado análisis de constitucionalidad, respecto del cual es menester puntualizar lo siguiente:

4.1 Todo análisis de constitucionalidad presupone un proceso de cotejo o de comparación abstracta entre la norma o conjunto de normas objetadas como inconstitucionales y lo dispuesto de modo expreso por la norma constitucional. Por consiguiente, lo que corresponde hacer al Juez Constitucional en el Proceso de Inconstitucionalidad es comparar, desde el punto de vista estrictamente normativo, si la disposición impugnada colisiona o no con la Constitución; o, en todo caso, si la desborda, desnaturaliza, desmantela, transgrede o entra en pugna con ella. Esa y no otra es la labor del Juez Constitucional en este tipo de procesos. Se trata, lo enfatizo, de garantizar la primacía normativa de la Norma Suprema.

4.2 A tales efectos y con la finalidad de detectar si una norma resulta o no contraria con la Constitución, nuestro Código Procesal Constitucional, establece ciertas clases de infracciones, las que en buena cuenta nos permiten distinguir entre inconstitucionalidad por el fondo o por la forma, inconstitucionalidad total o parcial, e inconstitucionalidad directa e indirecta.

4.3 En lo que respecta al primer grupo de infracciones, conviene precisar que lo que se denomina como inconstitucionalidad por el fondo, se presenta cuando la contraposición entre lo que determina la Constitución y lo que establece la ley, resulta frontal o evidente. Es decir, el mensaje normativo

entre norma suprema y norma de inferior jerarquía es opuesto y por tanto la inconstitucionalidad es manifiesta por donde quiera que se le mire.

4.4 La inconstitucionalidad en cambio, es por la forma, cuando la norma objeto de impugnación, independientemente de su compatibilidad con el contenido material de la Constitución, ha sido elaborada prescindiendo de las pautas procedimentales o del modo de producción normativa establecido en la Constitución. Se trata en otras palabras de una inconstitucionalidad que no repara en los contenidos de la norma sino en su proceso de elaboración y la compatibilidad o no del mismo con lo establecido en la Norma Fundamental.

4.5 En lo que atañe al segundo grupo de infracciones, cabe afirmar que la llamada inconstitucionalidad total es aquella que se presenta cuando todos los contenidos de la norma impugnada infringen a la Constitución y, por tanto, deben ser expectorados del orden jurídico.

4.6 La inconstitucionalidad es parcial, cuando, examinados los diversos contenidos de la norma impugnada, se detecta, que solo algunos se encuentran viciados de inconstitucionalidad. La determinación de esos contenidos, sin embargo puede variar en intensidad. A veces puede tratarse de una buena parte del mensaje normativo, en ocasiones solo de una frase o, en otras, solo de una palabra.

4.7 El tercer grupo de infracciones, referidas a la inconstitucionalidad directa e indirecta, responde a una clasificación relativamente novedosa, y aún embrionariamente trabajada por nuestra jurisprudencia, para cuyo entendimiento es necesario echar mano del moderno concepto de bloque de constitucionalidad, el cual hace referencia al parámetro jurídico constituido por la Constitución como norma suprema del Estado y por las normas jurídicas que le otorgan desarrollo inmediato (leyes orgánicas, leyes de desarrollo de los derechos fundamentales, tratados internacionales de derechos humanos, etc.). Dicho parámetro resulta particularmente importante en ordenamientos donde la determinación de lo que es o no constitucional, no se agota en la norma formalmente constitucional, sino que se proyecta sobre aquel entramado normativo donde es posible encontrar desarrollos constitucionales extensivos.

4.8 En tal sentido la inconstitucionalidad directa es aquella donde la determinación de la colisión normativa se verifica en el contraste producido entre la Constitución y la norma objeto de impugnación. Se trata pues, de un choque frontal entre dos normas con mensajes de suyo distintos.

4.9 En cambio en la inconstitucionalidad indirecta la colisión se verifica entre la norma objeto de impugnación y los contenidos de una típica norma de desarrollo constitucional. Lo inconstitucional, no se determina pues a la luz de lo que la norma constitucional directamente establece sino en el contexto de lo que una de sus normas de desarrollo representa.

5. La relación de normas impugnadas

Ingresando propiamente al análisis de constitucionalidad, debo referirme las normas impugnadas.

Los congresistas demandantes han interpuesto demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 22.d y 37.4 del Reglamento del Congreso, modificados por el artículo 1 de la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR, y contra el artículo 37.5 del mismo reglamento, incorporado por el artículo 2 de la referida resolución legislativa, por contravenir los artículos 2.2, 2.3, 2.13, 2.17, 2.24.d, 93, primer párrafo y 95, segundo párrafo, de la Constitución.

El texto de tales artículos es el siguiente:

- Artículo 22.d

> "Artículo 22. Los congresistas tienen derecho:
>
> (…)
>
> d) A elegir y postular, en este último caso como miembro de un Grupo Parlamentario, a los cargos de la Mesa Directiva del Congreso o de las Comisiones o ser designado miembro de la Comisión Permanente o del Consejo Directivo.
>
> (…)"

- Artículo 37.4

> "Artículo 37. Los Grupos Parlamentarios son conjuntos de Congresistas que comparten ideas o intereses comunes o afines y se conforman de acuerdo a las siguientes reglas:
>
> (…)
>
> 4. Cada Grupo Parlamentario aprueba su reglamento interno, el que deberá respetar las garantías del debido procedimiento y contener los derechos y deberes de sus integrantes. Este reglamento es aprobado por mayoría de sus miembros y obliga a todos ellos.

El Congresista que considere que ha sido sancionado de manera irregular podrá accionar ante las instancias correspondientes. Si la sanción es suspendida, revocada o anulada, podrá optar por regresar a su Grupo Parlamentario o solicitar al Consejo Directivo que apruebe su incorporación a un Grupo Parlamentario ya conformado, para lo cual se requerirá contar previamente con acuerdo expreso del mismo".

- Artículo 37.5

> "Artículo 37. Los Grupos Parlamentarios son conjuntos de Congresistas que comparten ideas e intereses comunes o afines y se conforman de acuerdo a las siguientes reglas:
>
> (…)
>
> 5. No pueden constituir nuevo Grupo Parlamentario ni adherirse a otro los Congresistas que se retiren, renuncien, sean separados o hayan sido expulsados del Grupo Parlamentario, partido político o alianza electoral por el que fueron elegidos, salvo el caso de alianzas electorales conforme a ley, que hayan decidido disolverse, en cuyo caso podrán conformar Grupo Parlamentario conforme al numeral 1.
>
> (…)"

Finalmente, si bien no han sido impugnados en la demanda, corresponde mencionar los artículos 37, incido 2 y 76, inciso 2.3, del Reglamento del Congreso, modificado también por el artículo 2 de la precitada Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR, ya que estos han sido declarados inconstitucionales por conexidad.

- Artículo 37.2

> "Artículo 37. Los Grupos Parlamentarios son conjuntos de Congresistas que comparten ideas e intereses comunes o afines y se conforman de acuerdo a las siguientes reglas:
>
> (…)
>
> 2. Si no lograrán llegar al número de representantes a que se refiere el inciso anterior, serán considerados como Grupo Parlamentario Especial sólo para los efectos de presentación de proyectos de ley".

- Artículo 76.2.3

> "Artículo 76. La presentación de las proposiciones de ley y de resolución legislativa está sujeta, además de lo señalado en el artículo precedente, a los siguientes requisitos especiales:

(…)

2.3. De un número mínimo de cinco (5) Congresistas, para el caso de los que incurran en alguno de los supuestos del numeral 5 del artículo 37".

6. Mi posición puntual respecto a las normas impugnadas y las normas declaradas inconstitucionales por conexidad

Las normas citadas, han modificado e incorporado algunos numerales al Reglamento del Congreso con la finalidad de fortalecer a los denominados Grupos Parlamentarios, impidiendo que los Congresistas que se retiren, renuncien, sean separados o hayan sido expulsados del Grupo Parlamentario, partido político o alianza electoral por el que fueron elegidos, constituyan un nuevo Grupo Parlamentario o se adhieran a otros Congresistas. Ello, con la finalidad de impedir el transfuguismo y, por consiguiente, el debilitamiento de los partidos políticos en nuestro país.

Se busca entonces con tales dispositivos evitar atomizar el Congreso de la República a fin de fortalecer la democracia representativa en nuestro país, por lo que, a mi juicio, tales normas se enmarcan dentro de lo constitucionalmente posible de ser regulado por el legislador ordinario y, evidentemente, dentro la lógica del legislador constituyente de la Carta de 1993, que ha buscado fortalecer a los partidos políticos como elementos imprescindibles para el funcionamiento democrático del país, en tanto concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular, conforme lo dispone el artículo 35 de la misma Carta Fundamental de la República.

En tal sentido, tanto las normas que han sido cuestionadas en la demanda como las declaradas indebidamente inconstitucionales por la sentencia de mayoría, son totalmente compatibles con la Constitución y se encuentran en plena armonía con la intención que tuvo el legislador constituyente de la Constitución de 1993 de garantizar la democracia representativa, a través del fortalecimiento de los partidos políticos. Por lo tanto, la demanda incoada es completamente infundada.

Por lo demás, debe precisarse, como veremos a continuación, que las facultades o prerrogativas que tienen los Congresistas de la República se ejercen como consecuencia de pertenecer a un Partido Político, en virtud al cual fueron elegidos y no son de ningún modo parte del contenido esencial o constitucionalmente protegido de algún derecho político.

7. El estatuto de los Congresistas no implica derechos fundamentales sino facultades o prerrogativas funcionales

Considero un error conceptual y ajeno a la jurisprudencia considerar que el estatuto de los Congresistas de la República y las facultades que de él derivan, representan lo mismo que los derechos fundamentales.

En cuanto a lo primero resulta erróneo por cuanto lo que la Constitución se esfuerza en preservar de manera superlativa son los atributos esenciales de la persona como eje central o finalidad esencial, en torno de la cual se orienta todo el sistema constitucional tal y cual se proclama en su artículo 1°. Las potestades o facultades derivadas de la especial condición en la que se encuentran quienes representan al Estado (por ostentar un cargo o alguna forma de representación) son sin duda importantes empero sometidas a una lógica distinta, donde las potestades regulativas del legislador puede incidir de una manera mucho más directa o frontal, en aras de preservar diversos bienes o valores jurídicos

En cuanto a lo segundo, es también erróneo pues ha sido nuestra propia jurisprudencia la que desde hace mucho dejó claramente establecido que no es lo mismo el régimen constitucional existente para los derechos de la persona que el correspondiente a las facultades de los funcionarios estatales o de quienes actúan a nombre del Estado. En efecto:

> *"La diferencia entre las facultades o prerrogativas (incluso las potestades) y los derechos o libertades, es que mientras las primeras le corresponden al Estado o en particular a sus funcionarios o autoridades, los segundos le pertenecen a las personas naturales o jurídicas, según sea el caso. Un ejemplo de una potestad estatal puede ser y es de hecho la expropiación, un ejemplo de una prerrogativa, el veto presidencial a las leyes, o la amnistía por parte del Congreso. El Estado y sus funcionarios y autoridades, no gozan pues, desde esta perspectiva, de derechos fundamentales en el sentido estricto del término, sino más bien de atribuciones como las descritas, las mismas que ciertamente son importantes para el funcionamiento del Estado y sus instituciones, pero no tienen la trascendencia e implicancia que, por el contrario, si tienen, primariamente, los derechos o libertades esenciales. Es, en todo caso, la persona (desde una perspectiva más amplia, el ser humano), quien únicamente puede reclamar para sí derechos como la vida, la libertad física o la intimidad, por poner tres casos específicos, lo que incluso armoniza con la lógica personalista proclamada desde el artículo 1° de la Constitución Política del Estado"* (Cfr. Exp. Nº 0007-2003-AI/TC, Fundamento 4).

Lo dicho termina siendo gravitante para la presente causa, pues no se ha reparado en que el debate constitucional planteado gira en torno al régimen jurídico de los representantes a Congreso y la necesaria potestad que tiene este último en cuanto órgano constitucional, de regular de la forma más adecuada el elenco de restricciones que puedan eventualmente recaer sobre los Congresistas.

Un fenómeno tan nocivo como lo es sin duda el transfuguismo, no puede ser encarado de la manera tan superficial como entrelíneas parece sugerirlo la posición asumida por mis colegas.

8. ¿Hay un transfuguismo bueno?

La posición en mayoría se esfuerza por teorizar sobre la problemática del transfuguismo para luego concluir en que existiría un "transfuguismo ilegítimo" y otro "perfectamente legítimo". En otras palabras, habría un "transfuguismo malo", negativo y pernicioso, al que efectivamente habría que combatir y por ende proscribir, pero también existiría un "transfuguismo bueno", positivo y perfectamente justificado, al que por el contrario, habría que auspiciar y casi aplaudir, porque a nombre del mismo, se estarían garantizando supuestos derechos en el Congresista que lo práctica.

Definitivamente no comparto esta postura pues el transfuguismo no es malo o bueno según las circunstancias o los contextos en los que nos encontremos, simplemente es transfuguismo y como tal representa un fenómeno que desnaturaliza el esquema de partidos en la manera como lo propugna la Constitución, permitiendo la legitimación de posturas individualistas en clara vulneración de los objetivos que presupone la participación política y la propia voluntad popular que se expreso a favor de opciones políticas y no de intereses o posiciones eminentemente particulares.

Que el Congresista pueda invocar argumentos de conciencia en su condición de persona o de ciudadano no es por supuesto imposible y habría que dejarlo en claro, pero si las reglas de su participación política se dieron dentro de un marco de condiciones tanto de acceso como de ejercicio funcional una vez ostentado el cargo, no puede pretenderse que las mismas dependan a la larga de su libre albedrío, pues ello implicaría desvirtuar las razones que precisamente le dieron la representación.

Nuestro modelo constitucional, no es uno donde propugne la atomización de las voluntades políticas en tantas conciencias como representaciones puedan existir, sino uno donde se apunta hacia la participación política fundamentalmente por conducto de los partidos y demás organizaciones políticas. Es ese el mensaje

inobjetable del artículo 35 de la Constitución Política del Estado, donde si bien se contempla la participación del ciudadano en forma individual o asociada en la vida política de la nación, no se propugna en modo alguno la participación vía los partidos u organizaciones similares, para luego optar por la independización absoluta del representante, cual si fueran los partidos políticos un simple instrumento de acceso plenamente desechable según las circunstancias.

Las argumentaciones que la sentencia utiliza para tratar de justificar que a nombre de la conciencia sería plausible una desvinculación de los partidos políticos sin consecuencia alguna, resultan absolutamente gaseosas o indeterminadas pues con tal lógica todo quedaría reducido al fuero interno del tránsfuga dando pie a todo tipo de acuerdos bajo la mesa, permitiendo la grosera manipulación de la voluntad popular que vería totalmente traicionada su decisión a favor de unos partidos o movimientos y no en provecho de otros totalmente distintos.

En suma, y lejos de considerar inconstitucional o arbitrario el tratamiento jurídico dispensado por las normas impugnadas en relación con el Congresista que ha sido separado o sancionado por su condición de tránsfuga, lo entiendo como perfectamente ajustado a las finalidades constitucionales y al propio modelo de participación política en el que se adscribe.

9. ¿Puede el Tribunal Constitucional en un proceso de inconstitucionalidad exhortar al Congreso para que elabore informes ajenos a la materia de controversia, en cuanto esta implica un análisis de puro derecho?

No comparto lo señalado en el fundamento 39, no porque no sea conveniente propugnar una investigación acerca del transfuguismo como fenómeno político y de la manera como se ha venido presentando en los últimos años, sino porque no encuentro habilitación constitucional expresa, dentro de un proceso de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional exhorte al Congreso que elabore un informe detallado que dé cuenta de todos los actos de transfuguismo acontecidos entre los años 1980 y 2016.

La legítima aspiración que como sociedad democrática y bien informada debemos tener, no nos puede llevar a dar órdenes que desbordan nuestras atribuciones como jueces constitucionales a la par que a imponerle al Congreso de la República obligaciones que tampoco tiene contraídas.

En buena hora que se investigue y profundice documentalmente sobre el tema del transfuguismo pero dicha tarea, sin duda importante, corresponde a la academia, no a un órgano del Estado cuyas atribuciones debemos respetar al igual como reclamamos que las nuestras también tengan que ser respetadas.

10. ¿Es oportuno que el Tribunal Constitucional, en el marco del análisis de constitucionalidad, se involucre en la situación de los actuales Congresistas que han sido sancionados o separados de las filas de sus respectivos partidos políticos?

En la misma línea de lo anterior, encuentro también innecesario efectuar precisiones como las contenidas de los fundamentos 198 a 203 de la sentencia, sobre la situación de los Congresistas que actualmente se encuentran sancionados o separados de sus respectivos partidos o agrupaciones políticas, pues el presente proceso constitucional es únicamente de control abstracto y por consiguiente, los alcances de la sentencia solo deben limitarse a definir si las normas impugnadas contravienen o no la Constitución en cualquiera de sus formas. No se trata de ninguna manera y hay que aclararlo, de un proceso de tutela de derechos en el que tengamos que definir la situación jurídica de tales o cuales representantes a Congreso.

11. El sentido de mi voto

Por las razones anteriormente expuestas estimo que la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 22.d y 37.4 del Reglamento del Congreso, modificados por el artículo 1 de la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR, y contra el artículo 37.5 del mismo reglamento, incorporado por el artículo 2 de la referida resolución legislativa, debe declararse infundada en todos sus extremos.

S.
BLUME FORTINI

EXPEDIENTE 00006-2017-PI/TC
LIMA
41 CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Como señalé en el voto singular que acompaña el AUTO 4 - NULIDAD, considero que debe declararse **NULO** todo lo actuado en el presente proceso a partir de la juramentación del nuevo magistrado Ferrero Costa, debiendo el Pleno disponer su abocamiento.

Sin embargo, dado el carácter minoritario de mi posición, expongo mi opinión sobre el fondo de la controversia.

La sentencia en mayoría declara fundada la demanda porque, según afirma, las normas impugnadas afectan tres derechos fundamentales:

1. Libertad de conciencia;
2. Prohibición de mandato imperativo; y,
3. Libertad de acción política.

Discrepo de ello por las diez razones siguientes:

1. Las normas impugnadas no vulneran el derecho a la libertad de conciencia

El derecho a la libertad de conciencia está establecido en nuestra Constitución junto al derecho a la libertad de religión. Se refiere, por tanto, a la libertad de ser ateo o agnóstico. Si se revisa las actas de los debates constitucionales, se encontrará que eso es lo que se quiso proteger.

La reforma del Reglamento del Congreso objeto de este proceso de inconstitucionalidad establece, en esencia, que los congresistas que dejan su grupo parlamentario original no pueden conformar uno nuevo ni ingresar a otro ya existente. Por tanto, no pueden integrar comisiones parlamentarias ni la Mesa Directiva del Congreso

Evidentemente, estas normas no afectan, de manera alguna, la libertad de conciencia. El congresista que deja su grupo parlamentario original puede no tener ninguna creencia religiosa. No hay manera de que una norma reglamentaria congresal se inmiscuya en ello.

La jurisprudencia constitucional comparada ha expandido el alcance de la libertad de conciencia a la protección de convicciones ideológicas no religiosas, pero nunca ha señalado que éstas incluyen a las convicciones ideológicas *políticas*. Esto implicaría asemejar la política a la religión, lo que resulta repugnante en una perspectiva constitucional.

La protección a la libertad de conciencia no puede ser una coartada para el oportunismo político. Dada la naturaleza eminentemente social de la actividad política, no cabe extrapolar a este ámbito la protección a la más individual de las libertades. No hay ningún asidero constitucional para hacerlo.

2. Las normas impugnadas no vulneran la prohibición de mandato imperativo

La prohibición de mandato imperativo se refiere a que nadie puede decirle a los congresistas cómo votar. Las normas impugnadas no fuerzan a los congresistas a votar de una manera o de otra. Aunque abandonen su grupo parlamentario original, igual ellos retienen este derecho. No tiene nada que ver una cosa con la otra.

3. Las normas impugnadas no vulneran derechos fundamentales

Ciertamente, las normas impugnadas —introducidas por la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR— restringen el derecho a la participación en la vida política de los congresistas que dejan su grupo parlamentario original. Sin embargo, la base normativa de dicha libertad era la versión previa del Reglamento del Congreso, no la Constitución.

La versión previa del Reglamento del Congreso no prohibía el transfuguismo; por tanto, lo permitía. El Reglamento asignaba recursos humanos y logísticos a los grupos parlamentarios, incentivando así su multiplicación. Muchos parlamentarios preferían entonces ser cabeza de ratón a cola de león.

La Constitución no tiene ningún artículo que establezca que un congresista puede pasarse de un grupo parlamentario a otro durante su mandato; que, al hacerlo, retenga el derecho a integrar comisiones, la Comisión Permanente o la Mesa Directiva del Congreso; o, que puedan presentar proyectos de ley con menos de cinco firmas.

Desde que la base normativa de estas libertades era una norma con rango de ley,

no constitucional, no puede sostenerse que, al restringirlas, se ha afectado algún derecho fundamental. Solo se han afectado derechos derivados, vinculados a la organización del trabajo interno del Congreso.

4. Las normas impugnadas tienen un fin de relevancia constitucional

Incluso si dichas libertades fueran un derecho fundamental, este Tribunal Constitucional ha señalado muchas veces que no toda norma que restringe derechos es necesariamente inconstitucional. Para determinar la constitucionalidad de una norma que restringe derechos, se debe efectuar un *test de proporcionalidad.*

Esto implica analizar, en primer lugar, si el fin que persigue la norma tiene relevancia constitucional. Adicionalmente, debe analizarse

si existen medios alternativos al optado que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad (Expediente 00045-2004-PI/TC, entre otros).

El fin que persiguen las normas impugnadas es reducir la fragmentación legislativa, y así asegurar la gobernabilidad y estabilidad del proceso democrático. En la sentencia emitida en el Expediente 00030-2005-PI/TC, caso Barrera Electoral, este Tribunal dijo que tal fin tiene gran relevancia constitucional.

Sobre la base de los artículos 35 y 43 de la Constitución —que establecen que el Perú es una república democrática y su gobierno representativo, y que el derecho a la participación política de los ciudadanos se canaliza a través de partidos políticos— el Tribunal Constitucional explicó entonces por qué no debe haber fragmentación legislativa.

Paladinamente, el apartado C del fundamento 36 de esta sentencia señaló que se debe evitar una fragmentación en la representatividad congresal que obstaculice la gobernabilidad.

La fragmentación legislativa dificulta que el Congreso pueda tomar decisiones oportunamente —entre ellas, elegir a tiempo a los magistrados del Tribunal Constitucional. Según la Constitución, esto debe hacerse cada cinco años. En promedio, sin embargo, se ha hecho cada siete años.

Más grave todavía, la política comparada sugiere que la fragmentación lleva a la polarización de los partidos, por su necesidad de diferenciarse y posicionarse frente al elector.

5. La barrera electoral no ha podido impedir la fragmentación legislativa

La barrera electoral busca impedir la fragmentación legislativa en el momento de las elecciones. Gracias a ella, a cada uno de los últimos tres Congresos (2006-2011, 2011-2016 y 2016-2021) llegaron solo seis partidos. En los tres previos, este número fue siempre de dos dígitos: 13 (1995-2000), 10 (2000-2001) y 11 (2001-2006).

No obstante ello, la barrera electoral no ha podido impedir la fragmentación legislativa sobreviniente a las elecciones. Al instalarse el Congreso 2006-2011, se conformaron cinco grupos parlamentarios, pero terminaron siendo ocho, sin contar a los cinco congresistas no agrupados:

Grupos Parlamentarios: Evolución de la composición por períodos anuales de sesiones 2006-2011

Nº	Grupos Parlamentarios	Período Anual de Sesiones					Final Período Parlam. 2006-2011
		2006-2007	2007-2008	2008-2009	2009-2010	2010-2011	
1	Nacionalista - UPP	42					
2	Partido Aprista Peruano	36	36	36	36	36	35
3	Unidad Nacional	17	15	13	13	13	13
4	Alianza por el Futuro	13	13	13	13	12	12
5	Alianza Parlamentaria	9	9	7	7	6	6
6	Nacionalista		23	23	22	25	25
7	UPP		19	8	8	7	7
8	Bloque Popular			8	7	6	6
9	Alianza Nacional			6	8	11	11
10	No Agrupados	3	5	6	6	4	5
	Total de Congresistas	**120**	**120**	**120**	**120**	**120**	**120**

Fuente: Oficina de Gestión de la Información y Estadísticas del Congreso de la República. con ajustes propios

Peor aún, al instalarse el Congreso 2011-2016, se conformaron seis grupos parlamentarios, pero terminaron siendo nueve, sin contar a los diez congresistas no agrupados:

Grupos Parlamentarios: Evolución de la composición por períodos anuales de sesiones 2011-2016

Nº	Grupos Parlamentarios	Período Anual de Sesiones					Final Período Parlam. 2011-2016
		2011-2012	2012-2013	2013-2014	2014-2015	2015-2016	
1	Gana Perú	47	43	43	36	31	26
2	Fuerza Popular	37	36	36	36	36	34
3	Alianza Parlamentaria	20	15				
4	Alianza por el Gran Cambio	12	12				
5	Dignidad y Democracia				7	12	12
6	Perú Posible			10	11	11	11
7	Concertación Parlamentaria	6	6	6	9	9	9
8	Acción Popular - Frente Amplio		10	10	9	8	8
9	PPC-APP			7	7	7	7
10	Solidaridad Nacional	8	8	9	7	7	7
11	Unión Regional			8	6	6	6
12	No Agrupados			1	2	3	10
	Total de Congresistas	**130**	**130**	**130**	**130**	**130**	**130**

Fuente: Oficina de Gestión de la Información y Estadísticas del Congreso de la República, con ajustes propios

En el Congreso 2011-2016, la fragmentación legislativa afectó profundamente tanto al gobierno como a la oposición. El grupo oficialista empezó ocupando 47 escaños, pero terminó con apenas 26. Asimismo, hubo grupos parlamentarios enteros de la oposición que se desintegraron totalmente.

Desde que se está esbozando una tendencia hacia una cada vez mayor fragmentación legislativa, la reforma del Reglamento del Congreso —que apunta a reducir ésta después de las elecciones— es más relevante ahora que el 2006, cuando este Tribunal Constitucional reconoció la necesidad de reducirla.

Dicha sentencia, por demás, consideró que la fragmentación legislativa y el transfuguismo son dos caras de la misma moneda, un solo fenómeno visto desde dos perspectivas distintas. El entonces Presidente del Tribunal Constitucional Javier Alva Orlandini emitió un fundamento de voto en el que dijo:

> Los tránsfugas (…) atentan contra la moral pública y crean la desesperanza y la indignación de los ciudadanos.

6. Las normas impugnadas son proporcionales al fin que persiguen

No se puede negar la relevancia constitucional del fin que persiguen las normas impugnadas. La cuestión a dilucidarse es solo si son proporcionales a dicho fin. Para determinarlo, no basta recurrir a simples silogismos conceptuales o a información histórica desordenada sino a la política y el derecho comparados.

En países donde la fragmentación legislativa es relativamente baja, no hay porqué limitar la libertad de los congresistas para cambiar de partido o formar uno nuevo durante su mandato, ya que el transfuguismo no compromete allí la gobernabilidad. No obstante, en términos comparativos, la fragmentación legislativa en el Perú es muy alta.

En el siguiente cuadro, elaborado con información de la última edición del *Database of Political Institutions*, se presenta la sobrefragmentación —es decir, el alejamiento de la fragmentación legislativa respecto a 0.5, donde la mitad de los asientos congresales es de un partido y la otra mitad de otro— de una *muestra selectiva a criterio* de seis países:

Sobrefragmentación legislativa 2001-2015

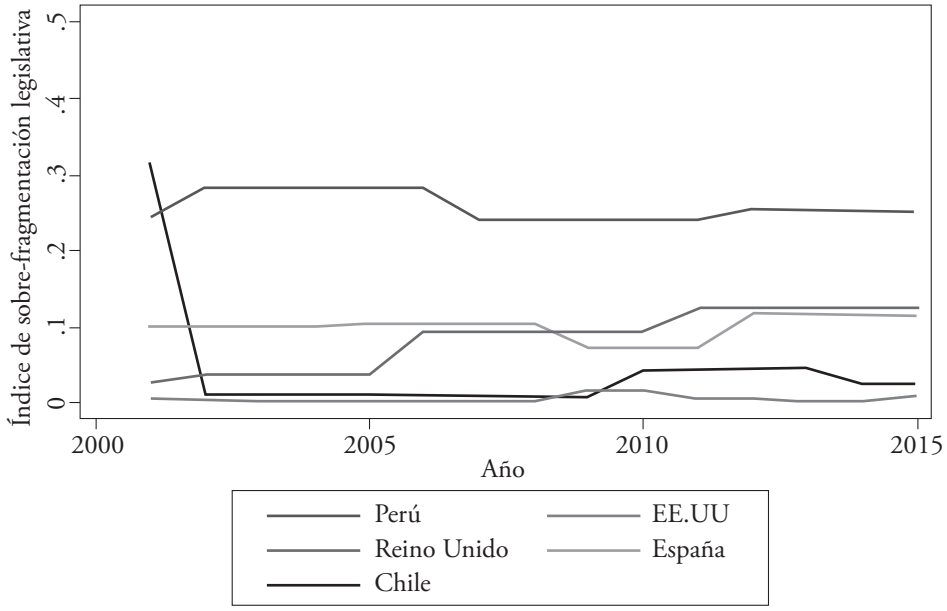
	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	PROM
Chile	0.32	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.04	0.04	0.04	0.04	0.03	0.03	0.04
Colombia	0.20	0.20	0.36	0.36	0.36	0.36	0.38	0.38	0.38	0.38	0.32	0.32	0.32	0.32	0.35	0.33
España	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.07	0.07	0.07	0.12	0.12	0.12	0.12	0.10
Estados Unidos	0.01	0.01	0.00	0.00	0.00	0.00	-0.00	-0.00	-0.02	-0.02	-0.01	-0.01	-0.00	-0.00	-0.01	-0.00
Perú	0.25	0.28	0.28	0.28	0.28	0.28	0.24	0.24	0.24	0.24	0.24	0.25	0.25	0.25	0.25	0.26
Reino Unido	0.03	0.04	0.04	0.04	0.04	0.09	0.09	0.09	0.09	0.09	0.12	0.12	0.12	0.12	0.12	0.08

Como se aprecia, Chile tiene cuatro veces la sobrefragmentación legislativa de Estados Unidos, pero la mitad de la del Reino Unido; España, por su parte, tiene 20% más que la del Reino Unido. La sobrefragmentación del Perú es mucho mayor: dos veces la de España, cuatro la del Reino Unido, cinco la de Chile y 26 veces la de Estados Unidos.

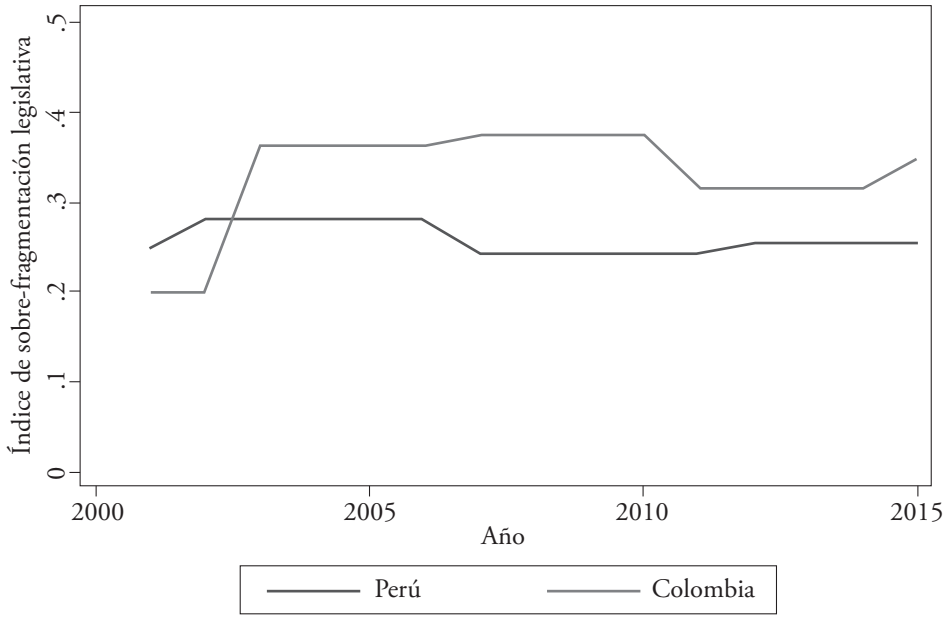
El siguiente gráfico presenta la gran diferencia que existe entre el nivel de sobrefragmentación legislativa del Perú con el de los otros cuatro países mencionados:

De los países comprendidos en la muestra, en realidad, solo Colombia tiene una sobrefragmentación legislativa mayor que la del Perú, como lo muestra el gráfico siguiente:

Perú y 4 referentes relevantes



Perú y Colombia



7. Las normas impugnadas responden a la representación proporcional

La relativa similitud de la fragmentación legislativa del Perú con las de España y Colombia refleja la semejanza de las reglas empleadas por estos países para convertir los votos en escaños. Los tres tienen sistemas proporcionales, a diferencia del Reino Unido y Estados Unidos, que tienen sistemas de mayorías.

Durante el período comprendido en la muestra, Chile tuvo un sistema binominal *sui generis* semejante a un sistema de mayorías. Ello se reflejaba en su baja fragmentación legislativa. A partir de las próximas elecciones, sin embargo, Chile utilizará un sistema proporcional.

El próximo retorno de Chile a un sistema proporcional prueba cuán profundamente arraigado está en la historia y el derecho de Iberoamérica y buena parte de Europa. De hecho, en el Perú, el artículo 187 de la Constitución —el único que ella dedica a la cuestión fundamental del sistema de representación— establece que:

> En las elecciones pluripersonales hay representación proporcional, conforme al sistema que establece la ley.

Ahora bien, al revés de lo que ocurre en el sistema de mayorías, en el sistema proporcional el voto es, fundamentalmente, por un partido. En el caso peruano, secundariamente, puede ser también por una o dos personas, si el elector decide hacer uso del voto preferencial. Este matiza pero no elimina el carácter partidista del voto en tal sistema.

En este contexto, el transfuguismo supone una traición a la lógica del sistema, ya que el escaño no corresponde tanto a una persona como a un partido. El transfuguismo es un robo o una estafa al elector. No debiera tolerarse bajo ningún argumento, pretexto o coartada.

8. España y Colombia tienen normas restrictivas similares

España y Colombia —los países más parecidos al Perú en fragmentación legislativa, hacia abajo y hacia arriba— regulan la tensión entre la libertad de acción de los congresistas, de un lado, y la necesidad de evitar la fragmentación legislativa, de otro, de manera muy parecida a lo establecido por la reforma del Reglamento del Congreso.

En España, los artículos 23 y 27 del Reglamento del Congreso establecen que quien se retira de un grupo parlamentario no puede formar uno nuevo. Puede pasarse a uno ya existente, pero solo en los cinco primeros días de cada legislatu-

ra. Es una diferencia menor con lo establecido en la reforma del Reglamento del Congreso peruano.

En Colombia, el artículo 2 de la Ley 1475 de 2011 establece:

> Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo (…).
>
> Asimismo, el artículo 4 de la Ley 974 de 2005, cuya constitucionalidad fue confirmada por su Corte Constitucional, señala: El retiro voluntario de un miembro (…) del partido o movimiento político o ciudadano en cuyo nombre se eligió, implica el incumplimiento del deber de constituir bancada, y como tal podrá sancionarse como una violación al Régimen de Bancada en los términos de la Constitución y la ley.

No se permite, pues, que quien renuncia a su grupo parlamentario original pueda ingresar a otro o constituir uno nuevo. No solo ello: se exige que quien es elegido por un partido sea militante del mismo, y continúe siéndolo hasta que termine su mandato. Quien quiera dejar su partido durante su mandato, deberá dejar también el Congreso.

Acaso como respuesta a su mayor fragmentación legislativa, Colombia tiene normas más restrictivas de la libertad de acción política de los congresistas que las introducidas por la reforma del Reglamento del Congreso en el Perú.

9. La alternativa que propone la sentencia en mayoría no es idónea

La sentencia en mayoría propone distinguir entre tránsfugas legítimos e ilegítimos, y restringir solo los derechos de estos últimos. Empero, las motivaciones de las personas son subjetivas. Las intenciones de las personas se revelan a través de sus acciones, pero esto ocurre *en el tiempo*.

Suele tomar mucho tiempo descubrir las verdaderas intenciones o motivaciones que tiene una persona para actuar de una manera u otra. Hay expertos en encubrir o disfrazar sus intenciones. Casualmente, algunas de ellas actúan en el ámbito de la política o la administración de justicia.

La conducta política está motivada, particularmente, por el afán de predominio y figuración personales. Víctor Andrés Belaunde decía que la voluntad de poder es el pecado inherente a la política. Por su propia naturaleza, esta voluntad de poder permanece oculta; si se revelara, desaparecería.

En consecuencia, la alternativa propuesta por la sentencia en mayoría equivale a no tener ninguna restricción para la fragmentación legislativa y el transfuguismo. Es una renuncia irresponsable al deber constitucional de apuntalar la gobernabilidad y la estabilidad democrática.

10. El análisis de constitucionalidad debe hacerse sub specie aeternitatis

Ciertamente, la coyuntura política actual es atípica. En las elecciones de 2016, un solo partido consiguió la mayoría absoluta de los asientos del Congreso. Empero, el que esta situación sea atípica no hace que la reciente reforma del Reglamento del Congreso sea inconstitucional.

En los últimos años, como reconoce la sentencia en mayoría, han existido muchos proyectos de ley con propuestas similares a las contenidas en las normas impugnadas. Fuera del Congreso, destaca la de la Asociación Civil Transparencia, idéntica a éstas. A nadie se le ocurrió, entonces, distinguir entre transfuguismo legítimo e ilegítimo.

Finalmente, cabe recordar que el artículo 200.4 de la Constitución establece que este Tribunal Constitucional puede controlar la constitucionalidad del Reglamento del Congreso, pero el artículo 94 señala que el Congreso puede normarse a sí mismo, aprobando dicho Reglamento.

La autonomía del Congreso de la República requiere una especial prudencia por parte del Tribunal Constitucional. Este solo debe tachar como inconstitucional una norma de Reglamento del Congreso que lesiona de manera indubitable una disposición constitucional. No es este el caso.

Las reglas fundamentales de organización de una sociedad deben establecerse *sub specie aeternitatis*. Hacerlo considerando solo la correlación de fuerzas políticas existente en el Congreso en una coyuntura determinada es traicionar el noble sueño de alcanzar una visión de futuro compartido.

Procedimiento irregular de emisión de la sentencia

Por demás, considero que el procedimiento de resolución del presente caso no ha respetado el carácter colegiado del Tribunal Constitucional. La mayoría ha aceptado que el magistrado Urviola Hani ratifique su voto antes de que los votos singulares sean entregados.

Se ha interpretado que la ratificación es una prerrogativa de la que puede disponer libremente un magistrado. No lo es. El trámite de ratificación es una etapa del procedimiento de emisión de una sentencia que involucra dos partes: de un

lado, los magistrados que emiten el voto singular; y, de otro, los magistrados que conforman la mayoría.

Los segundos tienen derecho a ratificar —o reconsiderar— su voto, pero teniendo a la vista los votos singulares de los primeros. Los magistrados deben interactuar colegiadamente, no actuar cada uno por su cuenta. Al resolver el Expediente 02282-2013-AA/TC, este Tribunal Constitucional señaló:

> la Ley Orgánica de la AMAG establece el carácter colegiado de su Consejo Directivo, ello significa que sus decisiones sean adoptadas previa deliberación e intercambio de ideas entre sus miembros. La posibilidad de plantear puntos de vista alternativos y de debatirlos ampliamente, ponderando las consecuencias de los diferentes cursos de acción que se pueden tomar antes de adoptar una decisión es consustancial a la idea de pluralismo y democracia.

La votación de la sentencia debió ser anulada cuando ya no podía completarse su deliberación. La votación se realizó el 29 de agosto; por tanto, los votos singulares podían ser emitidos dentro de los siete días hábiles siguientes, es decir, hasta el 8 de setiembre. Luego, en los tres días posteriores, debía efectuarse el trámite de ratificación.

Estos dos plazos fueron establecidos por acuerdos de Pleno de 14 de julio de 2015. El acuerdo 6 dice lo siguiente:

> Se acordó modificar, por unanimidad, el segundo párrafo del artículo 44º del Reglamento Normativo, a fin de que *el plazo para la emisión de fundamentos de voto o de votos singulares sea de siete (7) días hábiles* y ya no de 48 horas; y que dicho plazo se compute desde el día siguiente de la fecha de votación de la causa (que consta en la ficha de votación) (*cursivas* añadidas).

El acuerdo 7, por su parte, dice lo siguiente:

> Se acordó establecer *el plazo de tres (3) días hábiles para que un Magistrado suscriptor de una ponencia ratifique su voto, o reconsidere su posición*, cuando se expida un voto singular por parte de algún Magistrado (*cursivas* añadidas).

El magistrado Ferrero Costa asumió sus funciones en este Tribunal Constitucional el 4 de setiembre, cuando aún no se había vencido el plazo para entregar los votos singulares —y, en efecto, estos no habían sido entregados. Debió entonces anularse la votación, pues ya no podía completarse la deliberación.

El 2014 —cuando asumimos la alta responsabilidad de ser magistrados mis colegas Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y el suscrito, bajo la Presidencia de Urviola Hani—, reprogramamos 600 casos de Pleno en los que no se había completado la deliberación.

El acuerdo 3 de Pleno de 10 de julio de 2014 dice:

> En cuanto a las causas en que los magistrados cesantes hayan sido ponentes y hubiesen votado, o que se hayan sumado a una ponencia y posteriormente otros magistrados participantes hayan formulado discrepancias, variaciones de voto o votos discordantes con la ponencia, deberá dejarse sin efecto la vista de las causas, así como la votación efectuada, puesto que *los magistrados cesantes no podrán intervenir en las deliberaciones conducentes a la resolución de dichas causas* (*cursivas* añadidas).

Este acuerdo fue ratificado por el Pleno el 15 de julio de 2014, hecho público el 23 de julio de 2014 (*http://www.tc.gob.pe/tc/public/institucion/notaprensa/nota/institucion/not-ebfbbd686de10229bde4828cf75137e6*) y aplicado en resoluciones jurisdiccionales, incluso a casos que tenían ya proyectos de resolución con hasta cinco firmas.

La sentencia recaída en el Expediente 03360-2012-PA/TC dice:

> al haber cesado cuatro de los cinco magistrados intervinientes en el presente caso, *era imposible la deliberación del proyecto de resolución* entre los referidos magistrados, por lo que no cabía emitir una decisión (*cursivas* añadidas).

Así, los magistrados salientes Álvarez Miranda, Vergara Gotelli, Calle Hayen, Mesía Ramírez y Eto Cruz no realizaron ningún acto procesal luego de que expiró su mandato. Al resolverse este caso se ha variado radicalmente de criterio.

La precipitación y el apresuramiento también ha llevado a que se vote la decisión de fondo sin haber resuelto la solicitud de nulidad de la vista de la causa, presentada por la parte demandada el 28 de agosto.

Esta decisión en mayoría no es solo equivocada sino también ha sido emitida irregularmente.

Por todo lo expuesto, mi voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad en todos sus extremos.

S.
SARDÓN DE TABOADA

EXPEDIENTE 0006-2017-PI/TC
CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA
AUTO 1 – ADMISIBILIDAD

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 3 de mayo de 2017

VISTA

La demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del veinticinco por ciento del número legal de congresistas contra los artículos 22.d, 37.4 y 37.5 del Reglamento del Congreso, modificados por la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR; y,

ATENDIENDO A QUE

1. La calificación de la demanda de autos, interpuesta con fecha 25 de abril de 2017, debe basarse en los criterios de admisibilidad y procedibilidad establecidos en la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la doctrina jurisprudencial constitucional.

2. El artículo 200, inciso 4, de la Constitución establece que la demanda de inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

3. A través de la presente demanda de inconstitucionalidad se impugnan los artículos 22.d, 37.4 y 37.5 del Reglamento del Congreso, modificados por la Resolución Legislativa, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 15 de octubre de 2016, por lo que se cumple con el requisito antes mencionado.

4. Asimismo, en virtud al artículo 203, inciso 4, de la Constitución, y los artículos 98 y 102.2 del Código Procesal Constitucional, están facultados para interponer demanda de inconstitucionalidad el veinticinco por ciento del número legal de congresistas con la certificación de las firmas por el oficial mayor del Congreso. En el caso de autos, la demanda ha sido interpuesta por cuarenta y un congresis-

tas cuyas firmas se encuentran certificadas por el oficial mayor del Congreso, por lo que se cumple el requisito antes mencionado.

5. También se advierte que se ha dado cumplimiento a lo previsto en el artículo 99 del Código Procesal Constitucional, esto es, se ha nombrado como apoderado a uno de los congresistas demandantes.

6. Además, la demanda ha sido interpuesta dentro del plazo previsto por el artículo 100 del Código Procesal Constitucional, ya que la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR fue publicada en el diario oficial *El Peruano* el 15 de octubre de 2016.

7. Por otro lado, se aprecia que la pretensión de los demandantes consiste en que se declare la inconstitucionalidad por el fondo de los artículos 22.d, 37.4 y 37.5 del Reglamento del Congreso, modificados por la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR, lo cual es compatible con lo establecido en el artículo 200.4 de la Constitución y en el artículo 75 del Código Procesal Constitucional.

8. Finalmente, de lo expuesto en la demanda se aprecia que esta sí cumple con el requisito de exposición de los argumentos en los que se sustenta la pretensión de declaración de inconstitucionalidad exigido por el artículo 101.3 del Código precitado. En efecto, tales argumentos giran en torno a la vulneración de una serie de derechos y principios previstos en los artículos 2.2, 2.3, 2.13, 2.17, 2.24.d, 93 y 95 de la Constitución.

9. Habiéndose cumplido los requisitos exigidos por los artículos 99 y siguientes del Código Procesal Constitucional, debe admitirse a trámite la demanda.

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

RESUELVE

ADMITIR a trámite la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del veinticinco por ciento del número legal de congresistas de la República contra los artículos 22.d, 37.4 y 37.5 del Reglamento del Congreso, modificados por la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR; y correr traslado de la misma al Congreso de la República para que se apersone al proceso y la conteste dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la notificación de la presente resolución.

Publíquese y notifíquese.

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

EXPEDIENTE 0006-2017-PI/TC
CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA
AUTO 1 – ADMISIBILIDAD

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 8 de agosto de 2017

VISTA

Las solicitudes de fecha 26 de julio y 7 de agosto de 2017, presentadas por el señor Adrián Barrientos Vargas y el señor Alberto Núñez Herrera en representación del Frente de Lucha contra la Corrupción de la Sociedad Civil Organizada, por la cual solicitan intervenir en el presente proceso constitucional; y,

ATENDIENDO A QUE

1. Mediante auto de fecha 26 de abril de 2017, este Tribunal admitió a trámite la presente demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del veinticinco por ciento del número legal de congresistas contra los artículos 22.d, 37.4 y 37.5 del Reglamento del Congreso, modificados por la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR.

La intervención en el proceso de inconstitucionalidad

2. Este Tribunal ha establecido que en el proceso de inconstitucionalidad es posible la intervención de ciertos sujetos procesales, los cuales pueden tener la calidad de partes (litisconsorte facultativo), o bien pueden no ostentar dicha calidad, como ocurre en el caso del tercero, el partícipe y el *amicus curiae* (Auto 0003-2013-PI/TC y otros, de fecha 23 de junio de 2015).

3. Así, a través de la figura del tercero pueden intervenir aquellas entidades que agrupen a colectivos de personas cuyos derechos subjetivos pudieran resultar de relevancia en la controversia constitucional (fundamento 24 del Auto 0025-2005-PI/TC). Para que una entidad pueda ser admitida como tercero debe acreditar que cuenta con personería jurídica, que su objeto social tiene relación directa con la pretensión de la demanda y que existe un alto grado de representatividad social de la entidad (fundamento 6 del Auto 0013-2012-PI/TC).

4. Otro sujeto procesal cuya intervención ha sido admitida por el Tribunal Constitucional es el partícipe, categoría jurídica que recae sobre un poder del Estado, un órgano constitucionalmente reconocido o una entidad pública que no tiene la condición de parte, pero que, debido a las funciones que la Constitución y la ley le ha conferido, ostenta una especial cualificación en la materia objeto de interpretación constitucional. La justificación de su intervención es la de aportar una tesis interpretativa que contribuya al procedimiento interpretativo.

5. Dado que estos sujetos procesales carecen de la condición de parte, no pueden plantear nulidades o excepciones (fundamento 21 de la Sentencia 0025-2005-PI/TC y otro), ni pedidos de abstención de magistrados (fundamento 2 del Auto 0007-2007-PI/TC). En definitiva, la intervención de estos sujetos procesales no debe ocasionar el entorpecimiento del proceso y de las actuaciones procesales ordenadas por el Tribunal Constitucional en su condición de director del proceso.

Las solicitudes de intervención de los señores Adrián Barrientos Vargas y Alberto Núñez Herrera

6. Los señores Adrian Barrientos y Alberto Núñez, en representación del Frente de Lucha contra la Corrupción de la Sociedad Civil Organizada, solicitan su intervención en el presente proceso; sin embargo, no precisan, en ninguno de sus escritos, la figura concreta bajo la cual participarían.

7. Al respecto, el Tribunal aprecia que la referida entidad no se encuentra facultada para interponer demanda de inconstitucionalidad, por lo que no puede tener la calidad de litisconsorte facultativo; tampoco agrupa a colectivos de personas cuyos derechos subjetivos sean relevantes en la controversia planteada, por lo que no ostenta algún grado relevante de representatividad. Asimismo, no podría tener la calidad de partícipe, toda vez que no es un poder del Estado, un órgano constitucionalmente reconocido o una entidad pública que tenga especial cualificación en la materia otorgada por la Constitución y por ley. Finalmente, no obtendría la calidad de *amicus curiae*, toda vez que no ha propuesto aportes técnicos o científicos especializados sobre la materia objeto de la controversia constitucional que sean relevantes. Al respecto, el Tribunal también nota que, en el escrito de fecha 07 de agosto de 2017, los solicitantes no han acreditado algún conocimiento o brindado algún dato que demuestre su experiencia en relación con los aspectos controvertidos que fueron planteados en la demanda.

8. De esta manera, al no haberse satisfecho las condiciones exigidas jurisprudencialmente, este Tribunal considera que no deben admitirse las solicitudes de intervención de los señores Adrián Barrientos Vargas y Alberto Núñez Herrera, en

representación del Frente de Lucha contra la Corrupción de la Sociedad Civil Organizada, por lo que no corresponde incorporarlos en el presente proceso de inconstitucionalidad.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, sin la intervención del magistrado Urviola Hani por encontrarse con licencia, y con el voto singular del magistrado Blume Fortini que se agrega,

RESUELVE

1. Declarar **IMPROCEDENTES** las solicitudes de intervención de los señores Adrián Barrientos Vargas y Alberto Núñez Herrera, en representación del Frente de Lucha contra la Corrupción de la Sociedad Civil Organizada.

Publíquese y notifíquese.

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

EXPEDIENTE 0006-2017-PI/TC
CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA
AUTO 2 - INTERVENCIÓN

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI EN EL QUE OPINA QUE DEBE ADMITIRSE LA INTERVENCIÓN DE LOS SEÑORES ADRIÁN BARRIENTOS VARGAS Y ALBERTO NÚÑEZ HERRERA, EN REPRESENTACIÓN DEL FRENTE DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL

ORGANIZADA

Discrepo, muy respetuosamente, de la decisión contenida en la resolución de mayoría, su fecha 8 de agosto de 2017, que ha declarado improcedente la solicitud de intervención de los señores Adrián Barrientos Vargas y Alberto Núñez Herrera, en representación del Frente de Lucha contra la Corrupción de la Sociedad Civil Organizada.

Considero que ha debido admitirse la solicitud formulada, que obra en autos, por las siguientes razones:

1. El proceso de inconstitucionalidad se caracteriza por ser de carácter esencialmente público, desde que a todos los ciudadanos en ejercicio de sus derechos políticos, como titulares auténticos y primigenios de una alícuota del poder constituyente, les interesa que la Constitución Política del Estado, que es la expresión normativa del poder constituyente, sea respetada y cumplida en todas sus partes y dimensiones, por lo que cuando una norma infraconstitucional de primer rango infringe la Constitución, más allá de la materia específica de que trate, es evidente que se produce una afectación a uno de los principios fundamentales sobre los que se asienta el Estado Constitucional, cual es la primacía normativa de la Norma Suprema de la República.

2. Lo afirmado precedentemente viene respaldado por lo sostenido en su momento por el célebre maestro Hans Kelsen, artífice del control concentrado de la constitucionalidad y de los tribunales constitucionales, quien al diseñar el pro-

cedimiento de control concentrado de la constitucionalidad, refiriéndose a la titularidad para promover la acción de inconstitucionalidad, señaló: "la más fuerte garantía consistiría, ciertamente, en autorizar una actio popularis: así, el tribunal constitucional estaría obligado a proceder al examen de la regularidad de los actos sometidos a su jurisdicción, en especial las leyes y los reglamentos a solicitud de cualquier particular" (KELSEN, Hans: "La Garantía Jurisdiccional de la Constitución. La Justicia Constitucional". En Ius Et Veritas, revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año V, número 9, Lima, 1994, página 38.); y ha dado origen a que en algunos países se consagre expresamente una titularidad abierta para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, como es el caso de Colombia; país en el cual, por expreso mandato constitucional, cualquier ciudadano puede interponer demandas, apersonarse a procesos en giro o sumarse a la posición de cualquiera de las partes, bajo la premisa de que tal titularidad viene a significar una suerte de expresión jurídica de la soberanía popular.

3. En efecto, cuando está en juego la garantía de la primacía normativa de la Constitución frente a normas de rango inferior que la desnaturalizan, desbordan, desmantelan o vacían de contenido, surge el interés de todos por evitar o corregir tal despropósito, en aras de la salud y preservación del Estado Constitucional.

4. Nuestra Constitución ha ido avanzado, desde la inauguración del control concentrado de la constitucionalidad, producida en la Carta de 1979, hasta la fecha, de una posición inicialmente muy restrictiva a una posición medianamente restrictiva, como es de verse del elenco de titulares de la acción de inconstitucionalidad consagrado en el artículo 203 de la Constitución de 1993, actualmente vigente, revelando una tendencia hacia una mayor apertura de acceso al proceso de inconstitucionalidad. Es más, hace poco se ha aprobado por el Congreso de la República, en primera legislatura ordinaria, una propuesta de modificación del artículo 203 de la Constitución, que persigue otorgar legitimación activa al titular de la Corte Suprema para promover procesos de inconstitucionalidad, lo cual confirma la tendencia a la apertura de acceso a estos procesos que estoy refiriendo.

5. En esa línea, el Código Procesal Constitucional ha establecido en su artículo 106 el efecto de la admisión a trámite de la demanda de inconstitucionalidad y el impulso de oficio, preceptuando textualmente: "Admitida la demanda, y atención al interés público de la pretensión discutida, el Tribunal Constitucional impulsará el proceso de oficio con prescindencia de la actividad o interés de las partes. El proceso solo termina por sentencia.". Es decir, ha acentuado el interés

público que corresponde a la pretensión, imponiendo el impulso procesal de oficio y proscribiendo el desistimiento al reglar que el proceso solo termina con sentencia.

6. Al respecto, debe llamar nuestra atención lo establecido en el artículo 54 del mismo código adjetivo constitucional, que, si bien refiriéndose al amparo, pero revelando el espíritu del legislador, establece que "Quien tuviese interés jurídicamente relevante en el resultado de un proceso puede apersonarse solicitando ser declarado litisconsorte facultativo. Si el juez admite su incorporación ordenará se le notifique la demanda. Si el proceso estuviera en segundo grado, la solicitud será dirigida al juez superior. El litisconsorte facultativo ingresa al proceso en el estado en que éste se encuentre. La resolución que concede o deniega la intervención litisconsorcial es inimpugnable.".

7. Nótese que para el legislador la existencia de interés jurídicamente relevante habilita el apersonamiento como litisconsorte facultativo y abre la posibilidad de su incorporación como tal en el proceso de amparo; proceso que no tiene el carácter rigurosamente público que sí posee el proceso de inconstitucionalidad. Es decir, que si para un proceso en el cual se invoca la afectación de un derecho fundamental por parte de la persona afectada, si se ha previsto la figura del litisconsorte facultativo, por lógica elemental y por aplicación extensiva de dicho artículo, en el marco de los fines de los procesos constitucionales y los principios procesales que los informan, en un proceso de la envergadura y trascendencia del proceso de inconstitucionalidad, con mucha mayor razón y justificación es admisible la intervención de cualquier persona, en tanto ella es titular de una alícuota del poder constituyente.

Por estas consideraciones, voto a favor de que el Tribunal Constitucional admita la intervención de los señores Adrián Barrientos Vargas y Alberto Núñez Herrera, en representación del Frente de Lucha contra la Corrupción de la Sociedad Civil Organizada y que, en su momento, proceda a ameritar los fundamentos fácticos y jurídicos que han esgrimido.

S.
BLUME FORTINI

EXPEDIENTE 0006-2017-PI/TC
CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA
AUTO 3 - REPOSICIÓN

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 18 de Agosto de 2017

VISTOS

El escrito de fecha 14 de agosto 2017, entendido como pedido de reposición, presentado por Adrián Barrientos Vargas y Alberto Núñez Herrera, en representación del Frente de Lucha contra la Corrupción de la Sociedad Civil Organizada, contra el auto del Tribunal Constitucional de fecha 8 de agosto de 2017; y,

ATENDIENDO A QUE

1. A través del escrito de fecha 14 de agosto de 2017, los recurrentes pretenden que este Tribunal Constitucional declare procedente la intervención de ambos en el presente proceso de inconstitucionalidad.

2. El tercer párrafo del artículo 121 del Código Procesal Constitucional establece de modo expreso lo siguiente: "Contra los decretos y autos que dicte el Tribunal, sólo procede, en su caso, el recurso de reposición ante el propio Tribunal".

3. Asimismo, cabe destacar que dado que, los sujetos procesales como el tercero, el participe y el *amicus curiae* carecen de la condición de parte, carecen de facultades para plantear nulidades o excepciones (fundamento 21 de la Sentencia 0025-2005-PI/TC y otro); o pedidos de abstención de magistrados (fundamento 2 del Auto 0007-2007-PI/TC). En definitiva, la intervención de estos sujetos procesales no se equipara a las facultades que sí poseen las partes en sentido estricto.

4. En el caso de autos, este Tribunal evidencia que los recurrentes no ostentan la calidad de partes procesales, razón por la cual no pueden plantear el recurso de reposición a raíz de los criterios jurisprudenciales esbozados; por lo que su pedido debe ser declarado improcedente.

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

RESUELVE

Declarar **IMPROCEDENTE** el recurso de reposición.

Publíquese y notifíquese.

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

Sentencia 00020-2013-PI/TC

Proceso de inconstitucionalidad promovido por el presidente de la República, representado por el ministro de Transportes y Comunicaciones, contra varios artículos de la Ordenanza Municipal Nº 82-00-CMPP, de la Municipalidad Provincial de Piura, que aprobó el Reglamento del Transporte Masivo Público Regular de Personas Urbano e Interurbano.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 05 de octubre de 2017.

Fecha de publicación de la sentencia en el diario Oficial *El Peruano*:
19 de octubre de 2017.

Fecha de publicación del auto de admisibilidad en el Portal Oficial del TC:
22 de noviembre de 2013.

Fecha de publicación del auto en el Portal Oficial del TC: 15 de mayo de 2018.

Resumen: La sentencia declaró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el presidente de la República contra varios artículos de la Ordenanza Municipal 82-00-CMPP, de la Municipalidad Provincial de Piura, que aprobó el Reglamento del Transporte Masivo Público Regular de Personas Urbano e Interurbano. Estableció que cuando existan competencias compartidas entre gobierno nacional y los gobiernos locales, estos últimos deberán respetar las disposiciones dictadas por el primero sobre el fundamento de las atribuciones asignadas por la Constitución y las leyes de desarrollo constitucional.

El fallo declara la inconstitucionalidad de tres partes de la citada norma: La primera, la inconstitucional del tercer párrafo del artículo 9, en cuanto se refiere a «La antigüedad máxima de permanencia en el servicio de transporte público de tales vehículos será de un plazo máximo de hasta 10 años, contados a partir del 01 de enero del año siguiente de su fabricación». La segunda, la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 11, en cuanto se refiere a «[q]ue, corresponda a la categoría M3 y clase III, de la clasificación vehicular establecida en el RNV». Asimismo, declara inconstitu-

cional la expresión «M2», incluida en el segundo párrafo del artículo 15; y la tercera, por conexidad, el tercer párrafo de dicho artículo, en cuanto establece que «[c]on respecto a los vehículos M2, tienen que estar habilitados y dentro del Cronograma del Régimen Extraordinario de Permanencia para los Vehículos Destinados al Servicio de Transporte de Personas de Ámbito Provincial». Y cuarto, reitera la inconstitucional ideal del artículo 19 en su totalidad.

Asimismo, se desarrolla el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera y el voto singular del magistrado Ernesto Blume Fortini. este último resume su postura en el título de dicho voto, opinando que corresponde declarar infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la ordenanza en cuestión por haber sido emitida por la Municipalidad Provincial de Piura en ejercicio de sus competencias constitucionales.

El petitorio del demandante se desarrolló en tres puntos: primero, solicitó que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 9, 11, 15 y 19 de la Ordenanza Municipal 82-00-CMPP luego de que el Tribunal Constitucional precise las competencias de la Municipalidad Provincial de Piura y las que le son propias al Poder Ejecutivo en materia de transporte público de personas. Y, finalmente, solicitó que se declare que las normas regionales y locales de similar contenido carecen de efectos jurídicos por contravenir la jurisprudencia vinculante de este Tribunal.

El Tribunal desarrolló como parámetro de control de constitucionalidad, en tanto constituyen bloque de constitucionalidad, además de la Constitución, a la Ley 27783, de Bases de la Descentralización; la Ley 27181, General de Transporte y Tránsito Terrestre; la Ley 27972, Orgánica de Municipalidades; la Ley 29158, Orgánica del Poder Ejecutivo; y, la Ley 29370, de Organización y Funciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Se consideró las citadas normas porque desarrollan las competencias y los alcances relativos al servicio público de transporte de personas.

Además el TC desarrolló la distribución de competencias sobre la base de las prescripciones constitucionales bajo el siguiente alcance: el fundamento del artículo 119 de la Constitución dispone de manera general que la dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros; y «a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo». La sentencia concluye que no parece haber duda de que la competencia para regular el servicio público de transporte de personas es compartida entre el gobierno nacional y los gobiernos regionales.

Se explicó que una competencia se entiende como compartida cuando en ella «intervienen dos o más niveles de gobierno, que comparten fases sucesivas de los procesos implicados. La ley indica la función específica y responsabilidad que corresponde a

cada nivel» (artículo 13. 2 de la Ley 27783, de Bases de la Descentralización, tal como se desarrolló en el fundamento 6 de la STC 0008-2011-PI/TC). Por consiguiente, manifestó que por competencia compartida se busca encargar a dos o más niveles de Gobierno la regulación de una materia, aunque asignándose a cada uno de ellos una función constitucional específica, con la finalidad de que su ejercicio sea realizado de manera coordinado. Sobre la base del fundamento 33.b de la STC 0020-2005-PI/TC y otro, reiterado en fundamento 19 de la STC 0024-2007-PI/TC, explicó que, por ejemplo, «mientras que al Gobierno Nacional se le suele encargar la función de planificación de la política sobre un determinado sector, a los Gobiernos Regionales y Locales les corresponde la ejecución de tal política, debiendo además fiscalizar su cumplimiento».

El fundamento 39 de la sentencia desarrolló el tema de los vehículos habilitados para la prestación del servicio de transporte terrestre de personas. En dicho acápite el Tribunal sostuvo que «la proposición normativa contenida en el segundo párrafo del artículo 11 de la Ordenanza Municipal 82-00-CMPP no busca concretizar o complementar la normativa vigente en materia de transporte público de personas en la provincia de Piura», sino más bien «lo que busca es exigir únicamente el uso de vehículos de la Categoría M3 Clase III para el servicio de transporte público», hecho que se constituye «manifiestamente contrario al marco normativo competencial conformado por los artículos 16.a y 23.d de la Ley 27181, General de Transporte y Tránsito Terrestre, así como el artículo 20.4.1 del Reglamento Nacional de Administración de Transporte, que permite el uso de vehículos de la Categoría M3 Clases I, II o III para la prestación del servicio de transporte de personas».

En el fundamento 47 de la sentencia se desarrolló el tema de sustitución vehicular. El Tribunal advirtió que «la ordenanza municipal impugnada que autoriza la sustitución para la prestación del servicio de transporte público de personas a vehículos de la Categoría M2 en rutas donde no existan transportistas de la categoría M3 carece de la debida sustentación técnica que la respalde» y, por consiguiente, «resulta contraria a la Constitución y al marco normativo competencial derivado del respectivo bloque de constitucionalidad». En consecuencia, respecto de este punto, el Tribunal entendió que «el artículo 15 de la Ordenanza Municipal 82-00-CMPP no complementa o adecúa la normativa vigente sobre el servicio de transporte de personas en armonía con las políticas y los planes nacionales y locales de desarrollo como exige el artículo 195 de la Constitución, sino que regula la materia invadiendo las competencias del Poder Ejecutivo».

Por último, en base a dicha argumentación jurídica el Tribunal consideró en el fundamento 54 de dicha sentencia que «la Municipalidad de Piura no ha cumplido con

lo establecido en el mencionado marco normativo competencial conformado por los artículos 16.a y 23.d de la Ley 27181, General de Transporte y Tránsito Terrestre, así como por la Vigésima Sétima Disposición Complementaria Transitoria *in fine* del Reglamento Nacional de Administración de Transporte.» Por consiguiente, consideró que «el artículo 19 de la ordenanza impugnada también es inconstitucional y, por tanto, la demanda también debe ser declarada fundada en este extremo».

Temas claves: Competencia administrativa — regionalización — transporte público — descentralización.

PLENO JURISDICCIONAL
EXP. N.º 00020-2013-PI/TC
CASO REGLAMENTO DE TRANSPORTE DE PIURA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

24 de enero de 2017

Caso Reglamento de Transporte de Piura

Presidente de la República c. Municipalidad Provincial de Piura

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 9, 11, 15 y 19 de la Ordenanza Municipal 82-00-CMPP, que aprueba el Reglamento del transporte masivo público regular de personas urbano e interurbano en la provincia de Piura

Magistrados firmantes:

SS.
MIRANDA CANALES
LEDESMA NARVÁEZ
URVIOLA HANI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES 3

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL 3

B. DEBATE CONSTITUCIONAL 3

B.1. Demanda 4

B.2. Contestación de la demanda 5

II. FUNDAMENTOS 6

§ 1. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE NORMAS DEROGADAS 6

§ 2. ANÁLISIS DE LAS COMPETENCIAS EN EL PROCESO ABSTRACTO DE INCONSTITUCIONALIDAD 7

§ 2.1. El bloque de constitucionalidad 7

§ 2.2. La distribución de competencias 8

§ 2.3. La naturaleza de las competencias reconocidas 8

§ 2.4. Las competencias normativas compartidas en materia de transporte de personas 9

§ 3. EL EJERCICIO DE LAS FACULTADES NORMATIVAS POR PARTE DE LA MUNICIPALIDAD DE PIURA 11

§ 3.1. Plazo máximo de permanencia vehicular 12

§ 3.2. Vehículos habilitados para la prestación del servicio de transporte terrestre de personas 13

§ 3.3. Sustitución vehicular 15

§ 3.4. Régimen extraordinario de permanencia de vehículos destinados al servicio de transporte de personas 17

§ 4. EFECTOS DE LA SENTENCIA 19

III. FALLO 19

EXP. N.º 00020-2013-PI/TC
CASO REGLAMENTO DE TRANSPORTE DE PIURA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 24 días del mes de enero de 2017, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Miranda Canales, presidente; Ledesma Narváez, vicepresidenta; Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia con el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera y el voto singular del magistrado Blume Fortini que se agregan.

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio Constitucional

Con fecha 7 de agosto de 2013, el Presidente de la República, representado por el Ministro de Transportes y Comunicaciones, quien actúa a través del Procurador Público Especializado en Materia Constitucional, interpone demanda de inconstitucionalidad contra diversos artículos de la Ordenanza Municipal 82-00-CMPP, emitida por la Municipalidad Provincial de Piura, que aprueba el Reglamento del servicio de transporte masivo público regular de personas urbano e interurbano en la provincia de Piura, publicada en el diario La República el 21 de octubre de 2011. Alega la violación de los artículos 119 y 195.8 de la Constitución, así como del respectivo bloque de constitucionalidad que los desarrolla, por lo que plantea el siguiente petitorio:

- Se declare la inconstitucionalidad de los artículos 9, 11, 15 y 19 de la Ordenanza Municipal 82-00-CMPP.
- Que el Tribunal Constitucional precise las competencias de la Municipalidad Provincial de Piura y las que le son propias al Poder Ejecutivo en materia de transporte público de personas,
- Se declare que las normas regionales y locales de similar contenido carecen de efectos jurídicos por contravenir la jurisprudencia vinculante de este Tribunal.

En defensa de la constitucionalidad de la ordenanza objetada, con fecha 7 de enero de 2014, la Municipalidad Provincial de Piura, quien actúa a través de su Procurador Público Municipal, ha contestado la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, y solicita que se la declare infundada.

B. Debate Constitucional

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

B.1. Demanda

La demanda se sustenta en los siguientes argumentos:

- A pesar de que la regulación del servicio de transporte público de personas es una competencia compartida entre el gobierno nacional y los gobiernos locales, las disposiciones normativas impugnadas han afectado la competencia del Ministerio de Transportes y Comunicaciones en dicha materia, contraviniendo la Constitución, así como el respectivo bloque de constitucionalidad que los desarrolla, puesto que el ejercicio de facultades por parte de la Municipalidad Provincial de Piura debe realizarse sin contradecir las políticas y normas de alcance nacional.

- En primer lugar, el artículo 9 *in fine* de la ordenanza impugnada establece que la antigüedad máxima de permanencia en el servicio de transporte público será hasta un plazo máximo de 10 años, lo cual contradice manifiestamente al plazo máximo de 15 años establecido en el artículo 25.1.2 del Decreto Supremo 017-2009-MTC, Reglamento Nacional de Administración de Transporte.

- En segundo lugar, el artículo 11 de la ordenanza municipal objetada establece que la autorización para la prestación del servicio de transporte público se encuentra condicionada a que los vehículos pertenezcan a la categoría M3, clase III; lo cual contraviene los artículos 20.4 y 20.4.1 del mencionado Reglamento Nacional de Administración de Transporte que permite la prestación del servicio a todo vehículo perteneciente a la categoría M3, clases I, II o III, de cinco o más toneladas.

- En tercer lugar, el artículo 15 de la ordenanza cuestionada establece que el vehículo sustitutorio debe pertenecer a las categorías M2 y M3, lo cual resulta contrario a lo establecido en los artículos 20.4.1 y 20.4.2 del citado reglamento, el cual autoriza la prestación del servicio de transporte público a los vehículos que se encuentren en la categoría M3, clases I, II, y III.

- En cuarto lugar, el artículo 19 de la ordenanza impugnada que fija el cronograma del régimen extraordinario de permanencia vehicular no respeta el procedimiento que establece la Vigésima Sétima Disposición Complementaria Transitoria del referido reglamento, puesto que dicho régimen extraordinario debe ser determinado mediante resolución ministerial del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en coordinación con la municipalidad emplazada.
- Finalmente, el demandante reitera que las disposiciones impugnadas vulneran los principios de cooperación y lealtad regional, taxatividad y cláusula de residualidad, y distribución de competencias, por lo que debería precisarse las competencias de la entidad demandada y las que son propias del Poder Ejecutivo, y declararse que las normas regionales y locales de similar contenido carecen de efectos jurídicos por contravenir la jurisprudencia vinculante de este Tribunal.

B.2. Contestación de la demanda

La Municipalidad Provincial de Piura contesta la demanda sustentándola en los siguientes argumentos:

- La Ordenanza Municipal 82-00-CMPP objetada ha sido emitida en ejercicio de la competencia exclusiva que los artículos 194, 195.5 y 195.8 de la Constitución y su bloque de constitucionalidad le reconocen a los gobiernos locales para normar, regular y controlar el servicio público de transporte terrestre urbano e interurbano de su jurisdicción.
- Con relación al plazo máximo de permanencia en el servicio de transporte público, de la propia redacción de los artículos 25.1 y 25.2 del Decreto Supremo 017-2009-MTC, Reglamento Nacional de Administración de Transporte se advierte un plazo máximo, el cual podría ser válidamente reducido, mas no ampliado.
- Respecto a las categorías y clases de vehículos requeridos para la prestación del servicio la exigencia que pertenezcan a la categoría M3, clase III, no supone un exceso de competencias, toda vez que resulta conforme a la finalidad establecida en el artículo 7.3 de la Ley 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre (eficiencia en la prestación del servicio). Agrega que el artículo 20.4 del citado reglamento solo es imperativo respecto a la categoría del vehículo, no en cuanto a la clase del mismo.
- Sobre la sustitución vehicular, refiere que el hecho de que no se haya emitido una ordenanza autoritativa para que los vehículos M2 presten el servicio de transporte público no implica una afectación a las competencias del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

- En cuanto al cronograma del régimen extraordinario de permanencia vehicular, considera que la disposición impugnada ha tenido en cuenta lo establecido en el mencionado reglamento, así como lo dispuesto en la Resolución Ministerial 634-2011-MTC/02 para la región Piura.
- Por último, sostiene que de conformidad con el deber estatal de promoción del bienestar general (artículo 44 de la Constitución), al gobierno nacional también le asiste el principio de cooperación y lealtad con los gobiernos locales, por lo que las disposiciones impugnadas superan el *test* de competencia al beneficiar a los usuarios del transporte público.

II. FUNDAMENTOS

§ 1. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE NORMAS DEROGADAS

1. Mediante la demanda de autos se pretende la declaración de inconstitucionalidad de cuatro artículos de la Ordenanza 82-00-CMPP, de fecha 12 de octubre de 2011, la cual aprueba el Reglamento del servicio de transporte masivo público regular de personas urbano e interurbano en la provincia de Piura, por cuanto se han afectado las competencias que la Constitución y las leyes respectivas le confieren al Poder Ejecutivo, concretamente, al Ministerio de Transportes y Comunicaciones en materia de transporte público de personas.

2. Con posterioridad a la presentación de la demanda, la Municipalidad Provincial de Piura ha emitido la Ordenanza 82-01-CMPP de fecha 23 de junio de 2014, la misma que modifica diversos artículos de la Ordenanza 82-00-CMPP impugnada, entre ellos, los artículos 9, 11 y 15 de dicha Ordenanza. Asimismo deroga el artículo 19 de la misma.

3. De manera tal que tras la aprobación de la nueva Ordenanza los artículos impugnados 9, 11, 15 y 19 de la Ordenanza 82-00-CMPP ya no se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico, por lo que, *prima facie*, habría mérito para declarar la improcedencia de la demanda, al haber operado la sustracción de la materia en virtud del artículo 104.3 del Código Procesal Constitucional.

4. Sin embargo, este Tribunal ha establecido la posibilidad de efectuar el control de validez constitucional de las leyes derogadas cuando la norma continúe desplegando sus efectos (fundamento 2 de la STC 0004-2004-AI/TC y otros).

5. En el presente caso, aún cuando los artículos 9, 11 y 15 de la Ordenanza 82-00-CMPP hayan sido modificados por la Ordenanza 82-01-CMPP, y el 19 haya

sido derogado, este Tribunal Constitucional advierte que las licencias otorgadas al amparo de la primera perviven aún luego de su modificatoria, tal como surge de lo manifestado por las empresas de transportes que presentaron el escrito de fecha 1 de octubre de 2015.

6. Estando a lo expuesto, se hace necesario que la sentencia de inconstitucionalidad que se emita alcance a los efectos que las disposiciones impugnadas de la Ordenanza 82-00-CMPP hayan podido cumplir en el pasado.

§ 2. ANÁLISIS DE LAS COMPETENCIAS EN EL PROCESO ABSTRACTO DE INCONSTITUCIONALIDAD

7. Este Tribunal Constitucional tiene establecido en reiterada jurisprudencia que, si bien desde una perspectiva estrictamente formal la demandante en este proceso apela a los presupuestos del proceso de inconstitucionalidad, no se puede omitir el hecho de que, desde la perspectiva material, se trata de un conflicto de competencias de naturaleza positiva, en virtud del cual tanto el demandante como el demandado reclaman para sí una competencia específica.

8. En el caso de autos, corresponde a este Tribunal Constitucional determinar si existe violación o no de los límites de la actuación competencial de la Municipalidad Provincial de Piura y luego explicar cuáles serían las consecuencias de una posible declaratoria de inconstitucionalidad de la norma con rango de ley que se ha impugnado.

9. Con relación a la competencia en materia de transporte público de personas, a partir de los argumentos expuestos por las partes, este Tribunal advierte que no existe controversia respecto a la facultad que tendrían los gobiernos locales para desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de transporte terrestre de personas, cuestionándose únicamente los alcances de esta competencia, a fin de determinar si con los artículos 9, 11, 15 y 19 de la Ordenanza 82-00-CMPP, la entidad municipal transgredió el respectivo bloque de constitucionalidad que regula el ejercicio de sus competencias en esta materia.

§ 2.1. El bloque de constitucionalidad

10. Este Tribunal tiene establecido que el parámetro de control de constitucionalidad puede, en ocasiones, comprender "a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (v.g. la ley autoritativa en relación con el decreto legislativo). En tales casos, estas fuentes asumen la condición de `*normas sobre la producción jurídica*´, en un doble sentido; por un

lado, como `*normas sobre la forma de la producción jurídica´*, esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como `*normas sobre el contenido de la normación´*, es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido" (fundamento 5 de la STC 0013-2003-CC/TC).

11. Las normas del bloque de constitucionalidad "… son aquellas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de éstos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos" (fundamento 10.5 de la STC 0013-2003-CC/TC).

12. En el caso de autos, dado el objeto de la controversia constitucional, este Tribunal tomará como parámetro de control de constitucionalidad, en tanto constituyen bloque de constitucionalidad, además de la Constitución, a la Ley 27783, de Bases de la Descentralización; la Ley 27181, General de Transporte y Tránsito Terrestre; la Ley 27972, Orgánica de Municipalidades; la Ley 29158, Orgánica del Poder Ejecutivo; y, la Ley 29370, de Organización y Funciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en la medida que desarrollan las competencias y los alcances relativos al servicio público de transporte de personas.

§ 2.2. La distribución de competencias

13. El artículo 119 de la Constitución dispone de manera general que "La dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros; y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo". Conjuntamente con las competencias del Poder Ejecutivo, el artículo 195.8 de la Constitución reconoce a los gobiernos locales su capacidad para promover "el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo", por lo que son competentes para: "desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de (…) transporte colectivo, circulación y tránsito, (…), conforme a ley".

14. De modo similar, y en términos generales, el artículo 26.1.j de la Ley 27783, de Bases de la Descentralización reconoce como competencia del gobierno nacional la regulación de los servicios públicos de su responsabilidad, mientras que el artículo 42.c de la misma ley reconoce que las municipalidades cuentan con competencia para administrar y reglamentar los servicios públicos locales destinados a satisfacer necesidades colectivas de carácter local. De modo tal que

tanto el gobierno nacional como los locales son competentes para regular la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, y es la Ley de Bases de la Descentralización la que establece la condición de exclusiva o compartida de una competencia (artículo 73 de la Ley 27972, Orgánica de Municipalidades).

§ 2.3. La naturaleza de las competencias reconocidas

15. A fin de desarrollar los artículos 119 y 195.8 de la Constitución, y centrando el análisis en la ordenanza municipal sujeta a control de constitucionalidad, referida al transporte regular de personas, este Tribunal Constitucional juzga que las diversas disposiciones normativas, pertenecientes al respectivo bloque de constitucionalidad, concretizan la naturaleza de la competencia asignada a cada nivel de Gobierno en el país, de la siguiente manera:

- El artículo 43.g de la Ley 27783, de Bases de la Descentralización reconoce que la competencia en materia de transporte colectivo, circulación y tránsito urbano es compartida entre el gobierno nacional y los gobiernos locales.
- Por su parte, el artículo 4 de la Ley 29370, de Organización y Funciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones establece que la competencia en materia de servicios de transporte de alcance regional y local, circulación y tránsito terrestre es compartida con los gobiernos regionales y locales.
- Finalmente, el artículo 81.1.2 de la Ley 27972, Orgánica de Municipalidades, dentro de la competencia compartida aludida establece que las municipalidades provinciales tienen como función específica exclusiva "Normar y regular el servicio público de transporte terrestre urbano e interurbano de su jurisdicción, de conformidad con las leyes y reglamentos nacionales sobre la materia".

16. Así las cosas, no parece haber duda de que la competencia para regular el servicio público de transporte de personas es de naturaleza compartida entre el gobierno nacional y los gobiernos regionales.

17. Una competencia es compartida cuando en ella "intervienen dos o más niveles de gobierno, que comparten fases sucesivas de los procesos implicados. La ley indica la función específica y responsabilidad que corresponde a cada nivel" (artículo 13.2 de la Ley 27783, de Bases de la Descentralización, desarrollado en el fundamento 6 de la STC 0008-2011-PI/TC). Se trata de encargar a dos o más niveles de Gobierno la regulación de una materia, pero asignándose a cada uno de ellos una función constitucional específica, a fin de que su ejercicio sea realizado de manera coordinada. Por ejemplo, mientras que al gobierno nacional se le suele

encargar la función de planificación de la política sobre un determinado sector, a los gobiernos regionales o locales les corresponde la ejecución de tal política, debiendo además fiscalizar su cumplimiento (fundamento 33.b de la STC 0020-2005-PI/TC y otro, reiterado en fundamento 19 de la STC 0024-2007-PI/TC).

§ 2.4. Las competencias normativas compartidas en materia de transporte de personas

18. En este apartado, se hace necesario determinar qué competencias normativas de naturaleza compartida les han sido reconocidas tanto al gobierno nacional como a los gobiernos locales en materia de transporte colectivo, circulación y tránsito, a fin de establecer si la ordenanza municipal impugnada menoscaba o no las competencias del gobierno nacional, representado, en este caso, por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

19. A tal efecto, resulta indispensable tomar en cuenta lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 27181, General de Transporte y Tránsito Terrestre que define la competencia normativa como aquella "potestad de dictar los reglamentos que rigen en los distintos niveles de la organización administrativa nacional", precisando que los de carácter general que "rigen en todo el territorio de la República y que son de observancia obligatoria por todas las entidades y personas de los sectores público y privado, incluyendo a las autoridades del Poder Ejecutivo, sus distintas entidades y los gobiernos regionales o locales, serán de competencia exclusiva del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción". Sobre esta base, y según se desprende del mismo artículo, a los gobiernos locales sólo les corresponde emitir "las normas complementarias para la aplicación de los reglamentos nacionales dentro de su respectivo ámbito territorial y de sus competencias, sin transgredir ni desnaturalizar la presente Ley ni los reglamentos nacionales".

20. Por otro lado, el artículo 16 de la referida Ley 27181 establece que "El Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción es el órgano rector a nivel nacional en materia de transporte y tránsito terrestre", y entre sus diversas competencias normativas está la de "a) Dictar los Reglamentos Nacionales establecidos en la presente Ley, así como aquellos que sean necesarios para el desarrollo del transporte y el ordenamiento del tránsito". De igual modo, su artículo 17.1 establece que entre las competencias normativas de las Municipalidades Provinciales, en su respectiva jurisdicción, y de conformidad con las leyes y los reglamentos nacionales está la de "a) Emitir normas y disposiciones, así como realizar los actos necesarios para la aplicación de los reglamentos nacionales dentro de su respectivo ámbito territorial".

21. Asimismo, el artículo 23 de la citada Ley 27181 establece que los reglamentos nacionales necesarios para la implementación de la presente Ley serán aprobados por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción y rigen en todo el territorio nacional de la República, entre ellos, el "d) Reglamento Nacional de Administración de Transporte. (…) Contiene también las disposiciones generales que clasifican las distintas modalidades del servicio de transporte de personas y mercancías, así como los requisitos técnicos de idoneidad: características de la flota, infraestructura de la empresa y su organización, así como las condiciones de calidad y seguridad de cada una de ellas. Establece las infracciones y sanciones en la prestación del servicio de transporte". 22. Por último, el artículo 81.1.2 de la Ley 27972, Orgánica de Municipalidades establece que las municipalidades, en materia de tránsito, vialidad y transporte público, están facultadas para "Normar y regular el servicio público de transporte terrestre urbano e interurbano de su jurisdicción, de conformidad con las leyes y reglamentos nacionales sobre la materia". Esta definición resulta acorde con las relaciones de coordinación, cooperación y apoyo mutuo, que, en forma permanente y continua, deben mantener el gobierno nacional y los gobiernos locales dentro del ejercicio de su autonomía y competencias propias (artículo 49.1 de la Ley 27783, de Bases de la Descentralización, en concordancia con el artículo 123 de la Ley 27972, Orgánica de Municipalidades).

23. Precisamente en uso de las mencionadas competencias normativas de carácter general y de observancia obligatoria para todas las entidades y personas de los sectores público y privado –incluyendo a los gobiernos locales–, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones ha emitido el Decreto Supremo 017-2009-MTC, Reglamento Nacional de Administración de Transporte en el que establece algunas especificaciones técnicas sobre el servicio de transporte terrestre de personas y mercancías. Por ende, a fin de determinar si las disposiciones objetadas de la ordenanza municipal en cuestión son inconstitucionales por configurar un *exceso* normativo, se hace necesario verificar si la misma constituye solo una normativa complementaria para la aplicación del Reglamento Nacional de Administración de Transporte, o si, por el contrario, transgrede o desnaturaliza el marco normativo competencial antes mencionado.

§ 3. EL EJERCICIO DE LAS FACULTADES NORMATIVAS POR PARTE DE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE PIURA

24. El marco normativo competencial derivado del bloque de constitucionalidad en materia de transporte de personas establece que los gobiernos locales son competentes para regular los diversos servicios públicos de su responsabilidad, entre

ellos el transporte de personas pero como ya se pusiera de relieve dicha competencia debe desenvolverse conforme a la ley y a los reglamentos nacionales.

25. Se trata entonces de una competencia compartida, donde el Ministerio de Transportes y Comunicaciones es el órgano rector en materia de transporte y tránsito terrestre a nivel nacional con potestad para dictar o emitir los reglamentos que rigen en los distintos niveles de la administración nacional como es el Reglamento Nacional de Administración de Transporte; y que la regulación complementaria que realicen los gobiernos locales sobre el servicio público de transporte terrestre debe ser coherente con dicho marco.

26. Entonces, en el caso de autos, corresponde examinar si los artículos 9, 11, 15 y 19 de la Ordenanza 82-00-CMPP de fecha 12 de octubre de 2011 que aprueba el Reglamento del servicio de transporte masivo público regular de personas urbano e interurbano en la provincia de Piura, expedida por la Municipalidad Provincial de Piura, ha afectado o no las competencias que el bloque de constitucionalidad le confieren al Gobierno Nacional, y concretamente al Ministerio de Transportes y Comunicaciones en materia de transporte público de personas.

§ 3.1. Plazo máximo de permanencia vehicular

27. Se denuncia la inconstitucionalidad de un extremo del artículo 9 de la ordenanza impugnada, cuyo texto original establecía lo siguiente:

> "La antigüedad máxima de permanencia en el servicio de transporte público de tales vehículos será de un plazo máximo de hasta 10 años, contados a partir del 01 de enero del año siguiente de su fabricación".

28. La parte demandante sostiene que la disposición impugnada contraviene el plazo de hasta quince años establecido en el artículo 25.1.2 del Reglamento Nacional de Administración de Transporte. Por su parte, la Municipalidad demandada sostiene que de la propia redacción del precitado artículo 25.1.2 sólo se advertiría un plazo máximo, el cual podría ser válidamente reducido, mas no ampliado.

29. Teniendo en cuenta que la finalidad de la regulación en materia de transporte de personas, circulación y tránsito terrestre consiste en el establecimiento de reglas claras, estables y uniformes en la actividad del transporte (artículo 9 de la Ley 27181, General de Transporte y Tránsito Terrestre), de carácter técnico, legal y operacional, en los ámbitos nacional, regional y provincial, que deben cumplir los operadores prestadores del servicio para su acceso y permanencia en el mercado, este Tribunal Constitucional considera que el límite temporal máximo

establecido no faculta implícitamente a los gobiernos locales a regular la materia por debajo del plazo allí previsto.

30. Por otro lado, si bien los gobiernos locales están facultados para normar y regular el servicio público de transporte terrestre urbano e interurbano de su jurisdicción, de conformidad con las leyes y reglamentos nacionales (artículo 81.1.2 de la Ley 27972, Orgánica de Municipalidades), también lo es, que dicha potestad normativa, dentro de su respectivo ámbito territorial, debe ser ejercida sin transgredir ni desnaturalizar la ley y los reglamentos nacionales (artículo 11.2 de la Ley 27181, General de Transporte y Tránsito Terrestre). O lo que es lo mismo, dicha potestad debe ser ejercida en el marco de sus competencias proscribiéndose la posibilidad de que se emitan normas que contravengan o desnaturalicen la ley y los reglamentos nacionales en esta materia.

31. En ese sentido, este Tribunal entiende que la proposición normativa contenida en el artículo 9 *in fine* de la Ordenanza Municipal 82-00-CMPP no busca concretizar o complementar la normativa vigente en materia de transporte público de personas en la provincia de Piura, sino que bien entendidas las cosas, lo que busca es establecer un nuevo plazo máximo de diez años de antigüedad del vehículo en el servicio de transporte público, lo cual resulta manifiestamente contrario al marco normativo competencial conformado por los artículos 16.a y 23.d de la Ley 27181, General de Transporte y Tránsito Terrestre, así como el artículo 25.1.2 del Reglamento Nacional de Administración de Transporte, que establecen un plazo máximo de quince años de antigüedad para la permanencia de vehículos en la prestación del servicio de transporte de personas.

32. Por las razones expuestas, este Tribunal Constitucional concluye que el artículo 9 *in fine* de la Ordenanza Municipal 82-00-CMPP deviene en inconstitucional y, por lo tanto, la demanda debe ser declarada fundada en este extremo.

§ 3.2. Vehículos habilitados para la prestación del servicio de transporte terrestre de personas

33. También ha sido objeto de cuestionamiento el segundo párrafo del artículo 11 de la Ordenanza Municipal 82-00-CMPP, cuyo texto original establecía lo siguiente:

> "Que, corresponda a la categoría M3 y clase III, de la clasificación vehicular establecida en el RNV".

34. El demandante sostiene que esta disposición normativa deviene en inconstitucional, puesto que sólo autoriza para la prestación del servicio de transporte de personas a vehículos que pertenecen a la categoría M3 clase III, pese a que el artículo

20.4.1 del Reglamento Nacional de Administración de Transporte permite la prestación del servicio a todo vehículo perteneciente a la categoría M3 clases I, II o III, de cinco o más toneladas. Por su parte, la Municipalidad demandada sostiene que la exigencia de la categoría M3 clase III no excede sus competencias, toda vez que resulta conforme con la finalidad de eficiencia en la prestación del servicio prevista en el artículo 7.3 de la Ley 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre. Además, afirma que el artículo 20.4.1 del referido reglamento sólo es imperativo respecto a la categoría del vehículo, pero no en cuanto a su clase.

35. El artículo 20.4.1 del Reglamento Nacional de Administración de Transporte, modificado por el Decreto Supremo 006-2010-MTC, publicado el 22 de enero de 2010, establece que son condiciones específicas mínimas exigibles a los vehículos destinados al servicio de transporte público de personas de ámbito provincial: "Que correspondan a la Categoría M3 Clases I, II o III de cinco o más toneladas, de la clasificación vehicular establecida en el RNV". De la disposición antes mencionada se desprende que el transporte público de personas para satisfacer las necesidades colectivas de viaje en el ámbito provincial debe ser realizado con vehículos que correspondan a la Categoría M3 Clases I, II ó III de cinco o más toneladas, y no exclusivamente en los de Categoría M3 Clase III.

36. Según el Reglamento Nacional de Vehículos (Decreto Supremo 058-2003-MTC) y la Clasificación Vehicular y Estandarización de Características Registrables Vehiculares (Resolución Directoral 4848-2006-MTC-15) un vehículo automotor de la Categoría M3 es aquel que tiene más de ocho asientos, sin contar el asiento del conductor y peso bruto vehicular de más de 5 toneladas. A su vez, la Clase I está referida a vehículos construidos con áreas para pasajeros de pie permitiendo el desplazamiento frecuente de éstos, la Clase II está referida a vehículos construidos principalmente para el transporte de pasajeros sentados y también diseñados para permitir el transporte de pasajeros de pie en el pasadizo y/o en un área que no excede el espacio provisto para dos asientos dobles; y la Clase III está referida a vehículos construidos exclusivamente para el transporte de pasajeros sentados.

37. En mérito a lo expuesto, la vinculatoriedad de las 'condiciones específicas mínimas exigibles' a que alude el referido marco normativo competencial alcanza no solo a las categorías de los vehículos sino que también se extiende a sus clases, lo cual, por obvio que parezca, debe ser estrictamente observado por los gobiernos locales al momento de desarrollar o complementar el programa normativo en materia de transportes público de persona, puesto que, como se ha dicho supra la regulación complementaria que realicen los gobiernos locales sobre el servicio

de transporte terrestre debe ser coherente con la ley y los reglamentos nacionales, lo que significa que dicha regulación no puede contradecir ni desnaturalizar lo establecido en la ley y los reglamentos nacionales.

38. Dicho en otros términos, los gobiernos locales al regular el transporte público de personas en el ámbito de su jurisdicción no pueden establecer requisitos contrarios a los previstos o exigir el cumplimiento exclusivo de solo alguno de ellos, como por ejemplo, exigir únicamente el uso de vehículos M3 Clase III construidos exclusivamente para el transporte de pasajeros sentados.

39. En ese sentido, este Tribunal entiende que la proposición normativa contenida en el segundo párrafo del artículo 11 de la Ordenanza Municipal 82-00-CMPP no busca concretizar o complementar la normativa vigente en materia de transporte público de personas en la provincia de Piura, sino que bien entendidas las cosas lo que busca es exigir únicamente el uso de vehículos de la Categoría M3 Clase III para el servicio de transporte público, lo cual resulta manifiestamente contrario al marco normativo competencial conformado por los artículos 16.a y 23.d de la Ley 27181, General de Transporte y Tránsito Terrestre, así como el artículo 20.4.1 del Reglamento Nacional de Administración de Transporte, que permite el uso de vehículos de la Categoría M3 Clases I, II o III para la prestación del servicio de transporte de personas.

40. Por las razones expuestas, este Tribunal Constitucional concluye que el segundo párrafo del artículo 11 de la Ordenanza Municipal 82-00-CMPP deviene en inconstitucional y, por lo tanto, la demanda debe ser declarada fundada en este extremo.

§ 3.3. Sustitución vehicular

41. De otro lado, ha sido impugnado el artículo 15 de la Ordenanza Municipal 82-00-CMPP, el cual establecía que:

> "La autoridad competente, deberá atender la sustitución vehicular de las empresas de transporte, verificando la tarjeta de propiedad o de identificación vehicular, de tal forma que el vehículo que se va a sustituir debe ser de menor antigüedad que el sustituido y estar dentro del plazo de permanencia para prestar el servicio establecido en el régimen extraordinario de permanencia, debiendo además el solicitante sustentar el motivo de la sustitución.
>
> El vehículo deberá estar a nombre del solicitante o en su defecto adjuntar el contrato de arrendamiento financiero, operativo, contrato de fidei-

comiso, o que acredite la propiedad de los vehículos por parte de una entidad supervisada por la SBS. Se señalará además la Notaría en que la misma fue extendida y el plazo de duración del contrato y la revisión técnica correspondiente, debiendo ser de clasificación vehicular M2 y M3, correspondiente a la modalidad del servicio de transporte masivo público de personas. Tratándose de vehículos nuevos o hasta de 03 años de antigüedad podrán acceder directamente al servicio siempre y cuando sean de categoría M3, cumplan con lo establecido en el Artículo 17º de la presente norma y los derechos de pago por este concepto.

Con respecto a los vehículos M2, tienen que estar habilitados y dentro del Cronograma del Régimen Extraordinario de Permanencia para los Vehículos Destinados al Servicio de Transporte de Personas de Ámbito Provincial".

42. El demandante considera que la ordenanza impugnada, al disponer que el vehículo sustitutorio debe pertenecer a las clasificaciones M2 y M3, contraviene los artículos 20.4.1 y 20.4.2 del Reglamento Nacional de Administración de Transporte, el cual restringe la prestación de este servicio a los vehículos que se encuentren en la categoría M3 Clases I, II, y III. Por su parte, la Municipalidad demandada sostiene que el hecho de no haber emitido una ordenanza autoritativa para que los vehículos M2 presten el servicio de transporte no implica una afectación a las competencias del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

43. Si bien el artículo 20.4.1 del Reglamento Nacional de Administración de Transporte exige que los vehículos destinados al servicio de transporte público de personas en el ámbito provincial deben corresponder a la Categoría M3 Clases I, II ó III de cinco o más toneladas, también lo es que el artículo 20.4.2 del mismo cuerpo normativo establece que el gobierno municipal provincial atendiendo a las características propias de su realidad, dentro del ámbito de su jurisdicción, puede mediante ordenanza provincial debidamente sustentada autorizar la prestación del servicio regular de transporte de personas en vehículos de las categorías M2 en rutas en las que no exista transportistas autorizados que presten servicios con vehículos habilitados de la categoría señalada en el numeral anterior.

44. Los gobiernos locales solo pueden hacer uso de esta potestad si cumplen con justificar, mediante ordenanza, que las circunstancias particulares del transporte en la jurisdicción así lo ameritan, y siempre que en las rutas que se aprueben no existan vehículos habilitados de conformidad con lo exigido en el artículo 20.4.1.

45. La ordenanza a la que se refiere el artículo 20.4.2 del Reglamento Nacional de Administración de Transporte debe estar sustentada en informes técnicos que den cuenta de manera expresa y detallada de los problemas y necesidades de transporte en la jurisdicción, de modo que la aplicación de la excepción prevista en el mencionado Reglamento Nacional se encuentre justificada, y sea razonable.

46. Sobre esta base, el Tribunal Constitucional entiende que la expresión `Ordenanza Provincial debidamente sustentada´, contenida en el referido artículo 20.4.2 implica que los argumentos derivados del informe técnico se incorporen de manera expresa y resumida en la parte normativa de la ordenanza municipal. De lo contrario se habrá generado un vicio de inconstitucionalidad en la producción de esta norma de rango legal.

47. En el caso de autos, se advierte que la ordenanza municipal impugnada que autoriza la sustitución para la prestación del servicio de transporte público de personas a vehículos de la Categoría M2 en rutas donde no existan transportistas de la categoría M3 carece de la debida sustentación técnica que la respalde, y por ende, resulta contraria a la Constitución y al marco normativo competencial derivado del respectivo bloque de constitucionalidad. Este órgano de control de la Constitución entiende que el artículo 15 de la Ordenanza Municipal 82-00-CMPP no complementa o adecúa la normativa vigente sobre el servicio de transporte de personas en armonía con las políticas y los planes nacionales y locales de desarrollo como exige el artículo 195 de la Constitución, sino que regula la materia invadiendo las competencias del Poder Ejecutivo.

48. Por las consideraciones expuestas, este Tribunal Constitucional considera que la expresión "M2" del artículo 15 de la Ordenanza Municipal 82-00-CMPP resulta contraria al marco normativo competencial mencionado y por lo tanto resulta inconstitucional. Asimismo, por conexidad, deviene en inconstitucional el tercer párrafo del citado artículo 15 que establece que: "Con respecto a los vehículos M2, tienen que estar habilitados y dentro del Cronograma del Régimen Extraordinario de Permanencia para los Vehículos Destinados al Servicio de Transporte de Personas de Ámbito Provincial, y por lo tanto, la demanda debe ser declarada fundada en este extremo.

§ 3.4. Régimen extraordinario de permanencia de vehículos destinados al servicio de transporte de personas

49. Finalmente, se impugna el artículo 19 de la Ordenanza Municipal 82-00-CMPP, que establece lo siguiente:

"Con el objeto de establecer un régimen extraordinario de permanencia para los vehículos destinados para el servicio de transporte de personas en el ámbito provincial, es necesario establecer el presente cuadro que a continuación se indica, siempre y cuando acrediten que se encuentren en óptimo estado de funcionamiento lo que se demuestra con la Inspección Técnica Vehicular (ITV) Semestral.

Cronograma del régimen extraordinario de permanencia para los vehículos destinados al servicio de transporte de personas de ámbito provincial.

Fecha de fabricación	Fecha de salida del vehículo
1983-1989	31 de diciembre de 2011
1990-1991	31 de diciembre de 2012
1992-1993	31 de diciembre de 2013
1994	31 de diciembre de 2014
1995	31 de diciembre de 2015
1996	31 de diciembre de 2016
1997	31 de diciembre de 2017
1998	31 de diciembre de 2018
1999	31 de diciembre de 2019
2000	31 de diciembre de 2020
2001	31 de diciembre de 2021
2002	31 de diciembre de 2022
2003	31 de diciembre de 2023
2004	31 de diciembre de 2024
2005	31 de diciembre de 2025
2006	31 de diciembre de 2026
2007	31 de diciembre de 2027
2008	31 de diciembre de 2028
2009	31 de diciembre de 2029
2010	31 de diciembre de 2030

Vencida la fecha indicada en este cuadro, la autoridad competente de oficio deshabilitará la permanencia de los vehículos que han cumplido con el servicio público; puesto que el cuadro se ha formulado de acuerdo a las facultades que otorga la Ley 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre y la Resolución Ministerial 0634-2011-MTC/02, de fecha 06/09/2011, tomando como sustento la realidad del parque automotor de la Provincia de Piura."

50. Según el demandante, este cronograma no ha respetado el procedimiento previsto en la Vigésima Sétima Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento Nacional de Administración de Transporte, que establece que dicho régimen debe ser determinado mediante una resolución del Ministerio de Transportes y Comunicaciones en coordinación con la Municipalidad Provincial. Por su parte, la Municipalidad demandada sostiene que la disposición impugnada habría tenido en cuenta lo establecido en dicho reglamento así como lo dispuesto en la Resolución Ministerial 634-2011-MTC/02 para la región Piura.

51. La Vigésima Sétima Disposición Complementaria Transitoria *in fine* del Decreto Supremo 017-2009-MTC, Reglamento Nacional de Administración de Transporte —incorporada mediante Decreto Supremo 006-2012-MTC—, señala que: "En el ámbito regional y provincial el régimen extraordinario de permanencia de los vehículos destinados al servicio de transporte de personas, que se encuentren habilitados según sus propios registros administrativos de transporte, y las condiciones para que ello ocurra, será determinado mediante Resolución Ministerial del MTC, la misma que será expedida previa coordinación con los gobiernos regionales y provinciales."

52. De los argumentos expuestos por las partes, así como de los documentos obrantes en autos, este Tribunal Constitucional advierte que en la ordenanza impugnada se hace expresa mención a la Resolución Ministerial 0634-2011-MTC/02, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 9 de setiembre de 2011 el mismo que establece el cronograma del régimen extraordinario de permanencia para vehículos destinados al servicio de transporte de personas en el ámbito de la Región Piura, y no para la provincia de Piura. Es más, en dicha resolución ministerial tampoco se pone de manifiesto la exigencia de la previa coordinación con el gobierno provincial.

53. Por otro lado, si bien la mencionada disposición entró en vigencia con posterioridad a la ordenanza, ello no implica que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones no tenga la competencia para regular dicha materia, ni que la municipalidad emplazada haya adquirido la capacidad para regular materias que no son de la suya. Así, no solo las normas que emita un ente sin competencia para hacerlo son inválidas *per se*, sino que, una vez que el ente competente emite las normas que le corresponde, éstas se convierten en un parámetro válido y vigente con el cual juzgar la validez de las normas que se le oponen.

54. De lo expuesto, se desprende que la Municipalidad de Piura no ha cumplido con lo establecido en el mencionado marco normativo competencial conformado por los artículos 16.a y 23.d de la Ley 27181, General de Transporte y Tránsito

Terrestre, así como por la Vigésima Sétima Disposición Complementaria Transitoria *in fine* del Reglamento Nacional de Administración de Transporte. Por ende, el artículo 19 de la ordenanza impugnada también es inconstitucional y, por tanto, la demanda también debe ser declarada fundada en este extremo.

§ 4. EFECTOS DE LA SENTENCIA

55. Tal como ya se advirtiera supra, las disposiciones impugnadas de la Ordenanza 82-00-CMPP ya no se encuentran vigentes en el ordenamiento y la nueva regulación que se aplicó a los artículos respectivos no resulta inconstitucional por conexidad.

56. En consecuencia, la inconstitucionalidad que en esta sentencia se declara, alcanza exclusivamente a los efectos que los artículos 9, 11, 15 y 19 pudieran seguir desplegando en el presente.

57. Corresponde analizar, por último, la solicitud del demandante, orientada a que este Tribunal Constitucional declare que las normas regionales y locales de contenido similar al de la ordenanza impugnada carecen de efectos jurídicos por contravenir la jurisprudencia constitucional vinculante. Al respecto, conviene recordar que las sentencias dictadas en un proceso de inconstitucionalidad tienen efecto vinculante para todos los poderes públicos y gozan de efectos generales conforme a lo dispuesto en el artículo 82 del Código Procesal Constitucional (fundamento 92 de la STC 0006-2008-PI/TC).

58. Sin perjuicio de lo dicho, este Tribunal Constitucional no puede extender el efecto de su sentencia a normas indeterminadas que no hayan sido materia de impugnación, y si el recurrente advierte que otras normas resultan contrarias a la Constitución, se encuentra habilitado para presentar las demandas que considere del caso.

III. FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ordenanza Municipal 82-00-CMPP, emitida por la Municipalidad Provincial de Piura; y, en consecuencia:

(i) **INCONSTITUCIONAL** el tercer párrafo del artículo 9 en cuanto se refiere a "La antigüedad máxima de permanencia en el servicio de transporte público de tales vehículos será de un plazo máximo de hasta 10 años, contados a partir del 01 de enero del año siguiente de su fabricación".

(ii) **INCONSTITUCIONAL** el segundo párrafo del artículo 11 en cuanto se refiere a "Que, corresponda a la categoría M3 y clase III, de la clasificación vehicular establecida en el RNV".

(iii) **INCONSTITUCIONAL** la expresión "M2" incluida en el segundo párrafo del artículo 15; y por conexidad, el tercer párrafo de dicho artículo en cuanto establece: "Con respecto a los vehículos M2, tienen que estar habilitados y dentro del Cronograma del Régimen Extraordinario de Permanencia para los Vehículos Destinados al Servicio de Transporte de Personas de Ámbito Provincial".

(iv) **INCONSTITUCIONAL** el artículo 19 en su totalidad.

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

Publíquese y notifíquese.

SS.
MIRANDA CANALES
LEDESMA NARVÁEZ
URVIOLA HANI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 00020-2013-PI/TC
CASO REGLAMENTO DE TRANSPORTE DE PIURA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincidiendo con lo resuelto por mis colegas en la presente causa, considero necesario hacer algunas precisiones u observaciones adicionales:

1. En primer lugar, es necesario esclarecer la competencia de este Tribunal para pronunciarse en la presente causa sobre las disposiciones cuestionadas de la Ordenanza 82-00-CMPP, teniendo en cuenta que ellas fueron posteriormente modificadas o derogadas a través de la Ordenanza 82-01-CMPP, de fecha 23 de junio de 2014, y por ello ya no se encuentran vigentes. Al respecto, corresponde precisar que la derogación de una disposición cuya constitucionalidad haya sido cuestionada en un proceso de inconstitucionalidad no descarta que el Tribunal pueda pronunciarse sobre lo pretendido, siempre y cuando subsistan efectos normativos emanados de dicha disposición.

2. Lo mencionado en el punto anterior es posible debido a que los efectos de la derogación no equivalen a los de la declaratoria de inconstitucionalidad. Entre las varias diferencias existentes, resulta de especial interés para lo que venimos explicando que la declaratoria de inconstitucionalidad no solo recae en la validez formal de las disposiciones de carácter legal, sino también a los efectos normativos que dicha disposición pudiera haber desplegado y puede continuar desplegando. Siendo así, queda claro que el Tribunal Constitucional es competente para pronunciarse sobre los efectos normativos subsistentes de disposiciones que hayan sido derogadas o modificadas, tal como puede verificarse en su jurisprudencia.

3. En el proyecto se hace referencia a la expresión "Poder Ejecutivo" para hacer alusión en realidad al "Gobierno". Al respecto, la expresión "Poder Ejecutivo" responde a la idea de un conjunto de órganos y organismos destinados a cumplir con las leyes establecidas en sede parlamentaria. Sin embargo, actualmente esta serie de entidades se encuentran cada vez más articuladas al ejercicio de labores

gubernamentales, ya sea a nivel de Gobierno Nacional (o Central) o gobiernos de carácter subnacional.

4. En este mismo sentido, inclusive ya no debería hablarse hoy en rigor no de "tres poderes" del Estado, sino más bien de un único poder estatal, y de diversos actores institucionales u órganos constitucionales a través de los cuales ese Estado se manifiesta, cumple sus funciones y ejerce sus competencias.

5. Al respecto, debe tenerse en cuenta que en el Estado Constitucional en muchos casos las funciones estatales se ejercen con otra intensidad. Por ejemplo, el Congreso o Parlamento, si bien no deja de legislar, sostiene cada vez más su legitimidad en sus tareas de representación y control. Siendo así, calificarlo como "Poder Legislativo", es una materia que se discute cada vez más, máxime si adicionalmente se tiene en cuenta la profusión contemporánea de la legislación delegada y la legislación de urgencia.

6. De otro lado, en una parte del proyecto se hace referencia al "análisis de las competencias en el proceso abstracto de inconstitucionalidad" (§2). Considero con todo respeto que dicha expresión en general es redundante, además de equívoca en el contexto en concreto en que ha sido empleada. Es redundante pues, como se sabe, el proceso de inconstitucionalidad es uno típicamente abstracto; siendo así, no se encuentra justificado hacer alusión a un proceso de inconstitucionalidad "abstracto", cuando no hay algún tipo de proceso de inconstitucionalidad de pueda considerarse de control "concreto" por ejemplo.

7. Asimismo, la expresión es equívoca, pues siendo cierto a nivel conceptual lo antes mencionado, también lo es que en el presente caso estamos en realidad ante un conflicto competencial, el cual, por disposición legal (artículo 110 del Código Procesal Constitucional) debe tramitarse como uno de inconstitucionalidad, al discutirse la validez de una norma con rango legal. Al respecto, si bien el proceso competencial es un predominantemente objetivo o abstracto, no debe perderse de vista que muchas ocasiones requiere verificar actuaciones específicas de los niveles de gobierno u organismos involucrados, con la finalidad de esclarecer si se ha hecho un uso adecuado o legítimo de las competencias o funciones asignadas. Esto implica que, pese a que el proceso de inconstitucionalidad es uno claramente abstracto, en ocasiones implica el análisis de cuestiones concretas o fácticas, lo cual es especialmente evidente cuando el proceso de inconstitucionalidad opera acogiendo lo que, si la normativa hubiese dispuesto otra cosa, bien pudo (como conflicto competencial que es) tramitarse como un proceso competencial.

8. Asimismo, veo que en la sentencia se alude a la técnica o doctrina del "bloque de constitucionalidad" (fundamento 10 y ss.). Al respecto, a efectos de evitar confusiones, debo mencionar que en el Perú esta doctrina entiende a las normas que integran el bloque como "normas interpuestas" o "normas parámetro", y no como normas supralegales o con rango constitucional. De esta forma, se señala que las normas interpuestas o parte del bloque de constitucionalidad forman parte del parámetro interpretativo que debe tomarse en cuenta al analizar la conformidad de una disposición legal respecto con la Constitución, pero no debe considerarse que forman junto con esta un mismo cuerpo o bloque con idéntica fuerza jurídica. Valga precisar asimismo que la razón de que determinadas disposiciones deban ser tomadas en consideración como parámetro interpretativo de lo constitucional responde a exigencia impuestas por la propia Carta fundamental, que en diversos momentos encarga expresamente que algunas materias deben reguladas a través de un tipo de norma específica, o que debe hacer conforme a un modo o requerimientos especiales. Si ello se incumple, desde luego que habrá una infracción contraria a la Constitución.

9. Ahora bien, de lo anterior puede quedar aun la duda de si forman parte del bloque de constitucionalidad todas aquellas normas que desarrollen instituciones o actividades constitucionalmente previstas, como parece desprenderse de esta sentencia (fundamento 12) y otras que cuentan con afirmaciones similares. Al respecto, conviene anotar que, en sentido estricto, no cualquier norma de desarrollo constitucional puede formar parte de aquel parámetro que permitirá analizar la validez constitucional de las disposiciones legales. Ello es así porque el hecho de que una nueva norma con rango legal vaya en sentido contrario a lo dispuesto en norma de desarrollo constitucional no necesariamente trasgrede la Constitución, pues podría tratarse de una pretensión legítima de innovar el ordenamiento jurídico, a través de otra forma constitucionalmente aceptable de regular una materia constitucional.

10. Sin embargo, y en casos como el presente, se evidencia que es necesario tener en cuenta la diferente regulación aplicable al caso para resolver correctamente el conflicto competencial de que se trata. Al respecto, se presentan problemas cuando a este conjunto normativo se le quiere etiquetar como "bloque de constitucionalidad", pues, como ya fue explicado, esta expresión hace alusión al conjunto de normas que sirve como parámetro para analizar la constitucionalidad en abstracto de otras disposiciones de rango legal.

11. Y es que en los conflictos de competencia (pauta aplicable a estos conflictos si por prescripción legal deben tramitarse por la vía del proceso de inconstitucio-

nalidad) no solo es necesario verificar la validez constitucional y en abstracto de las disposiciones, sino que en muchas ocasiones resulta imprescindible conocer el universo de competencias que, si bien tienen su origen en la Constitución o ley orgánica específica, han sido reguladas o precisadas a través de distintos cuerpos normativos, de distingo rango y alcance legal. Ello con la finalidad de establecer fidedignamente si una competencia ha sido regularmente ejercida, o rechazada de ser el caso. Siendo así, considero que incluso convendría llamar al conjunto normativo aquí recientemente señalado como "bloque competencial", y no como "bloque de constitucionalidad", en la medida en que ambos hacen referencia a contenidos bastante distintos, con finalidades también muy diferentes entre sí.

12. En sentido complementario, vale la pena realizar una precisión adicional a lo señalado en el proyecto (fundamento 24), acerca de que la competencia del gobierno local vinculada con el transporte público de personas "debe desenvolverse conforme a la ley y a los reglamentos nacionales". En primer lugar, conforme a lo que ya anotado, es claro que las leyes y los reglamentos, de manera genérica, no pueden ser considerados como parte de un supuesto "bloque de constitucionalidad". Y más aun, quiero precisar que la existencia de normas de distinto tipo o jerarquía como parte del "bloque competencial" implica entender, además, que las competencias o atribuciones de los entes estatales siempre deben ejercerse respetando el principio de legalidad. Este principio en su actual compresión implica no solo la existencia de una disposición legal, sino que la norma haya sido emitida además por autoridad competente y de manera compatible con la Constitución. En este sentido, la afirmación de que las competencias se ejercen "conforme a los reglamentos" presupone, pues, que estos hayan sido emitidos respetando el orden marco constitucional y legal, tanto en sentido material como formal.

13. Por último, dos precisiones conceptuales finales. En primer lugar, en varios lugares de la sentencia se hace referencia a la "jurisdicción" de los gobiernos locales, para hacer referencia en realidad a la competencia territorial de estos. Al respecto, es claro que la función de "decir el Derecho" (*iuris dictio*), cuando menos con el contenido y los alcances compartidos en nuestra comunidad académica, alude más bien a la función y potestad que recae en los órganos judiciales de la República, y no en el ámbito territorial en el cual ejercen sus competencias los distintos niveles de gobierno. Adicionalmente, y en segundo lugar, se aprecia que cómo en la propuesta se usa le expresión "jurisprudencia constitucional vinculante", cuando en el Perú toda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo es y, en esa medida, se haría mal en distinguir dentro de estas un conjunto de re-

soluciones "vinculantes" de otras que aparentemente no lo serían. En todo caso, sobre este tema y a mayor abundamiento, puede tomarse en cuenta lo que vengo expresando en algunos fundamentos de voto en relación con el uso inadecuado de expresiones tales como "precedente vinculante", "precedente constitucional vinculante" o "doctrina jurisprudencial vinculante", entre otras similares (vide, por todas, mi fundamento de voto contenido en la SID 02194-2015-AA/TC).

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 00020-2013-PI/TC
CASO REGLAMENTO DE TRANSPORTE DE PIURA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI EN EL QUE OPINA QUE CORRESPONDE DECLARAR INFUNDADA LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA CONTRA LA ORDENANZA 82-00-CMPP POR HABER SIDO EMITIDA POR LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE PIURA EN EJERCICIO DE SUS COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES

En la sentencia de mayoría se declara fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos 9, 11, 15 y 19 de la Ordenanza Municipal 82-00-CMPP, que aprueba el Reglamento del transporte masivo público regular de personas urbano e interurbano en la provincia de Piura y, como consecuencia de tal decisión, inconstitucional el tercer párrafo del artículo 9, el segundo párrafo del artículo 11, la expresión "M2" del segundo párrafo y el tercer párrafo del artículo 15 y la totalidad del artículo 19, que regularon diversos aspectos referidos a la antigüedad máxima de permanencia en el servicio, los requisitos para el otorgamiento de la tarjeta única de circulación, la sustitución vehicular y el régimen extraordinario de permanencia en el servicio del transporte masivo público regular de personas urbano e interurbano en la Provincia de Piura.

Con el respeto que me merecen mis distinguidos colegas Magistrados firmantes de la sentencia de mayoría, mediante el presente voto singular expreso mi radical disentimiento con la posición que subsume dicha sentencia, por cuanto:

- Trasunta una visión centralista del país, ajena a la lógica y filosofía del Legislador Constituyente Peruano, que ha optado por la descentralización como principal instrumento de su desarrollo integral y armónico, a través básicamente de los gobiernos locales o municipales, a los que ha otorgado autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia; y ha asignado la competencia constitucional de planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, el urbanismo y el acondicionamiento territorial, así como el desarrollo y la

regulación de actividades y servicios, entre otros importantes aspectos, en materia de transporte colectivo, circulación y transito.

- Minimiza y desconoce tanto la descentralización, en cuanto proceso de desarrollo integral y armónico del país, como el rol constitucional de los gobiernos locales y sus competencias constitucionales, los cuales son instrumentos básicos de tal proceso.

- Contempla una visión limitativa y restringida de la autonomía municipal, a pesar que se trata de una autonomía política, económica y administrativa; y no una visión amplia que haga posible una interpretación coherente y armónica con lo que podría denominarse el sistema constitucional de distribución de competencias, el cual implica una nueva concepción, dentro de la cual se incrementan las competencias y atribuciones de las municipalidades, así como se disminuyen y limitan las de otros entes estatales.

El modelo de Estado y de gobierno establecido en la Constitución de 1993, es el de uno unitario y, a la vez, descentralizado y representativo, con énfasis en este segundo aspecto. Este manda, como imperativo nacional, ineludible y de cumplimiento inexcusable, la descentralización, que debe entenderse, lo enfatizo, como un proceso de desarrollo integral y armónico del país; que se da básicamente a través de los gobiernos locales, a los que confiere autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia y a los que se encarga la dirección, planificación y ejecución del desarrollo urbano y rural de sus respectivas circunscripciones, que comprende la problemática del transporte público y la regulación del mismo. En consecuencia, resulta incuestionable que a la demandada, la Municipalidad Provincial de Piura, le compete reglamentar el transporte masivo público regular urbano e interurbano en la provincia de Piura (artículos 188, 189, 194, 195, inciso 8, y 197 de la Carta Magna). En virtud de ello, al expedir la Ordenanza Municipal 82-00-CMPP, norma que tiene rango de ley y deja sin efecto cualquier otra norma legal de igual o menor rango en el territorio sobre el que es aplicable, la Municipalidad Provincial de Piura actuó en pleno uso de sus competencias constitucionales, por lo que la demanda debe declararse infundada en todas sus partes.

La fundamentación detallada del presente voto singular se efectuará de acuerdo al siguiente esquema:

1. El carácter descentralizado del gobierno peruano y el rol de las municipalidades en el proceso de descentralización del país.

2. La descentralización como proceso de desarrollo integral y armónico del país.

3. Los gobiernos locales y regionales como principales instrumentos de la descentralización del país. La autonomía municipal y el rango de ley de las Ordenanzas Municipales.
4. La garantía institucional y el bloque de constitucionalidad municipal en materia de regulación del transporte público urbano e interurbano.
5. El resumen de los fundamentos de mi posición.
6. La sentencia de mayoría y sus falencias.
7. El sentido de mi voto.

A continuación desarrollo dicho esquema, siguiendo la misma numeración temática:

1. El carácter descentralizado del gobierno peruano y el rol de las municipalidades en el proceso de descentralización del país.

Como ya lo tengo manifestado en oportunidades anteriores[1], el artículo 43º de la Constitución de 1993, reproduciendo el numeral 79º de la Carta de 1979, establece que el Perú es una república democrática, social, independiente y soberana, que conforma un Estado único e indivisible, cuyo gobierno es unitario, representativo y *descentralizado*, el cual se organiza en base a la separación de poderes.

Esta tipificación de la forma del Estado Peruano y, especialmente de su forma de gobierno, en cuanto a su carácter descentralizado, a la vez que unitario y representativo, no se encuentra en ninguna de las diez constituciones anteriores a la de 1979 que rigieron en el Perú. En efecto, en lo que atañe a la forma del Estado Peruano, las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 y 1920 no consignaron expresamente un solo artículo en sus textos que hiciera referencia expresa a aquella; mientras que la Constitución de 1933 si recogió en su articulado normas referentes a la forma del Estado Peruano. Así, sus artículos 1º y 2º caracterizaban al Perú como una república democrática y soberana, cuyo Estado era uno e indivisible. En lo que respecta a la forma del gobierno peruano y contrariamente al tratamiento brindado a la forma del Estado, las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 y 1920 si consignaron artículos que la describían con la única excepción de la Constitución de 1933, que guardó un marcado silencio sobre el tema.

1 Véase, entre otros, mis comentarios contenidos en el libro colectivo "El rango de ley de las ordenanzas municipales en la Constitución de 1993 (colisión normativa entre ley del Congreso y ordenanza municipal)", editado por la Municipalidad Metropolitana de Lima. Stampa Gráfica. Lima. 1997, pp. 2 – 63.

Ciertamente, las de 1823 (artículo 27º) y de 1826 (artículo 7º) establecieron que era popular y representativo; las de 1828 (artículo 7º) y de 1834 (artículo 7º) le agregaron el carácter de consolidado en la unidad nacional; la de 1839 (artículo 12º) le sumó las características de responsable y alternativo; la de 1856 (artículo 41º) lo describió como democrático, representativo y basado en la unidad; y las de 1860 (artículo 42º), de 1867 (artículo 43º) y de 1920 (artículo 68º) lo tipificaron además como republicano.

Tal constatación significa sin lugar a dudas que, a nivel de normativa constitucional, a partir de la Constitución de 1979 y sin perjuicio de los intentos efectuados en el pasado, se introdujo un cambio inédito y de enorme trascendencia respecto a la tipificación del gobierno peruano, al introducir en la misma su carácter de *descentralizado*, el cual la Carta Constitucional de 1993 ha mantenido en su precitado artículo 43º, que fuera aprobado con el 79% de votos a favor de los señores miembros del Congreso Constituyente Democrático, como lo enfatiza el doctor Carlos Torres y Torres Lara, ex - Presidente de su Comisión de Constitución.[2]

No es del caso detenerse en este punto en la explicación de las razones históricas, sociales y políticas, entre muchas otras, que tuvo el Legislador Constituyente Peruano para adoptar una decisión de tan tremenda envergadura, pero es evidente que se trató de un cambio sustancial en la forma del gobierno, que apostaba por un modelo que, sin perder sus características de unidad y de representatividad, conllevara un ejercicio del poder realmente descentralizado, que permitiera emprender la tarea de un desarrollo integral, armónico y uniforme del país, acabando con el ancestral centralismo, causante, en gran medida, de los males nacionales.

2. La descentralización como proceso de desarrollo integral y armónico del país.

En esta línea, en orden a la implementación del diseño de gobierno unitario, representativo y *descentralizado* concebido por el Legislador Constituyente Peruano, la Constitución de 1993 ha dado importantes avances que es necesario resaltar, a los efectos del presente voto singular.

Ciertamente, en primer término, ha establecido que la *descentralización es un proceso*, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. Vale decir, un proceso que permita que en todo el territorio nacional se den

2 TORRES Y TORRES LARA, Carlos. "La Nueva Constitución del Perú 1993: Antecedentes, Fundamentos e Historia Documentada." Desarrollo y Paz. Lima. 1993, p. 466.

los elementos que posibiliten a los peruanos un nivel de vida acorde con su condición de seres humanos, dentro de la inspiración humanista ratificada por la Constitución vigente, que entiende que la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado, por lo que de lo que se trata es que en cada lugar de la República exista acceso a la educación, a la cultura, a la salud, al comercio, a la industria, al esparcimiento y, en general, a todos los elementos que trae consigo la modernidad en procura del bienestar y de la realización del hombre.

En segundo lugar, ha establecido que dicho proceso implica *el ejercicio del gobierno de manera descentralizada y desconcentrada*. Esto es, que para el desarrollo integral del país, sin romper el concepto unitario del gobierno peruano, deben reconocerse órganos de gobierno distintos a los que integran la estructura del gobierno central, con poder suficiente para enfrentar en forma autónoma la problemática de cada localidad. Ello, sin perjuicio de la desconcentración, que consiste en la delegación de funciones, atribuciones y decisiones desde el gobierno central (nivel de autoridad superior) hacia niveles de autoridades subordinadas, de menor jerarquía funcional o territorial, dentro del ámbito de la misma persona jurídica, para el mejor cumplimiento de sus fines nacionales. En tal sentido, en la concepción del Legislador Constituyente, la delegación del ejercicio del poder para lograr la ansiada descentralización del país corre por vías paralelas: por la vía de la descentralización propiamente dicha y por la vía de la desconcentración.

En tercer orden, ha establecido que el referido proceso *se da básicamente a través y a partir de las municipalidades*, a las cuales considera *instrumentos de la descentralización del país*. En este punto, es importante resaltar el papel que se asigna a las municipalidades como órganos del gobierno local, a las que no solamente se concibe como entidades encargadas de enfrentar y atender los requerimientos que se presentan en sus respectivas jurisdicciones, en lo que atañe a las necesidades locales, sino también y, principalmente, como medios de materializar la descentralización del gobierno, en tanto entidades que representan a los vecinos de su respectiva circunscripción territorial, quienes, a través del sufragio directo, eligen a sus autoridades y, por medio de los mecanismos de democracia directa, participan en las tareas de su respectivo gobierno local.

En cuarto lugar, ha establecido que las municipalidades, para cumplir su papel de ser instrumentos y expresión de la descentralización, tengan *plena autonomía política, económica y administrativa, en los asuntos de su competencia*.

En quinto orden, ha establecido, en armonía con la referida autonomía política, económica y administrativa, que *las municipalidades mediante sus respectivos Concejos Municipales (equivalentes al Poder Legislativo en el nivel local, en los asun-*

tos de su competencia) tienen la facultad de dictar normas con rango de ley, denominadas Ordenanzas Municipales.

Estos significativos avances están consagrados en los artículos 188º, 189º, 191º, primer y segundo párrafo y 200º, inciso 4), de la Constitución de 1993, que fueron aprobados en sus textos originales por el 85, 83, 78 y 93% de los votos emitidos por los miembros del ex Congreso Constituyente Democrático[3], que establecen literalmente que "La descentralización es un proceso permanente que tiene como objetivo el desarrollo integral del país.", que "El territorio de la República se divide en regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se ejerce el gobierno unitario de manera descentralizada y desconcentrada.", que "Las municipalidades provinciales y distritales, y las delegadas conforme a ley, son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Corresponde al Concejo las funciones normativas y fiscalizadoras; y a la alcaldía, las funciones ejecutivas." Y que, al referirse a la acción de inconstitucionalidad, ésta "…procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.", respectivamente.

3. Los gobiernos locales y regionales como principales instrumentos de la descentralización del país. La autonomía municipal y el rango de ley de las Ordenanzas Municipales

Queda claro de lo expuesto hasta esta parte, la gran importancia que atribuye el Legislador Constituyente Peruano a la descentralización, tanto como una de las principales características del gobierno peruano cuanto como proceso necesario e imprescindible para el desarrollo integral del país; y, dentro de este contexto, a las municipalidades como instrumentos de la descentralización, a las cuales ha dotado de autonomía normativa con rango de ley, en los asuntos de su competencia, por lo que corresponde a continuación detenerse brevemente en el tema relacionado con la autonomía municipal y, dentro de este, en el de la facultad normativa del Concejo Municipal y en el del rango de ley de las Ordenanzas Municipales.

Siguiendo al constitucionalista español Francisco Fernández Segado[4], puede afir-

3 Ibíd. pp. 478-479.

4 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La Autonomía Municipal en la Constitución Española de 1978". Citado por BLUME FORTINI, Ernesto, en el libro "El Rango de Ley de las Ordenanzas

marse que el concepto de autonomía es de muy dificultosa precisión, si es que éste no se analiza dentro de el aquí y el ahora de cada momento histórico, así como de la cobertura constitucional existente en tal momento histórico. En este orden, el citado autor sostiene, siguiendo al profesor Santiago Muñoz Machado que "… el concepto de autonomía es difícil de precisar si no se enmarca en coordinadas concretas de tiempo y lugar y se atiende al contexto normativo en que se emplea porque, ciertamente, es polisémico, relativo, históricamente variable y comprendido en forma diferente en los diversos lugares en que se utiliza."[5]

Sin embargo, no obstante este carácter inicial del concepto de autonomía "si se tiene en cuenta la normativa constitucional peruana, así como los ingredientes que el Legislador Constituyente incorpora dentro de la autonomía asignada a las Municipalidades, resulta patente su voluntad de conformar la autonomía como un principio general de organización territorial del gobierno peruano y, a la par, como el derecho de la comunidad local a participar mediante sus propios órganos en el gobiernos y la administración de cuantos asuntos le atañen", al punto que, como bien apunta el mismo Fernández Segado, siguiendo la más actualizada doctrina que busca la redefinición de la autonomía local basada en el interés respectivo como base del principio de autonomía y, en particular a Alfonso Luciano Parejo, el verdadero objeto de la autonomía local "…*radica en el derecho al autogobierno, que significa el derecho a la atribución de potestades (sin precisar cuáles deban ser éstas) en todos aquellos supuestos en que se vean comprometidas o afectadas necesidades de la comunidad local*".[6]

En este orden de ideas, la autonomía municipal debe ser entendida en su más amplio sentido como la capacidad de la municipalidad "… *para ejecutar y cumplir todas las tareas de la Administración estatal con propia responsabilidad, y esto sin importar la posible trascendencia supralocal de estas tareas, pues lo que determinaría la capacidad sería la afectación a los intereses de los ciudadanos*"[7]. No cabe por consiguiente, una visión limitativa y restringida de la autonomía municipal, máxime cuando a esta se asignan caracteres políticos, económicos y administrativos, sino por el contrario una visión amplia que, en el fondo encierra, una redefinición de la autonomía local, que haga posible una interpretación coherente y armónica con lo que podría denominarse el sistema constitucional de distribución

Municipales en la Constitución de 1993 (colisión normativa entre ley del Congreso y ordenanza municipal)", editado por la Municipalidad Metropolitana de Lima. Stampa Gráfica. Lima. 1997, p. 3.

5 Loc. Cit.

6 Loc. Cit.

7 Loc. Cit.

de competencias, el cual rompe los esquemas tradicionales e implica una nueva concepción, dentro de la cual, en la medida del nuevo rol de las municipalidades se incrementan las competencias y atribuciones de estas, así como se disminuyen y limitan las de otros entes estatales que antes (en el esquema centralista) las detentaba. Por ello, en opinión del constitucionalista español antes citado, la afirmación de la autonomía local "… *ha de ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen*".[8]

Con relación a este último aspecto, la intensidad de la participación de la municipalidad, en el ejercicio del gobierno, depende de la relación que se pueda dar entre los intereses locales y los supralocales, en el contexto, como es obvio, de la atención a los problemas emergentes de la realidad local; ya que, por su propia naturaleza, el gobierno local ejerce poder únicamente sobre su respectiva circunscripción territorial.

Recalco que, a la luz de la normativa constitucional vigente, contenida puntualmente en los artículos 43º, 188º, 189º, 191º, 192º, 193º, 194º, 195º, 196º y 200º, inciso 4, de la Constitución de 1993, el Legislador Constituyente Peruano ha concebido a la municipalidad como el órgano del gobierno local, con autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia, encargado de organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales, así como planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones y ejecutar los planes y programas correspondientes, entre otras funciones, que es instrumento básico de la descentralización del país, en el marco de un modelo que maximiza, revalúa y repotencia al gobierno local, al cual para el cabal ejercicio de sus responsabilidades le ha dado funciones normativas, por intermedio de sus Concejos Municipales, dictando Ordenanzas, que son leyes municipales, de igual rango que las leyes ordinarias que dicta el Congreso de la República.

Sobre la función normativa debe hacerse hincapié que la autonomía política comprende la autorregulación; razón que llevó a consagrar expresamente en el artículo 191º de la Carta Fundamental de 1993 que el Concejo Municipal (que es una suerte de parlamento municipal integrado por el Alcalde y los Regidores) tiene la facultad de legislar o normar en materia municipal y, adicionalmente, de fiscalizar a la Alcaldía (que es el órgano ejecutivo municipal). Nótese en este punto que el Legislador Constituyente crea al legislador municipal o parlamen-

8 Loc. Cit.

tario municipal, a quien denomina Regidor; y que se trata de un legislador para quien se reservan áreas sobre las que deberá ejercer su función normativa: los asuntos de competencia municipal. Nótese, igualmente, que tal decisión se cimienta también en la teoría de la reserva constitucional o reserva legal, en cuya virtud la normación en el ámbito competencial municipal queda reservada al legislador municipal.

A contramano, tal reserva conlleva que el legislador ordinario (que dicta las leyes propiamente dichas: el Poder Legislativo, a través del Congreso de la República), el legislador delegado (que dicta decretos legislativos por delegación del Congreso: el Poder Ejecutivo) y el legislador infralegal (que dicta normas de inferior jerarquía que las leyes: el Poder Ejecutivo, entre otros), han quedado privados de normar en materias propias de las municipalidades, ya que esa tarea ha sido entregada al legislador municipal, en concordancia con la autonomía política que tienen las municipalidades.

Como está dicho la función legislativa o normativa municipal la realiza el legislador municipal vía Ordenanzas, que son en puridad leyes municipales; dispositivos o normas jurídicas (en el más estricto sentido) que regulan el ámbito competencial municipal y, en general, atienden a la necesidad normativa que presenta la problemática local o municipal. Empero, también en concordancia con la autonomía política, que, como quedó enfatizado, conlleva a la autonormación o autorregulación, el Legislador Constituyente Peruano le ha dado a la Ordenanza Municipal el rango de ley, al establecer en el artículo 200º, inciso 4), de la Constitución, al referirse a las normas impugnables por causal de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que tienen rango de ley, al igual que las leyes propiamente dichas, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, los tratados, los reglamentos del Congreso y las normas regionales de carácter general.

El rango significa "…índole, clase, categoría, calidad…"[9]. Por lo tanto, el rango de ley significa índole, clase, categoría y calidad de ley. En tal sentido, si por disposición constitucional la Ordenanza Municipal tiene rango de ley, consecuentemente tiene índole, clase, categoría y calidad de ley; raciocinio que permite arribar a la conclusión que la Ley del Congreso y la Ordenanza Municipal tienen igual índole, clase, categoría y calidad, diferenciándose únicamente en la materia normativa que corresponde a cada una.

9 CABANELLAS, Guillermo. "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual." Editorial Helíasta S.R.L., 1989, Tomo VII, p. 10

4. La garantía institucional y el bloque de constitucionalidad municipal en materia de regulación del transporte público urbano e interurbano.

A esta altura del análisis interesa detenerse en el principio de la garantía institucional que promoviera el constitucionalista Carl Schmitt, a raíz de sus reflexiones en torno a la Constitución de Weimar del 11 de agosto de 1919, cuando señaló que habría que establecer la distinción entre, de una parte, "derechos fundamentales" y, de otra partes, "garantías institucionales", en la idea que el Legislador Constituyente brindara lo que podría denominarse una protección especial a "*… instituciones que no convenía que fueran entregadas a las posibles veleidades del legislador ordinario".*[10]

Ciertamente, el *principio de la garantía institucional* resguarda que el legislador ordinario (que expresa y ejerce el poder constituido), en su tarea normativa no desnaturalice, limite, desconozca o anule aquellas instituciones creadas por el Legislador Constituyente (que expresa y ejerce el poder constituyente, que es el poder originario), al cual debe estar supeditado y subordinado. En buena cuenta, se trata de garantizar que al realizarse la tarea de reglamentación o de implementación normativa de la Constitución no se la contradiga, desnaturalice o desborde, sino, por el contrario quede garantizada una protección especial a ciertas instituciones, para que la normación constitucional impida su supresión en la vía legislativa ordinaria.

En otras palabras, a partir de las reflexiones de Carl Schmitt que, como está dicho apuntaban a la concesión de una protección constitucional especial a las instituciones de rango constitucional, protegiéndolas en su esencia (en su núcleo básico) frente a los peligros que podría significar una normativa infraconstitucional que las desnaturalizara, se fueron introduciendo en las Constituciones ulteriores a la segunda guerra mundial una serie de mecanismos tendientes a hacer efectiva la garantía institucional y recogiendo a nivel doctrinario dicho principio, el cual ha sido fortalecido y complementado por la jurisprudencia constitucional. Con relación a esto último, resulta ilustrativo hacer referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional Español 32/1981, del 28 de julio de 1981, que pese a que admite que las Constituciones pueden omitir consagrar una regulación orgánica de las instituciones de rango constitucional, el hecho de su propio reconocimiento y plasmación en el texto constitucional asegura su existencia "*…a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación*

10 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "El Sistema Constitucional Español." Dykinson, 1992, p. 1019.

se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indisponible por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin lugar a dudas normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se define al Legislador Ordinario, al que no se fija mas límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza".[11]

Se trata de instituciones básicas, cuya normación o regulación corresponde al legislador ordinario, pero dentro del límite de la indisponibilidad del núcleo o reducto esencial consagrado en la Constitución, por lo que la garantía institucional es desconocida "…*cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre".*[12]

La garantía institucional conlleva una limitación en la facultad normativa del legislador ordinario, quien debe circunscribir su accionar a la aprobación de la correspondiente ley de desarrollo constitucional (ley orgánica), para, como está dicho, complementar, fortalecer e implementar el modelo, en el marco del núcleo o reducto indisponible. En el caso peruano, de conformidad con el artículo 196º de la Constitución de 1993 el Congreso de la República dicta la correspondiente Ley Orgánica de Municipalidades, que no es otra cosa que la ley de desarrollo constitucional de la institución denominada municipalidad, la cual debe complementar, fortalecer e implementar el modelo. Esto es, una municipalidad con plena autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia, con facultad de dictar normas con rango de ley para la regulación de tales asuntos, que es instrumento básico del proceso de descentralización del país, que constituye la expresión del ejercicio descentralizado del poder y que refleja el carácter descentralizado del gobierno peruano.

En tal sentido, *el principio de la garantía institucional* persigue precisamente garantizar que la creación del Legislador Constituyente Peruano denominada municipalidad, sea desarrollada adecuadamente por el legislador ordinario en el plano normativo infraconstitucional, a fin de dotarla de todos los instrumentos normativos que permitan su cabal desarrollo y el pleno y eficiente cumplimiento de

11 Ibíd. p. 1021.
12 Ibíd. p. 1022.

sus fines (esto es, fortalecerla, complementarla e implementarla, normativamente hablando); pues resulta inconcebible, carente de toda lógica elemental y, además, totalmente inconstitucional, que quien ejerce el poder constituido dicte normas para debilitar, maniatar y disminuir la creación del Legislador Constituyente. Es decir, insólitamente, convertir a esa creación denominada municipalidad, que el Legislador Constituyente concibe como un órgano capaz de vencer con éxito las vallas y obstáculos que se le presenten, para cumplir con sus objetivos, en un ente tullido. En un órgano constitucional minusválido.

De otro lado, de acuerdo a la doctrina del Derecho Constitucional contemporáneo, la normativa que regula un determinado órgano, ente, entidad o institución del Estado de rango constitucional, conformada por el conjunto de normas contenidas en la propia Constitución que lo crean, establecen sus características básicas y determinan sus principales competencias, y la respectiva normativa infraconstitucional de primer rango que contiene su regulación complementaria, conformada por el conjunto de normas contenidas en su correspondiente ley de desarrollo constitucional y en las leyes que complementan a esta última, que desarrollan con más detalle sus características y competencias, así como otros aspectos atinentes a su adecuado funcionamiento constituyen el *bloque de constitucionalidad*.

Esto es, un conjunto normativo conformado por los preceptos contenidos en la misma Constitución y los preceptos contenidos en la ley de desarrollo constitucional y sus complementarias, dictados dentro del marco constitucional, que determinan las características, competencias y atribuciones de un determinado órgano constitucional; conjunto normativo que es considerado como un todo o bloque (por ello su denominación), a los efectos del análisis de constitucionalidad. En tal sentido, el bloque de constitucionalidad es una unidad, que comprende la sumatoria de ambas normativas (la constitucional y la infraconstitucional de primer rango), la cual será comparada con la norma cuestionada para determinar su constitucionalidad o su inconstitucionalidad, entendiendo por constitucionalidad de una norma jurídica aquel "…vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas del sistema jurídico que aquella diseña; tanto en cuanto al fondo como a la forma."[13], o aquella suerte de "…cordón umbilical que conecta o une los postulados constitucionales con sus respectivos correlatos normativos, en sus respectivos niveles de especificidad;

13 BLUME FORTINI, Ernesto. "El Control de la Constitucionalidad (Con especial referencia a Colombia y al Perú). Ersa. Lima. 1996, p. 23.

siendo consustancial al proceso de implementación constitucional e imprescindible para la compatibilidad y coherencia del sistema jurídico."[14]

En el Perú se ha recogido la figura del bloque de constitucionalidad en el Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley Nº 28237, al establecer en su artículo 79º (ubicado dentro del Título VI referido a las disposiciones generales de los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad), que el Tribunal Constitucional para apreciar la validez constitucional de las normas "…considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.".

Ahora bien en lo que atañe específicamente a los órganos, entes, entidades o instituciones del Estado Peruano de rango constitucional, consagrados en la Constitución de 1993, el *bloque de constitucionalidad* está conformado únicamente por los preceptos constitucionales que los crean y regulan y por los preceptos infraconstitucionales contenidos en su correspondiente ley de desarrollo constitucional, denominada por el Legislador Constituyente Peruano ley orgánica, por cuanto su artículo 106º establece en sus partes pertinentes que mediante "…leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución…", y que para "…su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.".

En el caso concreto de las municipalidades, estamos ante órganos de rango constitucional, ya que es la propia Constitución la que las crea, establece sus principales características, su composición básica, las facultades de sus órganos de gobierno, la forma de elección de sus máximas autoridades y sus competencias más importantes, entre otros aspectos (artículos 191º al 195º) cuya implementación normativa debe darse en la Ley Orgánica de Municipalidades, a la que se refiere expresamente su artículo 196º. Por consiguiente, el bloque de constitucionalidad municipal está integrado en el Perú por las normas sobre municipalidades contenidas en la Constitución de 1993 y los preceptos de la Ley Orgánica de Municipalidades Nº 27972.

En cuanto al bloque de constitucionalidad municipal en materia de regulación del transporte público urbano e interurbano, interesa destacar las siguientes normas:

14 Loc. Cit.

> "La descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. El proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales" (Artículo 188, primer párrafo, de la Constitución).
>
> "El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación" (Artículo 189, primer párrafo).
>
> "Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia…" (Articulo 194, primer párrafo, primera parte)
>
> "Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo". (Artículo 195 de la Constitución, primer párrafo)

Son competentes para:

> "(…) Desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley" (Artículo 195, inciso 8).

Se deduce, de las cláusulas anteriormente glosadas, que la finalidad descentralista como esquema dentro del que se estructura el Estado peruano, no es un simple desiderátum indicativo sino que representa sin disputa alguna uno de los grandes objetivos de nuestro ordenamiento constitucional, el mismo que requiere ser concretizado de manera permanente y armónica.

Siendo las cosas del modo descrito, no es extraño que las normas integrantes de nuestro bloque de constitucionalidad se esfuercen en fortalecer dicha visión de manera tal que la misma pueda resultar verificable en la realidad. Es dentro de dicha lógica que encuentra acogida una norma como la contenida en el artículo 73, numeral 2.2, de la Ley Orgánica de Municipalidades, de acuerdo con la cual:

> "Las municipalidades, tomando en cuenta su condición de municipalidad provincial o distrital, asumen las competencias y ejercen las funciones específicas señaladas en el Capítulo II del presente Título, con carácter exclusivo o compartido, en las materias siguientes: (…) Tránsito, circulación y transporte público."

Del mismo modo, resulta de suma importancia el artículo 81 de la Ley Orgánica de Municipalidades, que lleva por rótulo "Tránsito, Vialidad y Transporte Público", en la que, acorde con la Constitución, se establecen específicamente las competencias municipales en las materias descritas. A saber:

> "ARTÍCULO 81. TRÁNSITO, VIALIDAD Y TRANSPORTE PÚBLICO
>
> Las municipalidades, en materia de tránsito, vialidad y transporte público, ejercen las siguientes funciones:
>
> 1. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales:
>
> 1.1. Normar, regular y planificar el transporte terrestre, fluvial y lacustre a nivel provincial.
>
> 1.2. Normar y regular el servicio público de transporte terrestre urbano e interurbano de su jurisdicción, de conformidad con las leyes y reglamentos nacionales sobre la materia.
>
> 1.3. Normar, regular, organizar y mantener los sistemas de señalización y semáforos y regular el tránsito urbano de peatones y vehículos.
>
> 1.4. Normar y regular el transporte público y otorgar las correspondientes licencias o concesiones de rutas para el transporte de pasajeros, así como regular el transporte de carga e identificar las vías y rutas establecidas para tal objeto.
>
> 1.5. Promover la construcción de terminales terrestres y regular su funcionamiento.
>
> 1.6. Normar, regular y controlar la circulación de vehículos menores motorizados o no motorizados, tales como taxis, mototaxis, triciclos, y otros de similar naturaleza.
>
> 1.7. Otorgar autorizaciones y concesiones para la prestación del servicio público de transporte provincial de personas en su jurisdicción.

1.8. Otorgar certificado de compatibilidad de uso, licencia de construcción, certificado de conformidad de obra, licencia de funcionamiento y certificado de habilitación técnica a los terminales terrestres y estaciones de ruta del servicio de transporte provincial de personas de su competencia, según corresponda.

1.9. Supervisar el servicio público de transporte urbano de su jurisdicción, mediante la supervisión, detección de infracciones, imposición de sanciones y ejecución de ellas por incumplimiento de las normas o disposiciones que regulan dicho servicio, con el apoyo de la Policía Nacional asignada al control de tránsito.

1.10. Instalar, mantener y renovar los sistemas de señalización de tránsito en su jurisdicción, de conformidad con el reglamento nacional respectivo.

2. Funciones específicas compartidas de las municipalidades provinciales:

2.1. Controlar, con el apoyo de la Policía Nacional, el cumplimiento de las normas de tránsito y las de transporte colectivo; sin perjuicio de las funciones sectoriales de nivel nacional que se deriven de esta competencia compartida, conforme a la Ley de Bases de la Descentralización.

2.2. Organizar la señalización y nomenclatura de vías, en coordinación con las municipalidades distritales.

2.3. Ejercer la función de supervisión del servicio público de transporte provincial de su competencia, contando con el apoyo de la Policía Nacional asignada al control del tránsito.

2.4. Instalar, mantener y renovar los sistemas de señalización de tránsito en su jurisdicción y establecer la nomenclatura de vías, en coordinación con las municipalidades distritales.

3. Funciones específicas compartidas de las municipalidades distritales:

3.1. Establecer la nomenclatura y señalización de calles y vías de acuerdo con la regulación provincial y en coordinación con la municipalidad provincial.

3.2. Otorgar licencias para la circulación de vehículos menores y demás, de acuerdo con lo establecido en la regulación provincial."

Se observa que en armonía con el bloque de constitucionalidad municipal, las municipalidades tienen competencia para regular el transporte masivo público regular urbano e interurbano.

5. El resumen de los fundamentos de mi posición.

A la luz de los fundamentos hasta aquí expuestos, si la Municipalidad Provincial de Piura ha optado por regular diversos aspectos relacionados al transporte masivo público regular urbano e interurbano en la provincia de Piura, no es porque haya asumido funciones o competencias que no le corresponden, sino exactamente al revés: como parte de las obligaciones que inevitablemente le corresponden a partir de lo dispuesto en la Constitución y los precitados dispositivos de la Ley Orgánica de Municipalidades. No proceder con sujeción a ello o pretender desconocer una facultad como la descrita, sería vaciar de contenido la fórmula del Estado Constitucional Unitario Descentralizado.

Ahora bien, la participación del Tribunal Constitucional, como supremo órgano de control de la constitucionalidad, resulta sumamente importante en el estudio y en el análisis de las competencias constitucionalmente asignadas a las entidades de gobierno en todos sus niveles, en cuanto garante de la primacía normativa de la Constitución, tarea que conlleva garantizar la plena vigencia del Estado Constitucional Unitario Descentralizado al que todos aspiramos.

En el presente caso, se han sometido a juicio de constitucionalidad los artículos 9, 11, 15 y 19 de la Ordenanza 82-00-CMPP, emitida por el Concejo Provincial del Piura, por aparentemente colisionar la Constitución, en un supuesto de ejercicio de competencias exclusivas del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

En la normativa impugnada, la comuna emplazada ha regulado el plazo máximo de permanencia en el servicio de vehículos de transporte público y la categoría a la que deben pertenecer dichos vehículos para prestar este tipo específico de servicios de transporte en su jurisdicción.

A mi juicio, el artículo 9 impugnado no resulta inconstitucional por cuanto, por un lado, el gobierno provincial emplazado en el ejercicio de su autonomía política y de sus antes mencionadas competencias, ha decidido establecer un plazo de 10 años para la circulación de vehículos de transporte público, con la loable finalidad de generar la pronta renovación del parque automotor que brinda este servicio, norma que de manera directa beneficia a la población de la provincia de Piura al permitir el acceso a un mejor servicio de transporte (seguro y moderno) y materializar una política medio ambiental particular dentro del ámbito de su circunscripción.

De otro lado, los artículos 11 y 15 de la ordenanza impugnada regulan la tipología de vehículos que a nivel de la provincia de Piura se admiten para la prestación de servicios públicos de transporte, lo cual es armónico con su aludida autonomía y sus antes referidas competencias, y no interfiere con la política nacional en materia de transporte.

Por lo demás, hago hincapié que el que el artículo 19 de la Ordenanza 82-00-CMPP haya establecido un cronograma para la salida vehículos del parque automotor en la provincia de Piura es armónico con el ejercicio de sus competencias constitucionales y legales en materia de transporte.

6. La sentencia de mayoría y sus falencias.

Como lo señalé al empezar el presente voto singular la sentencia de mayoría:

6.1 Trasunta una visión centralista del país, ajena a la lógica y filosofía del Legislador Constituyente Peruano, que ha optado por la descentralización como principal instrumento de su desarrollo integral y armónico, a través básicamente de los gobiernos locales o municipales, a los que ha otorgado autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia; y ha asignado la competencia constitucional de planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, el urbanismo y el acondicionamiento territorial, así como el desarrollo y la regulación de actividades y servicios, entre otros importantes aspectos, en materia de transporte colectivo, circulación y transito.

6.2 Minimiza y desconoce tanto la descentralización, en cuanto proceso de desarrollo integral y armónico del país, como el rol constitucional de los gobiernos locales y sus competencias constitucionales, los cuales son instrumentos básicos de tal proceso.

6.3 Contempla una visión limitativa y restringida de la autonomía municipal, a pesar que se trata de una autonomía política, económica y administrativa; y no una visión amplia que haga posible una interpretación coherente y armónica con lo que podría denominarse el sistema constitucional de distribución de competencias, el cual implica una nueva concepción, dentro de la cual se incrementan las competencias y atribuciones de las municipalidades, así como se disminuyen y limitan las de otros entes estatales.

7. El sentido de mi voto.

Por las razones precedentemente expuestas y explicadas, definitivamente voto en contra de la sentencia de mayoría, que adopta una posición jurisprudencial noto-

riamente centralista, lesionando la competencia municipal de la Municipalidad Provincial de Piura para regular el servicio del transporte masivo público regular urbano e interurbano dentro de su circunscripción. Ello, en mi concepto, lejos de ser coherente, compatible y armónico con la Constitución, se distancia peligrosamente de ella, pues se aparta de los postulados constitucionales que informan al proceso de descentralización en el Perú.

S.
BLUME FORTINI

EXP. N.º 00020-2013-PI/TC
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA
AUTO- SUBSANACIÓN DE ERROR

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 5 de abril de 2018

VISTA

El escrito de fecha 23 de octubre de 2017, presentado por el procurador público especializado en materia constitucional, mediante el cual solicita la subsanación de la sentencia de este Tribunal de fecha 24 de enero de 2017; y,

ATENDIENDO A QUE

1. Mediante sentencia de fecha 24 de enero de 2017, este Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos 9, 11, 15 y 19 del "Reglamento del transporte masivo público regular de personas urbano e interurbano en la provincia de Piura", aprobado por la Ordenanza Municipal 82-00-CMPP, expedida por la Municipalidad Provincial de Piura y, en consecuencia, declaró inconstitucional parte de dichos artículos. Asimismo, declaró infundada la demanda en los demás extremos.

2. El artículo 121, primer párrafo del Código Procesal Constitucional, establece de modo expreso lo siguiente:

> 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. Mediante escrito de fecha 23 de octubre de 2017, el procurador público especializado en materia constitucional solicita la subsanación de la sentencia antes mencionada alegando que todos los extremos de la demanda fueron acogidos en sentido favorable por el Tribunal Constitucional, por lo que correspondería que la demanda fuera declarada fundada en su totalidad y no fundada en parte como se consigna en el fallo.

4. La sentencia constitucional en mención fue notificada a la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos mediante Oficio 157-2017-SR/TC el 12 de octubre de 2017 y publicada en el diario oficial *El Peruano* el 19 de octubre del mismo año.

5. Atendiendo a la fecha de la notificación, y considerando que la solicitud de subsanación fue presentada el 23 de octubre de 2017, se concluye que esta deviene en improcedente por haber sido interpuesta fuera del plazo establecido.

6. No obstante lo anterior, este Tribunal advierte que no existe error por subsanar, toda vez que, si bien se declaran inconstitucionales los artículos alegados, una parte del petitorio se basa en que se declare que las normas regionales y locales de similar contenido carecen de efectos jurídicos por contravenir la jurisprudencia de este Tribunal, lo cual fue desestimado dado que el Tribunal Constitucional no puede extender el efecto de su sentencia a normas indeterminadas que no hayan sido materia de impugnación; por ello, la demanda se declaró fundada en parte.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú y sin la intervención del exmagistrado Urviola Hani, al haber cesado en el cargo. Se deja constancia que el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votará en fecha posterior.

RESUELVE

Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de subsanación de error presentada por el procurador público especializado en materia constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ

EXP. N.º 00020-2013-PI/TC
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA
AUTO- SUBSANACIÓN DE ERROR

VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido en declarar improcedente la solicitud de subsanación presentada, en tanto y en cuanto dicha solicitud fue alcanzada fuera del plazo establecido para el trámite de ese tipo de solicitudes.

Lima, 14 de mayo de 2018

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP N [0] 0020-2013-PI/TC LIMA

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 21 de agosto de 2013

La demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el presidente de la República, por intermedio del procurador público especializado en materia constitucional, don Luis Alberto Huerta Guerrero, contra los artículos 9, 11, 15 y 19 de la Ordenanza Municipal 82- OO-OMPP, expedida por la Municipalidad Provincial de Piura, publicada el 21 de octubre de 2011 en el diario La República; y,

ATENDIENDO A:

1. Que con fecha 7 de agosto de 2013, la parte accionante interpone demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 9, 11, 15 y 19 de la Ordenanza Municipal 82- 00-CMPP, alegando que dichas disposiciones afectan las competencias del Ministerio de Transportes y Comunicaciones en materia del servicio de transporte de personas, al haberse arrogado la Municipalidad emplazada competencias para regular la antigüedad y condiciones técnicas de los vehículos que prestan este servicio

2. Que el análisis que realice este Colegiado de la demanda interpuesta debe basarse en los criterios de procedibilidad y admisibilidad establecidos en la Constitución y en el Código Procesal Constitucional

3. Que en este sentido, a fojas 37 obra la certificación de fecha 12 de octubre de 2011, expedida por el secretario del Consejo de Ministros, en la que consta la autorización dada por el presidente de la República al Ministro de Transporte *y* Comunicaciones para interponer la presente demanda, mientras que a felfas 38 corre la Resolución Ministerial 371-2013-MTC/01, de fecha 25 de junk^oe 2013, mediante la cual se delega al procurador público especializado en matera constitucional la interposición de la demanda de autos, cumpliéndose, por lo tarjíéyío dispuesto en el artículo 102.1 del Código Procesal Constitucional.

4. Que, en conclusión, de autos se advierte que la demanda ha cumplido los requisitos previstos en el Código Procesal Constitucional, por lo que corresponde admitirla a trámite.

5. Que, en consecuencia, debe correrse traslado de la demanda a la Municipalidad Provincial de Piura conforme a lo establecido en el artículo 107.4 del Código Procesal Constitucional para que se apersone al proceso y formule sus alegatos.

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

RESUELVE

ADMITIR a trámite la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el presidente de la República, por intermedio del procurador público especializado en materia constitucional, contra los artículos 9, 11, 15 y 19 de la Ordenanza Municipal 82-00-CMPP, corriéndose traslado de la demanda a la Municipalidad Provincial de Piura conforme a lo establecido en el artículo 107.4 del Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

Sentencia 0016-2013-PI/TC

Proceso de inconstitucionalidad contra los artículos 36 y 37 del Decreto Legislativo 1141, de Fortalecimiento y Modernización del Sistema de Inteligencia Nacional (SINA) y de la Dirección Nacional de Inteligencia (DINI).

Fecha de publicación de la sentencia en el Portal Oficial del TC:
22 de diciembre de2017.

Fecha de publicación de la sentencia en el diario oficial *El Peruano*:
24 de enero del 2018.

Fecha de publicación del auto 1 de admisibilidad en el Portal Oficial del TC:
02 de octubre del 2013.

Fecha de publicación del auto 2 de admisibilidad en el Portal Oficial del TC:
23 de enero del 2014.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda de autos y, resultado de ello, declaró inconstitucionales los artículos 36.1 y del 37.1 al 37.4 del Decreto Legislativo 1141, de Fortalecimiento y Modernización del Sistema de Inteligencia Nacional. Dicha declaración no resultó unánime, pues presentó los votos a favor de los magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Urviola Hani, Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera, y el voto en contra del magistrado Sardón de Taboada. Este último discrepó respecto de establecer una *vacatio sententiae* descrita en el fundamento 35 de la sentencia. Por último, el Tribunal declaró improcedente la demanda por sustracción de la materia justiciable respecto de los artículos 36.2, 36.3 y 36.4 del Decreto Legislativo 1141. Vale acotar además que el magistrado Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, en el fundamento de su voto, desarrolló los alcances de la «constitucionalización de la política» y, en ese contexto, precisiones con relación al margen de acción de acompañamiento a la labor del legislador que se realiza desde la judicatura constitucional de la labor parlamentaria. De otro lado, se deja constancia de que el magistrado Ramos Núñez votó en fecha posterior al igual que la mayoría de los magistrados.

Con respecto al cuerpo normativo de la sentencia, en esta se aborda la jerarquía normativa que tiene en nuestro ordenamiento constitucional el reglamento del Congreso de la República. Se llega a la conclusión que es una norma jurídica que tiene rango de ley, pues se trata de una fuente primaria del derecho y, como tal, solo se somete a la Constitución, en base al fundamento 1 del Expediente 00006-2003-PI/TC. Se afirma, en base al fundamento 10 del Expediente 0005-2003-PI/TC, que el concepto de rango de ley hace referencia a las fuentes a las que se ha calificado como tales y a aquellas que se ubican dentro del ordenamiento en el grado inmediatamente inferior al que ocupa la Constitución.

Asimismo, se sositiene que el Congreso de la República puede hacer uso de su propia autonomía normativa, ya que se encuentra constitucionalmente habilitado para autorregular su organización y funcionamiento, en base al principio de autonormatividad reglamentaria. Su fundamento se expresa a la luz de los principios básicos del marco constitucional. El resultado de gozar de esta autonomía es poner freno a las trabas que pudieran derivarse de la intervención de los demás poderes del Estado.

En tal sentido, el TC admite el control de constitucionalidad del Reglamento del Congreso a través de una demanda de inconstitucionalidad, e integra al bloque de constitucionalidad para efectos de determinar la forma en que la ley debe ser emitida, tal como hace referencia el fundamento 12 del Expediente 00003 -2008-PI/TC.

En virtud de su fuerza de ley, expresamente contenido en el artículo 94 de la Constitución, se reconoce la capacidad del Reglamento del Congreso, en primer lugar, afirma la sentencia, para innovar *in suo ordine* y dentro de los límites de la Constitución el ordenamiento jurídico, y, en segundo lugar, para resistir frente a modificaciones, suspensiones o derogaciones por parte de otras fuentes.

En los fundamentos 16 y 17 de la sentencia se desarrollan las consecuencias de que el reglamento en cuestión sea una norma con rango y fuerza de ley. Se afirma que, de conformidad con el fundamento 15 del Expediente 00005-2003-PI/TC, se afirma que, a consecuencia de lo expuesto, precisamente, este Tribunal Constitucional entendió que mediante una ley o un decreto legislativo no se podría modificar una materia cuyo desarrollo fue reservado, por la Constitución, al reglamento parlamentario; y ni siquiera, por supuesto, con otra categoría normativa de rango inferior. Concluye la sentencia, en consecuencia, que el reglamento del Congreso es una norma con rango y fuerza de ley, indiscutiblemente reconocidos por la Constitución. Restaría determinar a continuación si tiene, además, carácter de ley orgánica.

El sustento bajo el cual se afirma que el reglamento del Congreso goza de una naturaleza equivalente a una ley orgánica se halla expuesta en la sesión del 11 de octubre de

2007del Pleno del Congreso, que aprobó el Informe 02-2007-2008-CCYR/P.JVQ-CR de la Comisión de Constitución y Reglamento, en el que concluyó lo siguiente: «El Reglamento del Congreso es una fuente formal de Derecho que tiene naturaleza de Ley Orgánica», y, como consecuencia de ello, añadió: «La aprobación y modificación del Reglamento del Congreso de la República debe efectuarse mediante el voto conforme de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso».

Por consiguiente, el Tribunal afirma que un decreto legislativo no puede incidir de un modo constitucionalmente legítimo en el Reglamento del Congreso porque solo al Congreso le corresponde aprobar la regulación de su estructura y funcionamiento.

Sobre el fundamento de las premisas expuestas, se concluye en el fundamento 31 que las demás disposiciones legales impugnadas del Decreto Legislativo 1141 inciden en las funciones de la Comisión de Inteligencia del Congreso de la República (artículo 36.1) y su composición (artículos 37.1 al 37.4), por lo que corresponde declarar su inconstitucionalidad.

Se advirtió además que, atendiendo a la importancia de los temas objeto de regulación (funciones y composición de la Comisión de Inteligencia del Congreso de la República), y para evitar las consecuencias graves que podría generar la eficacia inmediata de la presente sentencia estimatoria, el Tribunal Constitucional consideró que deberá establecerse una *vacatio sententiae* de los artículos 36.1 y del 37.1 al 37.4 del Decreto Legislativo 1141, hasta finalizar la segunda legislatura ordinaria del periodo 2017-2018. Por consiguiente, el Poder Legislativo, conforme a sus competencias, deberá realizar las respectivas modificaciones de su Reglamento o la ley que estime pertinente para subsanar la inconstitucionalidad que se declaró en la sentencia analizada.

La sentencia declara fundada en parte la demanda de autos y, resultado de ello, inconstitucionales los artículos 36.1 y del 37.1 al 37.4 del Decreto Legislativo 1141, de Fortalecimiento y Modernización del Sistema de Inteligencia Nacional.

Temas claves: Reglamento del Congreso de la República — rango de ley — fuerza de ley— jerarquía de las normas.

PLENO JURISDICCIONAL
EXPEDIENTE 0016-2013-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Del 17 de enero de 2017

Congresistas de la República c. Poder Ejecutivo

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 36 y 37 del Decreto Legislativo 1141, de Fortalecimiento y Modernización del Sistema de Inteligencia Nacional (SINA) y de la Dirección Nacional de Inteligencia (DINI).

Magistrados firmantes:

SS.
MIRANDA CANALES
LEDESMA NARVÁEZ
URVIOLA HANI
BLUME FORTINI
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

TABLA DE CONTENIDOS

CUESTIONES PRELIMINARES 3

PETITORIO CONSTITUCIONAL 3

DEBATE CONSTITUCIONAL 3

Demanda 4

Contestación de la demanda 4

FUNDAMENTOS 5

Regulación de la Comisión de Inteligencia del Congreso de la República 5

Autonomía normativa del Congreso de la República 7

El Reglamento del Congreso en la Constitución 8

El Reglamento del Congreso como norma con rango de ley 9

Análisis de las disposiciones impugnadas 10

Efectos temporales de la sentencia de inconstitucionalidad 11

FALLO 12

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 17 días del mes de enero de 2017, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Urviola Hani, Blume Fortini, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, que se agrega. Se deja constancia de que el magistrado Ramos Núñez votará en fecha posterior.

CUESTIONES PRELIMINARES

PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 8 de julio de 2013, el 25 % del número legal de congresistas de la República, a través de su apoderado, interponen la presente demanda de inconstitucionalidad. Tras alegar la violación de los artículos 43, 94, 104 y 106 de la Constitución y del bloque de constitucionalidad que los desarrollan, plantean el siguiente *petitum*:

- Declarar la inconstitucionalidad formal de los artículos 36 y 37 del Decreto Legislativo 1141, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 11 de diciembre de 2012.
- Declarar la inconstitucionalidad material de los artículos 36 y 37 del Decreto Legislativo 1141, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 11 de diciembre de 2012.

En defensa de la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas, con fecha 17 de marzo de 2014, el Poder Ejecutivo, a través del procurador público especializado en materia constitucional, contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, por lo que solicita que la misma sea declarada infundada.

Por otro lado, merece anotar que el artículo 1 de la Ley 30535, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 10 de enero de 2017, modificó los artículos 36.2, 36.3 y 36.4 del Decreto Legislativo 1141, objeto de impugnación en este proceso.

DEBATE CONSTITUCIONAL

Los demandantes y el demandado postulan una serie de razones o argumentos sobre la constitucionalidad de las disposiciones legales objetadas que, a manera de epítome, se presentan a continuación.

Demanda

La demanda interpuesta por el 25 % del número legal de congresistas de la República está dirigida a cuestionar la constitucionalidad de los artículos 36 y 37 del Decreto Legislativo 1141, sustentándose en los siguientes argumentos:

- En cuanto a la inconstitucionalidad formal, refieren que, de acuerdo a la jurisprudencia de este Tribunal (Expedientes 00047-2004-PI/TC y 00001-2009-AI/TC), el Reglamento del Congreso tendría la naturaleza de ley orgánica, por lo que, de conformidad con el artículo 106 de la Constitución, mal puede una norma con rango de ley ordinaria (decreto legislativo) regular una materia reservada a una ley orgánica, máxime si los artículos 101 y 104 de la Constitución prohíben que el Congreso delegue facultades al Ejecutivo en materias relativas a leyes orgánicas

- En cuanto a la inconstitucionalidad material, refieren que las disposiciones impugnadas contravienen los artículos 43 y 94 de la Constitución, toda vez que el Congreso goza de autonomía normativa para regular sus funciones, competencias y organización. Así, corresponde al Reglamento del Congreso, y no a un decreto legislativo, la regulación del funcionamiento, competencias y composición de la Comisión de Inteligencia, en tanto es un órgano parlamentario que forma parte de su estructura (artículos 22, inciso a; 34, y 35 del Reglamento del Congreso).

- Por último, las disposiciones cuestionadas recortarían las funciones fiscalizadoras de la referida Comisión de Inteligencia —reconocidas anteriormente en la Ley 28664—, al establecer que esta solo tiene competencia para tomar conocimiento del Plan de Inteligencia Nacional (PIN), los Planes Institucionales de Inteligencia (PII), y demás políticas sobre la materia. Enfatizan que ello atenta contra las potestades fiscalizadoras del Congreso, las cuales se desprenden de los artículos 96 de la Constitución y 23 del Reglamento del Congreso, y han sido reconocidas en el Expediente 00156-2012-PHC/TC, así como contra los principios democráticos de transparencia, rendición de cuentas y lucha contra la corrupción.

Contestación de la demanda

Dado que lo que se impugna es un decreto legislativo, la defensa de su constitucionalidad corresponde al Poder Ejecutivo, a través de su apoderado, quien en mérito de la Resolución Suprema 143-2012-JUS, de fecha 12 de octubre de 2012, contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos con base en los siguientes argumentos:

- En relación a la inconstitucionalidad formal, señala que tanto el Decreto Legislativo como el Reglamento del Congreso son normas con rango de ley y, por ello, tanto las leyes ordinarias como las orgánicas gozan de la misma jerarquía legal (fundamento 16 de la Sentencia 0022-2004-AI/TC), por lo que no existiría un problema de relevancia constitucional cuando una norma con rango de ley entra en aparente colisión con una ley orgánica.
- Desde esta perspectiva, la reserva prevista en el artículo 106 de la Constitución solo aplicaría para la regulación de las entidades previstas en la Constitución, más no para las particularidades de los órganos que integran dichas entidades, como es el caso de las facultades de la Comisión de Inteligencia o de los ministerios que integran el Poder Ejecutivo. Por tanto, las disposiciones impugnadas serían constitucionales, toda vez que no regulan ni modifican la estructura del Congreso de la República, en la que ya estaba contemplada la existencia de dicha comisión.
- De otro lado, sostiene que las disposiciones impugnadas no implican una reforma sustancial a las facultades de la Comisión de Inteligencia del Congreso, anteriormente reguladas por los artículos 21 y 22 de la Ley 28664. Así, la redacción del anterior artículo 22 y la del actual artículo 37 serían idénticas, y entre el anterior artículo 21 y el vigente artículo 36 no se advertirían modificaciones sustantivas, a pesar de su distinta redacción.
- En ese sentido, en cuanto a la presunta afectación de los artículos 43 y 94 de la Constitución, sostiene que el Poder Ejecutivo solo ha ejercido su competencia para dirigir el Sistema de Defensa Nacional, al cual pertenece el Sistema Nacional de Inteligencia (artículos 118.o, inciso 14, y 164 de la Constitución), por lo que la regulación de las facultades de la comisión congresal no constituye una violación a la autonomía del Congreso.

FUNDAMENTOS

1. A la luz de los argumentos expuestos, se hace necesario determinar la naturaleza del Reglamento del Congreso como fuente del derecho y, a partir de lo anterior, si la composición y funciones de las comisiones parlamentarias pueden ser modificadas por medio de un decreto legislativo.

Regulación de la Comisión de Inteligencia del Congreso de la República

2. Los artículos 36 y 37 del Decreto Legislativo 1141 regulan la organización y funciones de la Comisión de Inteligencia del Congreso de la República, estableciendo lo siguiente:

> Artículo 36.- Control por la Comisión de Inteligencia del Congreso de la República y funciones
>
> 36.1 La Comisión de Inteligencia del Congreso de la República ejerce la fiscalización y control de las actividades del Sistema de Inteligencia Nacional - SINA.
>
> 36.2 La Comisión de Inteligencia puede requerir información clasificada y no clasificada a todos los componentes del Sistema de Inteligencia Nacional - SINA, por intermedio de la Dirección Nacional de Inteligencia - DINI, así como disponer investigaciones de oficio. Asimismo, puede requerir información clasificada a los Jueces Superiores Ad hoc.
>
> 36.3 La Comisión de Inteligencia, además de las funciones que realiza como Comisión Ordinaria del Congreso de la República, está facultada para:
>
> 36.3.1 Tomar conocimiento del Plan de Inteligencia Nacional - PIN y los Planes Institucionales de Inteligencia - PII, así como las políticas que sobre la materia emitan el ente rector y los componentes del Sistema de Inteligencia Nacional - SINA.
>
> 36.3.2 Solicitar un informe anual, con carácter secreto y por escrito, al ente rector del Sistema de Inteligencia Nacional - SINA, sobre las actividades de inteligencia programadas y ejecutadas por los componentes del Sistema de Inteligencia Nacional - SINA, de acuerdo al Plan de Inteligencia Nacional - PIN.
>
> 36.4 El Director de Inteligencia Nacional remitirá un informe anual a la Comisión de Inteligencia del Congreso de la República, sobre su gestión en el logro de metas y objetivos alcanzados.

> Artículo 37.- Composición de la Comisión de Inteligencia del Congreso de la República
>
> 37.1 La Comisión de Inteligencia del Congreso está integrada por no menos de cinco (05) ni más de siete (07) miembros permanentes elegidos por el Pleno del Congreso de la República, por todo el período parlamentario; respetando los criterios de pluralidad y especialidad; no pudiendo designarse miembros accesitarios.
>
> 37.2 Los miembros titulares de la Comisión de Inteligencia eligen anualmente a su Presidente. La reelección inmediata está permitida.
>
> 37.3 Los miembros de la Comisión de Inteligencia guardan secreto de la información clasificada de la que tomen conocimiento, aún después del término de sus funciones.
>
> 37.4 Las sesiones de la Comisión de Inteligencia tienen carácter de secretas cuando la naturaleza de los temas a tratar lo ameriten; en dicho caso sólo participan sus miembros permanentes, y por acuerdo mayoritario de los mismos, puede autorizarse la participación de alguno de sus pares.

3. Según la parte demandante, las disposiciones legales mencionadas adolecen de un vicio desde su origen, toda vez que la regulación del funcionamiento, competencias y composición de la Comisión de Inteligencia del Congreso le corresponde al Reglamento del Congreso, no a un decreto legislativo, en tanto se trata de un órgano parlamentario que forma parte de su estructura (artículos 22.a, 34 y 35 del Reglamento del Congreso).

4. Añaden que este Tribunal ha admitido la naturaleza jurídica de ley orgánica del Reglamento del Congreso (Expedientes 00047-2004-PI/TC y 00001-2009-PI/TC), por lo que, de conformidad con el artículo 106 de la Constitución, un decreto legislativo (norma con rango de ley ordinaria) no podría regular una materia reservada a ley orgánica, máxime si los artículos 101 y 104 del mismo cuerpo normativo prohíben que el Congreso delegue facultades al Poder Ejecutivo en materias relativas a leyes orgánicas.

5. El demandado, por su parte, sostiene que la reserva prevista en el artículo 106 de la Constitución solo aplicaría para la regulación de las entidades previstas en la Constitución, mas no para las particularidades de los órganos que integran dichas entidades, como es el caso de las facultades de la Comisión de Inteligencia del Congreso o de los ministerios que integran el Poder Ejecutivo.

6. Precisa, además, que el decreto legislativo y el Reglamento del Congreso son normas con rango de ley, y que tanto las leyes ordinarias como las orgánicas gozan de la misma jerarquía legal (fundamento 16 de la Sentencia 022-2004-AI/TC), por lo que no existe un problema de relevancia constitucional cuando una norma con rango de ley entra en aparente colisión con una ley orgánica. Además, el propio Tribunal ha establecido que no todas las normas del Reglamento del Congreso tienen las características de una ley orgánica (fundamento 18 del Expediente 00013-2009-PI/TC).

Autonomía normativa del Congreso de la República

7. Según los artículos 3 y 43 de la Constitución, se configura como un Estado democrático de Derecho, y su gobierno se organiza según el principio de separación de poderes. Este sistema de equilibrio y distribución de funciones, que se limita de modo recíproco, sin que ello implique entorpecerse innecesariamente, constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos y un límite al poder frente al absolutismo y la dictadura (fundamento 12 del Expediente 00005-2006-PI/TC).

8. Mediante el principio de separación de poderes se pretende asegurar que estos desarrollen sus competencias con arreglo al principio de corrección funcional; es decir, sin interferir con las competencias de otros, pero entendiendo, a su vez, que todos ejercen una función complementaria en la consolidación de la fuerza normativa de la Constitución (artículos 38, 45 y 51). Es por ello que la separación de poderes que configura nuestra Constitución no es absoluta, sino que, de acuerdo con su evolución, también implica al principio de colaboración de poderes (fundamento 24 del Expediente 00004-2004-CC/TC; fundamento 12 del Expediente 00005-2006-PI/TC).

9. Desde esa perspectiva, el artículo 94 de la Constitución consagra una disposición constitutiva que reconoce la autonomía normativa, económica, administrativa y política del Congreso de la República, al disponer lo siguiente:

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

Ello ha sido reiterado expresamente en el artículo 3 del Reglamento del Congreso.

10. Precisamente, en uso de esa autonomía normativa, el Congreso de la República se encuentra constitucionalmente habilitado para autorregular su organización y funcionamiento (principio de autonormatividad reglamentaria), a la luz de los principios básicos y dentro del marco constitucional, poniendo freno a las interferencias que pudieran derivarse de la intervención de los demás poderes del Estado.

El Reglamento del Congreso en la Constitución

11. La Constitución vigente hace referencia al Reglamento del Congreso en diversas oportunidades a lo largo de su articulado.

    a. Artículo 94: El Congreso elabora y aprueba su Reglamento, que tiene fuerza de ley; elige a sus representantes en la Comisión Permanente y en las demás comisiones; establece la organización y las atribuciones de los grupos parlamentarios; gobierna su economía; sanciona su presupuesto; nombra y remueve a sus funcionarios y empleados, y les otorga los beneficios que les corresponden de acuerdo a ley.

    b. Artículo 96: "El pedido de informe que formulen los Congresistas a los demás órganos […] se hace por escrito y de acuerdo con el Reglamento del Congreso";

    c. Artículo 101, inciso 5: Entre las atribuciones de la Comisión Permanente se encuentran "Las demás que le asigna la Constitución y las que le señala el Reglamento del Congreso";

    d. Artículo 105: "Ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso […]";

    e. Artículo 200, inciso 4: Son garantías constitucionales "La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso […]".

12. De lo expuesto se deriva, sin lugar a dudas, que en nuestro ordenamiento constitucional el Reglamento del Congreso es una norma jurídica que tiene rango de ley.

13. Se trata de una fuente primaria del derecho y, como tal, solo se somete a la Constitución (fundamento 1 del Expediente 00006-2003-AI/TC). El concepto de rango de ley alude a que las fuentes a las que se ha calificado como tales se

ubican en el ordenamiento en el grado inmediatamente inferior al que ocupa la Constitución (fundamento 10 del Expediente 00005-2003-AI/TC).

14. En mérito a dicho rango de ley es que se admite el control de constitucionalidad del Reglamento del Congreso a través de una demanda de inconstitucionalidad, además de considerarlo como parte del bloque de constitucionalidad para determinar la forma en que una ley debe ser emitida (fundamento 12 del Expediente 00003-2008-PI/TC).

15. Por otra parte, y en virtud de su *fuerza de ley*, expresamente establecida en el artículo 94 de la Constitución, se reconoce la capacidad del Reglamento del Congreso, en primer lugar, para innovar *in suo ordine* y dentro de los límites de la Constitución el ordenamiento jurídico, y, en segundo lugar, para resistir frente a modificaciones, suspensiones o derogaciones por parte de otras fuentes.

16. Por ello, precisamente, este Tribunal Constitucional entendió que mediante una ley o un decreto legislativo no se podría modificar una materia cuyo desarrollo fue reservado, por la Constitución, al reglamento parlamentario; y tampoco, por supuesto, con otra categoría normativa de rango inferior (fundamento 15 del Expediente 00005-2003-AI/TC).

17. Se puede concluir entonces que el reglamento del Congreso es una norma con rango y fuerza de ley, indiscutiblemente reconocidos por la Constitución. Habría que determinar a continuación si tiene, además, carácter de ley orgánica.

El Reglamento del Congreso como norma con rango de ley

18. De acuerdo con el artículo 106 de la Constitución: "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".

19. El Reglamento del Congreso precisa las funciones de este poder del Estado y de sus órganos, como la Comisión Permanente. Además, define su organización y funcionamiento, establece los derechos y deberes de los Congresistas y regula los procedimientos parlamentarios.

20. Está claro entonces que, en virtud de la materia regulada ("la estructura y funcionamiento" de uno de los poderes del Estado), el Reglamento del Congreso posee una naturaleza equivalente a una ley orgánica, y no se la denomina ley, sino Reglamento, por cuanto tiene la particularidad de que es el único organismo que aprueba la ley orgánica para sí mismo y porque, como ya se señaló, no cabe en este caso la posibilidad de que tal materia sea observada por el Poder Ejecutivo.

21. Asimismo, este Tribunal tiene decidido lo siguiente:

> […] la estructura y funcionamiento de los Poderes del Estado gozan de reserva de ley orgánica de acuerdo a los siguientes criterios. En el caso del Congreso de la República, *prima facie*, debe considerarse que, conforme al artículo 94° de la Constitución, el Congreso de la República se regula por su reglamento, que tiene fuerza de ley, constituyendo este hecho una excepción a la regla de que, en principio, los Poderes del Estado se regulan por ley orgánica. Sin embargo, es pacífico asumir que dicho reglamento goza de naturaleza equivalente a la ley orgánica (Expediente 00022-2004-AI/TC, fundamento 23).

22. Coincidentemente con lo antes expuesto, en la sesión del 11 de octubre de 2007, el Pleno del Congreso aprobó el Informe 02-2007-2008-CCYR/P.JVQ-CR de la Comisión de Constitución y Reglamento, mediante el que se concluyó lo siguiente: "El Reglamento del Congreso es una fuente formal de Derecho que tiene naturaleza de Ley Orgánica", y, como consecuencia de ello, añadió: "La aprobación y modificación del Reglamento del Congreso de la República debe efectuarse mediante el voto conforme de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso".

23. Por lo expuesto, podemos concluir que el reglamento del Congreso goza de una naturaleza equivalente a una ley orgánica.

Análisis de las disposiciones impugnadas

24. Habiendo quedado establecido que el Reglamento del Congreso tiene una naturaleza equivalente a una ley orgánica, solo resta constatar si las disposiciones cuestionadas del Decreto Legislativo 1141 inciden en la estructura y funcionamiento del Parlamento.

25. Este Tribunal Constitucional entiende que corresponde al Reglamento del Congreso el establecimiento y desarrollo de las diferentes clases de comisiones parlamentarias (ordinarias, de investigación, especiales y de ética), su organización y reglas de conformación, así como las funciones que resultan inherentes a cada una de ellas, en aras de garantizar la autonomía funcional de esta entidad y de los órganos internos que la componen.

26. Por otra parte, los decretos legislativos no tienen un rango superior al Reglamento del Congreso, pues ambos tipos de normas tienen rango de ley, pero los primeros no pueden alterar las disposiciones del segundo.

27. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el artículo 104 de la Constitución establece que la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo no puede incluir aquellas materias que son indelegables a la Comisión Permanente. Dichas materias, según el inciso 4 del artículo 101 de la Constitución, son la reforma constitucional, y la aprobación de tratados internacionales, de leyes orgánicas, de la Ley de Presupuesto y de la Ley de la Cuenta General de la República.

28. Queda claro, entonces, que un decreto legislativo no puede incidir de un modo constitucionalmente legítimo en el Reglamento del Congreso porque solo al Congreso le corresponde aprobar la regulación de su estructura y funcionamiento dentro del marco constitucional, algo que puede ser controlado por la vía del proceso de inconstitucionalidad, conforme al inciso 4 del artículo 200 de la Constitución, ya glosado.

29. Concordante con las disposiciones anteriores, el artículo 75 del Código Procesal Constitucional establece lo siguiente:

> Por contravenir el artículo 106 de la Constitución, se puede demandar la inconstitucionalidad, total o parcial, de un decreto legislativo, decreto de urgencia o ley que no haya sido aprobada como orgánica, si dichas disposiciones hubieren regulado materias reservadas a ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una ley aprobada como tal.

30. De otro lado, conviene anotar que los artículos impugnados 36.2, 36.3 y 36.4 del Decreto Legislativo 1141 han sido modificados por el artículo 1 de la Ley 30535, aprobada por 104 congresistas, y publicada en el diario oficial *El Peruano* el 10 de enero de 2017. Dicha fuente normativa ha sido emitida por el Congreso de la República con el número de votos requerido para aprobar una ley orgánica, conforme se puede apreciar del Diario de los Debates de fecha 15 de diciembre de 2016. Así, dado que ha sido emitida por la autoridad competente y de acuerdo al procedimiento establecido, se aprecia que se ha producido la sustracción de la materia justiciable respecto de las disposiciones legales antes mencionadas y, por tanto, corresponde declarar la improcedencia de la demanda en tales extremos.

31. Con base en todo lo anterior, este Tribunal concluye que las demás disposiciones legales impugnadas del Decreto Legislativo 1141 inciden en las funciones de la Comisión de Inteligencia del Congreso de la República (artículo 36.1) y su composición (artículos 37.1 al 37.4), por lo que corresponde declarar su inconstitucionalidad .

Efectos temporales de la sentencia de inconstitucionalidad

32. En cuanto a los efectos de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley, cabe mencionar que el artículo 204 de la Constitución establece lo siguiente:

> 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.

33. Como lo ha sostenido este Tribunal en el Expediente 00004-2006-PI/TC (fundamento 174), más allá de su distinta valoración, la potestad de los tribunales o cortes constitucionales de diferir los efectos de sus sentencias, de acuerdo a la naturaleza de los casos que son sometidos a su conocimiento, constituye, en la actualidad, un elemento de vital importancia en el Estado constitucional, pues se difiere con el objeto de evitar mayores efectos destructivos que podría generar la eficacia inmediata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, tendiéndose a aplazar o suspender los efectos de esta.

34. Ello, sin lugar a duda, no implica que el Tribunal Constitucional omita considerar los efectos de sus sentencias, sino todo lo contrario. Como sostiene Zagrebelsky, esta potestad de diferir los efectos de sus decisiones, "empleada con prudencia y, al mismo tiempo, con firmeza por parte de la Corte Constitucional, sería una demostración de un poder responsable y consciente de las consecuencias". "[E]l orden y la gradualidad en la transformación del derecho son exigencias de relevancia, no simplemente de hecho, sino constitucional". Es por ello que "La Corte no puede desinteresarse de los efectos de los pronunciamientos de inconstitucionalidad, cuando éstos pueden determinar consecuencias que transtornen aquel orden y aquella gradualidad. En tales casos ella no puede observar pura y simplemente —es decir, ciegamente— la eliminación de la ley inconstitucional, tanto para el pasado como para el futuro. La ética de la responsabilidad exige esta atención" [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].

35. En el presente caso, atendiendo a la importancia de los temas objeto de regulación (funciones y composición de la Comisión de Inteligencia del Congreso de la República) y para evitar las consecuencias graves que podría generar la eficacia inmediata de la presente sentencia estimatoria, el Tribunal Constitucional consi-

dera que debe establecerse una *vacatio sententiae* de los inconstitucionales artículos 36.1 y 37.1 al 37.4 del Decreto Legislativo 1141, hasta la segunda legislatura ordinaria del periodo 2016-2017, de modo que el Poder Legislativo, conforme a sus competencias, realice las respectivas modificaciones de su Reglamento o la ley que estime pertinente para subsanar la inconstitucionalidad que aquí se declara.

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 autos; y, en consecuencia, **INCONSTITUCIONALES** los artículos 36.1 y 37.1 al 37.4 del Decreto Legislativo 1141, de Fortalecimiento y Modernización del Sistema de Inteligencia Nacional.

2. Con los votos a favor de los magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Urviola Hani, Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera, y el voto en contra del magistrado Sardón de Taboada, establecer una *vacatio sententiae* de la inconstitucionalidad declarada hasta la segunda legislatura ordinaria del periodo 2016-2017, para que el Poder Legislativo dicte la respectiva normatividad conforme a lo expuesto en el fundamento 35 de la presente sentencia.

3. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda por sustracción de la materia justiciable respecto de los artículos 36.2, 36.3 y 36.4 del Decreto Legislativo 1141.

Publíquese y notifíquese.

SS.
MIRANDA CANALES
LEDESMA NARVÁEZ
URVIOLA HANI
BLUME FORTINI
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Coincido con el fallo y con la fundamentación de la sentencia, pero discrepo de la decisión de mis colegas de declarar una *vacatio sententiae*.

Los artículos 36.1, 37.1 y 37.4 del Decreto Legislativo 1141 son inconstitucionales por vulnerar la autonomía del Congreso de la República y el principio de reserva de ley orgánica. El funcionamiento de las comisiones congresales debe ser regulado por el Reglamento del Congreso, según se desprende de los artículos 94, 101.4 y 104 de la Constitución.

Sin embargo, en vez de expulsarlas del ordenamiento jurídico, mis colegas optan por suspender los efectos de la sentencia hasta el fin de la segunda legislatura ordinaria del periodo 2017-2018, aludiendo a un riesgo — no especificado — de que se generen "consecuencias graves" (*cfr.* fundamento 35).

Ciertamente, este Tribunal Constitucional puede modular los efectos de sus sentencias en el tiempo, para evitar que se genere una inconstitucionalidad mayor a la que se busca resolver. Empero, no existe tal riesgo en este caso. La Comisión de Inteligencia del Congreso deriva su existencia del artículo 35 del Reglamento del Congreso, no del Decreto Legislativo 1141. Por tanto, dicha comisión podrá seguir funcionando incluso si los efectos de la sentencia fueran inmediatos.

Evidentemente, mis colegas optan por establecer una *vacatio sententiae* e invitan al Congreso a reproducir en su reglamento las normas declaradas inconstitucionales porque valoran positivamente dichas normas. Empero, no corresponde a este Tribunal Constitucional tener iniciativa para reformar el reglamento del Congreso en un sentido u otro. Ello corresponde solo al propio Congreso.

Por tanto, atendiendo al principio de corrección funcional, me aparto de los fundamentos 32 a 35 y del segundo punto resolutivo de la sentencia.

S.
SARDÓN DE TABOADA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Anotaciones sobre los alcances de la "constitucionalización de la política", y en ese contexto, acerca del margen de acción ante la interpretación conforme a la constitución de la labor parlamentaria

1. Si bien coincido con el sentido de lo resuelto en este caso, máxime luego de que han incluido algunas necesarias correcciones a la propuesta original, creo pertinente realizar ciertas anotaciones en función a diversos aspectos abordados en esta controversia. La primera de ellas se encuentra relacionada con los alcances de lo que muchos han denominado "constitucionalización de la política". La segunda se refiere a que conviene hacer a nivel de este Tribunal para garantizar el cumplimiento de sus sentencias. Pasaré entonces a pronunciarme sobre ambos temas de inmediato.

2. Como he dicho en más de una ocasión, no cabe duda que Derecho y política son distintos, pero también debe quedar claro que en el Estado Constitucional ningún quehacer, lo cual incluye también a la labor de organismos conformados por políticos elegidos por el pueblo como nuestro Congreso, puede darse al margen de parámetros constitucionales.

3. Esta "constitucionalización de la política", por cierto, no puede ni debe entenderse como una politización de la judicatura, sea ésta ordinaria o constitucional. Conviene entonces tener presente el sentido de esta "constitucionalización de la política". Y es que hoy el juez o jueza constitucional, responsable de interpretar una norma tan particular como la Constitución (dirigida a guiar al quehacer jurídico, económico, social o cultural de una sociedad y un Estado determinado), no solamente debe tutelar la voluntad general, sino debe poner un especial énfasis en la protección de los derechos de las minorías, garantizando con ello, entre otros factores, una limitación del poder (en sus diversas expresiones). Esto último a su vez se traduce en la distribución de funciones y el establecimiento de mecanismos de control al ejercicio de estas funciones.

4. Eso no convierte al juez o a la jueza constitucional en constituyente. Le lleva a ser el garante jurídico del marco previsto por el constituyente (o de la comprensión

del mismo luego de una lectura convencionalizada de la Constitución), protegiendo lo allí previsto o comprendiendo que lo que se venga de acuerdo con lo establecido en ese escenario.

5. No le convierte por cierto tampoco en congresista, sino en alguien que acompaña al congresista en el esfuerzo que este representante hace para cumplir sus importantes tareas dentro de parámetros constitucionales.

6. Ya en el caso peruano hemos tenido varias expresiones de esta labor de acompañamiento, la cual, por cierto, también se da y debe darse frente a la labor de otros órganos, como, por ejemplo los pertenecientes al ámbito del gobierno nacional o los gobiernos subnacionales. De un lado, e incluso con esta actual composición del Tribunal Constitucional del Perú, se ha hecho una interpretación y un control sobre el iter procedimental seguido, la competencia de los órganos u organismos involucrados y el contenido de diversas políticas públicas en cuya conformación ha cumplido un papel central lo previsto en leyes dictadas por el Congreso. En este sentido tenemos, por solamente citar dos cosas, lo resuelto frente a la Ley Universitaria o la Ley Servir.

7. Además, este Tribunal, respetando aquí no solamente parámetros constitucionales, sino también convencionales, se ha pronunciado sobre el ejercicio de facultades legisferantes en temas como el de la declaración de amnistía (caso Salazar Monroe).

8. En estos casos no es que el Tribunal se apropie de responsabilidades propias del Congreso cuando legisla, sino que el Tribunal en base a un análisis de revisión de cuestiones de procedimientos y competencias y de análisis de contenido (más en la línea de lo aplicado en los Estados Unidos desde "Baker versus Carr" o por la Corte Interamericana desde "Barrios Altos", antes que, por ejemplo, recurrir a mecanismos de control de la discrecionalidad administrativa) consagra una interpretación conforme a la Constitución (convencionalizada) y, en su caso, una declaración de inconstitucionalidad o inconvencionalidad como última ratio.

9. Lo mismo puede decirse cuando se hace referencia a lo hecho por el juez constitucional peruano ante cuestionamientos al ejercicio de otras competencias congresales. En este sentido, el de garantizar la plena vigencia y la clara comprensión de parámetros constitucionales se encuentran, por solamente citar unos casos, lo señalado por este Tribunal Constitucional sobre la acusación constitucional ("Tineo Cabrera", entre otros) o los parámetros dentro de los cuales debe actuar una Comisión Investigadora (o una ordinaria a la cual se le han asignado res-

ponsabilidades de comisión investigadora, como en el caso "Alejandro Toledo Manrique"), o una Comisión de Ética Parlamentaria (caso "Elsa Anicama"). No es pues una novedad pronunciarse entonces sobre la regularidad constitucional del quehacer del Congreso, tal como se nos pide en este caso, sino la consecuencia hoy natural de nuestro quehacer.

10. Sin embargo, lo que aquí puede generar algún debate es hasta dónde podemos llegar con esta labor interpretativa y de eventual apartamiento de lo inconstitucional y lo inconvencional. La pregunta es si, en aras de salvar situaciones de inconstitucionalidad manifiesta y sostenido gracias a omisiones o imprecisiones del legislador, corresponde al juez o jueza constitucional limitarse a exhortar se suplan las omisiones, orientar mediante sentencias interpretativas como comprender la normativas existente o ir más allá. En este caso se ha optado por dejar que el mismo legislador subsane la omisión y las imprecisiones existentes, pero conviene tener claro que esta actualmente no es la única alternativa que se le proporciona en el Derecho Comparado al juez o jueza constitucional cuando se encuentra ante estas situaciones.

11. Queda abierta la posibilidad de, como en alguna época se exploró en este mismo Tribunal, ver la pertinencia de recurrir a fórmulas como las seguidas en Brasil o Portugal ante supuestos de inconstitucionalidad por omisión, frente a la falta de regulación en un tema central materializada por el órgano u organismo competente para ello. Conviene también pensar sí, como ya ocurre en otros contextos, aunque pensando más en el incumplimiento de la materialización de políticas públicas, ante la omisión legislativa el Tribunal, de manera excepcional y absolutamente temporal, pueda ir estableciendo ciertas prescripciones normativas mientras dure el silencio del legislador.

12. Por otra parte, considero también que en determinados contextos el Tribunal Constitucional puede incluso apostar por formas de respuesta que, si bien pueden considerarse como atípicas, resulten ser respetuosas de los poderes públicos y leales con el encargo que ha sido encomendado al órgano colegiado. De esta forma, el Tribunal Constitucional podría explorar, por ejemplo, algunas formas de solución de controversias previstas en la jurisprudencia comparada, tales como las "sentencias dialógicas" o las "sentencias de mera incompatibilidad".

13. Con ello, por cierto, no habría invasión de las competencias del Congreso, sino un escenario en nuestro país nuevo para una necesaria colaboración entre organismos estatales para asegurar que todos ellos a la brevedad actúen de acuerdo con parámetros constitucionales. No está aquí en juego, repito, el estricto respeto

a las competencias de cada quien, sino más bien los alcances de las atribuciones de cada cual y la intensidad de la colaboración entre unos y otros para garantizar la plena eficacia de lo dispuesto a nivel constitucional, materia de ineludible cumplimiento dentro de un Estado Constitucional. Estamos pues ante posibilidades sobre las cuales, en su oportunidad, convendría analizar con mayor detalle.

Apuntes acerca de las atribuciones con que cuenta o debiera contar el juez constitucional para garantizar un cabal cumplimiento de sus sentencias.

14. El sentido de toda labor constitucional, dentro de la cual por cierto se inscribe el quehacer de todo juez o jueza constitucional, es la de resolver una situación de conflicto o incertidumbre para así preservar un clima de paz social en justicia. Ello, añado aquí, deviene en irreal o en inalcanzable si lo resuelto por quien juzga no se ejecuta y cumple. Una resolución que no se materializa genera más bien expectativas que se frustran, y que, por ende, resienten la credibilidad de quien la emite, poniendo así abiertamente en entredicho su autoridad, y la autoridad que en su ordenamiento jurídico (en este caso el peruano) se le otorga para, en esta situación en particular, impartir justicia no solamente al órgano u organismo que emite ese pronunciamiento, sino a todo el sistema de justicia en su conjunto.

15. En ese contexto puede entenderse la preocupación del Tribunal Constitucional peruano no solamente de emitir sentencias y otras resoluciones que puedan dar fin a las controversias que conoce, sino también por asegurar un cabal cumplimiento de estos pronunciamientos.

16. Así, por ejemplo, y no solamente por la habilitación expresa del constituyente o el legislador, sino por un desarrollo jurisprudencial cuyo sustento muchas veces hemos sugerido volver a analizar, el Tribunal Constitucional peruano, guste o no, cuenta hoy con mecanismos destinados a garantizar el cumplimiento de sus resoluciones en sede de la judicatura ordinaria. Eso es lo plasmado, si bien no exento de alguna polémica, cuando se plantea la posibilidad de recursos de agravio constitucional atípicos como el "recurso de agravio a favor del cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional" (RTC 00168-2007-Q), el "recurso de agravio a favor de la ejecución de sentencias del Poder Judicial emitidas en segundo grado" (RTC 00201-2007-Q/TC) o el "recurso de apelación por salto" (STC 00004-2009-PA/TC).

17. La pregunta que cabe hacerse ahora es cómo actuar si la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en un caso se encuentra dirigida a subsanar el incumplimiento o la imprecisión en el cumplimiento de parámetros constitucionales en que ha incurrido el Congreso. En el proceso en particular en el cual nos es-

tamos pronunciando se ha optado por una *vacatio sententiae*, sujeta a un plazo determinado, considerado razonable para que el Congreso, dejando de lado lo que no debió intentar regularse por Decreto Legislativo, haga las previsiones correspondientes (cuando menos respecto a las disposiciones sobre las que no ha operado la sustracción de la materia). Sin embargo, oportuno es anotar que esta no es la única alternativa recogida en esos temas en el Derecho Comparado. E independientemente de ello, cabe preguntarse qué hacer si, una vez concluida la vacatio sententiae, se mantienen las omisiones o imprecisiones existentes, o se toma una decisión distinta o hasta contrapuesta a la prescrita por el Tribunal Constitucional del Perú.

18. Frente a este tipo de situaciones, las cuales esperamos no se den, conviene tener presente cómo en el Derecho Comparado muchos Tribunales Constitucionales, o Altas Cortes que hacen sus veces, han recurrido a diversas alternativas, cuya materialización, de ser necesario, habría que explorar. Cabe, pues, abrir el debate a la posibilidad de emplear las llamadas "sentencias estructurales" o también las "sentencias piloto", explorar la creación y el uso de procedimientos de "seguimiento de sentencias", o incluso trabajar complementariamente en las "reparaciones simbólicas".

19. Con ello, por cierto, el juez constitucional no invade competencias de otras entidades, sino que colabora con ellas en la cabal plasmación de sus funciones. A la vez, con ello los jueces constitucionales satisfarían debidamente lo que es su razón de ser: que el quehacer institucional se desarrolle de acuerdo con los parámetros constitucional y convencionalmente previstos. Lo contrario es quitarle a la Constitución la fuerza normativa que esta tiene, con todo lo que aquello involucre, salvo mejor parecer.

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente voto a fin de expresar que, al igual que la mayoría de mis colegas, voto por:

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda de autos; en consecuencia, inconstitucionales los artículos 36.1 y 37.1 al 37.4 del Decreto Legislativo 1141, de Fortalecimiento y Modernización del Sistema de Inteligencia Nacional.

2. Declarar una *vacatio sententiae*, conforme a lo expuesto en el fundamento 35 de la sentencia.

3. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda por sustracción de la materia respecto de los artículos 36.2, 36.3 y 36.4 del Decreto Legislativo 1141.

Lima, 24 de enero de 2017

S.
RAMOS NÚÑEZ

EXP. N° 00016-2013-P1/TC LIMA
CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 21 de agosto de 2013

VISTA

La demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el 25% del número legal de congresistas de la República. a través de sus apoderados, doña Martha Chávez Cossio y don Carlos Tubino Arias Schreiber, contra el Decreto Legislativo 1141. de Fortalecimiento y Modernización del Sistema de Inteligencia Nacional (SINA) y de la Dirección Nacional de Inteligencia (DINI). publicado el 11 de diciembre de 2012 en el diario oficial *El Peruano*; y.

ATENDIENDO A

1. Que con fecha 8 de junio de 2013. la parte accionante interpone demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 36 y 37 del referido Decreto Legislativo 1141 por contravenir los artículos 43, 94, 101, 104 y 106 de la Constitución, así como los principios constitucionales de transparencia, rendición de cuentas y lucha contra la corrupción en el ejercicio del, poder público

2. Que el análisis que realíce este Colegiado de la demanda interpuesta debe basarse en los criterios de procedibilidad y admisibilidad establecidos en la Constitución y en el Código Procesal constitucional.

Sobre los representantes de los legitimados activos

3. Que conforme lo dispone el artículo 203.4 de la Constitución y el artículo 99 del Código Procesal Constitucional, están facultados para interponer demanda de inconstitucionalÍdad el veinticinco por ciento del número legal de congresistas, los cuales deberán actuar en el proceso mediante apoderado nombrado al efecto.

4. Que conforme se desprende de la certificación que obra a fojas 16, de fecha 8 de julio de 2013, expedida por el oficial mayor del Congreso de la República, las firmas consignadas corresponden a 33 congresistas de la República.

5. Que sin embargo, de la demanda se advierte que los accionantes han designado dos apoderados: doña Martha Chávez Cossio y don Carlos Tubino Arias Schreiber, por lo que, de conformidad con el artículo 99 del referido Código procesal -reseñado *supra*- se les solicita concentrar la designación en uno solo de ellos.

Sobre el requerimiento de subsanación de los errores

6. Que a tenor del artículo 103 del Código Procesal Constitucional, este Tribunal debe declarar la inadmisibilidad de la demanda planteada si esta no cumple los requisitos normativamente establecidos o si no se adjuntan los anexos correspondientes.

7. Que se concede a los accionantes un plazo de cinco días hábiles desde su notificación, a efectos de que subsanen las omisiones advertidas en el fundamento 5 de la presente resolución, bajo apercibimiento de declararse la improcedencia de la demanda

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

RESUELVE

Declarar INADMISIBLE la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el 25% del número legal de congresistas de la República, a través de sus apoderados, doña Martha Chávez Cossio y Don Carlos Tubino Anas Schreiber, contra el Decreto Legislativo 1141, concediéndos1azo de cinco días hábiles, desde su notificación, a efectos de que se subsanen las omisiones advertidas en el fundamento 5 de la presente resolución, bajo apercibimiento de declararse improcedente la demanda

Publíquese y notifíquese.

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

EXP. N° 0016-2013-P1/TC LIMA
CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima. 30 de octubre de 2013

VISTO

El escrito de subsanación de fa demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el 25 % del número legal de congresistas de la República contra el Decreto Legislativo 1141, de Fortalecimiento y Modernización del Sistema de Inteligencia Nacional (SINA) y de la Dirección Nacional de Inteligencia (DINI), publicado el 11 de diciembre de 2012 en el diario oficial *El Peruano*; ‘

ATENDIENDO A

1. Que mediante resolución de fecha 21 de agosto de 2013, notificada el 17 de octubre del J presente año, se declaró inadmisible la demanda al haberse omitido designar como j apoderado de los demandantes a uno solo de ellos.

2. Que mediante escrito de fecha 22 de octubre de 2013, se subsana dicha omisión [1] d^ignando apoderado a don Carlos Tubino Arias Schreiber.

3. Que subsanada la observación efectuada y habiéndose cumplido los requisitos exigidos por los artículos 99 y siguientes del Código Procesal Constitucional, debe admitirse a trámite la demanda y ordenarse el emplazamiento respectivo.

4. Que siendo así, corresponde correr traslado de la demanda al Poder Ejecutivo [1] conforme a lo establecido en el artículo 107.2 del Código Procesal acotado para que sg- apersone al proceso y formule sus alegatos.

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

RESUELVE

ADMITIR a trámite la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el 25 % del número legal de congresistas de la República contra el Decreto Legislativo 1141,

de Fortalecimiento y Modernización del Sistema de Inteligencia Nacional **(SINA)** y de la Dirección Nacional de inteligencia (DIN1), corriendo traslado de la demanda al Poder Ejecutivo, conforme a lo dispuesto en el artículo 107.2 del Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

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

B. PROCESOS DE TUTELA DE DERECHOS

Sentencia 00759-2013-PA/TC

Proceso de amparo promovido por Rayón Industrial S.A. en Liquidación. El Tribunal declaró fundada la demanda sobre la tutela judicial efectiva.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 19 de enero de 2017.

Resumen: El Tribunal declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por Rayón Industrial S.A. y, en consecuencia, declaró la nulidad de la Sentencia de Casación Nº 281-2005 Lima, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, en la que se señaló que no resultaba procedente el cuestionamiento de una resolución judicial vía el procedimiento contencioso administrativo.

La discusión de la controversia se desarrolló en razón a la determinación si la resolución emitida por una Sala de la Corte Superior que había resuelto la apelación contra la Resolución Conasev Nº 002-2001-EF/94.10 podía ser objeto de una demanda contencioso-administrativa.

En virtud a los artículos 139, inciso 8, y 148 de la Constitución, el Tribunal concluyó que se vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva, pues más allá de la naturaleza judicial de dicha resolución, esta sí podía ser objeto de una demanda contencioso-administrativa, puesto que cerrarle dicha vía jurisdiccional para cuestionar su contenido, significaría la afectación a la tutela judicial efectiva.

La sentencia contiene el fundamento de voto del magistrado Urviola Hani, en el que manifiesta que haber declarado fundada la demanda significa que la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema debe emitir un nuevo pronunciamiento sobre el proceso contencioso administrativo que promovió la empresa recurrente contra la resolución judicial antes mencionada.

Temas claves: Proceso contencioso administrativo — tutela judicial efectiva.

EXP. N.° 00759-2013-PA/TC
LIMA
RAYÓN INDUSTRIAL S.A. - EN LIQUIDACIÓN

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 10 días de noviembre de 2015, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Urviola Hani que se agrega.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Rayón Industrial S.A. en Liquidación contra la resolución de fojas 119 del cuaderno de la Corte Suprema, de fecha 10 de abril de 2012, expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de República, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 23 de marzo de 2007, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, solicitando la nulidad de la Sentencia de Casación N.º 281-2005 Lima, de fecha 27 de setiembre de 2006, recaída en el proceso contencioso-administrativo seguido por Rayón Industrial S.A. en Liquidación contra la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (Conasev).

Manifiesta que interpuso recurso de apelación contra la Resolución CONASEV N.º 002-2001-EF/94.10, de fecha 18 de enero de 2001, de conformidad con el entonces vigente artículo 39 del Decreto Legislativo N.º 861, Ley del Mercado de Valores. La Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, al conocer de la apelación mediante Resolución N.º 11, de fecha 27 de setiembre de 2002, confirmó lo decidido por la Conasev.

Alega que interpuso demanda contencioso-administrativa contra la resolución emitida por la Sala Superior, recaída en el trámite del referido recurso de apelación, la cual fue declarada improcedente en primera y segunda instancia. Posteriormente, la Sala Suprema demandada declaró infundado el recurso de casación que presentó. Frente a ello, invoca la afectación de sus derechos a la instancia plural, a la defensa, a la tutela judicial efectiva, a la libre contratación, a asociarse con fines legítimos y a la propiedad, a consecuencia de que se le ha impedido alcanzar una decisión sobre el fondo de la controversia planteada.

Contestación de la demanda

Con fecha 15 de octubre de 2009, el procurador público adjunto ad hoc en procesos constitucionales a cargo de la Procuraduría Pública del Poder Judicial, José Manuel Espinoza Hidalgo, contestó la demanda solicitando que sea declarada improcedente en vista de que no procede el amparo para enervar los efectos de una resolución judicial emitida en un proceso regular. Precisa que si bien la recurrente no se encuentra de acuerdo con dicha decisión, ello no implica que se hayan lesionado los derechos que invoca.

Con fecha 15 de octubre de 2009, el Procurador Público ad hoc titular para la representación y defensa de los derechos e intereses del Estado peruano en los que sea parte la Conasev, Raúl Chumacero Gallo, contestó la demanda manifestando que la pretensión deviene en improcedente conforme al artículo 5, inciso 10, del Código Procesal Constitucional. Señaló también que la demandante pretende restar eficacia a una decisión administrativa que no cuestionó oportunamente con los medios impugnatorios que la norma procesal general le franqueaba, y que, por tanto, las resoluciones recaídas en el proceso sobre impugnación de resolución administrativa contra la Conasev (Exp. N.º 1316-2003) se ajustan a derecho y fueron emitidas con estricta observancia del debido proceso.

Sentencia de primera instancia

La Sétima Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución de fecha 26 de enero de 2011, declaró improcedente la demanda por cuanto la recurrente pretende cuestionar una resolución judicial que ha sido desfavorable a sus intereses. Asimismo, señaló que los fundamentos de la demanda carecen de sustento constitucional directo y que tampoco se verificó que al accionante se le haya privado del derecho de defensa o de algún atributo propio del derecho al debido proceso.

Sentencia de segunda instancia

La Sala revisora, mediante resolución de fecha 10 de abril de 2012, confirmó la recurrida tras considerar que lo que realmente pretende la demandante es cuestionar

a través del proceso de amparo lo resuelto en el proceso contencioso-administrativo seguido contra la Conasev. Por tanto, reiteró que la vía constitucional no puede ser utilizada para revisar nuevamente lo que ya fue objeto de pronunciamiento por la autoridad jurisdiccional competente.

FUNDAMENTOS

Precisión del petitorio de la demanda

1. La recurrente pretende que se declare la nulidad de la Sentencia de Casación N.º 281-2005 Lima, de fecha 27 de setiembre de 2006 (fojas 26), recaída en el proceso contencioso-administrativo seguido por Rayón Industrial S.A. en liquidación contra la Conasev, y que, como consecuencia de ello, se admita a trámite su demanda y se emita pronunciamiento de fondo por parte del órgano jurisdiccional competente. Al respecto, sin perjuicio de otros elementos que pudieran obrar en autos, este Tribunal se pronunciará sobre el asunto de fondo, resolviendo el recurso de agravio constitucional que ha llegado a esta sede.

Análisis de la controversia

2. Según consta de autos, luego de emitirse la Resolución CONASEV N.º 002-2001-EF/94.10, del 18 de enero de 2001 (fojas 12), la demandante interpuso un recurso de apelación ante la Sala superior correspondiente en atención a lo previsto por el derogado artículo 39 del Decreto Legislativo N.º 861, Ley de Mercado de Valores:

> Artículo 39.- Apelación.- *Las resoluciones que dicte CONASEV para excluir un valor del Registro, son apelables ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Lima, dentro del plazo de cinco (5) días, computados a partir de la notificación respectiva.*
>
> Interpuesta la apelación, el Directorio de CONASEV concede el recurso en el plazo de cinco (5) días y remite de inmediato las copias certificadas pertinentes a la Sala llamada a conocer. El grado debe ser absuelto, sin trámite alguno, dentro de los treinta (30) días posteriores de recibidas las copias. (resaltado agregado)

3. Como consecuencia de dicho recurso, la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Lima emitió la Resolución N.° 11, de fecha 27 de setiembre de 2002, confirmando la referida resolución administrativa (fojas 16). Contra dicha decisión, el 17 de febrero de 2003 la recurrente interpuso una demanda contencioso-administrativa que fue declarada improcedente por las dos instancias a las cuales acudió (fojas 20 y 22). Según precisa la demandante, la referida Resolución N.° 11 debió ser considerada como un pronunciamiento en sede administrativa, por haberse tratado de un procedimiento administrativo especial en virtud de lo que disponía la Ley de Mercado de Valores.

4. Posteriormente, la Sala de Derecho Constitucional y la Social Permanente de la Corte Suprema de la República, a través de la Sentencia de Casación N.º 281-2005 Lima, de fecha 27 de setiembre de 2006, reiteró el criterio de que el proceso contencioso administrativo no resultaba procedente para el cuestionamiento de una resolución judicial (fojas 26).

5. Al respecto, este Tribunal encuentra que existen dos tesis interpretativas sobre lo ocurrido en el presente caso, que vale la pena explicitar: la tesis de la demandante, conforme a la cual la Resolución N.° 11, emitida por la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Lima, de fecha 27 de setiembre de 2002 (en adelante "la Resolución N.º 11") es una resolución administrativa que pone fin a la vía administrativa, por lo cual cabe iniciar contra ella demanda contencioso administrativa; y la tesis de los jueces de la vía contencioso administrativa (en especial, los jueces de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, contra quienes se ha dirigido la demanda), según la cual la Resolución N.º 11 es una resolución de naturaleza jurisdiccional y, por ende, no podía ser impugnada a través de un proceso contencioso administrativo (que solo procede contra actuaciones de la Administración Pública).

6. Al respecto, este órgano colegiado constata que la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, Ley N.º 27584, prescribe que:

> "Artículo 3.- Exclusividad del proceso contencioso administrativo
>
> Las *actuaciones de la administración pública* sólo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso administrativo, salvo los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales" (resaltado agregado).
>
> "Artículo 4.- Actuaciones impugnables
>
> Conforme a las previsiones de la presente Ley y cumpliendo los requisitos expresamente aplicables a cada caso, procede la demanda *contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas*.
>
> Son impugnables en este proceso las siguientes *actuaciones administrativas*:
>
> 1. Los *actos administrativos* y cualquier otra *declaración administrativa*.
> 2. El *silencio administrativo*, la *inercia* y cualquier otra *omisión de la administración pública*.
> 3. La *actuación material que no se sustenta en acto administrativo*.
> 4. La *actuación material de ejecución de actos administrativos* que transgrede principios o normas del ordenamiento jurídico.

5. Las *actuaciones u omisiones de la administración pública* respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública, con excepción de los casos en que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia.

6. Las *actuaciones administrativas* sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública" (resaltado agregado).

7. De las disposiciones citadas, se aprecia con claridad que el proceso contencioso administrativo solo procede para cuestionar actuaciones (y también omisiones) de la Administración Pública, mas no de los órganos jurisdiccionales.

8. Por su parte, la Constitución ofrece una imagen del proceso contencioso administrativo que va en la misma línea, al disponer que:

> "Artículo 148.- Las *resoluciones administrativas* que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la *acción contencioso-administrativa*" (resaltado agregado).

9. Ahora bien, a partir de lo señalado, podría entenderse que queda en indefensión el actor que apeló una decisión de la Conasev en aplicación del derogado artículo 39 del Decreto Legislativo N.º 861, si no existiera una vía jurisdiccional ante la cual pudiera cuestionarse una decisión como la contenida en la Resolución N.º 11, emitida por la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Lima, que en apelación ratificó la Resolución CONASEV N.º 002-2001-EF/94.10.

10. A la luz de esta posible afectación, este Tribunal encuentra en autos que, frente a un caso sustancialmente análoga este, y sobre la base de una interpretación extensiva de lo que venía dispuesto por el entonces vigente segundo párrafo del artículo 542 del Código Procesal Civil, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema resolvió que sí cabe interponer una demanda contencioso administrativa contra la decisión de Conasev que haya sido confirmada en apelación por la Sala Superior Especializada en lo Contencioso Administrativo de Lima. Esta demanda, según dispuso la mencionada Sala Suprema, debía interponerse asimismo ante la Sala Superior en lo Contencioso Administrativo de Lima, tal como aparece en la resolución suprema Exp. 2269-2004-Lima, de fecha 5 de mayo de 2005 (fojas 218).

11. Siendo así, y a pesar de que no puede considerarse que la Resolución N.º 11 es una decisión administrativa, es claro también que los órganos jurisdiccionales no pueden dejar de impartir justicia por vacío o deficiencia de la ley, conforme viene dispuesto por la Constitución, en su artículo 139, inciso 8. En este sentido, se genera una situación de desprotección cuando, tras rechazarse la tesis in-

terpretativa del demandante, la Sala Suprema que emitió la resolución casatoria cuya nulidad se solicita (Sentencia de Casación N.º 281-2005 Lima, de fecha 27 de setiembre de 2006, también emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema) simplemente concluye que:

> "[N]o se puede dejar de advertir que el procedimiento especial que se determinó mediante el artículo 39 del Decreto Legislativo N.º 861, al no establecer el mecanismo de cuestionamiento de la resolución emitida por la instancia judicial, pudo haber vulnerado los derechos de tutela jurisdiccional, pluralidad de instancia, defensa y legalidad, que tienen reconocimiento constitucional; siendo que, en cualquier caso, es a otra vía a la que deben recurrir los actores para su protección".

Ello desafortunadamente se realiza sin expresar cuál es la vía a la cual correspondería acudir, si acaso existiera una, y sin tener en cuenta que, en anterior ocasión, la misma Sala ya había reconocido al proceso contencioso administrativo como una vía pertinente para discutir lo planteado por la recurrente.

12. Por lo expuesto entonces, este Tribunal constata que sí ha existido una afectación del derecho a la tutela procesal efectiva, en sus manifestaciones de acceso a la justicia, derecho de defensa y pluralidad de instancias, lo cual deberá ser remediado admitiéndose excepcionalmente a trámite la demanda contencioso administrativa del actor, sobre la base de lo señalado en los fundamentos 9 y 10 de la presente sentencia.

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

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda. Por ende, nula la Sentencia de Casación N.º 281-2005 Lima, de fecha 27 de setiembre de 2006, debiendo la demandada emitir nuevo pronunciamiento conforme a lo dispuesto en la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

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

EXP. N.° 00759-2013-PA/TC
LIMA
RAYÓN INDUSTRIAL S.A. - EN LIQUIDACIÓN

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI

Emito el presente fundamento de voto tan sólo para aclarar, por si fuese necesario, el efecto de declarar fundada la demanda de autos, pues podría existir un margen de duda entre lo señalado en el fundamento 12 de la sentencia y en la parte resolutiva de la misma.

Así, podría interpretarse que, conforme a una lectura literal del mencionado fundamento 12, el efecto de declarar fundada la demanda sería que se admita a trámite la demanda contenciosa administrativa del actor en contra de la Resolución 11, de fecha 27 de septiembre de 2002, expedida por la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, que, a su vez, confirmó la Resolución CONASEV (hoy, Superintendencia del Mercado de Valores) 002-2001-EF/94.10 de 18 de enero del 2001.

Sin embargo, ello no es así. De la parte considerativa de la sentencia y de una lectura sistemática de ésta, queda claro que el efecto de declarar fundada la demanda es que se declara nula la Sentencia de Casación 281-2005-Lima, de fecha 27 de septiembre de 2006, debiendo la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República emitir nuevo pronunciamiento en el proceso contencioso administrativo que promovió el actor en contra de la citada Resolución 11, que, a su vez, confirmó la también mencionada Resolución CONASEV 002-2001-EF/94.10.

S.
URVIOLA HANI

Sentencia 3932-2015-PA/TC

Proceso de amparo promovido por la Minera Yanacocha SRL. El Tribunal declaró fundada en parte la demanda con base a las competencias municipales y al derecho a la propiedad.

Fecha de la resolución: 14 de marzo de 2017.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 5 de junio de 2017.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y, en consecuencia, inaplicó los artículos tercero, cuarto y quinto de la Ordenanza Municipal 001-2007-MPSP a la empresa recurrente. Así también ordenó el pago de los costos del proceso.

En función a los principios de corrección funcional y congruencia procesal, el Tribunal precisó el objeto de controversia en este caso, el cual versaba sobre si la Municipalidad Provincial de San Pablo tenía competencia para crear, mediante la Ordenanza Municipal 001-2007-MPSP, áreas naturales protegidas superpuestas a las concesiones otorgadas a la empresa minera, y si tal hecho significaba la transgresión de derechos fundamentales de la recurrente.

El primer aspecto a resolver era el relativo a si la Municipalidad Provincial gozaba de competencias constitucionales para crear Áreas Naturales Protegidas. Para ello, el Colegiado tomó nota de la lectura conjunta de la Ley 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas, y de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, en virtud a las cuales determinó que dicha competencia recaía en el Poder Ejecutivo, más no en los gobiernos locales.

Asimismo, incidió en que si bien la Ordenanza Municipal 001-2007-MPSP impugnada se fundamentó en el Decreto Supremo 038-2001-AG, este transgredía lo establecido en el artículo 106 de la Constitución y el principio de taxatividad derivado del mismo, puesto que invadió una materia sujeta a reserva de ley orgánica.

Ahora bien, con respecto a la presunta transgresión de derechos fundamentales de la recurrente, el Tribunal concluyó, conforme a las sentencias 1735-2008-PA/TC y 0834-2010-PA/TC, que se había vulnerado su derecho a la propiedad, ya que si bien

no se le había privado de sus bienes muebles o inmuebles, se le había restringido sus derechos reales sobre las concesiones mineras afectadas.

A la presente sentencia se le han agregado varios fundamentos de voto, entre los que se encuentra el del magistrado Miranda Canales. En él, el magistrado sostiene que solo a partir de la fecha de la publicación de la Ley Orgánica de Municipalidades; es decir, desde el 27 de mayo de 2003, es posible sostener que los gobiernos locales no tienen la competencia para crear áreas naturales de conservación municipal. En tal sentido, en tanto que la Ordenanza Municipal 001-2007-MPSP fue publicada el 28 de febrero de 2007, se verifica que en efecto la Municipalidad Provincial de San Pablo no era competente en este caso para la creación de las áreas objeto de litigio.

Agrega que, si bien se reconoce una afectación a la propiedad de la empresa demandante, esta debería entenderse como la superficie donde están ubicadas sus concesiones sobre las cuales tiene derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido, y no como una transferencia de dominio en propiedad sobre la tierra, ya que es el Estado el que mantiene un dominio latente sobre el recurso natural cuando otorga su uso.

Otro de los fundamento de voto agregado a esta sentencia es el del magistrado Urviola Hani quien, si bien coincide con el sentido del fallo, considera que es necesario tener en cuenta que, de acuerdo a la naturaleza del presente proceso, este es uno de tutela de derechos, y que por lo tanto, el análisis debió iniciarse determinando si en el caso concreto se había vulnerado un derecho constitucional, y no por analizar de modo abstracto la incompetencia de un órgano estatal para emitir una disposición, ya que ello desnaturaliza el proceso de amparo al convertirlo en uno de defensa de la supremacía constitucional.

A su vez, en su fundamento de voto el magistrado Ramos Nuñez precisa que si bien la Ley Orgánica de Municipalidades faculta a los gobiernos locales a «proponer la creación de áreas naturales de conservación ambiental», de ello no depende que los gobiernos locales estén facultados para crearlas. Y ello es así porque, según entiende el magistrado, son estos gobiernos locales los que se encuentran en una mejor posición para identificar y, en consecuencia, proponer la creación de dichas áreas.

No obstante lo expuesto, el magistrado hace hincapié en la necesidad de diálogo entre los distintos niveles de gobierno en torno a las competencias de cada uno para delimitar las responsabilidades en la identificación y posterior creación de las áreas protegidas, puesto que ello redundaría en un proceso de descentralización adecuado a la Constitución y en el respeto merecido al derecho al medio ambiente sano y equilibrado, reconocido en el artículo 2 de la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Perú es parte.

Otro de los fundamentos de voto anexados, es el del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, para quien es necesario agregar que en el presente caso no ha existido un conflicto entre las competencias, sino más bien una vulneración al derecho de la empresa recurrente por parte del contenido de la ordenanza municipal impugnada, por lo que sí era pertinente la procedencia de la presente demanda como un supuesto típico de «amparo contra normas».

Adicionalmente a ello, el magistrado señala que el Decreto Supremo 038-2001-AG, tal como estaba redactado al momento de emitirse la ordenanza cuestionada, no habilitaba a la municipalidad emplazada a normar aquello que finalmente reguló; y concluye que para establecer correctamente las competencias en un caso determinado, se debe tomar en cuenta el «bloque competencial», el cual deberá incluir no sólo disposiciones constitucionales y de leyes orgánicas, sino también un amplio conjunto de normas de rango legal o infralegal aplicables al caso concreto.

Por último, el único voto singular introducido en esta sentencia fue el del magistrado Blume Fortini, quien discrepa del sentido resolutivo de la sentencia, por cuanto en ella, según sostiene, se ha adoptado una posición jurisprudencial centralista que no se apoya en los postulados constitucionales que informan el proceso de descentralización en el Perú.

Para este magistrado, la Municipalidad Provincial de San Pablo ha optado por identificar territorios que a su juicio requieren de protección especial, no porque haya asumido funciones o competencias que no le corresponden, sino porque forma parte de sus obligaciones de acuerdo a los artículos 191 al 196 de la Constitución vigente y a los artículos 188, 189, 194 y 195 de la Ley Orgánica de Municipalidades.

Blume Fortini opina que la solución adecuada en la presente controversia no pasaba por «apelar a una priorización absoluta de los derechos invocados sobre la base de una supuesta inexistencia de atribuciones o facultades por parte de la municipalidad demandada, pues [tal como lo dejó apuntado], esta sí goza de facultades de creación de áreas de conservación ambiental y municipal», sino por un examen ponderativo que tome en cuenta todos los derechos invocados, y que lamentablemente no se aprecia en la presente controversia.

Temas claves: Áreas Naturales Protegidas – Principio de taxatividad – Derecho de propiedad – Competencia municipal – Derecho al medio ambiente sano y equilibrado.

EXP. N.° 03932-2015-PA/TC
LIMA
MINERA YANACOCHA SRL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 14 días del mes de marzo de 2017 el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Miranda Canales, Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con la abstención de la magistrada Ledesma Narváez, aprobada el día 3 de noviembre de 2015. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Miranda Canales, Urviola Hani, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera y el voto singular del magistrado Blume Fortini.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Minera Yanacocha SRL, a través de su apoderado don Bruno José Emilio Marchese Quintana, contra la sentencia de fojas 1652, de 19 de noviembre de 2014, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

El 25 de mayo de 2007, Minera Yanacocha SRL interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de San Pablo, solicitando que se inaplique a su caso la Ordenanza Municipal 001-2007-MPSP publicada en el diario *Panorama Cajamarquino* el 28 de febrero de 2007 (cfr. fojas 47).

Manifiesta que las *áreas de conservación ambiental municipal* creadas por dicha ordenanza en los lugares denominados *Las Lagunas* y *Pozo Seco* se superponen con predios y concesiones mineras de las que es titular o cesionaria. Señala que, por esa razón, se ven limitados sus derechos para explotar su propiedad y sus concesiones mineras, pues el artículo quinto de la ordenanza impugnada reserva dichas áreas para el siguiente fin:

> […] uso de protección y conservación de especies nativas, así como de investigación de protección las mismas; como alternativa se podrá practicar el pastoreo no intensivo y el Turismo; y la construcción de infraestructura para el incremento de la oferta hídrica y cosecha de agua […] (sic).

Agrega que la facultad de los gobiernos locales para establecer áreas naturales protegidas no está prevista en la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, ni en la Ley 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas. Señala que la emplazada emitió tal ordenanza al amparo del Decreto Supremo 038-2001-AG, el cual carece de sustento constitucional y legal. Por ello, existe una amenaza cierta e inminente a sus derechos fundamentales de libertad de empresa, libertad de industria, libertad de trabajo y propiedad.

Mediante auto de 6 de julio de 2007, el Trigésimo Cuarto Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima rechaza liminarmente la demanda señalando que la ordenanza impugnada es de carácter heteroaplicativo, por lo que no puede ser cuestionada en el proceso de amparo. A su vez, mediante auto de 19 de noviembre de 2008, la Sala revisora confirma la apelada con similar fundamento.

Posteriormente, mediante auto de 10 de diciembre de 2010, recaído en el Expediente 01893-2009-PA/TC, este Tribunal Constitucional ordena la admisión a trámite de la demanda al considerar que la ordenanza impugnada es de carácter autoaplicativo.

El 27 de diciembre de 2011, la emplazada contesta la demanda. Señala que *Las Lagunas de Alto Perú* y *Pozo Seco* son cabeceras de cuenca que abastecen de agua a la provincia de San Pablo y todos los afluentes del río Jequetepeque. Además, contienen humedales y albergan un ecosistema de gran belleza paisajística, por lo que su zonificación es de protección y conservación ecológica, conforme al Reglamento de Zonificación Económica y Ecológica aprobado mediante Decreto Supremo 087-2004-PCM. Refiere, por último, que no se vulneran los derechos fundamentales de la recurrente, pues la ordenanza impugnada se emitió conforme al Decreto Supremo 038-2001-AG, vigente en ese momento, y a la Resolución 029-2006-INRENA.

Mediante resolución de 8 de abril de 2013, el Vigésimo Noveno Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima acepta la incorporación al proceso del Gobierno Regional de Cajamarca como tercero coadyuvante de la parte demandada.

A su vez, mediante sentencia de 7 de abril de 2014, dicho juzgado declara improcedente la demanda en lo referido a la inaplicación de la Ordenanza Municipal 001-2007-MPSP e infundada en lo demás que contiene. Señala que el amparo no es una vía idónea para cuestionar la competencia de la emplazada para crear áreas naturales protegidas, pues ello corresponde a un proceso competencial o de inconstitucionalidad. Además, refiere que las restricciones a los derechos fundamentales de la recurrente son razonables pues superan el *test de proporcionalidad*.

Posteriormente, mediante resolución de 15 de octubre de 2014, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima acepta la incorporación al proceso del Co-

mité Interinstitucional por la Conservación y el Turismo Lagunas Alto Perú y Anexos-Cuenca Jequetepeque como tercero coadyuvante de la parte demandada.

A su vez, mediante sentencia de 19 de noviembre de 2014, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declara infundada la demanda por considerar: (i) que la competencia de la emplazada para crear áreas de conservación ambiental no debe dilucidarse en el amparo, sino en un proceso de control abstracto de normas; y (ii) que no existen actos de suspensión o limitación de los derechos de la recurrente, pues esta tiene expedita la posibilidad de "realizar labores de prospección y exploración sobre las concesiones otorgadas a su favor" (cfr. fojas 1664).

FUNDAMENTOS

Cuestión procesal previa

1. A lo largo del proceso, la recurrente ha sostenido que la Ordenanza Municipal 001-2007-MPSP es de carácter autoaplicativo, pues con su sola entrada en vigencia produce una afectación o amenaza en el contenido protegido de sus derechos fundamentales. Pese a ello, en todos los casos, las instancias precedentes han desestimado la demanda señalando que dicha ordenanza es heteroaplicativa o, en defecto de ello, que debe cuestionarse en un proceso constitucional de control concentrado.

2. Al respecto cabe recordar que, conforme al artículo 3 del Código Procesal Constitucional, el amparo contra normas procede cuando se cuestionan normas: "cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada".

   En desarrollo de esa regla, este Tribunal Constitucional ha determinado que una norma autoaplicativa es aquella:

   > cuya aplicabilidad no se encuentre sujeta a la realización de algún acto posterior o a una eventual reglamentación legislativa, en la medida que adquiere su eficacia plena en el mismo momento que entra en vigencia [sentencias emitidas en los Expedientes 07320-2005-PA/TC, 04637-2006-PA/TC y 05387-2008-PA/TC, entre otras].

3. En el presente caso, el texto de la norma cuestionada por la recurrente es el siguiente:

   > **ARTÍCULO PRIMERO:** Aprobar el documento "Propuesta de Políticas y Desarrollo de Capacidades para la Gestión del Agua y el Medio Ambiente de la Provincia de San Pablo, para el periodo 2006-2015, que consta de 09 capítulos y 112 páginas. (sic)

ARTÍCULO SEGUNDO: Priorizar la formulación de los Estudios definitivos para la ejecución de los Proyectos denominados: Gestión Integral de la Microcuenca del Río Yaminchad; Incremento de la Oferta de agua del Río Yaminchad; San Pablo Provincia Ecológica; impulsando preferentemente los Estudios para la ejecución de los Proyectos de Irrigación: Embalse Pozo Seco, Canal de Derivación del Río Rejo; así como la construcción del Canal Tumbadén Grande-Chacapampa.

ARTÍCULO TERCERO: DEFINIR como Área de Conservación Ambiental Municipal a la zona de **Las Lagunas** ubicada en el caserío Alto Perú, Distrito de Tumbadén, Provincia de San Pablo; comprendida a partir de la cota 3,800 m.s.n.m.; delimitada por la divisoria de aguas del cerro Yanatotora, que separa las nacientes de la quebrada Yanatotora con las de las propias Lagunas, por la divisoria de aguas que separa la cuenca del río Jequetepeque con la cuenca del río Llanauco; y por la divisoria de aguas que separa las nacientes de la Quebrada Honda, con las nacientes orientales de la Micro Cuenca del Río Yanahuanga; con un área aproximada de 2,960 Has.; cuyas coordenadas U.T.M. son las siguientes:

ESTE	NORTE	**PUNTO**
763837.0	9242280.8	NORTE
764397.6	9233861.2	SUR
761494.3	9239334.18	ESTE
766043.6	9237502.4	OESTE

ARTÍCULO CUARTO: DEFINIR como Área de Conservación Ambiental Municipal a la zona de **Pozo Seco** ubicada en el caserío Pozo Seco y otros aledaños del Distrito de Tumbadén, Provincia de San Pablo; a partir de la cota 3,400 m.s.n.m., con un área aproximada de 4,918.9 Has.; cuyas coordenadas U.T.M. son las siguientes:

ESTE	NORTE	**PUNTO**
752139.1	9221128.7	NORTE
756433.4	9215520.7	SUR
761283.4	9219703.2	ESTE
742699.9	9229252.5	OESTE

ARTÍCULO QUINTO: CONSIDERAR las mencionadas zonas ecológicas en la categoría de Áreas Naturales Protegidas Complementarias para uso de protección y conservación de especies nativas, así como de investigación de protección de las mismas; como alternativa; como alternativa se podrá practicar el pastoreo no intensivo y el Turismo, y la construcción de la infraestructura para el incremento de la oferta hídrica y cosecha de agua; bajo las restricciones que garanticen las prácticas de protección, conservación y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

4. Los artículos tercero, cuarto y quinto de la ordenanza tienen por objeto instituir Áreas Naturales Protegidas Complementarias en *Las Lagunas* y *Pozo Seco*, ubicadas en el distrito de Tumbadén en la provincia de San Pablo, región Cajamarca. Ello restringe el uso de la tierra ubicada en dichas áreas al pastoreo no intensivo, el turismo y la construcción de infraestructura para incremento de la oferta hídrica.

5. Por tanto, con su mera entrada en vigencia, la ordenanza impide destinar dichas tierras a usos distintos a los señalados *supra*. Así, incide en forma inmediata y directa sobre los derechos de los propietarios de inmuebles allí ubicados, así como en los de aquellos que, sin ser propietarios, hayan sido autorizados a realizar actividades de exploración u explotación minera u otras proscritas por la ordenanza.

6. En el presente caso está acreditado, mediante los planos elaborados por el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico (Ingemmet) que obran a fojas 1413 y 1416, que la recurrente es titular de 33 concesiones mineras superpuestas con las Áreas Naturales Protegidas Complementarias *Las Lagunas* y *Pozo Seco.* Además, consta que dichas zonas de conservación se yuxtaponen con predios de propiedad de la recurrente (cfr. fojas 52). Por tanto, puesto que la ordenanza impugnada incide en forma directa e inmediata sobre sus derechos, corresponde emitir un pronunciamiento de fondo conforme al artículo 3 del Código Procesal Constitucional.

Delimitación del petitorio

7. En un Estado constitucional, no existen derechos absolutos: todos pueden restringirse, de manera necesaria y proporcional, para resguardar otros derechos y alcanzar objetivos de relevancia constitucional.

8. Sin embargo, incluso si existe una justificación legítima y se respetan los principios de razonabilidad y proporcionalidad, un acto restrictivo de derechos puede devenir en inconstitucional si no se respetan los procedimientos establecidos para su expedición o si es emitido por un órgano incompetente.

9. En nuestro ordenamiento constitucional, la facultad de las entidades públicas para actuar está regulada por las normas atributivas de sus competencias. En el caso de los gobiernos regionales y locales, estas se rigen por el *principio de taxatividad* desarrollado por la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, según el cual:

> [sus competencias] 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, será de competencia exclusiva del gobierno central (*cfr.* fundamento 11 de la sentencia emitida en el Expediente 00031-2005-PI/TC y fundamento 6 de la sentencia emitida en el Expediente 00024-2006-PI).

10. La recurrente alega que la Municipalidad Provincial de San Pablo carece de competencia para crear las Áreas Naturales Protegidas Complementarias de *Las Lagunas* y *Pozo Seco*, a través de la Ordenanza Municipal 001-2007-MPSP. En consecuencia, denuncia una restricción inconstitucional de sus derechos, pues, a su juicio, la emplazada habría limitado su facultad de usar su propiedad y sus concesiones mineras sin estar facultada para ello.

11. Por tanto, no corresponde evaluar el valor ecológico, hídrico o paisajístico de las zonas denominadas *Las Lagunas* y *Pozo Seco* o determinar si las mismas deben constituir áreas naturales protegidas. Ello escapa de las competencias de este Tribunal Constitucional como órgano de control de la Constitución y, además, requiere un debate técnico altamente especializado que no puede realizarse en el proceso de amparo.

12. A la luz de los principios de corrección funcional y congruencia procesal, se procederá a evaluar solamente si la Municipalidad Provincial de San Pablo afectó los derechos fundamentales de la recurrente al crear áreas naturales protegidas superpuestas con sus concesiones mineras y con predios de su propiedad sin tener competencia para ello.

Análisis de la controversia

13. Las áreas naturales protegidas por el Estado se rigen por la Ley 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas. En su artículo 3, ellas se clasifican en las tres categorías siguientes:

    A) Las de administración nacional, que conforman el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas (SINANPE).

    B) Las de conservación regional, denominadas áreas de conservación regional

    C) Las áreas de conservación privadas

14. A su vez, su artículo 7, en sus párrafos primero y segundo, establece la forma en que pueden crearse:

> La creación de Áreas Naturales Protegidas del SINANPE y de las Áreas de Conservación Regional se realiza por Decreto Supremo, aprobado en Consejo de Ministros, refrendado por el Ministerio de Agricultura, salvo la creación de áreas de protección de ecosistemas marinos o que incluyan aguas continentales donde sea posible el aprovechamiento de recursos hidrobiológicos, en cuyo caso también lo refrenda el Ministerio de Pesquería
>
> Por Resolución Ministerial se reconocen las Áreas de Conservación Privada a que se refiere el Artículo 12 de esta Ley. […]

15. Así, se advierte que los gobiernos locales no están autorizados para constituir áreas naturales protegidas en nuestro ordenamiento legal. Ello debe ser efectuado por el Poder Ejecutivo, mediante decreto supremo o resolución ministerial según sea el caso.

16. De acuerdo a esta ley, los gobiernos locales tienen un rol solo en la administración o gestión de las áreas protegidas. Así lo indica su Disposición Complementaria Única:

> En la Ley Orgánica de Municipalidades se considerará el grado de participación de los Gobiernos Locales en la gestión e implementación de las Áreas Naturales Protegidas a que se refiere la presente ley.

17. La Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, en efecto, establece, en su artículo 73.3, las siguientes competencias de los gobiernos locales en materia de protección y conservación del ambiente:

> 3.1 Formular, aprobar, ejecutar y monitorear los planes y políticas locales en materia ambiental, en concordancia con las políticas normas y planes regionales, sectoriales y nacionales.
>
> *3.2 Proponer la creación de áreas de conservación ambiental.*
>
> 3.3 Promover la educación e investigación ambiental en su localidad e incentivar la participación ciudadana en todos sus niveles.
>
> 3.4 Participar y apoyar a las comisiones ambientales regionales en el cumplimiento de sus funciones.
>
> 3.5 Coordinar con los diversos niveles de gobierno nacional, sectorial y regional, la correcta aplicación local de los instrumentos de planeamiento y de gestión ambiental, en el marco del sistema nacional y regional de gestión ambiental. (énfasis agregado)

18. A partir de una lectura conjunta de la Ley 26834 y la Ley 27972, resulta claro que los gobiernos locales no están facultado para crear áreas naturales protegidas. Únicamente pueden proponer su creación al Poder Ejecutivo, el que, al término del procedimiento correspondiente, la podrá oficializar mediante decreto supremo u ordenanza.

19. La competencia de las municipalidades provinciales, invocada por la emplazada y prevista en el artículo 79.1 de la Ley Orgánica de Municipalidades, para "Aprobar el Plan de Acondicionamiento Territorial de nivel provincial, que identifique las áreas urbanas y de expansión urbana, así como las áreas de protección o de seguridad por riesgos naturales; las áreas agrícolas y las áreas de conservación am-

biental" se vincula a lo antes señalado, pero no se confunde con ello. Las municipalidades provinciales pueden identificar territorios que, a su juicio, requieren protección, y pueden proponérselo al Poder Ejecutivo. Sin embargo, ellas no pueden crear áreas naturales protegidas.

20. La Municipalidad Provincial de San Pablo alega que la creación de áreas naturales protegidas en *Las Lagunas* y *Pozo Seco* se sustenta en el Decreto Supremo 038-2001-AG, que reglamenta la Ley 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas.

21. Este Decreto Supremo ha tenido una vida atribulada. Fue promulgado el 22 de junio de 2001; posteriormente, el 15 de marzo de 2007, mediante el Decreto Supremo 015-2007-AG, se derogaron sus artículos referidos a las áreas de conservación municipal, entre estos, sus artículos 78 y 79, que establecían lo siguiente:

> Artículo 78.- Alcances
>
> De acuerdo al Plan Director, los Gobiernos Locales pueden establecer, sobre la base de sus planes de ordenamiento territorial y en el exclusivo ámbito de su competencia y jurisdicción, áreas destinadas a complementar las acciones de conservación de la diversidad biológica, de recreación y educación a la población de su jurisdicción, siempre que no estén comprendidas en los ámbitos de las Áreas Naturales Protegidas, cualesquiera sea su nivel. El uso y aprovechamiento sostenible de recursos de flora y fauna silvestres y los servicios ambientales se regula con base a la legislación de la materia.
>
> Artículo 79.- Inscripción de las Áreas de Conservación Municipal
>
> 79.1 Las Áreas de Conservación Municipal deben inscribirse en un Registro de Áreas de Conservación Municipal que establece el INRENA, el cual es administrado por la Dirección General. El registro es un acto formal no constitutivo, sólo puede ser denegado, cuando exista reserva del Estado o no se cuente con el consentimiento de los titulares de derechos exclusivos o excluyentes.
>
> 79.2 Previo a la creación del Área de Conservación Municipal, el gobierno local correspondiente prepublicará a nivel local y nacional la norma de creación.
>
> 79.3 En todos los casos la inscripción de un Área de Conservación Municipal debe respetar los derechos adquiridos previos a su establecimiento.
>
> 79.4 El INRENA previa evaluación, puede aplicar lo establecido en el Artículo 45 del Reglamento, en cuanto a la inscripción en los registros públicos a nombre del Estado - INRENA del Área de Conservación Municipal.

22. Así, se advierte que, al publicarse la Ordenanza Municipal 001-2007-MPSP, las áreas de conservación municipal, efectivamente, estaban reguladas por el De-

creto Supremo 015-2007-AG. Sin embargo, en reiteradas oportunidades, este Tribunal Constitucional ha señalado que la distribución de competencias entre poderes del Estado, niveles de gobierno y otras entidades reconocidas en la Constitución es la desarrollada en la Carta Fundamental y en las leyes orgánicas. El primer párrafo del artículo 106 de la Constitución dice:

> 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.

23. Conforme al *principio de taxatividad* desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los gobiernos locales únicamente tienen las competencias que les otorgan la Constitución y las leyes orgánicas. Las competencias no asignadas expresamente a un nivel de gobierno subnacional corresponden al Gobierno Nacional (fundamento 48 de la sentencia recaída en los Expedientes Acumulados 00020-2005-PI/TC y 00021-2005-PI/TC).

24. Es inadmisible que, a través de un decreto supremo, el Poder Ejecutivo asigne a los gobiernos locales competencias que no están reconocidas a su favor por la Constitución o las leyes orgánicas. Ello es contrario al principio de reserva de ley orgánica previsto en el artículo 106 de la Constitución.

25. Por tanto, el establecimiento de la posibilidad de tener áreas de conservación municipal, que realizó el Decreto Supremo 038-2001-AG, fue constitucionalmente inválido, pues invadió una materia sujeta a reserva de ley orgánica.

26. Desde una perspectiva constitucional, la Municipalidad Provincial de San Pablo no podía establecer áreas de protección municipal en *Las Lagunas* y *Pozo Seco,* independientemente de que tampoco ha demostrado cumplir con los requisitos de procedimiento establecidos en el derogado artículo 79 del Decreto Supremo 038-2001-AG.

27. La emplazada emitió una norma que, si bien no despoja a la recurrente de su propiedad o de sus concesiones, restringe su poder jurídico de usarlas (artículo 5 de la Ley 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas).

28. Debe recordarse que, en sentido constitucional, la propiedad puede vulnerarse no solo cuando se priva a una persona de su poder jurídico de usar, disfrutar o disponer de sus bienes muebles o inmuebles; también se lo hace cuando, sin existir justificación válida, se desnaturalizan, restringen o dejan sin efecto cualquier otro derecho real —por ejemplo, concesiones mineras— que integre su patrimonio (sentencias recaídas en los Expedientes 01735-2008-PA/TC, 00834-2010-PA/TC, entre otros).

29. En este caso, se configura una afectación al derecho de propiedad de la recurrente, pues, sin existir la base constitucional y legal requerida, la emplazada ha restringido el uso de las tierras ubicadas en *Las Lagunas* y *Pozo Seco* a la protección e investigación de especies nativas, el pastoreo no intensivo, el turismo y la construcción de infraestructura para aumentar la oferta hídrica mediante la creación de áreas de conservación municipal. Esto constituye una expropiación regulatoria.

30. Por tanto, corresponde estimar la demanda de amparo y, en consecuencia, inaplicar a la recurrente los artículos tercero, cuarto y quinto de la Ordenanza Municipal 001-2007-MPSP.

31. Pese a ello, cabe recordar a la recurrente que, conforme a los artículos 2 y 3 de la Ley 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, no está permitido ejecutar proyectos que puedan originar implicaciones ambientales significativas sin contar con una resolución de certificación ambiental emitida por la autoridad administrativa competente; no puede haber exploración ni explotación mineras sin previa evaluación ambiental.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda y, en consecuencia, inaplicar los artículos tercero, cuarto y quinto de la Ordenanza Municipal 001-2007-MPSP a la recurrente.

2. **ORDENAR** el pago de los costos del proceso.

Publíquese y notifíquese.

SS.
MIRANDA CANALES
URVIOLA HANI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.° 03932-2015-PA/TC
LIMA
MINERA YANACOCHA SRL

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto a la decisión adoptada por la mayoría de mis colegas magistrados, si bien me encuentro de acuerdo con declarar fundada la misma, considero menester realizar las siguientes precisiones.

1. Se discute en el presente caso la posibilidad de crear áreas de conservación municipal por la Municipalidad Provincial de San Pablo. En efecto, la principal materia de discusión es si la creación y regulación de las áreas de conservación municipal es legítima en el marco de las competencias de los gobiernos locales en la medida que afectarían el derecho de propiedad de la demandante.

2. El presente caso es uno de amparo contra disposiciones legales, como consecuencia de ello, conviene verificar el carácter autoejecutivo de la disposición cuestionada. Ello en razón a que no se ha precisado si la recurrente tiene derechos reales adquiridos previos a la ordenanza cuestionada. Por otro lado, considero pertinente recordar que en reiterada jurisprudencia este Tribunal ha establecido que el amparo constituye la vía idónea para conocer este tipo de causas[1]. Dicho ello, procederé al análisis de fondo de la presente controversia.

3. El Perú tiene la forma de Estado Unitario y descentralizado. En este sentido, la autonomía no garantiza un desenvolvimiento autárquico de las competencias constitucionalmente previstas a favor de los gobiernos locales, por el contrario éstas deben efectuarse dentro de los límites que la Constitución y las leyes orgánicas lo establecen. En efecto, no debe perderse de vista que en un escenario de descentralización territorial, uno de los parámetros que se deben tener cuenta para la determinación de competencias de los gobiernos locales es el de *taxatividad y cláusula de residualidad*.

1 STC Exps. Acumulados 769-2002-AA/TC y Otro FJ. 2; STC 01735-2008-PÁ/TC FJ. 7 y 8; STC Exps. Acumulados 300-2002-AA/TC y Otros.

4. En mi opinión, solo a partir de la fecha de publicación de la Ley Orgánica de Municipalidades, 27 de mayo de 2003, resulta posible sostener que los gobiernos locales no tienen la competencia para crear Áreas Naturales de Conservación Municipal. Ello en razón de que el artículo 73 inciso 3 de la ley orgánica en comentario establece expresamente como materia de competencia municipal *proponer* la creación de áreas de conservación ambiental.

5. Las áreas de conservación municipal tienen como antecedentes los artículos 56 y 57 del Código de Medio Ambiente y los Recursos Naturales, Decreto Legislativo 613, publicado el 8 de setiembre de 1990. A través de los artículos mencionados se decretó que las áreas naturales protegidas podían ser de carácter nacional, regional y local. Al año siguiente, sin embargo, La ley Marco para el Crecimiento de la Inversión privada, decreto legislativo 757, derogó estos dos artículos del Código analizado supra. En efecto, el artículo 54 de este Decreto Legislativo estableció que la categoría de área natural protegida solo podía otorgarse mediante decreto supremo. Finalmente, el Decreto Legislativo 708 estableció que todas las áreas naturales protegidas debían establecerse por decreto supremo y que su administración correspondía al Gobierno Central.

6. La Ley de Áreas Naturales Protegidas, Ley 26834, propone una clasificación de áreas naturales por niveles, aunque no establece alguna mención a las áreas de conservación municipal. Es en este escenario que el Decreto Supremo 038-2001-AG, publicado el 26 de junio de 2001, reglamenta a la ley 26834, y establece las áreas de conservación municipal. En consecuencia, mediante reglamento se permitió la creación de áreas naturales de conservación municipal. Esto, cabe señalar, previo a la ley de reforma constitucional 27680, publicada el 7 de marzo de 2002.

7. Entonces, luego de este proceso de reforma se establecen, mediante una lógica de descentralización y no de desconcentración, las materias de competencia en los tres niveles de gobierno. Es por ello que reiteramos que a partir de la publicación de la ley orgánica de municipalidades resulta correcto sostener que los gobiernos locales no tienen competencia para la creación de áreas de conservación municipal.

8. En este sentido, se verifica que la Municipalidad San Pablo no era competente para la creación del área de conservación municipal, en tanto la ordenanza municipal fue publicada el 28 de febrero de 2007.

9. Ahora bien, discrepo de alguna posible referencia a que la concesión sea entendida como parte del patrimonio de una empresa minera. Recordemos que la pro-

piedad según la Constitución debe ser ejercido en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley (STC 0008-2003-AI/TC FJ. 26). En este sentido, la ley orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, en su artículo 19, desarrolla a la concesión (minera) como forma jurídica a partir de la cual el concesionario se convierte en titular de un derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido. Lo cual no significa una transferencia de dominio en propiedad sobre la tierra, sino que el Estado mantiene un dominio latente sobre el recurso natural cuando otorga su uso.

10. Es por esta razón que cuando se señala una afectación a la propiedad de la demandante, se tendría que entender como referencia a la superficie donde están ubicadas sus concesiones, conforme al artículo 9 del TUO de la Ley General de Minería. En este sentido, respecto a la tierras ubicadas en Las Lagunas y Pozo Seco verificamos una amenaza cierta e inminente al derecho alegado por la demandante, pues el área de conservación municipal que se crea, en tanto configura una categoría de uso indirecto, obliga a la demandante a contar obligatoriamente con un Plan Maestro ante la posibilidad de aprovechamiento de recursos naturales (STC 03343-2007-PA/TC FJ. 66-67).

11. Por último considero oportuno recalcar que los efectos de la presente sentencia no tienen alcances en abstracto, pues la presente demanda es un proceso constitucional de amparo. En tal sentido, al haberse demostrado una afectación subjetiva directa de una norma autoaplicativa, pues media una pretensión particular para quien plantea la demanda, mi voto es porque se inaplique los artículos tercero, cuarto y quinto de la Ordenanza municipal 001-2007-MPSP a la recurrente.

EXP. N.° 03932-2015-PA/TC
LIMA
MINERA YANACOCHA SRL

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, emito el presente fundamento de voto, pues si bien coincido con el sentido del fallo, considero necesario realizar las siguientes precisiones.

En primer lugar, no suscribo la afirmación tan general y categórica, contenida en el fundamento 7, de que "no existen derechos absolutos", pues hay derechos, como el derecho a la vida o el derecho a no ser torturado, que no pueden admitir restricciones (cfr., por ejemplo, los derechos mencionados en el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Conforme a la Constitución (artículo 200) y el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, nuestro ordenamiento distingue entre los procesos de tutela derechos (llamados de la *jurisdicción constitucional de la libertad*; de control concreto): amparo, hábeas corpus, hábeas data; y los procesos que protegen la primacía de la Constitución (*jurisdicción constitucional orgánica*; control abstracto): proceso de inconstitucionalidad, proceso competencial y acción popular.

Como vemos, los procesos constitucionales se encuentran perfectamente delimitados. En unos (jurisdicción constitucional de la libertad) se analizará la amenaza o violación de un derecho constitucional. En otros (jurisdicción constitucional orgánica) se discutirá si un acto del poder público vulnera la supremacía de la Constitución, lo cual no necesariamente, *per se*, involucra la afectación de un derecho constitucional (no existe un derecho constitucional "a la primacía de la Constitución").

Digo esto pues, tratándose un proceso de amparo, el análisis debió partir de si, en el caso concreto, se afectaba un derecho constitucional del demandante y no, como hace la ponencia, en sus fundamentos 8 a 10 y 13 a 26, de analizar de modo abstracto la incompetencia de un órgano estatal para emitir una disposición, pues esto último es más bien propio de un proceso de la jurisdicción constitucional orgánica (un proceso de inconstitucionalidad, por ejemplo), que de un proceso de amparo.

Es recién en los fundamentos 27 y siguientes que la ponencia analiza la afectación al derecho constitucional de propiedad (esto sí propio del amparo), para estimar la demanda en base a las restricciones –que la ponencia considera injustificadas– que impone a la demandante la Ordenanza Municipal 001-2007-MPSP. Y la ponencia encuentra la incidencia sobre tal derecho en que las zonas de conservación, definidas por dicha Ordenanza, se yuxtaponen con predios de propiedad de la recurrente, según los planos elaborados por el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico (Ingemment) (cfr. fundamento 6).

En otras palabras, el examen de la restricción del derecho constitucional debió venir primero, para luego analizar, en caso existiera tal limitación, si ésta se encuentra constitucionalmente justificada o es arbitraria.

Tener claro aquello que es materia de un amparo (protección de derechos constitucionales) de lo que es propio de un proceso de la jurisdicción constitucional orgánica (control de la supremacía de la Constitución) no es baladí, pues la confusión de ambos tipos de procesos podría ocasionar que en el amparo contra normas legales se discutan abstractamente vulneraciones a la primacía de la Constitución, pudiendo esto constituirse en un modo de salvar las exigencias de legitimación activa de, por ejemplo, el proceso de inconstitucionalidad (artículo 203 de la Constitución), desnaturalizándose así el amparo para convertirlo en un proceso tanto de defensa de derechos constitucionales como de la supremacía de la Constitución.

S.
URVIOLA HANI

EXP. N.° 03932-2015-PA/TC
LIMA
MINERA YANACOCHA SRL

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Comparto la decisión adoptada por la mayoría de mis colegas. Sin embargo, efectúo el presente voto porque deseo realizar una serie de precisiones adicionales a las contenidas en la sentencia.

*

El Tribunal ha resuelto declarar fundada la demanda, ya que el Decreto Supremo 038-2001-AG, a través del cual se expidió la ordenanza municipal que ahora se cuestiona, era inconstitucional por invadir competencias propias del Poder Ejecutivo.

En efecto, de conformidad con la Ley 27972, Orgánica de Municipalidades (artículo 3.2), corresponde a los gobiernos locales "[p]roponer la creación de áreas de conservación ambiental". Ello implica que, según la habilitación efectuada por el legislador, es factible que los gobiernos locales tengan cierto grado de participación en la implementación de áreas naturales. Ahora bien, de la referida disposición no se desprende que dicho nivel de gobierno pueda "crear" dichas áreas, sino que solamente se le otorga una suerte de actividad postulatoria, la cual se reduce a indicarle al Poder Ejecutivo cuáles podrían ser esas zonas. Ello es así porque, según entiendo, los gobiernos locales se encuentran en una mejor posición para identificar, y consecuentemente proponer, la creación de dichas áreas. Esta participación, además, se corresponde con el proceso de descentralización y de diálogo que deben promoverse en todos los niveles de gobierno. En anteriores casos hemos sostenido que este proceso implica una situación "en la que la adscripción de la ejecución de los fines públicos se otorga principalmente a personas jurídicas distintas del Estado, y en este caso favoreciendo la participación de la colectividad en el poder público como modo de reestructuración de competencias realizada a favor de las entidades más próximas a los ciudadanos" [STC 0001-2008-PI/TC, fundamento 25].

**

No puedo dejar de manifestar cierta preocupación por la forma en la que se está desarrollando, en ciertos ámbitos, el proceso de descentralización. Es cierto, como se indica en la ponencia, que el Decreto Supremo 038-2001-AG, que facultaba a los gobiernos locales a crear áreas de reserva natural, permitió que, en su momento, la Municipalidad Provincial de San Pablo creara ciertas áreas naturales. De hecho, el artículo 78 disponía que

> [d]e acuerdo al Plan Director, los Gobiernos Locales pueden establecer, sobre la base de sus planes de ordenamiento territorial y en el exclusivo ámbito de su competencia y jurisdicción, áreas destinadas a complementar las acciones de conservación de la diversidad biológica, de recreación y educación a la población de su jurisdicción, siempre que no estén comprendidas en los ámbitos de las Areas Naturales Protegidas, cualesquiera sea su nivel. El uso y aprovechamiento sostenible de recursos de flora y fauna silvestres y los servicios ambientales se regula con base a la legislación de la materia.

Se advierte de la redacción de la referida disposición que se delegó, aunque de manera inconstitucional, la competencia de creación de áreas naturales a los gobiernos municipales. Como se precisó en la sentencia, este otorgamiento de competencias era vulneraba el principio *lex superior derogat legi inferiori*, reconocido en el artículo 138 de la Constitución, ya que la Ley Orgánica de Municipalidades solo limitaba esta facultad a la posibilidad de "proponer" la creación de áreas naturales. Sin embargo, lo que sí reflejó esta situación, en su momento, es la voluntad del gobierno central, contraria a lo que disponía expresamente la ley, de permitir que las municipalidades, tuvieran también la posibilidad de crear estas zonas.

Es aquí, según creo, donde se manifiesta el problema relacionado con el proceso de descentralización al que aludí con anterioridad. El gobierno central, a través del Decreto Supremo 038-2001-AG otorga una competencia al gobierno local que, posteriormente, terminará por anular. Así, tal y como se indica en el proyecto, dicha normatividad fue derogada con la aprobación del Decreto Supremo 015-2007-AG. Esto genera un caos normativo que solo termina por perjudicar el proceso de descentralización. Si, en este caso, voto por declarar como fundada la demanda, es simplemente porque la Ley Orgánica de Municipalidades ha sido enfática en resaltar la posibilidad de "proponer" áreas naturales protegidas que existe en dicho nivel de gobierno, mas no para "crear".

***

Sin perjuicio de lo expuesto, esta situación de desorden normativo no puede culminar, según entiendo, en una restricción arbitraria de los derechos de la entidad de-

mandante. En todo caso, las disposiciones sobre la materia, al menos en la actualidad, sí parecen lo suficientemente claras en torno a la competencia de los gobiernos locales y del central a propósito de la situación de las áreas naturales. Lo que sí permite este caso es reflexionar a propósito de los avances y retrocesos que es posible de advertir en el proceso de descentralización, y la que, según se advierte, es una ausencia de diálogo entre los distintos niveles de gobierno a propósito de un aspecto fundamental vinculado con el medio ambiente. Un aspecto tan trascendental, como la identificación y la posterior creación de estas áreas, demanda la articulación, en todos los niveles de gobierno, de una serie de políticas públicas coherentes y que delimiten, con claridad, las responsabilidades que le conciernen a cada entidad. Solo a través de este diálogo, en todas las instancias, será posible diseñar un proceso de descentralización que sea respetuoso del programa normativo de la Constitución.

De esta forma, la adecuada tutela del medio ambiente dependerá de la coherencia y responsabilidad con que se asuman las competencias otorgadas desde la Constitución y las disposiciones que integran el bloque de constitucionalidad. Es tarea nuestra, como Tribunal, de velar porque así sea, y que la multiplicidad de disposiciones vigentes no termine por afectar derechos de terceros. Sobre ello, no puede olvidarse, como lo ha sostenido Pedro de Vega, que la descentralización "no sólo es un instrumento democratizador del poder y una garantía para la libertad, sino que, además, puede suponer una mejor técnica de organización para resolver los asuntos públicos" [De Vega, Pedro. Poder Constituyente y Regionalismo. En: Trujillo, Gumercindo (comp.). Federalismo y Regionalismo. Madrid, 1979. p. 354. Citado en la STC 0002-2005-AI/TC, fundamento 40].

Esto responsabilidad es aún mayor cuando el proceso de descentralización se relaciona con la protección del derecho al medio ambiente sano y equilibrado. Nuestra Constitución lo ha reconocido como un derecho fundamental en el artículo 2, y, además, este deseo de reforzar su tutela se materializa en la ratificación de distintos instrumentos internacionales. Así, por ejemplo, de conformidad con el artículo 11.2 del Protocolo de San Salvador, los Estados tienen la obligación de promover la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente. De manera similar, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas también enfatiza el deber de los Estados de garantizar el nivel más alto de salud física y mental, lo cual se encuentra estrechamente vinculado con la existencia de un medio ambiente sano. De hecho, sobre este último aspecto es importante resaltar cómo es que la necesidad de preservar un entorno equilibrado incide en los adecuados niveles de vida.

De esta forma, se ha interpretado, en un criterio que comparto, que "el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condi-

ciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano" [Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Observación General 14, relativa al derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud, párrafo 4]. No es posible, de esta manera, entender el derecho a la salud o a la vida digna sin la presencia de un medio ambiente sano y equilibrado. Lo decidido (e incluso lo que no se decide) en esta materia tiene un impacto directo en la vida de personas y colectivos, por lo que debe elaborarse con el mayor rigor posible.

Si es que las políticas de descentralización no son coherentes, no solo terminan por incidir en derechos adquiridos de buena por parte de particulares, también terminan por afectar las políticas trazadas en materia ambiental, con todos los peligros que ello puede conllevar para la sociedad en general. Estoy convencido que su adecuada protección requiere de coherencia en la regulación de las disposiciones relativas al proceso de descentralización, ya que resulta indispensable que todos los funcionarios se encuentren comprometidos con su preservación, y ello solo puede realizarse cuando las autoridades competentes tienen claramente identificados los escenarios para su actuación. Lo contrario solo genera desorden normativo y, del mismo modo, que no se pueda conocer quiénes son los encargados de impulsar las políticas ambientales.

S.
RAMOS NÚÑEZ

EXP. N.° 03932-2015-PA/TC
LIMA
MINERA YANACOCHA SRL

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Estoy de acuerdo con el sentido de lo resuelto en el proyecto de sentencia, en la medida que se resuelve declarar fundada la demanda, y, en consecuencia, que se inapliquen los artículos tercero, cuarto y quinto de la Ordenanza Municipal 001-2007-MPSP. No obstante ello, me permito además señalar lo siguiente:

1. La labor del juez o jueza constitucional es hoy muy amplia. Implica, como todos (as) ustedes bien saben, la constitucionalización del Derecho (tanto en sus efectos directos como en los indirectos), la constitucionalización de la política (o la garantía que la discrecionalidad propia del quehacer político respete parámetros y preceptos constitucionales para que no devenga en arbitrariedad) o la convencionalización del Derecho. Le corresponde ser un agente de integración social en sus diversas expresiones (cohesión social, inclusión social, reconciliación social, prevención social) y un calificado mediador bajo parámetros jurídicos ante muchos de los más relevantes problemas políticos, económicos o sociales en una sociedad determinada. Ahora bien, y como es lo propio en un Estado Constitucional, donde el poder siempre es limitado, estas importantes atribuciones del juez (a) constitucional también tienen límites.

2. Al respecto corresponde tener presente que un juez o jueza constitucional es una autoridad, y por ende, cuenta con autoridad, la cual debe ejercer dentro de los límites propios que un Estado Constitucional impone a toda autoridad: razonabilidad, racionalidad, deber de motivación o corrección funcional. De otro lado, la naturaleza jurisdiccional de la labor de un juez o jueza constitucional también implica ciertas limitaciones a su quehacer (rechazo a juicios exclusivamente sentados en criterios de calidad o de oportunidad; respeto a la congruencia procesal; reconocimiento de la especificidad de ciertas materias, de los aportes de la convencionalización del Derecho o de la dificultad intrínseca de resolver en Derecho y en justicia algunas materias a abordarse (sobre todo si se trata de casos difíciles e incluso trágicos).

3. Ahora bien, conviene aquí resaltar que la labor interpretativa de un juez o jueza constitucional no se hace en abstracto, sino en base a ciertos parámetros que debe comprender de manera dinámica y creativa, pero que no puede desconocer: los parámetros constitucionales o los que se infieren de la Constitución de su país, la cual a su vez debe comprenderse en forma convencionalizada. Y es que la interpretación de la Constitución es la razón de ser de un juez o jueza constitucional, pero también el límite por antonomasia de su accionar.

4. En ese mismo sentido, nunca debe perderse de vista que la tarea interpretativa del juez o jueza constitucional parte de lo previsto en su propia Constitución. Entonces, la comprensión de su forma de Estado, su forma de Gobierno o su sistema de Gobierno no puede realizarse de cualquier manera, sino tomando en cuenta el modelo constitucional vigente en su país, mucho más allá de lo que su buena voluntad le pide consagrar.

5. El juez o jueza constitucional, como ya he anotado en otros casos (ver, por ejemplo, el fundamento de voto presentado en el caso "Romero Saldarriaga"), no es intérprete de sus propias perspectivas en abstracto, sino intérprete e incluso contralor del respeto de lo previsto en su propia Constitución, o, repito, de lo que se puede inferir de ella. Por ende, y entre otros factores, debe comprender la distribución de competencias territoriales entre órganos de ámbito nacional, regional o local no en función de su muy respetable visión de las cosas, sino en mérito a los alcances propios de la forma de Estado recogida en la Constitución peruana vigente: la de un Estado unitario y descentralizado.

6. El Estado unitario admite ciertos niveles de descentralización (y por ende, permite ciertos niveles de transferencia y autonomía en ámbitos como el político o el económico), pero conserva competencias para las entidades de cobertura nacional, y, además, otorga a esas instituciones la responsabilidad de atender aquello aparentemente no asignado como tarea de alguna entidad en particular. Ello implica que, por ejemplo, cualquier autoridad puede tener la mejor intención de regular o pronunciarse sobre una materia, pero solamente podrá ejercer estas labores dentro de los márgenes de las competencias que le corresponden dentro del modelo de forma de Estado consagrado en su país en particular.

7. La protección de un ambiente sano y equilibrado es, sin duda, una responsabilidad central dentro de un Estado Constitucional, y no solamente para quien es y cuenta con autoridad, sino también para cualquiera de nosotros (as). Sin embargo, y como consecuencia lógica de los parámetros propios de ese Estado Constitucional, esta tarea garantista no puede ser ejercida de cualquier forma, sino de acuerdo con las competencias asignadas a cada quien, o las que pueden

inferirse de las otorgadas a cada cual. Eso es vital tenerlo presente en este caso en particular, muy a despecho de la buena voluntad y hasta simpatía que una autoridad (máxime si la misma es un juez (a) constitucional) puede tener en particular.

8. Conviene entonces tener presente como en el caso concreto que aquí toca analizar es el de la falta de competencia por parte de la entidad demandada para establecer "áreas de conservación municipal". Ello debe determinarse en mérito al contenido de lo allí dispuesto, y no a la conveniencia o no de tomar la medida que se hubiere materializado. Siendo así, es claro que de considerarse necesario o conveniente contar con zonas de protección ambiental, tal medida deberá canalizarse a través de los mecanismos y las competencias institucionales existentes. Aquello máxime aun cuando, conforme a su competencia para controlar la constitucionalidad de políticas públicas (cfr. STC Exp. n.° 0014-2014-PI/TC y otros (acumulados), f. j. 6 y ss; STC Exp. n.° 03228 2012-PA/TC, f. j. 24 y ss.), este Tribunal podría incluso, llegado el caso, pronunciarse sobre la suficiencia o la conformidad constitucional de la actuación del Estado en el marco de la protección del ambiente y las personas.

9. En ese mismo tenor, y volviendo al vicio alegado, es justo reconocer como en principio los problemas referidos a las competencias de o entre los diferentes niveles de gobierno (local, regional y nacional) son en principio el objeto de discusión propio de los procesos competenciales. Empero, lo anterior presupone que exista un "conflicto" entre entidades estatales (que pueden ser, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y más allá de que en rigor esta clasificación puede ser considerada técnicamente como debatible, conflictos positivos, conflictos negativos, conflictos por omisión de cumplimiento de acto obligatorio y conflictos por menoscabo de competencias), supuesto que no se verifica en el presente caso.

10. En efecto, lo que la recurrente alega más bien es que la Municipalidad Provincial de San Pablo ha emitido irregularmente de una ordenanza, la cual afecta sus derechos constitucionales. Nos encontramos entonces aquí ante un supuesto típico de "amparo contra norma", cuya procedencia ha sido aceptada en la presente causa por el Tribunal Constitucional para los casos de "normas autoaplicativas", tal como lo acota su reiterada jurisprudencia sobre la materia.

11. Así, como lo he recordado antes (STC Exp. n.° 03748-2012-AA/TC), conforme a la mencionada jurisprudencia, y a lo sostenido por calificada doctrina, una norma puede calificarse como autoaplicativa o autoejecutiva, y por ende, pasible de cuestionamiento mediante amparo, si la prescripción cuestionada cumple con ser: (1) vigente (o cuya entrada en vigencia sea cierta e inminente para el caso de

las amenazas); (2) de eficacia inmediata (o cuya eficacia sea cierta e inminente para el caso de las amenazas); (3) autosuficiente, en la medida no requiere de reglamentación posterior, pues tal cual está regulada ya tiene o puede tener efectos perniciosos sobre los derechos invocados; y (4) autoejecutiva. Esto último puede entenderse esto en dos sentidos: uno primero (4.1), cuando se trata de una norma de aplicación incondicionada, pues no es necesario que se verifique ningún requisito o condición adicional para que despliegue sus efectos, y cuya aplicación tan solo sería la consumación de una afectación o amenaza que ha surgido ya con la propia norma. Y al lado de ese tenor, se da otro posible sentido, (4.2) cuando se trata de una norma autoaplicativa stricto sensu: es decir, si nos encontramos ante una auténtica norma-acto, que no requiere de acto de aplicación para desplegar e incluso agotar sus efectos lesivos.

12. Por otra parte, y en relación con el análisis efectuado en la sentencia emitida en el presente caso, considero que lo que fue regulado por los artículos 78 y 79 del Decreto Supremo 038-2001-AG (que reglamenta la Ley 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas), tal cual estaba redactado al momento de emitirse la ordenanza cuestionada, en realidad no habilitaba a la municipalidad demandada a regular lo que la ordenanza cuestionada contiene.

13. Ahora bien, es cierto que tanto la confusión en la cual ha incurrido la municipalidad demandada revela un problema complejo: el de la dispersa y desorganizada distribución de competencias entre los diferentes niveles de gobierno recogidos dentro del Estado peruano. Al respecto, en muchas ocasiones han llegado al Tribunal Constitucional causas en las cuales se verifica que existen competencias otorgadas o reguladas a través de leyes o de normas infralegales específicas, y que al hacerlo no necesariamente se ha tenido en cuenta el marco competencial dispuesto por la Constitución y las leyes orgánicas correspondientes. Estas además, por su parte, y en el marco de un proceso inacabado de descentralización, tampoco destacan por su completitud o precisión.

14. De lo anterior, y tal como lo he sostenido en otras ocasiones, se desprende que para establecer correctamente el reparto de competencias vigente en un caso determinado, no solo será necesario recurrir a una especie de "bloque de constitucionalidad" conformado tan solo por leyes orgánicas y disposiciones constitucionales. Deberá atenderse, además, al conjunto de disposiciones vinculadas con la competencia bajo análisis, el cual puede incluir un amplio conjunto de normas de rango legal o infralegal. Este conjunto normativo, atendiendo a que tiene un contenido y función distinto a la del "bloque de constitucionalidad", vale la pena denominarlo más bien como "bloque competencial".

15. En el presente caso, por ejemplo, y como ocurre en tantos otros casos, se insiste en la idea de que "la distribución de competencias entre poderes del Estado, niveles de gobierno y otras entidades reconocidas en la Constitución *es la desarrollada en la Carta Fundamental y en las leyes orgánicas*" (fundamento 22, resaltado agragado), no obstante lo cual se reconoce que en realidad las competencias referidas a "[l]as áreas naturales protegidas por el Estado se rigen por la Ley 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas", que no es formalmente una ley orgánica (fundamento 12).

16. Finalmente, corresponde además anotar algunas reflexiones sobre otro problema acerca del cual corresponde pronunciarse: el de qué hacer cuando las entidades competentes para ello no se pronuncian al respecto, evitando tomar indispensables acciones para, por ejemplo, tutelar el ambiente. Bien puede constarse como en muchas de estas situaciones (y sobre todo, en casos como éste en particular) la reiterada omisión de actuación de las autoridades competentes pueden llevar a un escenario de sistemática violación de los derechos fundamentales de todas (as) nosotros (as). Aquí, por lo pronto, cabe efectuar una necesaria exhortación a actuar al respecto, cuando no evaluar a recurrir, desde este mismo Tribunal Constitucional, a alternativas como la declaración de un estado de cosas inconstitucional o a la emisión de una sentencia estructural.

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 03932-2015-PA/TC
LIMA
MINERA YANACOCHA S. R. L.
Representado (a) por BRUNO JOSÉ EMILIO MAR-CHESE QUINTANA – APODERADO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI, EN EL QUE OPINA QUE DEBE DECLARARSE INFUNDADA LA DEMANDA INTERPUESTA POR MINERA YANACOCHA SRL CONTRA LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SAN PABLO, EN RAZÓN QUE LA ORDENANZA 001-2007-MPSP, QUE ESTABLECE ÁREAS DE CONSERVACIÓN AMBIENTAL MUNICIPAL, ES ACORDE CON LA CONSTITUCIÓN Y NO LESIONA DERECHOS FUNDAMENTALES

En la sentencia de mayoría se declara fundada la demanda de amparo interpuesta por Minera Yanacocha SRL contra la Municipalidad Provincial de San Pablo y, como consecuencia de tal decisión, inaplicables los artículos 3, 4 y 5 de la Ordenanza Municipal 001-2007-MPSP, que definen como áreas de conservación ambiental municipal a la zona Las Lagunas, ubicada en el caserío Alto Perú, y a la zona de Pozo Seco, ubicada en el caserío Pozo Seco y otros aledaños, del distrito de Tumbadén, de la provincia de San Pablo, del departamento de Cajamarca y las consideran zonas ecológicas en la categoría de áreas naturales protegidas complementarias para los usos de protección y conservación de especies nativas, de investigación y protección de las mismas, de pastoreo no intensivo, de turismo, y de construcción de infraestructura para el incremento de oferta hídrica y cosecha de agua, bajo las restricciones que garanticen las prácticas de protección, conservación y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

Con el respeto que me merecen mis distinguidos colegas Magistrados firmantes de la sentencia de mayoría, mediante el presente voto singular expreso mi radical disentimiento con la posición que subsume dicha sentencia, por cuanto:

- Trasunta una visión centralista del país, ajena a la lógica y filosofía del Legislador Constituyente Peruano, que ha optado por la descentralización como

principal instrumento de su desarrollo integral y armónico, a través básicamente de los gobiernos locales o municipales, a los que ha otorgado autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia; y ha asignado la competencia constitucional de planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, el urbanismo y el acondicionamiento territorial, así como el desarrollo y la regulación de actividades y servicios, entre otros importantes aspectos, en materia de medio ambiente y sustentabilidad de los recursos naturales.

- Resuelve la tensión entre el derecho al medio ambiente alegado por la municipalidad emplazada, que es un derecho de indiscutible interés público y de titularidad colectiva, y los derechos de libertad de empresa, de libertad de industria, de libertad de trabajo y de propiedad, alegados por la demandante, que son derechos de naturaleza eminentemente privada, a favor de los segundos. Es decir, priorizando el interés particular sobre el interés social, a contramano de los postulados constitucionales, que imponen que los derechos deben ejercitarse en armonía con el interés social y en orden a coadyuvar en el logro del bien común.

- Minimiza y desconoce tanto la descentralización, en cuanto proceso de desarrollo integral y armónico del país, como el rol constitucional de los gobiernos locales y sus competencias constitucionales, los cuales son instrumentos básicos de tal proceso.

- Reproduce el error de aplicar la cláusula de residualidad competencial a favor del gobierno nacional, frente a los vacíos u omisiones legislativas, a pesar que debe ser a la inversa. Esto es, a favor del gobierno local, por ser el más cercano a la población y responder ello a una visión constitucionalizada del cuadro de asignación de competencias consagrado en la Carta Fundamental de la República y en la Ley de Bases de la Descentralización del Perú, Ley 27783, que establece que toda competencia no otorgada expresamente al gobierno nacional o al gobierno regional, corresponde al gobierno local y se entiende otorgada a favor de este, ya que las actividades de gobierno en sus distintos niveles alcanzan mayor eficiencia, efectividad y control de la población si se efectúan descentralizadamente.

- Parte de la ley para la determinación de la competencia de constituir áreas naturales protegidas, que es norma infraconstitucional de primer rango, y no de la Constitución, como corresponde; máxime al Tribunal Constitucional, al que por esencia le toca garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y la primacía normativa de la Carta Fundamental, que es la

> expresión normativa del poder constituyente. Es decir, prioriza al legislador constituido sobre el Legislador Constituyente, lo que es contrario a su propio rol y a su misma razón de ser.

En tal sentido, estando al modelo de Estado y de gobierno establecido en la Constitución de 1993, que apuesta por uno unitario y, a la vez, descentralizado y representativo, con énfasis en este segundo aspecto, que manda como imperativo nacional, ineludible y de cumplimiento inexcusable la descentralización, entendida como un proceso de desarrollo integral y armónico del país, que se da básicamente a través de los gobiernos locales, a los que confiere autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia y encarga la dirección, planificación y ejecución del desarrollo urbano y rural de sus respectivas circunscripciones, dentro del cual la problemática del medio ambiente y la fijación de áreas ecológicas le es inherente, resulta incuestionable que a la demandada, la Municipalidad Provincial de San Pablo, le compete fijar áreas ecológicas en la categoría de áreas naturales protegidas (artículos 188, 189, 194, 195, incisos 6 y 8, y 197 de la Carta Magna). En virtud de ello, al expedir la Ordenanza Municipal 001-2007-MPSP, norma que tiene rango de ley y deja sin efecto cualquier otra norma legal de igual o menor rango en el territorio sobre el que es aplicable, actuó en pleno uso de sus competencias constitucionales, por lo que la demanda debe declararse infundada en todas sus partes.

La fundamentación detallada del presente voto singular se efectuará de acuerdo al siguiente esquema:

1. El carácter descentralizado del gobierno peruano y el rol de las municipalidades en el proceso de descentralización del país.
2. La descentralización como proceso de desarrollo integral y armónico del país.
3. Los gobiernos locales y regionales como principales instrumentos de la descentralización del país. La autonomía municipal y el rango de ley de las Ordenanzas Municipales.
4. La garantía institucional y el bloque de constitucionalidad municipal en materia de dirección y planificación del desarrollo urbano y rural; y la preservación del medio ambiente como elemento consustancial al desarrollo urbano y rural.
5. El resumen de los fundamentos de mi posición.
6. La sentencia de mayoría y sus falencias.
7. El sentido de mi voto.

A continuación desarrollo dicho esquema, siguiendo la misma numeración temática:

1. El carácter descentralizado del gobierno peruano y el rol de las municipalidades en el proceso de descentralización del país.

Como ya lo tengo manifestado en oportunidades anteriores[2], el artículo 43º de la Constitución de 1993, reproduciendo el numeral 79º de la Carta de 1979, establece que el Perú es una república democrática, social, independiente y soberana, que conforma un Estado único e indivisible, cuyo gobierno es unitario, representativo y *descentralizado*, el cual se organiza en base a la separación de poderes.

Esta tipificación de la forma del Estado Peruano y, especialmente de su forma de gobierno, en cuanto a su carácter descentralizado, a la vez que unitario y representativo, no se encuentra en ninguna de las diez constituciones anteriores a la de 1979 que rigieron en el Perú. En efecto, en lo que atañe a la forma del Estado Peruano, las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 y 1920 no consignaron expresamente un solo artículo en sus textos que hiciera referencia expresa a aquella; mientras que en la Constitución de 1933 si recogió en su articulado normas referentes a la forma del Estado Peruano. Así, sus artículos 1º y 2º caracterizaban al Perú como una república democrática y soberana, cuyo Estado era uno e indivisible. En lo que respecta a la forma del gobierno peruano y contrariamente al tratamiento brindado a la forma del Estado, las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 y 1920 si consignaron artículos que la describían con la única excepción de la Constitución de 1933, que guardó un marcado silencio sobre el tema. Ciertamente, las de 1823 (artículo 27º) y de 1826 (artículo 7º) establecieron que era popular y representativo; las de 1828 (artículo 7º) y de 1834 (artículo 7º) le agregaron el carácter de consolidado en la unidad nacional; la de 1839 (artículo 12º) le sumó las características de responsable y alternativo; la de 1856 (artículo 41º) lo describió como democrático, representativo y basado en la unidad; y las de 1860 (artículo 42º), de 1867 (artículo 43º) y de 1920 (artículo 68º) lo tipificaron además como republicano.

Tal constatación significa sin lugar a dudas que, a nivel de normativa constitucional, a partir de la Constitución de 1979 y sin perjuicio de los intentos efectuados en el pasado, se introdujo un cambio inédito y de enorme trascendencia respecto

2 Véase, entre otros, mis comentarios contenidos en el libro colectivo "El rango de ley de las ordenanzas municipales en la Constitución de 1993 (colisión normativa entre ley del Congreso y ordenanza municipal)", editado por la Municipalidad Metropolitana de Lima. Stampa Gráfica. Lima. 1997, pp. 2 – 63.

a la tipificación del gobierno peruano, al introducir en la misma su carácter de *descentralizado*, el cual la Carta Constitucional de 1993 ha mantenido en su precitado artículo 43º, que fuera aprobado con el 79% de votos a favor de los señores miembros del Congreso Constituyente Democrático, como lo enfatiza el doctor Carlos Torres y Torres Lara, ex - Presidente de su Comisión de Constitución.[3]

No es del caso detenerse en este punto en la explicación de las razones históricas, sociales y políticas, entre muchas otras, que tuvo el Legislador Constituyente Peruano para adoptar una decisión de tan tremenda envergadura, pero es evidente que se trató de un cambio sustancial en la forma del gobierno, que apostaba por un modelo que, sin perder sus características de unidad y de representatividad, conllevara un ejercicio del poder realmente descentralizado, que permitiera emprender la tarea de un desarrollo integral, armónico y uniforme del país, acabando con el ancestral centralismo, causante, en gran medida, de los males nacionales.

2. La descentralización como proceso de desarrollo integral y armónico del país.

En esta línea, en orden a la implementación del diseño de gobierno unitario, representativo y *descentralizado* concebido por el Legislador Constituyente Peruano, la Constitución de 1993 ha dado importantes avances que es necesario resaltar, a los efectos del presente voto singular.

Ciertamente, en primer término, ha establecido que la *descentralización es un proceso*, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. Vale decir, un proceso que permita que en todo el territorio nacional se den los elementos que posibiliten a los peruanos un nivel de vida acorde con su condición de seres humanos, dentro de la inspiración humanista ratificada por la Constitución vigente, que entiende que la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado, por lo que de lo que se trata es que en cada lugar de la República exista acceso a la educación, a la cultura, a la salud, al comercio, a la industria, al esparcimiento y, en general, a todos los elementos que trae consigo la modernidad en procura del bienestar y de la realización del hombre.

En segundo lugar, ha establecido que dicho proceso implica *el ejercicio del gobierno de manera descentralizada y desconcentrada*. Esto es, que para el desarrollo integral del país, sin romper el concepto unitario del gobierno peruano, deben reconocerse órganos de gobierno distintos a los que integran la estructura del go-

3 TORRES Y TORRES LARA, Carlos. "La Nueva Constitución del Perú 1993: Antecedentes, Fundamentos e Historia Documentada." Desarrollo y Paz. Lima. 1993, p. 466.

bierno central, con poder suficiente para enfrentar en forma autónoma la problemática de cada localidad. Ello, sin perjuicio de la desconcentración, que consiste en la delegación de funciones, atribuciones y decisiones desde el gobierno central (nivel de autoridad superior) hacia niveles de autoridades subordinadas, de menor jerarquía funcional o territorial, dentro del ámbito de la misma persona jurídica, para el mejor cumplimiento de sus fines nacionales. En tal sentido, en la concepción del Legislador Constituyente, la delegación del ejercicio del poder para lograr la ansiada descentralización del país corre por vías paralelas: por la vía de la descentralización propiamente dicha y por la vía de la desconcentración.

En tercer orden, ha establecido que el referido proceso *se da básicamente a través y a partir de las municipalidades*, a las cuales considera *instrumentos de la descentralización del país*. En este punto, es importante resaltar el papel que se asigna a las municipalidades como órganos del gobierno local, a las que no solamente se concibe como entidades encargadas de enfrentar y atender los requerimientos que se presentan en sus respectivas jurisdicciones, en lo que atañe a las necesidades locales, sino también y, principalmente, como medios de materializar la descentralización del gobierno, en tanto entidades que representan a los vecinos de su respectiva circunscripción territorial, quienes, a través del sufragio directo, eligen a sus autoridades y, por medio de los mecanismos de democracia directa, participan en las tareas de su respectivo gobierno local.

En cuarto lugar, ha establecido que las municipalidades, para cumplir su papel de ser instrumentos y expresión de la descentralización, tengan *plena autonomía política, económica y administrativa, en los asuntos de su competencia*.

En quinto orden, ha establecido, en armonía con la referida autonomía política, económica y administrativa, que *las municipalidades mediante sus respectivos Concejos Municipales (equivalentes al Poder Legislativo en el nivel local, en los asuntos de su competencia) tienen la facultad de dictar normas con rango de ley, denominadas Ordenanzas Municipales*.

Estos significativos avances están consagrados en los artículos 188º, 189º, 191º, primer y segundo párrafo y 200º, inciso 4), de la Constitución de 1993, que fueron aprobados en sus textos originales por el 85, 83, 78 y 93% de los votos emitidos por los miembros del ex Congreso Constituyente Democrático[4], que establecen literalmente que "La descentralización es un proceso permanente que tiene como objetivo el desarrollo integral del país.", que "El territorio de la Re-

4 Ibíd. pp. 478-479.

pública se divide en regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se ejerce el gobierno unitario de manera descentralizada y desconcentrada.", que "Las municipalidades provinciales y distritales, y las delegadas conforme a ley, son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. "Corresponde al Concejo las funciones normativas y fiscalizadoras; y a la alcaldía, las funciones ejecutivas." Y que, al referirse a la acción de inconstitucionalidad, ésta "…procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.", respectivamente.

3. Los gobiernos locales y regionales como principales instrumentos de la descentralización del país. La autonomía municipal y el rango de ley de las Ordenanzas Municipales

Queda claro de lo expuesto hasta esta parte, la gran importancia que atribuye el Legislador Constituyente Peruano a la descentralización, tanto como una de las principales características del gobierno peruano cuanto como proceso necesario e imprescindible para el desarrollo integral del país; y, dentro de este contexto, a las municipalidades como instrumentos de la descentralización, a las cuales ha dotado de autonomía normativa con rango de ley, en los asuntos de su competencia, por lo que corresponde a continuación detenerse brevemente en el tema relacionado con la autonomía municipal y, dentro de este, en el de la facultad normativa del Concejo Municipal y en el del rango de ley de las Ordenanzas Municipales.

Siguiendo al constitucionalista español Francisco Fernández Segado[5], puede afirmarse que el concepto de autonomía es de muy dificultosa precisión, si es que éste no se analiza dentro de el aquí y el ahora de cada momento histórico, así como de la cobertura constitucional existente en tal momento histórico. En este orden, el citado autor sostiene, siguiendo al profesor Santiago Muñoz Machado que "… el concepto de autonomía es difícil de precisar si no se enmarca en coordinadas concretas de tiempo y lugar y se atiende al contexto normativo en que se emplea porque, ciertamente, es polisémico, relativo, históricamente variable y comprendido en forma diferente en los diversos lugares en que se utiliza."[6]

5 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La Autonomía Municipal en la Constitución Española de 1978". Citado por BLUME FORTINI, Ernesto, en el libro "El Rango de Ley de las Ordenanzas Municipales en la Constitución de 1993 (colisión normativa entre ley del Congreso y ordenanza municipal)", editado por la Municipalidad Metropolitana de Lima. Stampa Gráfica. Lima. 1997, p. 3.

6 Loc. Cit.

Sin embargo, no obstante este carácter inicial del concepto de autonomía "si se tiene en cuenta la normativa constitucional peruana, así como los ingredientes que el Legislador Constituyente incorpora dentro de la autonomía asignada a las Municipalidades, resulta patente su voluntad de conformar la autonomía como un principio general de organización territorial del gobierno peruano y, a la par, como el derecho de la comunidad local a participar mediante sus propios órganos en el gobiernos y la administración de cuantos asuntos le atañen", al punto que, como bien apunta el mismo Fernández Segado, siguiendo la más actualizada doctrina que busca la redefinición de la autonomía local basada en el interés respectivo como base del principio de autonomía y, en particular a Alfonso Luciano Parejo, el verdadero objeto de la autonomía local "…*radica en el derecho al autogobierno, que significa el derecho a la atribución de potestades (sin precisar cuáles deban ser éstas) en todos aquellos supuestos en que se vean comprometidas o afectadas necesidades de la comunidad local".*[7]

En este orden de ideas, la autonomía municipal debe ser entendida en su más amplio sentido como la capacidad de la municipalidad "… *para ejecutar y cumplir todas las tareas de la Administración estatal con propia responsabilidad, y esto sin importar la posible trascendencia supralocal de estas tareas, pues lo que determinaría la capacidad sería la afectación a los intereses de los ciudadanos"*[8]. No cabe por consiguiente, una visión limitativa y restringida de la autonomía municipal, máxime cuando a esta se asignan caracteres políticos, económicos y administrativos, sino por el contrario una visión amplia que, en el fondo encierra, una redefinición de la autonomía local, que haga posible una interpretación coherente y armónica con lo que podría denominarse el sistema constitucional de distribución de competencias, el cual rompe los esquemas tradicionales e implica una nueva concepción, dentro de la cual, en la medida del nuevo rol de las municipalidades se incrementan las competencias y atribuciones de estas, así como se disminuyen y limitan las de otros entes estatales que antes (en el esquema centralista) las detentaba. Por ello, en opinión del constitucionalista español antes citado, la afirmación de la autonomía local "… *ha de ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen".*[9]

Con relación a este último aspecto, la intensidad de la participación de la municipalidad, en el ejercicio del gobierno, depende de la relación que se pueda dar

7 Loc. Cit.
8 Loc. Cit.
9 Loc. Cit.

entre los intereses locales y los supralocales, en el contexto, como es obvio, de la atención a los problemas emergentes de la realidad local; ya que, por su propia naturaleza, el gobierno local ejerce poder únicamente sobre su respectiva circunscripción territorial.

Recalco que, a la luz de la normativa constitucional vigente, contenida puntualmente en los artículos 43º, 188º, 189º, 191º, 192º, 193º, 194º, 195º, 196º y 200º, inciso 4, de la Constitución de 1993, el Legislador Constituyente Peruano ha concebido a la municipalidad como el órgano del gobierno local, con autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia, encargado de organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales, así como planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones y ejecutar los planes y programas correspondientes, entre otras funciones, que es instrumento básico de la descentralización del país, en el marco de un modelo que maximiza, revalúa y repotencia al gobierno local, al cual para el cabal ejercicio de sus responsabilidades le ha dado funciones normativas, por intermedio de sus Concejos Municipales, dictando Ordenanzas, que son leyes municipales, de igual rango que las leyes ordinarias que dicta el Congreso de la República.

Sobre la función normativa debe hacerse hincapié que la autonomía política comprende la autorregulación; razón que llevó a consagrar expresamente en el artículo 191º de la Carta Fundamental de 1993 que el Concejo Municipal (que es una suerte de parlamento municipal integrado por el Alcalde y los Regidores) tiene la facultad de legislar o normar en materia municipal y, adicionalmente, de fiscalizar a la Alcaldía (que es el órgano ejecutivo municipal). Nótese en este punto que el Legislador Constituyente crea al legislador municipal o parlamentario municipal, a quien denomina Regidor; y que se trata de un legislador para quien se reservan áreas sobre las que deberá ejercer su función normativa: los asuntos de competencia municipal. Nótese, igualmente, que tal decisión se cimienta también en la teoría de la reserva constitucional o reserva legal, en cuya virtud la normación en el ámbito competencial municipal queda reservada al legislador municipal.

A contramano, tal reserva conlleva que el legislador ordinario (que dicta las leyes propiamente dichas: el Poder Legislativo, a través del Congreso de la República), el legislador delegado (que dicta decretos legislativos por delegación del Congreso: el Poder Ejecutivo) y el legislador infralegal (que dicta normas de inferior jerarquía que las leyes: el Poder Ejecutivo, entre otros), han quedado privados de normar en materias propias de las municipalidades, ya que esa tarea ha sido entregada al legislador municipal, en concordancia con la autonomía política que tienen las municipalidades.

Como está dicho la función legislativa o normativa municipal la realiza el legislador municipal vía Ordenanzas, que son en puridad leyes municipales; dispositivos o normas jurídicas (en el más estricto sentido) que regulan el ámbito competencial municipal y, en general, atienden a la necesidad normativa que presenta la problemática local o municipal. Empero, también en concordancia con la autonomía política, que, como quedó enfatizado, conlleva a la autonormación o autorregulación, el Legislador Constituyente Peruano le ha dado a la Ordenanza Municipal el rango de ley, al establecer en el artículo 200º, inciso 4), de la Constitución, al referirse a las normas impugnables por causal de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que tienen rango de ley, al igual que las leyes propiamente dichas, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, los tratados, los reglamentos del Congreso y las normas regionales de carácter general.

El rango significa "…índole, clase, categoría, calidad…"[10]. Por lo tanto, el rango de ley significa índole, clase, categoría y calidad de ley. En tal sentido, si por disposición constitucional la Ordenanza Municipal tiene rango de ley, consecuentemente tiene índole, clase, categoría y calidad de ley; raciocinio que permite arribar a la conclusión que la Ley del Congreso y la Ordenanza Municipal tienen igual índole, clase, categoría y calidad, diferenciándose únicamente en la materia normativa que corresponde a cada una.

4. La garantía institucional y el bloque de constitucionalidad municipal en materia de dirección y planificación del desarrollo urbano y rural; y la preservación del medio ambiente como elemento consustancial al desarrollo urbano y rural.

A esta altura del análisis interesa detenerse en el principio de la garantía institucional que promoviera el constitucionalista Carl Schmitt, a raíz de sus reflexiones en torno a la Constitución de Weimar del 11 de agosto de 1919, cuando señaló que habría que establecer la distinción entre, de una parte, "derechos fundamentales" y, de otra partes, "garantías institucionales", en la idea que el Legislador Constituyente brindara lo que podría denominarse una protección especial a "*… instituciones que no convenía que fueran entregadas a las posibles veleidades del legislador ordinario".*[11]

Ciertamente, el *principio de la garantía institucional* resguarda que el legislador ordinario (que expresa y ejerce el poder constituido), en su tarea normativa no

10 CABANELLAS, Guillermo. "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual." Editorial Helíasta S.R.L., 1989, Tomo VII, p. 10

11 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "El Sistema Constitucional Español." Dykinson, 1992, p. 1019.

desnaturalice, limite, desconozca o anule aquellas instituciones creadas por el Legislador Constituyente (que expresa y ejerce el poder constituyente, que es el poder originario), al cual debe estar supeditado y subordinado. En buena cuenta, se trata de garantizar que al realizarse la tarea de reglamentación o de implementación normativa de la Constitución no se la contradiga, desnaturalice o desborde, sino, por el contrario quede garantizada una protección especial a ciertas instituciones, para que la normación constitucional impida su supresión en la vía legislativa ordinaria.

En otras palabras, a partir de las reflexiones de Carl Schmitt que, como está dicho apuntaban a la concesión de una protección constitucional especial a las instituciones de rango constitucional, protegiéndolas en su esencia (en su núcleo básico) frente a los peligros que podría significar una normativa infraconstitucional que las desnaturalizara, se fueron introduciendo en las Constituciones ulteriores a la segunda guerra mundial una serie de mecanismos tendientes a hacer efectiva la garantía institucional y recogiendo a nivel doctrinario dicho principio, el cual ha sido fortalecido y complementado por la jurisprudencia constitucional. Con relación a esto último, resulta ilustrativo hacer referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional Español 32/1981, del 28 de julio de 1981, que pese a que admite que las Constituciones pueden omitir consagrar una regulación orgánica de las instituciones de rango constitucional, el hecho de su propio reconocimiento y plasmación en el texto constitucional asegura su existencia "…*a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indisponible por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin lugar a dudas normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se define al Legislador Ordinario, al que no se fija mas límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza*".[12]

Se trata de instituciones básicas, cuya normación o regulación corresponde al legislador ordinario, pero dentro del límite de la indisponibilidad del núcleo o reducto esencial consagrado en la Constitución, por lo que la garantía institucional es desconocida "…*cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre*".[13]

12 Ibíd. p. 1021.
13 Ibíd. p. 1022.

La garantía institucional conlleva una limitación en la facultad normativa del legislador ordinario, quien debe circunscribir su accionar a la aprobación de la correspondiente ley de desarrollo constitucional (ley orgánica), para, como está dicho, complementar, fortalecer e implementar el modelo, en el marco del núcleo o reducto indisponible. En el caso peruano, de conformidad con el artículo 196º de la Constitución de 1993 el Congreso de la República dicta la correspondiente Ley Orgánica de Municipalidades, que no es otra cosa que la ley de desarrollo constitucional de la institución denominada municipalidad, la cual debe complementar, fortalecer e implementar el modelo. Esto es, una municipalidad con plena autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia, con facultad de dictar normas con rango de ley para la regulación de tales asuntos, que es instrumento básico del proceso de descentralización del país, que constituye la expresión del ejercicio descentralizado del poder y que refleja el carácter descentralizado del gobierno peruano.

En tal sentido, *el principio de la garantía institucional* persigue precisamente garantizar que la creación del Legislador Constituyente Peruano denominada municipalidad, sea desarrollada adecuadamente por el legislador ordinario en el plano normativo infraconstitucional, a fin de dotarla de todos los instrumentos normativos que permitan su cabal desarrollo y el pleno y eficiente cumplimiento de sus fines (esto es, fortalecerla, complementarla e implementarla, normativamente hablando); pues resulta inconcebible, carente de toda lógica elemental y, además, totalmente inconstitucional, que quien ejerce el poder constituido dicte normas para debilitar, maniatar y disminuir la creación del Legislador Constituyente. Es decir, insólitamente, convertir a esa creación denominada municipalidad, que el Legislador Constituyente concibe como un órgano capaz de vencer con éxito las vallas y obstáculos que se le presenten, para cumplir con sus objetivos, en un ente tullido. En un órgano constitucional minusválido.

De otro lado, de acuerdo a la doctrina del Derecho Constitucional contemporáneo, la normativa que regula un determinado órgano, ente, entidad o institución del Estado de rango constitucional, conformada por el conjunto de normas contenidas en la propia Constitución que lo crean, establecen sus características básicas y determinan sus principales competencias, y la respectiva normativa infraconstitucional de primer rango que contiene su regulación complementaria, conformada por el conjunto de normas contenidas en su correspondiente ley de desarrollo constitucional y en las leyes que complementan a esta última, que desarrollan con más detalle sus características y competencias, así como otros aspectos atinentes a su adecuado funcionamiento constituyen el *bloque de constitucionalidad*.

Esto es, un conjunto normativo conformado por los preceptos contenidos en la misma Constitución y los preceptos contenidos en la ley de desarrollo constitucional y sus complementarias, dictados dentro del marco constitucional, que determinan las características, competencias y atribuciones de un determinado órgano constitucional; conjunto normativo que es considerado como un todo o bloque (por ello su denominación), a los efectos del análisis de constitucionalidad. En tal sentido, el bloque de constitucionalidad es una unidad, que comprende la sumatoria de ambas normativas (la constitucional y la infraconstitucional de primer rango), la cual será comparada con la norma cuestionada para determinar su constitucionalidad o su inconstitucionalidad, entendiendo por constitucionalidad de una norma jurídica aquel "…vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas del sistema jurídico que aquella diseña; tanto en cuanto al fondo como a la forma."[14], o aquella suerte de "…cordón umbilical que conecta o une los postulados constitucionales con sus respectivos correlatos normativos, en sus respectivos niveles de especificidad; siendo consustancial al proceso de implementación constitucional e imprescindible para la compatibilidad y coherencia del sistema jurídico."[15]

En el Perú se ha recogido la figura del bloque de constitucionalidad en el Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley Nº 28237, al establecer en su artículo 79º (ubicado dentro del Título VI referido a las disposiciones generales de los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad), que el Tribunal Constitucional para apreciar la validez constitucional de las normas "…considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.".

Ahora bien en lo que atañe específicamente a los órganos, entes, entidades o instituciones del Estado Peruano de rango constitucional, consagrados en la Constitución de 1993, el *bloque de constitucionalidad* está conformado únicamente por los preceptos constitucionales que los crean y regulan y por los preceptos infraconstitucionales contenidos en su correspondiente ley de desarrollo constitucional, denominada por el Legislador Constituyente Peruano ley orgánica, por cuanto su artículo 106º establece en sus partes pertinentes que mediante "…leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas

14 BLUME FORTINI, Ernesto. "El Control de la Constitucionalidad (Con especial referencia a Colombia y al Perú). Ersa. Lima. 1996, p. 23.

15 Loc. Cit.

en la Constitución…", y que para "…su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.".

En el caso concreto de las municipalidades, estamos ante órganos de rango constitucional, ya que es la propia Constitución la que las crea, establece sus principales características, su composición básica, las facultades de sus órganos de gobierno, la forma de elección de sus máximas autoridades y sus competencias más importantes, entre otros aspectos (artículos 191º al 195º) cuya implementación normativa debe darse en la Ley Orgánica de Municipalidades, a la que se refiere expresamente su artículo 196º. Por consiguiente, el bloque de constitucionalidad municipal está integrado en el Perú por las normas sobre municipalidades contenidas en la Constitución de 1993 y los preceptos de la Ley Orgánica de Municipalidades Nº 27972.

En cuanto al bloque de constitucionalidad municipal en materia de dirección y planificación del desarrollo urbano y rural, interesa destacar las siguientes normas:

> "La descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. El proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales" (Artículo 188, primer párrafo, de la Constitución).
>
> "El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación" (Artículo 189, primer párrafo).
>
> "Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia…" (Articulo 194, primer párrafo, primera parte)
>
> "Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo". (Artículo 195 de la Constitución, primer párrafo)

Son competentes para:

> "(…) Planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial" (Artículo 195, inciso 6)

> "(…) Desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley" (Artículo 195, inciso 8).

Se deduce, de las cláusulas anteriormente glosadas, que la finalidad descentralista como esquema dentro del que se estructura el Estado peruano, no es un simple desiderátum indicativo sino que representa sin disputa alguna uno de los grandes objetivos de nuestro ordenamiento constitucional, el mismo que requiere ser concretizado de manera permanente y armónica.

Siendo las cosas del modo descrito, no es extraño que las normas integrantes de nuestro bloque de constitucionalidad se esfuercen en fortalecer dicha visión de manera tal que la misma pueda resultar verificable en la realidad. Es dentro de dicha lógica que encuentra acogida una norma como la contenida en el artículo 79.1 de la Ley Orgánica de Municipalidades, de acuerdo con la cual, es función específica y exclusiva de las municipalidades provinciales:

> "Aprobar el Plan de Acondicionamiento Territorial de nivel provincial, que identifique las áreas urbanas y de expansión urbana, así como las áreas de protección o de seguridad por riesgos naturales; las áreas agrícolas y las áreas de conservación ambiental".

5. El resumen de los fundamentos de mi posición.

Una norma como la anteriormente señalada, no ha sido concebida como criterio simplemente programático sino que requiere de acciones inevitablemente complementarias pues no de otro modo es que puede otorgarse cobertura a los alcances del plan enunciado. En este escenario y si la Municipalidad Provincial de San Pablo ha optado por identificar territorios o zonas que a su juicio requieren protección especial, no es porque haya asumido funciones o competencias que no le corresponden, sino exactamente al revés, como parte de las obligaciones que inevitablemente le corresponden a partir de lo dispuesto en la Constitución y el citado dispositivo de la Ley Orgánica de Municipalidades. No proceder con sujeción a ello o pretender desconocer una facultad como la descrita, sería vaciar de contenido la fórmula del Estado Descentralista del que tanto se habla.

Conviene agregar que no solo se trata de lo dispuesto en la Constitución y la Ley Orgánica de Municipalidades, sino también de lo señalado en su momento en otros ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico. Se ha mencionado al respecto

y no sin razón que el Decreto Supremo Nº 038-2001-AG que en su momento reglamento la Ley Nº 26834 o Ley de Áreas Naturales Protegidas, estableció un régimen jurídico mediante el cual se reguló lo concerniente con las áreas de conservación municipal (artículos 78 y 79), pretendiendo afirmarse que aunque dicha norma si permitía que los gobiernos municipales pudiesen optar por dichas fórmulas, al haber quedado derogada la misma, habría desaparecido dicha facultad, la misma que para darse como cierta, necesariamente tendría que sujetarse al principio de taxatividad.

Definitivamente no compartimos dicha aseveración, pues ignora que esa facultad está habilitada en la Constitución y en las normas integrantes del bloque de constitucionalidad.

En el marco de las consideraciones descritas estimo que la solución a una controversia como la que plantea el presente proceso, de ninguna manera puede suponer apelar a una priorización absoluta de los derechos invocados sobre la base de una supuesta inexistencia de atribuciones o facultades por parte de la municipalidad demandada, pues esta como insistimos, si goza de facultades de creación de áreas de conservación ambiental y municipal y estas últimas, hay que decirlo, se encuentran directamente vinculadas con derechos fundamentales de tanta importancia como los invocados en la demanda, tal y cual sucede con la protección del medio ambiente y de los propios recursos naturales. Desde mi punto de vista, el presente caso exige un enfoque ponderativo en torno de todos los derechos involucrados, el mismo que en ningún momento aparece realizado en la sentencia en mayoría.

6. La sentencia de mayoría y sus falencias.

Como lo señalé al empezar el presente voto singular la sentencia de mayoría:

6.1 Trasunta una visión centralista del país, ajena a la lógica y filosofía del Legislador Constituyente Peruano, que ha optado por la descentralización como principal instrumento de su desarrollo integral y armónico, a través básicamente de los gobiernos locales o municipales, a los que ha otorgado autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia; y ha asignado la competencia constitucional de planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, el urbanismo y el acondicionamiento territorial, así como el desarrollo y la regulación de actividades y servicios, entre otros importantes aspectos, en materia de medio ambiente y sustentabilidad de los recursos naturales.

6.2 Resuelve la tensión entre el derecho al medio ambiente alegado por la municipalidad emplazada, que es un derecho de indiscutible interés público y de titularidad colectiva, y los derechos de libertad de empresa, de libertad de industria, de libertad de trabajo y de propiedad, alegados por la demandante, que son derechos de naturaleza eminentemente privada, a favor de los segundos. Es decir, priorizando el interés particular sobre el interés social, a contramano de los postulados constitucionales, que imponen que los derechos deben ejercitarse en armonía con el interés social y en orden a coadyuvar en el logro del bien común.

6.3 Minimiza y desconoce tanto la descentralización, en cuanto proceso de desarrollo integral y armónico del país, como el rol constitucional de los gobiernos locales y sus competencias constitucionales, los cuales son instrumentos básicos de tal proceso.

6.4 Reproduce el error de aplicar la cláusula de residualidad competencial a favor del gobierno nacional, frente a los vacíos u omisiones legislativas, a pesar que debe ser a la inversa. Esto es, a favor del gobierno local, por ser el más cercano a la población y responder ello a una visión constitucionalizada del cuadro de asignación de competencias consagrado en la Carta Fundamental de la República y en la Ley de Bases de la Descentralización del Perú, Ley 27783, que establece que toda competencia no otorgada expresamente al gobierno nacional o al gobierno regional, corresponde al gobierno local y se entiende otorgada a favor de este, ya que las actividades de gobierno en sus distintos niveles alcanzan mayor eficiencia, efectividad y control de la población si se efectúan descentralizadamente.

6.5 Parte de la ley para la determinación de la competencia de constituir áreas naturales protegidas, que es norma infraconstitucional de primer rango, y no de la Constitución, como corresponde; máxime al Tribunal Constitucional, al que por esencia le toca garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y la primacía normativa de la Carta Fundamental, que es la expresión normativa del poder constituyente. Es decir, prioriza al legislador constituido sobre el Legislador Constituyente, lo que es contrario a su propio rol y a su misma razón de ser.

7. El sentido de mi voto.

Por las razones precedentemente expuestas y explicadas, definitivamente voto en contra de la sentencia de mayoría, que adopta una posición jurisprudencial notoriamente centralista, lesionando la competencia municipal de la Municipalidad

Provincial de San Pablo para declarar áreas de conservación ambiental dentro de su circunscripción. Ello, en mi concepto, lejos de ser coherente, compatible y armónico con la Constitución, se distancia peligrosamente de ella, pues se aparta de los postulados constitucionales que informan al proceso de descentralización en el Perú.

S.
BLUME FORTINI

Sentencia 2375-2014-PA/TC

Proceso de amparo promovido por Juan Ernesto Raymundo Rivera Castañeda. El Tribunal declaró fundada en parte la demanda sobre el derecho de igualdad ante la ley.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 12 de enero de 2017.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por Juan Ernesto Raymundo Rivera Castañeda, y en consecuencia ordenó a la Sunat no volver a cometer los actos que motivaron la interposición de la demanda. Adicionalmente, dispuso que todo embargo recaído en el expediente coactivo correspondiente al recurrente, se adecue a los términos de la sentencia, y que se paguen los costos del proceso.

En el presente caso, el que la pretensión del recurrente, referida al levantamiento de los embargos trabados sobre sus honorarios, haya sido satisfecha por la Sunat, no supone *per se* la improcedencia de la demanda. Sino que, en el marco del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, en estos casos el juez queda habilitado para evaluar el fondo de la controversia objeto de análisis, a fin de determinar si la actuación objeto de la demanda vulneró los derechos alegados.

Ahora bien, teniendo en cuenta que en este caso la Sunat justificó la retención ilimitada que ejercía sobre los honorarios del recurrente en su naturaleza no remunerativa, el Tribunal concluye la transgresión del derecho a la igualdad ante la ley, debido a que, si bien en términos jurídicos no son lo mismo los ingresos provenientes de una relación laboral con los de una locación de servicios, en el presente caso, dichos honorarios debieron ser homologados a las remuneraciones, ya que estos eran percibidos periódicamente, y porque estaban destinados a la satisfacción de las necesidades del recurrente.

Adicionalmente a ello, la sentencia también lleva anexo el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, en el que precisa atenerse a lo acogido en el caso «Castañeda Arizaga» (sentencia recaída en el expediente 00645-2013-PA/TC),

y a lo establecido en el caso «Elgo Ríos» (sentencia recaída en el expediente 023283-2013-PA/TC).

Temas claves: Igualdad ante la ley — Sustracción de la materia — Concepto jurídico de remuneración.

EXP. N.° 02375-2014-PA/TC
CALLAO
JUAN ERNESTO RAYMUNDO RIVERA CASTAÑEDA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de setiembre de 2016, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia. Asimismo, se agrega el abocamiento de la magistrada Ledesma Narváez, aprobado en la sesión de pleno de fecha 8 de setiembre de 2016, y el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera que se agrega.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Juan Ernesto Raymundo Rivera Castañeda contra la sentencia de fojas 135, de fecha 12 de noviembre de 2013, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia del Callao, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 17 de enero de 2013, don Juan Ernesto Raymundo Rivera Castañeda interpone demanda de amparo contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat), solicitando que se levanten los embargos trabados sobre los honorarios que recibe del Ministerio de Cultura como locador de servicios.

Manifiesta que, al inaplicarse el límite establecido en el artículo 648, inciso 6, del Código Procesal Civil, se vulnera su derecho a la igualdad ante la ley. Además, alega haber sido privado de su única fuente de ingresos, lo que pone en riesgo la continuidad de sus estudios y la manutención de su familia.

Con fecha 26 de abril de 2013, la Sunat contesta la demanda señalando que los embargos cuestionados fueron levantados el 20 de febrero de 2013. Asimismo, solicita que la demanda sea declarada improcedente porque el recurrente omitió interponer un recurso de queja ante el Tribunal Fiscal.

Sin perjuicio de ello, manifiesta no haber vulnerado derecho constitucional alguno porque los ingresos del recurrente no tienen naturaleza de remuneración, por lo que no correspondía aplicar el artículo 648, inciso 6, del Código Procesal Civil.

A través de sentencia de fecha 2 de julio de 2013, el Sexto Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao declara infundada la demanda por considerar que las rentas de cuarta categoría no constituyen una remuneración, por lo que pueden ser embargadas de forma ilimitada por la Administración Tributaria.

A su vez, a través de sentencia de fecha 12 de noviembre de 2013, la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia del Callao confirma la apelada por similar fundamento.

FUNDAMENTOS

Procedencia de la demanda

1. En primer término, debe evaluarse si corresponde emitir un pronunciamiento de fondo. Por tanto se analizará, respectivamente, lo siguiente: (i) si es necesario agotar la vía administrativa; (ii) si existen vías procesales igualmente satisfactorias para tutelar los derechos invocados; y (iii) si se ha producido la sustracción de la materia.

Agotamiento de la vía administrativa

2. Las resoluciones coactivas 0230071509951 y 0230071514006, a través de las cuáles se trabaron medidas de embargo sobre los honorarios del recurrente, pudieron impugnarse ante el Tribunal Fiscal, mediante el recurso de queja previsto en el artículo 155 del Código Tributario.

3. Así, está acreditado que se interpuso la demanda de autos sin haberse agotado la vía administrativa.

4. El artículo 46, inciso 2, del Código Procesal Constitucional señala, sin embargo, que no resulta exigible el agotamiento de la vía previa cuando este pudiera tener como consecuencia la irreparabilidad de la agresión.

5. En esos términos, cabe recordar que el procedimiento coactivo se suspende únicamente al concurrir una de las causales previstas en el artículo 119 del Código Tributario, entre las que no figura la presentación del recurso de queja.

6. Acudir al Tribunal Fiscal, entonces, no habría detenido la tramitación del procedimiento coactivo ni interrumpido los efectos de los embargos cuestionados.

7. Así, de haberse producido una demora en la resolución del caso, el recurrente podría haber sido privado *sine die* de los ingresos necesarios para asegurar su sustento y el de su familia.

8. En consecuencia, en atención al carácter urgente de la controversia y al riesgo de producción de un daño irreparable, se configura el supuesto previsto en el artículo 46, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, por lo que no es posible desestimar la demanda por falta de agotamiento de la vía administrativa.

Ausencia de vías igualmente satisfactorias

9. Las resoluciones coactivas mencionadas, además, no pueden cuestionarse en sede jurisdiccional distinta a la del amparo.

10. El artículo 122 del Texto Único Ordenado del Código Tributario, en efecto, excluye la posibilidad de impugnar judicialmente las actuaciones de la Administración Tributaria al interior de un procedimiento de cobranza coactiva. Dicha norma dispone que sólo cabe la revisión judicial del procedimiento coactivo a través del recurso de apelación (sic).

11. Tal proceso, sin embargo, no puede considerarse una vía igualmente satisfactoria frente al recaído en autos por las siguientes razones: (i) no permite cuestionar resoluciones coactivas específicas, sino, únicamente, la legalidad del procedimiento desde el punto de vista global; y (ii) tiene por objeto revisar cuestiones de procedimiento, mas no aspectos relativos al fondo del asunto o a la procedencia de la cobranza.

12. Así, aún si se aceptara que las pretensiones del recurrente pueden plantearse en dicho proceso, este habría tenido que esperar a que concluya el procedimiento de ejecución coactiva para accionar en defensa de sus derechos, lo cual podría producir un daño irreparable.

13. En consecuencia, no puede desestimarse la demanda en aplicación del artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.

Sustracción de la materia

14. Por último, está acreditado a fojas 43 y 44 que los embargos cuestionados fueron levantados por la Administración Tributaria con fecha 20 de febrero de 2013. Ese hecho, empero, no supone la improcedencia *per se* de la demanda.

15. El artículo 1 del Código Procesal Constitucional faculta al juez para conocer el fondo de la controversia incluso después de producirse la sustracción de la materia y, de ser el caso, estimar la pretensión "precisando los alcances de su decisión,

[y] disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda […]".

16. En consecuencia, se procederá a evaluar el fondo de la controversia para determinar si la Sunat vulneró los derechos del recurrente al ordenar la retención, sin límite alguno, de los honorarios percibidos como locador de servicios del Ministerio de Cultura.

Resolución del caso

17. El ordenamiento jurídico reconoce a la Administración Tributaria la posibilidad de ejecutar sus propias resoluciones, bajo determinadas circunstancias, sin requerir intervención de autoridad jurisdiccional alguna.

18. Dicho poder, sin embargo, debe ejercerse sin desconocer "[…] los derechos fundamentales de los administrados que pueden verse amenazados o vulnerados por la actividad de la Administración […]" (sentencias recaídas en los expedientes 00015-2005-PI/TC, 02044-2009-PA/TC, 00005-2010-PA/TC, entre otros).

19. Los procedimientos de ejecución coactiva, por tanto, no son espacios sustraídos del control constitucional; deben desarrollarse respetando los límites que imponen los derechos fundamentales y los principios reconocidos en la Constitución.

20. Este Tribunal Constitucional ha establecido lo siguiente:

> [Un embargo en forma de retención no debe 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. Sentencias recaídas en los expedientes 000691-2004-PA/TC, 01780-2009-PA/TC y 02044-2009-PA/TC, entre otras).

21. La emplazada no cuestiona la validez de dicho límite, sino la pertinencia de su aplicación al caso concreto. Señala que no vulneró derecho fundamental alguno porque el artículo 648, inciso 6, del Código Procesal Civil se refiere, únicamente, a la remuneración del trabajador que participa de una relación laboral.

22. El recurrente manifiesta, en cambio, que el embargo de sus honorarios más allá de dicho límite afecta la continuidad de sus estudios y el sustento de su familia, por lo que debe considerarse inconstitucional.

23. Conforme al artículo 2, inciso 2, de la Constitución, todas las personas tienen derecho a la igualdad ante la ley. Por tanto, cuando dos personas se encuentren

una situación sustancialmente igual, debe aplicarse la misma regla de derecho a ambas, en la medida en que pueden "expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas" (artículo 103 de la Constitución).

24. Así, sin perjuicio de las diferencias legítimas que puedan establecerse en otros casos entre trabajadores y locadores de servicios frente a la aplicación del artículo 648, inciso 6, del Código Procesal Civil, el recurrente ocupa una posición análoga a la de un trabajador, porque (i) recibe pagos periódicos del Ministerio de Cultura como contraprestación por servicios de promoción cultural, como consta a fojas 5, 7,8, 55 y 56; y (ii) destina el mismo, que constituye su única fuente de ingresos, a la satisfacción de sus necesidades básicas y las de su familia.

25. Ciertamente, para efectos del impuesto a la renta, resulta razonable diferenciar los ingresos provenientes de relaciones laborales (quinta categoría) de las que tienen origen en actividades independientes (cuarta categoría), por ejemplo, en lo referido a la determinación de la base imponible o a la liquidación o pago del impuesto.

26. Sin embargo, no existe justificación constitucional válida para desproteger a quienes, sin contar con un contrato de trabajo, perciban honorarios por trabajo independiente: (i) de una sola fuente; (ii) con periodicidad mensual o quincuenal similar a la que aplica a las remuneraciones de origen laboral; y, (iii) además, destinen sus ingresos a la satisfacción de sus necesidades básicas y las de sus dependientes inmediatos. En esos casos, los honorarios serán inembargables en su fuente cuando no excedan las 5 unidades de referencia procesal (URP) y, en caso excedan las 5 URP, solo hasta la tercera parte de dicho exceso.

27. Este Tribunal Constitucional considera, en consecuencia, que debieron respetarse dichas reglas en el presente caso; máxime cuando, en sentido amplio, el concepto jurídico de remuneración también se encuentra referido a los honorarios, como consta en los artículos 1759 y 2001 del Código Civil.

28. En el fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente 00645-2013-PA/TC se señala lo siguiente:

> [Aceptar una interpretación contraria] […] implicaría consentir un trato discriminatorio respecto a quienes están en una situación más precaria en términos de estabilidad de sus ingresos, afectando el derecho a la igualdad ante la ley que garantiza la Constitución, en este caso, la igualdad que merecen todos los trabajadores a no ser embargados más allá del límite legal.

29. Por tanto, habiéndose acreditado la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley del recurrente, corresponde estimar la demanda y ordenar a la Sunat no volver a cometer actos similares a los que motivaron su interposición; caso contrario se aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda en aplicación del artículo 1 del Código Procesal Constitucional; y, en consecuencia, ordenar a la Sunat no volver a cometer los actos que motivaron su interposición.

2. Disponer que todo embargo recaído en el Expediente Coactivo 0230060815096, correspondiente al recurrente, se adecúe a los términos de la presente sentencia.

3. Ordenar el pago de los costos del proceso.

Publíquese y notifíquese.

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

EXP. N.° 02375-2014-PA/TC
CALLAO
JUAN ERNESTO RAYMUNDO RIVERA CASTAÑEDA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas, pero debo efectuar las siguientes precisiones al respecto:

1. Conviene tener presente que el Tribunal Constitucional ha acogido en el caso "Castañeda Arizaga" (00645-2013-PA/TC) una postura institucional sobre esta materia. En tanto y en cuanto dicha postura se encuentra hoy vigente, me atengo a la misma, independientemente de cualquier otra consideración.

2. Corresponde también tener presente que el Tribunal Constitucional cuenta con un precedente donde se fijan la reglas para determinar cuándo estamos ante una vía igualmente satisfactoria. En ese sentido, la aplicación lo establecido en "Elgo Ríos" (023283-2013-PA-TC) lleva al mismo sentido o resultado que el asumido en la resolución a la cual nos adherimos.

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Sentencia 00474-2016-PA/TC

Proceso de amparo promovido por Luciana Milagros León Romero y otros. El Tribunal declaró fundada en parte la demanda sobre el derecho de asociación.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 30 de marzo de 2017.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda de amparo interpuesta por Luciana Milagros León Romero y otros y, en consecuencia, ordenó al Club de Regatas Lima que admita a trámite las solicitudes de incorporación como asociadas titulares, en calidad de hijas de asociado, que pudieran presentar las demandantes y que al momento de calificar sus solicitudes de postulación el Club demandado respete el derecho de estas a postular en su calidad de hijas de asociado, tomando en consideración los derechos que le corresponden de acuerdo a sus edades. Asimismo, declaró improcedente la demanda en lo demás que contiene; y condenó a la emplazada al pago de costos procesales a favor de las recurrentes.

La discusión de la controversia se desarrolló en razón a determinar si la sanción de suspensión de un asociado extendida a sus familiares, prevista en el artículo 59 del Estatuto del Club demandado, inhabilita a las recurrentes a postular en su condición de hijas de asociado. Al respecto, tomando en cuenta los alcances de las sentencias recaídas en los Expedientes 06863-2006-PA/TC y 06730-2006-PA/TC, el Tribunal consideró que aceptar la validez de dicha hipótesis significaría vulnerar la libertad de los hijos de los asociados de pertenecer libremente a la asociación o club al cual pertenecen sus padres y que, por lo tanto, no se debe restringir el derecho de las recurrentes a postular.

Teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad en el ejercicio de las facultades sancionatorias en el ámbito de los particulares, el Tribunal también advirtió la desproporcionalidad de la medida adoptada por el Club demandado al suspender indefinidamente a la esposa e hijos en el ejericio de su derecho de concurrir a los locales del club, por actos del padre que no han merecido una sentencia definitiva, pese a seguir cobrándole su cuota mensual.

La sentencia contiene el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, en el que manifestó estar de acuerdo con el sentido de lo resuelto en la sentencia, pero que considera pertinente precisar que en virtud a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, el club demandado transgredió el derecho de asociación de las recurrentes al interpretar que la sanción extrapolada a los familiares del asociado suspendido, prevista en el artículo 59 del Estatuto, también implicaba suspender el derecho de estas de postular tomando en cuenta su condición de hijas de asociado.

Finalmente, la sentencia también contiene el voto singular del magistrado Sardón de Taboada, en el que manifiesta que la demanda debió declararse improcedente ya que, a su criterio, en una asociación el derecho de los padres y los beneficios de sus hijos son derechos de carácter estatutario y no de corte constitucional.

Temas claves: Derecho de asociación —principio de proporcionalidad— eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

EXP. N.° 00474-2016-PA/TC
LIMA
LUCIANA MILAGROS LEÓN ROMERO Y OTRA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 28 días del mes de marzo de 2017, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, con el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, el voto singular del magistrado Sardón de Taboada y las abstenciones denegadas de los magistrados Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Luciana Milagros León Romero y doña Cecilia Fernanda León Romero contra la sentencia de fojas 289, de fecha 26 de agosto de 2015, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda respecto a la presunta vulneración de los derechos de igualdad, no discriminación y presunción de inocencia, e improcedente respecto a la presunta vulneración del derecho de asociación.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 29 de agosto de 2013, las recurrentes interpusieron demanda de amparo contra el Club de Regatas Lima, solicitando lo siguiente:

- Que se ordene al Club de Regatas Lima que acepte la solicitud de ingreso de doña Luciana Milagros León Romero, a fin de que se integre como asociada del citado club en condición de "hija de asociado", y que se tomen en consideración los derechos que corresponden a los menores de 34 años.
- Que se ordene al Club de Regatas Lima que acepte la solicitud de ingreso de doña Cecilia Fernanda León Romero, a fin de que se integre como asociada del citado club en condición de "hija de asociado", mayor de 35 años

Aducen que el demandado se niega a incorporarlas como asociadas del club en su condición de "hijas de asociado", en atención al hecho de que su señor padre, don Rómulo León Alegría, se encuentra suspendido indefinidamente en su condición de asociado por encontrarse afrontando un proceso penal en calidad de imputado, sobre la base del artículo 59 del Estatuto del club, que prescribe que la suspensión de un asociado importa la privación de los derechos de él y su familia. Alegan que la actitud del club vulnera sus derechos a la asociación, igualdad, a la no discriminación y a la presunción de inocencia.

Contestación de la demanda

El Club de Regatas Lima contestó la demanda y solicitó que sea declarada infundada, señalando que, en ejercicio de su facultad de autoorganización, mediante el estatuto se reconocen derechos y fijan deberes para los asociados, y que los derechos y deberes de los hijos de los asociados son derivados del titular, por lo que, tratándose de derechos derivados, la suspensión que pesa sobre el padre de las demandantes acarrea la suspensión de los derechos de sus familiares, lo cual no constituye un acto discriminatorio, pues la situación de estos no resulta comparable con la de aquellos familiares de asociados no suspendidos. Añade que si bien es cierto que no corresponde que las actoras postulen en condición de "hijas de asociados", sí pueden hacerlo como cualquier otra persona sin tal condición. Por último, alega que la medida de suspensión de su padre es válida dentro de la potestad de autoorganización del club, por lo que dicho razonamiento se extiende a sus familiares, por tener estos derechos derivados del titular.

Sentencia de primera instancia o grado

El Décimo Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de fecha 1 de setiembre de 2014, declaró infundada la demanda por considerar que no se encuentra acreditado que las demandantes hayan sido objeto de discriminación, puesto que la emplazada está aplicando lo dispuesto por su estatuto. Asimismo, señala que no se está prejuzgando la culpabilidad o inocencia del padre de las actoras, sino que la medida de suspensión tiene su origen en la comisión de actos reñidos con la moral y las buenas costumbres como valores de interés del Club de Regatas Lima. Finalmente, indica que no se vulneró el derecho de asociación, dado que, en virtud de las disposiciones estatutarias es válido que los efectos de la suspensión de un asociado se extiendan a sus familiares, quienes pueden postular como personas sin la condición de "hijo de asociado".

Sentencia de segunda instancia o grado

La Sala superior revocó la apelada y declaró improcedente la demanda en el extremo referido a la presunta vulneración del derecho de asociación al considerar que las de-

mandantes carecen de legitimidad para solicitar el levantamiento de la suspensión que pesa sobre su padre. Además, agrega que no existe un rechazo de la emplazada a su incorporación como asociadas, pues pueden postular como personas sin la condición de "hijo de asociado". De otro lado, la Sala superior confirmó la apelada respecto a la presunta vulneración de los derechos de igualdad, no discriminación y presunción de inocencia, pues la extensión de los efectos de la suspensión a los familiares del asociado destinatario de tal medida tiene como base una disposición estatutaria aplicable con carácter general para todos los asociados que se encuentren en esa situación, preexistente a la situación particular de las actoras, y enmarcada dentro de la potestad de autoorganización del citado club. Por último, señala que no hay vulneración a la presunción de inocencia, pues los efectos extendidos de la suspensión son consecuencia del carácter derivado de los derechos de los familiares del asociado, que no implican imputación alguna hacia ellos.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que, inaplicando el artículo 59 del Estatuto del Club de Regatas Lima se ordene a este aceptar la solicitud de ingreso de doña Luciana Milagros León Romero a fin de que se integre como asociada del citado club en condición de "hija de asociado", debiendo tomarse en consideración los derechos que corresponden a los menores de 34 años, así como la solicitud de su hermana doña Cecilia Fernanda León Romero a fin de que se integre como asociada del citado club en condición de "hija de asociado" mayor de 35 años.

Consideraciones de Tribunal Constitucional

2. En principio, cabe recordar lo siguiente:

> […] el Estado social y democrático de Derecho implica que los derechos fundamentales adquieren plena eficacia vertical —frente a los poderes del Estado— y horizontal –frente a los particulares-. Ello excluye la posibilidad de que existan actos de los poderes públicos y privados que estén desvinculados de la eficacia jurídica de los derechos fundamentales, toda vez que éstos no sólo son derechos subjetivos de las personas sino también instituciones objetivas que concretizan determinados valores constitucionales —justicia, igualdad, pluralismo, democracia, entre otros— recogidos, ya sea de manera tácita o expresa, en nuestro ordenamiento constitucional." [cfr. sentencia emitida en el Expediente 10087-2005-PA/TC, fundamento 3].

3. En tal sentido, en el fundamento 9 del Expediente 06730-2006-PA/TC señala lo siguiente:

> […] Los derechos fundamentales detentan un efecto horizontal o *inter privatos* (Cfr- sentencia emitida en el Expediente 1124-2001-PA/TC, entre otras). Tal efecto se deriva, por un lado, del artículo 38 de la Constitución, en cuanto establece que todos los peruanos tienen el deber de "respetar" y "cumplir" la Constitución y, por otro, del principio de dignidad (arts. 1 y 3 de la Constitución), en cuanto el valor central de la persona impone que sus derechos fundamentales proyecten también su efecto regulador al ámbito de la sociedad y de la propia autonomía privada. La dignidad de la persona trae así consigo la proyección universal, frente a todo tipo de destinatario, de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social que se exima de su efecto normativo y regulador, pues de haber alguno, por excepcional que fuese, significaría negar el valor normativo del mismo principio de dignidad. En consecuencia, los derechos fundamentales vinculan, detentan fuerza regulatoria en las relaciones jurídicas de derecho privado, lo cual implica que las normas estatutarias de las entidades privadas y los actos de sus órganos deben guardar plena conformidad con la Constitución y, en particular, con los derechos fundamentales.

4. Asimismo, este Tribunal ha señalado en el fundamento 2 de sentencia emitida en el Expediente 06863-2006-PA/TC, lo siguiente: que el contenido esencial del derecho fundamental de asociación comprende: a) el derecho de asociarse, entendiendo por tal la libertad de la persona para constituir asociaciones, así como la posibilidad de pertenecer libremente a aquellas ya constituidas, desarrollando las actividades necesarias en orden al logro de los fines propios de las mismas; b) el derecho de no asociarse, esto es, el derecho de que nadie sea obligado a formar parte de una asociación o a dejar de pertenecer a ella; c) la facultad de autoorganización, es decir, la posibilidad de que la asociación se dote de su propia organización; y d) el derecho a no ser excluido arbitrariamente de una asociación; en otros términos, el derecho a no ser objeto de medidas que de modo irrazonable o desproporcionado aparten a una persona de la asociación a la que pertenece.

Respecto al punto a) que antecede, debe entenderse que comprende también el derecho a ser respetado en los derechos preferentes que se tuvieran para postular a una asociación en calidad de hijo de asociado.

5. Por su parte, el artículo 1 del Código Procesal Constitucional establece que el proceso de amparo (al igual que los procesos de *habeas corpus*, *habeas data* y cumplimiento) tiene como finalidad la protección de los derechos fundamentales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de los mismos, lo cual implica que quien pretenda obtener la tutela de sus derechos a través de la justicia constitucional deberá acreditar, ante todo, ser titular de los derechos cuya afectación o amenaza se denuncia.

6. De otro lado, de la revisión de lo actuado no se verifica la existencia de solicitudes expresas que hayan presentado las demandantes directamente al club demandado para ser incorporadas como asociadas titulares en su condición de hijas de asociado, como tampoco que exista al respecto una respuesta positiva o negativa por parte del club emplazado. Lo que sí se verifica es que doña Luciana Milagros León Romero conforme a la solicitud obrante a fojas 124, peticionó a la institución demandada, a través de un pedido dirigido al presidente de su junta calificadora que se inaplique la suspensión que fuera impuesta a su padre y, a consecuencia de dicha inaplicación, se habilite la posibilidad de su incorporación al club en su calidad de "hija de asociado".

7. Sin perjuicio de lo señalado en el fundamento anterior, cabe enfatizar que las recurrentes, además, cuestionan la aplicación del artículo 59 del Estatuto del Club de Regatas Lima, a través del cual se dispone:

> Art. 59.- La suspensión de un asociado importa la privación de sus derechos por el término de la sanción y lo inhabilita a él, y a los miembros de sus familia, mencionados en el artículo 42 de este Estatuto, para concurrir a los locales del Club, no exonerándose del pago de la cuota ordinaria mensual y demás obligaciones contraídas con la institución. El tiempo que dure la suspensión de un asociado no será computable para los efectos de su antigüedad como miembros de la institución.

8. Así, mediante solicitud de fecha 14 de febrero de 2013, corriente a fojas 124, la codemandante Luciana Milagros León Romero solicitó la inaplicación de dicha disposición para el supuesto de postulación al club en condición de "hija de asociado"; solicitud que fue respondida por don Alberto Varillas Montenegro, presidente de la Junta Calificadora y de Disciplina, por documento de fecha 22 de marzo de 2013, en el que se señala que la suspensión se hace extensiva a los familiares del asociado en virtud del citado artículo 59. Asimismo, en la contestación de la demanda, el club emplazado reiteró que la suspensión del padre de las actoras acarrea como consecuencia que ellas no puedan postular en condición de "hijas de asociado", sino en condición de "ajeno". Es decir, como una persona natural que, sin vínculo familiar con algún asociado, decide postular y solicitar su incorporación al club.

9. Al respecto, este Tribunal considera que, de la lectura del artículo 59, se desprende que la extensión de la sanción de suspensión alcanza a los familiares citados en el artículo 42 del Estatuto (lo cual incluye a los hijos del asociado) e inhabilita a dichos familiares para asistir a las instalaciones del club. Sin embargo, la norma estatutaria bajo análisis no prescribe que la suspensión de un

asociado implique como efecto que sus hijos no puedan postular en condición de "hijos de asociado" y esto en razón de que, si bien es cierto el asociado está suspendido, no ha perdido su condición de tal. Es decir, sigue ostentando la categoría de asociado. En todo caso, este Tribunal no comparte el argumento esgrimido por el club emplazado en el sentido de que la extensión de los efectos de la suspensión de un asociado alcanzan también a los hijos de dicho asociado, que libremente deseen postular como integrantes del club, por lo que adoptar un criterio en ese sentido constituye una barrera de acceso irrazonable para incorporarse al club. En atención a ello, la adopción de tal criterio por parte del club demandado configura una vulneración al derecho de asociación de los hijos de asociados, que debe ser entendido específicamente como la libertad de todo hijo de asociado de pertenecer libremente a la asociación o club al cual pertenecen sus padres, ejerciendo sus derechos inherentes a su calidad de hijos de asociados.

10. Adicionalmente a todo lo expuesto en los parágrafos precedentes, se evidencia un extremo desproporcionado en el texto del precitado artículo 59 del Estatuto del Club de Regatas Lima. El problema se plantea del siguiente modo: ¿el Club Regatas Lima puede suspender indefinidamente a una esposa e hijos de concurrir a los locales del club, por actos del padre que no han merecido una sentencia definitiva, pese a seguir cobrándole su cuota mensual? Conforme a la redacción del citado artículo 59, basta solo que se suspenda al asociado para que *automáticamente* se suspenda también a los miembros de su familia. Al respecto, el Tribunal Constitucional estima que dicha disposición, aplicada a las recurrentes, es desproporcionada.

11. En efecto, es indispensable destacar que en el ámbito de los particulares, específicamente en lo que se refiere al ejercicio de las facultades sancionatorias, se deba observar estrictamente el principio de proporcionalidad, el mismo que se constituye en un límite para que los centros de poder no hagan un uso abusivo de tal poder sino que lo utilicen en la medida que resulte estrictamente necesario para lograr sus respectivos fines. El principio de proporcionalidad, conforme lo ha sostenido el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, debe ser tomado en consideración en todos aquellos casos en los que se pretenda la restricción o limitación de los derechos fundamentales.

12. En el presente caso, es necesario destacar que el propio estatuto del club otorga también el derecho de hacer uso de sus instalaciones y servicios a "los miembros de la familia". Así el artículo 37 del mencionado Estatuto, establece que el "derecho de frecuentar el Club y hacer uso de sus instalaciones y servicios

corresponde a los asociados **y a los miembros de su familia** (…) quienes a sí mismo podrán **representar a la Institución** en sus diversas actividades". [resaltado agregado]

13. Igualmente, el estatuto del club establece la posibilidad de que los familiares de socios puedan ser suspendidos "individualmente". Y el artículo 62 del estatuto prevé la posibilidad de que la Junta Calificadora y de Disciplina, a solicitud del Consejo Directivo, por propia iniciativa o como consecuencia de denuncia documentada, pueda "…suspender provisionalmente en forma indefinida en sus derechos, a aquellos **asociados y/o familiares** que aparezcan vinculados a situaciones de pública notoriedad (…)".[resaltado agregado]

14. Por tanto, el artículo 59 del Estatuto del Club de Regatas Lima es desproporcionado por cuanto establece que se debe suspender, necesariamente, a los miembros de una familia, cuando se ha suspendido a un asociado, pese a seguir cobrándole la cuota ordinaria mensual.

15. Finalmente, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, debe ordenarse que la emplazada asuma los costos y las costas procesales, que deben 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** en parte la demanda y, en consecuencia:

   - **ORDENAR** al Club de Regatas Lima que admita a trámite las solicitudes de incorporación como asociadas titulares, en calidad de hijas de asociado, que pudieran presentar las demandantes, doña Luciana Milagros León Romero y doña Cecilia Fernanda León Romero; y

   - **ORDENAR** al club demandado que al momento de calificar las solicitudes de postulación de doña Luciana Milagros León Romero y doña Cecilia Fernanda León Romero, dados los efectos restitutorios del amparo, respete el derecho de estas de postular en su calidad de hijas de asociado, tomando en consideración para la primera los derechos que corresponden a los menores de 34 años, y para la segunda los derechos que corresponden a los mayores de 35 años.

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

3. **CONDENAR** a la emplazada al pago de costos procesales a favor de los recurrentes.

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

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Estoy de acuerdo con el sentido de lo resuelto en el proyecto de sentencia, en la medida que se resuelve declarar fundada la demanda en lo concerniente a la inaplicación del artículo 59 en la interpretación del supuesto de postulación al club en condición de "hija de asociado", e improcedente en todo lo demás. Sin embargo, considero pertinente hacer las siguientes precisiones.

1. En primer lugar, como ya tiene expresado este Tribunal Constitucional en abundante jurisprudencia, no existe zona exenta de la aplicación y vigencia de los preceptos constitucionales (y sobre todo de los derechos fundamentales) dentro de un Estado Constitucional. Y es que los derechos fundamentales, si bien surgieron inicialmente como ámbitos de protección frente al poder político, hoy en día se les reconoce a estos derechos fundamentales una "doble eficacia": una eficacia vertical, frente a agresiones u omisiones provenientes del poder estatal; y otra horizontal, la cual alude al valor y la exigibilidad de los derechos en las relaciones entre particulares (eficacia *inter privatos* o frente a terceros).

2. En el ámbito del Derecho Constitucional latinoamericano (algunos de cuyos alcances vienen siendo discutidos y explorados a través de lo que se ha venido en llamar *Ius Constitucionale Commune* Latinoamericano), y más específicamente en el caso peruano, la eficacia horizontal de los derechos implica además la posibilidad de hacer valer los derechos frente a amenazas o agresiones que provienen de particulares, recurriendo para ello a los diferentes procesos constitucionales (y sobre todo al proceso de amparo).

3. De este modo, en el Perú se encuentra previsto a nivel constitucional y legal la posibilidad de interponer demandas de amparo directamente contra terceros o privados, en la medida que estos terceros o privados también deben encontrarse directamente vinculados al respeto, la promoción y la protección de los derechos fundamentales. En presente caso, precisamente, nos encontramos ante un típico supuesto en el que se alega la posible vulneración de derechos fundamentales en una relación entre particulares: por una parte, las demandantes, quienes alegan que se viola su derecho de asociación al ser objetos de un tratamiento que reputan arbitrario al considerarse su posible incorporación como asociadas; y de

otra se encuentra la asociación demandada, el Club de Regatas Lima, que alega la aplicación de sus estatutos de conformidad con lo dispuesto en ejercicio de su libertad de asociación. Tratándose entonces de un supuesto de posible violación de derechos fundamentales por parte de un particular, procede la interposición de la presente demanda de amparo. Esto último, ciertamente, con independencia de futuras discusiones que podrían darse en el seno del Tribunal Constitucional sobre los supuestos de procedencia del "amparo contra asociaciones" o "por debido procedimiento asociativo". Ello sobre la base de lo dispuesto en el precedente Elgo Ríos (STC Exp. n.º 02383-2013-PA).

4. Además de lo indicado, una cuestión relevante es si las hijas son titulares del derecho de asociación, tal como alegan, o si más bien el titular es únicamente el padre de las recurrentes, en la medida que la relación asociativa existe entre este último y el Club de Regatas Lima. Al respecto, es claro que entre el padre de las demandantes y el referido club existe una relación vigente, cuyos alcances y tratamientos no son materia de este proceso. No obstante ello, y sin perjuicio de lo anterior, es posible afirmar que las demandantes también son titulares del derecho fundamental de asociación, en la medida que este derecho tiene el siguiente contenido:

   a) El derecho de asociarse, o la libertad de la persona para constituir asociaciones y la posibilidad de pertenecer libremente a aquellas ya constituidas

   b) El derecho de no asociarse, esto es, el derecho de que nadie sea obligado a formar parte de una asociación o a dejar de pertenecer a ella,

   c) La facultad de autoorganización, que se refiere a la posibilidad de que la asociación se dote de su propia organización.

   d) El derecho a no ser excluido arbitrariamente de una asociación. En otras palabras, el derecho a no ser objeto de medidas que irrazonable o desproporcionadamente aparten a una persona de la asociación a la cual pertenece.

5. En efecto, lo que se encuentra en juego en el presente caso es el derecho a asociarse de las recurrentes, en la medida que consideran que el club demandando viene restringiendo, en su opinión de manera arbitraria, su derecho a incorporarse como asociadas, esto en calidad de "hijas de asociado", conforme a lo dispuesto en los propios estatutos de la institución.

6. Así, en el presente caso estamos ante la posible vulneración del derecho a asociarse de las recurrentes, el cual, como ha sido indicado, forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de asociación.

7. Al respecto, se ha acreditado en esta causa que el club, al parecer a través de una interpretación que no parece condecirse de lo dispuesto en sus propios estatutos, ha aplicado una disposición (artículo 59) referida a la suspensión del socio para poder utilizar las instalaciones del club, la cual implica además la suspensión de sus familiares. Ha entendido, sobre esa base, que las hijas de los asociados se encuentran impedidas, mientras esté vigente la mencionada suspensión, para poder postular al club en calidad de "hijas de asociado", y con ello adquirir ellas mismas la condición de asociadas.

8. Se trata, pues, en base de una muy respetable interpretación que lamentablemente no puedo compartir, de un supuesto de restricción irrazonable del derecho a asociarse, el cual, en el caso de las recurrentes, debe poder ejercerse conforme a los estatutos del club. Aquello debe hacerse sobre la base de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y, como ya fue indicado, sin incurrir en interpretaciones desproporcionadas o lesivas de derechos fundamentales.

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Discrepo de la sentencia en mayoría por lo siguiente:

El Club Regatas Lima no ha violado el derecho de asociación de la demandante porque no le impide postular a ser asociada sino solo le indica que ella, a pesar de ser hija de asociado, no puede tener cuota de ingreso reducida, porque su padre está suspendido en tal condición.

En una asociación, quienes tienen obligaciones y derechos son los asociados. Sus hijos pueden tener beneficios, pero estos derivan, necesariamente, de los derechos que les corresponden a sus padres. El beneficio de los hijos de tener cuota de ingreso reducida deriva de la condición de asociados activos de sus padres.

En su afán de acoger la demanda, la sentencia en mayoría amplía el contenido constitucionalmente protegido del derecho de asociación establecido en la jurisprudencia constitucional, incluyendo el derecho de los asociados a que sus hijos tengan cuota de ingreso reducida. Empero, explica deficientemente el sustento constitucional de ello.

En mi opinión, este derecho de los padres y beneficio de los hijos no es constitucional sino solo estatutario. En el Club Regatas Lima, está establecido en el artículo 48 del Estatuto. Sin embargo, el artículo 59 del mismo Estatuto agrega que el asociado puede ser privado de tal derecho, si es suspendido:

> La suspensión de un asociado importa la privación de sus *derechos* por el término de la sanción [*itálicas* agregadas] (…).

La sentencia en mayoría sostiene que los *derechos* objeto de privación por una suspensión son solo los de poder concurrir al club. No es así. Los derechos de los asociados comprenden todos los que el Estatuto les reconoce. La sentencia en mayoría realiza una lectura parcial y sesgada del Estatuto.

Al entrometer al Tribunal Constitucional en el funcionamiento y organización de este club, la sentencia en mayoría lesiona el derecho de asociación de sus asociados. Estos tienen derecho a organizarse como mejor les parezca, siempre que no afecten derechos constitucionales. La cuota de ingreso reducida de sus hijos no es uno de estos.

Por demás, el derecho de asociación es la base de la sociedad civil vigorosa y floreciente que requiere un Estado constitucional. Al atropellar este derecho, la sentencia en mayoría debilita a la sociedad civil y favorece el desborde del Estado.

Por tanto, en aplicación del numeral 1 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, mi voto es porque la demanda se declare **IMPROCEDENTE**.

S.
SARDÓN DE TABOADA

Sentencia 08445-2013-PA/TC

Proceso de amparo promovido por Víctor Hugo Tafur Rengifo. El Tribunal declaró fundada la demanda sobre el derecho a la asociación.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 21 de setiembre del 2017.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda promovida por la recurrente contra el Fondo de Vivienda de la Policía Nacional del Perú (Fovipol-PNP), con motivo de que vulnera su derecho constitucional a la libre asociación y a la intangibilidad de la remuneración.

En ese sentido el Tribunal Constitucional precisó que la titularidad del derecho a la asociación es individual y su ejercicio es colectivo, pues es aquella facultad que aunque puede invocarse por cualquier persona a título individual, solo se concretiza en tanto aquella persona se integre con otras personas y en conjunto ejerzan libremente su derecho, ya sea a asociarse, no asociarse o de desvincularse asociativamente.

Asimismo, el Tribunal indicó que el derecho de asociación no requiere ningún tipo de autorización administrativa a los efectos de configurarse como tal. El que, en todo caso, presuponga para los efectos de su formalización el cumplimiento de determinados requisitos, no supone que la autoridad sea quien *prima facie* autoriza su funcionamiento, sino únicamente la que supervisa su correcto desempeño de acuerdo a ley.

Por otro lado, el Tribunal indicó que, conforme a lo prescrito por el inciso a) del artículo 3° de la Ley 24686, que crea el Fondo de Vivienda Militar y Policial, modificado por la Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 27801, constituyen recursos financieros de dicho fondo «[e]l aporte obligatorio del personal Militar y Policial en las situaciones de Actividad y Disponibilidad que no cuente con vivienda o terreno propio, con excepción del personal Militar y Policial en situación de Retiro con goce de pensión cuya aportación será facultativa». Por lo que ha quedado acreditado que en ningún momento solicitó ser incorporado como integrante de la emplazada.

Este Tribunal estimó que, aunque la emplazada tiene plenas facultades para organizarse de acuerdo a sus propios reglamentos y normas internas, de ninguna manera puede pretender legitimar sus conductas o prácticas contrarias a los derechos fundamentales de las personas, ni siquiera por el hecho de encontrarse vinculada de alguna manera a una institución sustentada en principios de jerarquía y disciplina como la PNP.

En consecuencia, el Tribunal ordenó al Fondo de Vivienda Policial de la Policía Nacional del Perú (Fovipol-PNP) que proceda a excluir al demandante de dicha organización, que se suspenda todo tipo de aporte que viene realizando el demandante como asociado, y que se devuelva lo indebidamente retenido.

Tema clave: Derecho de asociación.

EXP. N.° 08445-2013-PA/TC
LIMA
VÍCTOR HUGO TAFUR RENGIFO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a 1 día del mes de abril de 2015, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Ledesma Narváez, Urviola Hani, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Víctor Hugo Tafur Rengifo contra la resolución de fojas 197, su fecha 4 de octubre del 2013, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 27 de mayo del 2011, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Fondo de Vivienda Policial – Fovipol-PNP, con el objeto de que le permitan retirarse como asociado de dicha entidad, se suspendan los descuentos que le están realizando por concepto de aportaciones y se le devuelva las aportaciones descontadas desde su incorporación hasta el último descuento efectuado, más los intereses legales, costos y las costas del proceso, toda vez que se lesiona sus derechos constitucionales a la libre asociación y a la intangibilidad de la remuneración.

Sostiene el recurrente que, mediante carta del 5 de abril del 2011, solicitó a la entidad emplazada su exclusión como asociado y la respectiva devolución de las aportaciones descontadas desde su alta como alférez de Policía Nacional del Perú, toda vez que nunca solicitó pertenecer a la entidad demandada y menos autorizó que se efectúe el descuento de sus haberes mensuales. Agrega el amparista que nunca recibió respuesta alguna a su comunicación. Ante dicha situación, con fecha 25 de mayo del 2011, remitió una carta a la entidad emplazada, dando por denegada su pretensión.

El emplazado, a través de su apoderada doña Maritza Trujillo Jara, contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada. Alega que los descuentos efectuados al demandante han sido realizados conforme a lo preceptuado en la ley y norma que regula el Fondo de Vivienda Policial. Asimismo, agrega que no se pueden suspender los descuentos que vienen realizando al actor, en razón a que dichas aportaciones son obligaciones a las cuales se encuentran sujeto todos los miembros que integran el referido fondo. Por último, señala que la carta de fecha 5 de abril del 2011, remitida por el amparista, en la que solicita la devolución de sus aportes desde el año de su incorporación en el fondo hasta el último descuento realizado, fue desestimada mediante la carta Nº 717-2011-FOVIPOL/OAL, y puesta en conocimiento del actor el día 23 de setiembre del 2011.

El Quinto Juzgado Constitucional de Lima, (fojas 127), con fecha 5 de marzo del 2013, declara fundada en parte la demanda por haberse comprobado la vulneración del derecho de asociación del demandante, y condena al demandado al pago de las costas y los costos del proceso. En cuanto a los intereses legales, los declara improcedentes por ser una cuestión ajena al proceso constitucional.

La Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (fojas 197), revocando la apelada y reformándola, declara infundada la demanda, por considerar que la pretensión no tiene ningún sustento legal que la ampare, pues la Tercera Disposición Complementaria del Decreto Supremo Nº 091-CCFFAA contenida en el reglamento de los fondos de vivienda militar policial, dispone que "El personal que sea excluido del fondo no tendrá derecho a la devolución de los aportes", ello por tratarse de un fondo de carácter solidario. En ese sentido, refiere la Sala que el amparista no puede pretender que el fondo sea destinado a otros fines distintos que a los de su creación, teniendo en cuenta que la Constitución Política reconoce en su artículo 12º que los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles, esto en concordancia con el artículo 14º del citado reglamento que dispone que los fondos de vivienda militar y policial a que se refiere el artículo 1º son de carácter intangible para fines no previstos por los dispositivos legales sobre la materia. Por esta razón, sostiene la Sala que no se habría acreditado la vulneración de derecho constitucional alguno.

Mediante recurso de agravio constitucional, de fecha 7 de noviembre del 2013 (fojas 207), el recurrente reitera los argumentos de su demanda y agrega que la sentencia de vista recurrida vulnera sus derechos constitucionales, por cuanto el sustento legal de la misma hace mención al reglamento de la Ley Nº 24686 que crea el Fondo de Vivienda Militar y Policial, el cual colisiona con el inciso c) de la Tercera Disposición Transitoria de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto – Ley Nº 28411, modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificadora de la Ley del

Servicio Civil – Ley Nº 30057 que establece que: "La planilla única de pago solo puede ser afectada por los descuentos establecidos por Ley o por mandato judicial expreso, de corresponder".

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio y de la materia constitucional relevante

1. Conforme aparece en el petitorio de la demanda, el presente proceso constitucional se dirige a que se permita al recurrente retirarse como asociado de la demandada, se suspendan los descuentos que le están realizando por concepto de aportaciones y se le devuelva las aportaciones realizadas, más los intereses legales, costos y las costas del proceso. Alega la vulneración a sus derechos constitucionales de asociación y a la intangibilidad de la remuneración.

Los alcances del derecho de asociación. Características

2. Considera este Tribunal que, en tanto la discusión de fondo se ha centrado en determinar el derecho que le asiste al recurrente a retirarse de una entidad asociativa y a evitar que se le exijan determinadas obligaciones por el hecho de ser asociado contra su voluntad, se impone como una segunda cuestión preliminar dilucidar sobre los alcances del derecho constitucional de asociación. Sobre este particular, el Tribunal considera que el citado atributo puede ser concebido como aquel derecho por el cual toda persona puede integrarse con otras, libremente y de modo permanente, en función de determinados objetivos o finalidades que, aunque pueden ser de diversa orientación, tienen como necesario correlato su conformidad con la ley.

Titularidad individual, concretización colectiva

3. De la característica anteriormente descrita, queda claro que el derecho en mención es, en primer término, una facultad que aunque puede invocarse por cualquier persona a título individual, solo se concretiza en tanto aquella se integre juntamente con otras personas que, al igual como la interesada, aspiren a ejercer dicha libertad. Su titularidad, en otros términos, es individual; su ejercicio efectivo, fundamentalmente colectivo.

Libertad de asociarse, de no asociarse y de desvincularse asociativamente

4. Se trata, en segundo lugar, de un derecho que no sólo implica la libertad de integración (libertad de asociarse en sentido estricto), sino que, por correlato, también supone la facultad de no aceptar compulsivamente dicha situación (libertad de no asociarse) o, simplemente, de renunciar en cualquier momento a la misma,

pese a haberla aceptado en alguna oportunidad o circunstancia (libertad de desvincularse asociativamente). Como veremos más adelante, es este último aspecto el que resulta esencial a los efectos de dilucidar el presente asunto controvertido.

No exigencia de autorización administrativa

5. En relación con la variable anteriormente señalada, cabe precisar, en tercer lugar, que el derecho de asociación no requiere ningún tipo de autorización administrativa a los efectos de configurarse como tal. Que, en todo caso, presuponga para los efectos de su formalización el cumplimiento de determinados y específicos requisitos no se interpreta como que la autoridad sea quien *prima facie* autoriza su funcionamiento, sino únicamente la que supervisa su correcto desempeño de acuerdo a ley. Cabe precisar que no es lo mismo ejercer el derecho de asociación (para lo cual, y como se dijo, no requiere autorización) que desplegar determinado tipo de actividades (lo que, en ciertos casos, sí supone autorización de por medio).

Análisis de la controversia

6. Del texto de la demanda interpuesta se aprecia que lo que se discute en el fondo es si se está vulnerado el derecho constitucional de asociación del recurrente. Aduce el actor que se le ha incorporado en la asociación demandada sin tomar en cuenta su asentimiento y que, inclusive, la demandada no se habría pronunciado al respecto al momento de interponer su demanda. Sin embargo, se advierte que, cuando la emplazada se apersonó al proceso constitucional y contestó la demanda, afirmó que mediante la Resolución de Gerencia Nº 411-2011-FOVIPOL/G, de fecha 23 de setiembre del 2011, se resolvió la solicitud del accionante desestimando su pedido sobre devolución de descuentos por concepto de aportes al Fovipol y su exclusión como aportante (fojas 72 del expediente principal).

7. Merituados los argumentos de las partes, así como las instrumentales obrantes en el expediente, este Tribunal considera legítima la pretensión del recurrente, habida cuenta que:

   a) ha quedado acreditado que en ningún momento, solicitó ser incorporado como integrante de la emplazada. Por otro lado, conforme a lo prescrito por el inciso a) del artículo 3º de la Ley Nº 24686, que crea el Fondo de Vivienda Militar y Policial, modificado por la Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N° 27801, constituyen recursos financieros de dicho Fondo los siguientes: *"El aporte obligatorio del personal Militar y Policial en las situaciones de Actividad y Disponibilidad que no cuente con vivienda*

o terreno propio, con excepción del personal Militar y Policial en situación de Retiro con goce de pensión cuya aportación será facultativa."

b) la demandada entiende que la condición de asociado es una consecuencia inmediata por el solo hecho de pertenecer a la Policía Nacional del Perú.

c) Este Tribunal estima que aunque la emplazada tiene plenas facultades para organizarse de acuerdo a sus propios reglamentos y normas internas, de ninguna manera puede pretender legitimar sus conductas o prácticas contrarias a los derechos fundamentales de las personas, ni siquiera por el hecho de encontrarse vinculada de alguna manera a una institución sustentada en principios de jerarquía y disciplina como la PNP

d) Es pertinente precisar que las violaciones a los atributos fundamentales no se convalidan por el transcurso del tiempo, por el consentimiento de los agraviados, ni porque una norma legal lo disponga. De manera que la decisión de asociarse es libre y voluntaria.

e) Naturalmente y aunque este Tribunal no haya manifestado que tiene que desconocerse las diversas obligaciones que se hayan visto configuradas durante el período en que el recurrente tuvo la condición de asociado, se entiende que aquellas dejaron de existir desde el momento en que este último dejó constancia expresa de su decisión de que se proceda a su exclusión como aportante y la devolución de su remuneración mensual, puesto que no prestó autorización para ello (desde el 5 de abril del 2011). Esto último resulta vital a los efectos de contabilizar el momento desde que el demandante no se encuentra obligado a realizar sus aportaciones. No es, pues, como parece entenderlo la demandada, que las obligaciones no son reembolsables, puesto que han sido efectuadas de acuerdo a ley en calidad de aportante. Por lo tanto, es su obligación devolver lo indebidamente retenido, dado que la condición del demandante no nació como producto de un acto voluntario.

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 interpuesta por don Víctor Hugo Tafur Rengifo por vulneración del derecho de asociación.

2. Ordenar al Fondo de Vivienda Policial de la Policía Nacional del Perú (FOVIPOL-PNP) que proceda a excluir al demandante de dicha organización.

3. Disponer que el Fondo de Vivienda Policial de la Policía Nacional del Perú (FOVIPOL-PNP) suspenda todo tipo de aporte que venga realizando el demandante como asociado, y devuelva lo indebidamente retenido, debiendo tomar como fecha de referencia para tal fin la solicitud del 5 de abril del 2011, con el abono de los costos y las costas del proceso.

Publíquese y notifíquese.

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

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

En el presente caso, estimo pertinente precisar que la vulneración del derecho fundamental de asociación se dio únicamente en su faceta de libertad de desvinculación y no respecto a su faceta de libertad de asociarse.

A mi juicio, una obligación de incorporación ex-lege a una determinada asociación no necesariamente es inconstitucional. En cuanto a la emplazada, debemos tener presente que ha sido creada por el Estado con la finalidad de facilitar a favor del personal policial el **acceso a una vivienda digna** y, si esa ha sido su finalidad, la obligación de pertenecer a ella no resulta una intervención irrazonable al derecho de asociación, siempre y cuando se trate únicamente de una obligación de "entrada".

Cabe resaltar que la promoción por parte del Estado del financiamiento solidario o del autofinanciamiento de la vivienda a través de una obligación de entrada, como ha sucedido aquí, si bien restringe el derecho de asociación, no obstante, es una injerencia de intensidad leve en beneficio de otros derechos como el de bienestar del ser humano y el de una vida digna, consagrados en el artículo 2, inciso 1, de la Constitución. Por ello, no estimo que sea inconstitucional *per se* que el demandante haya sido constreñido a integrar el fondo policial demandado, pues no toda medida paternalista transgrede la Constitución.

Sin embargo, esta intervención al derecho de asociación se convertirá en grave si la incorporación ex-lege como asociado se estipula a perpetuidad o se obstaculiza la ulterior renuncia voluntaria del asociado, dado que en este supuesto se entrometería excesivamente en la autonomía personal y anularía en la práctica todas las facetas del derecho de asociación, tal como ha sucedido en el caso de autos, donde la emplazada desestimó el pedido de exclusión del recurrente en base a que no era posible en aplicación de ley (foja 72). Por ello, en este aspecto, concuerdo con la resolución de mayoría de que se ha vulnerado el derecho de asociación y que, por tanto, debe ordenarse la exclusión solicitada y la devolución de los aportes desde la fecha en que se hizo expresa la decisión de desvincularse del fondo policial.

Hecho estas precisiones, mi voto es por estimar la demanda.

S.
LEDESMA NARVÁEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI

Con el mayor respeto por la posición de mis colegas magistrados, emito el presente fundamento de voto pues convengo con el fundamento de voto del magistrado Sardón de Taboada en que, en el caso de autos, no existe una vulneración al derecho de asociación, sino -aplicando el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional- al derecho de propiedad (artículo 70 de la Constitución).

En efecto, el Fondo de Vivienda Militar y Policial, creado por la Ley Nº 24686, no es una asociación, sino, como su nombre lo indica, un "fondo" con la finalidad de contribuir a dar solución al programa de vivienda propia para el personal militar y policial (artículo 1). El funcionamiento de este Fondo no está a cargo de una asociación de policías o militares, sino que cada instituto (militar o policial) crea un Organismo Especial encargado de la administración y ejecución de sus acciones, utilizando la infraestructura administrativa de la Dirección de Economía (artículo 7 de la Ley Nº 24686, modificado por el Decreto Legislativo Nº 732). Como afirma el propio demandado: el Fondo de Vivienda Militar Policial - FOVIPOL es una "entidad dependiente de la Policía Nacional y ésta del Ministerio de Interior" (fojas 101).

La mencionada Ley Nº 24686 señala, en su artículo 3, los recursos financieros de dicho Fondo. En lo que aquí interesa y conforme a la modificación introducida por la Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N° 27801, parte de esos recursos son los siguientes:

> "El aporte obligatorio del personal Militar y Policial en las situaciones de Actividad y Disponibilidad que no cuente con vivienda o terreno propio, con excepción del personal Militar y Policial en situación de Retiro con goce de pensión cuya aportación será facultativa" (artículo 3, inciso "a").

A mi juicio, la obligatoriedad del aporte del personal en situación de actividad y disponibilidad es inconstitucional, pues impone una restricción a la propiedad (en el caso de autos, representada por la remuneración del demandante) no prevista en el artículo 70 de la Constitución.

Siendo esto así, corresponde, en ejercicio de la facultad contemplada en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución, inaplicar al caso concreto del demandante el citado artículo 3, inciso "a", de la Ley Nº 24686, en la parte que le obliga a aportar

al Fondo de Vivienda Policial de la Policía Nacional del Perú (FOVIPOL-PNP). La devolución de aportes que solicita el demandante, debe hacerse a partir de la fecha en que éste expresó su voluntad de no aportar más al FOVIPOL-PNP, eso es desde el 5 de abril de 2011 (cfr. fojas 4), hasta el último descuento efectuado luego de esa fecha.

Consecuentemente, también debe inaplicarse la norma reglamentaria que obliga al demandante a aportar parte de su remuneración al FOVIPOL-PNP y que el demandado invoca (cfr. fojas 98): el Decreto Supremo Nº 091-DE-CCFFAA, en sus artículos 8 (inciso "a") y 10 (inciso "a").

No suscribo la ponencia en la parte que condena al demandado al pago de costas. Como hemos visto, el FOVIPOL-PNP es un fondo para cuyo funcionamiento, conforme al citado artículo 7 de la Ley Nº 24686, se crea un Organismo Especial en la Policía Nacional del Perú. Y siendo ésta parte del Estado, sólo puede ser condenada al pago de costos, según el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

Por estas consideraciones, voto por declarar **FUNDADA** la demanda y, en consecuencia, inaplicable al demandante, a partir del 5 de abril de 2011, la obligatoriedad del aporte al Fondo de Vivienda Policial de la Policía Nacional (FOVIPOL-PNP), prevista en el artículo 3, inciso "a", de la Ley Nº 24686, y el Decreto Supremo Nº 091-DE-CCFFAA (en sus artículos 8, inciso "a", y 10, inciso "a"); con el abono de los costos del proceso.

S.
URVIOLA HANI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Coincido con declarar fundada la demanda, pero por razones distintas a las expuestas en la sentencia emitida en autos.

El recurrente alega que, pese a nunca haberlo autorizado, se realizaron descuentos en su remuneración como oficial de la Policía Nacional del Perú (PNP) por concepto de aportaciones al Fondo de Vivienda Policial (Fovipol). Señala que, por esa razón, se afectan sus derechos fundamentales de intangibilidad de las remuneraciones y libre asociación.

Conforme al artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, este Tribunal Constitucional "debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente". Por tanto, más allá lo alegado por el recurrente, no corresponde resolver el presente caso desde la perspectiva del derecho fundamental de asociación.

En efecto, el Fovipol no es una persona jurídica de derecho privado constituida por una pluralidad de personas dispuestas a asociarse sino un fondo creado por Ley sujeto a la administración de un Organismo Especial que forma parte de la propia PNP (*cfr.* artículo 7 de la Ley 24686 modificada por el Decreto Legislativo 732).

Por tanto no puede considerarse que, en el presente caso, se afecte el derecho del recurrente a desvincularse de una asociación. Empero, los descuentos forzosos realizados en la remuneración del recurrente, como aportes a Fovipol, constituyen una afectación arbitraria a su derecho fundamental a la propiedad e intangibilidad de su remuneración.

En efecto, no existe justificación constitucional válida para confiscar parte de la remuneración mensual del recurrente y destinarla a un fondo de vivienda. Hacerlo, anula la facultad del recurrente de disponer de parte de su remuneración.

En consecuencia, la demanda de amparo de autos debe declararse **FUNDADA** ordenándose el pago de costos –mas no de costas– a favor del recurrente conforme al artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

S.
SARDÓN DE TABOADA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincidiendo con lo resuelto por mis colegas me permito, sin embargo, precisar lo siguiente:

1. Aunque existen casos similares al presente en los que este Tribunal Constitucional ha declarado fundada la demanda en atención al contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la libertad de asociación (STC Exp. N.º 00451-2002-AA: caso Fovipol; STC Exp. N.º 03186-2012-AA: caso Jaime Abanto), la jurisprudencia de este Tribunal no ha sido unánime al respecto (STC Exp. N.º 02011-2003-AA: caso Fovipol).

2. Por nuestra parte, consideramos que en el proyecto debería haberse tenido en cuenta que no solo se discute la actuación de una "asociación" frente al demandante. El caso es más complejo, pues estamos ante una ley (Ley N.º 24686, "Ley que crea el Fondo de Vivienda Militar y Policial", modificada por la Ley N.º 27801), mediante el cual se configura un fondo constituido por aportes obligatorios, fondos que en el presente caso son administrados por el Fondo de Vivienda Policial - Fovipol.

3. Siendo así, consideramos que lo primero que corresponde analizar es si corresponde cuestionar a través del presente proceso la constitucionalidad de lo dispuesto en una norma legal. Al respecto, el Tribunal ya tiene establecido que:

> "[E]n relación con el tema planteado en el presente caso, este Tribunal (…) ha advertido la necesidad de distinguir entre lo que es propiamente un supuesto de amparo contra leyes de lo que es, en rigor, un supuesto de amparo contra actos sustentados en la aplicación de una ley.
>
> En relación con el primero de ellos, este Tribunal ha recordado que la procedencia de este instrumento procesal está supeditada a que la norma legal a la cual se imputa el agravio sobre un derecho fundamental se trate de una norma operativa o denominada también de eficacia inmediata, esto es, aquella cuya aplicabilidad no se encuentre sujeta a la realización de algún acto posterior o a una eventual reglamentación legislativa, en la medida en que adquiere su eficacia plena en el mismo momento en que entra en vigencia.

> [C]on relación al segundo supuesto [de procedencia de un amparo contra actos basados en la aplicación de una ley], este Tribunal ha recordado que, en la medida en que se trata de normas legales cuya eficacia y, por tanto, eventual lesión, se encuentra condicionada a la realización de actos posteriores de aplicación, su procedencia ha de responder a los siguientes criterios:
>
> - Por un lado, si se trata de una alegación de amenaza de violación, esta habrá de ser cierta y de inminente realización (…)
>
> - De otra parte, tratándose de la alegación de violación, tras realizarse actos de aplicación concretos sustentados en una ley, como sucede en cualquier otra hipótesis del amparo, es preciso que estos efectivamente lesionen el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental."

4. En el presente caso, y a la luz de lo alegado por el demandante, considero que la demanda es procedente en la medida que se trata de un supuesto de amparo contra acto basado en norma autoaplicativa, y la afectación alegada se ha materializado a través de los descuentos realizados en los haberes mensuales del recurrente.

5. Asimismo, correspondiendo entrar al fondo de la controversia planteada, debe analizarse si es constitucional que se cree legalmente este tipo de aportes obligatorios, bajo la figura de "fondos" (v. gr. derramas, fondos de compensación, entre otros). Como puede apreciarse, en algunos casos la creación legal de fondos solidarios parece tener asidero constitucional (Fonavi), y en otros no parece contar con este sustento. Siendo así, es necesario distinguir si existe realmente diferencia entre unos casos y otros, y sobre esa base determinar si la exigencia de aportar obligatoriamente a un fondo es constitucional o no.

6. Al respecto, soy de la opinión de que, por razones vinculadas al principio de solidaridad, puede justificarse en determinadas ocasiones el establecimiento de aportes compulsivos, fijados por ley. Ello significa que la legitimidad de este tipo de aportes se encuentra vinculada a deberes constitucionales que recaen en todos los ciudadanos –y en especial los más privilegiados– con la finalidad de compensar situaciones de desventaja e inequidad estructural, o con la finalidad de distribuir ciertas cargas sociales sobre la base de consideraciones altruistas (por ejemplo frente a desastres o contingencias sociales) o vinculadas con deberes especiales de protección.

7. Sin embargo, no siempre la exigencia legal de aportar a un fondo se basa claramente en este tipo de consideraciones. Siendo así, lo mejor es analizar más detalladamente la finalidad constitucional que justificaría la creación del fondo, si hubiese una, para realizar luego un examen sobre la proporcionalidad de la

medida, y conocer mejor si el sacrificio patrimonial que ocurre en los aportantes se encuentra justificado constitucionalmente.

8. En el presente caso, la finalidad del aporte obligatorio es "contribuir a dar solución al problema de vivienda propia, para el Personal Militar y Policial de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional en situaciones de actividad, disponibilidad y retiro con goce de pensión" dándose preferencia al personal aportante "que ha quedado lisiado y en estado de invalidez, así como a sus deudos en caso de fallecimiento" (artículo 3 del Decreto Supremo Nº 091-DE-CCFFAA, "Aprueban el Reglamento de los Fondos de Vivienda Militar y Policial" y artículo 1 de la Ley N.º 24686, "Ley que crea el Fondo de Vivienda Militar y Policial", Decreto Legislativo Nº 732). Se evidencia, pues, que existe una finalidad inicialmente valiosa en la creación del fondo.

9. Sin embargo, aún está pendiente analizar si esta finalidad valiosa tendería a ser alcanzada legítimamente a través de la afiliación al Fovipol y el cobro compulsivo. Al respecto, la Ley N.º 24686 dispone "[e]l aporte obligatorio del personal Militar y Policial en las situaciones de Actividad y Disponibilidad que no cuente con vivienda o terreno propio, con excepción del personal Militar y Policial en situación de Retiro con goce de pensión cuya aportación será facultativa" (artículo 3.a). Así, en el caso de autos, los aportantes son los policías en situación de actividad o disponibilidad quienes no cuenten con una vivienda o un terreno.

10. Siendo así, y pese a la loable finalidad del fondo, se constata que los sujetos a quienes les toca financiarlo obligatoriamente son, precisa y exclusivamente, quienes se encuentran sin vivienda o sin terreno propio, con lo cual definitivamente no se cumple una finalidad principalmente solidaria, sino se trata de una especie de colaboración obligatoria para el autofinanciamiento. En este contexto, considero que la satisfacción de la finalidad constitucional que persigue el fondo puede calificarse como de intensidad leve, y constato asimismo que un similar estado de cosas podría alcanzarse de mejor forma a través de aportes voluntarios de los interesados o de ayudas públicas para los casos de desamparo (supuestos de invalidez y muerte). Con ello, estimo que la intervención ocurrida en la esfera patrimonial del demandante, y más específicamente en su remuneración mensual, es desproporcionada, pues no se encontraba justificada la afiliación obligatoria al Fondo ni el aporte obligatorio.

11. Finalmente, y como ya habrá quedado claro de lo señalado hasta aquí, consideramos que el presente caso lo alegado y solicitado por el demandante se encuentra más bien relacionado con la posible afectación indebida de su patrimonio

(pues solicita la suspensión de descuentos y la devolución de las aportaciones efectuadas, más los intereses legales), antes que con el derecho a la libertad de asociación. Esto, porque si bien es cierto que el demandante pide que se le retire como asociado de Fovipol, la razón fundamental para ello ha sido básicamente la existencia de aportaciones obligatorias, materializadas a través del descuento mensual en sus haberes.

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Sentencia 0588-2013-PA/TC

Proceso de amparo promovido por Carlos A. Vascones Ugarriza. El Tribunal declaró fundada en parte la demanda sobre el derecho de propiedad.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 12 de enero de 2017.

Resumen: El Tribunal declaró fundada en parte la demanda de amparo interpuesta por Carlos A. Vascones Ugarriza y, en consecuencia, declaró nulos los asientos de dominio C00004, C00005 y C00006 contenidos en la Partida 42204218 del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima. Asimismo, declaró improcedente el extremo de la demanda referido a las resoluciones 327-2011-SUNARP-TR y 595-2011-SUNARP-TR, y además ordenó el pago de costos del proceso.

La discusión central de este proceso es determinar si la expropiación del predio rústico en controversia y su declaración de abandono, llevada a cabo sin pago de compensación alguna en virtud al Decreto Supremo 247-73-AG, transgrede el derecho de propiedad de la parte recurrente.

Al respecto, el Tribunal concluyó que la expropiación sin pago de compensación y la posterior inscripción de la declaración de abandono del inmueble no sólo eran incompatibles con el artículo 29 de la Constitución de 1933, vigente al momento de los hechos, sino también con el artículo 70 de la actual Constitución.

En ese sentido, el Decreto Supremo 247-73-AG, que sustentó dicha expropiación, carece de valor constitucional y, por lo tanto, los asientos registrales que concretaron sus disposiciones deben ser declarados nulos.

Asimismo, la sentencia incluye el voto singular de la magistrada Ledesma Narváez, en el cual indica que la presente demanda debió ser declarada improcedente, en mérito a los siguientes argumentos: en primer lugar, porque existe una vía judicial igualmente satisfactoria, que en el presente caso sería el proceso contencioso administrativo, en cuyo seno era posible cuestionar los asientos registrales objeto del presente proceso. En segundo lugar, porque el plazo para cuestionar el Decreto Supremo

247-73-AG, vía proceso de amparo, ha vencido, puesto que este fue conocido por la parte recurrente el 13 de diciembre de 2010. Y en tercer lugar, porque, a su criterio, el Tribunal no pudo determinar si la declaración de estado de abandono del predio rústico en controversia, que hizo el Decreto Supremo ya mencionado, era inconstitucional.

Temas claves: Derecho de propiedad — Expropiación.

EXP. N.° 00588-2013-PA/TC
LIMA
VICTORIA GILDRED, representada por CARLOS A. VASCONES UGARRIZA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 20 días del mes de setiembre de 2016, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera y voto singular de la magistrada Ledesma Narváez que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Carlos A. Vascones Ugarriza contra la resolución de fojas 315, de fecha 14 de setiembre de 2012, expedida por la Sétima Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró fundada la excepción de incompetencia deducida por el procurador público de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos y dio por concluido el proceso.

ANTECEDENTES

Con fecha 16 de junio de 2011, doña Victoria Gildred, a través de su representante, don Carlos A. Vascones Ugarriza, interpone demanda de amparo contra la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales (SBN) y la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp). Solicita la inaplicación de las disposiciones complementarias Primera y Tercera de la Ley 27333, y que se declare la nulidad de las Resoluciones 327-2011SUNARP-TR y 595-2011-SUNARP-TR, así como los asientos de dominio C00004, C00005 y C00006, anotados en la Partida 42204218 del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima.

Manifiesta que, a través de las resoluciones impugnadas, la Sunarp *(i)* inscribió la incorporación al dominio público por causal de abandono —declarada a través de Decreto Supremo 247-73-AG de fecha 15 de febrero de 1973— del predio inscrito en la Partida 42204218 del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima; y *(ii)* canceló el asiento de dominio inscrito a su favor en dicha partida, con fecha 11 de abril

de 2001, lo que vulnera su derecho fundamental a la propiedad. Señala que, de esa manera, las emplazadas la han expropiado sin pagar un justiprecio ni respetar las exigencias formales previstas en la Constitución. Refiere, además, que los actos lesivos denunciados contravienen reiterados pronunciamientos del Tribunal Constitucional emitidos en casos sustancialmente iguales.

Con fecha 20 de setiembre de 2011, la SBN solicita su extromisión del proceso señalando que no participó del procedimiento administrativo subyacente ni puede responsabilizarse por las resoluciones impugnadas. Sin perjuicio de ello, contesta la demanda señalando que esta deviene improcedente porque el proceso contencioso administrativo constituye una vía procesal igualmente satisfactoria para dilucidar la controversia contenida en autos e infundada porque los actos lesivos denunciados constituyen, únicamente, la regularización a nivel registral de la declaración contenida en el Decreto Supremo 247-73-AG.

A su vez, con fecha 21 de setiembre de 2011, la Sunarp deduce excepción de incompetencia, señalando que la demanda deviene improcedente porque el proceso contencioso administrativo constituye una vía procesal igualmente satisfactoria al amparo. Además, señala que el predio en cuestión es propiedad del Estado desde el 15 de febrero de 1973, por mérito de la reversión declarada mediante el Decreto Supremo 247-73-AG. Manifiesta que la recurrente no puede ampararse en el principio de fe pública registral porque las normas son públicas y proyectan efectos *erga omnes* sin necesidad de inscribirse en registro alguno.

A través de resolución de fecha 24 de enero de 2012, el Sexto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima declara fundada la excepción de incompetencia deducida por el procurador público de la Sunarp por considerar que el proceso contencioso administrativo y el proceso civil de nulidad de asientos registrales son alternativas igualmente satisfactorias al amparo. A su vez, mediante resolución de fecha 14 de setiembre de 2012, la Sétima Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirma la apelada por similar fundamento.

FUNDAMENTOS

Cuestión procesal previa

1. Corresponde determinar si, como han establecido las instancias jurisdiccionales precedentes, debe declararse improcedente la demanda en aplicación del artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.

2. Este Tribunal Constitucional ha señalado que la vía ordinaria debe considerarse igualmente satisfactoria a la del amparo si, frente a un caso concreto, se demues-

tra lo siguiente: (i) que esta cuenta con una estructura idónea para la tutela del derecho; (ii) que la resolución a obtenerse podría brindar tutela adecuada; (iii) que no existe riesgo de irreparabilidad; y (iv) que no hay necesidad de tutela de urgencia derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias (sentencia recaída en el Expediente 02383-2013-PA/TC).

3. Queda claro, así, que la causal de improcedencia contenida en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional no debe aplicarse de forma automática para rechazar demandas de amparo interpuestas contra actos

4. Con ello en mente de los escritos presentados por la recurrente a fojas 120, 210, 244, 282, 320 y 341 se advierte que se acudió a la vía constitucional, entre otras razones, por la existencia de numerosas sentencias estimatorias de amparo emitidas por el Tribunal Constitucional en casos similares al suyo (sentencias recaídas en los Expedientes 02397-2003-PA/TC, 07130-2006-PA/TC, 00022-2007-PA/TC, 02330-2011-PA/TC, 03576-2011-PA/TC y 01360-2012-PA/TC, entre otras).

5. Dicha línea jurisprudencial acredita que el proceso de amparo es una vía en la que existen mayores posibilidades de obtener tutela adecuada frente a la controversia recaída en autos. Los jueces, ciertamente, están obligados a interpretar las normas conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en cualquier proceso (cfr. artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Sin embargo, dicha obligación es más clara en los procesos constitucionales, dada su mayor similitud con los casos que resuelve este Tribunal Constitucional.

6. En el presente caso, además, existe riesgo de que la pretensión de autos se torne irreparable por el hecho de que la recurrente no ha solicitado la anotación registral de su demanda (cfr.http://cej.pj.gob.pe/cej/forms/paginar.html?pagina=1>, consultada el 12 de setiembre de 2016). En efecto, el artículo 2014 del Código Civil señala lo siguiente:

> El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante […].

7. Así, si un tercero de buena fe adquiriera a título oneroso el predio en cuestión de su actual propietario registral, las probabilidades de restituir su propiedad a la recurrente en sede jurisdiccional serían remotas. De ahí que, en el presente caso, resulte razonable conceder tutela de urgencia.

8. Por tanto, existen razones que justifican acudir al proceso constitucional de amparo, pues, dados los hechos del caso y el estado actual de la jurisprudencia, este se configura como una vía procesal más satisfactoria que las alternativas.

9. En consecuencia, este Tribunal Constitucional se pronunciará sobre el fondo de la controversia, máxime si, conforme con el 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".

Delimitación del petitorio

10. En el presente caso, la historia registral del inmueble en cuestión es la siguiente:

    i. Con fecha 6 de octubre de 1971, este fue independizado del predio matriz, el fundo Salinas, en virtud del contrato de compraventa celebrado entre don José Antonio Dapelo Malo como vendedor y Gildred Corporation SA como compradora (fojas 16).

    ii. Con fecha 21 de diciembre de 2000 se inscribió el cambio de denominación de Gildred Corporation SA a Constructora La Universal SA mediante el asiento C00001 (fojas 18). A su vez, mediante el asiento C00002, del 20 de marzo de 2001, se modificó la denominación de la empresa a Constructora La Universal SAC (fojas 19).

    iii. A través del asiento registral C00003, del 11 de abril de 2001, se transfirió la titularidad del predio a doña Victoria Gildred, en virtud de la compraventa celebrada entre ella y Constructora La Universal S.A.C. (fojas 20).

    iv. Finalmente, con fecha 25 de marzo de 2011, se inscribió la cancelación de los asientos C00002 y C00003, respectivamente, a través de los asientos C00004 y C00005 (fojas 25 y 26). Asimismo, en esa misma fecha, se inscribió la reversión del predio a favor del Estado por causal de abandono mediante el asiento C00006 (fojas 27). Todo ello, en aplicación de la Primera Disposición Complementaria de la Ley 27333.

    La demanda de autos tiene por objeto revertir los efectos de los mencionados asientos de dominio C00004, C00005 y C00006; y, en consecuencia, restituir la titularidad registral de la recurrente sobre el predio objeto de litis.

11. Por tanto, si bien la recurrente solicita la inaplicación del Decreto Supremo 247-73-AG y de las disposiciones complementarias Primera y Tercera de la Ley 27333, la demanda no se dirige contra normas autoaplicativas, sino, más bien, contra actos de ejecución de normas.

12. Asimismo, solicita que se dejen sin efecto las resoluciones del Tribunal Registral 327-2011-SUNARP-TR y 595-2011-SUNARP-TR mediante las cuales, respectivamente, se resuelve lo siguiente:

    i. revocar una observación formulada a la anotación preventiva del Decreto Supremo 247-73-AG en la Partida 42204218; y

    ii. desestimar la solicitud de nulidad interpuesta por la recurrente contra la Resolución 327-2011-SUNARP-TR.

13. Dichas resoluciones tuvieron por objeto la anotación preventiva del Decreto Supremo 247-73-AG, que ordena la declaración de abandono del predio a favor del Estado, en la Partida 42204218.

14. Dicha declaración de abandono, sin embargo, fue inscrita definitivamente mediante el asiento de dominio C00006. En consecuencia, puesto que la anotación preventiva ha caducado antes de la interposición de la demanda, corresponde declarar improcedente dicha pretensión conforme al artículo 5, inciso 5, del Código Procesal Constitucional.

15. A continuaciòn, se evaluará si los asientos de dominio impugnados lesionan los derechos fundamentales de la recurrente.

Análisis de la controversia

16. Corresponde pronunciarse respecto a la validez del Decreto Supremo 247-73-AG, mediante el cual se ordenó la incorporación al dominio público del predio rústico denominado Las Salinas sin pago de compensación alguna.

17. Para la Sunarp y la SBN, dicha norma es válida porque se sustenta en el Decreto Ley 19462. Por tanto, entienden que, mediante los asientos de dominio C00004, C00005 y C00006 no se ha hecho otra cosa que regularizar registralmente la transferencia de propiedad a favor del Estado producida con fecha 15 de febrero de 1973.

18. Señalan, asimismo, que la inscripción de la declaración de abandono del predio tiene sustento legal porque, conforme a la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 27333,:

> Los terrenos eriazos de la República que conforme a las Leyes Especiales Nºs. 11061, 14197, 17716, 18460, 19462, 19955, 19959 y demás disposiciones conexas y complementarias revirtieron al dominio del Estado, serán inscritos a nombre de éste en el Registro de la Propiedad Inmueble o, en su caso, en el Registro Predial Urbano, por el solo mérito de lo dispuesto en esta disposición com-

> plementaria. Para esto último, se autoriza expresamente a la Superintendencia de Bienes Nacionales a expedir una resolución indicando los inmuebles revertidos. Igualmente, por el solo mérito de dicha resolución y sin necesidad de una declaración específica, se procederá a cancelar los asientos, si los hubiera, extendidos a nombre de terceros, salvo en los casos en que ya exista resolución suprema declarando la reversión, en cuyo caso el dominio del Estado se inscribirá a mérito de esta última.

19. Para la recurrente, en cambio, la declaraciónn de abandono del predio y los asientos registrales impugnados constituyen actos expropiatorios incompatibles con la Constitución de 1933, vigente en 1973, y, ciertamente, también con la Constitución de 1993.

20. Al respecto, este Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente en el fundamento 7 de la sentencia recaída en el Expediente 02330-2011-PA/TC:

> […] al no existir una ley del Congreso de la República que expropie las treinta y seis hectáreas – cinco mil metros cuadrados del predio rústico denominado "San Fernando", se encuentra probada la confiscación de la propiedad mencionada, y por ende, la vulneración del derecho a la propiedad privada de la Sociedad demandante, pues lo dispuesto en la Resolución Directoral N.º 423/81-A-DR-V-L y el Decreto Supremo N.º 041-82-AG infringe por la forma el artículo 125º de la Constitución de 1979, vigente al momento en que se produjo la declaración en estado de abandono de la propiedad referida y su adjudicación a favor de la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural.

21. Un razonamiento similar ha sido empleado por este Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 7 de las sentencias estimatorias recaídas en los Expedientes 07130-2006-PA/TC y 00022-2007-PA/TC.

22. Dicha argumentación es aplicable, *mutatis mutandis*, a la controversia en cuestión. El artículo 29 de la Constitución de 1933, en efecto, señalaba lo siguiente:

> La propiedad es inviolable, sea material, intelectual, literaria o artística. A nadie se puede privar de la suya sino por causa de utilidad pública probada legalmente y previa indemnización justipreciada.

23. Al apropiarse del predio rústico denominado Las Salinas a través del Decreto Supremo 247-73-AG, el Estado infringió la disposición constitucional citada. En efecto, lejos de pagar oportunamente la indemnización justipreciada que correspondía, decidió llevar a cabo una confiscación "sin pago alguno".

24. El Estado, además, fue negligente al momento de *regularizar* registralmente los efectos de su confiscación. Pese a que la Ley 27333 fue publicada con fe-

cha 27 de julio de 2000, la declaración de abandono se inscribió en la Partida 42204218 del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima recién el 25 de marzo de 2011; es decir, más de 38 años después de que se emita el Decreto Supremo 247-73-AG.

25. Las emplazadas pretenden, de ese modo, convalidar los efectos de una confiscación que lesiona el derecho fundamental a la propiedad. Dado que el Decreto Supremo 247-73-AG carece de sustento constitucional, este debe inaplicarse al caso concreto y los actos registrales realizados bajo su amparo dejarse sin efecto. Asimismo, en tanto otorga eficacia a un acto inconstitucional, también debe inaplicarse la Primera Diposición Complementaria Final de la Ley 27333.

26. Hacer valer el pretendido derecho de propiedad del Estado sobre el predio en cuestión, además, constituye una nueva infracción constitucional. En efecto, el artículo 70 de la Constitución de 1993 señala lo siguiente:

> 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 […].

27. La recurrente ha acreditado ser legítima propietaria del inmueble, como consta en el asiento de dominio C00003 que obra a fojas 20. En consecuencia, tiene derecho a que su dominio no sea perturbado salvo que, por causas de seguridad nacional o necesidad pública, se decidiera expropiarla a través de una ley previo pago en efectivo de una indemnización justipreciada.

28. Así, al cancelar los asientos de dominio C00002 y C00003, e inscribir la declaración de abandono del inmueble, la Sunarp ha lesionado el derecho fundamental a la propiedad de la actora. La SBN, asimismo, ha hecho lo propio al solicitar la inscripción de los asientos de dominio C00004, C00005 y C00006.

29. Por tanto, corresponde declarar fundada la demanda y, retrotrayendo el estado de las cosas al momento anterior a la afectación constitucional invocada, declarar la nulidad de los asientos de dominio C00004, C00005 y C00006 contenidos en la Partida 42204218 del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima.

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, nulos los asientos de dominio C00004, C00005 y C00006 contenidos en la Partida 42204218 del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima.

2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en lo referido a las Resoluciones 327-2011-SUNARP-TR y 595-2011-SUNARP-TR, en aplicación del artículo 5, inciso 5, del Código Procesal Constitucional.

3. Ordenar el pago de los costos del proceso.

Publíquese y notifíquese.

SS.
MIRANDA CANALES
URVIOLA HANI
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.° 00588-2013-PA/TC
LIMA
VICTORIA GILDRED, representada por CARLOS A. VASCONES UGARRIZA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

1. Coincidiendo con lo resuelto en la presente sentencia, estimo pertinente realizar algunas precisiones en torno a lo señalado en el fundamento 2 y siguientes, en los que se hace alusión a los criterios contenidos en el precedente "Elgo Ríos". Como es de conocimiento general, en "Elgo Ríos" se desarrolla la causal de improcedencia referida a la existencia de una vía ordinaria igualmente satisfactoria contenida en el artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional.

2. Al respecto, es claro que no basta no afirmar que existe una "vía ordinaria" en la cual pueda discutirse una pretensión similar a la que se busca tutelar a través del amparo, sino que es necesario realizar un análisis sobre la idoneidad de dicha vía ordinaria para tutelar el derecho invocado, así como tomar en cuenta los hechos del caso concreto. Ello con la finalidad de evitar que se produzca un daño grave o irreparable al derecho o derechos invocados.

3. Al respecto, en el mencionado precedente, recogido en el caso Elgo Ríos (STC 02383-2013-PA), el Tribunal Constitucional ha señalado que, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, la procedencia de la demanda debe hacerse tomando en cuenta tanto una perspectiva objetiva como una subjetiva. Así, desde la *perspectiva objetiva* debe atenderse a la *estructura del proceso*, correspondiendo verificar a si la regulación del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz (estructura idónea), así como a la *idoneidad de la protección* que podría recibirse en la vía ordinaria, debiendo analizarse si en la vía ordinaria podrá resolverse debidamente el caso iusfundamental que se ponga a su consideración (tutela idónea).

4. Por otra parte, desde la *perspectiva subjetiva*, corresponde analizar si, por consideraciones de urgencia y de manera excepcional, es preferible admitir a trámite la demanda de amparo pese a existir una vía ordinaria regulada. Al respecto,

es necesario evaluar si transitar la vía ordinaria pone en *grave riesgo* al derecho afectado, de tal modo que el agravio alegado puede tonarse irreparable (urgencia como amenaza de irreparabilidad); asimismo, debe atenderse a si es necesaria una *tutela urgente*, apreciando para ello la relevancia del derecho involucrado o también a la gravedad del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño).

5. Estos, pues, son los criterios que forman parte del análisis sobre la pertinencia de la vía constitucional que corresponde aplicar a casos como el presente, con la finalidad de dilucidar la aplicación o no de la causal de improcedencia referida a la existencia de una vía específica e igualmente satisfactoria. Este es, repito, un análisis caso por caso. La existencia de una vía ordinaria es condición necesaria, más no suficiente.

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.° 00588-2013-PA/TC
LIMA
VICTORIA GILDRED, representada por CARLOS A. VASCONES UGARRIZA

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

La labor de control del Tribunal Constitucional se realiza a través de un trabajo conjunto, con la intervención de los siete jueces que lo integramos y que no siempre puede terminar en una posición unánime. El caso que a continuación presento es uno de ellos.

Advierto, desde ya, que los argumentos que seguidamente se leerán expresan una posición en minoría, en disidencia, y que los expongo como parte de mi deber de justificar, como jueza constitucional, cuáles son las razones por las que me aparto de la mayoría. Este ejercicio responde a una postura deliberativa, en la que se muestran, con transparencia, las diversas posiciones que concurren en el caso; y, bajo una práctica democrática, incluso dichos argumentos puede ser sometidos a la crítica de los diversos actores sociales (artículo 139, inciso 20, de la Constitución).

A. Síntesis Del Voto

Estimo que la demanda de amparo debe ser declarada **IMPROCEDENTE**. En resumen, mis argumentos son los siguientes:

1. **Hay una vía judicial igualmente satisfactoria**: el cuestionamiento de resoluciones de la Sunarp y de asientos registrales tiene como vía igualmente satisfactoria al proceso contencioso administrativo. Dadas las características del presente caso, no se aprecia en qué medida existe irreparabilidad y necesidad de tutela de urgencia que justifiquen el respectivo análisis del fondo en el amparo.
2. **Ha prescrito el plazo**: el cuestionamiento al Decreto Supremo 247-73-AG, expedido el 15 de febrero de 1973, y que irrefutablemente conoció la demandante el 13 de diciembre de 2010 (fojas 22), ha prescrito el plazo para interponer la respectiva demanda de amparo (16 de junio de 2011).

   Además, no se acredita suficientemente por qué el Decreto Supremo 247-73-AG infringió el artículo 29 de la Constitución de **1933**.

3. **No se puede inaplicar una ley sin una justificación mínima**: se ha dispuesto la inaplicación de la Primera Declaración Complementaria Final de la Ley 27333, sin expresar el juicio de relevancia que justifique la aplicación del control difuso.

4. **No existe coherencia entre los fundamentos y el fallo de la sentencia en mayoría del TC**: en los fundamentos se alude a la inaplicación del Decreto Supremo 247-73-AG y la Primera Declaración Complementaria Final de la Ley 27333; sin embargo, en el fallo solo se declaran nulos los asientos de dominio C00004, C00005 y C00006 contenidos en la Partida 42204218 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima.

5. Más allá de que la mencionada Ley 27333 hoy se encuentra derogada, considero que revisar mediante el proceso de amparo algunos decretos expedidos hace 43 años, como el Decreto Supremo 247-73-AG, podría generar situaciones de inseguridad jurídica, no solo por la evidente superación de los respectivos plazos de prescripción o porque en un proceso constitucional no se cuenta con la estación probatoria que permita verificar la arbitrariedad que sobre el derecho de propiedad se alega, sino porque de seguro se han producido una serie de efectos jurídicos que una sede como el Tribunal Constitucional generalmente se encuentra imposibilitada de resolver.

Si el referido Decreto Supremo 247-73-AG declara en estado de abandono un área de 232 hectáreas del predio rústico "Las Salinas", ¿cómo así el TC, después de 43 años, ha determinado que dicha declaración de abandono es inconstitucional?, ¿cómo así se puede afirmar que fue una "confiscación"?, una confiscación ¿del propietario de 1973?, ¿quién sería?, ¿cómo se acreditó su propiedad?, y si ese Decreto Supremo lo expidió el Ministerio de Agricultura, ¿no le correspondería haber sido notificado en el presente amparo para que ejerciera su derecho de defensa? Respetuosamente, estimo que estas interrogantes debieron ser respondidas antes de estimar la demanda de autos, pero ello no ha ocurrido.

B. Antecedentes De Relevancia

6. La demandante, a través del representante Carlos Váscones Ugarriza, interpone demanda de amparo contra la Superintendencia de Bienes Nacionales (SBN) y la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP), pretendiendo la inaplicación de las Disposiciones Complementarias Primera y Tercera de la Ley 27333, y que se declare la nulidad de las Resoluciones 327-2011-SUNARP-TR y 595-2011-SUNARP-TR, así como de los asientos de dominio C00004, C00005 y C00006 de la partida 42204218 del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima.

7. Refiere, además, que a través de las resoluciones impugnadas, la Sunarp inscribió la incorporación al dominio público por causal de abandono (declarada a través del Decreto Supremo 247-73-AG de fecha 15 de febrero de 1973) del predio inscrito en la mencionada Partida 42204218, y además, canceló el asiento de domicio C00003 inscrito a su favor en dicha partida. Finalmente alega que las emplazadas han expropiado su bien inmueble sin pagar el respetivo justiprecio.

C. Controversias Constitucionales

8. Teniendo en cuenta las razones de las partes y los medios probatorios obrantes en autos, estimo que las controversias constitucionales del presente caso son las siguientes:

   a) ¿Es improcedente este caso en atención al precedente Elgo Ríos (art. 5.2 CPCons)?

   b) En el extremo que se cuestionan la Resoluciones 327-2011-SUNARP-TR y 595-2011-SUNARP-TR, ¿cabía declarar la improcedencia conforme al artículo 5.5 del Código Procesal Constitucional, cuando a la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o esta se ha convertido en irreparable".

   c) ¿Cabe pronunciarse únicamente sobre tres asientos registrales, y no sobre las resoluciones registrales que motivan la inscripción? ¿si no cabe pronunciamiento sobre dichas resoluciones, cómo así se controla la constitucionalidad del Decreto Supremo 247-73-AG y la Primera Declaración Complementaria Final de la Ley 27333?

   d) ¿Prescribió el plazo para interponer un amparo contra el Decreto Supremo 247-73-AG? Y, en consecuencia, ¿cabe analizar la alegada afectación del derecho de propiedad de la recurrente?

D. Análisis De Las Controversias Constitucionales

a) Examen del caso concreto en atención al precedente Elgo Ríos

9. En el precedente vinculante del caso Elgo Ríos (Expediente 02383-2013-PA/TC), se establece lo siguiente:

> 14. De otra parte, desde una perspectiva subjetiva, una vía ordinaria puede ser considerada igualmente satisfactoria si: (1) transitada no pone en grave riesgo al derecho afectado, siendo necesario evaluar si transitar la vía ordinaria puede tornar irreparable la afectación alegada (urgencia como amenaza de irreparabilidad); situación también predicable cuando existe un proceso ordinario consi-

> derado como "vía igualmente satisfactoria" desde una perspectiva objetiva; (2) se evidencia que no es necesaria una tutela urgente, atendiendo a la relevancia del derecho involucrado o a la gravedad del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño)

10. En la posición en mayoría del TC sobre el presente caso se sostiene que

> 6. (…), además existe riesgo de que la pretensión de autos se torne irreparable por el hecho de que la recurrente no ha solicitado la anotación registral de su demanda (… consultada el 12 de setiembre de 2016). En efecto, el artículo 2014 del Código Civil señala lo siguiente: El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante.
>
> 7. Así, si un tercero de buena fe adquiriera a titulo oneroso el predio en cuestión de su actual propietario registral, las probabilidades de restituir su propiedad a la recurrente en sede jurisdiccional serían remotas. De ahí que el presente caso, resulte razonable conceder tutela de urgencia.

11. Según se aprecia, la urgencia como amenaza de irreparabilidad (perspectiva subjetiva) para que la demanda de autos sea conocida en el amparo, se configuraría en el hecho de que, como la recurrente no ha solicitado la anotación registral de su demanda, en el probable supuesto de que un tercero de buena fe **adquiriera** en el futuro el predio en cuestión, aquella podría perderlo.

12. No comparto dicho razonamiento, en primer lugar, porque la anotación registral también la pudo hacer valer en el proceso contencioso administrativo. Transitar por dicha vía judicial ordinaria, con la respectiva anotación registral de su demanda, no hubiese puesto en grave riesgo el derecho de propiedad que la accionante dice que se ha afectado. En segundo lugar, si entendemos que la perspectiva subjetiva alude también a la *urgencia como amenaza de irreparabilidad del derecho fundamental que se considera afectado* (que es subjetiva porque se orienta a la protección del derecho fundamental del sujeto), entonces no veo cómo la acción o inacción de la demandante puede generar la materialización de dicha urgencia. El hecho de que la demandante solicite o no la anotación registral de su demanda es un hecho voluntario que no puede condicionar la identificación de una vía igualmente satisfactoria, desde una perspectiva subjetiva. Con ese criterio, entonces un demandante mal intencionado podría dolosamente colocarse en una situación de riesgo para su derecho (por ejemplo, al no haber solicitado la anotación registral de su demanda), de modo que el juez constitucional igual terminaría haciendo el examen de fondo mediante el amparo.

13. En otras palabras, el precedente Elgo Ríos establece en su fundamento 12 que existen dos perspectivas (subjetiva **y** objetiva) para entender cuándo una vía judicial ordinaria puede ser considerada como vía igualmente satisfactoria al amparo. Ambas perspectivas deben concurrir de manera copulativa (fundamento 15). En el presente caso, con independencia de que, desde una perspectiva objetiva el proceso contencioso administrativo y el proceso de amparo son igualmente satisfactorios, estimo también que, en este caso, desde una perspectiva subjetiva, dichos procesos son igualmente satisfactorios. Por tanto, cabe declarar improcedente la demanda de amparo en atención al precedente Elgo Rios.

b) Examen de la causal de improcedencia del artículo 5.5 del Cpcons respecto de las Resoluciones 327-2011-SUNARP-TR y 595-2011-SUNARP-TR

14. En la posición en mayoría del TC sobre el presente caso se sostiene que

> 12. Asimismo, solicita se deje sin efecto las Resoluciones del Tribunal Registral 327-2011-SUNARP-P y 595-2011-SUNARP-P (…).
>
> 13. Dichas resoluciones tuvieron por objeto la anotación preventiva del Decreto Supremo 247-73-AG, que ordena la declaración de abandono del predio a favor del Estado, en la Partida 42204218.
>
> 14. Dicha declaración de abandono, sin embargo, fue inscrita definitivamente mediante el asiento de dominio C00006. En consecuencia, *puesto que la anotacion preventiva ha caducado antes de la interposicion de la demanda* corresponde declarar improcedente dicha pretensión conforme al artículo 5, inciso 5 del Código Procesal Constitucional. [resaltado agregado]

15. Al respecto, respetuosamente, no se entiende el fundamento 14 cuando se afirma que "la anotación preventiva ha caducado antes de la interposición de la demanda". ¿A qué plazo de caducidad se refiere?, ¿en qué norma se establece dicho plazo? En la lógica de la mayoría del TC, ¿por qué no cabe analizar la constitucionalidad de las resoluciones del Tribunal Registral?, ¿por qué es improcedente por la causal 5.5. CPCons?

16. Si el mencionado artículo 5.5. establece que no proceden los procesos constitucionales cuando "A la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable". ¿Por qué ha cesado o se ha convertido en irreparable la supuesta agresión contenida en las Resoluciones 327-2011-SUNARP-TR y 595-2011-SUNARP-TR? ¿Dichas resoluciones carecen de eficacia? Si carecieran de eficacia, también pasaría lo mismo con los asientos registrales que en virtud de dichas resoluciones se hubieran

inscrito? Al margen de las razones que pudieran existir, es insuficiente el análisis realizado en dichos fundamentos.

c) Examen del pronunciamiento sobre 3 asientos registrales y no sobre las resoluciones registrales que motivaron la inscripción registral

17. En la posición en mayoría del TC sobre el presente caso se sostiene que

> 15. A continuación se evaluará si los asientos de dominio impugnados lesionan los derechos fundamentales de la recurrente

18. Si, en la lógica de la ponencia, es improcedente pronunciarse sobre las Resoluciones 327-2011-SUNARP-TR y 595-2011-SUNARP-TR (CONFORME A LAS QUE SE EXTENDIERON LOS ASIENTOS DE DOMINIO), entonces, ¿cómo se puede aislar el pronunciamiento del TC solo a los asientos de dominio y no a controlar dichas resoluciones registrales? No se evidencia coherencia en este razonamiento.

19. Asimismo, estimo que no existe coherencia entre los fundamentos y el fallo de la sentencia del TC en mayoría, en la medida que en el presente caso, en el fundamento 25, se ha decidido que se debe inaplicar el Decreto Supremo 247-73-AG y la Primera Declaración Complementaria Final de la Ley 27333, pero en el respectivo fallo solo se declaran nulos los asientos de dominio C00004, C00005 y C00006 contenidos en la Partida 42204218 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima.

d) Examen sobre el plazo de prescripción en cuanto al cuestionamiento del Decreto Supremo 247-73-AG

20. En la posición en mayoría del TC sobre el presente caso se sostiene que

> 16. Corresponde pronunciarse respecto a la validez del Decreto Supremo 247-73-AG, mediante el cual se ordenó la incorporación a dominio público del predio rústico denominado "Las Salinas" sin pago de compensación alguna.

21. Conforme aparece a fojas 141, el Decreto Supremo 247-73-AG establecía lo siguiente:

> Artículo 1º.- Declárese en estado de abandono un área de 232 has 4,600 m2 (…) del predio rústico "Las Salinas" ubicado en el distrito de Lurín (…) quedando esos terrenos incorporados al dominio público sin pago alguno, con los linderos y demás especificaciones que constan del plano respectivo (…)

22. A fojas 20 obra el asiento C00003 de la Partida N.º 42204218 que acredita la compraventa a favor de la demandante Victoria Gildred, mediante escritura

pública otorgada ante Notario Luis Roy Párraga Cordero. Dicho asiento fue registrado el **11 de abril de 2001**.

23. Si, desde el año 2001, la demandante había inscrito su derecho de propiedad, no podía alegar el desconocimiento del Decreto Supremo 247-73-AG, del **15 de febrero de 1973**. En todo caso, es un hecho irrefutable que desde el 13 de diciembre de 2010, la demandante tuvo conocimiento de dicho Decreto Supremo, conforme aparece en la anotación registral de fojas 22, que la misma accionante adjuntó en su demanda y cuyo extracto se trascribe

> Partida N.º 42204218
>
> **INSCRIPCIÓN DE REGISTRO DE PREDIOS**
> **LURÍN**
>
> REGISTRO DE PREDIOS
>
> **RUBRO:** TÍTULOS DE DOMINIO
>
> **ANOTACIÓN DE APELACIÓN:** Apelado el título N.° 686682 del 15 de setiembre de 2010, referido a la inscripción del Decreto Supremo N° 247-73-AG del 15 de febrero de 1973, sobre declaración de abandono, interpuesto mediante Hoja de trámite N° 2010-083912-ZR N° IX/GAF-TD del 03/12/2010. Se extiende la presente anotación de conformidad con los prescrito por el art. 153 del TUO del RGRP.- Lima, **13 de diciembre de 2010**.

24. Por tanto, a la fecha de interposición de la demanda de amparo (16 de junio de 2011) es más que evidente que ha prescrito el respectivo plazo para cuestionar dicho Decreto Supremo 247-73-AG.

25. Adicionalmente a lo expuesto, es menester precisar que al haber prescrito el plazo para cuestionar el Decreto Supremo 247-73-AG, no cabe ningún análisis sobre el derecho de propiedad alegado en autos.

E. Decisión Final

Por los argumentos expuestos, estimo que la demanda de autos debe ser declarada **IMPROCEDENTE**.

S.
LEDESMA NARVÁEZ

Sentencia 5157-2014-PA/TC

Proceso de amparo promovido por María Chura Arcata. El Tribunal declaró fundada en parte la demanda al haberse vulnerado el derecho a la igualdad.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 25 de abril de 2017.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda de amparo interpuesta por María Chura Arcata y, en consecuencia, declaró inaplicable la Directiva BN-DIR-3300 Nº 045-01. Asimismo ordenó al Banco de la Nación que responda la solicitud de la recurrente y que considere factores adicionales a la edad a fin de determinar si se otorga o no el préstamo requerido. Además de ello, también ordenó la notificación de la decisión a la Superintendencia de Banca y Seguros, así como el pago de los respectivos costos procesales.

El problema jurídico en el presente caso se circunscribe en definir si el establecer límites en razón de la edad para el acceso a un crédito resulta lesivo del derecho a la igualdad y no discriminación.

Al respecto, el Tribunal Constitucional reflexionó previamente sobre el estado de vulnerabilidad en el que se encuentra el colectivo social integrado por las personas adultas mayores. Así, haciendo un recorrido por los Tratados de Derechos Humanos suscritos por el Perú, el TC llegó a la conclusión de que es el Estado el principal garante de que los derechos de las personas adultas mayores no sean transgredidos.

Sin embargo, más adelante buscó determinar si en nuestro ordenamiento jurídico constitucional se había contemplado la posibilidad de discriminar por razón de la edad. Tras hacer referencia al menoscabo de derechos del que los adultos mayores son frecuentemente víctimas, el Tribunal entendió que la expresión «cualquier otra índole», contenida en el artículo 2.2 de la Constitución peruana, también involucraba el criterio de la edad como una razón prohibida para discriminar, y que cualquier distinción hecha tomando en cuenta este factor, requerirá de una fuerte carga argumentativa, a fin de justificar la constitucionalidad de la medida adoptada, la cual sería sometida a un escrutinio estricto.

El siguiente aspecto que se abordó en la sentencia fue el referido al valor constitucional que tiene la obtención de un préstamo. En cuanto a ello, el Tribunal dejó sentado que si bien no existe un derecho fundamental a acceder a un préstamo, este sí está estrechamente vinculado a la posibilidad de gozar de las condiciones mínimas para el desarrollo como la vivienda, alimentación, salud, educación, etc. Por lo tanto, concluyó que la denegatoria injustificada de un crédito afectaría el ejercicio de una serie de derechos fundamentales.

Tras haber desarrollado lo anterior, el Tribunal decidió hacer uso del test de proporcionalidad, con el fin de definir si la denegación de acceso a un crédito a la recurrente, una anciana mayor de 84 años, vulneró su derecho a la igualdad y no discriminación.

El primer nivel de análisis, el examen de idoneidad, fue superado ya que se arribó a la conclusión de que sí existía una relación causal entre reducir el riesgo de incumplimiento del pago de la operación crediticia, mediante la denegación de cualquier posibilidad de acceder a un crédito a los adultos mayores, y resguardar el interés del banco de hacer efectivo el cobro de créditos que otorga.

Sin embargo, en el segundo nivel de análisis, esto es, en el examen de necesidad, el Tribunal consideró que sí existían medios igualmente idóneos para el resguardo del interés del banco de hacer efectivo el cobro, pero menos lesivos al derecho de igualdad y no discriminación; como por ejemplo, la fijación de determinadas clases de seguros, o la posibilidad de contar con garantes o el establecimiento de tasas de interés diferenciadas, garantías y seguros de desgravamen.

De modo que bajo esa lógica, y al no haberse identificado fuertes razones o imperiosos motivos que justifiquen que la entidad demandada deniegue de forma genérica la posibilidad de acceso a créditos para los mayores de 83 años, se concluyó que se había transgredido el derecho invocado.

De otro lado, cabe precisar que en la presente sentencia se ha agregado el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini, para quien es imprescindible señalar que en este caso no sólo se ha vulnerado el derecho a la igualdad y no discriminación, sino también el principio de solidaridad, que exige que los componentes de la sociedad, entre los que se encuentran las instituciones que forman parte del Estado peruano, deben procurar la realización del ser humano, en cualquier etapa de su vida.

Otro de los fundamentos de voto anexados a la sentencia es el del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, quien defendió la existencia de los deberes constitucionales, los cuales, pese a no estar suficientemente desarrollados, sí son constitucionalmente

exigibles. Entre ellos, encontramos el deber de protección especial del que debe ser objeto el grupo social integrado por las personas adultas mayores.

Para el magistrado, esta particular preocupación puede generar un trato distinto, y eventualmente discriminatorio, el cual no solamente debe ser pasible de análisis bajo la categoría de la formulación fuerte del escrutinio de origen norteamericano, sino también de las versiones menos agravadas de este mecanismo, cuya elección para este caso concreto debe apoyarse en las consideraciones objetivas desarrolladas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Por último, en la sentencia también se ha agregado el único voto singular suscrito por los magistrados Urviola Hani y Sardón de Taboada, en el que manifiestan en primer lugar que la Constitución no ha prohibido hacer diferenciaciones entre personas en base a la edad, y que por lo tanto la frase "cualquier otra índole" contenida en el artículo 2.2 constitucional no incluye a la edad como criterio diferenciador.

Al respecto, señalan que la sentencia en mayoría se ha fundamentado en normas jurídicas infraconstitucionales como la Ley 30490, Ley de la Persona Adulta Mayor, y en opiniones extra jurídicas no vinculantes emitidas por diversos organismos nacionales e internacionales como el Consejo de Europa o la Defensoría del Pueblo.

Agregan que el fallo ha pasado por alto que los bancos son entidades de intermediación financiera y que, por lo tanto, tienen el deber de evaluar con cuidado el riesgo de no pago que lleva implícito cada préstamo, lo cual se agrava aún más si se trata de una empresa de derecho público como lo es el Banco de la Nación.

Finalmente, concluyen que una de las consecuencias de la sentencia en mayoría es la indefectible subida de las tasas de interés, reduciendo así la baja bancarización que caracteriza a la economía peruana y con ello fomentando su informalidad, lo que en términos constitucionales se traduce como una afectación al orden constitucional.

Temas claves: Derecho a la Igualdad y no discriminación— Discriminación por edad — Test de Proporcionalidad — Principio de Solidaridad— Deberes constitucionales.

EXP. N.° 05157-2014-PA/TC
PUNO
MARIA CHURA ARCATA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 4 días del mes de abril de 2017, el Pleno del Tribunal Consitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ramos Núñez, aprobado en la sesión del pleno de fecha 19 de julio de 2016, y el de la magistrada Ledesma Narváez aprobado en la sesión del pleno de fecha 6 de setiembre de 2016. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera y los votos singulares de los magistrados Urviola Hani y Sardón de Taboada.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña María Chura Arcata contra la resolución de fojas 76, su fecha 24 de setiembre de 2014, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, que al confirmar la apelada, declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 20 de noviembre de 2013, doña Maria Chura Arcata interpone demanda de amparo contra el Banco de la Nación, a fin de que se elimine el límite de edad como criterio para otorgar préstamos de dinero, denominados préstamo Multired, y que dicha entidad cumpla con pagarle los costos que genere la tramitación del presente proceso.

La recurrente señala que nació el 22 de octubre de 1928, por lo que al momento de la interposición de la demanda contaba con 85 años, y que es clienta de la entidad demandada. Sostiene que con fecha 18 de octubre de 2013, se apersonó a la sucursal "C" del Banco de la Nación en Puno para solicitar un préstamo Multired, el cual fue denegado por ser mayor de 83 años. Por la tarde, aduce, presentó una solicitud por

escrito para que la institución financiera se abstenga de realizar tratos discriminatorios contra su persona. En dicho documento, consignó que cuenta con capacidad de pago, en razón a que recibe una pensión mensual canalizada por la entidad demandada y que, además, se encuentra dispuesta a pagar un seguro de desgravamen.

Con fecha 3 de diciembre de 2013, don Silverio Ediltrudes Cotrado Montes, apoderado del Banco de la Nación, contesta la demanda y solicita que sea declarada infundada, debido a que el contrato de mutuo se rige según la autonomía de la voluntad de las partes y que existe un trato diferenciado, pero que es objetivo y razonable, pues la avanzada edad de la solicitante incrementa el riesgo crediticio, máxime si no se acreditó el pago de un seguro de desgravamen. Sostiene que la entidad busca la salvaguarda de los fondos públicos que administra y que de esta manera está cumpliendo con los requisitos y condiciones de la Directiva interna BN-DIR-3300 N° 045-01, cuando señala que "el Préstamo Multired deberá tener el mínimo riesgo crediticio y operativo", por lo que no existe discriminación.

El Primer Juzgado Mixto de Puno declaró infundada la demanda por considerar que dicho trato diferenciado se sustenta en una cuestión objetiva y razonable, como lo es la edad. Adicionalmente, sustenta su decisión en que la actora no ha acreditado que otra persona de su edad sí hubiera accedido a un crédito y ella no.

La Sala revisora confirmó la recurrida por el mismo fundamento.

FUNDAMENTOS

I. Delimitación del petitorio de la demanda

1. Como se advierte de autos, el problema jurídico radica en determinar, como denuncia la demandante, si establecer límites en razón de la edad para el acceso a un crédito resulta constitucional o no. La demanda se sustenta en que dicha prohibición viola, según se alega, el derecho a la igualdad y no discriminación contenido en el artículo 2.2 de la Constitución.

II. Análisis de la controversia

a) Argumentos de la demandante

2. La recurrente alega que la prohibición de acceso al crédito a personas mayores de 83 años por parte del Banco de la Nación viola su derecho a la igualdad y no discriminación, puesto que establece a la edad como única limitación, sin observar su capacidad de pago, la que considera acreditada con la pensión que recibe del Ministerio de Educación y su intención de pagar un seguro de desgravamen.

b) Argumentos del demandado

3. La entidad demandada reconoce que sí existe una trato diferenciado, el mismo que es objetivo y razonable, por cuanto puede inferirse riesgo crediticio por la edad de la demandante, más aun si esta no cuenta con seguro de desgravamen que lo disminuya.

c) Consideraciones del Tribunal Constitucional

4. A fin de dilucidar la presente controversia, el Tribunal determinará, en primer lugar, por qué es que los adultos mayores ameritan una especial protección por parte del Estado peruano. Posteriormente, fundamentará la inclusión del criterio de la edad como una categoría sospechosa para efectuar tratamientos diferenciados. Finalmente, establecerá si es que la denegación del otorgamiento de créditos, al considerar únicamente la edad de la persona interesada, supone un trato discriminatorio proscrito por la Constitución.

c.1 El deber especial de protección de los derechos de las personas adultas mayores

5. El Tribunal advierte que, a nivel de derecho comparado e internacional, existen distintas nomenclaturas para hacer referencia a las personas adultas mayores: personas de edad avanzada, personas adultas, personas de más edad, tercera edad, ancianos o cuarta edad para los mayores de 80 años. Sin embargo, a fin de unificar los términos, el Tribunal hará referencia, en lo sucesivo, a "personas adultas mayores", tal y como se reconoce en la Ley 30490, Ley de la Persona Adulta Mayor. Es también pertinente enfatizar que, en la referida ley, de manera consistente con lo estipulado en el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, se dispone que la persona adulta mayor es aquella que tiene 60 o más años de edad. El Tribunal nota que, aunque dicho instrumento internacional aun no ha sido ratificado por el Estado peruano, es recomendable que se adopten las disposiciones que sean necesarias para que ello pueda llevarse a cabo a fin de tutelar, en mayor medida, los derechos de las personas que integran dicho colectivo. Son ellas, pues, las que ameritan la adopción de medidas especiales de tutela.

6. La Constitución peruana, al menos de manera expresa, no cuenta con muchas referencias a los derechos de los adultos mayores. Incluso el artículo 4 genera la impresión de que la tutela reforzada que se dispensa solo está orientada a las personas adultas mayores que se encuentren en una situación de abandono. Sin embargo, dicha interpretación no comprende los verdaderos alcances de la protección constitucional de este colectivo, ya que ella debe complementarse con otras disposiciones internas e internacionales que delimitan el verdadero alcance de las obligaciones de la sociedad y del Estado peruano.

7. En ese sentido, y si se considera que, de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria y el artículo 55 de la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos forman parte del derecho interno, y que, por ello, permiten complementar el contenido de los derecho fundamentales, es que debe hacerse referencia a dichos cuerpos normativos para entender la real dimensión de la responsabilidad que debe asumirse respecto de la situación de las personas adultas mayores. Del mismo modo, se deben tomar en cuenta los compromisos que el Estado peruano ha asumido *motu proprio* para la protección de este colectivo, los cuales pueden advertirse en las distintas leyes internas que se han adoptado.

8. El Tribunal advierte que el deber que el Estado peruano ha asumido en relación con la tutela de los derechos de las personas adultas mayores obedece a la especial condición en la que ellas se encuentran. En efecto, las personas adultas mayores se caracterizan por vivir, en general, en un contexto de vulnerabilidad, es decir, en una exposición constante a riesgos de difícil enfrentamiento, que son producidos, en la mayoría de los casos, por diversos obstáculos que la sociedad les impone.

9. En efecto, existen distintos factores que comprueban la especial situación en la que se encuentran los adultos mayores. Uno de los mayores flagelos radica en la asignación de estereotipos vinculados a la vejez. Muchas veces se piensa que una avanzada edad es sinónimo de inoperancia o falta de capacidad para emprender actividades o proyectos. Del mismo modo, se le suele asociar con un estado de constante dependencia, y que termina por generar en el adulto mayor la sensación respecto de su falta de autonomía para el desarrollo de sus actividades diarias. Ello resulta contrario a las ideas de autonomía e independencia que se vienen implementando y fomentando a favor de este colectivo, más aun si se considera los valiosos aportes que ellos realizan a la sociedad y al Estado.

10. Tampoco puede dejarse de lado el hecho de que la vejez, en distintas etapas, genera un deterioro de la salud de la persona, lo que ha ocasionado que, tanto para su familia como para la sociedad, se le entienda más como una carga que como una persona que se encuentra en condiciones de desenvolverse de manera autónoma. Esta clase de estereotipos se han condensado en el contexto de una sociedad en el que las oportunidades no eran las mismas para las personas adultas mayores. La situación es considerablemente distinta en la actualidad. Se ha empezado a resaltar la idea relativa a su progresiva autorrealización personal, lo cual no solo se vincula con el diseño de su proyecto particular de vida, sino también con la posibilidad efectiva de ser determinantes en la vida de los demás.

11. Finalmente, esta vulnerabilidad se ve acentuada por las bajas probabilidades que este colectivo padece en relación con el acceso a distintos medios de realización personal, y que terminan por generar dependencia, como ocurre con las dificultades para generar ingresos económicos o las dificultades para desempeñarse en ciertos empleos. El Tribunal nota que, en estos casos, el Estado peruano debe velar porque se mantengan las condiciones adecuadas para el desenvolvimiento de la vida de la persona adulta mayor, y que ello le permita ejercer sus actividades cotidianas, en la medida de lo posible, sin dependencia de terceros.

12. Ahora bien, la atención de la cuestión relacionada con el envejecimiento se remonta a la segunda mitad del siglo XX, lo cual demuestra la creciente preocupación que dicha situación ha generado en la comunidad internacional. En ese sentido, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha enfatizado que la interacción de los factores económicos, sociales y culturales que afectan a las personas adultas mayores demandan, por parte del Estado, de la adopción de políticas adecuadas y programas integrados, más aun si se recuerda que la omisión en la implementación de estas medidas puede afectar su desarrollo personal [Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 2842. XXVI, de 18 de diciembre de 1971. Cuestión de las personas de edad y de los ancianos].

13. En ese marco, se han promovido la adopción de distintos instrumentos de derecho internacional que promueven la protección y promoción de los derechos de los adultos mayores. De este modo, en 1991 se adoptaron los "Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad", los cuales fueron reconocidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución 46/91, de 16 de diciembre de 1991. En esta declaración no solo se advierte la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra este colectivo, sino que además se resaltan las posibilidades que tienen de participar y contribuir en el desarrollo de las actividades que despliega la sociedad. De hecho, uno de los principios que se resalta es el de la independencia, el cual implica que estas personas puedan tener acceso a "alimentación, agua, vivienda, vestimenta y atención de salud adecuados, mediante ingresos, apoyo de sus familias y de la comunidad y su propia autosuficiencia".

14. Ahora bien, la especial atención que el Estado peruano debe prestar a los adultos mayores no solo se reduce a la constatación de su vulnerabilidad. El Tribunal advierte que, en relación con la vejez, se ha presentado un curioso fenómeno de tendencia mundial. En efecto, lejos de reducirse, la población que integran las personas mayores de 60 años se encuentra en constante aumento. De conformidad con lo que informa la Organización Mundial de la Salud, se prevé que "[e]ntre 2000 y 2050, la proporción de los habitantes del planeta mayores de 60

años se duplicará, y pasará del 11% al 22%. En números absolutos, este grupo de edad pasará de 605 millones a 2000 millones en el transcurso de medio siglo [Información extraída de la página web de la Organización Mundial de la Salud. Disponible en: http://www.who.int/ageing/about/facts/es/]. De hecho, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha notado que nos encontramos frente a sociedades "en proceso de envejecimiento" [Comité de Ministros del Consejo de Europa. Recomendación Nº (98) 9, Del Comité de Ministros a los Estados Miembros relativa a la dependencia. Adoptada el 18 de septiembre de 1998], lo cual no hace sino demostrar una situación apremiante.

15. El aumento de este sector poblacional tiene como correlato la necesidad de articular un sistema integrado de políticas y programas que les permite integrarse en la sociedad. Esto supone que el Estado peruano debe brindar las condiciones necesarias para su desarrollo en condiciones de igualdad.

c.2 La prohibición de discriminación por razones de edad

16. El deber especial de protección que tiene el Estado en relación con los adultos mayores tiene como correlato la prohibición de discriminación en función de la edad. Este Tribunal precisará por qué motivos la edad es una categoría sospechosa en los términos del artículo 2.2 de la Constitución.

17. Al respecto, dicha disposición establece que toda persona tiene derecho a "la igualdad ante la ley. Nadie puede ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole".

18. En reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha precisado que la igualdad, consagrada constitucionalmente, ostenta la doble condición de principio y de derecho subjetivo constitucional [STC 0045-2004-AA/TC, fundamento 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.

19. Como es posible advertir, la expresión "de cualquier otra índole" es una fórmula adoptada por el constituyente que permite actualizar el contenido de la Constitución frente al surgimiento de nuevas situaciones de vulnerabilidad. De esta

forma, lejos de ser una cláusula *numerus clausus*, el artículo 2.2 habilita la posibilidad de reconocer e identificar que existen colectivos que, por su particular situación, ameritan la adopción de medidas especiales de protección por parte de todo el aparato estatal. En el apartado anterior se indicaron los elementos que fomentan la vulnerabilidad de las personas adultas mayores, los cuales radicaban, en esencia, en la asignación de estereotipos, la pérdida de la autonomía en la toma de sus propias decisiones y el deterioro en la salud que experimentan.

20. En lo relativo a los adultos mayores, como fue expuesto *supra*, la discriminación por edad implica una notoria barrera que las personas mayores tienen que enfrentar diariamente. Y, aunque la Constitución no reconoce expresamente la edad como un criterio "sospechoso", ello no implica que dicha disposición sea un enunciado taxativo, por lo que resulta necesario explicar las razones que ameritan su inclusión. El Tribunal nota que la ausencia de referencia explícita a la situación de la edad no puede configurarse como un óbice para la especial protección constitucional.

21. En una línea similar, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, órgano de vigilancia del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, ha expresado que "[n]i en el Pacto ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos se hace explícitamente referencia a la edad como uno de los factores prohibidos. En vez de considerar que se trata de una exclusión intencional, esta omisión se explica probablemente por el hecho de que, cuando se adoptaron estos instrumentos, el problema del envejecimiento de la población no era tan evidente o tan urgente como en la actualidad" [Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Observación General 6, sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores. U.N. Doc. E/C.12/1995/16/Rev.1 (1995), párr. 11].

22. Sobre este punto, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) ha identificado como problema principal la discriminación en razón de la edad, lo que termina por "obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo". Por ello, como expone la especialista en envejecimiento, Sandra Huenchuan, las personas adultas mayores se encuentran más expuestas a sufrir pobreza, ser invisibilizadas de la agenda del desarrollo o fragilizadas, es decir, a estar propensas a perder las condiciones mínimas para fortalecer su autonomía.

23. Ahora bien, la obligación de especial protección de los derechos de las personas adultas mayores se encuentra, además, acentuada por lo dispuesto en el artículo 17 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económico, Sociales y Culturales -Protocolo de San Salvador-, instrumento ratificado por el Estado peruano, cuando señala que

> [t]oda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a:
>
> a. proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas;
>
> b. ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos;
>
> c. estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos.

24. De manera más específica, la Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe, suscrita por el Perú, prescribe el compromiso de adoptar medidas que garanticen un trato diferenciado y preferencial; acoger acciones afirmativas que promuevan la integración social y el desarrollo de las personas adultas mayores; promover una imagen positiva y realista del envejecimiento. También se garantiza el derecho a la participación de este colectivo en las organizaciones de la sociedad civil y en los consejos, así como en la formulación, implementación y monitoreo de las políticas públicas que les concierne, como aquellas que regulan aspectos concernientes a contar con un nivel de vida adecuado, a la seguridad social, la salud física y mental, su derecho permanente de beneficiarse con programas educativos, y, en general, todos aquellos que permiten garantizar su desenvolvimiento como personas con autonomía.

25. Frente a ello, surge un deber de especial protección por parte del Estado, reconocido por este Tribunal cuando estableció que "los ancianos se convierten, dentro de la política estatal de salvaguardia a los más desprotegidos, en uno de los grupos de titulares superreforzados de derechos fundamentales. O, como también puede llamárseles, titulares con una calidad especial" (STC 07873-2006-AC, FJ. 5). Esto implica que el Estado, en tanto principal garante, debe velar porque los derechos reconocidos en la Constitución puedan ser efectivamente ejercidos por las personas adultas mayores. Y ello supone que no solamente deba tutelar estos derechos en sus relaciones directas con los integrantes de este colectivo, sino que

también le genera el deber de prevenir que existan vulneraciones en su contra en las relaciones *inter privatos*.

26. Esto ha traído como consecuencia que el Tribunal haya reconocido en su jurisprudencia a la edad como motivo de discriminación. En la STC 10078-2005-AA/TC, respecto la restricción del Ministerio de Relaciones Exteriores de que los funcionarios mayores a 65 años pasen a un cuadro especial sin tomar en consideración su desarrollo profesional, reconoció que existía una amenaza cierta e inminente de discriminación directa por razón de edad por imponer una limitación solo fundándose en la edad.

    Del mismo modo, en la STC 01875-2006-AA/TC, acogió el Informe del Director General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) "La hora de la igualdad en el trabajo", donde se reconoce que la edad es un factor de discriminación determinante en el mercado de trabajo y que existe discriminación directa en el trabajo cuando

    > la normativa, las leyes o las políticas excluyen o desfavorecen explícitamente a ciertos trabajadores atendiendo a características como la opinión política, el estado civil, el sexo o, también, en nuestro criterio, la **edad**.

27. Por otro lado, el Código Penal en su artículo 323, al proteger el derecho a la igualdad, incluye la discriminación por edad como un criterio prohibido y, por lo tanto, sancionado como delito de la siguiente manera

    > [e]l que por sí o mediante terceros, discrimina a una o más personas o grupo de personas, o incita o promueve en forma pública actos discriminatorios, por motivo racial, religioso, sexual, de factor genético, filiación, **edad,** discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión política o de cualquier índole, o condición económica, con el objeto de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de tres o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas.

28. También la Defensoría del Pueblo en sus Informes "La discriminación en el Perú" de 2007 y "La Actuación del Estado frente a la discriminación" de 2009 consignó a la discriminación por edad como supuesto de análisis. En el último informe, comentó once casos recibidos referentes a la existencia de límites para el acceso a un puesto de trabajo o a un centro de educación superior sobre la sola consideración de dicha condición como elemento definitorio.

29. Por lo expuesto, el Tribunal estima que el artículo 2.2 también otorga una especial tutela a los adultos mayores, por lo que el diseño e implementación de

políticas públicas por parte del Estado debe evitar realizar distinciones arbitrarias al tomar en consideración únicamente el criterio concerniente a la edad. Evidentemente, ello no implica que, dentro del margen de lo razonable, no se puedan efectuar tratamientos diferenciados, los cuales obedecerán a las especiales circunstancias de cada caso, y en la medida de lo posible velando por el respeto y garantía de los derechos de las personas que integran este colectivo.

30. Dicho criterio, por lo demás, también ya ha sido asumido en el ámbito del derecho internacional. En ese mismo sentido, tanto el Comité de Derechos Humanos (*Caso John K. Love y otros contra Australia,* relacionado con la posibilidad de adoptar políticas diferenciadas relacionados con la edad de los trabajadores en aerolíneas) como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Casos Schwizgebel contra Suiza,* en el que se examinó la situación relacionada con la edad y la posibilidad de adoptar*; T. y V contra Reino Unido, y Bouamar contra Bélgica y D.G. contra Irlanda,* vinculados con casos de discriminación por edad en función del juzgamiento a menores como si se trataran de mayores de edad), han reconocido que la edad se incluye en el apartado de "otra condición social".

31. En consecuencia, la discriminación en razón de la edad se entenderá como tutelada por la expresión "cualquier otra índole", contenida en el artículo 2.2 de la Constitución. Ello implicará que cualquier distinción tomando en cuenta este factor requerirá de una fuerte argumentativa de parte del órgano que efectuó el trato diferenciado a fin de justificar la constitucionalidad de la medida adoptada, la cual será sometida a un escrutinio estricto.

32. Precisado lo anterior, el Tribunal desarrollará algunas consideraciones en relación con el acceso al crédito, que es lo que la recurrente solicita en su demanda. Ello permitirá evidenciar si es que su denegatoria, al tomar en consideración únicamente el factor concerniente a la edad, es un trato discriminatorio proscrito por la Constitución.

c.3 La evaluación crediticia y la posibilidad de acceso al crédito como instrumentos para la autorrealización del adulto mayor

33. La evaluación crediticia permite que, una vez que se cumplan con las condiciones necesarias, una persona pueda obtener un préstamo. Ahora bien, es cierto que el acceso al crédito, como tal, no está reconocido como un derecho fundamental en la Constitución. De ello no se deriva, sin embargo, que no tenga una estrecha conexión con otros derechos y/o principios que cuentan con respaldo constitucional, y que emanan tanto de disposiciones de derecho interno como internacional.

34. En efecto, la posibilidad de acceder a un crédito se encuentra interrelacionado con el ejercicio de otros derechos constitucionales. Por ejemplo, cuando permite la adquisición de un bien inmueble, se encuentra conectado con el derecho a la vivienda. En ese sentido, para amplios sectores de la población el acceso a una vivienda depende de un sistema de créditos, lo cual obedece al elevado costo que ciertos bienes tienen, y ello dificulta la adquisición para ciertas personas [*Cfr*. Corte Constitucional de Colombia. T-328-14, fundamento 3.15, caso en el que se demandó al Fondo Nacional del Ahorro por cambiar unilateralmente las condiciones para el acceso al crédito para la adquisición de viviendas, y en el que, a propósito de ello, se advirtió una vulneración al debido proceso, a la buena fe y, además al derecho a la vivienda].

35. Del mismo modo, también fomenta la iniciación o continuación de estudios, lo cual permite la realización y materialización del derecho a la educación. Ello se suele presentar en los casos en los que, debido a su precariedad económica, diversas personas solicitan créditos a distintas entidades, sea que pertenezcan al sector público o privado. Evidentemente, en este caso la posibilidad de obtener estos créditos permite acceder a distintos niveles de educación.

492

36. También advierte este Tribunal la existencia de distintos espacios en los que este acceso permite la autorrealización de la persona. Esto se da, por ejemplo, cuando se decide emprender un negocio, pero no se dispone del capital suficiente para iniciarlo. En dichos escenarios, el otorgamiento de créditos se encuentra íntimamente vinculado con la posibilidad de desempeñar o desarrollar algún oficio o empleo.

37. De esta forma, aunque la posibilidad de acceder a un crédito, como tal, no es un derecho fundamental, sí permite la realización de otros derechos y principios reconocidos en la Constitución. Sobre el particular, este Tribunal considera que la posibilidad de obtener un préstamo cumple un rol indispensable en la concreción de estos derechos, en razón a que posibilita gozar de seguridad económica y por tanto, de la posibilidad de procurarse condiciones mínimas como la vivienda, alimentación, atención en establecimientos de salud, entre otras, con la finalidad de aumentar el bienestar y mejorar la posición financiera.

38. Este reconocimiento también encuentra respaldo en tratados internacionales sobre derechos humanos. Así, tenemos los artículos 13 y 14, inciso g), de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; el artículo 12, inciso 5, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; y, recientemente, el artículo 30 de la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las Personas Mayores. En esa misma línea, en el artículo 7 de la Convención Interamericana

sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores se dispone que "[l]os Estados Parte en la presente Convención reconocen el derecho de la persona adulta mayor a tomar decisiones, a la definición de su plan de vida, a desarrollar una vida autónoma e independiente, conforme a sus tradiciones y creencias, en igualdad de condiciones y a disponer de mecanismos para poder ejercer sus derechos".

39. En ese sentido, el Tribunal nota que resulta indispensable entender la situación de las personas adultas mayores también desde una vertiente que resalte las cualidades y experiencias que ellas puedan aportar para el desarrollo de la sociedad, por lo que resulta indispensable fomentar su autonomía en la toma de decisiones y en el diseño y concreción de sus proyectos de vida. Ello resulta aun más notorio si se toman en cuenta los recientes avances de la ciencia, los cuales han permitido el aumento de la esperanza de vida de las personas que integran este colectivo, y que también generan que en relación con ellas se deban adoptar las medidas que sean necesarias para que, de manera efectiva, puedan participar de todos los beneficios que la sociedad y el Estado dispensan.

40. También resalta este Tribunal que existen distintos beneficios que pueden extraerse del fomento de la autonomía y la capacidad de decisión de las personas adultas mayores. Por ejemplo, se ha reconocido que, por un lado, ellas gozan del derecho de participar en los programas educativos que puedan otorgarse; sin embargo, también se reconoce en la normatividad internacional, por ejemplo, el derecho de la sociedad de beneficiarse de los conocimientos y experiencias que ellas puedan aportar para la formación de las generaciones más jóvenes [*cfr*. artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales]. Esto supone que debe fomentarse el reconocimiento de "las valiosas contribuciones actuales y potenciales de la persona mayor al bienestar común, a la identidad cultural, a la diversidad de sus comunidades, al desarrollo humano, social y económico y a la erradicación de la pobreza" [Preámbulo de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas mayores a 70 años].

41. De ahí que, en el 2012, el informe de seguimiento de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento del Secretario General de las Naciones Unidas, cuando concluyó que las restricciones etarias en el acceso al crédito son manifestaciones de discriminación, haya referido que

> "[l]a discriminación por motivos de edad es un fenómeno generalizado, especialmente en relación con los seguros de viajes, los seguros sanitarios complementarios, las hipotecas y los préstamos [...]. En la mayoría de los países, los bancos

> restringen el acceso a las hipotecas y los créditos a largo plazo para las personas que superan determinada edad, generalmente de 65 a 70 años. Además de ser excluyentes y discriminatorias, dichas restricciones a las personas de edad obstaculizan su acceso a los servicios básicos, la vivienda, los enseres domésticos y el transporte".

42. Igualmente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en observaciones sobre países (E/C.12/IND/CO/5 y E/C.12/1/Add.84) ha destacado la falta de acceso al crédito como uno de los factores que inciden en la extrema pobreza, y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en la Recomendación General Nro. 27, sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos, consideró como una forma de empoderamiento económico la eliminación de todas las barreras basadas en la edad y el sexo que obstaculizan el acceso a los créditos y préstamos agrícolas.

43. De este modo, el Tribunal estima que su denegatoria injustificada o basada únicamente en la edad puede afectar el ejercicio de distintos derechos constitucionales.

Evidentemente, ello no implica que, las entidades tanto públicas como privadas se vean impedidas de adoptar disposiciones internas para la concesión de préstamos. De hecho, las entidades de este sector tienen plenas facultades de regular su otorgamiento a través del establecimiento de requisitos que deben cumplir los beneficiarios, ya que ella también debe velar por su estabilidad financiera.

44. Dentro de estos requisitos, las entidades pueden tomar en cuenta factores tales como la solvencia financiera del posible beneficiario (a través de la presentación de información relativa al perfil financiero, documentos relacionados con el pago de impuestos, estados de cuenta bancarios, entre otros), el riesgo del incumplimiento de pago por factores que escapan a la voluntad del interesado (como puede ser el factor de la edad, pero no como un elemento aislado, como se explicará posteriormente), o la cantidad del monto requerido. Ahora bien, dentro de su diseño interno, estas entidades puedan exigir requisitos adicionales que permitan garantizar el cumplimiento de la deuda.

45. En relación con el factor concerniente a la edad, este Tribunal nota que es legítimo que las entidades del sistema crediticio puedan tomar en consideración este criterio cuando deciden otorgar un préstamo. Sin embargo, consideramos que no debe ser el único criterio a tomar en cuenta para adoptar la decisión de denegar el acceso a un crédito. En efecto, su prohibición generalizada genera que, por ejemplo, un adulto mayor no pueda obtener, en ningún supuesto, un préstamo de un monto reducido de dinero, pese a que se encuentra en la posibilidad real de

financiarlo con otros ingresos permanentes o recurriendo a ciertas figuras como el aval.

46. Por lo expuesto, corresponde determinar si, en el caso particular, esa situación se configuró a propósito de las políticas adoptadas por el Banco de la Nación, lo que supondría una vulneración del derecho a la igualdad de la recurrente.

c.4 Análisis del caso concreto

47. El Tribunal observa que en el presente caso se ha denunciado la violación del derecho a la igualdad y no discriminación de una persona mayor de 87 años, lo que se debe, según se alega, en el hecho que el Banco de la Nación haya negado la posibilidad de acceder a un crédito basándose únicamente en la edad. Al respecto, llama la atención que, en la contestación de la demanda, la entidad haya admitido que el Préstamo Multired, al que pretende acceder la recurrente, y que se encuentra regulado mediante la Directiva BN-DIR-3300 N°045-01, identifica la edad como un factor que incrementa el riesgo crediticio y operativo.

48. En ese sentido, corresponde determinar si la política del Banco de la Nación de restringir el acceso al crédito a personas mayores de 83 años constituye (o no) una distinción basada en criterios objetivos y razonables. Para ello, sin embargo, será necesario precisar el alcance de las obligaciones de la referida entidad, sobre todo si se toma en cuenta su especial naturaleza y la posición que detenta en la estructura del Estado peruano. Ello permitirá analizar el alcance de las obligaciones que debe asumir a propósito de los hechos del presente caso, las cuales, se entiende, deben ser cumplidas en mayor medida por los organismos estatales, ya que ellos se encuentran especialmente comprometidos en lo que respecta al cumplimiento de la Constitución.

c.4.1 Acerca de las obligaciones constitucionales del Banco de la Nación

49. A través de la Ley 16000 se creó el Banco de la Nación. En su artículo 1, se precisó que se trata de una persona jurídica de derecho público interno, con autonomía en el ejercicio de sus funciones. En similar sentido, en el artículo 1 de su Estatuto, aprobado por Decreto Supremo 07-94-EF, se precisó que dicha entidad integra el Sector Economía y Finanzas, y que opera con autonomía económica, financiera y administrativa. Sobre ello, el artículo 76 del Código Civil establece que la persona jurídica de derecho público interno se rige por la ley de su creación.

50. El Tribunal advierte que el hecho que la entidad demandada haya sido creada por un acto normativo estatal, materializado en la expedición de una ley, denota la especial vinculación que existe entre la actividad empresarial que ejerce el Banco

de la Nación y la necesidad de que su accionar se encuentre sometido al conjunto de principios, derechos y valores que contiene y reconoce la Constitución. También nota el Tribunal que su Estatuto dispone que la realización de operaciones vinculadas con préstamos y líneas de crédito se efectuarán de conformidad por un plan anual efectuado por el Ministerio de Economía y Finanzas (artículo 8.n), lo cual demuestra la especial incidencia que el Estado tiene en su funcionamiento en cuanto al otorgamiento de esta clase de beneficios.

51. De esta forma, la labor del Banco de la Nación, en tanto persona jurídica de derecho público interno, guarda importantes nexos con las labores que ejerce el Estado peruano. Por ello, las consideraciones que, a propósito de lo concerniente a la regulación de los requisitos que posibilitan el acceso al crédito vayan a efectuarse deben tomar en cuenta como principal garante al Estado. Ello implica no solamente que deba abstenerse, a través de sus órganos, de efectuar prácticas lesivas de los derechos fundamentales, sino que, además, se encuentra en la obligación de adoptar todas aquellas medidas que sean necesarias para evitar que dichos daños puedan consumarse en el accionar de los privados. Los órganos del Estado, por ello, adquieren una especial posición de garante, lo cual enfatiza el especial cuidado que deben adoptar en el diseño y elaboración de sus políticas. Por lo demás, resulta evidente que estos deberes también se extienden a las relaciones *inter privatos*, quienes también se encuentran sometidos al conjunto de principios, derechos y deberes que emanan de la Constitución.

52. Efectuadas estas precisiones, se analizarán los hechos del presente desde la perspectiva del principio de igualdad y no discriminación, los cuales se han plasmado, según alega la recurrente, en lo dispuesto en la Directiva BN-DIR-3300 Nº045-01.

c.4.2 Determinación de la intervención en el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas adultas mayores

Intervención en el derecho a la igualdad

53. La intervención en la igualdad consiste en la introducción de un trato diferenciado a los destinatarios de la disposición que, en cuanto medio, está orientada a la consecución de un fin y que, *prima facie*, aparece como contraria a la prohibición de discriminación [STC 00045-2004-AI/TC, fundamento 34]. No se aprecia esta intervención si es que no se presenta un *tertium comparationis* válido. Este Tribunal ha precisado que "[e]n el juicio de igualdad, ese objeto, sujeto, situación o relación con el cual se realiza el contraste, se denomina término de comparación *(tertium comparationis)* [STC 00035-2010-PI/TC, fundamento 30].

54. Sobre ello, el Tribunal ha precisado que la situación jurídica que se contrapone no puede ser cualquiera. Y es que la dilucidación de una eventual vulneración del principio de igualdad implica contrastar ambos supuestos, lo que demanda la presencia de determinadas características por parte del *tertium comparationis*. En ese sentido, la jurisprudencia de este Tribunal tiene dicho que, dentro de esos elementos, debe considerarse lo siguiente:

    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 [STC 00015-2010-AI/TC, fundamento 9].

55. En este caso, la entidad demandada alega que la diferencia de trato, derivada de lo dispuesto en la Directiva BN-DIR-3300 Nº045-01, se sustenta en la edad de la recurrente, por lo que existen dos colectivos de personas que estarían en situaciones dispares y que, por ello, no existiría una intervención en el principio de igualdad al no existir un *tertium comparationis* válido.

56. La demandante, por su parte, sostiene que se encuentra "en la misma situación que otros pensionistas del Estado que también son clientes del Banco de la Nación". En consecuencia, el Tribunal advierte que existen dos grupos que deberán ser objeto de comparación: i) el grupo conformado por personas mayores de 60 años y menores a 84, que son las que pueden acceder a créditos; y ii) personas mayores a 84 años, las cuales tienen vedada esa posibilidad. En ese sentido, debe determinarse si es que la situación del colectivo (i) guarda cierto grado de correspondencia en cuanto a la presencia de propiedades similares a las del colectivo (ii).

57. El Tribunal estima que el término de comparación propuesto es válido. No se advierte que existan diferencias sustanciales entre la situación de adultos mayores

que integran estos colectivos. En ambos supuestos, por lo general, se accede a una pensión y se advierten los mismos problemas para poder encontrar algún empleo o cualquier modo de ingreso económico, por lo que los problemas generales de capacidad de pago se pueden advertir en todos ellos. Ciertamente, dicho inconveniente es ligeramente más acentuado en el colectivo de las personas mayores a 83 años. Sin embargo, no considera este Tribunal que ese solo argumento sea suficiente para no justificar un análisis desde la perspectiva del principio de igualdad, más aun cuando estas personas no necesariamente sufrirán alguna disminución o anulación de su capacidad jurídica, elemento indispensable para celebrar actos jurídicos.

Determinación de la intensidad de la intervención

58. A fin de determinar la intensidad de la intervención en los derechos a la igualdad y a la no discriminación, este Tribunal debe tener en cuenta el motivo que se tuvo en cuenta para la adopción del tratamiento diferenciado. Si se trata de alguna de las categorías contenidas en el artículo 2.2 de la Constitución, la justificación que se otorgue debe ser de particular relevancia, porque la permanencia de la medida discriminatoria solo perpetuaría el constante estado de postergación en contra de los grupos históricamente oprimidos. En este caso, el trato diferenciado ha generado como consecuencia que el colectivo afectado (esto es, las personas mayores a 83 años) no pueda ejercer su derecho de tener la posibilidad de acceder a un crédito, el cual, como se precisó *supra*, se encuentra inextricablemente vinculado con el ejercicio de otros derechos constitucionales. Lo anteriormente expuesto demuestra que la distinción efectuada debe sustentarse en argumentos que resguarden intereses públicos relevantes. En todo caso, la intensidad de la intervención tendrá un especial rol en el examen de necesidad y en el de proporcionalidad en sentido estricto, en el supuesto de llegar a ese nivel de análisis.

59. En este caso, el Tribunal ha determinado que la discriminación por edad también encuentra cobijo en la expresión "cualquier otra índole", contenida en el artículo 2.2 de la Constitución. Se podría alegar que no ha operado un trato desigual por cuanto las personas mayores a 60 años, pero menores a 84, pueden acceder a los créditos. Sin embargo, también debe resaltarse que el único criterio que ha brindado la entidad demandada para no atender el pedido de la recurrente se fundamenta únicamente en la edad que ella tiene, independientemente de la existencia de otros factores. Por ello, se analizará la presente controversia desde la perspectiva de la discriminación por motivos de edad, lo que implica que, a fin de justificar la constitucionalidad de la diferenciación introducida por el Banco de la Nación, tendrá que determinarse si existen argumentos de suficiente peso que permitan dicho tratamiento.

Determinación de la justificación de la intervención

i. Determinación del medio y la finalidad del tratamiento diferente

60. El Tribunal nota que el medio que generó la intervención en el ámbito constitucionalmente protegido por el derecho a la igualdad es la Directiva BN-DIR-3300-Nro. 045-01, la cual regula el otorgamiento de préstamos por el Banco de la Nación.

61. Por otro lado, y en relación con la finalidad del tratamiento diferenciado, este Tribunal debe analizar si la intervención tiene un propósito de relevancia constitucional, o que al menos no se encuentra proscrito de manera directa por la Constitución. Un análisis de esta naturaleza supone determinar tanto el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través del medio (objetivo), como identificar el bien jurídico cuyo fomento u optimización se intenta alcanzar (finalidad en sentido estricto).

62. En el presente caso, el Tribunal advierte que la denegación de acceso a un crédito a las personas mayores de 83 años constituye un medio que busca reducir "el riesgo crediticio que puede inferirse de la edad del cliente" (fojas 28). En otras palabras, el estado de cosas que se pretende conseguir a través del tratamiento diferenciado es la reducción del riesgo de incumplimiento de la operación de financiamiento. Este es, en principio, el objetivo de dicho tratamiento.

63. Sobre el particular, las entidades financieras pueden observar el riesgo crediticio para generar certeza respecto a la solvencia económica o trayectoria de endeudamiento y pago de los solicitantes. Inclusive, en la STC 03700-2010-HD/TC, se estableció que "resulta legítimo y acorde con el derecho a la libertad de contratación, que exista un flujo de información de riesgos crediticios en el mercado, pues solo así se puede generar confianza en el sistema financiero para el otorgamiento de créditos y su consiguiente recuperación".

64. Del mismo modo, el Tribunal nota que la finalidad que persigue la entidad emplazada radica en su interés de hacer efectivo el cobro de créditos, lo cual es constitucionalmente legítimo en razón a que no encuentra una prohibición explícita para su consecución y que, a su vez, permite la protección del capital invertido por la entidad que legítimamente proyecta.

ii. Examen de idoneidad

65. A continuación, corresponde determinar si, entre el medio adoptado y el fin que se persigue alcanzar, existe una relación de causalidad. En concreto, debe establecerse si es que prohibir el acceso a créditos para los adultos mayores de 83

años conduce a la consecución del fin perseguido. Para ello, se deberá realizar un análisis divido en dos fases: primero, establecer si existe una relación causal entre la intervención en la igualdad -medio- y el objetivo que se quiere conseguir o lograr; y, segundo, encontrar si hay relación entre el objetivo y la finalidad de la intervención.

66. En lo que respecta a si existe una relación causal entre el medio y el objetivo, el Tribunal considera que la denegación de cualquier posibilidad de acceder a un crédito de un grupo determinado de personas -en este caso, de los adultos mayores- permite reducir el riesgo de incumplimiento de pago.

67. Dicha relación causal se halla en que la no emisión de préstamos por parte del Banco de la Nación no genera pérdidas ni tampoco ganancias en el capital y, por lo tanto, ningún tipo de riesgo sobre este. Sin embargo, ello no debe interpretarse en el sentido de que la edad es, por sí sola, sinónimo de riesgo, como erróneamente sostiene la entidad demandada. A propósito de ello, el Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos dirigido al Consejo Económico y Social de la ONU sobre la situación de derechos humanos de las personas de edad sostiene que

> [l]a calidad de vida y la función social de una persona de 60, 70 u 80 años de edad puede diferir considerablemente de las percepciones en que se basan algunos sistemas jurídicos y sociales, como la edad obligatoria de jubilación, el acceso limitado a algunos recursos productivos o a los seguros, o la capacidad jurídica para el ejercicio de los derechos de la persona. En este contexto, la edad en sí ya no puede considerarse como equivalente de enfermedad, riesgo o dependencia.

68. Por otro lado, el Tribunal observa que sí existe una relación entre el objetivo y la finalidad de la intervención, pues el estado de cosas, esto es, reducir el riesgo de incumplimiento de la operación de financiamiento, está dirigido a resguardar el interés del banco de hacer efectivo el cobro de créditos que otorga. De lo contrario, claro está, se incrementarían las pérdidas por las deudas adquiridas por préstamos impagos.

69. Todos estos elementos permiten concluir al Tribunal que se ha superado el examen de idoneidad. Corresponde examinar si es que existen medios alternos igualmente idóneos y si estos producen una menor afectación a los derechos intervenidos, lo cual se efectuará en el marco del análisis del examen de necesidad.

iii. Examen de necesidad

70. En esta fase debe examinarse si es que la medida supera el examen de necesidad. Este análisis se realiza en dos sub-fases: (i) debe determinarse si es que no existen

medios alternativos que sean, por lo menos, igualmente idóneos que el medio efectivamente adoptado; y, además, si es que (ii) dentro de esos medios alternativos por lo menos igualmente idóneos no existen algunos que sean más benignos con el derecho involucrado que el medio efectivamente adoptado.

71. En relación con la primera sub fase, el Tribunal estima que existen otros medios que, siendo por lo menos igualmente idóneos, permiten satisfacer la finalidad perseguida. De la revisión de las políticas internas de la entidad demandada, se puede apreciar, por ejemplo, que ella cuenta con una política institucional relativa al otorgamiento de créditos, y en los que se toma en cuenta el factor de la edad. En su escrito de contestación a la demanda (fojas 26 y 27), por ejemplo, precisa las características del "Préstamo Multired", que son las siguientes:

Plazo	**Límite de edad**	**Importe**	**Período de gracia**
Hasta 12 meses	Hasta el mismo día que cumplan 60 años	Desde S/. 300.00 hasta S/. 50,000.00	*Opcional* Sin autorización ni pago de intereses en los meses de abril y diciembre
	Entre 60 años hasta 1 día antes de cumplir 79 años	Desde S/. 300.00 hasta S/. 19,000.00	
Hasta 24 meses	Hasta el mismo día que cumplan 60 años	Desde S/. 300.00 hasta S/. 50,000.00	
	Entre 60 años hasta 1 día antes de cumplir 78 años	Desde S/. 300.00 hasta S/. 19,000.00	
Hasta 36 meses	Hasta el mismo día que cumplan 60 años	Desde S/. 300.00 hasta S/. 50,000.00	
	Entre 60 años hasta 1 día antes de cumplir 77 años	Desde S/. 300.00 hasta S/. 19,000.00	
Hasta 48 meses	Hasta el mismo día que cumplan 60 años	Desde S/. 300.00 hasta S/. 50,000.00	
	Entre 60 años hasta 1 día antes de cumplir 76 años	Desde S/. 300.00 hasta S/. 19,000.00	
A 60 meses	Hasta el mismo día que cumplan 60 años	Desde S/. 300.00 hasta S/. 50,000.00	Sin periodos de gracia
	Entre 60 años hasta 1 día antes de cumplir 75 años	Desde S/. 300.00 hasta S/. 19,000.00	
A 24 meses	Desde 78 hasta 1 día antes de cumplir 83 años	Desde S/. 300.00 hasta S/. 2,000.00	*Opcional* Sin autorización ni pago de intereses en los meses de abril y diciembre
A 12 meses	Desde 83 hasta el mismo día que cumple 84 años		

72. Sobre ello, el Tribunal nota que se otorgan créditos a todas las personas que, cumpliendo con los requisitos que exige la entidad, no hayan cumplido 84 años. Dentro de estas exigencias figuran, por ejemplo, las siguientes (fojas 25): a) tarjeta Multired Azul o Tarjeta Multired Global Débito; b) original y copia del DNI vigente o vigencia indefinida; u original y copia del Carné de Extranjería; original y copia de la última boleta de pago; d) copia del último recibo de agua o luz o teléfono fijo; e) si el titular presenta deudas en el sistema financiero, debe presentar el original y copia del último estado de cuenta o cronograma; f) en el caso de trabajadores con Contrato Administrativo de Servicios, se deben presentar los contratos originales o copias fedateadas por la entidad pública. Dentro de las condiciones para ser titular, también se regula el supuesto de los pensionistas del sector público, como lo expone el Banco de la Nación en su escrito de contestación a la demanda.

73. Al respecto, los requisitos que se exigen para la posibilidad de acceder a un crédito tienen que ver con la solvencia financiera del eventual titular. Sin embargo, también se abre la posibilidad de que personas con deudas en el sistema financiero pueden acceder a ellos. Por lo general, también existe la posibilidad de contar con garantes, tal y como se presenta con la figura del aval. Ello demuestra que es posible satisfacer tanto el legítimo interés de la entidad emplazada de velar por el cumplimiento de la deuda, así como la necesidad de la persona interesada de acceder a un crédito para realizar sus proyectos personales. De hecho, en la entidad demandada se permite la figura del aval para los préstamos Multired Clásico, y se exige que deberá tratarse de un trabajador activo nombrado, contratado a plazo indeterminado o pensionista, que mantenga abierta una cuenta de ahorros en el Banco de la Nación. Similar situación se presenta con los préstamos a trabajadores bajo el Régimen de Contrato Administrativo de Servicios, en los que se demanda que el aval sea un trabajador nombrado, contratado a plazo indeterminado o pensionista del sector público, que mantenga abierta una cuenta de ahorros en el Banco de la Nación" [fojas 27]. No encuentra este Tribunal razón alguna para que esta clase de garante no pueda regularse en los préstamos a personas adultas mayores a 83 años.

74. Por otro lado, también advierte el Tribunal que la entidad emplazada cuenta con tasas de interés diferenciadas, garantías y seguros de desgravamen, con el propósito de asegurar el pago de la deuda. En efecto, a fojas 27 figura la siguiente información:

Tasa de interés	a) Hasta 12 meses: 13% efectiva, anual, reajustable. b) Entre 13 y 24 meses: 14% efectiva anual, reajustable. c) Entre 25 y 36 meses: 15% efectiva, anual, reajustable d) Entre 37 y 48 meses: 16% efectiva, anual, reajustable e) 19.00% efectiva, anual, reajustable para préstamos a 60 meses.
Garantía	**Préstamos Multired Clásico**: Aval permanente de un garante, el cual deberá ser trabajador activo nombrado, contratado a plazo indeterminado o pensionista, que mantenga abierta una cuenta de ahorros en el Banco de la Nación. **Préstamos Multired por Convenio / Promocional**: Las condiciones de presentación del garante se encuentran establecidas en los documentos normativos implantados para este tipo de operación. Para el otorgamiento de Préstamos Multired en todas sus modalidades a trabajadores con Contrato Administrativo de Servicios (CAS), se requiere el aval permanente de un garante, el cual deberá ser trabajador nombrado, contratado a plazo indeterminado o pensionista del Sector Público, que mantenga abierta una cuenta de ahorros en el Banco de la Nación, con motivo del depósito de sus ingresos.
Seguro de desgravamen	Compañía de Seguros "La Positiva Vida Seguros y Reaseguros". Tasa de prima por el producto (incluyendo derecho de emisión): 3.849% del importe del préstamo, lo que se cobrará al momento del otorgamiento de la operación. El seguro cubre el capital del préstamo otorgado, en caso de fallecimiento del titular y otros beneficios. Las tasas son referenciales, y pueden ser modificadas por la compañía de seguros.

75. El Tribunal resalta que la entidad emplazada cuenta con distintos mecanismos para otorgar créditos que permiten asegurar, de cierto modo, el pago de la deuda contraída. Del mismo modo, los préstamos se pueden dar por cantidades que van desde los trescientos (300.00) nuevos soles. Incluso, como lo precisa la propia entidad emplazada, el riesgo crediticio que pueda inferirse de la edad del cliente está condicionado a las limitaciones del Seguro de Desgravamen. En estos casos también la entidad podría fijar el pago de esta clase de seguros, a fin de indemnizar al contratante en caso de fallecimiento o invalidez producida por un accidente o enfermedad de la asegurada, de acuerdo a las condiciones de la póliza que se contrate. Sobre ello, cabe resaltar que inclusive la recurrente señala que se encuentra "dispuesta a pagar[lo]" [fojas 10]. La entidad que otorga el préstamo tendría un importante margen de acción para decidir acerca del monto a pagar, el cual puede ser incrementado por la edad de la persona interesada.

76. Lo anterior demuestra que existe la posibilidad de regular el otorgamiento de préstamos a adultos mayores a 83 años, sin que ello importe una afectación grave a los derechos e intereses de la entidad emplazada. Ciertamente, las instituciones que se dediquen a este rubro pueden tener legítimas dudas respecto del riesgo crediticio por este elemento. Sin embargo, existen distintos medios para garantizar el cumplimiento de la deuda que no se reducen a tomar en cuenta únicamente la edad de la persona interesada.

77. En ese sentido, el Tribunal estima que denegar, de manera genérica, la posibilidad de acceder a un crédito considerando como único factor la edad de la persona es un trato discriminatorio prohibido por el artículo 2.2 de la Constitución. Como se puede apreciar, esto no supone que la persona interesada tenga, de manera inmediata, derecho a acceder al crédito al que postula. Ello deberá ser un justo contraste de su situación particular y los intereses de la entidad prestamista, y se tomará en cuenta principalmente su estado financiero.

78. En ese contexto, las entidades prestamistas tendrán un amplio margen de decisión respecto de los requisitos o elementos adicionales que se solicitarán para el otorgamiento de estos préstamos. Sin embargo, ellos no deberán generar que este derecho sea, en los hechos, impracticable. La configuración de requisitos arbitrarios para el acceso al crédito, y que terminen por generar nuevos supuestos de discriminación en razón de la edad, también legitimarán al interesado a accionar la vía constitucional para la tutela de sus derechos.

79. En consecuencia, al existir medios alternativos que, siendo por lo menos igualmente idóneos que el medio real, restringen en menor medida el acceso de los adultos mayores de acceder a créditos, no se ha superado el examen de necesidad. Del mismo modo, no ha encontrado este Tribunal fuertes razones o imperiosos motivos que justifiquen que la entidad emplazada deniegue, de manera genérica, la posibilidad de acceso a créditos para los mayores de 83 años.

80. Por ello, al no superarse el examen de necesidad, no corresponde efectuar consideraciones en torno al examen de proporcionalidad en sentido estricto. La demanda, en consecuencia, debe ampararse.

d. Efectos de la sentencia

81. El Tribunal ha resuelto que la denegación del otorgamiento de préstamos, considerando como única criterio la edad de la recurrente, implica un trato discriminatorio que afecta derechos amparados por la Constitución.

82. Sin embargo, no nos corresponde ordenar en esta sentencia que, de manera inmediata, se otorgue el crédito solicitado, ya que esta decisión depende, en prin-

cipio, de la respuesta que efectúe la entidad emplazada. En todo caso, lo que sí corresponde disponer, y que deberá ser observado por el juez de ejecución, es si el Banco de la Nación absuelve el pedido efectuado considerando, en principio, los factores que han sido expuestos en esta sentencia.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda, al haberse producido la vulneración del derecho a la igualdad. En consecuencia, inaplicable la Directiva BN-DIR-3300 N°045-01.

2. **ORDENAR** al Banco de la Nación (Oficinas del Banco de la Nación de la Sucursal "C", Puno) que responda la solicitud de la recurrente y considere factores adicionales a la edad a fin de determinar si se otorga o no el préstamo requerido.

3. **NOTIFICAR** la presente decisión a la Superintendencia de Banca y Seguro, a fin que adopte las medidas pertinentes.

4. **DISPONER** el pago de costos, que deben ser asumidos por la entidad emplazada.

Publíquese y notifíquese.

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

EXP. N.° 05157-2014-PA/TC
PUNO
MARIA CHURA ARCATA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con la posición de la mayoría, considero necesario efectuar algunas precisiones vinculadas al *principio de solidaridad*, el cual es consustancial al Estado Constitucional. Forma de Estado que se afinca en la persona humana, fin supremo de la sociedad y del Estado. En el mismo, todo el orden jurídico, social, político y económico, gira en torno a procurar la plena y cabal realización de la persona humana.

Es por ello que en el Estado Constitucional todos los componentes de la sociedad, no deben ser ajenos a la consideración, aplicación y cumplimiento del *principio de solidaridad*, pues este, los obliga inexcusablemente a cumplir con el deber de procurar la realización del ser humano, que es, lo enfatizo, el núcleo del Estado Constitucional.

Desde esta perspectiva, resulta inconcebible un accionar totalmente ajeno al *principio de solidaridad,* máxime cuando se trata de instituciones que forman parte del Estado peruano, ya que a este le atañe una mayor responsabilidad al respecto; sobre todo cuando se trata de sectores sensibles de la población, como es aquel que componen los adultos mayores.

En ese sentido, en el Estado Constitucional, desde un punto de vista axiológico y legal, está proscrita toda actuación huérfana del *principio de solidaridad*; más aun, lo enfatizo, en el caso de los adultos mayores.

En anterior pronunciamiento, el Tribunal Constitucional ha manifestado que

> "La solidaridad implica la creación de un nexo ético y común que vincula a quienes integran una sociedad política. Expresa una orientación normativa dirigida a la exaltación de los sentimientos que impulsan a los hombres a prestarse ayuda mutua, haciéndoles sentir que la sociedad no es algo externo, sino consustancial.
>
> El principio de solidaridad promueve el cumplimiento de un conjunto de deberes, a saber:

a) El deber de todos los integrantes de una colectividad de aportar con su actividad a la consecución del fin común. Ello tiene que ver con la necesidad de verificar una pluralidad de conductas (cargos públicos, deberes ciudadanos, etc.) a favor del grupo social.

b) El deber del núcleo dirigencial de la colectividad política de redistribuir adecuadamente los beneficios aportados por sus integrantes; ello sin mengua de la responsabilidad de adoptar las medidas necesarias para alcanzar los fines sociales" (Sentencia 2016-2004-PA/TC, fundamento 15).

En el caso de autos, la actuación del Banco de la Nación ha sido no solo violatoria de los derechos a la igualdad y a la no discriminación, sino ajena al *principio de solidaridad*.

S.
BLUME FORTINI

EXP.Nº 5157-2014-AA/TC
PUNO
MARIA CHURA ARCATA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto, pero además me permito efectuar las siguientes anotaciones:

1. Casos como éste demuestran en primer lugar, la importancia que en la labor interpretativa en general, y en la interpretación constitucional en particular, de los principios, máxime si dichos principios provienen de Declaraciones vinculadas a la protección de derechos.

2. Y es que, muy a despecho de algún curioso comentario hecho sobre que la invocación de los principios de Yogyakarta en la resolución de casos como en "Romero Saldarriaga" (donde se alega que dicha invocación es para despistar), la relevancia de los principios es vital en la interpretación del Derecho y de los alcances de los derechos. Los principios son parámetros de ineludible atención para la resolución de cuestiones de controversia o de incertidumbre que pudieran suscitarse en la aplicación de lo ya existente. Son también pautas de necesario seguimiento para enfrentar los vacíos que pudieran darse, ya sea en la regulación o las previsiones actualmente existentes en una materia en particular. Son finalmente parámetros cuyo respeto es indispensable para en base a ellos generar respuestas frente a hechos o circunstancias nuevas.

3. Es más, bien puede decirse que hoy es imposible entender y desarrollar labores de interpretación constitucional o convencional sin la aplicación de principios interpretativos. Ello máxime si se toma en cuenta el carácter teleológico de la interpretación constitucional o convencional: y es que la interpretación constitucional, al igual que la convencional tiene ya un fin previamente establecido, el de la limitación del poder (`poder estatal o poder de particulares, buscando de esa manera evitar la arbitrariedad de quien ejerce irregular y abusivamente su autoridad) para así asegurar el ejercicio de los diferentes derechos. Perder esto

de vista es perder de vista el mismo sentido de las labores que se encomiendan a todo juez(a) constitucional.

4. Sin perjuicio de lo señalado, justo es anotar que si bien el constitucionalismo actual es básicamente "constitucionalismo de derechos", ello no debe llevar a soslayar la importancia de entender y aplicar a cabalidad los diferentes deberes constitucionales (constitucionalmente reconocidos o constitucionalmente establecidos, de acuerdo con la perspectiva de la cual se parte).

5, Importante es entonces reconocer que estamos ante un tema que no ha tenido la atención y el desarrollo operativo y conceptual que merece. En esa misma línea de pensamiento, no parece identificarse con suficiente claridad cuáles son los mecanismos orientados a asegurar el cumplimiento de la mayoría de deberes constitucionales. Tampoco parece existir un completo desarrollo dogmático que permita esclarecer el contenido, el alcance y los límites de los diferentes derechos constitucionales, a los que habitualmente se les considera como reflejos o "correlatos" de los derechos, o, en el mejor de los casos, como deberes prestacionales del Estado, básicamente relacionados con la satisfacción de los derechos sociales.

6. Y es que cuando hablamos de deberes constitucionales nos referimos en exigencias y compromisos de los cuales somos Titulares todos(as) (personas, ciudadanos(as), comunidad política), en diferentes niveles y distintas intensidades, sobre la base de objetivos públicos constitucionalmente valiosos. Por ser auténticas exigencias o mandatos constitucionales, no se basan únicamente en virtudes que deben ser promovidas, aunque no exigidas, sino más bien en exigencias de moralidad pública. Dichas exigencias pueden partir de principios o criterios, destacando entre ellos el de responsabilidad (o corresponde bilidad) el de cooperación o el de cuidado.

7. Ahora bien, el hecho de que en muchos casos estos deberes no se encuentren suficientemente desarrollados no quiere decir que no sean exigibles. En esa misma línea de pensamiento, conviene, ya volviendo al presente proceso, tener presente que existe un deber de especial protección a un grupo social vulnerable como el de las personas que pueden soslayarse.

8. Es eso lo que explica la particular preocupación que puede generar un trato distinto en una materia que involucra a personas que son parte de un grupo social vulnerable. Si estos son los parámetros aplicables, no es necesario recurrir a conceptos como "categorías sospechosas" o invocar a la formulación fuerte del escrutinio.

9. La construcción del escrutinio tiene, como es de conocimiento general, un origen norteamericano. Y es que en la actualidad, la Constitución de los Estados Unidos de Norte América contiene hasta referencias explícitas a los denominados derechos de igualdad, aunque la mayoría de ellas son muy específicas y tienen un alcance muy limitado. El tratamiento más amplio e importante sobre esta materia se encuentra indudablemente en la anteriormente citada enmienda catorce, enmienda adoptada en 1868. Allí, independientemente define referencia al due process of law, se señala que "(…) ningún Estado (…) podrá negarle a persona alguna que se encuentre dentro de su jurisdicción, la protección igual de las leyes (equal protection of the law)" (el paréntesis es mío).

10. El sentido inicial que se le concedió a esta norma estaba estrictamente vinculado a la protección frente a tratos discriminatorios sustentados en criterios raciales, y más especialmente, para hacer frente a los abusos que ya comenzaban a efectuarse en contra de la población negra recientemente emancipada. Sin embargo, resulta justo señalar como este objetivo de carácter tuitivo estuvo durante muchos años muy lejos de ser alcanzado. Ello en mérito a que, tomando en cuenta una peculiar comprensión de la equal protection of the law se permitió la consagración de la -por decir lo menos- discutible doctrina de "separados pero iguales" recogida en el famoso caso Plessy vs. Ferguson (1896). Gracias a este fallo, el Tribunal Supremo norteamericano convalidó la constitucionalidad de una ley del estado de Louisina que contenía la segregación racial de los pasajeros de los ferrocarriles, aduciendo la existencia de una igualdad en términos legales que en realidad apañaba una enorme desigualdad social. Este desafortunado pronunciamiento de la Suprema Corte norteamericana tuvo además el triste mérito de convertirse en uno de los sustentos de una sistemática política de recorte en el ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales de amplios sectores sociales, fundamentalmente los compuestos por ciudadanos de raza negra.

11. Aun cuando fueron muchos los años vividos bajo estos parámetros tan abiertamente equivocados, afortunadamente esto comenzó a cambiar. Ya en la década de 1940 el Tribunal Supremo estadounidense comienza a construir algunos criterios en base a los cuales definirá cuando considera estar frente a comportamientos discriminatorios. Se efectuará entonces una prueba "neutra" en relación a los valores políticos usados por el legislador a la hora de intentar resolver un problema concreto, analizando si existe alguna relación entre la clasificación efectuada por la ley y el objetivo del legislador: si la clasificación empleada en la ley tiene un vínculo racional con el objetivo del legislador, la ley sometida al análisis del Tribunal será considerada constitucional.

12. De allí en adelante se llega entonces progresivamente a un escenario cuyos rasgos básicos actualmente serían los siguientes:

    a) El reconocimiento que mediante la equal protection of thje law (igual protección de la ley) no se garantizan contenidos sustantivos, sino que su objetivo es más bien el de evitar la arbitrariedad o la irracionalidad en el momento en el cual se establezcan clasificaciones (y por ende, posibles distinciones) entre las diversas personas.

    b) La constatación de que alguna actividad estatal produce efectos distintos en las personas no acarrea necesariamente la existencia de una violación de la equal protection of the law. Deberá acreditarse también que la motivación y el efecto de la acción estatal tienen causas o consecuencias (según sea el caso al cual nos enfrentamos) de carácter discriminatorio.

    c) La evaluación de las clasificaciones impugnadas ante la judicatura estará a cargo del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norte América, el cual por ello ha desarrollado hasta tres niveles de análisis o escrutinio.

13, El menos riguroso de estos escrutinios es el denominado "escrutinio mínimo". De acuerdo con este "escrutinio mínimo", usado sobre todo en materia económica, basta con que una ley tenga objetivo legítimo y que los medios empleados para alcanzar dicho objetivo no sean disparatados o inadecuados para que la ley en cuestión sea considerada constitucional.

14. Con un menor margen de discrecionalidad admitido a favor de la actuación estatal está el "escrutinio intermedio". Desarrollado desde los años setenta fundamentalmente en casos de discriminación por razones de género. Lo requerido en estos asuntos para encontrarnos ante una situación de constitucionalidad incuestionable es que exista una relación sustancial entre la clasificación empleada y un interés estatal (el objetivo de la ley) realmente importante.

15. Finalmente, la evaluación más rigurosa es aquella efectuada frente al establecimiento legal de clasificaciones o categorías consideradas constitucionalmente sospechosas (razas, religión, etnia, relación entre nacionales y extranjeros en el tema del empleo o distinciones entre hijos matrimoniales y no matrimoniales). Nos encontramos aquí frente al ejercicio del "escrutinio estricto", ante el cual los jueces deberán efectuar un puntilloso análisis destinado a acreditar si: a) el Estado tiene una razón imperiosa para imponer la ley; b) la categoría o clasificación utilizada debe ser indispensable para conseguir los objetivos buscados. Este es el criterio que, utilizado por primera vez en Korematsu vs. EEUU (1924), se ha empleado en diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre cuestiones

raciales, dando origen a algunos de los fallos más importantes elaborados por esta institución, fallos entre los cuales destaca nítidamente debido a sus repercusiones jurídicas, políticas y sociales el emitido por la Corte Warren en el caso Brown vs. Board of Education (1954).

16. Sin que con ello se entienda que estamos intentando descalificar lo que indudablemente es una de las labores jurisprudenciales más ricas y creativas en todo el orbe, no puedo aquí dejar de expresar mis reservas con la aplicación de una técnica como la de los escrutinios mínimos, intermedios y estrictos, técnica cuyas dificultades saltan a la vista.

17. Y es que, en primer lugar, la aplicación de estos criterios no responde a parámetros plenamente objetivos. Esta constatación, la cual viene acompañada de un siempre beneficioso reconocimiento de un mayor margen de discrecionalidad en la actuación judicial, tiene como contraparte el riesgo de poder recurrir a los diferentes escrutinios en forma inconsistente y casi caprichosa, con las evidentes desventajas que ello acarrea. Por otro lado, la lista de categorías o clasificaciones no es definitiva, motivo por el cual siempre hay que estar buscando convencer a la Corte para que configure sus fallos en función a un escrutinio estricto. El margen de incertidumbre existente al respecto es entonces a todas luces evidente.

18. Pero por si las anotaciones ya aquí efectuadas carecieran de suficiente entidad, también se hace necesario resaltar como en muchos casos resulta bastante complejo determinar cual va a ser la clasificación dentro de la cual, por menos en el caso de los Estados Unidos de América, el Tribunal Supremo norteamericano encuadrará la solución de una controversia concreta, tema de enorme importancia para determinar el escrutinio a aplicarse, y por ende, decisiva para dilucidar cuál será el sentido final del fallo de tan alto Tribunal. Prueba de estas dificultades y las repercusiones de las mismas son fácilmente apreciables en casos como el Personal Administrator of Mass vs. Feeney (1979), Massachussetts Bol.of Retirement vs. Murgia (1976), y muy particularmente en Romer vs. Evans (1996), caso en el cual coincido con quienes consideran que solamente razones de política institucional explican la resistencia del Tribunal Supremo norteamericana a someter esta controversia a un escrutinio estricto. Las dificultades existentes al respecto son entonces innegables.

19. Es innegable también la existencia de varios puntos en común entre el tratamiento dado al tema de la igualdad en los Estados Unidos de Norte América y el que se le otorga en Europa. Así, por ejemplo, en ambos casos el objetivo buscado es más bien el de evitar se produzcan situaciones de arbitrariedad o irracionalidad al momento de establecerse tratos diferenciados entre las diversas

personas. Puede hablarse entonces, tanto en uno u otro lado, de la existencia de un derecho (o derechos) más bien de corte relacional, y que, además, no confunde la existencia de tratamientos diferentes con situaciones de tipo discriminatorio. A lo previsto en el caso norteamericano bien podría aplicársele entonces aquellos alcances, en principio pensados para describir lo recogido en algún texto europeo, en el cual se consagra a la igualdad como un: "(…) derecho que no es un derecho autónomo, sino relacional, que impone una obligación a todos los poderes públicos, que no comparta necesariamente una igualdad material, ni tampoco se traduce en una exigencia de uniformidad, sino que les limita en el sentido de vedarles toda actuación generadora de una desigualdad de trato arbitrario o discriminatoria.

20. Es significativo también anotar como no son pocos los textos constitucionales modernos que abiertamente consagran la existencia de un principio de no discriminación en función a ciertos criterios, por cierto muy próximos a las llamadas "categorías sospechosas" de discriminación en el caso norteamericano. Ahora bien, lo expuesto no obsta para que expresar mis reparos con la forma empleada en los Estados Unidos de Norte América, y así, evaluar si estamos o no frente a una distinción con carácter discriminatorio.

21. Eso sí, cabe aclarar como en este caso estas objeciones no van tanto dirigidas contra la idea de efectuar escrutinios (escrutinios que por cierto incluyen pautas de razonamiento que no se encuentran muy lejanas da aquellas -aunque en este último caso, mejor sistematizadas- empleadas en las interpretaciones hechas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y varios Tribunales Constitucionales de diversos países para abordar este tema), sino más bien a la determinación -en mi opinión, en base a parámetros bastante subjetivos- de cuando debe aplicarse un modelo de escrutinio y cuando corresponde optar más bien por emplear otro. El derrotero de la alternativa seguida fuera de los Estados Unidos de Norte América, la cual ha sido sugerida por la jurisprudencia de este Tribunal, parece entonces buscar apoyarse en consideraciones más objetivas, y por ende, se presenta como más confiable.

S.
ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.° 05157-2014-PA/TC
PUNO
MARÍA CHURA ARCATA

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS URVIOLA HANI Y SARDÓN DE TABOADA

Con el debido respeto por la posición de nuestros colegas magistrados, discrepamos de la sentencia en mayoría por las razones siguientes:

1. La Constitución no impide hacer diferenciaciones razonables a base de la edad

El Banco de la Nación no quiso otorgarle un préstamo a la señora María Chura Arcata porque tenía 84 de edad al momento en que lo solicitó. A nuestro juicio, ello no constituye una discriminación arbitraria sino una diferenciación razonable, ya que un préstamo bancario ha de ser pagado en el tiempo.

Una sentencia del Tribunal Constitucional no puede desconocer el hecho de que, según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), la expectativa de vida de los peruanos es 75 años. Cuando formuló su pedido, la solicitante superaba con creces este promedio.

El inciso 2 del artículo 2 de la Constitución dice:

> Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

La norma constitucional no prohibe explícitamente hacer diferenciaciones a base de la edad. Además, no cabe interpretar que la frase "cualquiera otra índole" incluye la edad, ya que la propia Constitución contiene cinco artículos que hacen diferenciaciones a base de ella. La Constitución no permite:

- Que los menores de dieciocho años puedan votar en las elecciones (artículo 30).
- Que los menores de veinticinco años sean congresistas ni ministros de Estado (artículos 90 y 124).

- Que los menores de treinta y cinco años sean Presidentes de la República ni Defensores del Pueblo (artículos 110 y 161).
- Que los menores de cuarenta y cinco años sean Magistrados de la Corte Suprema, del Tribunal Constitucional ni integrantes del Jurado Nacional de Elecciones (inciso 3 del artículo 147, artículo 201 y artículo 180).
- Que los mayores de setenta años sean integrantes del Jurado Nacional de Elecciones (artículo 180).

Si el derecho a la igualdad impidiera hacer diferenciaciones a base de la edad, la Constitución no contendría ninguna de estas normas, que fijan edades mínimas o máximas para ejercer ciertos derechos. La edad, por tanto, es un criterio constitucionalmente válido para diferenciar entre personas.

2. Las sentencias del Tribunal Constitucional deben fundamentarse en la Constitución, no en normas infra-constitucionales u opiniones extra-jurídicas

Por otro lado, cabe indicar que las sentencias del Tribunal Constitucional deben fundamentarse en la Constitución, no en normas jurídicas infra-constitucionales, ni menos aún en opiniones extra-jurídicas no vinculantes emitidas por diversos organismos nacionales e internacionales.

Indebidamente, la sentencia en mayoría busca sustento en documentación de tal naturaleza, pero ella no puede prevalecer sobre una lectura integral de la Constitución. Veamos:

- La Ley 30490, Ley de la Persona Adulta Mayor es, valga la triple redundancia, una ley. El Tribunal Constitucional resuelve a base, fundamentalmente, de la Constitución; y, solo secundariamente, de leyes de desarrollo constitucional.
- La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, citada en la sentencia, no ha sido suscrita por el Perú. Por tanto, no cabe aplicar el artículo 55 ni la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Dicho tratado no vincula al Perú.
- Las opiniones de Naciones Unidas, la Organización Mundial de la Salud, el Consejo de Europa y la Defensoría del Pueblo, a las que alude la sentencia, no necesariamente deben ser compartidas por este Tribunal.

3. La Constitución protege la libertad contractual como derecho fundamental

Por demás, estimar la presente demanda de amparo implica violar derechos fundamentales que sí están claramente establecidos en la Constitución. El inciso 14 del mismo artículo 2, por lo pronto, establece que toda persona tiene derecho:

> A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

El artículo 62, por su parte, dice:

> La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato.

Al obligar a los bancos a evaluar las solicitudes de préstamos de personas mayores de 84 años de edad, la sentencia en mayoría viola estas normas, ya que los bancos no contravienen ninguna ley de orden público y actúan según las normas vigentes al negarse a hacerlo.

La sentencia en mayoría pasa por alto que los servicios bancarios son solo de intermediación financiera. Los bancos, en efecto, no prestan dinero suyo sino de sus depositantes. Por tanto, están obligados a evaluar con cuidado el riesgo de no pago que involucra cada préstamo, y con mayor razón en el caso de autos en el que la entidad emplazada, el Banco de la Nación, es una empresa de derecho público.

También soslaya que la evaluación de una solicitud de crédito tiene costos directos e indirectos. Forzar a los bancos a realizar esta evaluación implica perturbar el desarrollo de la actividad económica en su conjunto, puesto que supone distraer recursos de usos más valiosos, y consecuentemente encarecer el crédito.

Para afrontar lo establecido por la sentencia en mayoría, más temprano que tarde, los bancos tendrán que subir las tasas de interés. Ello reducirá aún más la baja bancarización que caracteriza a la economía peruana, obligando a los más necesitados a acudir a agiotistas informales que suelen cobrar tasas de interés exorbitantes.

Desde hace muchos años, el Perú busca elevar la formalización de la economía; es una de las políticas de Estado que más consenso genera. La presente sentencia en mayoría —que incurre en voluntarismo y se basa en una lectura parcial de la Constitución— afectará el logro de dicho objetivo.

Además, al vulnerar la libertad de contratar, afectará también la afirmación del orden constitucional. Por todo ello, consideramos que la demanda de amparo de autos debe ser declarada **INFUNDADA**.

S.
URVIOLA HANI
SARDÓN DE TABOADA

Sentencia 00285-2015-PA/TC

Proceso de amparo promovido por Wilbert Cazorla Camacho. El Tribunal declaró fundada en parte la demanda al haberse vulnerado el derecho al trabajo.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 1 de febrero de 2017.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por Wilbert Cazorla Camacho y, en consecuencia, declaró nulo el despido arbitrario del que había sido objeto el demandante. Asimismo, ordenó que la universidad emplazada cumpla con reponer al recurrente en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar categoría o nivel, y que cumpla con el abono de las costas y costos del proceso.

En mérito a los artículos 22 y 27 de la Constitución Política del Perú, el Tribunal ha establecido que la modalidad de contratos por obra determinada o servicio específico no puede ser empleada para labores de naturaleza permanente, sino más bien para aquellas labores que sean temporales o que sean estrictamente especializadas y ajenas a las labores permanentes de la empresa.

Bajo esa premisa, se advierte en el presente caso que las labores que el demandante desarrollaba eran de carácter administrativo, y por lo tanto de naturaleza permanente. En tal sentido, cualquier decisión del empleador de dar por concluida la relación laboral sólo podía haberse sustentado en una causa justa establecida por la ley y debidamente comprobada, lo cual no ha sucedido en el caso objeto de análisis.

Asimismo, cabe hacer alusión al voto singular del magistrado Sardón de Taboada. En él, el magistrado da las siguientes razones por las cuales considera que la demanda debería haberse declarado improcedente: en primer lugar, porque el dinamismo del mercado laboral promueve el pago de indemnizaciones y no de reposiciones; en segundo lugar, porque la reposición laboral no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo; y en tercer lugar, porque la Constitución peruana no establece un régimen de estabilidad laboral absoluta.

Temas claves: Derecho al trabajo — Despido arbitrario.

EXP. N.° 00285-2015-PA/TC
PUNO
WILBERT FRITZ CAZORLA CAMACHO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, al primer día de julio de 2016, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento de la magistrada Ledesma Narváez, aprobado en la sesión de pleno de fecha 24 de mayo de 2016, y con el voto singular del magistrado Sardón de Taboada que se agrega.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Wilbert Fritz Cazorla Camacho contra la resolución de fojas 267, de fecha 1 de diciembre de 2014, expedida por la Sala Civil de la Provincia de San Román-Juliaca de la Corte Superior de Justicia de Puno, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 4 de febrero de 2014, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez, solicitando su reincorporación en el puesto que ocupaba antes del despido incausado sufrido. Manifiesta que comenzó a laborar para la demandada desde el 8 de marzo de 2004, en virtud de contrato por obra o servicio específico. Refiere que desempeñó el cargo de trabajador administrativo y que hasta el 31 de diciembre de 2013 acumuló un récord laboral de 9 años, 9 meses y 23 días, lo cual excede el plazo máximo de cinco años establecido por el artículo 74 del Decreto Supremo 003-97-TR para los contratos modales. Alega la vulneración de su derecho al trabajo y a la protección adecuada contra el despido arbitrario.

La emplazada contesta la demanda señalando que no entiende cómo es que el demandante, habiendo sido contratado inicialmente para una obra o servicio determinado, terminó realizando labores administrativas; agregó que, en todo caso, el

demandante debió limitarse a cumplir la labor que se le encomendó de acuerdo al contenido de sus contratos modales. Expresa, además, que el demandante no ha laborado de manera continua e ininterrumpida, sino por periodos determinados, y que el supuesto despido alegado no es más que el vencimiento del último contrato suscrito entre las partes.

El Tercer Juzgado Mixto de Juliaca, mediante resolución de fojas 79, de fecha 11 de agosto de 2014, declaró infundada la demanda argumentando que existe carencia de medios probatorios que amparen la pretensión del demandante y que las partes suscribieron contratos bajo la modalidad de servicio específico, en los que se puede apreciar una fecha de inicio y una de finalización.

La Sala superior competente confirmó la apelada, por estimar que el cargo de almacenero de obras no es inherente a los servicios permanentes que presta la demandada, agregando que no existe causal de desnaturalización laboral alguna, sino solo el vencimiento del último contrato.

FUNDAMENTOS

1. Delimitación del petitorio y consideraciones previas

1.1. La presente demanda tiene por objeto la reincorporación del demandante en el cargo que ocupaba antes del supuesto despido incausado sufrido.

1.2. De acuerdo a la línea jurisprudencial de este Tribunal respecto a las demandas de amparo relativas a materia laboral individual privada, corresponde evaluar si el demandante ha sido objeto de un despido incausado.

1.3. De acuerdo a la información enviada por el Poder Judicial mediante Oficio N.º 8784-2015-CE-PJ de 3 de septiembre de 2015, corroborada con la consulta efectuada a la página web del Equipo Técnico Institucional de Implementación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo del Poder Judicial: https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ETIINLPT/s_etii_nlpt/as_mapa/ con fecha 10 de marzo de 2016, aún no ha entrado en vigencia la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Puno, por lo que, a la fecha, para el caso concreto, no se cuenta en el referido distrito judicial con una vía igualmente satisfactoria, como lo es el proceso laboral abreviado previsto en la Ley 29497, al que se hace mención en el precedente establecido en la sentencia 02383-2013-PA/TC ".

2. Sobre la afectación del derecho al trabajo y a la protección adecuada contra el despido arbitrario

2.1. Argumentos del demandante

El demandante afirma que comenzó la prestación de servicios en la institución el 8 de marzo de 2004, en virtud de contrato por obra o servicio específico. Refiere que desempeñó el cargo de trabajador administrativo y que hasta el 31 de diciembre de 2013 acumuló un récord laboral de 9 años, 9 meses y 23 días, lo cual excede el plazo máximo de cinco años establecido por el artículo 74 del Decreto Supremo 003-97-TR para los contratos modales.

2.2. Argumentos del demandado

Alega que no entiende cómo es que el demandante, habiendo sido contratado inicialmente para una obra o servicio determinado, terminó realizando labores administrativas; y que en todo caso, el demandante debió limitarse a cumplir la labor que se le encomendó de acuerdo al contenido de sus contratos modales. Expresa, además, que el demandante no ha laborado de manera continua e ininterrumpida sino por periodos determinados, y que el supuesto despido alegado no es más que el vencimiento del último contrato suscrito entre las partes.

3. Consideraciones del Tribunal Constitucional

3.1. El artículo 22 de la Constitución Política del Perú establece que "El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de una persona", mientras que el artículo 27 señala que "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario".

3.2. Conforme al criterio seguido por el Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en los expedientes 03771-2010-PA/TC, 00233-2013-PA/TC, entre otras, cabe señalar que si bien de la simple lectura del artículo 63 del Decreto Supremo 003-97-TR se desprende que para la aplicación de los contratos para obra determinada o servicio específico, modalidad empleada en el caso de autos, se requiere únicamente un objeto previamente establecido y una duración determinada en directa relación con la obra o servicio objeto de la contratación, no puede interpretarse la calificación de tales requisitos fuera del marco constitucional.

3.3. Así, se entiende que esta modalidad contractual no puede ser empleada para labores de naturaleza permanente que podrían ser realizadas por un

trabajador estable, sino que se trata más bien de una modalidad contractual que le permite al empleador dar cobertura a aquellas labores temporales o estrictamente especializadas que no forman parte de las labores permanentes de la empresa y que requieran un plazo determinado, sustentado en razones objetivas, que puede ser renovado en la medida en que las circunstancias lo ameriten. Lo contrario, es decir, permitir que esta modalidad de contratación "por obra determinada" o "servicio específico" sea utilizada para la contratación de trabajadores que van a realizar labores permanentes o del giro principal de la empresa, vulneraría el contenido del derecho al trabajo. Dicha afirmación se condice con la presunción a favor de la consideración como relación laboral a plazo indeterminado de toda prestación personal de servicios que sea remunerada y realizada bajo subordinación.

3.4. De la liquidación de beneficios sociales corriente a fojas 3, de los contratos de trabajo de fojas 4 a 7, de las resoluciones emitidas por la universidad demandada de fojas 94 a 169 y de fojas 190 a 191, y de las boletas de pago de fojas 170 a 189, se acredita que el actor laboró para la demandada desde el 8 de marzo de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2013 de manera continua e ininterrumpida, lo cual contradice lo expresado por la emplazada en su escrito de contestación de demanda: "cada uno de ellos [contratos de servicios específicos] se ha firmado para prestar servicios por determinados periodos, tanto es así que entre uno y otro contrato, hay intervalos de tiempo en los que él no trabajó (…)".

3.5. De las Resoluciones 3100-2012-R-UANCV y 1779-2013-R-UANCV (ff. 289 y 288) emitidas por la universidad emplazada se observa que el demandante era considerado trabajador administrativo. Asimismo, en la contestación de demanda, la propia emplazada expresa que "no entiende cómo es que el demandante habiendo sido contratado inicialmente para una obra o servicio determinado terminó realizando labores administrativas como él dice; en todo caso, el demandante debió limitarse a cumplir la labor que se le encomendó de acuerdo al contenido de sus contratos modales de plazo fijo". De ello se colige que el actor ha realizado labores permanentes de la emplazada. Esta conclusión adquiere mayor contundencia al revisar el Manual de Organización y Funciones (MOF) de la emplazada, obrante a fojas 259, donde se describe la estructura orgánica de la institución y los puestos de trabajo, entre ellos, el de almacenero, el cual era desempeñado por el amparista, tal como se puede observar de los memorandos y oficios que corren de fojas 13 a 16.

3.6. En consecuencia, al caso materia de controversia es aplicable el artículo 77 del Decreto Supremo 003-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que dispone: "**Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada**: (...) d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley" (énfasis agregado).

3.7. Al ser factible comprobar que el contrato de servicio específico suscrito tiene, en realidad, las características y la naturaleza propias de un contrato de trabajo de duración indeterminada, es posible afirmar que cualquier decisión del empleador de dar por concluida la relación laboral solo podría sustentarse en una causa justa establecida por la ley y debidamente comprobada, razón por la cual se habría configurado en el caso de autos un despido sin expresión de causa.

Efectos de la presente sentencia

3.8. Habiéndose acreditado que la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez ha vulnerado el derecho al trabajo, 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 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.

Finalmente, en la medida en que, en este caso, se ha acreditado que la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez ha vulnerado el derecho al trabajo del demandante, corresponde, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, ordenar el pago de costas y costos procesales, los cuales deben 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 vulneración del derecho al trabajo; en consecuencia, **NULO** el despido arbitrario del demandante.
2. **ORDENAR** que la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez cumpla con reponer a don Wilbert Fritz Cazorla Camacho en el cargo que venía desempe-

ñando o en otro de similar categoría o nivel, 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, con el abono de las costas y costos del proceso.

Publíquese y notifíquese.

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

EXP. N.° 00285-2015-PA/TC
PUNO
WILBERT FRITZ CAZORLA CAMACHO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

No concuerdo con los argumentos ni con el fallo de la sentencia en mayoría por lo siguiente:

La parte demandante solicita la reposición en su puesto de trabajo, por considerar que fue despedida arbitrariamente; sin embargo, como he expresado repetidamente en mis votos emitidos como magistrado de este Tribunal, la Constitución no establece un régimen de estabilidad laboral absoluta.

524

A partir de una lectura conjunta de los artículos 2, incisos 14 (libertad de contratación) y 15 (libertad de trabajo); 22 (derecho al trabajo); 27 (protección contra el despido arbitrario); 59 (libertad de empresa); y, 61 (acceso al mercado) de la Constitución, estimo que ésta solo garantiza la posibilidad de acceder libremente al mercado laboral.

En la perspectiva constitucional, la protección adecuada contra el despido arbitrario es, fundamentalmente, el dinamismo del mercado laboral. La indemnización es compatible con este dinamismo, pero no la reposición. Al congelar y forzar la relación laboral, ésta impide el desarrollo de la libre competencia en dicho mercado.

La reposición laboral no forma parte, pues, del contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado.

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

S.
SARDÓN DE TABOADA

Sentencia 02473-2013-PA/TC

Proceso de amparo promovido por Walter Miguel Pérez Rupay. El Tribunal declaró fundada en parte la demanda sobre los derechos al trabajo y al debido proceso.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 2 de marzo de 2017.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por Walter Miguel Pérez Rupay y, en consecuencia, declaró nulo el despido del que fue objeto. En tal sentido, ordenó que la Empresa Administradora Chungar SAC reponga al recurrente como trabajador a plazo indeterminado en el puesto de trabajo que tenía antes de su cese, o en otro de igual o similar nivel. Sin embargo, el extremo de la demanda dirigido contra Volcán Compañía Minera SAA fue declarado improcedente.

En relación al derecho de trabajo y a la desnaturalización del contrato laboral, el Tribunal estimó que en este caso se configuró un despido arbitrario. Para llegar a tal conclusión, estableció previamente que el contrato de trabajo del demandante se había desnaturalizado y que, por lo tanto, este debía ser considerado como un contrato laboral a plazo indeterminado, conforme a lo establecido en los artículos 63, 76 y 77 del Decreto Supremo 003-97-TR.

A partir de tal premisa, el TC infirió, conforme a los derechos constitucionales al trabajo y a la adecuada protección contra el despido arbitrario, que el demandante debió ser despedido por una causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral, lo cual no ha sucedido en este caso.

Ahora bien, tras haberse establecido ya previamente que la relación laboral a plazo indeterminado se dio por culminada sin expresarse causal alguna en una carta de imputación de faltas graves, el Tribunal sentenció que también se había configurado una afectación al debido proceso, y en especial al derecho de defensa del recurrente, previsto en el artículo 139, numeral 14, el cual también resulta aplicable al interior de cualquier persona jurídica, según lo establecido en la Sentencia 03359-2006-PA/TC.

Temas claves: Derecho al trabajo — Desnaturalización laboral — Despido arbitrario — Debido proceso — Derecho de defensa.

EXP. N.° 02473-2013-PA/TC
LIMA
WALTER MIGUEL PÉREZ RUPAY

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 2 días del mes de junio de 2016, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Blume Fortin i, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, en reemplazo de la magistrada Ledesma Narváez a quien se aceptó su pedido de abstención, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Walter Miguel Pérez Rupay
526 contra la resolución expedida por la Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 251. de fecha 20 de marzo de 2013, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 14 de diciembre de 2010, el recurrente interpuso demanda de amparo contra Volcan Compañía Minera SAA y contra la Empresa Administradora Chungar SAC, solicitando que se declare inaplicable la carta de despido del 22 de noviembre de 2010; y que, por consiguiente, lo repongan en su puesto habitual de trabajo y lo incluyan en los libros de planillas desde el 8 de noviembre de 2001, fecha en que ingresó a laborar, más el pago de los costos del proceso. Refirió que desempeñó el cargo de Electricista 11 en el área de mantenimiento eléctrico de la mina Animón, de propiedad de las empresas emplazadas, hasta el 30 de noviembre de 2010, fecha en que fue despedido sin expresión de causa. Precisa que al inicio de su relación laboral suscribió contratos de intermediación laboral con diferentes empresas y que, desde el I 1 de agosto de 2006, pasó a los libros de planillas de Volcan Compañía Minera SAA, propietaria de la Empresa Administradora Chungar SAC.

Asimismo, sostuvo haber suscrito sucesivos contratos de trabajo para servicio específico que se han desnaturalizado porque ha trabajado por más de 5 años realizando labores de naturaleza permanente. Alegó la vulneración de sus derechos constitucio-

nales al trabajo, a la protección adecuada contra el despido arbitrario, de defensa y al debido proceso.

El apoderado de la Empresa Administradora Chungar SAC contestó la demanda señalando que la relación laboral con el actor se inició el I 1 de agosto de 2006, siendo falso que hubiera laborado para su representada por más de cinco años; y que, además, el recurrente no ha acreditado haber estado destacado en las instalaciones de la Empresa Administradora Chungar SAC por las empresas con las que mantuvo una relación de intermediación laboral. Por su parte, el apoderado de Volcan Compañía Minera SAA propuso la excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva y contestó la demanda manifestando que el recurrente nunca prestó servicios en su empresa, pues mantenía una relación laboral con la Empresa Administradora Chungar SAC, y que aun cuando su representada le brinda un servicio de administración a dicha empresa, son dos personas jurídicas distintas.

El Noveno Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 28 de octubre de 2011, declaró infundada la excepción propuesta y, con fecha 27 de junio de 2012, declaró improcedente la demanda por considerar que se necesita de una etapa probatoria para verificar la desnaturalización del contrato de intermediación laboral y, por ende, si ha existido una relación laboral a plazo indeterminado del actor con Volcan Compañía Minera SAA.

La Sala revisora confirmó la apelada por similares argumentos.

En su recurso de agravio constitucional el recurrente sostuvo que en autos ha quedado acreditada su relación laboral con diversas empresas de propiedad de Volcan Compañía Minera SAA, que se inició el 8 de noviembre de 2001, por lo que advierte la vulneración de sus derechos constitucionales.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio y consideraciones previas

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la reposición del demandante en el cargo que venía desempeñando por haber sido objeto de un despido arbitrario. Alega la violación de sus derechos constitucionales al trabajo, a la protección adecuada contra el despido arbitrario, de defensa y al debido proceso.

2. En atención a los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo relativas a la materia laboral individual privada, establecidos en los fundamentos 7 a 20 de la Sentencia 00206-2005-PA/TC, que constituyen precedente, este Tribunal considera que, en el presente caso, corresponde evaluar si el recurrente ha sido objeto de un despido incausado conforme indica en su demanda.

Sobre la afectación de los derechos al trabajo y a la protección adecuada contra el despido arbitrario

3. El actor sostiene que se han vulnerado sus derechos al trabajo y a la protección adecuada contra el despido arbitrario, pues al haberse desnaturalizado los contratos de trabajo sujetos a la modalidad para servicio específico suscritos con diversas empresas de intermediación laboral, de propiedad de la emplazada Volcan Compañía Minera SAA, se configuró una relación laboral a plazo indeterminado, motivo por el cual solo podía ser despedido por una causa justa prevista en la ley.

4. Las empresas demandadas sostienen que el recurrente no ha acreditado que el vínculo entre la Empresa Administradora Chungar SAC y las empresas de intermediación se hubiera desnaturalizado y que la relación laboral entre las partes terminó al vencer el plazo de vigencia del contrato del actor. Precisa que el actor mantenía una relación laboral a plazo fijo con la referida empresa y con Volcan Compañía Minera SAA.

5. El derecho al trabajo se encuentra reconocido por el artículo 22 de la Constitución. Al respecto, este Tribunal estima que el contenido esencial del referido derecho constitucional implica dos aspectos: a) acceder a un puesto de trabajo; y b) el derecho a no ser despedido sino por causa justa.

6. Respecto al derecho constitucional a la protección adecuada contra el despido arbitrario reconocido en el artículo 27 de la Constitución, se debe señalar que este Tribunal, en la Sentencia 00976-2001-AA/TC, delimitó su contenido e interpretó qué debe entenderse por protección adecuada contra el despido arbitrario. Asimismo, el Tribunal ha reconocido en reiterada jurisprudencia (por todas, la Sentencia 05650- 2009-PA/TC), dos tipos de protección en casos de despido arbitrario, de carácter excluyente y a elección del trabajador: a) protección de eficacia resarcitoria, cuando el trabajador opta por recurrir a la vía ordinaria solicitando el pago de la indemnización por despido arbitrario; y b) protección de eficacia restitutoria, cuando el trabajador opta por recurrir a la vía constitucional a través del proceso de amparo, siempre y cuando el despido se haya producido, entre otros supuestos, de manera incausada, es decir, ejecutado de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresión de causa alguna relacionada con la conducta o el desempeño laboral del trabajador que la justifique.

   Este Tribunal considera que en autos no obran documentos idóneos para acreditar de manera fehaciente la desnaturalización de los contratos de intermediación laboral suscritos por el accionante con diversas empresas de propiedad de Volcan Compañía Minera SAA, a los que hace referencia, siendo necesaria una etapa

probatoria para determinar su desnaturalización; sin embargo, atendiendo a lo alegado por el recurrente en su demanda, también corresponde analizar si sus contratos de trabajo sujetos a modalidad se han desnaturalizado o no para efectos de convertirse en una relación a plazo indeterminado.

7. De autos se advierte que el demandante ha prestado servicios en diversos períodos y para varios empleadores por lo que es necesario verificar la continuidad de la prestación de sus servicios y determinar el período que será analizado por este Tribunal. Al respecto, obran en autos las boletas de pago emitidas por las siguientes empresas: Ingeniería y Operaciones Mineras SAC, correspondientes a noviembre y diciembre de 2001, enero y febrero de 2002 (fojas 11 a 14); B. M. Ingenieros SRL, de febrero a diciembre de 2002, enero y febrero de 2003 (fojas 15 a 28), abril a diciembre 2003 (fojas 29 a 39), febrero a diciembre de 2004 (fojas 49 a 59) y enero de 2005 (fojas 45); e Intermediación Laboral Minera SRL, de marzo de 2005 a julio de 2006 (fojas 60 a 78). Asimismo, obra el contrato de trabajo para servicio específico suscrito por el actor con la Empresa Administradora Chungar SAC, de fecha II de agosto de 2006 (fojas 116), el cual fue prorrogado hasta el 30 de noviembre de 2010 (fojas 82). Consecuentemente, este Tribunal se pronunciará solo respecto de este último período, en el que mantuvo relación laboral con la Empresa Administradora Chungar SAC, esto es, el comprendido entre el 11 de agosto de 2006 y el 30 de noviembre de 2010, en el que se acredita continuidad en la prestación de servicios y sobre el que existen suficientes elementos de prueba para emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

8. Asimismo, es pertinente precisar que si bien el recurrente ha emplazado a Volcan Compañía Minera SAA y a la Empresa Administradora Chungar SAC, este Tribunal, conforme a lo expuesto en el fundamento 7 supra y en el párrafo precedente, solo se pronunciará sobre la relación laboral mantenida por el demandante con la Empresa Administradora Chungar SAC, empresa que, por lo demás, formaría parte del grupo Volcan Compañía Minera SAA, conforme a la información verificada en la página web de esta última empresa (http://wvvw.volcan.com.pe/site/#).

   El artículo 63 del Decreto Supremo 003-97-TR establece expresamente que "los contratos para obra determinada o servicio específico, son aquellos celebrados entre un empleador y un trabajador, con objeto previamente establecido y de duración determinada". Asimismo, el artículo 72 de dicha norma establece que "los contratos de trabajo a que se refiere este Título necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración

y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral". Mientras que el inciso d) del artículo 77 del citado dispositivo legal prescribe que los contratos de trabajo sujetos a modalidad se desnaturalizan cuando, entre otros supuestos, el trabajador demuestra la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en ese cuerpo legal.

9. A fojas 116 de autos obra el contrato de trabajo en la modalidad de servicio específico, vigente del 1 1 de agosto de 2006 al 31 de enero de 2007, en cuyo numeral 1.1 se consigna: "LA COMPAÑÍA es una empresa que desarrolla sus operaciones mineras en la Unidad de Producción de Animón ubicada en el Distrito de Huayllay, Departamento de Pasco (...)."; asimismo, en su numeral 1.3 se señala:

> Con el objeto de que **EL TRABAJADOR** preste sus servicios en el marco del contrato de servicios referido en el acápite anterior, **LA COMPAÑÍA** procede a contratarlo temporalmente bajo la modalidad de servicio específico, al amparo de lo dispuesto por el artículo 63° del Texto Unico Ordenado de la Ley de Productividad y Conipetitividad Laboral, D. Leg. N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, para que se desempeñe como **ELECTRICISTA II EN LA UNIDAD DE PRODUCCIÓN DE ANIMON.**

Además, en su numeral 2.1, se estipula como objeto del contrato lo siguiente: "La principal labor que desarrollará **EL TRABAJADOR,** sin perjuicio de las que adicionalmente pueda asignarle **LA COMPAÑÍA,** es la de Mantenimiento Eléctrico de Equipos Mineros: Ventiladores, Bombas, Winches, Alivas, Compresoras, etc; y distribución de energía 440 Voltios".

10. Al respecto, si bien en el contrato de trabajo del demandante se consigna el servicio a prestar durante su contratación, es de advertirse que en dicho contrato no se señala ni se sustenta que el servicio sea temporal; por el contrario, el recurrente fue contratado para que desempeñe el cargo de Electricista **II** en la Unidad de Producción de Animón. dando mantenimiento eléctrico a los equipos mineros, labor que constituye una prestación de naturaleza permanente en el tiempo y obedece a una necesidad continua en el ejercicio habitual de las funciones de una compañía dedicada a la actividad minera, como la empresa emplazada, lo que evidencia el fraude en la contratación del actor.

Por lo tanto, resulta manifiesto que la emplazada utilizó la referida modalidad contractual con el propósito de simular una relación laboral de naturaleza temporal que en realidad era permanente; en consecuencia, se ha incurrido en la causal de desnaturalización del contrato prevista en el inciso d) del artículo 77 del Decreto Supremo 003-97-TR, por lo que el contrato sujeto a modalidad sus-

crito por el recurrente debe ser considerado como un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

11. Siendo así, las prórrogas del referido contrato de trabajo suscritas por las partes con posterioridad carecen de eficacia jurídica, pues mediante ellas se pretendió encubrir la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado.

12. Habida cuenta que la relación laboral era de duración indeterminada, el demandante solamente podía ser despedido por una causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral, lo que no ha sucedido en el presente caso, razón por la cual ha sido objeto de un despido arbitrario.

13. Por lo expuesto, este Tribunal declara que en el presente caso se ha configurado un despido incausado, violatorio de los derechos constitucionales al trabajo y a la adecuada protección contra el despido arbitrario, reconocidos en los artículos 22 y 27 de la Constitución.

Sobre la afectación de los derechos de defensa y al debido proceso

14. El recurrente también afirma que su despido sin expresión de causa resulta violatorio de su derecho constitucional al debido proceso, pues no ha podido ejercer su derecho de defensa.

15. La empresa demandada sostiene que el actor no fue despedido, sino que su contrato de trabajo estaba sujeto a la modalidad de servicio específico y concluyó al vencer el plazo de vigencia pactado por las partes.

16. Como este Tribunal tiene fijado, el derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 139, numeral 3 de la Constitución, comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, cuyo cumplimiento efectivo garantiza que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmersa una persona pueda considerarse justo (Sentencia 10490-2006-AA/TC, fundamento 2). De ahí que este Tribunal haya destacado que el ámbito de irradiación de este derecho continente no abarca exclusivamente al ámbito judicial, sino que se proyecta también al ámbito de los procesos administrativos (Sentencia 07569-2006-AA/TC, fundamento 6).

17. En el presente caso ya ha quedado determinado que el recurrente mantenía con la empresa demandada una relación laboral a plazo indeterminado, la cual se dio por terminada sin expresarse causal alguna; es decir, el recurrente fue despedido por su empleador sin que este le haya remitido previamente una carta de imputación de faltas graves.

18. Por lo expuesto, este Tribunal declara que en el presente caso la empresa demandada también ha vulnerado el derecho al debido proceso del recurrente; específicamente, su derecho de defensa.

19. En la medida en que en este caso se ha acreditado que la parte demandada ha vulnerado los derechos constitucionales al trabajo, a la protección contra el despido arbitrario y al debido proceso, 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 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.

20. Asimismo, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, la empresa emplazada debe asumir los costos y costas 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, a la protección contra el despido arbitrario y al debido proceso; en consecuencia, **NULO** el despido del demandante.

2. **ORDENAR** que la Empresa Administradora Chungar SAC reponga a don Walter Miguel Pérez Rupay como trabajador a plazo indeterminado en el puesto de trabajo que tenía antes de su cese o en otro de igual o similar nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional; con el abono de los costos y las costas procesales.

Sentencia 08338-2013-PA/TC

Proceso de amparo promovido por Elvis Félix Zavala Guerra. El Tribunal declaró fundada la demanda sobre los derechos al trabajo y de acceso a la justicia.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 8 de febrero de 2017.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por Elvis Félix Zavala Guerra y, en consecuencia, declaró nulo el despido del que fue objeto. En tal sentido, ordenó a la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Sunarp) que reponga al recurrente como trabajador a plazo indeterminado en el puesto de trabajo que tenía antes de su cese, o en otro de igual o similar nivel, y que además abone los costos procesales.

La controversia del presente caso versó sobre el supuesto despido arbitrario que sufrió el demandante a raíz de la denuncia penal que dirigió contra el jefe zonal de la Zona Registral IV, su empleador, por el delito de abuso de autoridad.

Al respecto, el Tribunal advirtió que acceder a los órganos jurisdiccionales o pre-jurisdiccionales (como el Ministerio Público) no podía ser objeto de algún tipo de venganza o sanción de alguna parte, ya que ello significaría una restricción al derecho de acceso a la justicia. No obstante ello, el Tribunal también señaló que el trabajador no puede hacer uso de la Administración de Justicia con el fin de causar en el empleador desventajas inmerecidas, sino más bien con el interés real de defender los derechos que considere afectados.

Bajo tales parámetros, se concluyó que en la presente demanda se había configurado un despido arbitrario y una afectación al derecho de acceso a la justicia, ya que la razón del cese fue la denuncia penal interpuesta contra el empleador, que si bien no fue estimada por el Ministerio Público, los términos en la que esta fue planteada fueron exclusivamente técnicos y respetuosos.

En ese sentido, y atendiendo al artículo 29, inciso c), del Decreto Supremo 003-97-TR, y a que el Precedente Vinculante de la Sentencia 5057-2013-PA/TC exige dictar la reposición laboral si el demandante ingresó mediante concurso público de méritos, el Tribunal decidió ordenar la reincorporación laboral del actor.

Asimismo cabe hacer alusión al fundamento de voto del magistrado Blume Fortini, en el que, si bien manifestó estar de acuerdo con que se declare fundada la demanda y se ordene la reincorporación laboral del recurrente, discrepó con los fundamentos 20, 21 y 22 de la sentencia, en razón a que con ellos se elimina y proscribe la reposición de los servidores públicos despedidos que ingresaron al Estado sin concurso público, lo cual contraviene en su opinión la línea jurisprudencial del Tribunal en materia de amparos laborales del régimen público.

Además de ello, en la sentencia también se anexó el fundamento de voto del magistrado Ramos Nuñez, en el que si bien compartió la parte resolutiva de la sentencia, a su criterio, los fundamentos 20, 21 y 22 de la resolución eran innecesarios, ya que en este caso no era obligatorio superar el filtro previsto en el Precedente Vinculante de la Sentencia 5057-2013-PA/TC.

Y por último, cabe hacer alusión al voto singular del magistrado Sardón de Taboada. En él, el magistrado argumentó las siguientes razones por las cuales considera que la demanda debería haberse declarado improcedente: en primer lugar, porque el dinamismo del mercado laboral promueve el pago de indemnizaciones y no de reposiciones; en segundo lugar, porque la reposición laboral no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo; y en tercer lugar, porque la Constitución no establece un régimen de estabilidad laboral absoluta.

Temas claves: Derecho de acceso a la justicia — Derecho al trabajo — Reposición laboral.

EXP. N.° 08338-2013-PA/TC
LORETO
ELVIS FÉLIX ZAVALA GUERRA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 26 días del mes de enero de 2016, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini y Ramos Núñez y el voto singular del magistrado Sardón de Taboada que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Elvis Félix Zavala Guerra contra la resolución de fojas 738, de fecha 31 de julio de 2013, expedida por la Sala Civil Mixta de la Corte Superior de Justicia de Loreto, que declaró infundada la demanda.

ANTECEDENTES

Con fecha 13 de junio de 2012, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP) - Zona Registral IV de Iquitos, solicitando que se deje sin efecto las Cartas de preaviso de despido 022-2012-SUNARP/ZR.IV-JZ y de despido 024-2012- SUNARP/ZR.IV-JZ, de 4 y 14 de mayo de 2012, respectivamente, y se lo reincorpore en sus labores habituales como asistente registral, por haberse vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo y al debido proceso. Manifiesta que suscribió contrato de trabajo a plazo indeterminado para desempeñar el cargo de asistente registral (Categoría P3). Refiere haber laborado desde el 29 de diciembre de 2009 hasta el 14 de mayo de 2012, fecha en que fue despedido mediante la Carta de despido 024-2012- SUNARP/ZR.IV-JZ. Sostiene que ha sido despedido por falta grave, por haber denunciado penalmente al jefe de la Zona Registral IV supuestamente a sabiendas de que la denuncia sería desestimada. También alega que la conducta imputada no se relaciona con ninguna obligación esencial de su contrato de trabajo y que tampoco constituye un quebrantamiento de la buena fe laboral.

El jefe de la Zona Registral IV de Iquitos deduce las excepciones de incompetencia por razón de la materia y de falta de agotamiento de la vía administrativa, y contesta la demanda señalando que el recurrente cuestionó su traslado a la ciudad de Yurimaguas mediante la vía penal, denunciándolo por el delito de abuso de autoridad con la finalidad de causarle perjuicio personal, comportamiento que no se condice con el principio de buena fe laboral. Refiere que la disposición del traslado se realizó en uso de sus atribuciones como jefe zonal.

El procurador público adjunto de la emplazada deduce las excepciones de incompetencia por razón de la materia, de falta de agotamiento de la vía administrativa, de falta de legitimidad para obrar pasiva y de oscuridad y ambigüedad en el modo de proponer la demanda, y contesta la demanda invocando los mismos argumentos esgrimidos por el jefe de la Zona Registral IV de Iquitos.

El Primer Juzgado Especializado Civil de Maynas, con fecha 22 de enero de 2013, declaró infundadas las excepciones propuestas y con fecha 28 de enero de 2013 declaró fundada la demanda argumentando que la denuncia penal fue sustentada técnicamente, sin expresiones agraviantes y con ausencia de dolo. Asimismo, advirtió que se había confundido la injuria penal con la injuria laboral, y que en el caso esta no había ocurrido. Por otro lado, también señaló que la sanción impuesta fue desproporcionada e irrazonable.

La Sala revisora revocó la apelada y declaró infundada la demanda, tras estimar que resultaba irrazonable que el recurrente hubiese recurrido a la vía penal formulando una denuncia por el delito de abuso de autoridad, pese a tener conocimiento en su condición de abogado de que los hechos imputados no se subsumían en los presupuestos del delito.

Mediante recurso de agravio constitucional, el demandante reitera los argumentos expresados en su demanda y agrega que no ha incumplido sus deberes esenciales ni accesorios de la relación laboral. Asimismo, arguye que aunque hubiera cometido alguna falta, la sanción de despido resultaba igualmente desproporcionada e irrazonable si se considera que no tiene ningún antecedente disciplinario.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se ordene la reincorporación del demandante como asistente registral por haber sido víctima de un despido arbitrario. El demandante alega que se han vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo y al debido proceso.

Consideraciones previas

2. De acuerdo a la línea jurisprudencial de este Tribunal respecto a las demandas de amparo relativas a materia laboral individual privada, corresponde evaluar si el demandante ha sido objeto de un despido incausado.

Sobre la afectación del derecho al trabajo

Argumentos de la parte demandante

3. El demandante alega que suscribió contrato de trabajo a plazo indeterminado como asistente registral (Categoría P3) y que desempeñó dicho cargo desde el 29 de diciembre de 2009 hasta el 14 de mayo de 2012, fecha en que fue despedido mediante la Carta de despido 024-2012- SUNARP/ZR.IV-JZ. Sostiene que ha sido despedido por falta grave, por haber denunciado penalmente al jefe de la Zona Registral IV supuestamente a sabiendas de que la denuncia sería desestimada. También alega que la conducta imputada no se relaciona con ninguna obligación esencial de su contrato de trabajo y que tampoco constituye un quebrantamiento de la buena fe laboral.

Argumentos de la parte demandada

4. Los demandados aducen que el recurrente cuestionó su traslado a la ciudad de Yurimaguas mediante la vía penal, denunciando al jefe zonal por el delito de abuso de autoridad con la finalidad de causarle perjuicio personal, comportamiento que no se condice con el principio de buena fe laboral. Refieren que la disposición del traslado se realizó en uso de las atribuciones que tiene el jefe zonal.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

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

6. De acuerdo con el artículo 5 de la Ley 28175, Marco del Empleo Público, el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, sobre la base de los méritos y capacidades de las personas, de modo que no puede ser reincorporado mediante un contrato a plazo indeterminado quien no ingresa por concurso público.

7. El demandante ha alegado que fue despedido porque interpuso una denuncia penal contra el jefe de la Zona Registral IV supuestamente a sabiendas de que esa

no era la vía idónea y que su trámite no prosperaría. Señala que este hecho fue considerado por su empleador como injuria y faltamiento de palabra.

8. En el presente caso, la controversia radica en determinar si este hecho alegado en la demanda constituye una causa justa de despido. De no ser así, el recurrente debe ser reincorporado de forma inmediata.

Derecho de acceso a la justicia y despido por razón de interponer una demanda o denuncia contra el empleador

9. Con el contrato de trabajo de fojas 8, el demandante ha demostrado que fue contratado desde el 29 de diciembre de 2009 a plazo indeterminado como asistente registral bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo 728 y que fue asignado en la Oficina Registral de Maynas de la Zona Registral IV de Iquitos. Con la Carta de despido 024-2012- SUNARP/ZR.IV-JZ, de fojas 59, se ha acreditado que el 14 de mayo de 2012 se extinguió el vínculo laboral del demandante por haber cometido falta grave de injuria o faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador.

10. De la carta de despido (f. 59) se aprecia que al demandante se le imputa lo siguiente:

> 4. Mediante Resolución Jefatural Nº 224-2011-SUNARP/ZR.IV-JZ del 05 de octubre de 2011 usted fue rotado para trabajar como Registrador Público encargado de la Oficina Registral del Alto Amazonas, por 30 días, desde el 8 de octubre de 2011 hasta el 07 de noviembre de 2011, desplazamiento que contó con su aceptación.
>
> 5. Con fecha 11 de octubre de 2011 usted RENUNCIA ante el Jefe (e) de la Zona Registral Nº IV Sede Iquitos al cargo de Registrador encargado de la Oficina Registral de Alto Amazonas (Yurimaguas)
>
> 6. Con fecha 12 de octubre, evaluando su renuncia presentada y pese a que existe la autorización expresa por escrito para su rotación, a través de una llamada telefónica, hecha por cortesía del Jefe Zonal (e), éste le pide que, por necesidad del servicio, se quede en calidad de asistente y usted acepta quedarse en la ciudad de Yurimaguas hasta el 07 de noviembre de 2011, tal como lo dispone la Resolución mediante la cual se ordenó su rotación.
>
> 7. En tal sentido y en virtud de lo establecido en la cláusula quinta de su contrato de trabajo y ante las necesidades de servicios presentes en la oficina de Alto Amazonas, se expide la Resolución Jefatural N° 237-2011-SUNARP/ ZR.IV-JZ de fecha 12 de octubre de 2011, ordenando su permanencia en la Oficina Registral antes indicada hasta el 07 de noviembre de 2011, para

el apoyo técnico registral en la calificación de títulos del Registrador de la Oficina de Alto amazonas (Yurimaguas), todo esto de conformidad con el artículo 84°, 85° y, sobretodo, el inciso l) del artículo 86° del Reglamento de Organización y Funciones de la SUNARP, aprobado por Resolución Suprema N° 139-2002-JUS, que señala expresamente lo siguiente: Artículo 86°.- Son funciones y atribuciones del Jefe Zonal las siguientes: *(…) l) Disponer la ubicación y el traslado de los Registradores Públicos y demás personal en cualquiera de las diversas Oficinas Registrales comprendidas en el ámbito de competencia territorial de la Zona Registral. (…)*

8. Sin embargo, negando usted este hecho y con la plena intención de querer evidentemente perjudicar al empleador interpuso una denuncia penal por abuso de autoridad en agravio del estado y su persona contra el Jefe Zonal (e) de la Zona Registral N° IV Sede Iquitos, el Dr. Blas Humberto Ríos Gil, quien como usted sabe ha actuado en nombre y en representación de la Zona Registral, pues tiene las facultades de desplazar al personal de su Zona a cualquiera de las Oficinas Registrales de su jurisdicción, todo ello a sabiendas de que la denuncia sería desestimada por el Ministerio Público, ya que como bien sabe, en su calidad de abogado, **la denuncia penal no era la vía idónea para cuestionar su rotación**; en consecuencia este hecho de haber negado que haya aceptado quedarse en la Oficina de Alto Amazonas, para luego denunciar penalmente al representante legal del empleador, viola **el deber de la buena fe laboral, conducta tipificada en el literal d) del artículo 25 del Decreto Legislativo N° 728.**

[…]

10. Que, con fecha 14 de abril de 2012, el Jefe Zonal (e), representante legal de su empleadora, la Zona Registral N° IV Sede Iquitos, ha sido notificado por el Ministerio Público de la Resolución N° 00020-2012-MP-SFSM- LORETO de fecha 09 de marzo de 2012, tomando conocimiento de manera oficial que la queja de derecho interpuesta por usted, de la Resolución de la 4ª Fiscalía Provincial que archiva la denuncia penal por el delito de abuso de autoridad contra el Jefe (e) de la Zona Registral N° IV, Abogado Blas Humberto Ríos Gil, ha sido desestimada, aprobando la resolución de la fiscal provincial que archiva de manera definitiva su denuncia por abuso de autoridad, configurándose la **falta grave de injuria y faltamiento de palabra escrita**, tipificada en el inciso f) del artículo 25° del TUO Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, ya que su accionar ante el Ministerio Público de imputar al representante legal de su empleador por la comisión de un hecho delictivo, a sabiendas que era falso supone **desprecio, falta de consideración, falta de respeto,** así como **constituye violación de deberes fundamentales como los de buena fe laboral, confidencialidad, fidelidad, diligencia, colabora-**

> **ción y lealtad a su empleador** la Zona Registral N° IV Sede Iquitos y a su representante legal.

11. Del relato de la cita se observa que la imputación de falta grave consistió en que el demandante había denunciado penalmente al señor Blas Humberto Ríos Gil, jefe zonal de la Zona Registral IV por el delito de abuso de autoridad, por haber ordenado mediante Resolución Jefatural 237-2011-SUNARP/ZR.IV-JZ, de fecha 12 de octubre de 2011, su permanencia hasta el 7 de noviembre de 2011 en la Oficina Registral de Alto Amazonas en la ciudad de Yurimaguas. Según la carta de despido, esta denuncia se habría interpuesto a sabiendas de que sería desestimada por el Ministerio Público.

12. Al respecto, este Tribunal considera que el tipo de despido sufrido por el demandante, sustentado en que planteó una denuncia penal contra el empleador o sus representantes, es nulo, puesto que no es posible castigar a un trabajador por el ejercicio de un derecho fundamental: en este caso, el ejercicio del derecho de acceso a la justicia reconocido como derecho implícito de la tutela jurisdiccional efectiva dispuesto en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. Dicho derecho, como derecho humano que faculta a toda persona para acudir a los medios de protección procesal previstos legalmente, no puede ser objeto de represalia por parte del empleador simplemente porque haya sido activado en su contra.

13. Cabe recordar que no es la primera vez que este Tribunal se pronuncia sobre la inconstitucionalidad de las sanciones que estén basadas en el hecho de iniciar demandas judiciales o denuncias penales o policiales. En la STC 03843-2008-PA/TC (fundamento 13) se concluyó que afectaba al derecho de acceso a la justicia el artículo 14 del estatuto de un sindicato que incorporaba como causal de expulsión de sus afiliados la realización de denuncias policiales o judiciales contra el sindicato o los integrantes del comité ejecutivo a sabiendas de que fueran falsas o no hubieran sido probadas. En la STC 00189-2010-PA/TC (fundamento 8) se consideró asimismo como una restricción injustificada del derecho en mención que el estatuto de una universidad privada estipulara excluir a los socios que hubiesen interpuesto una acción judicial contra la universidad y que esta hubiera sido declarada improcedente, inadmisible o infundada. Y mucho antes, y de modo similar, en la STC 03548-2003-PA/TC (fundamento 7) se estableció que solicitar el pago de una obligación tributaria para que se inicie un proceso judicial contra los actos de la Administración tributaria era un obstáculo serio de orden material que en realidad buscaba desalentar el cuestionamiento judicial de los actos administrativos del Estado.

14. En otras palabras, lo que ha procurado la jurisprudencia de este Tribunal es garantizar que las personas puedan acceder a los órganos jurisdiccionales o pre-jurisdiccionales (como el Ministerio Público) sin temor a que sean objeto de algún tipo de venganza o de sanción de alguna clase. Primero, porque ello significaría una restricción que afectaría gravemente el contenido del derecho de acceso a la justicia; segundo, porque tal situación implicaría en última instancia frustrar el deber general del Estado de solucionar pacíficamente los conflictos de intereses y de derechos, y de reparar, por supuesto, las lesiones producidas.

15. Pero es necesario puntualizar también que no hace ninguna diferencia de lo que aquí se está afirmando el hecho de que la acción del trabajador contra el empleador haya tenido un resultado desfavorable. De hecho, incluso el desenlace opuesto a lo que el demandante o denunciante esperaba alcanzar está protegido igualmente por el derecho de acceso a la justicia, dado que su contenido no se entiende a que las pretensiones solicitadas sean acogidas exitosamente por el órgano (pre) jurisdiccional, sino solamente a que éstas sean recibidas y obtengan una respuesta fundada en derecho. En ese sentido, el que el trabajador acuda a un órgano jurisdiccional para la protección de sus intereses y haya tenido un resultado desfavorable no puede ser definido como un comportamiento ofensivo o agraviante susceptible de algún procedimiento disciplinario. Por ello, el hecho de que la Resolución 023-2011-MP-4FPM-MAYNAS, del 19 de enero de 2012 (f. 35), y la Queja de Derecho Resolución 00020-2012-MP-2FSM-LORETO, del 9 de marzo de 2012 (f. 41), expedidas por la Cuarta Fiscalía Provincial Mixta de Maynas y la Segunda Fiscalía Superior Mixta de Loreto, respectivamente, resolvieran archivar la investigación no puede ser utilizado *per se* como prueba de que el demandante haya interpuesto la denuncia penal con malicia o que sabía de antemano del resultado de su denuncia como parece concluirse en la carta de despido del actor.

16. Ahora bien, lo expuesto tampoco debe interpretarse en el sentido de que deba tolerarse que el trabajador use la Administración de Justicia con un fin antisocial, con la simple pretensión de instrumentalizarla para causar al empleador desventajas inmerecidas. En tales casos nos encontraríamos ante un comportamiento que no está de ningún modo protegido por el derecho. De lo que aquí se trata es de asegurar que el uso de los órganos de justicia sea con el interés real de defender los derechos que se considere han sido afectados.

17. Y sobre este extremo en particular, este Tribunal estima que en el caso de autos no se ha demostrado que en la denuncia penal el derecho de acceso a la justicia

se haya ejercido contraviniendo lo dispuesto en los literales a y f del artículo 25 del Decreto Supremo 003-97-TR.

18. En efecto, de la denuncia penal que obra a fojas 19, interpuesta el 18 de noviembre de 2011, se aprecia que todos los hechos presentados contra el señor Blas Humberto Ríos Gil trataron sobre las medidas administrativas dictadas por dicha persona respecto del traslado laboral del actor a la ciudad de Yurimaguas, hechos que efectivamente sucedieron según la prueba documental de autos y los testimonios de las propias partes en este proceso constitucional. Además, también se verifica que la denuncia penal fue sustentada en forma técnica y que se presentaron apreciaciones razonables respecto de los hechos y de la normatividad penal específica. Es decir, independientemente de si los hechos constituían o no delito, no puede colegirse que existió un ejercicio manifiestamente irregular y malicioso al momento de acceder a los órganos de justicia.

    Tampoco se observa que la denuncia penal se haya formulado empleando expresiones agraviantes y denigrantes contra el señor Blas Humberto Ríos Gil; todo lo contrario, el discurso utilizado fue respetuoso y, tal como se ha apuntado, fue totalmente técnico. Por lo tanto, no se puede considerar que haya afectado el honor del jefe del actor.

19. En consecuencia, dado que el recurrente fue despedido porque interpuso una denuncia penal contra su empleador, debe concluirse que fue objeto de un despido nulo, puesto que dicha razón de despido afecta el derecho de acceso a la justicia.

Precedente vinculante Expediente 5057-2013-PA/TC

20. El Tribunal Constitucional, en el fundamento 21 de la sentencia emitida en el Expediente 05057-2013-PA/TC, precisó que

> En cuanto a los efectos temporales de la presente sentencia, cabe precisar que las reglas establecidas por el Tribunal Constitucional como precedente vinculante (entre ellas la exigencia de que la incorporación o "reposición" a la administración pública sólo proceda cuando el ingreso del trabajador se haya realizado mediante concurso público y abierto para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada) deben ser de aplicación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, incluso a los procesos de amparo que se encuentren en trámite ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional.

21. Asimismo, debe tenerse en cuenta lo siguiente: i) el aludido precedente del Expediente 05057-2013-PA/TC (que se sustenta en el artículo 5 de la Ley N.° 28175,

Marco del Empleo Público) exige verificar, antes de ordenar la reposición laboral, si el demandante ingresó o no mediante concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada; y, ii) en el caso de autos, a fojas 6 obra la Resolución Jefatural 165-2009-SUNARP/ZR NºIV-JZ, de fecha 28 de diciembre de 2009, mediante la cual se resuelve designar a los ganadores del concurso público 001-2009-SUNARP, correspondiente a la Zona Registral IV, entre los que se encuentra el demandante, en la plaza de asistente registral, categoría P3, de la Zona Registral IV-Sede Iquitos, a partir del 29 de diciembre de 2009. Asimismo, a fojas 8 obra el contrato de trabajo a plazo indeterminado suscrito por el demandante.

22. Por ende, conforme al artículo 29, inciso c, del Decreto Supremo 003-97-TR y estando al precitado fundamento del Expediente 05057-2013-PA/TC, debe estimarse la demanda de amparo y ordenarse la reincorporación laboral del actor.

Efectos de la presente Sentencia

23. En la medida en que en este caso se ha acreditado que la demandada ha vulnerado los derechos constitucionales al trabajo y de acceso a la justicia, corresponde ordenar la reposición del recurrente como trabajador a plazo indeterminado en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar categoría o nivel, 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.

24. Asimismo, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, la 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 por haberse comprobado la afectación de los derechos al trabajo y de acceso a la justicia; en consecuencia, **NULO** el despido de que ha sido objeto el demandante.

2. **ORDENAR** que la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Sunarp) - Zona Registral IV de Iquitos reponga a don Elvis Félix Zavala Guerra como trabajador a plazo indeterminado en su mismo puesto de trabajo o en otro de

igual o similar nivel en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos procesales.

Publíquese y notifíquese.

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

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BLUME FORTINI

Con el debido respeto a mis ilustres colegas Magistrados, emito el presente fundamento de voto afirmando que, si bien concuerdo que se declare fundada la demanda y se ordene la reincorporación del recurrente, discrepo de los fundamentos 20, 21 y 22 de la sentencia, por cuanto, conforme lo tengo expresamente manifestado en el voto singular que emití frente a la sentencia dictada en el Expediente 05057-2013-PA/TC, conocida como precedente Huatuco, a cuyo texto me remito como parte integrante de este fundamento de voto, discrepo de dicho precedente porque elimina y proscribe la reposición o reincorporación de los servidores públicos despedidos, que ingresaron al servicio del Estado sin concurso público, contrariando la línea jurisprudencial que, hasta antes de la publicación del referido precedente, tenía adoptada el Tribunal Constitucional en materia de amparos laborales del régimen público; línea tuitiva, finalista y garantista, que aplicaba el principio de la primacía de la realidad, en los casos de desnaturalización del contrato.

S.
BLUME FORTINI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente fundamento de voto porque, si bien comparto la decisión de declarar como **FUNDADA** la demanda, y, en consecuencia, que se disponga la reposición del recurrente en los términos expuestos en la sentencia, deseo precisar algunos alcances sobre los fundamentos.

En la STC 05057-2013-PA, el Tribunal, en mayoría, adoptó en calidad de precedente vinculante una serie de criterios en relación con la posibilidad de reponer a trabajadores en la administración pública. En general, estuve de acuerdo con las reglas que en esa sentencia se expusieron; sin embargo, sostuve que, a fin de garantizar la seguridad jurídica, lo conveniente era que dichas reglas se aplicaran para los casos que recién ingresaran al Poder Judicial, mas no para los casos en trámite. Este caso, como se aprecia por la fecha de interposición de la demanda (13 de junio de 2012), no ameritaba, a mi criterio, la aplicación del referido precedente.

De este modo, si bien estimo que, en esta controversia, el proceder de la entidad emplazada ha sido arbitrario, tal y como ha sido expuesto en la sentencia en mayoría, deseo dejar constancia que, desde mi perspectiva, no era necesario "superar" el filtro de la STC 05057-2013-PA a fin de determinar si era viable (o no) reponer al trabajador. En ese sentido, considero que los fundamentos 20, 21 y 22, son innecesarios.

S.
RAMOS NÚÑEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

No concuerdo con los argumentos ni con el fallo de la sentencia en mayoría por lo siguiente:

La parte demandante solicita la reposición en su puesto de trabajo, por considerar que fue objeto de un despido arbitrario; sin embargo, como he expresado repetidamente en mis votos emitidos como magistrado de este Tribunal, la Constitución no establece un régimen de estabilidad laboral absoluta.

A partir de una lectura conjunta de los artículos 2, incisos 14 (libertad de contratación) y 15 (libertad de trabajo); 22 (derecho al trabajo); 27 (protección contra el despido arbitrario); 59 (libertad de empresa); y, 61 (acceso al mercado) de la Constitución, estimo que esta solo garantiza la posibilidad de acceder libremente al mercado laboral.

En la perspectiva constitucional, la protección adecuada contra el despido arbitrario es, fundamentalmente, el dinamismo del mercado laboral. La indemnización es compatible con este dinamismo, pero no la reposición. Al congelar y forzar la relación laboral, esta impide el desarrollo de la libre competencia en dicho mercado.

La reposición laboral no forma parte, pues, del contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado.

Por otro lado, cabe señalar que la Constitución no distingue entre el despido arbitrario y el despido nulo. Esta distinción fue introducida por el Decreto Legislativo 728 antes de que se promulgara la Constitución vigente. Una vez promulgada esta, no cabe distinguir ya donde la Constitución no lo hace.

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

S.
SARDÓN DE TABOADA

Auto 2905-2012-PA/TC

Recurso de reposición interpuesto por Zoila Torres de Oliveira. El Tribunal declaró fundado el recurso de reposición porque no se acreditó la temeridad procesal.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 2 de marzo de 2017.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundado el recurso de reposición y, en consecuencia, corrigió el auto impugnado, dejando sin efecto sus puntos resolutivos 2 y 3. Asimismo, hizo un llamado de atención tanto a la recurrente como a su abogado, a fin de que no vuelvan a promover procesos respecto de pretensiones ya resueltas en sede judicial.

El objeto de controversia en el presente caso está fundamentalmente referido a lo señalado en el auto de fecha 5 de octubre de 2012, en el cual el Tribunal declaró improcedente la demanda interpuesta, debido a que la pretensión planteada ya había sido resuelta en sede judicial. Como consecuencia de ello, se llegó a la conclusión de que la recurrente y su abogado actuaron con temeridad, condenando así a la primera al pago de las costas y costos del proceso, y a los dos al pago de una multa de 10 URP.

Al respecto, el Tribunal consideró que el auto impugnado debió ser corregido, ya que si bien el abogado debió informarse previamente sobre la existencia de una sentencia judicial, lo cierto es que este no participó en el desarrollo del proceso. Y en cuanto a la recurrente, se advirtió que la sanción arriba mencionada también debía ser corregida, teniendo en cuenta su desconocimiento del derecho, su avanzada edad y su exigua pensión.

Asimismo, cabe hacer alusión al voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera. En él, el magistrado estimó que la reposición planteada debía ser declarada fundada, puesto que el auto impugnado incurrió en una arbitrariedad al atribuir responsabilidad por «manifiesta temeridad» a un abogado que si bien incurrió en un descuido, no patrocinó el proceso de amparo anterior.

Finalmente, en la sentencia también se anexó el voto singular de la magistrada Ledesma Narváez. En él, la magistrada consideró que el recurso debía ser declarado improcedente, debido a que a través de este se pretendía impugnar una decisión ya debatida por los magistrados suscribientes, y no aclarar o subsanar algún error material u omisión como lo dispone el artículo 121 del código Procesal Constitucional.

Tema clave: Temeridad procesal.

EXP. N.° 02905-2012-PA/TC
SANTA
ZOILA TORRES DE OLIVERA

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 25 de enero de 2017

VISTO

El recurso de reposición, interpuesto por doña Zoila Torres de Oliveira, contra el auto de fecha 5 de octubre del 2012, que declaró improcedente la demanda que promueve esta *litis;* y,

ATENDIENDO A QUE

1. De conformidad con el artículo 121 del Código Procesal Constitucional, contra los decretos y autos que dicte este 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.

2. Mediante el auto de fecha 5 de octubre de 2012, se declaró improcedente la demanda interpuesta, habida cuenta que la pretensión planteada ya había sido evaluada y resuelta en sede judicial mediante sentencia de fecha 1 de junio de 2009, dictada por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de de Justicia de Lima, en el proceso de amparo promovido por la demandante contra la ONP, que tiene la calidad de cosa juzgada, motivo por el que se estimó que tanto la recurrente, doña Zoila Torres de Olivera, como su abogado, don Faustino Víctor Reyes Medina, actuaron con manifiesta temeridad, condenando a la primera al pago de los costos y las costas del proceso y a los dos (demandante y su abogado), al pago de una multa equivalente a la cantidad de 10 Unidades de Referencia Procesal (URP).

3. El abogado don Faustino Víctor Reyes Medina, impugna el auto en mención, principalmente, en lo relativo al extremo que lo condena al pago de la multa de 10 URP, así como la decisión de oficiar al Ilustre Colegio de Abogados de Lima informando respecto de su conducta profesional, por cuanto considera que dicha

sanción es totalmente injusta, pues no ha actuado con temeridad, dado que no participó del proceso anterior, pues recién con fecha 24 de junio de 2010, accedió a su colegiatura.

4. Este Tribunal considera que lo señalado en el punto 7 del auto objeto de cuestionamiento, debe ser corregido, ya que se ha constatado que el letrado Reyes Medina con Registro CAL 51081, no participó como abogado en el primer proceso de amparo iniciado en el año 2008, ya que recién se colegió el 24 de junio del 2010 y solo participó en la nueva demanda de amparo, que da origen al presente proceso, su fecha 10 de diciembre del 2010.

5. Por lo referido en el considerando precedente corresponde efectuar una corrección al auto materia de cuestionamiento, en los términos antes expuestos. Sin perjuicio de ello, debe hacerse un llamado de atención al citado abogado, dado que este debió informarse previamente de la existencia de la referida sentencia judicial.

6. Por otra parte y en relación a las sanciones impuestas a la demandante, doña Zoila Torres de Olivera, referidas a las costas y costos del proceso, así como a la multa por la cantidad de 10 URP, y teniendo en cuenta lo expuesto en el considerando 4 *supra*, corresponde también llamar la atención a dicha ciudadana, teniendo en cuenta que se trata de una persona de avanzada edad (80 años), que percibe una pensión exigua (S/. 270.00) y que no es versada en Derecho.

7. En tal sentido, deben dejarse sin efecto los puntos resolutivos 2 y 3 de la resolución de fecha 5 de octubre de 2012.

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

RESUELVE, con el voto en mayoría de los magistrados Blume Fortini y Ramos Núñez, y el voto dirimente del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, quien fue convocado ante la discordia suscitada por el voto de la magistrada Ledesma Narváez, que se adjuntan.

1. Declarar **FUNDADO** el recurso de reposición y, en consecuencia, corregir el considerando 7 del auto impugnado y dejar sin efecto los puntos resolutivos 2 y 3 del mismo.

2. Hacer un llamado de atención al abogado don Faustino Víctor Reyes Medina y a doña Zoila Torres de Olivera, instándolos a fin de que no vuelvan a promover procesos respecto de pretensiones ya resueltas en sede judicial.

Publíquese y notifíquese

SS.
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO DE LOS MAGISTRADOS BLUME FORTINI Y RAMOS NÚÑEZ

Visto el recurso de reposición interpuesto por doña Zoila Torres de Olivera contra el auto de fecha 5 de octubre de 2012, que declaró improcedente la demanda que promueve esta *litis;* y,

ATENDIENDO A QUE

De conformidad con el artículo 121 del Código Procesal Constitucional contra los decretos y autos que dicte este Tribunal solo 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.

2. Mediante el auto, de fecha 5 de octubre de 2012, se declaró improcedente la demanda interpuesta, habida cuenta que la pretensión planteada ya había sido evaluada y resuelta en sede judicial mediante sentencia, de fecha 1 de junio de 2009, dictada por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el proceso de amparo promovido por la demandante contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), que tiene la calidad de cosa juzgada, motivo por el que se estimó que tanto la recurrente, doña Zoila Torres de Olivera, como su abogado, don Faustino Víctor Reyes Medina, actuaron con manifiesta temeridad, condenando a la primera al pago de los costos y costas del proceso y, a los dos (demandante y su abogado), al pago de una multa equivalente a la cantidad de 10 Unidades de Referencia Procesal (URP).

3. El abogado don Faustino Víctor Reyes Medina impugna el auto en mención, principalmente, en lo relativo al extremo que lo condena al pago de la multa de 10 URP, así como la decisión de oficiar al Ilustre Colegio de Abogados de Lima sobre su conducta profesional; por cuanto considera que dicha sanción es totalmente injusta, pues no ha actuado con temeridad, dado que no participó del proceso anterior, porque recién con fecha 24 de junio de 2010 accedió a su colegiatura.

4. Consideramos que lo señalado en el punto 7 del auto objeto de cuestionamiento debe ser corregido, porque hemos constatado que el letrado Reyes Medina, con registro CAL 51081, no participó como abogado en el primer proceso de am-

paro iniciado en el año 2008, debido a que recién se colegió el 24 de junio de 2010 y solo participó en la nueva demanda de amparo que da origen al presente proceso el 10 de diciembre de 2010.

5. Por lo referido en el considerando precedente corresponde efectuar una corrección al auto materia de cuestionamiento en los términos antes expuestos. Sin perjuicio de ello, debe hacerse un llamado de atención al citado abogado, dado que este debió informarse previamente de la existencia de la referida sentencia judicial.

6. Por otra parte, y en relación a las sanciones impuestas a la demandante, doña Zoila Torres de Olivera, referidas a las costas y costos del proceso, así como a la multa por la cantidad de 10 URP, y teniendo en cuenta lo expuesto en el considerando 4 *supra*, corresponde también un llamado de atención a dicha ciudadana, teniendo en cuenta que se trata de una persona de edad avanzada (80 años), que percibe una pensión exigua (S/. 270.00) y que no es versada en Derecho.

7. En tal sentido, deben dejarse sin efecto los puntos resolutivos 2 y 3 de la resolución de fecha 5 de octubre de 2012.

Por estas consideraciones, nuestro voto es por:

8. Declarar **FUNDADO** el recurso de reposición y, en consecuencia, corregir el considerando 7 del auto impugnado y dejar sin efecto los puntos resolutivos 2 y 3 del mismo.

9. Hacer un llamado de atención al abogado don Faustino Víctor Reyes Medina y a doña Zoila Torres de Olivera, instándolos a fin de que no vuelvan a promover procesos respecto de pretensiones ya resueltas en sede judicial.

S.
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ

VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

En primer lugar, considero pertinente resaltar que es claro que no estamos aquí frente a un pedido de aclaración, pues el objetivo de la reposición interpuesta no precisar o aclarar algún concepto ambiguo o de significado indeterminado allí contenido, sino más bien busca modificar un extremo de la resolución final emitida por este Tribunal.

1. En primer lugar, considero pertinente resaltar que es claro que no estamos aquí frente a un pedido de aclaración, pues el objetivo de la reposición interpuesta no precisar o aclarar algún concepto ambiguo o de significado indeterminado allí contenido, sino más bien busca modificar un extremo de la resolución final emitida por este Tribunal.

2. Frente a este tipo de pedidos, como lo he señalado en otras oportunidades (cfr. las sentencias recaídas en los expedientes 04617-2012-PA/TC, "caso Panamericana Televisión", 03700-2013-PA/TC, "caso Sipión Barrios" y 02135-2012-PA/TC, "caso Cardoza Jiménez"), considero que en casos muy excepcionales este Tribunal puede decidir la nulidad de sus propias resoluciones, en especial cuando en ellas se encuentren vicios o errores graves que permitan calificarlas de írritas, arbitrarias, fraudulentas o carentes de motivación. En este contexto, siendo desde luego consecuente con la posibilidad de que el Tribunal en ocasiones pueda resolver pedidos de nulidad, lo que corresponde seguidamente es determinar si en el presente caso debe o no declararse la nulidad del extremo cuestionado.

3. Ya en otras oportunidades hemos indicado que la nulidad de una resolución del Tribunal Constitucional puede ser declarada por el mismo órgano colegiado en aquellos casos en los cuales:

   - Existan graves vicios de procedimiento, en relación tanto con el cumplimiento de las formalidades necesarias y constitutivas de una resolución válida, como en función a la existencia de vicios en el procedimiento seguido en esta sede que afecten de modo manifiesto el derecho de defensa.

   - Existan vicios o errores graves de motivación, los cuales enunciativamente pueden estar referidos a: vicios o errores graves de conocimiento probatorio; vicios o errores graves de coherencia narrativa, consistencia nor-

mativa y/o congruencia con el objeto de discusión; y errores de mandato, los cuales incluyen supuestos en los que, según sea el caso se dispongan mandatos imposibles de ser cumplidos, mandatos que trasgredan competencias constitucional o legalmente estatuidas, mandatos destinados a sujetos que no intervinieron en el proceso, etc.;

- Existan vicios "sustantivos" contra el orden jurídico-constitucional (en sentido lato), en alusión a, por ejemplo, resoluciones emitidas contraviniendo arbitrariamente precedentes constitucionales o incuestionable doctrina jurisprudencial vinculante de este Tribunal; o cuando se trasgreda de modo manifiesto e injustificado bienes, competencias o atribuciones reconocidos constitucionalmente.

4. En el presente caso, considero que nos encontramos ante un supuesto reconocible como "vicio o error grave de motivación". Más específicamente, y sin perjuicio de otros vicios justificativos que pudieran existir, nos encontramos ante el supuesto que hemos calificado como "error de mandato". Ello en mérito a que la resolución cuestionada impuso una multa y atribuyó responsabilidad por "manifiesta temeridad" a un abogado que en la presente causa presentó documentos similares a los ofrecidos por la recurrente en un amparo anterior (el cual resultó ser inconducente), pero sin tomar en cuenta que en la anterior oportunidad no fue este letrado quien patrocinó la presente causa (es más, este abogado ni siquiera se encontraba colegiado en esa fecha).

5. Siendo así, resulta arbitrario condenar a al referido abogado a pagar una multa por una supuesta "temeridad manifiesta", la cual en rigor es inexistente. Ello, desde luego, sin perjuicio de que sí corresponda llamar severamente la atención tanto al letrado como a su patrocinada, por el descuido en el que han incurrido.

6. Así considerado, mi voto es por declarar fundada la reposición planteada, entendida como pedido de nulidad, dejando sin efectos lo contenido en el fundamento jurídico 7 y en los puntos resolutivos 2 y 3 de la resolución cuestionada. Así, al coincidir con el sentido de lo resuelto por los magistrados Blume Fortini y Ramos Núñez ya habrían tres votos en una misma dirección en esta Sala, debiendo desde ya tomarse las previsiones que resulten pertinentes

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.° 02905-2012-PA/TC
SANTA
ZOILA TORRES DE OLIVERA

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la decisión de mis colegas magistrados, en el presente caso, considero que el recurso de reposición debe ser declarado **IMPROCEDENTE**.

En mi opinión, lo pretendido por el recurrente debe ser rechazado de plano, puesto que resulta manifiesto que no tiene como propósito aclarar la resolución de autos o subsanar algún error material u omisión en que se hubiese incurrido, sino impugnar la decisión que contiene, lo que infringe el artículo 121 del Código Procesal Constitucional.

Por eso, discrepo de mis colegas magistrados, pues no es factible que sin existir un error material o un vicio evidente y serio, esta sede decida modificar un punto resolutorio. Y es que la decisión de mayoría no está corrigiendo, sino está anulando una sanción que ya fue debatida por los magistrados suscribientes. Considero que, en este caso en particular, mis colegas magistrados sí contravienen el principio de cosa juzgada, reconocido en el artículo 139, inciso 2, de la Constitución, que protege no solo al demandante sino también a la demandada.

En consecuencia, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de reposición

S.
LEDESMA NARVÁEZ

Sentencia 0191-2013-PA/TC

Proceso de amparo promovido por Johnny Alexander Pretell Martínez. El Tribunal declaró fundada la demanda en base al derecho de motivación.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 17 de marzo de 2017.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda incoada por Johnny Alexander Pretell Martínez y, en consecuencia, nula la Resolución Directoral 960-2011-MGP/DGP.

La controversia constitucional surgida en el presente caso busca establecer si la Resolución Directoral 960-2011-MGP/DGP, en virtud a la cual se ordenó separar de la Escuela Naval del Perú y dar de baja de la Marina de Guerra del Perú al recurrente, adolece del vicio de falta de motivación.

Con la finalidad de resolver lo expuesto, el Tribunal Constitucional dejó previamente sentado que el deber de motivación y los criterios para calificarlo también son aplicables en sede administrativa conforme a su pronunciamiento en la Sentencia 2050-2002-AA/TC, ya que con ello la Administración pone en evidencia que su actuación no es arbitraria sino que está sustentada en la aplicación racional y razonable del derecho y su sistema de fuentes.

A ello agregó que el principio de congruencia procesal obliga a los órganos judiciales, y por extensión a los administrativos, a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, y finalizó diciendo que el incumplimiento total de dicha obligación, constituye una vulneración tanto al derecho a la tutela judicial como al derecho de motivación de la sentencia.

Es así que bajo tales parámetros, el Tribunal concluyó que en el presente caso sí se configuró una vulneración al derecho de motivación, en razón a que, además de incurrir en serias incongruencias respecto de la aplicación personal de las sanciones disciplinarias, la Administración no tomó en cuenta la tesis de defensa del cadete al realizar el análisis de su situación.

A la presente sentencia se han anexado un conjunto de fundamentos de voto, entre los que se encuentra el del magistrado Blume Fortini. En dicho fundamento el magistrado manifiesta que, si bien coincide con la decisión adoptada en mayoría, considera pertinente hacer hincapié en que en el caso *sub litis*, la Administración omitió pronunciarse sobre los alegatos de defensa que planteó el cadete recurrente y que, por lo tanto, incurrió en una vulneración al principio de congruencia que toda resolución administrativa debe observar como parte del debido procedimiento.

Otro de los fundamentos de voto adjuntos a la sentencia es el del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, en el que señala que, pese a coincidir con el fallo de la sentencia, estima necesario precisar que en el caso de autos también se podía haber hecho referencia a problemas de motivación externa, ya que no habría quedado plenamente acreditada la ocurrencia de los hechos materia de investigación; o incluso a insuficiencias en la motivación requerida, pues al tratarse de restricciones a derechos, la Administración debió desplegar una motivación especialmente prolija y sólida.

Por último, cabe hacer alusión al voto singular de la sentencia suscrito por los magistrados Urviola Hani y Sardón de Taboada, quienes consideran que la presente demanda debió declararse infundada en razón a las siguientes consideraciones: en primer lugar, porque los cuestionamientos referidos al procedimiento de infracciones leves del que fue objeto el recurrente no son fundados, ya que el demandante no acreditó con documento alguno la arbitrariedad de las sanciones que se le imputaron, y además porque no acreditó haberlas cuestionado. En segundo lugar, porque en cuanto al extremo referido al procedimiento de baja por puntaje de demérito, consideran que no hubo vulneraciones al derecho de defensa ni del *ne bis in ídem*, toda vez que el recurrente tuvo conocimiento de la infracción referida al puntaje de demérito que se le imputó, y que como consecuencia de ello sí ejerció su derecho de impugnación mediante los recursos de reconsideración y apelación contra la resolución que dispuso separarlo de la Escuela Naval del Perú y darle de baja de la Marina de Guerra del Perú.

Temas claves: Derecho de motivación — Principio de congruencia procesal.

EXP. N.° 00191-2013-PA/TC
LIMA
JOHNNY ALEXANDER PRETELL MARTÍNEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de enero de 2017, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera y el voto singular de los magistrados Urviola Hani y Sardón de Taboada, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Johnny Alexander Pretell Martínez contra la resolución de fojas 415, de fecha 21 de setiembre de 2012, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 15 de setiembre de 2011, el recurrente interpone demanda de amparo contra el ministro de Defensa, el comandante general de la Marina de Guerra del Perú, el procurador público del Ministerio de Defensa y el procurador público de la Comandancia General de la Marina de Guerra del Perú, con el objeto de que se declare inaplicable la Resolución Directoral 960-2011-MGP/DGP, de fecha 18 de julio de 2011, que dispuso su separación de la Escuela Naval y su baja de la Marina de Guerra del Perú por la causal de medida disciplinaria.

Manifiesta que la resolución cuestionada ha sido producto del acoso que sufría por parte de cadetes del tercer y cuarto año, quienes lo sancionaban arbitraria y constantemente por faltas leves, hasta tres veces por el mismo hecho, con lo que se afectaba el principio *ne bis in idem.* Además, refiere que el inciso f) del artículo 165 del Reglamento Interno de las Fuerzas Armadas permite al sancionado ser escuchado a efectos

de que sea el sancionador quien evalúe si procede o no la justificación, lo que no se le permitía en su caso, por lo que se afectaba su derecho de defensa. Señala que dichas sanciones tenían por objeto sobrepasar el puntaje mínimo y de esta manera propiciar su baja en la Institución. Asimismo, señala que el proceso que culminó con su baja se inició sin haberse indicado cuáles habrían sido las faltas en las que habría incurrido, tampoco se le notificó de la documentación sustentatoria y no se han expuesto las razones o fundamentos que justifique tal medida. En tal sentido, alega la vulneración de su derecho al debido proceso, de defensa y del principio *ne bis in idem.*

Contestación de la demanda

Con fecha 10 de noviembre de 2011, la Marina de Guerra del Perú se apersona a través de su procurador público, deduce la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa y contesta la demanda señalando que el motivo de la baja fue porque se determinó, luego de una exhaustiva investigación, que el demandante, conforme al Reglamento Interno de la Escuela Naval del Perú (RIEN-13023), había incurrido en causal de baja por "medida disciplinaria", toda vez que se acreditó que obtuvo, por más de tres meses consecutivos, puntaje menor a ciento veinte (120) puntos. Asimismo, señala que las sanciones leves impuestas no fueron impugnadas en su oportunidad, por lo que dichos actos quedaron firmes.

Con fecha 10 de noviembre de 2011, el Ministerio de Defensa se apersona a través de su procurador público, deduce la excepción de falta de legitimidad para obrar de la demandada y contesta la demanda bajo los mismos argumentos de la Marina de Guerra del Perú.

Sentencia de primera instancia

El Décimo Juzgado Constitucional de Lima, mediante Resolución 6, de fecha 6 de diciembre de 2011, desestima las excepciones deducidas. Posteriormente, mediante Resolución 12, de fecha 23 de marzo de 2012, declara fundada la demanda, pues considera que la resolución cuestionada no se encuentra motivada por cuanto no se ha realizado un análisis y evaluación de las circunstancias en las que se impusieron las sanciones al demandante durante los meses de enero a abril de 2011, ni tampoco ha advertido que las sanciones recibidas fueron impuestas por un grupo reducido de cadetes de los años superiores, quienes también se encuentran en pleno proceso de aprendizaje y formación; y, por ende, las posibilidades de error o subjetividad son latentes. Considera, además, que no se ha expuesto las razones y fundamentos por los cuales se concluye que el recurrente ha ocasionado un gasto al Estado, el cual ordena reembolsar

Actuación de sentencia

El Décimo Juzgado Constitucional de Lima, mediante Resolución 14, de fecha 9 de abril de 2012, dispone la actuación inmediata de la sentencia estimatoria y requiere a la demandada que en el plazo de dos días cumpla con reincorporar al demandante. Hecho que se produce conforme al acta de cumplimiento de reincorporación de fecha 18 de abril de 2012 (folio 384).

Sentencia de segunda instancia

La Sala revisora declaró improcedente la demanda tras considerar que no se ha vulnerado el derecho de defensa ni el debido proceso, por cuanto el actor fue notificado de cada una de las decisiones de la emplazada oportunamente; es más, incluso presentó sus descargos correspondientes. Asimismo, señala que las sanciones leves, que acumuladas produjeron su baja, se originaron en las infracciones cometidas en forma reiterada, en diferentes días, durante los meses de enero a abril de 2011, y que ninguna ha sido impuesta dos veces o más sobre una misma infracción y en un solo día. Respecto de que no se le permitió el uso de la palabra por cada infracción leve impuesta, el actor no ha acreditado haberlos impugnado conforme al Reglamento Interno de los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas. Tampoco se ha afectado la motivación de la resolución cuestionada pues esta ha indicado cada una de las razones que llevaron a la baja del recurrente. En tal sentido, se concluyó que el procedimiento disciplinario contra el demandante se ajustó a lo establecido en los artículos 157, 158 y 167 del citado reglamento.

FUNDAMENTOS

§1. Petitorio de la demanda

1. Mediante la demanda de amparo presentada en autos el demandante solicita la inaplicación de la Resolución Directoral 960-2011-MEGP/DGP, de fecha 18 de julio de 2011, que dispuso su separación de la Escuela Naval y su baja de la Marina de Guerra del Perú por la causal de medida disciplinaria.

§2. El derecho a la motivación en sede administrativa

2. El derecho a la motivación de las resoluciones presupone un conjunto criterios objetivos que permitan construir el marco dentro del cual se debe desarrollar toda motivación. En ese sentido, para dar cumplimiento debido al derecho a la motivación, se deben de cumplir con los criterios de la motivación. Tales criterios se derivan, entre otros, de los principios lógicos de identidad, no contradicción, tercero excluido y razón suficiente. Una motivación dará debido cumplimiento

al derecho a la motivación, si y solo si, los argumentos que la conforman son suficientes, coherentes y congruentes.

3. Los criterios de la motivación no solo son aplicables a la motivación en sede judicial, sino que también son extensibles a la motivación en sede administrativa. En efecto, como este Tribunal lo tiene expresado en uniforme y reiterada jurisprudencia, el derecho al debido proceso tiene un ámbito de proyección sobre cualquier tipo de proceso o procedimiento, sea éste judicial, administrativo o entre particulares [STC 02050-2002-AA/TC FJ 12, S'I'C 00090-2004-AA/TC FJ 31, entre otras]. Asimismo, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que en los procesos administrativos sancionadores, la motivación "no sólo constituye una obligación legal impuesta a la Administración, sino también un derecho del administrado, a efectos de que éste pueda hacer valer los recursos de impugnación que la legislación prevea, cuestionando o respondiendo las imputaciones que deben aparecer con claridad y precisión en el acto administrativo sancionador. De otro lado, tratándose de un acto de esta naturaleza, la motivación permite a la Administración poner en evidencia que su actuación no es arbitraría sino que está sustentada en la aplicación racional y razonable del derecho y su sistema de fuentes." [STC 2192-2004-AA/TC, FJ 11].

4. En los supuestos de cuestionamiento a las resoluciones emitidas por entidades educacionales también deben observarse los derechos y principios que el derecho al debido proceso contiene, entre ellos el derecho a la debida motivación; esto con la finalidad de justificar sus decisiones sin afectar derechos constitucionales.

5. Finalmente, en cuanto al principio de congruencia procesal y al mismo derecho a la debida motivación, el Tribunal Constitucional ha enfatizado en reiterada jurisprudencia que este:

> ... obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva) (STC 04295-2007-PHC/TC, FJ 13).

6. En suma, este Tribunal considerará que un acto administrativo es arbitrario si el razonamiento en que se basa no cumple con ser suficiente, coherente y congruente, limitándose a ejercer una facultad discrecional en base a la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa sin expresar las razones

de derecho y de hecho que subyacen a su decisión [STC 04123-2011-AA/TC, FJ 6], de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139° inciso 5 de la Constitución.

§3. Análisis del fondo de la controversia

7. La resolución administrativa objeto de cuestionamiento es la Resolución Directoral N.° 960-2011-MGP/DGP, de fecha 18 de julio de 2011. Dicha resolución dispuso separar de la Escuela Naval del Perú y dar de baja de la Marina de Guerra del Perú al cadete de Primer Año Jhonny Prettel Martínez CIP. 01020900, por la causal "Medida Disciplinaria".

8. Del análisis de la resolución cuestionada se advierte que la misma basa la imposición de la medida disciplinaria en lo dispuesto en el artículo 155° del Reglamento Interno de los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas, que prevé la aplicación del puntaje de demerito a efectos de la baja del centro de formación, así como en el artículo 94° del citado reglamento donde se explícita el sistema de evaluación que se emplea en los centros de formación de las Fuerzas Armadas. La resolución cuestionada sostiene que el citado reglamento dispone que la aplicación del puntaje de demerito conlleva a la baja del centro de formación cuando el cadete haya obtenido puntaje inferior a ciento veinte (120) puntos en el área de disciplina durante tres meses consecutivos.

9. De otro lado, se advierte que la resolución cuestionada basa la aplicación al caso concreto de las sanciones previstas en el Reglamento Interno de los Centro de Formación de las Fuerzas Armadas en lo determinado en el Acta N° 034-2011 (fojas 185), de fecha 17 de mayo de 2011, emitida por el Consejo de Disciplina de la Escuela Naval. En dicha acta, se exponen detalles del legajo del Cadete referidos a la fecha de su ingreso, el cuadro de rendimiento del cadete, felicitaciones otorgadas, sometimiento a Consejo de Disciplina, sometimiento a Consejo Superior y condicionamiento' disciplinario. Asimismo, se consignan los hechos materia de investigación disciplinaria referidos al puntaje de demérito obtenido por el cadete Jhonny Prettel Martínez en donde se aprecia que el mencionado cadete obtuvo por tres meses consecutivos puntajes de conducta inferiores al mínimo previsto en el reglamento.

10. En los puntos 5.a y 5.b de la mencionada Acta N.° 034-2011 (fojas 186 y 187), el cadete Jhonny Prettel Martinez deja constancia de los argumentos de defensa respecto de los hechos ocurridos, en donde señala que: "Durante el Crucero de Instrucción al Litoral del presente año en el cual participe Salí con nota desaprobatoria en conducta durante los DOS (02) meses que duró dicho crucero, du-

rante ese periodo de meses que me esforcé al máximo para aprovechar y asimilar al máximo todos los conocimiento que se me impartió, siempre cumplí con la rutina, me preocupe en las guardias tanto así que no fui sancionado por ningún Oficial a bordo, en mi condición de Cadete repetidor no se hizo nada fácil la permanencia con los Cadetes más antiguos, estos impulsados por el hecho de que haya repetido de año me buscaban la falta y me sancionaban sin criterio alguno, pudiendo yo nada hacer en este contexto...", "Al regresar a la Escuela Naval, en el mes de abril tuve unos problemas personales con unos Cadetes más antiguos, los cuales haciendo uso de su antigüedad y jerarquía, tomaron represalias contra mi persona sancionándome indiscriminadamente y sin razón alguna las cuales provocaron que sobrepase el límite de puntos en dicho mes".

11. El análisis realizado por el Consejo de Disciplina de la Escuela Naval gira en torno a que el cadete obtuvo por tres meses un puntaje inferior a ciento veinte (120) en el área de disciplina y que el Cadete Jhonny Prettel Martínez no presentó reclamo, reconsideración y/o apelación alguna, lo cual habría convalidado cada una de las sanciones que le fueron impuestas. Por lo que se concluye que el Cadete sería responsable de la infracción muy grave de haber obtenido puntaje inferior a ciento vente puntos(120) en el área disciplinaria durante tres(3) meses consecutivos en el año, en razón a lo estipulado en el artículo 156° inciso (a) del Reglamento Interno de los Centro de Formación de las Fuerzas Armadas.

12. De la revisión de la Resolución Directoral N° 960-2011-MGP/DGP, este Tribunal considera que la misma adolece de un vicio de motivación a nivel de la congruencia entre los argumentos planteados por las partes y el sentido de la decisión final. En efecto, de la lectura de los descargos efectuados por el Cadete Jhonny Prettel Martínez obrantes en el Acta N° 034-2011 se observa que el referido Cadete sostiene que las sanciones disciplinarias impuestas se produjeron debido a represalias en contra de su persona por parte de un grupo de Cadetes de años superiores, quienes haciendo uso de su antigüedad y jerarquía le impusieron arbitrariamente las mismas. Dicha afirmación no ha sido objeto de pronunciamiento alguno por parte del órgano administrativo que impuso la sanción a fin de desvirtuarla o contradecirla.

13. De otro lado, este Tribunal también considera que se ha producido un vicio a nivel de la coherencia lógica de los argumentos en que se sustenta la resolución cuestionada, por cuanto en dicha resolución se esgrime el argumento de que las sanciones impuestas al Cadete Jhonny Prettel Martínez "fueron de tipo personal y que no pueden ser atribuidas a otra persona distinta a las del cadete infractor y cuya comisión constituye un incumplimiento de las obligaciones previstas en el

artículo 46° del Reglamento, no siendo posible inferir que sus afirmaciones sean ciertas". Dicho argumento no rebate descarta las afirmaciones del Cadete Jhonny Prettel Martínez, sino por el contrario se trata de un argumento que carece de coherencia lógica. En efecto, una sanción disciplinaria siempre es personal y está dirigida a sancionar la conducta de una persona determinada, afirmar que en virtud a este argumento se puede concluir que lo afirmado por el Cadete Jhonny Prettel Martínez no es cierto, no constituye una inferencia o deducción válida, pues no existe conexión lógica entre las premisas y la conclusión.

14. A mayor abundamiento, revisados los Partes Diarios de Conducta Cadete Primer Año Pretell Martinez Jhonny" obrantes a fojas 242 a 247 y 258 a 263, donde constan las sanciones impuestas al recurrente, se advierte que el tipo de sanciones impuestas permite una amplia discrecionalidad para su determinación. En efecto, se observa que a nivel de las Tablas de Sanciones anexas al Reglamento Interno de los Centros de Formación de las FFAA la descripción típica de dichas sanciones confiere alta discrecionalidad a quien las impone, sin determinar concretamente qué tipo de conductas pueden ser consideradas como mandadas o prohibidas por ellas. En ese sentido, la forma amplia y genérica en que han sido configuradas las faltas a imponerse, confiere a los entes sancionadores total dominio sobre qué es lo que puede considerarse una falta y qué no. Asimismo, si se toma en cuenta el hecho de que esas sanciones acarrean puntajes de demérito que pueden devenir en la baja y separación del Cadete, conforme los artículos 156° y 157° del citado Reglamento, puede darse la probabilidad de que en algunos casos puedan producirse arbitrariedades o abusos por parte de quienes determinan la ocurrencia de dichas faltas.

15. En base a estas consideraciones, el Tribunal Constitucional considera que no se ha motivado debidamente la resolución cuestionada, dado que existen vicios a nivel de la congruencia y de la coherencia lógica, pues en la misma no se ha tomado en cuenta la tesis de defensa planteada por el Cadete Jhonny Prettel Martínez, así como se han detectado inconsistencias lógicas en el razonamiento respecto a la aplicabilidad personal de las sanciones disciplinarias. Asimismo, se advierte que las faltas determinadas en las tablas anexas al Reglamento Interno de los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas evidencian una formulación genérica que no permite identificar objetivamente las prohibiciones y mandatos que prescriben.

16. De igual forma, cabe mencionar que mediante Resolución Suprema 144- 2015-DE/MGP, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 30 de abril de 2015, se autorizó al recurrente, entre otros cadetes navales de 4º año, el viaje al exterior

en comisión de servicios, lo que acredita la continuación de sus estudios, los que culminaron el 5 de diciembre de 2015, conforme se afirma en el documento ingresado con fecha 11 de marzo de 2016, obrante en el cuadernillo del Tribunal Constitucional.

17. Dicha situación, generada por el retardo del sistema judicial en resolver en definitiva el caso del demandante, no posibilita retrotraer los efectos de la presente sentencia hasta el momento anterior al dictado de la impugnada Resolución Directoral N.° 960-2011-MGP/DGP julio de 2011, en que el accionante era cadete naval de primer año, por lo que deben dejarse a salvo las competencias de la Marina de Guerra del Perú sobre el respectivo pronunciamiento de los hechos investigados, si hubiera lugar, no pudiendo, en ningún caso, omitir considerar que el accionante ha culminado sus estudios.

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

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho a la motivación; y en consecuencia, declarar nula la Resolución Directoral N.° 960-2011-MGP/DGP, de fecha 8 de julio de 2011, debiendo procederse conforme a lo expuesto en el fundamento 17 de la presente decisión.

Publíquese y notifíquese.

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

EXP. N.° 00191-2013-PA/TC
LIMA
JOHNNY ALEXANDER PRETELL MARTÍNEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

1. Si bien coincido con la posición de mayoría de declarar *FUNDADA* la demanda, considero importante precisar que las resoluciones emitidas por entidades educacionales deben respetar los derechos y principios del debido proceso, que contiene, entre otros, el derecho a la debida motivación. Esto es, el derecho de obtener una resolución coherente y adecuadamente fundamentada, que responda a un análisis prolijo y riguroso tanto de la situación fáctica que se haya presentado como de la normativa constitucional e infraconstitucional aplicable.

2. Al respecto, es importante enfatizar que en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha precisado lo siguiente:

> ... el debido proceso es un derecho fundamental de naturaleza procesal con alcances genéricos, tanto en lo que respecta a los ámbitos sobre los que se aplica como en lo que atañe a las dimensiones sobre las que se extiende. Con relación a lo primero, queda claro que dicho atributo desborda la órbita estrictamente judicial para involucrarse o extenderse en otros campos como el administrativo, el corporativo particular, el parlamentario, el castrense, entre muchos otros, dando lugar a que en cada caso o respecto de cada ámbito pueda hablarse de un debido proceso jurisdiccional, de un debido proceso administrativo, de un debido proceso corporativo particular, de un debido proceso parlamentario, etc. Por lo que respecta a lo segundo, y como ha sido puesto de relieve en innumerables ocasiones, las dimensiones del debido proceso no solo responden a ingredientes formales o procedimentales, sino que se manifiestan en elementos de connotación sustantiva o material, lo que supone que su evaluación no solo repara en las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc.) sino que también, y con mayor rigor, se orienta a la preservación de los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.). Así las cosas, el debi-

> do proceso es un derecho de estructura compleja, cuyos alcances corresponde precisar a la luz de los ámbitos o dimensiones en cada caso comprometidas. Como ya se anticipó, en el caso de autos, se trata de un reclamo por la transgresión del debido proceso en sede administrativa, no solo en el ámbito formal, sino también en el sustantivo. Corresponde, por tanto, emitir pronunciamiento respecto de ambos extremos invocados (Sentencia 10034-2005-AA/TC, fundamento 8).

3. Asimismo y teniendo en cuenta que en el presente caso, la parte emplazada a través de la resolución cuestionada omitió pronunciarse por los alegatos de defensa que planteó el recurrente, al efectuar sus descargos dentro del procedimiento disciplinario que se siguió en su contra; y, por lo tanto, lesionó el principio de congruencia que toda resolución administrativa debe observar como parte del debido procedimiento, resulta pertinente reiterar que este principio, aplicable mutatis mutandis en sede administrativa:

> ... obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva) (Sentencia 04295- 2007-PHC/TC, fundamento 5e).

S.
BLUME FORTINI

EXP. N.° 00191-2013-PA/TC
LIMA
JOHNNY ALEXANDER PRETELL MARTINEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Si bien coincido con lo resuelto por mis colegas en la presente causa, considero necesario hacer algunas precisiones u observaciones adicionales en relación con el derecho a la motivación:

1. Este Tribunal en copiosa jurisprudencia se ha referido al derecho a la motivación como ámbito iusfundamental que forma parte del derecho al debido proceso. Asimismo, ha tenido ocasión de señalar cuáles son los vicios que pueden controlarse en esta sede.

2. Más específicamente, este Tribunal ha señalado algunos problemas de justificación que le compete controlar constitucionalmente, en especial cuando se trata de casos de amparo contra resoluciones judiciales. Así, ha señalado que puede realizar un control de la motivación en los siguientes supuestos:

> *(1) Defectos en la motivación*: Que pueden ser problemas de *motivación interna*, es decir, cuando la solución del caso no se deduce de las premisas normativas o fácticas aludidas en la resolución, o cuando la resolución analizada tiene un contenido incoherente; o de *motivación externa,* esto es, cuando se han utilizado indebida o injustificadamente premisas normativas (por ejemplo, se aplican normas que no se encuentran vigentes) o fácticas (por ejemplo, la resolución se sustenta en hechos no probados o en pruebas prohibidas) (vide STC Exp. N.° 00728-2008-HC, f.j. 7, b y c).
>
> *(2) Insuficiencia en la motivación (motivación inexistente, aparente, insuficiente, incongruente o fraudulenta)-.* Que puede referirse, por ejemplo, a supuestos en los que las resoluciones analizadas carecen de una fundamentación mínima y solo se pretende cumplir formalmente con el deber de motivar; cuando se presenta una justificación que tiene apariencia de correcta o suficiente, pero que incurre en vicios de razonamiento; cuando esta carece de una argumentación suficiente para justificar lo que resuelve (lo que incluye además la necesidad de contar con

una "motivación cualificada" en caso de restricciones de derechos o imposición de sanciones); o cuando incurre en graves defectos o irregularidades contrarios al Derecho, entre otros supuestos (cfr. STC Exp. N.° 00728-2008-HC, f. j. 7, a, d, e y f; STC Exp. N.° 0009-2008-PA, entre algunas).

(3) Motivación constitucionalmente deficitaria: Que puede referirse a errores en la justificación de una decisión debido a la exclusión de un derecho fundamental (no se tuvo en cuenta un derecho que debió considerarse), a una mala delimitación de su contenido protegido (al derecho se le atribuyó un contenido mayor o menor al que constitucionalmente le correspondía) o a que la judicatura ordinaria realizó una mala ponderación al evaluar la intervención en un derecho fundamental (cfr. RTC Exp. N.° 00649-2013-AA, RTC N.° 02126-2013-AA, entre otras).

3. En el presente caso, en los fundamentos 2 y 6 se hace referencia a que una decisión, en este caso de la Administración, puede considerarse como motivada siempre y cuando sus argumentos sean suficientes, coherentes y congruentes. Dicha afirmación, si bien es cierta, no constituyen los únicos criterios que pueden tenerse en cuenta para evaluar la idoneidad constitucional de una decisión, conforme a lo señalado *supra.*

572

4. En este sentido, en el caso de autos, también se podría hacer referencia, por ejemplo, a problemas de prueba en sentido estricto (problemas de *motivación externa,* y más específicamente problemas referidos a las *premisas fácticas),* debido a que no habría quedado plenamente acreditada la ocurrencia de los hechos en los que se sostiene la supuesta infracción del demandante (es decir, aquello que justifica el bajo puntaje del recurrente en el área de disciplina). Asimismo, podría hacerse referencia a posibles insuficiencias en la motivación requerida. Ello en la medida que, conforme a la jurisprudencia de este Tribunal, es necesario que frente a restricciones de derechos o a la imposición de sanciones, la decisión que contiene estas deba ofrecer una *motivación cualificada* (RTC Exp. N.° 03536-2012-PA, f. j. 13; STC Exp. N.° 03864 2014-PA, f. j. 27.f). Es decir, una especialmente prolija y sólida, que justifique especialmente el resultado gravoso para el administrado.

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.° 00191 -2013-P
LIMA
JOHNNY ALEXANDER PRETELL MARTINEZ

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS URVIOLA HANI Y SARDÓN DE TABOADA

Con el debido respeto por la posición de nuestros colegas magistrados, consideramos que en el presente caso la demanda debe ser declarada *INFUNDADA,* por las razones que expondremos a continuación.

1. Mediante la demanda de amparo presentada en autos el demandante solicita la inaplicación de la Resolución Directoral 960-2011-MEGP/DGP, de fecha 18 de julio de 2011, que dispuso su separación de la Escuela Naval y su baja de la Marina de Guerra del Perú por la causal de medida disciplinaria.

2. En la Sentencia emitida en el Expediente 4289-2004-PA/TC, este Tribunal señaló lo siguiente:

> el debido proceso, como principio constitucional, está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, *incluidos los administrativos,* a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo - como en el caso de autos- o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.

3. Así, el debido proceso —y los derechos y/o principios que lo conforman, como por ejemplo, el derecho de defensa y el principio *ne bis in idem*— resulta aplicable al interior de la actividad institucional de cualquier persona jurídica, máxime si se ha previsto la posibilidad de imponer una sanción tan grave como la expulsión.

4. Asimismo, en la sentencia recaída en el Expediente 5514-2005-PA/TC se señaló que:

> el derecho de defensa en el ámbito del procedimiento administrativo de sanción se estatuye como una garantía para la defensa de los derechos que pueden ser afectados con el ejercicio de las potestades sancionatorias de la administración. En ese sentido, garantiza, entre otras cosas, que una persona sometida a una investigación, sea esta de orden jurisdiccional o administrativa, y donde se encuentren en discusión derechos e intereses suyos, tenga la oportunidad de contradecir y argumentar en defensa de tales derechos e intereses, para cuyo efecto se le debe comunicar, previamente y por escrito, los cargos imputados, acompañando el correspondiente sustento probatorio, y otorgarle un plazo prudencial a efectos de que -mediante la expresión de los descargos correspondientes- pueda ejercer cabalmente su legítimo derecho de defensa. Se conculca, por tanto, dicho derecho cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa.

5. Ahora bien, al cadete Johnny Alexander Pretell Martínez se le imputó el "haber sobrepasado el límite mensual de puntaje de demérito" —durante cuatro (4) meses consecutivos en el año 2011—, tipificado en el artículo 156 del Reglamento Interno de los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas como causal de recomendación para la sanción de separación de la Escuela Naval del Perú por medida disciplinaria. Dicho procedimiento concluyó con la emisión de la Resolución Directoral 960-2011- MEGP/DGP, de fecha 18 de julio de 2011, que dispuso su separación de la Escuela Naval y su baja de la Marina de Guerra del Perú.

6. A efectos de determinar si hubo o no vulneración del debido proceso, del derecho de defensa y del principio *ne bis in idem,* y considerando que el demandante no solo está cuestionando el procedimiento que concluyó con su baja, sino además las infracciones y sanciones leves de los periodos desde enero hasta abril de 2011, resulta pertinente analizar el cumplimiento del procedimiento establecido en el Decreto Supremo 001 - 2010-DE/SG, Reglamento Interno de los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas, en dos aspectos: primero, en cuanto se trate del procedimiento de infracciones leves; y, segundo, en cuanto se trate del procedimiento de baja por puntaje de demérito.

7. El procedimiento para infracciones leves se encuentra regulado en el artículo 165 del citado reglamento y dispone lo siguiente:

   a) El Superior Jerárquico que tenga competencia para sancionar las infracciones leves, verificará la exactitud de los hechos y comprobará si la infracción y su sanción están tipificadas en la presente norma, ver anexo "A".

   b) Cuando no sea evidente y comprobada la infracción, antes de imponer la sanción, se deberá escuchar al personal involucrado, sanción que se graduará atendiendo a las circunstancias atenuantes o agravantes.

c) El Cadete o Alumno sancionado por infracción leve, será comunicado en forma verbal por el superior jerárquico que sanciona, quien llenará la Papeleta de Sanción indicando la especificación y calificación de la sanción impuesta e iniciará el trámite administrativo entregando la papeleta en el lugar indicado para su registro.

d) El Cadete o Alumno sancionado será informado del registro de la sanción mediante la publicación del parte/relación de Sanciones.

e) Este tipo de sanciones, podrá ser impuesta por el superior jerárquico, incluso entre el Personal de Cadetes o Alumnos en atención a su jerarquía.

f) En caso que el Cadete o Alumno haya sido sancionado y posea una justificación con fundamento, solicitará ser escuchado por el superior que sancionó, quien determinará en el acto si la justificación procede o no; dejando constancia de ello en el formato de reclamo correspondiente.

g) De proceder el reclamo, el formato correspondiente deberá ser remitido al Departamento de Formación Militar o su equivalente, donde se registrará.

h) De no proceder el reclamo, el Cadete o Alumno sancionado podrá recurrir al Oficial de Año o su equivalente, dando cuenta al superior que sancionó, quien determinará en el acto como última instancia si procede o no el reclamo.

i) El plazo máximo para realizar ambos reclamos antes detallados, no excederán de cuarenta y ocho (48) horas después de publicado el Parte o relación de Sanción.

8. En autos obran los partes diarios de conducta del demandante de los meses de enero a abril de 2011 (folios 258-263, 44-45). En estos consta la descripción de cada una de las sanciones en la que aquel habría incurrido, con la identificación del código de la infracción respectiva, la identificación del cadete y/o superior jerárquico quien habría informado cada una de las faltas cometidas, la clase (si era una infracción leve o grave) y el puntaje de demérito. Asimismo, consta que del puntaje inicial (suma total de puntaje de demérito del mes) se le resta el puntaje no considerado (por infracciones leves que no acumula puntaje de demérito según la disposición Naval 127, de fecha 26 de marzo de 2010 y excusas).

9. Al respecto, y conforme a los apartados f), g), h) e i) del mencionado reglamento, el demandante contaba con dos formas de poder cuestionar y/o justificar a través de reclamos, dejando constancia en el formato de reclamo correspondiente, o en su defecto —pues en su demanda ha señalado que no fue escuchado a fin de que sea el sancionador quien considere si procede o no la justificación—, recurrir

ante el oficial de año o su equivalente, quien será la autoridad encargada de determinar en última instancia si procede o no su reclamo. Sin embargo, no obra en el legajo personal del recurrente (folios 131-254) y tampoco este ha acreditado con documento alguno haber impugnado las sanciones que le impusieron durante los meses de enero a abril de 2011. Asimismo, el demandante no ha acreditado con documento alguno la existencia de sanciones arbitrarias y reiteradas sobre un mismo hecho de parte de cadetes superiores. Por consiguiente, a criterio de la demandada, el demandante acumuló puntaje inferior a ciento veinte (120) puntos en el área de disciplina durante tres (3) meses consecutivos, por el que se le inició proceso disciplinario que concluyó con su separación de la escuela y baja de la Marina de Guerra del Perú.

10. En cuanto al procedimiento disciplinario por puntaje de demérito, el artículo 156 del Reglamento Interno de los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas establece que

> el puntaje de demérito se aplicará de acuerdo a las tablas de infracciones anexas a la presente norma. El puntaje mínimo será de ciento veinte (120) puntos. El puntaje obtenido al final del mes deberá ser dividido entre diez (10) para obtener el puntaje de conducta en sistema vigesimal. La aplicación del puntaje de demérito conlleva a la baja del Centro de Formación en los siguientes casos: a) Cuando un Cadete o Alumno haya obtenido puntaje inferior a ciento veinte (120) puntos en el área disciplinaria durante tres (3) meses consecutivos o cuatro (4) meses alternados durante el año [...].

11. Ahora bien, mediante Memorándum 228, de fecha 6 de mayo de 2011 (folio 184), se comunica al recurrente que se encuentra inmerso en la causal del inciso a) del artículo 156 del citado reglamento consistente en "haber sobrepasado el límite mensual de puntaje de demérito" durante cuatro (4) meses consecutivos en el año y se le requiere que presente un informe escrito en el plazo de cinco días hábiles. El 10 de mayo del mismo año presenta su informe.

12. Con fecha 17 de mayo de 2011, el Consejo de Disciplina se reunió y se pronunció mediante el Acta 034-2011 (folios 185-190), y concluye respecto del recurrente que cometió falta muy grave por "haber obtenido puntaje inferior a ciento veinte (120) puntos en el área disciplinaria durante tres (3) meses consecutivos en el año", y recomienda presentar el caso al Consejo Superior a fin de que se determine su baja o su permanencia en la Escuela Naval del Perú. Se observa del tenor del acta que, para arribar a las conclusiones y recomendaciones, se han considerado los antecedentes del accionante, los hechos materia de investigación, el descargo efectuado y las normas aplicables. Así también, mediante la Comuni-

cación P.300-059 (folio 193), de fecha 19 de mayo del mismo año, se comunica al demandante la citada decisión del Consejo de Disciplina; y, con documento de fecha 31 de mayo de 2001, este presenta sus descargos respectivos (folios 291-292).

13. El 9 de junio de 2011, el Consejo Superior de la Escuela Naval se reunió y se pronunció mediante Acta 009-2011 (folios 208-215), concluyendo de modo similar que el Consejo Disciplinario. Además, se recomendó solicitar al director general del Personal de la Marina, la separación del recurrente de la Escuela Naval y la baja de la Marina de Guerra del Perú. Asimismo, mediante la Comunicación P.300-1187 (folio 237), de fecha 22 de junio, se comunica al demandante la citada decisión del Consejo Superior.

14. Finalmente, la emplazada emite la Resolución Directoral 0960-2011 MGP/DGP, de fecha 18 de julio de 2011, que resuelve separar al recurrente de la Escuela Naval y dar de baja de la Marina de Guerra del Perú; y, además, dispone citarlo a fin de recabar los gastos efectuados por la Dirección General de Educación de la Marina y abonar el monto que se le indique (folios 2-4). Dicho documento le fue notificado el mismo día conforme el cargo de entrega de documento (folio 250).

15. Conforme se aprecia del instrumental obrante a folios 251 (comunicación sobre recurso de apelación interpuesto), el demandante presentó recurso de reconsideración contra la cuestionada resolución, siendo declarada improcedente mediante la Resolución Directoral 1200-2011 MGP/DGP, de fecha 31 de agosto de 2011. Contra esta resolución presentó recurso de apelación.

16. El demandante ha manifestado que el procedimiento que culminó con su baja se inició sin haberse indicado cuáles habrían sido las faltas en las que habría incurrido, tampoco se le notificó de la documentación sustentatoria y no se han expuesto las razones o fundamentos que justifiquen tal medida. Sin embargo, advertimos que el recurrente desde el inicio del procedimiento no solo ha tenido conocimiento de la infracción que se le atribuye, por lo que tuvo la posibilidad de defenderse y presentar sus descargos correspondientes conforme se ha expuesto en los fundamentos 10, 11 y 12 *supra;* además, ha ejercitado su derecho a la impugnación presentando recurso de reconsideración y apelación contra la cuestionada resolución.

17. Por consiguiente, consideramos que el procedimiento disciplinario al que fue sometido el demandante no le ha conculcado su derecho al debido proceso en su manifestación del derecho de defensa, así como del principio *ne bis in idem.*

Por estos fundamentos, consideramos que se debe declarar **INFUNDADA** la demanda, al no haberse acreditado la vulneración de los derechos alegados.

SS.
URVIOLA HANI
SARDÓN DE TABOADA

Sentencia 2087-2013-PA/TC

Proceso de amparo promovido por Eugenio Rivera García. El Tribunal declaró fundada en parte la demanda sobre el derecho a la debida motivación de resoluciones.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 9 de enero de 2017.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y, en consecuencia, declaró nula la Resolución N° 799-2007-MP-FN. En tal sentido, ordenó a la Fiscalía de la Nación a que emita una nueva resolución debidamente motivada.

La discusión de la presente controversia se desarrolló en razón a precisar si la Resolución fiscal N° 799-2007-MP-FN, en virtud a la cual se desestimó la denuncia penal interpuesta contra el magistrado Víctor Alejandro Cornejo y Cañoli, por la presunta comisión de los delitos de abuso de autoridad, incumplimiento de deberes y otros, incurrió en una vulneración al derecho a la motivación de las resoluciones fiscales.

Al respecto, y tomando en cuenta que la debida motivación de las resoluciones fiscales constituye una garantía del denunciante del ilícito penal frente a la arbitrariedad fiscal, el Tribunal concluyó en el presente caso que la Resolución N° 799-2007-MP-FN sí había incurrido en una agravio al deber de motivación, por cuanto en ella no se evaluó si la conducta punible imputada al magistrado denunciado desconoció, en principio, el derecho de las autoridades o funcionarios del Mincetur de intervenir en el proceso que estuvo en su conocimiento.

Asimismo, en la presente sentencia también se agregó el voto singular de la magistrada Ledesma Narváez, en virtud al cual consideró que la demanda debió ser declarada improcedente por cuanto, según su criterio, la resolución fiscal cuestionada sí motivó expresamente las razones por las que la denuncia contra el referido juez había sido desestimada.

Tema clave: Derecho a la debida motivación de resoluciones.

EXP. N.° 02087-2013-PA/TC
LIMA
PATRICIA DEL CARMEN VELASCO SÁENZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 10 días del mes de setiembre de 2015, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular de la magistrada Ledesma Narváez que se agrega.

ASUNTO

580 Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Eugenio Rivera García, Procurador Público ad hoc para los Procesos Judiciales relacionados con los Casinos de Juego y Máquinas Tragamonedas, contra la resolución de fojas 254, su fecha 6 de marzo de 2013, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 29 de agosto de 2007, doña Patricia del Carmen Velasco Sáenz, Procuradora Pública ad hoc para los procesos judiciales relacionados con los Casinos de Juegos y Máquinas Tragamonedas, interpone demanda de amparo contra la Fiscalía de la Nación, solicitando se declare nula y sin efecto la Resolución N.° 799-2007-MP-FN, de fecha 13 de julio de 2007, expedida por la emplazada en el Caso N.° 383-2007, que desestimó la denuncia penal que interpuso contra el magistrado Víctor Alejandro Cornejo y Cañoli; y. en consecuencia, reponiendo las cosas al estado anterior a la vulneración de sus derechos constitucionales, se expida nueva resolución. Aduce que la resolución cuestionada vulnera su derecho a la debida motivación de las resoluciones.

Precisa que la Procuraduría Pública a su cargo interpuso denuncia penal en contra de don Víctor Alejandro Cornejo Cañoli, juez suplente del Juzgado Mixto de Yanahuanca, distrito de Daniel Alcides Carrión, Cerro de Pasco, por la comisión de los

delitos de abuso de autoridad, incumplimiento de deberes y otros, dada su actuación en el proceso de amparo N.° 014-2005, seguido por las empresas MEX LIM S.C.R.L. e Inversiones Vizcarra S.A.C. contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR), al decretar un irregular apercibimiento que desestimó el recurso de apelación que interpuso en el cuaderno de medida cautelar, abuso que se suma al hecho de declarar consentida la sentencia e improcedente la apelación formulada por la Dirección Nacional de Turismo. Aduce que, no obstante los hechos señalados, su denuncia fue desestimada, decisión que vulnera sus derechos al debido proceso y a la defensa, toda vez que se omitió analizar si la conducta desplegada por el juez denunciado calzaba con los tipos penales materia de su denuncia.

El Procurador Público del Ministerio Público contesta la demanda argumentando que la resolución fiscal cuestionada se encuentra debidamente sustentada, fáctica y jurídicamente.

El Noveno Juzgado Constitucional de Lima, con resolución de fecha 2 de agosto de 2012, declara infundada la demanda, al considerar que no se advierte la afectación de los derechos constitucionales reclamados, ya que la decisión fiscal cuestionada se encuentra debidamente motivada, conforme lo establecen los artículos 1.°, 2.° y 37.° del Código Procesal Constitucional.

A su turno, la Tercera Sal Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con resolución de fecha 6 de marzo de 2013, confirma la apelada por similar fundamento, añadiendo que la alegada carencia de motivación de la disposición fiscal cuestionada no faculta al juez constitucional para modificar el carácter conceptual que tiene.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La Procuraduría Pública ad hoc para Procesos Judiciales relacionados con los Casinos de Juegos y Maquinas Tragamonedas solicita que se deje sin efecto la Resolución N.° 799- 2007-MP-FN, que confirmó la desestimatoria de la denuncia penal interpuesta contra el juez suplente Víctor Alejandro Cornejo y Cañoli. Aduce la vulneración de los derechos a la tutela procesal efectiva y al debido proceso, particularmente la afectación del derecho a la motivación de las resoluciones fiscales

Consideraciones previas

2. Respecto a la posibilidad de ejercer control constitucional de los actos expedidos por el Ministerio Público, este Tribunal Constitucional en las Sentencias N.os 02492-2007- PHC/TC y 03379-2010-PA/TC ha establecido que el artículo 159.°, inciso 5, de la Constitución Política del Perú encarga al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal de oficio o a petición de parte. En ese sentido, corresponde a los Fiscales ejercer de la titularidad de la acción penal pública y, una vez conocida la denuncia o noticia criminal, proceder a formalizarla ante el juez penal si lo estiman procedente, conforme a lo establecido por la Ley Orgánica del Ministerio Público, aprobada por Decreto Legislativo N.° 52.

3. No obstante lo expuesto, el ejercicio de estas competencias constitucionales se legitima a partir del pleno respeto del conjunto de valores y principios constitucionales; razón por la cual corresponde evaluar las resoluciones fiscales que desestiman la denuncia penal formulada por la recurrente.

Sobre la vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones fiscales Argumentos de la demandante

4. La recurrente alega que el Fiscal de la Nación expidió la Resolución N.° 799-2007-MP- FN, confirmando la desestimatoria de su denuncia de parte, sin precisar los motivos o razones que sustentaron su decisión.

Argumentos del demandado

5. El Procurador Público del Ministerio Público argumenta que no existe afectación de derechos constitucionales, toda vez que la resolución fiscal cuestionada se encuentra debidamente sustentada, fáctica y jurídicamente.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

6. El derecho a la debida motivación de las resoluciones fiscales constituye una garantía del denunciante del ilícito penal frente a la arbitrariedad fiscal, por cuanto garantiza que las resoluciones fiscales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados fiscales, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso.

7. Sobre el particular, a fojas 5 obra la Resolución N.° 799-2007-MP-FN, que confirmó la desestimatoria de la denuncia penal formulada por la recurrente contra Víctor Alejandro Cornejo y Cañoli, juez suplente del Juzgado Mixto de Yanahuanca - Cerro de Pasco, la cual se sustenta en que "(•••) las citadas resoluciones

judiciales que dejaron sin efecto el concesorio de la apelación interpuesta por el MINCETUR no asumen niveles de relevancia penal, siendo la primera producto de la discrecionalidad del investigado a partir de los principios procesales de dirección, impulso y vinculación previstos en los artículos II y IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil (...) debiendo ponderarse las carencias de infraestructura del Juzgado y el hecho de que se trataba de un expediente voluminoso (...)".

8. De la resolución fiscal citada se aprecia que no se ha contestado adecuadamente la pretensión penal de la recurrente, ya que al haberse centrado las imputaciones penales en la alegación de que el juez denunciado declaró consentida la sentencia expedida en el proceso de amparo, para posteriormente decretar la improcedencia de la apelación formulada por el MINCETUR, el parámetro legal de análisis era, en esencia, el texto expreso del artículo 7.° del Código Procesal Constitucional (norma bajo la cual se tramitó el proceso de amparo que originó la denuncia penal formulada), el cual establece que "la defensa del estado o de cualquier funcionario o servidor público está a cargo del Procurador Público o del representante legal respectivo, quien deberá ser emplazado con la demanda. Además, debe notificarse con ella a la propia entidad estatal o al funcionario o servidor demandado, quienes pueden intervenir en el proceso. Aun cuando no se apersonaran, se les debe notificar la resolución que ponga fin al grado. Su no participación no afecta la validez del proceso".

9. En este sentido, la conducta punible atribuida al juez denunciado desconocería, en principio, la posibilidad de que el funcionario o la propia entidad, muy aparte del procurador público, intervengan en el proceso de amparo impugnando, de ser el caso, una resolución que les causa agravio, situación que viene permitida por mandato del citado dispositivo legal.

10. Por ello, al no haberse evaluado los tipos penales denunciados de cara a una eventual legalidad de la intervención de las autoridades o funcionarios del MINCETUR, se ha incurrido en indebida motivación; por lo que debe ser estimada la demanda de amparo.

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.° 799-2007-MP-FN, de fecha 13 de julio de 2007.

2. **ORDENAR** que la Fiscalía de la Nación emita una nueva resolución debidamente motivada, de acuerdo a lo acotado en los fundamentos de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.'

SS.
URVIOLA HANI
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARREDA

EXP. N.° 02087-2013-PA/TC
LIMA
PATRICIA DEL CARMEN VELASCO SÁENZ

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la decisión del voto de mayoría, en el presente caso, considero que la demanda debe rechazarse de plano, en aplicación del artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

A fojas 5, corre copia de la Resolución 799-2007-MP-FN, de fecha 13 de julio de 2007, expedida por la Fiscal de la Nación en relación a la investigación seguida a don Víctor Alejandro Cornejo y Cañoli en su actuación como juez del Juzgado Mixto de Yanahuanca, por la presunta comisión de los delitos de abuso de autoridad e incumplimiento de deberes funcionales.

Conforme a su propio tenor, se aprecia que la emplazada ha motivado expresamente las razones por las que la denuncia ha sido desestimada. Así, señala que, en cuanto al acto de notificación de la sentencia de amparo, opina en idéntico sentido que la Fiscalía Suprema de Control Interno; y, en relación a la resolución judicial por la que se requiere a la parte apelante para que proporcione copias xerográficas de los actuados para formar el respectivo cuaderno de apelación, en el plazo de tres días, bajo apercibimiento de dejarse sin efecto el concesorio en caso de incumplimiento —lo que efectivamente ocurrió—, la Fiscalía de la Nación consideró tal actuación como una conducta que

> no asumen niveles de relevancia penal, siendo la primera, producto de la discrecionalidad del investigado a partir de los principios procesales de dirección, impulso, vinculación y formalidad procesal, previstos en los artículos II y IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que faculta a los jueces a disponer de los actos procesales que permitan el cumplimiento de los fines del proceso, debiendo ponderarse las carencias de infraestructura del Juzgado y el hecho que se trataba de un expediente voluminoso [...].

De otro lado, se expone en la misma resolución cuestionada que las decisiones del juez investigado "carecen de contenido penal al no reunir las exigencias de tipicidad —objetivas y subjetivas— del ilícito investigado".

En ese sentido, no se observa que la resolución fiscal cuestionada tenga un contenido irrazonable; por el contrario, se advierte que ha sido debidamente motivada, al margen de que la parte recurrente comparta o no sus fundamentos de fondo. Por ello, mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda, conforme al artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

S.
LEDESMA NARVÁEZ

Sentencia 3619-2013-PA/TC

Proceso de amparo promovido por Segundo Augusto Mondragón Becerra. El Tribunal declaró fundada la demanda sobre el derecho de acceso a la justicia.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 3 de enero de 2017.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda de amparo interpuesta por Segundo Augusto Mondragón Becerra y, en consecuencia, repuso las cosas al estado anterior de la afectación, disponiendo la nulidad de las Resoluciones 2 y 5 que ordenaron el rechazo de la demanda recaída en el Expediente 98-2012, pero declaró improcedente el extremo que establece la nulidad de la Resolución 1.

En la presente controversia, el Tribunal consideró que, si bien con base en el artículo 48 del Código Procesal Constitucional el plazo para la subsanación de la omisión o defecto de la demanda es de tres días, esto no es inamovible, ya que podría ser alterado en atención al principio de antiformalismo que informa los procesos constitucionales, previsto en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal ya citado.

Bajo tales premisas, el Tribunal concluyó que, en este caso, el plazo de tres días para adjuntar copias certificadas o fedateadas de las actuaciones realizadas ante el Ministerio Público y de las actuaciones relacionadas con expedientes judiciales, obstruía el derecho de acceso a la justicia. Ello con base en dos razones: en primer lugar, porque según las máximas de la experiencia, tales gestiones son difícilmente absueltas en menos de tres días; y en segundo lugar, porque de acuerdo a lo establecido en la ley procesal, no era un requisito para admitir a trámite la demanda de amparo que los documentos que contienen medios probatorios tengan que ser copias certificadas.

Tema clave: Derecho de acceso a la justicia.

EXP. N.° 03619-2013-PA/TC
MOQUEGUA
SEGUNDO AUGUSTO MONDRAGÓN BECERRA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 20 días del mes de setiembre de 2016, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez y Sardón de Taboada, pronuncia la siguiente sentencia, sin la intervención del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera por encontrarse con licencia el día de la audiencia pública

ASUNTO

588 Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Segundo Augusto Mondragón Becerra contra la resolución de fojas 386, de fecha 21 de junio de 2013, expedida por la Sala Mixta Descentralizada de lio de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 15 de octubre de 2012, el recurrente interpone demanda de amparo contra don Guillermo Julio Valdivia Escalante, juez del Primer Juzgado Mixto de lio; y, contra don Máximo Jesús Loo Segovia, doña Ruth Daysi Cohaila Quispe y don Guillermo Santiago Victorio Kuong Cornejo, magistrados integrantes de la Sala Mixta Descentralizada de lio, con el objeto de que se declare la nulidad de las Resoluciones 1, 2 y 5, de fechas 30 de mayo, 12 de junio y 13 de setiembre de 2012, respectivamente, que declararon inadmisible y rechazaron su demanda de amparo, recaída en el Expediente 98-2012, por considerar que se han vulnerado sus derechos al debido proceso, a la tutela jurisdiccional y a la adecuada motivación de las resoluciones judiciales.

Manifiesta que se aplicó incorrectamente el artículo 48 del Código Procesal Constitucional, por cuanto no existe norma que establezca como supuesto de inadmisibilidad de demanda la presentación de medios probatorios en copias simples.

El procurador público adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial solicita que se declare improcedente la demanda, estimando que las resoluciones que

se cuestionan han sido emitidas dentro de un proceso regular y se encuentran debidamente motivadas.

El Segundo Juzgado Mixto de lio, con fecha 25 de marzo de 2013, declaró improcedente la demanda, considerando que de autos se advierte que las resoluciones cuestionadas no han vulnerado derecho alguno y que lo que en realidad pretende el demandante es convertir el proceso constitucional en una tercera instancia que vuelva a revisar lo que le resultó adverso.

La Sala superior competente confirmó la apelada, estimando que si el demandante no se encontraba conforme con el plazo otorgado para subsanar la demanda, ha debido apelar la resolución que cuestiona.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El demandante pretende que se declare la nulidad de las Resoluciones 1, 2 y 5, de fechas 30 de mayo, 12 de junio y 13 de setiembre de 2012, respectivamente, recaídas en el Expediente 98-2012, que declararon inadmisible y rechazaron su demanda de amparo, por considerar que se han vulnerado sus derechos al debido proceso, a la tutela jurisdiccional y a la adecuada motivación de las resoluciones judiciales.

Análisis del caso concreto

2. Este Tribunal debe reiterar que el amparo contra resoluciones judiciales:

> no puede ser un mecanismo donde se vuelva a reproducir una controversia resuelta por las instancias de la jurisdicción ordinaria y que convierta al juez constitucional en una instancia más de tal jurisdicción, pues la resolución de controversias surgidas de la interpretación y aplicación de la ley es de competencia del Poder Judicial; siempre, claro está, que esa interpretación y aplicación de la ley se realice conforme a la Constitución y no vulnere manifiestamente el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental (Cfr. Expediente 3179-2004-AA/TC, caso Apolonia Ccollcca, fundamento 21).

   En este sentido recalca que el amparo contra resoluciones judiciales requiere, como presupuesto procesal indispensable, la constatación de un agravio manifiesto a los derechos fundamentales de las personas que comprometa seriamente su contenido constitucionalmente protegido.

3. En el presente caso, mediante la Resolución 1 (folio 192), de fecha 30 de mayo de 2012, se declaró inadmisible la demanda de amparo interpuesta por el demandante, considerando que en un plazo de tres días debía subsanar la omisión

de adjuntar copias certificadas o fedateadas de las actuaciones realizadas ante el Ministerio Público y de los actuados de expedientes judiciales, puesto que éste adjuntó dichos medios probatorios en copias simples.

4. A fojas 196 de autos, se advierte que el recurrente cumplió parcialmente el requerimiento y solicitó que se le otorgue un plazo adicional para la presentación, en copia certificada, de los actuados judiciales pertenecientes al Exp. 2003-0609 (proceso de indemnización de daños y perjuicios). Mediante la Resolución 2 (folio 201), de fecha 12 de junio de 2012, se resolvió rechazar la demanda, estimando que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 48 del Código Procesal Constitucional y el artículo 146 del Código Procesal Civil, los plazos son perentorios y, por consiguiente, improrrogables.

5. Asimismo, mediante la Resolución 5 (folio 208), de fecha 13 de setiembre de 2012, la Sala Mixta Descentralizada de lio confirmó el rechazo de la demanda, agregando que, el demandante, al amparo de lo previsto en el artículo 48 del Código Procesal Constitucional, tenía la facultad de impugnar la Resolución 1, sin embargo, dejó consentir la misma.

6. Al respecto, este Tribunal estima que es cierto que el artículo 48 del Código Procesal Constitucional establece que "Si el Juez declara inadmisible la demanda concederá al demandante el plazo de tres días para que subsane dicha omisión o defecto, bajo apercibimiento de archivar el expediente pero también lo es que, si este plazo otorgado para subsanar resulta de difícil cumplimiento, el juez puede conceder al demandante una ampliación razonable y prudencial, en aplicación del principio de antiformalismo que informa los procesos constitucionales —acorde con el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional— y siempre que no se afecte la duración del proceso.

7. En el caso de autos, al actor se le requirió que subsane, en el plazo de "tres días", la omisión de adjuntar copias certificadas o fedateadas de las actuaciones realizadas ante el Ministerio Público y de las actuaciones relacionadas con expedientes judiciales. Sin embargo, dicho proceder es una restricción irrazonable del derecho de acceso a la justicia, dado que, por las máximas de la experiencia, conocemos que el trámite de copias certificadas de actuados judiciales es difícilmente gestionable en menos de tres días.

8. Por otro lado, cabe resaltar que si bien el juez constitucional tiene la dirección del proceso, no obstante, no se aprecia que en el amparo cuestionado sea absolutamente indispensable revisar los documentos en copias certificadas. Además, debe indicarse que, en principio, no constituye un requisito establecido en la ley procesal que los documentos que se anexan como medios probatorios tengan

que ser certificados o fedateados para admitir a trámite una demanda de amparo, por lo que el rechazo dispuesto por no adjuntar copias certificadas constituye un acto arbitrario de parte de los magistrados emplazados, que afecta el derecho de acceso a la justicia y, por ello, la demanda de amparo debe ser estimada.

Efectos de la sentencia

9. En cuanto a las Resoluciones 2 y 5, de fechas 12 de junio y 13 de setiembre de 2012, cuestionadas en este proceso, debe declararse su nulidad, dado que se ha acreditado que vulneraron el derecho de acceso a la justicia; y, por consiguiente, corresponde que la demanda del recurrente sea nuevamente recalificada acerca de su procedencia o no, atendiendo a lo expuesto en esta sentencia y, particularmente, a los fundamentos 6, 7 y 8 *supra.*

10. En cuanto a la Resolución 1, de fecha 30 de mayo de 2012, debe señalarse que la demanda debe declarase improcedente, en vista que no se advierte que haya sido impugnada en el interior del proceso cuestionado.

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 autos, por haberse acreditado la vulneración del derecho de acceso a la justicia.

2. Reponiendo las cosas al estado anterior a la afectación, se dispone la nulidad de las Resoluciones 2 y 5, de fechas 12 de junio y 13 de setiembre de 2012, respectivamente, que ordenaron el rechazo de la demanda recaída en el Expediente 98-2012; y que, en consecuencia, la demanda sea nuevamente recalificada en cuanto a su procedencia o no, atendiendo a lo expuesto en esta sentencia y, particularmente, a los fundamentos 6, 7 y 8 *supra,* más el abono de los costos del proceso.

3. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo que se declare la nulidad de la resolución 1, de fecha 30 de mayo de 2012.

Publíquese y notifíquese.

SS.
MIRANDA CANALES
LEDESMA NARVÁEZ
URVIOLA HANI
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA

Sentencia 5181-2013-PA/TC

Proceso de amparo promovido por Jae Min Lee. El Tribunal declaró fundada la demanda sobre el derecho de pluralidad de instancias.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 31 de enero de 2017.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y, en consecuencia, nula la resolución de fecha 27 de marzo de 2012, expedida por la Sala de Apelaciones de Tarapoto. Asimismo, le ordenó que programe nueva fecha y hora para la realización de la audiencia de apelación en el proceso seguido contra Jae Min Lee por la comisión del delito contra los recursos naturales en agravio del Estado.

El problema jurídico surgido en el seno de la presente controversia es definir si haber declarado la nulidad del acta de apelación contra la sentencia condenatoria por la comisión del delito contra los recursos naturales ha transgredido el derecho de pluralidad de instancias.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, citando la resolución recaída en el Expediente 3261-2005-PA/TC y otras resoluciones, dejó sentado que el objeto del derecho a la pluralidad de instancias es 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.

Ahora bien, en el análisis del caso *sub litis*, el Tribunal advirtió que fue al amparo del artículo 423, inciso 3, del Nuevo Código Procesal Penal, que no se le permitió al recurrente acceder a una instancia o grado superior, pese a haber interpuesto el medio impugnatorio satisfaciendo las condiciones establecidas por la ley procesal penal.

Sin embargo, tras ello, el Tribunal tomó nota de que se había omitido considerar que, según la Sentencia 2964-2011-PHC/TC, la interpretación constitucionalmente conforme del precitado artículo era que sólo se declarará inadmisible el recurso de apelación cuando, además de la ausencia del imputado, también se aprecie la ausencia del abogado defensor. Por lo que, tomando en consideración ello, y advirtiendo que

en el caso sólo se alegaba la ausencia del recurrente pero no de su abogado, se debía concluir que en efecto se había transgredido el derecho de pluralidad de instancias.

A la mencionada sentencia, se ha anexado el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini, para quien el numeral 3 del artículo 423 del Código Procesal Penal, en virtud al cual se apercibe al procesado con la declaración de inadmisibilidad del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, si no se presentara a la audiencia de apelación, no sólo es inconstitucional sino también inconvencional, por contravenir el derecho a la pluralidad de instancias.

En tal sentido, bajo ese parámetro, y a diferencia de lo señalado en la sentencia en mayoría, el magistrado concluye que no existen nuevas interpretaciones del contenido normativo de la precitada disposición que sean acordes al texto constitucional.

Finalmente, la magistrada Ledesma Narváez emite voto singular considerando que en la demanda debió declararse infundada, pues el hecho de que el acusado recurrente no concurra injustificadamente a la audiencia de apelación y que, como consecuencia de ello, se declare la inadmisibilidad del recurso que interpuso, está constitucionalmente justificado.

Los argumentos que la magistrada considera que respaldan tal posición son, en primer lugar, la consolidación de principios procesales como el de contradicción efectiva, la inmediación y la oralidad. En segundo lugar, la pretensión de garantizar el derecho a recurrir y el debido desarrollo del Juicio de Apelación de Sentencia. Y en tercer lugar, la necesidad de que quien ofrezca nuevos medios de prueba en el Juicio de Apelación, participe en la actuación de los mismos; ya que lo contrario sería invisibilizar y restar de contenido al ejercicio de la autonomía privada en el derecho a recurrir.

Tema clave: Derecho de pluralidad de instancias.

EXP. N.° 05181 -2013-PA/TC
SAN MARTIN
JAE MIN LEE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 3 días del mes de enero de 2017, la Sala Primera del Tribunal Constitucional pronuncia la siguiente sentencia, con el voto en mayoría de los magistrados Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, y el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini, llamado a componer la discordia suscitada por el voto de la magistrada Ledesma Narváez.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jae Min Lee contra la resolución de fojas 151, de fecha 8 de julio de 2013, expedida por la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 3 de mayo de 2012, el recurrente interpone demanda de amparo contra los jueces de la Sala de Apelaciones de Tarapoto. Solicita que se declare la nulidad del acta de apelación de sentencia de fecha 27 de marzo de 2012, la cual declara inadmisible el recurso de apelación interpuesto por el recurrente contra la sentencia condenatoria en el proceso que se le sigue por la comisión del delito contra los recursos naturales, en la modalidad de alteración del ambiente o paisaje y bosques, o formaciones boscosas. Sostiene que dicha resolución viola su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en concreto, los derechos a la pluralidad de instancia y a la observancia del debido proceso.

Alega que en razón de no haber concurrido personalmente a la audiencia, mediante el acta impugnada se declaró inadmisible el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia de fecha 26 de octubre de 2011, que lo condenó a cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida bajo reglas de conducta y, además, le impuso 180 días multa y una reparación civil ascendente a cincuenta mil nuevos soles. A su juicio, la declaración de inadmisibilidad de su recurso de apelación resulta desproporcionada

e irracional, puesto que la resolución que dispone la fecha para la audiencia de apelación no señala la aplicación de ningún apercibimiento.

Considera, igualmente, que se ha inobservado el artículo 420.5 del Código Procesal Penal, que establece que a la audiencia de apelación podrán concurrir los sujetos procesales que lo estimen conveniente, y lo expresado por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, que en la Resolución 02-2009-LA LIBERTAD, sostuvo que no es proporcional exigir en la audiencia la presencia del apelante de una sentencia bajo el apercibimiento de desestimar liminarmente su impugnación. Finalmente, aduce que la resolución no se pronunció sobre el cuestionamiento de fondo de la sentencia y que esta tiene una serie de vicios insalvables de nulidad y carece de motivación.

El Procurador Público Adjunto a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial contesta la demanda. Luego de negarla en todos sus extremos, solicita que se la declare infundada, expresando que la inadmisibilidad decretada por el acta impugnada se encuentra arreglada a la ley procesal de la materia, la cual exige el cumplimiento escrupuloso de ciertos requisitos formales, entre los cuales cita lo prescrito en el artículo 423.3 del Código Procesal Penal, donde se indica que si el acusado no concurre injustificadamente a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso.

Mediante sentencia de fecha 5 de marzo de 2013, el Juez del Primer Juzgado Mixto de Alto Amazonas -Yurimaguas declara improcedente la demanda. Considera que la declaración de inadmisibilidad del recurso de apelación se realizó haciéndose efectivo el apercibimiento decretado en la Resolución 19, de fecha 14 de marzo de 2012, mediante la cual, además, se señaló fecha para la celebración de la audiencia de apelación de sentencia. A su turno, la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín confirma la apelada, tras considerar que el recurrente no interpuso el recurso de queja y que, por tanto, no se trata de una resolución judicial firme.

FUNDAMENTOS

1. Delimitación del petitorio

1.1 La demanda tiene por objeto que se declare la nulidad del acta de apelación de sentencia de fecha 27 de marzo de 2012, la cual, a su vez, declara inadmisible el recurso de apelación interpuesto por el recurrente contra la sentencia condenatoria emitida en el proceso que se le sigue por la comisión del delito contra los recursos naturales, en la modalidad de alteración del ambiente o paisaje y bosques, o formaciones boscosas. En consecuencia, busca que se emita pronunciamiento de fondo en segunda instancia o grado.

2. Análisis del caso

2.1 Argumentos de la demandante

2.1.1 El recurrente sostiene que debido a que no concurrió personalmente a la audiencia, mediante el acta impugnada se declaró inadmisible el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia de fecha 26 de octubre de 2011, la cual lo condenó a cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida bajo reglas de conducta y, además, le impuso 180 días multa y una reparación civil ascendente a cincuenta mil nuevos soles, violándose con ello sus derechos constitucionales a la pluralidad de instancia y a la observancia del debido proceso.

2.1.2 En particular, formula estas afirmaciones porque nunca se le apercibió de que se obraría del modo como se ha efectuado. Alega también que no se ha observado el artículo 420.5 del Código Procesal Penal, dado que este señala que a la audiencia de apelación podrán concurrir los sujetos procesales que lo estimen conveniente. Asimismo, considera que se ha obrado de manera contraria a la Resolución 02-2009-LA LIBERTAD, expedida por la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante la cual se estableció el criterio de que no es proporcional exigir en la audiencia la presencia del apelante de una sentencia bajo el apercibimiento de desestimar liminarmente su impugnación. Finalmente, alega que no hubo pronunciamiento sobre el fondo de la sentencia, la cual adolece de una serie de vicios de nulidad y carece de motivación.

2.2 Argumentos del demandado

2.2.1 El Procurador Público Adjunto a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial adujo que se declaró inadmisible el recurso aplicándose la ley procesal de la materia, la cual exige el cumplimiento escrupuloso de ciertos requisitos formales, uno de los cuales indica que si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso interpuesto (artículo 423.3 Código Procesal Constitucional).

2.3 Consideraciones del Tribunal Constitucional

2.3.1 La demanda de amparo fue desestimada al haberse cuestionado una resolución judicial que no tiene carácter firme. El argumento utilizado para desestimar el amparo fue que no se habrían agotado todos los recursos previstos en la ley procesal penal al respecto; y, en particular, la interpo-

sición del recurso de queja por denegatoria del recurso de apelación. Se debe hacer notar, sin embargo, que la interposición de dicho recurso no es legalmente exigible a efectos de satisfacer la condición que contiene el artículo 4 del Código Procesal Constitucional. Por ello es menester analizar si el acto que se reclama constituye una violación del derecho a la pluralidad de las instancias.

2.3.2 Este derecho —recordado en diversas oportunidades por el Tribunal Constitucional— forma parte del *debido proceso.* Además, su reconocimiento no solo se ha efectuado a nivel constitucional, sino también en el plano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (así, por ejemplo, en el ámbito latinoamericano, a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 8. inciso 2, parágrafo h), prevé que toda persona tiene el *«[...] Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.* De otro lado, en constante y uniforme doctrina jurisprudencial, este Tribunal ha afirmado que el derecho de acceso a los recursos o de 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. STC 1243-2008-PHC, F. J. 2; 5019- 2009-PHC, F. J. 2; 2596-2010-PA; F. J. 4).

2.3.3 Cabe igualmente anotar, que el derecho a la pluralidad de la instancia, en su sentido más básico, es un atributo personal de carácter procesal 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. RTC 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). La cuestión de cuál sea la denominación del medio jurídicamente previsto para el acceso al órgano de segunda instancia revisora no es un asunto constitucionalmente relevante. Se denomine recurso de apelación, recurso de nulidad, recurso de revisión, o cualquier otro, lo importante constitucionalmente es que permita un control eficaz de la resolución judicial primigenia. Y se viola dicho derecho cuando se impide u obstaculiza su acceso de manera arbitraria e irrazonablemente.

2.3.4 En el presente caso, este Tribunal observa que el recurrente denuncia que no se le ha permitido acceder a una instancia o grado superior, pese a haber interpuesto el medio impugnatorio satisfaciendo las condiciones establecidas por la ley procesal penal, por el simple hecho de no concurrir a la audiencia de apelación, aplicándose un apercibimiento realizado al amparo del artículo 423, inciso 3, del Nuevo Código Procesal Penal. En este contexto, se advierte que la declaración de inadmisibilidad del recurso de apelación ha impedido que el recurrente acceda al grado o la instancia judicial superior, con el propósito de que se revise la sentencia condenatoria dictada en su contra. Ello constituye una intervención sobre el derecho a la pluralidad de la instancia cuya legitimidad es menester indagar.

2.3.5 Un examen de esa naturaleza fue efectuado por este Tribunal en la Sentencia 2964-2011-PHC/TC. Allí se dijo que si bien el inciso 3) del artículo 423 del Nuevo Código Procesal Penal tenía como finalidad que se cumpla con principios procesales de primer orden (tales como el de *contradicción efectiva, inmediación y oralidad* en el proceso penal), y que la consecuencia jurídica de dicha disposición legislativa era una medida adecuada para alcanzarla, esta no era una medida necesaria, pues

> 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, [...] debe ser interdictada por este Tribunal.

2.3.6 Cabe apuntar que la ausencia de justificación material en la *aplicación* del inciso 3) del artículo 423 del Nuevo Código Procesal Penal invalida la resolución judicial que declaró la inadmisibilidad del recurso de apelación. Pero de esto no necesariamente se deriva la invalidez constitucional de la *disposición* legislativa en sí misma. La existencia de una norma (es decir, un sentido interpretativo) constitucionalmente conforme en la disposición impide que este Tribunal (o cualquier otro) pueda declarar su inconstitucionalidad. Y, como también se expresó en la Sentencia 2964-2011-PHC/TC, sí existe una interpretación constitucionalmente conforme de la disposición en cuestión:

> lista 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.

2.3.7 Así las cosas, corresponde estimar la pretensión.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda. **NULA** la resolución de fecha 27 de marzo de 2012, expedida por la Sala de Apelaciones de Tarapoto, y nulo todo lo actuado a partir de esta resolución.

2. **ORDENAR** que la Sala de Apelaciones de Tarapoto programe nueva fecha y hora para la realización de la audiencia de apelación, en el proceso seguido contra don Jae Min Lee por la comisión del delito contra los recursos naturales en agravio del Estado.

Publíquese y notifíquese.

SS.
BLUME FORTINI
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.° 05181-2013-PA/TC
SAN MARTIN
JAE MIN LEE

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI EN EL QUE OPINA QUE DEBE DECLARARSE FUNDADA LA DEMANDA POR HABERSE VULNERADO EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PLURALIDAD DE INSTANCIA, YA QUE EL APERCIBIMIENTO CONTENIDO EN EL NUMERAL 3 DEL ARTÍCULO 423 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, ES INCONSTITUCIONAL E INCONVENCIONAL

Concuerdo con la opinión de mis colegas magistrados Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera en el sentido que, conforme lo afirman literalmente, en el presente caso corresponde:

> "...que se declare **FUNDADA** la demanda; **NULA** la resolución de fecha 27 de marzo de 2012, expedida por la Sala de Apelaciones de Tarapoto, y nulo todo lo actuado a partir de esta resolución.
>
> Asimismo, se debe **ORDENAR** que la Sala de Apelaciones de Tarapoto programe nueva fecha y hora para la realización de la audiencia de apelación, en el proceso seguido contra don Jae Min Lee por la comisión del delito contra los recursos naturales en agravio del Estado."

Empero, mi posición en cuanto a la aplicación del apercibimiento contenido en el numeral 3 del artículo 423 del Código Procesal Penal difiere sustancialmente de la de los referidos magistrados, por cuanto, a mi juicio, tal dispositivo legal que dispone declarar inadmisible el recurso de apelación si el recurrente no acude a la denominada "audiencia de apelación" a pesar de haber interpuesto oportunamente su recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, no solo es inconstitucional sino también inconvencional, por contradecir abiertamente los tratados internacionales sobre derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que ha delineado el contenido convencionalmente protegido del derecho fundamental a la pluralidad de instancias.

La fundamentación del presente voto la realizo de acuerdo al siguiente esquema:

1. Antecedentes
2. El derecho fundamental a la pluralidad de instancia
3. Análisis del caso
4. El sentido de mi voto

1. Antecedentes

1.1. Con fecha 3 de mayo de 2012, el recurrente interpuso demanda de amparo contra los jueces de la Sala de Apelaciones de Tarapoto. Solicita que se declare la nulidad del acta de apelación de sentencia, de fecha 27 de marzo de 2012, mediante la cual se declara inadmisible el recurso de apelación interpuesto por el accionante contra la sentencia condenatoria en el proceso que se le sigue por la comisión del delito contra los recursos naturales, en la modalidad de alteración del ambiente o paisaje y bosques o formaciones boscosas. Sostiene que dicha resolución viola su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en concreto, los derechos a la pluralidad de instancia y a la observancia del debido proceso.

1.2. Alega que en razón de no haber concurrido personalmente a la audiencia, mediante el acta impugnada se declaró inadmisible el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia de fecha 26 de octubre de 2011, que lo condenó a cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida bajo reglas de conducta y, además, le impuso 180 días multa y una reparación civil ascendente a S/.50,000.00 (cincuenta mil nuevos soles).

1.3. A su juicio, la declaración de inadmisibilidad de su recurso de apelación resulta desproporcionada e irracional, puesto que la resolución que dispone la fecha para la audiencia de apelación no señala la aplicación de ningún apercibimiento.

1.4. Considera, igualmente, que se ha inobservado el artículo 420.5 del Código Procesal Penal, que establece que a la audiencia de apelación podrán concurrir los sujetos procesales que lo estimen conveniente, y lo expresado por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, que en la resolución N.° 02-2009-LA LIBERTAD, sostuvo que no es proporcional exigir en la audiencia la presencia del apelante de una sentencia bajo el apercibimiento de desestimar liminarmente su impugnación. Finalmente, aduce que la resolución no se pronunció sobre el cuestionamiento de fondo de la sentencia, la misma que tiene una serie de vicios insalvables de nulidad y carece de motivación.

1.5. El Procurador Público Adjunto a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial contestó la demanda, negándola en todos sus extremos, solicitando que se la declare infundada, expresando que la inadmisibilidad decretada por el acta impugnada se encuentra arreglada a la ley procesal de la materia, la cual exige el cumplimiento escrupuloso de ciertos requisitos formales, entre los que se encuentra lo prescrito en el artículo 423.3 del Código Procesal Penal, donde se indica que si el acusado no concurre injustificadamente a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso.

1.6. Mediante sentencia de fecha 5 de marzo de 2013, el Juez del Primer Juzgado Mixto de Alto Amazonas - Yurimaguas declaró improcedente la demanda. Al respecto, consideró que la declaración de inadmisibilidad del recurso de apelación se realizó haciéndose efectivo el apercibimiento decretado en la resolución N.° 19, de fecha 14 de marzo de 2012, mediante la cual, además, se señaló fecha para la celebración de la audiencia de apelación de sentencia.

1.7. La Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín confirmó la apelada, tras considerar que el recurrente no interpuso el recurso de queja y que, por tanto, no se trata de una resolución judicial firme.

2. El derecho fundamental a la pluralidad de instancia

2.1. El derecho fundamental a la pluralidad de instancia, reconocido en el artículo 139, inciso 6 de la Constitución, constituye uno de los pilares en los que se cimenta el Estado Constitucional peruano, respetuoso de la primacía normativa de la Constitución y garante de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, que considera a la persona humana como un valor supremo anterior y superior al propio Estado y que, por tanto, condiciona todo el accionar de la Administración Pública.

2.2. Tal derecho fundamental ha sido consagrado en instrumentos internacionales ratificados por el Estado Peruano que, por consiguiente, forman parte del Derecho interno; tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 8, inciso 2, literal h) establece literalmente que "Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas (...) derechos de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior"; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 14, inciso 5 contempla expresamente que "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley".

2.3. Esto último, desde ya adelanto, no implica vaciar completamente de contenido el referido derecho constitucional por vía legislativa, estipulando requisitos irrazonables que, de no ser cumplidos, finalmente impedirían un pronunciamiento de fondo por parte de la instancia de revisión. A este respecto, la propia Corte IDH ha señalado que "Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir el fallo (...) no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos" (cfr. Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, sentencia del 2 de julio de 2004, párrafo 161).

2.4. Asimismo, tal Corte ha hecho suyo el criterio del Comité de Derechos Humanos establecido en los casos M. Sineiro Fernández c. España (1007/2001), dictamen del 7 de agosto de 2003, párrafos 7 y 8; y Gómez Vásquez c. España (701/1996), dictamen del 20 de julio de 2000, párrafo 11.1 m, en el sentido que "(...) la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación (...), limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14 del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la propia pena, en violación del párrafo 5 del Pacto." (cfr. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia del 2 de julio de 2004, párrafo 166).

2.5. No solo eso, la Corte IDH ha afirmado en otros de sus casos que en tanto las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, "(...) el derecho a recurrir el fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respeto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado" (cfr. Caso Mohamed vs. Argentina, sentencia del 23 de noviembre de 2012, párrafo 92). Es decir, como quiera que una sentencia condenatoria refleja en su cabal dimensión el poder punitivo del Estado, debe tenerse un mayor celo al protegerse los derechos procesales de aquel que es condenado en un proceso, lo que implica garantizar escrupulosamente la revisión del fallo condenatorio a través del respectivo pronunciamiento del superior jerárquico.

2.6. Enfatizo en este punto, que constituye un imperativo para los operadores de justicia el interpretar los derechos conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos y la jurisprudencia supranacional dictada al respecto, según lo señala la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución peruana, que a la letra preceptúa "Las normas relativas a los derechos y 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 ratificadas por el Perú"; y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que expresamente dispone: "El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte".

2.7. Vale decir, que el Estado peruano, al aplicar el Derecho a través de sus órganos de justicia, se encuentra obligado a interpretarlo de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la jurisprudencia de las cortes internacionales correspondientes. Esto no es otra cosa que el sometimiento del Estado peruano al Derecho Convencional, en tanto parte suscriptora de tratados internacionales sobre Derechos Humanos y, por tanto, respetuosa de los mismos y de las decisiones de los tribunales internacionales que trazan el contenido protegido de tales derechos.

2.8. A nivel interno, y en armonía con los convenios internacionales antes referidos, debo añadir que el Tribunal Constitucional en reiterada, abundante y uniforme jurisprudencia, ha sostenido que el derecho fundamental a la pluralidad de instancia forma parte inherente del derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 139, inciso 6 de la Constitución (cfr. SSTC 1243-2008- PHC/TC, fundamento 2; 5019-2009-PHC/TC, fundamento 2; 2596-2010-PA/TC, fundamento 4; entre otras); y, en relación a su contenido, ha 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, fundamento 3; 5108-2008-PA, fundamento 5; 5415-2008-PA, fundamento 6; y STC 0607-2009-PA, fundamento 51). En ese orden, debe advertirse que el derecho a la pluralidad de la instancia guarda también conexión estrecha con el derecho fundamental de defensa, reconocido en el artículo 139, inciso 14 de la misma Carta Fundamental.

2.9. Sentado esto, agrego que si bien el Tribunal Constitucional ha indicado que el derecho a la pluralidad es uno de configuración legal (cfr. SSTC 5194-2005- PA/TC, fundamento 4; 10490-2006-PA/TC, fundamento 11; 6476-2008-PAATC,

fundamento 7), recalco que esto no significa, en modo alguno, que el legislador ordinario, al regular los requisitos para su ejercicio, lo deje sin contenido o lo limite irrazonablemente, contraviniendo así la voluntad del legislador constituyente, titular de la voluntad originaria, suprema y soberana. Se trata entonces de verificar en cada caso si lo regulado se encuentra dentro del marco de lo "constitucionalmente posible", o si, por el contrario, lo previsto legalmente resulta arbitrario en todos los sentidos interpretativos, en cuyo caso corresponde a la justicia constitucional utilizar los mecanismos correctivos necesarios para restablecer el pleno goce del derecho fundamental afectado.

3. Análisis del caso

3.1 El artículo 423 del Código Procesal Penal referido al trámite de apelación de las sentencias preceptúa expresamente 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."

Como se aprecia, el Código Procesal Penal ha creado la diligencia procesal denominada "audiencia de apelación", que se realiza en segunda instancia, con posterioridad a la apelación de sentencia y en la que, de acuerdo al citado código, se

da a las partes la oportunidad para desistirse total o parcialmente de la apelación interpuesta o para ratificar los motivos de la apelación; se actúan las pruebas admitidas; se da lectura a los informes periciales; se exponen los alegatos; entre otros. En caso el recurrente no acuda a tal diligencia, sea el acusado u otra parte, el numeral 3 del citado artículo 423 contiene como apercibimiento la declaración de inadmisibilidad del recurso de apelación interpuesto. Es decir, incurriendo en un inconstitucional e inconvencional exceso, el referido numeral regula el rechazo del recurso de apelación previamente interpuesto y concedido por la instancia anterior, ante la inconcurrencia injustificada del apelante a la audiencia de apelación.

Como he señalado, el derecho fundamental a la pluralidad de la instancia está reconocido expresamente en el artículo 139, inciso 6 de la Constitución. A ello debo añadir que, a criterio del Tribunal Constitucional, pertenece, *prima facie,* al contenido constitucionalmente protegido del mismo, 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/TC).

En tal virtud, todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone, para su validez, el que se respete su contenido constitucionalmente protegido; es decir, que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo.

Ello, desde luego, como ya ha señalado el Tribunal Constitucional no significa que la configuración *in toto* del contenido del derecho fundamental queda librada a la discrecionalidad del legislador, sino tan solo que existe un contenido constitucionalmente protegido del derecho que está garantizado por la propia Norma Fundamental y que, por tanto, resulta indisponible para el legislador. Dicha delimitación legislativa, en la medida que sea realizada sin violar el contenido constitucionalmente protegido del propio derecho u otros derechos o valores

constitucionales reconocidos, forma el parámetro de juicio para controlar la validez constitucional de los actos de los poderes públicos o de privados.

En ese orden de ideas y conforme lo he señalado con anterioridad (cfr. FV de la STC 07683-2013-PHC/TC), considero que el exigir la presencia física del imputado en la audiencia de apelación de sentencia, como lo dispone el numeral 3 del artículo 423 del Código Procesal Penal, bajo apercibimiento de declararse inadmisible el medio impugnatorio interpuesto, resulta una medida irrazonable y desproporcionada, que contraviene el contenido constitucional y convencionalmente protegido del derecho fundamental a la pluralidad de instancia, pues la aplicación de un apercibimiento que impide la obtención de un pronunciamiento del superior jerárquico no garantiza de ninguna manera el pleno goce de este derecho; hecho que es más grave aún si se tiene en cuenta que nos encontramos en procesos penales en los que se deslindan responsabilidades respecto de conductas tipificadas como delitos, que finalmente pueden conllevar a una pena privativa de la libertad de la persona procesada. Es precisamente en estos casos, en los que, repito, se observa a cabalidad el poder punitivo del Estado, que se deben brindar mayores garantías a los justiciables y no entorpecer el proceso con requisitos legales que resultan inoficiosos, insubstanciales y contraproducentes, como el previsto en el citado numeral 3 del artículo 423 del Código Procesal Penal; numeral que, a la luz de todo lo expresado, resulta no solo inconstitucional sino inconvencional por entrar en abierta contravención de los tratados internacionales antes descritos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que también ha sido citada.

3.6 A contramano de lo expresado por el Tribunal Constitucional en jurisprudencia anterior (cfr. STC 02694-2011-PHC/TC), a mi juicio no existen nuevas interpretaciones del contenido normativo de tal disposición que sean acordes con la Constitución, pues, lo enfatizo, resulta irrazonable y a todas luces desproporcionado, que bajo el argumento de que es un derecho de configuración legal, el legislador ordinario regule un apercibimiento que deja sin contenido el derecho fundamental a la pluralidad de instancia, estableciendo un requisito inoficioso que justamente imposibilita la pluralidad de instancia. En tal sentido, en estricta aplicación del control difuso de la constitucionalidad y de la convencionalidad de las normas, debió desaplicarse tal medida y, como consecuencia de ello, el accionante debe obtener una revisión de su sentencia y, por tanto, un pronunciamiento de fondo por parte del superior jerárquico.

3.7 Finalmente, debo mencionar que, en reciente pronunciamiento publicado (cfr. Sentencia 4865-2012-PHC/TC), el Tribunal Constitucional ha señalado literal-

mente en un caso sustancialmente análogo que si bien "(...) la presencia física del apelante en la denominada audiencia de apelación puede permitir la contradicción, así como la oralidad y la inmediación, la sola voluntad del apelante de impugnar la sentencia expresada en la interposición del recurso de apelación, dentro del plazo correspondiente, conlleva el ejercicio del derecho a la pluralidad de instancias y la obligación del órgano jurisdiccional de respetarlo y garantizarlo, así como de emitir el pronunciamiento respectivo", lo que, en mi opinión, debe ser interpretado como un cambio de la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional para estos casos, que es más acorde con las pautas convencionales contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos y delimitada por las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3.8 Así las cosas, corresponde declarar nula las resolución judicial cuestionada por el recurrente; y, como consecuencia de esto, debe reprogramarse la audiencia de apelación de sentencia en una fecha próxima y, sin perjuicio de que acuda o no el recurrente a tal audiencia, emitirse la correspondiente sentencia de segunda instancia.

4. El sentido de mi voto

Mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho constitucional a la pluralidad de instancias; y, en consecuencia, **NULA** la resolución contenida en el acta de apelación de sentencia de fecha 27 de marzo de 2012, que declaró inadmisible el medio impugnatorio de apelación interpuesto contra la sentencia condenatoria y nulo todo lo actuado a partir de esta resolución; **SE ORDENE** a la Sala de Apelaciones de Tarapoto programe nueva fecha y hora para la realización de la audiencia de apelación, en el proceso seguido contra don Jae Min Lee por la comisión del delito contra los recursos naturales en agravio del Estado.

S.
BLUME FORTINI

EXP. N.° 05181-2013-PA/TC
LIMA
JAE MIN LEE

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Basada en el principio de pluralismo que inspira la labor jurisdiccional que realiza este Tribunal Constitucional del cual formo parle, con el respeto que merece la opinión expresada en el presente caso por mis colegas magistrados, paso a exponer las razones que justifican mi decisión disidente con la sentencia en cuanto se refiere a la presunta vulneración del derecho a la pluralidad de instancias o grados y que ha sido declarada fundada por la mayoría:

§, Antecedentes

1. De la demanda se advierte que en el proceso penal subyacente al amparo, luego de leída la sentencia condenatoria y concedido el medio impugnatorio de apelación, se realizó una audiencia de apelación de sentencia con fecha 27 de marzo de 2012 ante la Sala Penal de Apelaciones de Tarapoto - Corte Superior de Justicia de San Martín, donde solo estuvo presente el abogado defensor del demandante, y no éste, por lo que se declaró inadmisible dicho medio impugnatorio, bajo el argumento de la inconcurrencia del acusado apelante e invocándose el inciso 3 del artículo 423° del nuevo Código Procesal Penal (NCPP). Por tanto, se solicita se declare la nulidad de la resolución a través de la cual se decreta la inadmisibilidad del medio impugnatorio interpuesto contra la sentencia condenatoria expedida en el proceso penal signado con el Expediente N.° 2011-0055-JPU, por vulnerar el derecho a la pluralidad de instancias del favorecido.

2. La opinión en mayoría considera que la actuación judicial descrita *supra* es contraria al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pluralidad de instancias o grados expresado en la STC N.° 2964-2011-HC, pues, pese a no encontrarse presente el favorecido, se debió llevar a cabo la audiencia de apelación de sentencia al sí estarlo la abogada defensora y tener la facultad para sustentar oral y técnicamente los argumentos del medio impugnatorio de apelación para que estos sean sometidos al contradictorio y al debate oral con el representante

del Ministerio Público. Por tanto, al haberse acreditado la vulneración del derecho a la pluralidad de instancias reconocido en el artículo 139° inciso 6 de la Constitución, declaran fundada este extremo de la demanda.

§. El "derecho al recurso" y **el "derecho a recurrir"**

3. Como se sabe, el derecho al recurso^conocido también como el derecho a los medios impugnatorios, es aquel derecho fundamental que habilita la posibilidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por otro órgano jurisdiccional pero de mayor jerarquía. Este derecho es uno de configuración legal, lo que implica que corresponderá al legislador, en el marco de lo constitucionalmente posible, crear los recursos, establecer los requisitos para su admisión, así como precisar el procedimiento a seguir a efectos de su aplicación.

4. No obstante, es necesario precisar que entre el derecho al recurso derivado del derecho a la tutela judicial efectiva y el "derecho a recurrir" regulado en nuestra Constitución y normativa internacional, existe una distinción que resaltar. Y es que el derecho al recurso, como ya se refirió, es uno de configuración legal; en tanto que el derecho a recurrir es un derecho constitucional ajeno a la voluntad discrecional del legislador que encuentra fundamento en el principio de autonomía, así como en el interés subjetivo.

§. El Juicio de Apelación de Sentencia en el nuevo modelo procesal penal

5. En el marco del nuevo modelo procesal penal el legislador ha diseñado el Juicio de Apelación de Sentencia. Este Juicio de Apelación de Sentencia, que está regulado en los artículos 421° al 426° del NCPP, contempla las siguientes etapas:

   a) Previa.- Esta etapa se lleva a cabo según lo establecido por el artículo 405° del NCPP. que supone:

   - La presentación del recurso ante el juez que emitió la resolución que se busca impugnar;
   - El pronunciamiento del juez sobre la admisión del recurso y notificación de la decisión a las partes; y,
   - La elevación de los actuados al órgano jurisdiccional competente.

   b) Calificatoria.- Según lo señalado por el artículo 421°, desde aquí empieza la participación de la Sala revisora:

   - Recibidos los autos, la Sala comunica a las partes el escrito de fundamentación del recurso de apelación;

- Cumplida la absolución del traslado o vencido el plazo (5 días), la Sala admite o rechaza de plano el recurso;
- Si la Sala admite el recurso, comunicará a las partes para que ofrezcan pruebas.

c) Probatoria.- Esta etapa se rige por lo precisado en los artículos 422° y 423°:

- Se ofrecen las pruebas;
- La Sala en un plazo de 3 días decide su admisibilidad;
- A través del auto de admisión de pruebas, la Sala convoca a las partes para la audiencia de apelación.

d) Juicio de Apelación: Audiencia y **Sentencia.-** El Juicio de Apelación de Sentencia se ciñe, en estricto, a lo regulado por los artículos 424° al 426° del Código; en tanto que en la audiencia de apelación se deberán observar las normas relativas al juicio de primera instancia en cuanto le sean aplicables:

- Iniciado el debate se hará una relación de la sentencia recurrida y de las impugnaciones correspondientes. Asimismo, las partes tendrán oportunidad de desistirse parcial o totalmente de la apelación interpuesta;
- Se actúan las pruebas admitidas y se lleva a cabo los interrogatorios;
- Las partes ofrecen sus alegatos;
- En los 10 días siguientes, la Sala expide pronunciamiento.

§. La presencia del acusado en la audiencia de apelación como requisito para la admisión del recurso impugnatorio: una exigencia constitucionalmente válida

6. El artículo 423° del NCPP en su inciso 3 establece lo siguiente:

> "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" (subrayado nuestro).

7. A propósito de esta disposición, en la sentencia recaída en el Expediente N.° 2964- 2011-HC, el Tribunal Constitucional entendió que una interpretación correcta de la misma, que no suponga la afectación del derecho a la pluralidad de instancia, es aquella que solo declara 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, toda vez que la sola presencia de este último

basta para admitir el recurso y llevar adelante el debate. Esta interpretación ha sido recogida por mis colegas para estimar la presente demanda de hábeas corpus. Sin embargo, no comparto dicho criterio.

8. A mi juicio, cuando la norma contenida en el citado inciso 3 del artículo 423° impone como requisito la presencia del acusado en la audiencia de apelación para la admisión del recurso impugnatorio, precisa una exigencia constitucionalmente válida toda vez que busca "consolidar la vigencia de principios procesales y procedimentales de primer orden: contradicción efectiva -que integra la garantía de defensa procesal-, inmediación y oralidad - que integran la garantía del debido proceso- (Cfr. Recurso de Apelación de la Sala Penal Permanente N° 02-2009/La Libertad), en la medida que el Juicio de Apelación de Sentencia, como ya se refirió *supra*, importa un nuevo juicio oral donde las garantías procesales tienen que ser respetadas. Pero también es una exigencia constitucionalmente válida porque la norma se funda en el presupuesto de que el derecho a recurrir encuentra fundamento en el principio de autonomía y en el interés subjetivo del acusado.

9. Como se sabe, la impugnación está sujeta a ciertos presupuestos de orden objetivo y subjetivo. Respecto a los primeros, cabe mencionar que será necesario i) que el recurso se encuentre previsto en la ley. ii) que sea interpuesto dentro del plazo previsto, y, iii) que se haya cumplido con pagar la tasa correspondiente (en aquellos supuestos que constituya un requisito). En relación a los presupuestos de naturaleza subjetiva, estos se refieren i) al interés directo de la parte y ii) al agravio producido en los derechos del interesado.

10. Sobre el interés directo de la parte, es necesario precisar que este presupuesto resulta ser el más importante, ya que sin la voluntad de la parte para recurrir una decisión judicial que le causa agravio, cualquier intento que pueda ejercer un tercero en su defensa pero sin su anuencia, carecerá de sentido. Y así lo ha entendido la norma procesal penal cuando en su artículo 424° advierte la posibilidad de que las partes interesadas, en la audiencia misma de apelación, puedan formular su desistimiento.

11. En tal sentido, cuando el artículo 423° inciso 3, frente a la ausencia injustificada del acusado a la audiencia de apelación, obliga al juzgador a declarar la inadmisibilidad del recurso que se presentó, no establece una regla contraria a la *norma fundamental* ni incide inconstitucionalmente en el derecho a la pluralidad de instancia o el derecho al recurso. Por el contrario, busca garantizar el derecho a recurrir y el desarrollo debido del Juicio de Apelación de Sentencia. La pluralidad de instancia queda garantizada en la etapa calificatoria del Juicio de Apelación de Sentencia, donde la Sala tiene la competencia para admitir el recurso o rechazarlo

de plano (artículo 421°).

12. De todo lo expuesto se colige que el derecho a recurrir no es irrestricto, sino que está sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos, los que en el caso concreto del proceso ' penal el legislador lo ha fijado en el art. 405 CPP. Que la revisión de lo decidido, se promueve precisando quién provoca la impugnación y los puntos de la decisión que cuestiona, pues, a través de esa precisión se determina la competencia del tribunal revisor; en ese sentido el texto del art. 409.1 Código Procesal Penal, permite sostener que se ha ejercicio el derecho a impugnar, a través de la intervención del abogado defensor; debe advertirse que el ejercicio de la impugnación pasa por dos fases: la primera, consistente en promover la impugnación recurriendo directamente la resolución, en favor del patrocinado; la segunda, consistente en la habilitación de la competencia del Tribunal revisor solamente para resolver la materia impugnada; esta intervención permite para dicho Colegiado, un previo control sobre la admisibilidad del recurso, teniendo la posibilidad de anular el concesorio de la apelación si fuere el caso. En caso se supere este control, el Tribunal revisor procederá a examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto a la aplicación del derecho, para que la Sala revisora opte por la anulación o la revocación total o parcial de lo decidido.

13. Cuando se trata de apelación de sentencias, la ley procesal ha regulado un pequeño procedimiento que permite el ofrecimiento y actuación de determinados medios de prueba en la audiencia de apelación, asumiendo que si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia de apelación, en la que ha ofrecido pruebas, se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso.

    El efecto legal es razonable, pues, si se promueve una revisión de la sentencia y luego se ofrece medios de prueba para ser apreciadas por la instancia revisora, es vital que quien ofrece dicha prueba participe de la actuación de ésta, como parte de su carga probatoria; no asumir una posición como la que se expone, es invisibilizar y restar de contenido al ejercicio de la autonomía privada en el derecho a recurrir, pues, si bien en un primer momento se permite que sea el abogado defensor de la parte el que la promueva, el sostenimiento de esta impugnación pasa porque el acusado recurrente confirme dicha actividad de su defensa, con la mera concurrencia a la audiencia de ley. Tampoco se podría asumir que se afecta el derecho de recurrir, el proceder conforme lo establece el art 423.3 CPP, pues, la impugnación ya se ha promovido, fruto de ello el juez revisor ha asumido la competencia para conocer la sentencia cuestionada y apreciar los medios de prueba que se ofrecen para tal fin; sin embargo, es vital tener la clara evidencia que esta impugnación oficiosa promovida por su defensa técnica, es como conse-

cuencia de la impugnación de la propia beneficiada que se sujeta y asume todos los efectos de la revisión promovida por su defensa técnica.

§. Efectos del presente voto singular

14. Tal como advertí al inicio, mi posición es contraria a la decisión mayoritaria sobre el extremo de la sentencia referido a la presunta vulneración del derecho a la pluralidad de instancias o grados. En tal sentido, y por los argumentos señalados precedentemente, considero que la demanda debe ser declarada INFUNDADA.

S.
LEDESMA NARVÁEZ

Sentencia 0023-2014-PA/TC

Proceso de amparo promovido por Pedro Pablo Bibiano Díaz. El Tribunal declaró fundada la demanda sobre el derecho de pensión.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 23 de enero de 2017.

Resumen: El Tribunal declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por Pedro Pablo Bibiano Díaz y, en consecuencia, declaró nula la Resolución 9241-2010-ONP/DPR/DL 19990. Asimismo, repuso las cosas al estado anterior y ordenó que la ONP cumpla con otorgarle al demandante la pensión reducida de jubilación.

La controversia a resolver en este caso busca determinar si procede reconocer al demandante la pensión reducida del régimen del Decreto Ley 19990, conforme al Decreto Supremo 082-2001-EF (ahora Decreto Supremo 092-2012-EF).

Al respecto, el Tribunal consideró que ya en la Sentencia 2844-2007-PA/TC dejó sentado que la aplicación del Decreto Supremo 082-2001-EF (ahora Decreto Supremo 092-2012-EF) dependía de la acreditación de la existencia de vínculo laboral, y no del período de aportación suficiente señalado en el Decreto Ley 19990, ya que con aquella norma se regulaba un régimen pensionario excepcional.

Bajo dicha lógica, el Tribunal concluyó que en el presente caso se había vulnerado el derecho a la pensión, por cuanto, pese a que el recurrente solicitó administrativamente la aplicación del decreto en mención y que la ONP había reconocido el vínculo laboral existente con su ex empleadora por más de 4 años, tiempo suficiente según el Decreto Supremo 092-2012-EF, se le denegó injustificadamente la pensión solicitada.

Tema clave: Derecho de pensión.

EXP. N.° 00023-2014-PA/TC
LIMA
PEDRO PABLO BIBIANO DÍAZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, al primer día de julio de 2016, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento de la magistrada Ledesma Narváez, aprobado en la sesión de pleno de fecha 24 de junio de 2016

ASUNTO

618 Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Pedro Pablo Bibiano Díaz contra la resolución de fojas 226, de fecha 23 de octubre de 2013, expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP) con el objeto de que se declare inaplicable la Resolución 9241-2010-ONP/DPR/DL 19990; y que, en consecuencia, se le otorgue pensión de jubilación reducida a tenor del Decreto Ley 19990, con el reconocimiento previo del total de aportaciones en aplicación del Decreto Supremo 082-2001-EF. Asimismo, solicita el pago de las pensiones devengadas, los intereses legales y costos del proceso.

La ONP contesta la demanda manifestando que el demandante no ha cumplido con acreditar los aportes requeridos legalmente para acceder a la pensión solicitada.

El Quinto Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 4 de abril de 2013, declaró infundada la demanda, por estimar que el demandante no cumple el número mínimo de aportaciones para acceder a la pensión solicitada.

La Sala civil revisora confirmó la apelada por fundamento similar.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. En el presente caso, el actor solicita que se le otorgue la pensión reducida del régimen del Decreto Ley 19990, con la aplicación del Decreto Supremo 0822001EF, conforme a su norma sustitutoria, el Decreto Supremo 092-2012-EF, para el reconocimiento total de sus aportaciones.

2. En reiterada jurisprudencia, sobre la base de los alcances del derecho fundamental a la pensión como derecho de configuración legal, este Tribunal ha delimitado los lineamientos jurídicos que permiten ubicar las pretensiones que, por pertenecer al contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho o estar directamente relacionadas con él, merecen protección a través del proceso de amparo. Por ello, se ha precisado que forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos para su obtención.

3. En consecuencia, corresponde analizar si el demandante cumple los presupuestos legales que permitirán determinar si tiene derecho a percibir la pensión que reclama, pues de ser así se estaría verificando la arbitrariedad en el accionar de la entidad demandada.

Análisis de la controversia

4. Sobre la aplicación del Decreto Supremo 082-2001-EF, derogado por la Única Disposición Derogatoria del Decreto Supremo 092-2012-EF, Reglamento de la Ley 29711, este Tribunal Constitucional ha dejado establecido en la Sentencia 02844-2007-PA/TC que la aplicación del indicado dispositivo legal se enmarca dentro de su carácter excepcional y que debe estar en armonía con el presupuesto al cual obedece, esto es, siempre y cuando se hubiese podido acreditar la existencia del vínculo laboral, pero no el periodo de aportación suficiente para acceder a una prestación económica en el Decreto Ley 19990. Asimismo, ha puesto de relieve que la acreditación de años de aportes, mediante declaración jurada, deberá efectuarse dentro del proceso administrativo sujetándose al cumplimiento de las condiciones y los requisitos previstos en el citado decreto supremo.

5. Fluye de autos que mediante la Resolución 9241-2010-ONP/DPR/DL 19990, de fecha 6 de diciembre de 2010 (folio 2), se declaró infundado el recurso de apelación interpuesto por el recurrente contra las Resoluciones 5681-2008-ONP/DPR.SC/DL 19990 y 93142-2007-ONP/DPR.SC/DL19990, que denegaron su solicitud de pensión de jubilación del Decreto Ley 19990 por haber acreditado

solo 4 años y 1 mes de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones. La resolución cuestionada declaró que no era procedente la aplicación del Decreto Supremo 082-2001-EF (ahora Decreto Supremo 092-2012-EF) al demandante, aduciendo que en la verificación efectuada por la ONP se constató que el actor no acreditó vínculo laboral con su exempleador Cooperativa Agraria Huallaga Vichaycoto en determinadas semanas y que no figuraba en los libros de planillas de salarios.

6. Sobre el particular, para la aplicación del Decreto Supremo 082-2001-EF, conforme este Tribunal Constitucional lo ha señalado en la Sentencia 02844-2007-PA/TC, el recurrente debió acreditar el vínculo laboral con certificados de trabajo, liquidación de beneficios sociales, boletas de pago de haberes, declaración jurada del empleador o algún otro documento.

7. En tal sentido, de la revisión de autos se verifica que el demandante solicitó a la ONP, con fecha 11 de julio de 2008, acogerse a los beneficios del Decreto Supremo 082-2001-EF, derogado por el Decreto Supremo 092-2012-EF, para lo cual presentó la declaración jurada correspondiente (folio 100). Este pedido fue reiterado el 6 de enero (folio 97) y el 13 de mayo de 2010. En esta oportunidad, para acreditar el vínculo laboral, el recurrente adjuntó copia legalizada del certificado de trabajo extendido por la Cooperativa Agraria Huallaga Vichaycoto y Anexos Ltda. (folio 145) y la declaración jurada de la indicada exempleadora (folio118), así como un documento de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp) que demuestra que quien suscribió dichos documentos se encontraba facultado para ello por ocupar el cargo de presidente de la citada cooperativa (folio 119); por consiguiente, al caso del actor resulta de aplicación el Decreto Supremo 092-2012-EF, dado que uno de los requisitos que se debe cumplir es que previamente el asegurado lo haya solicitado administrativamente, y este ha sido satisfecho.

8. Ahora bien, de la resolución impugnada se advierte que la ONP le denegó al actor la pensión reducida de jubilación del Decreto Ley 19990, con el argumento de que solo acreditaba 4 años y 1 mes de aportes. Debe mencionarse al respecto que dicho lapso, reconocido por la Administración, corresponde al periodo laboral de marzo de 1958 a mayo de 1963 con la exempleadora Cooperativa Agraria Huallaga Vichaycoto y Anexos Ltda.

9. En consecuencia, de autos se desprende que el accionante cumplió con solicitar incluso reiteradas veces la aplicación del Decreto Supremo 082-2001-EF, ahora Decreto Supremo 092-2012–EF, para el otorgamiento de su pensión. A estos efectos presentó la documentación mencionada en el fundamento 7 *supra*; no obstante, se le denegó la pensión, pese a que de la relación laboral con

su exempleadora Cooperativa Agraria Huallaga Vichaycoto y Anexos Ltda. le fueron reconocidos 4 años y 1 mes de aportaciones. Por consiguiente, dado que la emplazada había reconocido el vínculo laboral con la referida exempleadora, procedía el reconocimiento de los 11 meses faltantes, al amparo de lo dispuesto por el citado Decreto Supremo 092-2012–EF.

10. En ese orden de ideas, y atendiendo al carácter excepcional del Decreto Supremo 082-2001-EF, ahora reemplazado por el Decreto Supremo 092-2012–EF, para el reconocimiento de aportaciones hasta un máximo de 4 años, la ONP debió otorgar al demandante la pensión de jubilación, toda vez que se habían cumplido los dos presupuestos necesarios que la norma señala, a saber; 1) haber solicitado administrativamente la aplicación del decreto en mención, anexando documentación probatoria; y 2) que la emplazada haya reconocido el vínculo laboral existente con la exempleadora.

11. Por tanto, habiéndose acreditado la vulneración del derecho a la pensión, se debe estimar la demanda y ordenar el pago de las pensiones devengadas, los intereses legales 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 por haberse acreditado la vulneración del derecho a la pensión; en consecuencia, **NULA** la Resolución 9241-2010-ONP/DPR/DL 19990.

2. Reponiendo las cosas al estado anterior de la vulneración del derecho, ordena que la ONP cumpla con otorgar al demandante la pensión reducida de jubilación, con arreglo al Decreto Ley 19990, más las pensiones devengadas, los intereses legales y los costos procesales, conforme a lo señalado en la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

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

Sentencia 00748-2014-PA/TC

Proceso de amparo promovido por Teodor Chocce Aparco. El Tribunal declaró fundada en parte la demanda sobre el derecho de pensión.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 8 de marzo de 2017.

Resumen: El Tribunal declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por Teodor Chocce Aparco y, en consecuencia, ordenó a la entidad demandada que le otorgue la pensión de invalidez por enfermedad profesional, con arreglo a la Ley 26790, así como sus respectivos intereses legales y los costos del proceso.

La controversia generada en el presente caso busca determinar si el demandante debe ser acreedor de una pensión de invalidez vitalicia adquirida, en virtud a la Ley 26790 y el Decreto Supremo 003-98-SA.

Al respecto, el Tribunal señaló que la enfermedad profesional alegada podrá ser únicamente acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de Essalud o de una EPS; ello conforme al Decreto Ley 19990. Además, agregó que, de acuerdo a los criterios vinculantes contenidos en la Sentencia 2513-2007-PA/TC, en el caso de la neumoconiosis, el nexo causal quedaba acreditado cuando el demandante hubiera desempeñado las actividades de trabajo señalado en el anexo 5 del Decreto Supremo 009-97-SA.

Conforme a lo mencionado, el Tribunal consideró que se había vulnerado el derecho de pensión, en tanto que al haberse acreditado, mediante constancias de trabajo, que el recurrente laboró en calidad de maestro enmendador y que padece de neumoconiosis con 79% de menoscabo global, se le debió reconocer la pensión de invalidez por enfermedad profesional, la cual debió ser abonada, de conformidad con el fundamento 40 de la Sentencia 2513-2007-PA/TC, desde la fecha de emisión del dictamen médico que para este caso lo expidió el hospital Carlos Lanfranco La Hoz.

En esta sentencia se agregó el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, en el cual, si bien dijo compartir el sentido del fallo, discrepó del uso del término «contenido esencial», pues, a su juicio, determinar qué se entiende por ello significa asumir una discrecionalidad judicial eventualmente arbitraria. En ese sentido, propuso que la presente controversia se analice a la luz del criterio de «relevancia constitucional del caso», el cual está ampliamente desarrollado en la Sentencia 2988-2013-AA/TC.

Tema clave: Derecho de pensión.

EXP. N.° 00748-2014-PA/TC
JUNÍN
TEODOR CHOCCE APARCO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 20 días del mes de enero de 2016, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, sin la intervención del magistrado Urviola Hani, por encontrarse con licencia el día de la audiencia pública y con el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera que se agrega.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Teodor Chocce Aparco contra la resolución de fojas 120, de fecha 5 de setiembre del 2013, expedida por la Sala Mixta Descentralizada de Tarma de la Corte Superior de Justicia de Junín, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 1 de febrero de 2012, el recurrente interpuso demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), con el objeto de que se deje sin efecto la resolución ficta denegatoria de su solicitud de pensión de invalidez vitalicia; y que, en consecuencia, se le otorgue la referida pensión, restableciendo sus derechos previsionales que adquirió al amparo de la Ley 26790 y el Decreto Supremo 003-98-SA.

La emplazada dedujo la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa y contestó la demanda solicitando que esta sea declarada improcedente porque la vía procesal idónea para ventilar lo pretendido por el demandante no es el de la acción de amparo, sino la de impugnación de resolución administrativa a través del proceso ordinario regulado por la Ley 27584. Asimismo, solicita que se declare infundada la demanda debido a que el actor no ha cumplido con lo ordenado por la Ley 26790 para acceder a la pensión de invalidez.

El Segundo Juzgado Mixto de Yauli-La Oroya, con fecha 22 de enero del 2013, declaró infundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, y con

fecha 10 de junio del 2013 (f. 85), declaró fundada la demanda, por considerar que en el caso materia de autos la pretensión demandada guarda relación con la enfermedad en sí misma, pues el daño ocasionado en la salud del actor es irreparable por haber estado sometido a un trabajo riesgoso y peligroso como lo es la actividad minera de extracción de minerales metálicos, enfermedades que son progresivas e irreversibles. El Juzgado hace notar que en el caso de la neucomoniosis (silicosis) el nexo o relación de causalidad se presume siempre y cuando el demandante haya desempeñado las actividades de trabajo de riesgo señaladas en el anexo del Decreto Supremo 009-97-SA, al tratarse de enfermedades irreversibles y degenerativas, lo cual se encuentra acreditado con la Constancia de Trabajo expedida por la empresa Cuprita JP S.A.C., exempleadora del actor.

La Sala superior competente, con fecha 5 de setiembre del 2013 (f. 120), revocó la apelada y, reformándola, declaró improcedente la demanda al amparo del artículo 5, numeral 4), del Código Procesal Constitucional y del artículo 121, párrafo final, del Código Procesal Civil, aplicable de modo supletorio al proceso de amparo.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se deje sin efecto la resolución ficta denegatoria de la solicitud de pensión de invalidez vitalicia del demandante; y que, en consecuencia, se ordene que la demandada le otorgue la referida pensión restableciendo los derechos previsionales que adquirió al amparo de la Ley 26790 y el Decreto Supremo 003-98-SA.

Procedencia de la demanda

2. En reiterada jurisprudencia, este Tribunal ha señalado que forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión las disposiciones legales que establecen los requisitos para el disfrute de tal derecho, y que la titularidad del derecho invocado debe estar suficientemente acreditada para que sea posible emitir pronunciamiento. En consecuencia, la pretensión del recurrente se encuentra comprendida en el supuesto previsto en el citado fundamento, motivo por el cual corresponde analizar el fondo de la cuestión controvertida.

Análisis del caso concreto

3. Este Tribunal, en la STC 2513-2007-PA/TC (Caso Hernández Hernández), ha precisado y unificado los criterios relacionados con la aplicación del Régimen de

Protección de Riesgos Profesionales (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales).

En el fundamento 14 de la referida sentencia, establece que "en los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26 del Decreto Ley 19990". Asimismo, y sobre el inicio del pago de las pensiones vitalicias, en su fundamento 40, señala que "la fecha en que se genera el derecho, es decir, la contingencia debe establecerse desde la fecha del dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, que acredita la existencia de la enfermedad profesional, dado que el beneficio deriva justamente del mal que aqueja al demandante, y es a partir de dicha fecha que se debe abonar la pensión vitalicia del Decreto Ley 18846 o pensión de invalidez de la Ley 26790 y sus normas complementarias y conexas".

4. Cabe precisar que el régimen de protección fue inicialmente regulado por el Decreto Ley 18846 y luego sustituido por la Ley 26790, publicada el 17 de mayo de 1997, que estableció en su Tercera Disposición Complementaria que las reservas y obligaciones por prestaciones económicas del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, regulado por el Decreto Ley 18846, sean transferidas al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo administrado por la ONP.

5. Posteriormente mediante el Decreto Supremo 003-98-SA, vigente desde el 14 de abril de 1998, se aprobaron las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo y se establecieron las prestaciones asistenciales y pecuniarias que se otorgan al titular o a los beneficiarios a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional. El artículo 3 del decreto supremo en mención define como enfermedad profesional todo estado patológico permanente o temporal que sobreviene al trabajador como consecuencia directa de la clase de trabajo que desempeña o del medio en que se ha visto obligado a trabajar.

6. A su vez, el artículo 18.2.1 del Decreto Supremo 003-98-SA, normas técnicas del SCTR, define la invalidez parcial permanente como la disminución de la capacidad para el trabajo en una proporción igual o superior al 50 %, pero menor de 2/3 (66.66 %), razón por la cual corresponde una pensión de invalidez vitalicia

mensual equivalente al 50 % de la "remuneración mensual". En cambio, el primer párrafo del artículo 18.2.2 señala que sufre de invalidez total permanente quien queda disminuido en su capacidad para el trabajo en forma permanente, en una proporción igual o superior al 66.66 %, caso en el cual la pensión de invalidez vitalicia mensual será igual al 70 % de la "remuneración mensual" del asegurado.

7. Por su parte, en el segundo párrafo del artículo 18.2 del citado dispositivo legal, se precisa que "Los montos de la pensión serán calculados sobre el 100% de la 'Remuneración Mensual' del ASEGURADO, entendida como el promedio de las remuneraciones asegurables de los 12 meses anteriores al siniestro (…)", esto es, al accidente o enfermedad profesional sufrida por el asegurado.

8. Con la finalidad de sustentar la titularidad del derecho reclamado, se ha adjuntado a los actuados una copia certificada del certificado de trabajo emitido por la empresa Cuprita J.P. S.A.C. con fecha 5 de enero del 2012 (f. 2). En dicho documento consta que el actor labora desde el 1 de noviembre del 2007 y que ocupa el cargo de enmaderador. Asimismo, obra en autos una copia certificada del certificado de trabajo emitido por la misma empresa con fecha 18 de diciembre del 2012 (f. 160), en la cual se indica que el actor ha laborado en calidad de maestro enmaderador durante el periodo comprendido del 1 de noviembre del 2007 al 30 de noviembre del 2012.

9. También obra en autos el Dictamen de Comisión Médica de Incapacidades emitido por el Hospital Carlos Lanfranco La Hoz –Dirección de Salud V – Lima, expedido con fecha 12 de agosto del 2011, del cual se aprecia que el demandante padece de neumoconiosis II Estadio, enfermedad pulmonar intersticial difusa, hiperreactividad bronquial, con 79 % de menoscabo global.

10. Importa recordar que según los criterios vinculantes contenidos en los fundamentos 26 y 27 de la STC 2513-2007-PA/TC, en el caso de la neumoconiosis, el nexo causal se presume siempre que el demandante haya desempeñado las actividades de trabajo de riesgo señaladas en el anexo 5 del Decreto Supremo 009-97-SA, como es el caso de la empresa minera en la que laboró el demandante, cuyo giro de negocio es el servicio de exploración y explotación de minas y canteras (f. 20).

11. En el presente caso, es evidente que el demandante, durante su actividad laboral y a la fecha de expedición del dictamen médico de la Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades —12 de agosto del 2011—, se encontraba dentro del ámbito de protección legal de la Ley 26790 y el Decreto Supremo 003-98-SA; y que su ex empleador, la empresa Cuprita J.P. S.A.C., tenía contratada la Póliza de Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo con la Oficina de Normalización

Previsional (f. 19); por tanto, le corresponde percibir de esta entidad una pensión de invalidez vitalicia por enfermedad profesional, de conformidad con el primer párrafo del artículo 18.2.2. del Decreto Supremo 003-98-SA, por haber quedado acreditado que presenta un menoscabo global de 79 % en su salud.

12. En cuanto a la fecha en que se genera el derecho, conforme a lo señalado en el fundamento 3 *supra,* esta debe establecerse desde la fecha del pronunciamiento de la Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades que acredita la existencia de la enfermedad profesional, esto es, desde el 12 de agosto del 2011, dado que el beneficio deriva justamente del mal que aqueja al demandante, y es a partir de dicha fecha que se debe abonar la pensión vitalicia, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 19 del Decreto Supremo 003-98-SA.

13. Al haberse acreditado en autos la vulneración del derecho a la pensión del demandante, conforme a lo dispuesto en el precedente contenido en la STC 5430-2006-PA/TC, corresponde ordenar el pago de los intereses legales y costos del proceso de acuerdo con el artículo 1246 del Código Civil y el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, respectivamente.

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 fundamental a la pensión del accionante.

2. Ordena que la entidad demandada otorgue al recurrente la pensión de invalidez por enfermedad profesional con arreglo a la Ley 26790 y sus normas complementarias y conexas solicitadas, conforme a los fundamentos de la presente sentencia; y que proceda al pago de las pensiones generadas desde el 12 de agosto del 2011, con sus respectivos intereses legales, más los costos del proceso.

Publíquese y notifíquese.

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

EXP. N.° 00748-2014-PA/TC
JUNÍN
TEODOR CHOCCE APARCO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

1. Si bien coincido con lo resuelto en el presente caso en la sentencia, considero necesario realizar algunas precisiones sobre lo señalado allí. En especial, deseo hacer ciertas anotaciones en lo concerniente a la noción de "contenido esencial", que aparece en el fundamento 4.

2. En efecto, en la sentencia se utiliza la noción de "contenido esencial" para hacer referencia a una porción de cada derecho fundamental que "merece protección a través del proceso de amparo", a diferencia de otros ámbitos que, si bien forman parte del derecho, no están incluidos su "contenido esencial" y, por ende, no merecerían tutela a través del proceso de amparo, por tratarse de contenidos tienen origen más bien en la ley (los llamados contenido "no esencial" o "adicional").

3. Al respecto, conviene además tener presente que en la jurisprudencia de este Tribunal se encuentra que la expresión "contenido esencial" se ha usado de distinto modo. En especial, ha sido entendida como límite infranqueable, determinado *ab initio*, para el legislador de los derechos fundamentales; como un contenido iusfundamental que solo puede hallarse tras realizar un examen de proporcionalidad; o como aquel contenido iusfundamental protegido directamente por la Constitución que permite la procedencia del amparo, entre otros usos.

4. En lo que concierne al uso que se le da en esta sentencia, dicha comprensión ha requerido que este órgano colegiado establezca "listas" de contenidos iusfundamentales, a través de las cuales el Tribunal instituye cuáles ámbitos del derecho considera como parte del contenido esencial y cuáles quedan fuera. Esta operación, qué duda cabe, es sumamente discrecional, y por ello, corre el riesgo de devenir en arbitraria, máxime si nos encontramos ante derechos de configuración legal como el derecho a la pensión. Además de ello, su consecuencia es que se presentan casos en lo que algunos contenidos, los cuales realmente forman parte

del derecho, y por ende merecerían protección a través del amparo, han quedado excluidos de esta posibilidad de tutela urgente pues no fueron incluidos en la decisión del Tribunal Constitucional. Esto ha pasado, por ejemplo, con respecto de algunas personas de edad avanzada, a quienes este Tribunal ha tutelado su derecho a acceder a una pensión, pese a no encontrarse dentro de los supuestos considerados como "contenido esencial" del derecho a la pensión. Por el contrario, sigue excluyendo de tutela aquellos casos en los que se demanda acceder a pensiones mayores de 415 nuevos soles, a pesar de que el "mínimo vital" que en su momento justificó establecer la mencionada cifra, ha variado notoriamente.

5. Al respecto, y como hemos explicado en otras oportunidades, consideramos que esta noción de "contenido esencial" suele generar confusión y no aporta mucho más que la noción de "contenido de los derechos", a secas, téngase presente que, finalmente, la expresión utilizada por el Código Procesal Constitucional del "contenido constitucionalmente protegido" de los derechos.

6. En este sentido, consideramos que casos como el presente podrían analizarse a partir del *análisis sobre la relevancia constitucional del caso*, fórmula establecida en la STC 02988-2013-AA, tomando en consideración reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Allí se recordó que tanto el artículo 5, inciso 1, como el artículo 38 del Código Procesal Constitucional prescriben la improcedencia de la demanda si esta no está dirigida a la defensa de ámbitos protegidos por derechos constitucionales. Con más detalle, se indicó que su determinación requiere, básicamente[1]:

> (1) Verificar que existe una *norma de derecho constitucional* pertinente para el caso (es decir, una interpretación válida de disposiciones que reconocen derechos constitucionales). Esto exige encontrar, primero, una disposición (enunciado normativo) que reconozca el derecho fundamental invocado, que puede ubicarse tanto en la Constitución, como en los tratados de derechos humanos, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional o en la jurisprudencia supranacional vinculante para el Estado peruano. Seguidamente, será necesario establecer las normas (interpretaciones, significados) que se desprendan válidamente de las disposiciones que reconocen derechos, de tal forma que pueda reconocerse qué protege realmente el derecho invocado.
>
> Ahora bien, esto de ninguna forma descarta la posibilidad de que se tutelen derechos constitucionales no reconocidos de modo expreso (derechos implícitos o no enumerados); sin embargo, en tal caso será necesario vincular interpretativamente

1 Con matices, cfr. STC Exp. N° 00665-2007-PA/TC, f. j. 5.a y b, STC Exp. N° 06218-2007-HC/TC, f. j. 10.

el derecho invocado en la demanda con lo dispuesto en la cláusula constitucional que reconoce los derechos fundamentales no enumerados (artículo 3 de la Constitución[2]).

Asimismo, de lo anterior no se desprende que los derechos constitucionales de desarrollo legal queden desprotegidos; al respecto, debe tenerse en cuenta que, en general, los derechos constitucionales siempre son desarrollados, concretados o actualizados por los jueces y el poder político (legislativo y administrativo), sin que ello contradiga o disminuya su naturaleza iusfundamental. Solo en caso que la legislación de desarrollo rebalse el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho, que se trate de derechos de origen legal, o si el contenido del derecho merece protección en otra vía (lo que corresponderá ser analizado a partir de otra causal de improcedencia) se declarará improcedente la demanda[3].

(2) Constatar que el demandante se beneficie de la posición jurídica amparada por la norma iusfundamental encontrada. Es decir, luego de analizado el ámbito protegido del derecho, debe determinarse si lo alegado en la demanda (en la pretensión, en los hechos descritos) son subsumibles en el ámbito normativo del derecho, describiéndose a estos efectos quién es el titular del derecho (sujeto activo), el obligado (sujeto pasivo) y la concreta obligación iusfundamental. En otras palabras, es necesario acreditar la titularidad del derecho, más aun, la existencia de una "relación jurídica de derecho fundamental"[4].

(3) Finalmente, debe verificarse que la afectación o restricción cuestionada incida en el ámbito protegido por el derecho invocado, cuando menos de modo preliminar o *prima facie*, es decir, sin necesidad de ingresar a analizar el fondo del caso. En efecto, a través de esta causal de improcedencia no se trata de demostrar la existencia de una intervención justificada o ilegítima (lo que solo se conocerá con certeza al finalizar el proceso constitucional), sino de descartar que estemos ante un caso de "afectación aparente", en la medida que la lesión o amenaza, si bien perturba de alguna forma intereses del actor, finalmente no incide en ningún contenido constitucionalmente relevante.

7. Además de ello, debe tenerse en cuenta que en algunos casos excepcionales este análisis de relevancia iusfundamental puede ser insuficiente; por ejemplo: cuan-

2 Constitución Política del Perú
"Artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno."

3 Cfr. STC Exp. N° 03227-2007-PA/TC, f. j. 3; RTC Exp. N° 9096-2006-PA/TC, f. j. 2.

4 Cfr., *mutatis mutandis*, RTC Exp. N° 01581-2010-PHD/TC, f. j. 6, STC Exp. N° 01417-2005-AA/TC, f. j. 25-27.

do la Constitución prevé excepciones al ejercicio del referido derecho; cuando la interpretación que se hace de la disposición que reconoce el derecho es irrazonable o absurda; cuando la demanda reivindica un contenido manifiestamente ilícito y tal ilicitud no es puesta en duda; cuando la titularidad del derecho requiere, de modo necesario, condiciones adicionales de aplicación; cuando se busca tutelar un ámbito aparentemente protegido, pero que el Tribunal Constitucional ha excluido expresamente en su jurisprudencia de observancia obligatoria, entre situaciones que casuísticamente puedan presentarse. En este supuesto, atendiendo al caso concreto, será necesario tener en cuenta consideraciones adicionales al examen de tres pasos señalado *supra*, para determinar si lo alegado hace referencia al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, y con ello resolver la procedencia de la demanda.

8. Considero que a partir de este análisis puede determinarse, de manera ordenada y con coherencia conceptual, si la afectación o la amenaza alegada en una demanda incide realmente en el contenido protegido por el derecho fundamental invocado y, en ese sentido, si *prima facie* merece tutela a través de un proceso constitucional; prescindiéndose, pues, de nociones equívocas como la de "contenido esencial".

9. Esto, desde luego, sin perjuicio de que casos auténticamente referidos al contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales que se invocan finalmente puedan ser declarados improcedentes, en atención a las otras causales de improcedencia contenidas también en el Código Procesal Constitucional.

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Sentencia 00859-2013- PA/TC

Proceso de amparo motivado por el Seguro Social de Salud (EsSalud). El Tribunal declaró fundada la demanda sobre la vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 14 de diciembre del 2017.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda interpuesta por el recurrente contra el juez a cargo del Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Arequipa, y los jueces integrantes de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, con motivo de que se vulnero su derecho a la tutela procesal efectiva.

El Tribunal, en el Expediente 0024-2003-AI/TC, destacó que el precedente constitucional es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general, y que deviene en parámetro a seguir para la resolución de futuros procesos de naturaleza similar. Se busca que la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto, se convierta en una regla preceptiva común que pueda alcanzar a todos los justiciables y que sea oponible frente a los poderes públicos.

Al respecto, la sentencia recaída en el Expediente 01694- 2010-PA/TC recoge el criterio del otorgamiento de pensión de viudez ascendente al 100 % de la pensión de cesantía conforme a las normas y reglas pensionarias vigentes a la fecha del fallecimiento del causante, la que no tiene el carácter o calidad de precedente, por no haber sido expresado así en ella, ni precisado el extremo de su efecto normativo.

En este sentido, en las sentencias recaídas en los Expedientes 03247-2012-PA/TC, 02802-2012-PA/TC, 01173-2011-PA/TC, 04557-2012-PA/TC, el Tribunal Constitucional recogió el criterio predominante según el cual las pensiones de sobrevivientes se otorgan conforme a las normas y reglas pensionarias vigentes a la fecha del fallecimiento del causante, constituyendo un criterio reiterado y uniforme, que entra en abierta oposición a lo decretado por el Juzgado y la Sala civil en cuanto señalaron que el derecho de pensión de viudez en el 100 % debe resolverse teniendo en cuenta la fecha en que su titular causante adquirió el derecho a la pensión de jubilación.

En consecuencia, el Tribunal indicó que sí contravienen e infringen la jurisprudencia o doctrina jurisprudencial vinculante a las resoluciones judiciales cuestionadas de fechas 19 de julio de 2010 y 23 de marzo de 2011 que reconocieron a doña Alejandrina Peralta Vda. de Sánchez pensión de viudez ascendente al 100 % de la pensión de cesantía.

Tema clave: Tutela procesal efectiva — Pensión de Viudez.

EXP. N.° 00859-2013-PA/TC
AREQUIPA
SEGURO SOCIAL DE SALUD-ESSALUD

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 31 días del mes de octubre de 2017, la Sala Primera del Tribunal Constitucional pronuncia la siguiente sentencia, con el voto en mayoría de los magistrados Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, y el voto dirimente del magistrado Ramos Núñez, tras haberse resuelto la discordia motivada por el voto de la magistrada Ledesma Narváez y no zanjada con el voto del magistrado Blume Fortini. Ha formulado fundamento de voto el magistrado Ramos Núñez, que se agrega.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por el Seguro Social de Salud - ESSALUD, a través de su representante, contra la resolución de fojas 346, de fecha 28 de diciembre de 2012, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 23 de mayo de 2011 la entidad recurrente interpone demanda de amparo contra el juez a cargo del Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Arequipa, y los jueces integrantes de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Solicita se declare la nulidad de: i) la sentencia de fecha 19 de julio de 2010, expedida por el Juzgado, que estimando un anterior amparo, reconoció a doña Alejandrina Peralta Viuda de Sánchez pensión de viudez ascendente al 100% de la pensión de cesantía; y ii) la sentencia de vista de fecha 23 de marzo de 2011, expedida por la Sala Superior, que confirmó la estimatoria del amparo, reconociendo a doña Alejandrina Peralta Viuda de Sánchez pensión de viudez ascendente al 100% de la pensión de cesantía.

Sostiene que doña Alejandrina Peralta Viuda de Sánchez interpuso demanda de amparo en contra suya, solicitando el ajuste de su pensión de viudez al 100% del monto de la pensión de cesantía que percibía su esposo (Exp. Nº 07181-2008), demanda

que fue estimada en primera y segunda instancia o grado, tras considerarse que el derecho de pensión de viudez en el 100% debe resolverse teniendo en cuenta la fecha en que su titular causante adquirió el derecho a la pensión de jubilación, decisiones que a su entender vulneran su derecho a la tutela procesal efectiva. Afirma eso en mérito a que habría un apartamiento de lo establecido por el Tribunal Constitucional, con calidad de precedente, en el Exp. Nº 01694-2010-PA/TC, caso en el que se dispuso que las pensiones de sobrevivientes se otorgan conforme a las normas y reglas pensionarias vigentes a la fecha del fallecimiento del causante.

Los jueces demandados integrantes de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, con escrito de fecha 6 de julio de 2011, contestan la demanda argumentando que ESSALUD, en el año 2008, no reconoció el derecho pensionario de viudez de doña Alejandrina Peralta Viuda de Sánchez en el porcentaje solicitado, pero si lo hizo posteriormente en el año 2010 en un caso similar a favor de otra viuda.

El Procurador Público encargado de los asuntos judiciales del Poder Judicial, con escrito de fecha 12 de setiembre de 2011, contesta la demanda argumentando que no ha existido vulneración constitucional alguna, porque de la revisión de los actuados y de las resoluciones cuestionadas se desprende que tanto el Juez como la Sala Superior han resuelto atendiendo al ordenamiento jurídico.

La demandada Alejandrina Paredes Peralta Viuda de Sánchez, con escrito de fecha 4 de junio de 2012, contesta la demanda, argumentando que la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. Nº 01694-2010-PA/TC, no califica como precedente, ni precisa el extremo de su efecto normativo.

El Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Arequipa, con resolución de fecha 2 de julio de 2011, declara infundada la demanda, al considerar que existían razones o circunstancias para apartarse de la doctrina jurisprudencial recaída en el Exp. Nº 01694-2010-PA/TC.

A su turno, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, con resolución de fecha 28 de diciembre de 2012, confirma la apelada, al considerar que las resoluciones judiciales cuestionadas responden a una adecuada interpretación de las normas constitucionales y procesales, habiéndose impartido justicia con criterio de equidad.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda de amparo interpuesta por la entidad recurrente es declarar la nulidad de las sentencias de fechas 19 de julio de 2010 y 23 de mar-

zo de 2011 que, estimando un anterior amparo, reconocieron a doña Alejandrina Peralta Viuda de Sánchez pensión de viudez ascendente al 100 % de la pensión de cesantía. Ello porque se apartaron de lo establecido por el Tribunal Constitucional, con calidad de precedente, en el Expediente 01694-2010-PA/TC, en el cual se dispuso que las pensiones de sobrevivientes se otorgan conforme a las normas y reglas pensionarias vigentes a la fecha del fallecimiento del causante.

2. Expuestas así las pretensiones, consideramos necesario determinar a la luz de los hechos expuestos en la demanda y de los recaudos que obran en ella si se ha vulnerado el derecho a la tutela procesal efectiva de la entidad recurrente, por haberse decretado el otorgamiento de pensión de viudez ascendente al 100 % de la pensión de cesantía, contraviniendo lo establecido en el precedente recaído en el Expediente 01694-2010-PA/TC.

3. Como es de apreciarse, se trata de un caso en donde se cuestiona de manera directa sentencias de primera y segunda instancia o grado estimatorias de una demanda de amparo, por considerarse estas presuntamente lesivas a los derechos constitucionales de la entidad recurrente. Corresponderá entonces, verificar si la demanda de autos se sustenta en los criterios de procedencia establecidos por este Tribunal a través de su jurisprudencia.

4. En el caso que aquí se analiza se reclama la vulneración a los derechos constitucionales de la entidad recurrente producida durante la secuela o tramitación de un anterior proceso de amparo seguido ante el Poder Judicial, y en el que finalmente se han culminado expidiendo sentencias de carácter estimatorio que se juzgan como ilegítimas e inconstitucionales por supuestamente contravenir un precedente del Tribunal Constitucional.

Sobre la vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva de la entidad recurrente, por haberse emitido decisiones judiciales contraviniendo lo establecido en el precedente recaído en el Expediente 01694-2010-PA/TC

Argumentos de la demandante

5. Alega la entidad recurrente que las decisiones judiciales cuestionadas vulneran su derecho a la tutela procesal efectiva, toda vez que se apartaron de lo establecido por el Tribunal Constitucional, con calidad de precedente, en el Expediente 01694-2010-PA/TC. Allí se dispuso que las pensiones de sobrevivientes se otorgan conforme a las normas y reglas pensionarias vigentes a la fecha del fallecimiento del causante.

Argumentos de los demandados

6. Por su parte, los demandados argumentan que EsSalud no reconoció el derecho pensionario de viudez de doña Alejandrina Peralta Vda. de Sánchez en el porcentaje solicitado. Sin embargo, sí lo hizo posteriormente en el año 2010 en un caso similar a favor de otra viuda. Por otro lado, la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente 01694-2010-PA/TC, no calificaba como precedente, ni precisa el extremo de su efecto normativo.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

7. Este Tribunal, en la sentencia recaída en el Expediente 0024-2003-AI/TC, ha destacado que el precedente constitucional es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro a seguir para la resolución de futuros procesos de naturaleza similar. Se busca que, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto, en principio, se convierta en una regla preceptiva común que pueda alcanzar a todos los justiciables y que sea oponible frente a los poderes públicos.

8. La competencia del Tribunal Constitucional para establecer un precedente se encuentra sustentada en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el cual preceptúa lo siguiente:

> [...] las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

9. En el *caso constitucional de autos*, la entidad recurrente denuncia que las sentencias de fechas 19 de julio de 2010 y 23 de marzo de 2011 que, estimando un anterior amparo, reconocieron a doña Alejandrina Peralta Vda. de Sánchez pensión de viudez ascendente al 100 % de la pensión de cesantía teniendo en cuenta la fecha en que su titular causante adquirió el derecho a la pensión de jubilación, contravienen lo establecido por el Tribunal Constitucional, con calidad de precedente, en el Expediente 01694-2010-PA/TC, caso en el cual se dispuso que las pensiones de sobrevivientes se otorgan conforme a las normas y reglas pensionarias vigentes a la fecha del fallecimiento del causante.

10. Al respecto, analizado los alcances de la sentencia recaída en el Expediente 01694-2010-PA/TC, se aprecia que, en efecto, la misma recoge el criterio del

otorgamiento de pensión de viudez ascendente al 100 % de la pensión de cesantía conforme a las normas y reglas pensionarias vigentes a la fecha del fallecimiento del causante. Sin embargo, la citada sentencia no tiene el carácter o calidad de precedente, por no haber sido expresado así en ella, ni precisado el extremo de su efecto normativo.

11. No obstante ello, y apelando al *Principio de Suplencia de la Queja*, en virtud del cual "el Tribunal Constitucional [...] puede efectuar correcciones sobre el error o la omisión en la que incurre el demandante en el planteamiento de sus pretensiones, tanto al inicio del proceso como en su decurso" (Cfr. Sentencia 05637-2006-PA/TC, fundamento 14), estimamos que en el presente caso corresponde evaluar a continuación si las sentencias de fechas 19 de julio de 2010 y 23 de marzo de 2011 contradicen o se oponen a otros bienes jurídicos relevantes dignos de protección constitucional, como son por ejemplo la jurisprudencia constitucional o la doctrina jurisprudencial vinculante.

Existencia de un criterio jurisprudencial uniforme y reiterado del Tribunal Constitucional en materia de otorgamiento de pensión de viudez ascendente al 100 % de la pensión de cesantía

12. Este Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 00047-2004-AI/TC, ha sostenido que *jurisprudencia* es la interpretación judicial del Derecho efectuada por los más altos tribunales en relación con los asuntos que a ellos corresponde, en un determinado contexto histórico. Esa interpretación tiene la virtualidad de vincular al tribunal que los efectuó (efecto horizontal), a los jerárquicamente inferiores (efecto vertical), y a otras entidades (efecto interinstitucional), cuando se discutan casos fáctica y jurídicamente análogos, siempre que tal interpretación sea jurídicamente correcta. Consecuentemente, en nuestro sistema jurídico la jurisprudencia también es fuente de Derecho para la solución de los casos concretos, obviamente dentro del marco de la Constitución y de la normatividad vigente. Es pues inherente a la función jurisdiccional la creación de Derecho a través de la jurisprudencia.

13. Al respecto, en las Sentencias 01694-2010-PA/TC y 00353-2010-PA/TC se dejó sentado que:

> (…) a partir de la STC Nº 0005-2002-AI/TC este Tribunal ha resuelto controversias en las que se pretendía la protección del derecho a la pensión invocando la afectación del mínimo vital, a consecuencia de la incorrecta determinación del monto de la pensión de sobrevivientes debido a las modificaciones del Decreto Ley 20530. En efecto, en las SSTC Nºs 08888-2005-PA/TC, 03526-2006-PA/

> TC, 03003-2007-PA/TC y 03386-2008-PA/TC se dejó sentado que […] *dentro del régimen previsional del Estado, regulado por el Decreto Ley 20530, el reconocimiento de las pensiones de sobrevivientes, cualquiera que sea su modalidad, se sujeta a la normativa vigente al momento en que se otorga la pensión de cesantía*.

14. Asimismo, en las sentencias precitadas se precisó lo siguiente:

> esta situación sin embargo en la actualidad debe ser motivo de una evaluación desde otra perspectiva, dado que mediante la STC Nº 0050-2004-AI/TC (acumulados) se declaró la constitucionalidad de la Ley 28389, de Reforma Constitucional, y de la Ley 28449, de nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley 20530, que introdujeron cambios sustanciales en este sistema público de pensiones. Tal situación importa que la revisión de este tipo de controversias debe necesariamente realizarse de conformidad con el artículo 103º y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que suponen la aplicación inmediata de la nueva normativa pensionaria.

15. En este sentido, en las sentencias recaídas en los Expedientes 03247-2012-PA/TC, 02802-2012-PA/TC, 01173-2011-PA/TC, 04557-2012-PA/TC, entre otras, el Tribunal Constitucional recogió el criterio predominantemente según el cual *las pensiones de sobrevivientes se otorgan conforme a las normas y reglas pensionarias vigentes a la fecha del fallecimiento del causante*, constituyendo un criterio reiterado y uniforme de este Tribunal, criterio este que entra en abierta oposición a lo decretado por el Juzgado y la Sala civil en cuanto señalaron *que el derecho de pensión de viudez en el 100 % debe resolverse teniendo en cuenta la fecha en que su titular causante adquirió el derecho a la pensión de jubilación* (folios 9-12 y 13-16).

16. De este modo, es posible advertir con facilidad que las resoluciones judiciales cuestionadas de fechas 19 de julio de 2010 y 23 de marzo de 2011 que, estimando un anterior amparo, reconocieron a doña Alejandrina Peralta Vda. de Sánchez pensión de viudez ascendente al 100 % de la pensión de cesantía, si bien no desconocieron un precedente, sí contravienen e infringen la jurisprudencia o doctrina jurisprudencial vinculante de este Tribunal Constitucional.

17. Por lo expuesto, consideramos que en el presente caso se ha vulnerado el derecho a la tutela procesal efectiva, reconocido en el artículo 139 de la Constitución Política del Perú.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda y, en consecuencia, **NULAS** las sentencias de fechas 19 de julio de 2010 y 23 de marzo de 2011, que reconocieron a doña Alejandrina Peralta Vda. de Sánchez pensión de viudez ascendente al 100 % de la pensión de cesantía, bajo el criterio de la fecha en que el titular causante adquirió el derecho a la pensión de jubilación.

2. **DISPONER** que el juez a cargo del Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Arequipa o al órgano judicial que haga sus veces, cumpla con emitir nueva sentencia, teniendo en cuenta los argumentos expuestos en el presente voto.

Publíquese y notifíquese.

SS.
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.° 00859-2013-PA/TC
AREQUIPA
SEGURO SOCIAL DE SALUD-ESSALUD

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Coincido con lo resuelto por la sentencia en mayoría en el sentido que declara **FUNDADA** la demanda y **NULAS** las sentencias de fecha 19 de julio de 2010 y 23 de marzo de 2011; sin embargo, considero necesario formular las siguientes precisiones en torno a los fundamentos que sustentan lo allí resuelto.

*

En el presente caso la parte recurrente plantea como pretensión que se declaren nulas las sentencias de fechas 19 de julio de 2010 y 23 de marzo de 2011, expedidas por el Noveno Juzgado Civil y la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Arequipa, respectivamente, en el proceso de amparo subyacente seguido en su contra por doña Alejandra Peralta viuda de Sánchez.

Señala que en dicho proceso se otorgó a la entonces demandante una pensión de viudez ascendente al 100% de la pensión de cesantía tomando como referencia, para la aplicación de las normas previsionales, la fecha en la cual su esposo adquirió dicho derecho. Ello, según refiere la parte recurrente, en contravención con lo dispuesto por este Tribunal en el Expediente 01694-2010-PA/TC en donde "en calidad de precedente", se estableció que las pensiones de sobrevivientes deberán ser otorgadas conforme a la normativa previsional vigente a la fecha del fallecimiento del causante. En consecuencia, se puede observar que el demandante plantea su petitorio en los términos de una demanda de amparo contra amparo en defensa de un precedente.

No obstante ello, de autos se aprecia que la sentencia recaída en el Expediente 01694-2010-PA/TC que la parte recurrente alega no fue aplicada en el proceso de amparo primigenio, no constituye precedente de conformidad con lo establecido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y en la posterior jurisprudencia de este Tribunal sobre las pautas para el dictado de precedentes. En consecuencia, no se trata de un amparo contra amparo en defensa de algún precedente.

Al respecto, concluyo más bien que se trata de un amparo contra amparo en defensa de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional. De manera concreta, advierto que se pretende salvaguardar la doctrina jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Constitucional según la cual las pensiones de sobrevivientes deben otorgarse teniendo en cuenta las normas y reglas pensionarias vigentes en la fecha del fallecimiento del causante, y no así, en la fecha en la se adquirió el derecho previsional.

Sobre ello, en la sentencia recaída en el Expediente 4853-2004-PA/TC, modificada parcialmente por el fundamento 8 de la sentencia recaída en el Exp. 3908-2007-PA/TC, se han establecido, con carácter de precedente, algunos criterios en materia de amparo contra amparo. En dichas sentencias, entre otros criterios, se estableció que el amparo contra amparo procede en defensa de la doctrina jurisprudencial y los precedentes establecidos por el Tribunal Constitucional. Estas son pautas que han sido reiteradas constantemente en la jurisprudencia [*Cfr.* Expedientes 2310-2013-PA/TC; 03747-2012-PA/TC; 01071-2013-PA/TC, entre otras].

**

Ahora bien, en cuanto a la aplicación de las leyes en el tiempo en materia previsional, se tiene que, al menos a partir de la sentencia de inconstitucionalidad recaída en el Expediente 0005-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional recogió la teoría de los derechos adquiridos en virtud de la cual la legislación previsional aplicable era aquella vigente al momento en que el causante adquiría tales derechos.

No obstante, el propio Tribunal, apartándose de la teoría de los derechos adquiridos, ratificó la constitucionalidad de la teoría de los hechos cumplidos consolidada en nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley de Reforma Constitucional 28389. En esta oportunidad, en la sentencia recaída en el Expediente 0050-2004-AI/TC se dejó establecido que:

> 121. 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.

Criterio que ha sido reiterado de manera sucesiva en sentencias posteriores recaídas en los Expedientes 01694-2010-PA/TC, 03247-2012-PA/TC, 02802-2012-PA/TC, entre otras, al señalar que las pensiones de sobrevivientes se otorgan de confor-

midad con las normas y reglas pensionarias vigentes a la fecha del fallecimiento del causante.

Dado que la sentencia recaída en el Expediente 0050-2004-AI/TC fue publicada con fecha 6 de junio de 2005 y teniendo en cuenta que las sentencias cuya nulidad se demanda fueron expedidas de manera posterior a dicha fecha, es decir, el 19 de julio de 2010 y 23 de marzo de 2011, se advierte que tanto el Juzgado como la Sala se encontraban vinculados a la nueva posición adoptada por el Tribunal Constitucional, de conformidad con el artículo 82 del Código Procesal Constitucional, según el cual, las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación.

Por lo tanto, considero que desde la expedición de la sentencia de inconstitucionalidad anteriormente referida el Tribunal había adoptado una nueva doctrina jurisprudencial pues, como se estableció en el Expediente 04853-2004-PA/TC, por doctrina jurisprudencial deberá entenderse la interpretación realizada por el Tribunal no solo en el marco de los procesos de tutela de derechos fundamentales, sino también, en los de control normativo. Por lo que, los órganos jurisdiccionales debieron resolver de conformidad con lo allí expuesto.

En consecuencia, al declararse la nulidad de ambas sentencias del proceso de amparo subyacente, corresponde que el Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Arequipa o el órgano jurisdiccional designado, emita una nueva resolución.

S.
RAMOS NÚÑEZ

EXP. N.° 00859-2013-PA/TC
AREQUIPA
SEGURO SOCIAL DE SALUD-ESSALUD

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados; en el presente caso, considero que si bien corresponde estimar la demanda de amparo, solo procede anular la sentencia confirmatoria, mas no la sentencia de primer grado.

Como se expone en la resolución de mayoría, la doctrina jurisprudencial acerca del fallecimiento del causante como referencia para determinar las normas previsionales aplicables a la pensiones de sobrevivientes fue definido en las sentencias recaídas en los Expedientes 00353-2010-PA/TC y 01694-2010-PA/TC, cuyas fechas de publicación son el 5 de octubre de 2010 y el 21 de enero de 2011; es decir, posteriores a la expedición de la sentencia de primer grado, de fecha 19 de julio de 2010. Por tal razón, sería arbitrario anular la sentencia del juez a-quo emplazado, porque implicaría exigirle el cumplimiento de un deber absurdo: el deber de conocer criterios jurisprudenciales futuros; cuando la asignación de cualquier "deber" tiene como presupuesto que el agente esté en condiciones de realizar la acción; mientras no sea así el deber no existe.

En consecuencia, mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda, **NULA** la sentencia confirmatoria de fecha 23 de marzo de 2011 y debe **ORDENARSE** a los jueces superiores de la Cuarta Sala Civil de Arequipa que emitan nueva resolución.

S.
LEDESMA NARVÁEZ

EXP. N.° 00859-2013-PA/TC
AREQUIPA
SEGURO SOCIAL DE SALUD-ESSALUD

VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Discrepo de la opinión contenida en los votos de mis Colegas Magistrados Espinosa-Saldaña Barrera, Sardón de Taboada y Ledesma Narváez. Considero que debe declararse **INFUNDADA** la demanda de amparo presentada por EsSalud en el presente proceso, por cuanto tanto la sentencia de fecha 19 de julio de 2010, como la sentencia de vista de fecha 23 de marzo de 2011, dictadas en el proceso de amparo promovido por doña Alejandrina Peralta viuda de Sánchez con EsSalud, sobre reajuste de pensión de viudez, Expediente N.° 2008-07181-0-0401-JR-CI-09, se encuentran debidamente fundamentadas y no adolecen de ningún vicio de motivación que amerite su nulidad.

Fundamento el presente voto en las siguientes consideraciones:

1. La fundamentación utilizada por los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial se basa en el criterio establecido en la sentencia de inconstitucionalidad recaída en los Expedientes N.° 0005-2002-AI/TC, N.° 0006-2002-AI/TC y N.° 0008-2002-AI/TC (Acumulados), en cuyo fundamento 18, el Tribunal Constitucional ha establecido que: *"(…) es inconstitucional que se pretenda la aplicación de las modificaciones introducidas en el Decreto Ley N.° 20530, por el artículo 4° de la Ley N.° 27617, a quienes, independientemente de la fecha de fallecimiento del causante, en virtud de los derechos adquiridos por este, tienen derecho a una pensión en las condiciones contenidas en la legislación previsional vigente al momento en que el causante adquirió sus derechos previsionales".*

2. Este es un criterio aplicable a todos los operadores de la Administración de Justicia conforme lo disponía la derogada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N.° 26435, que en su artículo 39° preceptuaba: *"Los jueces deben aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por el Tribunal",* y lo dispone el artículo 82° del vigente Código Procesal Constitucional que establece: "*Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las*

racaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente de la fecha de su publicación", criterio que, en este caso, ha sido seguido por los órganos de la justicia ordinaria.

S.
BLUME FORTINI

Sentencia 2765-2014-PA/TC

Proceso de amparo promovido por don Carmen Zelada Requelme y otros. El Tribunal declaró fundada la demanda por haberse acreditado la violación al derecho al debido proceso.

Fecha de la resolución: 6 de junio de 2017.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 11 de setiembre de 2017.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de amparo por haberse vulnerado el derecho al debido proceso, interpuesta contra diversas autoridades de la Comunidad Campesina de Montevideo, ubicada en la provincia Chachapoyas, departamento de Amazonas.

Se destaca entre los hechos materia del presente caso que la Asamblea de la comunidad, por unanimidad, decidió «destituir» (expulsar) de la comunidad a don Carmen Zelada Requelme, don Jorge Zelada Zamora, doña Juana Zamora Salcedo, doña Isabel Zelada Zamora y a don José Próspero Marín Salazar, y revertir sus terrenos a la comunidad para que sean administrados directamente por ella. Asimismo, se ordenó el retiro de sus animales, quitándoles con ello definitivamente sus derechos de comuneros.

El Tribunal Constitucional desarrolló el concepto de jurisdicción comunal entendida como la potestad de la comunidad para configurarse internamente; sin embargo, se afirma que dicha potestad tiene límites, en especial en aquello que concierne a la impartición de justicia en el interior de las comunidades. Además, dicha jurisdicción deberá ser ejercida bajo la plena observancia de los derechos fundamentales. Por consiguiente, se consideró que las decisiones de la comunidad campesina no permitieron que los demandantes pudieran ejercer una serie de garantías mínimas que son tuteladas al amparo del debido proceso y que debieran ser respetadas en el marco de cualquier procedimiento que se realice en el seno de la jurisdicción comunal.

Finalmente, se declaró fundada, por unanimidad, en razón de que la decisión de la Asamblea General, de expulsar a algunos comuneros y revertir sus terrenos a la refe-

rida comunidad, era incompatible con la Constitución. Se dispuso que se realice un nuevo procedimiento a favor de los recurrentes, en los que puedan intervenir y hacer valer sus derechos de conformidad con la Constitución.

Temas claves: Derecho al debido proceso — Pueblos indígenas- autonomía.

EXP. N.° 02765-2014-PA/TC
AMAZONAS
CARMEN ZELADA REQUELME Y OTROS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de junio de 2017, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Ledesma Narváez, Blume Fortini y Sardón de Taboada, que se agregan, y el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, y Urviola Hani.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Carmen Zelada Requelme, don José Próspero Marín Salazar, doña Juana Zamora Salcedo y doña Isabel Zelada Zamora contra la resolución de fojas 349, de fecha 29 de mayo de 2014, expedida por la Sala Mixta de Chachapoyas de la Corte Superior de Justicia de Amazonas^ que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 17 de junio de 2011, los recurrentes interponen demanda de amparo contra el presidente y la Junta Directiva de la Comunidad Campesina de Montevideo; el alcalde de la Municipalidad Distrital de Montevideo; el juez de paz del distrito de Montevideo; y el presidente y los integrantes del Comité de la Ronda Campesina de Montevideo; a fin de que se deje sin efecto el acta de asamblea general de fecha 21 de mayo de 2011, en el extremo que establece la "destitución" (sic) de los demandantes del distrito de Montevideo y la reversión de sus terrenos a la comunidad.

Sostienen que las decisiones tomadas por la Asamblea General de la Comunidad Campesina de Montevideo, consistentes en su expulsión del distrito y la reversión de sus terrenos a la comunidad, son arbitrarias debido a que las disposiciones aplicables, tales como la Ley General de Comunidades Campesinas, Ley 24656, o el Decreto Supremo 008 -91-TR, no disponen ese tipo de sanción. En el mismo sentido se refieren

a la sanción de incautación de sus animales, el secuestro "forzado" de don Carmen Zelada Requelme, la afectación del trabajo que desempeñaban en sus tierras, y la imposibilidad de que sus menores hijos puedan seguir sus estudios, los cuales consideran son abusos en su contra. Por ello, invocan la vulneración de sus derechos fundamentales a la libertad de tránsito, a elegir su lugar de residencia, a la paz y tranquilidad, a la inviolabilidad de domicilio, a no ser víctima de violencia moral o tratos humillantes a la educación de sus hijos y al trabajo.

El alcalde, el presidente de la Ronda Campesina y el juez de paz del distrito de Montevideo, mediante escritos diferentes, interponen la excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva, ya que consideran que no tienen responsabilidad por dicha toma de acuerdos. Argumentan que la decisión cuestionada fue tomada de manera unánime por la Asamblea General de la Comunidad Campesina de Montevideo, y no por ellos a título propio.

El presidente de la Junta Directiva de la Comunidad Campesina de Montevideo alega que los demandantes solicitan que la decisión adoptada por la Asamblea General pierda efecto jurídico, para lo cual debieron recurrir a la justicia ordinaria. Por otra parte, en el acta se resolvió quitarles la condición de comuneros y revertir la posesión de los terrenos a la comunidad, es decir, quitarles solo aquello que la comunidad les había otorgado.

El Primer Juzgado Mixto de Chachapoyas, mediante Resolución N.° 9, de fecha 16 de diciembre de 2013, declaró infundada la demanda por estimar que los terrenos de la comunidad de Montevideo son comunales y que sus poseedores solo son titulares de las mejoras. Por ende, la comunidad puede disponer la reversión de las tierras, decisión que en el caso de autos no lesiona derecho alguno. Asimismo, consideró que la expulsión no respondió a un trato discriminatorio, sino a motivos fundados indicados en el acta de asamblea. Por otra parte, desestimó el análisis de los derechos relacionados al ámbito de la libertad personal por ser materia de un proceso de *habeas corpus.*

La Sala Mixta de Chachapoyas de la Corte Superior de Justicia de Amazonas confirmó la apelada y declaró infundada la demanda por considerar que el amparo no es la vía adecuada para dilucidar una controversia relacionada con la defensa de la propiedad y la posesión.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. En el presente caso, los demandantes solicitan que se deje sin efecto, en forma parcial, el acta de asamblea general de fecha 21 de mayo de 2011, realizada en

la Comunidad Campesina de Montevideo. Específicamente, el tercer punto de agenda, referido a la decisión de "destituirlos" (entiéndase "expulsarlos") del distrito de Montevideo y de revertir sus terrenos a la comunidad, por considerar que las decisiones descritas vulneran sus derechos fundamentales a elegir su lugar de residencia, a la paz, a la tranquilidad, a no ser víctima de violencia moral, a la educación y al trabajo. Según alegan, las sanciones impuestas no se encuentran reguladas en ninguna disposición aplicable a la comunidad.

2. En consecuencia, es posible apreciar que lo que pretenden los recurrentes es que se les restituyan sus derechos como comuneros, tras anularse el acta de asamblea general en lo referido a la "destitución" de los recurrentes del distrito de Montevideo y la y la reversión de sus terrenos a la comunidad.

Materias constitucionales a dilucidar

3. La demanda interpuesta gira en torno a la legitimidad de la Comunidad Campesina de Montevideo de imponer sanciones que, según se alega, no se encuentran reguladas ni en la Ley General de Comunidades Campesinas ni en el Estatuto respectivo. Por ello, es imprescindible determinar cuáles son los alcances y límites de la potestad jurisdiccional de las comunidades a fin de comprender si, en este caso, las sanciones aplicadas fueron compatibles con la Constitución.

4. No se trata de una labor sencilla. La potestad de las comunidades campesinas de impartir justicia en los términos del artículo 149 de la Constitución demanda que este Tribunal, en línea de principio, respete, sus tradiciones y prácticas. Sin embargo, no es una potestad absoluta, ya que la misma disposición constitucional establece que un límite material es el irrestricto respeto de los derechos fundamentales.

5. En ese sentido, este Tribunal, a fin de precisar el contenido de la referida potestad, estima necesario abordar una serie de temáticas indispensables para comprender la visión multicultural de la Constitución, y, con ello, los límites existentes sobre la jurisdicción reconocida para las comunidades campesinas y nativas, en tanto manifestación del pluralismo que nuestro ordenamiento fomenta. De esta forma, se abordarán los siguientes tópicos:

   - El pluralismo como pieza fundamental del Estado Constitucional.
   - La visión y contenido multicultural de la Constitución de 1993 como manifestación del pluralismo.
   - La naturaleza jurídica de las comunidades campesinas y nativas: una forma de comprender el enfoque multicultural de la Constitución v Desarrollo

y evolución del tratamiento legal de las comunidades en el ordenamiento jurídico peruano.

- La propiedad comunal y la jurisdicción comunal como manifestaciones de la autonomía de las comunidades campesinas y nativas.
- Los límites y alcances aplicables sobre el uso de la jurisdicción reconocida para las comunidades campesinas y nativas.

El contenido del pluralismo como pieza fundamental del Estado Constitucional

6. El artículo 43 de la Constitución reconoce que el Estado peruano se erige como un Estado Constitucional. Esta construcción conceptual, como ha recordado este Tribunal, de ninguna manera obvia los principios y derechos básicos del Estado de Derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, lo que pretende es "conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca" [STC 02002-2006-AC/TC, fundamento 5].

7. En ese sentido, y precisamente porque el individuo y la sociedad se encuentran en una relación dinámica y constante, es que la Constitución también reconoce la presencia de colectivos que se caracterizan por su particular cosmovisión del mundo. Es claro que, en el pasado, siempre se trató desde el Estado de homogenizar a la sociedad y crear un único sistema de valores, lo cual se plasmó, por ejemplo, con la existencia de leyes que perseguían a los integrantes de ciertos colectivos debido a sus creencias religiosas o por sus afiliaciones políticas. Esta etapa de uniformización también se podía advertir en los distintos procesos de asimilación de culturas, en la que una creencia dominante o hegemónica trataba de absorber al resto. De este modo, se estimó que la mejor forma de tutelar los derechos era a través del fomento de un único sistema de valores que estandarice las conductas. Se caía, así, en un autoritarismo cultural.

8. Por el contrario, en la actualidad se reconoce la libertad de diferir. Se ha promovido, de esta forma, un sistema de carácter dialógico en el que las distintas creencias y culturas tienen algo que aportar. En efecto, la noción de lo que podría entenderse por "vida buena" o "justicia" ostenta tantos significados como culturas existen. Esto ha generado, a su vez, una visión pluralista de la sociedad que reconoce la presencia de distintos sistemas de creencias y de valores. Sin ello, esta conexión entre la persona y el entorno que la rodea difícilmente podría consolidarse, pues cada una defendería sus posiciones y no se fomentaría la convivencia en un contexto de tolerancia, la cual es indispensable, según hemos entendido en

nuestra jurisprudencia, para la efectiva vigencia del pluralismo [*cfr*. STC 01126-2011-HC/TC, fundamento 14].

9. Este último principio, consustancial a la fórmula del Estado Constitucional, permite la convivencia de distintas creencias en los espacios públicos [STC 06111 -2009- PA/TC, fundamento 51], y no implica solamente el deber de "resistir" las creencias ajenas, sino que también involucra la idea de evitar absolutizar nuestras propias creencias en desmedro de las demás. De esta forma, la tolerancia, en tanto valor y aspiración, implica también entender que, en el marco de una sociedad plural, existan distintas concepciones de lo bueno, y que ellas deben ser tratadas con igual consideración en tanto no supongan un quebrantamiento de los derechos fundamentales y de los principios elementales que configuran el Estado Constitucional en los términos del artículo 43 de la Constitución.

10. Es así que, en el contexto de una sociedad abierta al pluralismo, el artículo 2.19 de la Constitución reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación, lo cual obedece a la presencia de una gran diversidad que es producto de los procesos históricos y geopolíticos que han caracterizado al Estado peruano. Este pluralismo, además, se refleja en muchos ámbitos de la dinámica social, tal y como ocurre, esencialmente, en el caso de la normatividad y la función jurisdiccional. De esta forma, es posible notar su influencia en la coexistencia de diversos sistemas normativos (no necesariamente jurídicos) en un mismo territorio. Evidentemente, la presencia de distintas concepciones y cosmovisiones del mundo conduce, inexorablemente, al surgimiento de diversa clase de conflictos, y es en ese momento en que el derecho adquiere un rol particularmente relevante como instrumento para su resolución.

11. En esa trascendental labor, consistente en la determinación de qué prácticas o creencias deben ser legitimadas, lo complejo radica en identificar un sistema de justificación superior que nos permita deslindar lo constitucionalmente prohibido de lo permitido. Y es que resulta importante resaltar que el reconocimiento del principio de igualdad de reconocimiento y trato de las distintas culturas y etnias no implica, necesariamente, una absoluta *neutralidad* estatal, la cual implicaría que el Estado permanezca inactivo e indiferente frente a cualquier manifestación o práctica que pueda atentar contra los derechos fundamentales o cualquier otro bien constitucionalmente relevante, lo cual, en el marco de un Estado Constitucional, debe ser vedado, pues el deber de tutela exige que las autoridades no solo se abstengan de cometer vulneraciones de los principios y valores protegidos por la Constitución, sino también garantizar que ello no se plasme en las relaciones *inter privatos,* como se explicará con posterioridad.

12. Por otro lado, una indiferencia estatal en este punto nos puede conducir a lo que se ha denominado la "paradoja de la neutralidad". En efecto, asumir esa posición implicaría, de manera contraria a esta misma noción, que solo se asuman y protejan aquellos proyectos de vida que son producto de un valor objetivo: la misma neutralidad. De este modo, solo se respetarían los planes de vida que sean, a su vez, neutrales, lo cual implica ya una valoración de la conducta. No es este el diseño que la Constitución ha trazado. Antes bien, fomenta y protege las distintas creencias y culturas que existen en el país.

13. Ahora bien, precisamente una de las manifestaciones del pluralismo se da a propósito de lo que se ha denominado como "multiculturalismo". En efecto, desde una perspectiva multicultural, la idea de una nación conformada por una cultura homogénea y estática debe de reelaborarse [Cfr. STC 01126-2011-HC, fundamento 14], Es por ello que, en sociedades tan heterogéneas como la peruana, lo ideal es propiciar un diálogo intercultural que permita la coexistencia de todos aquellos modelos de vida que respeten la esencia de la Constitución, la cual, en este punto, se erige como el *estándar mínimo de pautas de convivencia* en el marco de una sociedad abierta y plural. En ese sentido, corresponde desarrollar los alcances de este modelo multicultural, dentro del cual se insertan, evidentemente, todas aquellas formas de tolerancia y diálogo que se propician y promueven con las comunidades campesinas y nativas.

La visión y contenido multicultural de la Constitución de 1993 como manifestación del pluralismo

14. La Constitución de 1993 ha reconocido la existencia de una pluralidad de culturas en el Perú, dotándolas, a todas ellas, de similar importancia. En ese sentido, el artículo 2.19 es una clara muestra de que, en el modelo nacional, se respeta la pertenencia a cualquier etnia o cultura, siempre que las mismas se desenvuelvan dentro del marco permitido por la Constitución. Ello, se entiende, va aparejado con el consiguiente reconocimiento de todas las prácticas que la pertenencia a uno de dichos colectivos implica. El propósito de dicha cláusula es reconocer una suerte de derecho a un similar trato. Ello es así porque nuestra Constitución, según se desprende de una interpretación sistemática de todo su articulado, no permite ni mucho menos fomenta políticas de asimilación o de favorecimiento de creencias culturales.

15. En efecto, como ya se ha reconocido anteriormente en nuestra jurisprudencia, las políticas de asimilación están construidas sobre la base de considerar que existen culturas menos avanzadas que otras, y que, en ese marco, están destinadas a integrarse en una sociedad con mayores ventajas. No es este el caso peruano.

De hecho, existen diversas disposiciones constitucionales que incluso fomentan y alientan el reconocimiento y las prácticas de distintas culturas y etnias. En efecto, la Constitución reconoce una serie de derechos y obligaciones de índole multicultural, que configuran lo que, en su momento, hemos denominado C*onstilución Multicultural* [STC 04611-2007-PA, fundamento 6], entre las que se encuentran las siguientes:

(i) Artículo 2.19 de la Constitución, que reconoce el derecho a la identidad étnica y cultural.

(ii) Artículo 17 de la Constitución, en el que se reconoce la obligación del Estado de garantizar una educación bilingüe e inter cultural. También se dispone la preservación de las manifestaciones culturales y lingüísticas del país.

(iü) Artículo 48, que reconoce no solo al castellano como lengua oficial, sino además a otras lenguas aborígenes, siempre y cuando predominen en la zona en donde habitan las comunidades.

(iv) Artículo 89 de la Constitución, que admite la autonomía organizativa, económica y administrativa a las Comunidades Campesinas y Nativas, así como la libre disposición de sus tierras.

(v) Artículo 149 de la Constitución, que reconoce las funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas.

(vi) El artículo 191 de la Constitución, que reconoce la representación de las Comunidades Campesinas y Nativas en los Consejos Regionales y Consejos Municipales.

16. Estas disposiciones constitucionales revelan que el Estado peruano ha asumido una política activa de reconocimiento de diversas minorías étnicas y culturales. En los casos reconocidos en (ii), (iii) y (vi), se advierte la función que debe asumir para su adecuada preservación. En efecto, la tutela de las creencias culturales y étnicas que son diferentes requiere, para ser efectiva, de la adopción de medidas que sean necesarias para que estos colectivos puedan mantener su lengua, sus tradiciones y su cosmovisión. Sobre ello, la Constitución bien pudo haber adoptado una posición neutral, en la que se deje que el libre flujo de las sociedades sea la que determine la adhesión a ciertas creencias. Sin embargo, lejos de ello, adoptó distintas políticas de reconocimiento y preservación. En los supuestos aludidos, el Estado peruano reconoce más de una lengua oficial (iii), lo cual implica que, a diferencia de otros países en los que se fomenta el uso de

una sola lengua, es plenamente consciente de la importancia de su preservación en cuanto instrumento de transmisión de conocimientos para las generaciones futuras. A ello debe agregarse que las políticas de educación, además de incentivar el uso otras lenguas, también deban realizarse en clave intercultural (ii), lo que demuestra la promoción y fomento de un diálogo e intercambio constante entre colectivos.

17. La visión multicultural de nuestra Constitución también se deja notar en los supuestos (i), (iv) y (v), aunque ciertamente de manera distinta. En el caso del derecho a la identidad étnica y cultural (i), este fue visto, en un inicio, como un típico derecho de defensa, estructurado sobre la base de la autonomía individual y, por ello, que genera una esfera de incompetencia estatal. Sin embargo, la jurisprudencia de este Tribunal ha interpretado que, de esta cláusula, también se desprende una dimensión de prestación, consistente en el deber estatal de proteger la pluralidad étnica y cultural existente en la nación [STC 04611-2007-PA/TC, fundamento 6].

18. En el caso de la autonomía organizativa, económica y administrativa reconocida a las Comunidades Campesinas y Nativas, así como la libre disposición de sus tierras (iv), debe entenderse que sus distintas pautas y creencias culturales determinan la presencia de un sistema de valores que no en todos sus aspectos son coincidentes con el del resto de colectivos. Ello genera, fundamentalmente, un deber de abstención de intervención estatal, que se materializa en el respeto a las prácticas y costumbres de cada comunidad. En este punto, más que políticas activas de reconocimiento, lo que se genera es que el colectivo (y, consiguientemente, también de las personas que lo integran) en cuestión pueda evolucionar y moldearse según sus propias creencias e intereses, teniendo la posibilidad, si así lo desean, de modificarlas.

19. De esta forma, podríamos concluir, parafraseando a Will Kymlicka, que lo que debe garantizarse es un trato igual o similar *entre* los grupos minoritarios, así como de libertad *dentro* de los mismos [Kymlicka, Will. Estados, Naciones y Culturas. Córdova: Editorial Almuzara, 2004, p. 25], a fin que cada persona pueda decidir i libremente su proyecto de vida. Similares consideraciones podemos efectuar en relación con el reconocimiento de las funciones jurisdiccionales de estas comunidades (v), el cual, según hemos entendido, es también una manifestación de la autonomía que se les reconoce [STC 01126-2011-HC/TC, fundamento 42].

20. Ahora bien, hemos expuesto cómo es que en el caso de las disposiciones constitucionales que se relacionan con la identidad étnica y cultural se pueden advertir

distintas manifestaciones del multiculturalismo. Precisamente una de ellas se da a propósito del reconocimiento y fomento de las prácticas y costumbres de las Comunidades Campesinas y Nativas. Por ello, y a fin de comprender mejor los alcances de las referidas cláusulas constitucionales, es pertinente analizar cuál es su naturaleza jurídica y cómo se encuentra regulada su presencia en el ordenamiento peruano. Esto, a su vez, nos permitirá conocer los alcances de las competencias de la Comunidad Campesina de Montevideo, cuya decisión de adoptar distintas sanciones a los recurrentes ha sido cuestionada a través del presente proceso de amparo.

La naturaleza jurídica de las comunidades campesinas y nativas: una forma de comprender el enfoque multicultural de la Constitución

21. En la actualidad, la Ley 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, dispone en su artículo 2 que

> [l]as Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país.

22. En ese sentido, el componente esencial de las comunidades campesinas son las familias que las conforman y que están ligadas ancestral, social, económica y culturalmente. La expresión de colectividad se manifiesta en la propiedad, el trabajo, la ayuda, el gobierno y el desarrollo comunal, con la finalidad de la realización plena de sus miembros, lo cual garantiza el derecho a la identidad cultural que gozan tanto la comunidad como sus integrantes. Sin embargo, como se expuso *supra,* ello no debe entenderse como el absoluto desconocimiento de los derechos individuales que, eventualmente, podrían titularizar sus integrantes.

23. El reconocimiento jurídico de las comunidades campesinas y nativas se encuentra estrechamente vinculado con el caso de los denominados pueblos indígenas. Incluso se han presentado casos en los que determinados colectivos, denominados formalmente como "comunidades campesinas" son, en los hechos, pueblos indígenas. De ahí que, en múltiples casos, ellas ostenten características y rasgos similares a las de los pueblos indígenas o tribales, lo que genera que, en dichas situaciones, también deban ser beneficiados de los derechos y beneficios que se otorgan a esos colectivos. Este criterio también ha sido compartido, por cierto, por la Comisión de Expertos de la OIT, la cual ha precisado que

> el concepto de pueblo es más amplio que el de comunidad y las engloba y que, cualquiera sea su denominación, no debe haber ninguna diferencia a efectos de la aplicación del Convenio, en la medida en que las comunidades denominadas nativas, campesinas u otras estén comprendidas en el artículo 1, párrafo 1, a) o b), del Convenio, en cuyo caso corresponde aplicarles por igual todas las disposiciones del Convenio [por lo que] insta al Gobierno a que tome las medidas necesarias para garantizar que todos quienes estén comprendidos en el artículo 1 del Convenio queden cubiertos por todas sus disposiciones y gocen de los derechos contenidos en el mismo en igualdad de condiciones, y a proporcionar informaciones sobre el particular" [Comisión de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo en aplicación de convenios y recomendaciones (CEACR). Observación individual dirigida al Perú, documento de febrero de 2009].

24. En ese sentido, no nos cabe duda de que el principal factor que debe tomarse en cuenta para el reconocimiento de las comunidades campesinas y nativas es el de la autoidentificación, esto es, que el propio colectivo se reconozca como perteneciente a una comunidad campesina o nativa, hecho que precisamente permite resaltar su autonomía. Sin embargo, ésta sola autoidentificación de una comunidad como tal, no es suficiente para su reconocimiento como tal, con todos los efectos jurídicos que a ello conlleva. De hecho, existen otros elementos que pueden tomarse en cuenta para dicho reconocimiento jurídico: la existencia de un lenguaje, organización política, y creencias religiosas propias y que los permiten diferenciar de otros colectivos; el tiempo de permanencia en un territorio específico, y una experiencia de marginalización y subyugación [*cfr.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09, documento de 30 de diciembre de 2009, párrafo 30].

25. Se puede apreciar, de esta manera, que el criterio para distinguir a las comunidades campesinas de los pueblos indígenas es, en general, el de la ancestralidad, así como la presencia de prácticas y costumbres diferenciadas que permitan la autoidentificación de estos colectivos. Ahora bien, es preciso, sobre este punto, hacer referencia a los antecedentes históricos del reconocimiento legal de las comunidades campesinas, a fin de comprender los verdaderos alcances de su naturaleza.

Desarrollo y evolución del tratamiento legal de las comunidades en el ordenamiento jurídico peruano

26. El reconocimiento de las comunidades campesinas y nativas, muy vinculado con el caso de los pueblos indígenas, guarda antecedentes remotos. Sobre ello, debe recordarse que los españoles, al llegar a los territorios del Tahuantinsuyo, recono-

cieron una variedad de reinos o culturas subyugadas al imperio inca. A fin de tratar de asimilar y de unificar esta diversidad, se adoptaron distintas medidas en el régimen virreinal, tal y como ocurrió en el gobierno del virrey Alvarez de Toledo, cuya labor administrativa consolidaría la normativa oficial de derecho indiano aplicable en estos territorios. Esto no impidió, en todo caso, que se reconocieran distintas jurisdicciones en la administración española.

27. Ahora bien, el primer intento homogeneizador nacional se aprecia en la Constitución de Cádiz de 1812, la cual tuvo la finalidad de concebir un Estado-Nación de acuerdo a los ideales de una monarquía constitucional. Si bien esta Constitución persigue el ideal de igualdad en los términos de ciudadanía *española*, no se tomaría en cuenta la diversidad cultural existente en su amplísimo territorio. Sin embargo, con la instauración de la República se pretende un cambio de denominación con el propósito que los indígenas sean considerados como peruanos. De este modo, el 3 de agosto de 1821, el general José de San Martín es designado Protector del Perú y aprobó un decreto supremo en el que dispuso que:

> Después que la razón y la justicia han recobrado sus derechos en el Perú sería un crimen consentir que los aborígenes permaneciesen sumidos en la degradación moral a los que tenía reducidos el gobierno español, y continúen pagando la vergonzosa exacción que con el nombre de tributo fue impuesta por la tiranía como signo de señorío.
>
> Por tanto, declaro:
>
> Artículo 1.- Consecuente con la solemne promesa que hice en una de mis proclamas del 8 de diciembre último, queda abolido el impuesto que bajo la denominación de "Tributo" se satisfacía al gobierno español.
>
> (. . .)
>
> Artículo 4.- En adelante no se denominarán los aborígenes, indios o naturales; ellos son hijos y ciudadanos del Perú y con el nombre de «PERUANOS» deben ser reconocidos.

Sin embargo, el cambio de denominación de "aborígenes, indios o naturales" por el genérico de "peruanos" no se hace efectivo, pues la denominación "indígena" siguió utilizándose. Por ejemplo, el primer Congreso Constituyente de la República lanzaría una proclama el 10 de octubre de 1822, en la cual se pretendía incluir en agenda la situación de los considerados indígenas, y dirigiéndose a ellos señalaron lo siguiente: "[v]ais a ser nobles, instruidos, propietarios y representareis entre los hombres todo lo que es debido a vuestras virtudes".

28. Durante el periodo final de las guerras emancipadoras, Simón Bolívar emite un decreto, con fecha 8 de abril de 1824, en el que cambia el régimen de propiedad comunal por uno de propiedad privada, el cual aplicaría a todo el territorio nacional. Esto fomentaría la individualización de los territorios bajo un régimen de propiedad privada a través de la parcelación de los mismos. Este decreto estaría vigente hasta el 20 de setiembre de 1826. De esta forma, puede advertirse que, a fin de cuentas, sería la propiedad desde una perspectiva comunal la que pasaría a erigirse como un elemento esencial del asunto "indígena" en la etapa republicana.

29. Ahora bien, con respecto a las disposiciones legislativas de las primeras décadas de la república, estas fueron diseñadas desde un rol de "paternalismo estatal", pese a que la existencia de las comunidades, desde un punto de vista jurídico, no estaba reconocida. Este paternalismo se extendería hasta el gobierno de Piérola y permitiría la existencia de una especie de *capitis diminutio* en virtud de la libertad, el derecho de ciudadanía y el derecho de familia del individuo enmarcado en una política destinada a la individualización de la propiedad de la tierra, así como la correlativa limitación expansiva de las comunidades en virtud de su falta de reconocimiento como sujeto de derecho. Sobre ello, el Código Civil de 1852, modificó el temperamento sobre bienes comunes del Código Civil de 1836, señalando, en su artículo 459, que "son comunes las que pertenecen colectivamente a una corporación legalmente reconocida".

Como es conocido, la comunidad indígena no fue una "corporación legalmente reconocida" sino hasta entrado el siglo XX. De hecho, la disposición del Código Civil de 1852 dejaba en manos del Poder Ejecutivo la capacidad de "reconocer legalmente una corporación". Ello implicaba que la legislación peruana de la época restringía el dominio patrimonial de sus territorios, restándoles autonomía.

30. No sería hasta el Siglo XX que se reconocería la existencia de la personería jurídica de las comunidades. Este reconocimiento se daría en virtud de la emisión de la "Constitución para la República del Perú", dictada por la Asamblea Nacional de 1919 y promulgada el 18 de Enero de 1920, bajo el gobierno de Augusto B. Leguía. La nueva Constitución, en su artículo 58, disponía que "[e]l Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les corresponden". De esta forma, se necesitará la concurrencia del legislador para complementar la protección que inicialmente la Constitución dispensaba. Con posterioridad, la Constitución de 1933 reguló, en sus artículos 207 a 212, diversos aspectos como las tierras, el gobierno y la autonomía de las comunidades indígenas.

31. Ahora bien, no sería hasta el 24 de junio de 1969 en el que las comunidades pasarían a ser denominadas como campesinas. En efecto, el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas promulgó el Decreto Ley N.° 17716, Ley de Reforma Agraria, que incluiría un artículo esencial, el artículo 115, el cual se relacionaba con la denominación jurídica de las comunidades consideradas "indígenas", que a partir de ese momento serían denominadas como comunidades "campesinas". En virtud al referido cambio de nomenclatura se construiría la sucesiva legislación nacional en materia comunal.

32. De este modo, el 24 de junio de 1974 se promulgó, mediante Decreto Ley N.° 20653, la Ley de Comunidades Nativas y Promoción Agropecuaria de las Regiones de la Selva y Ceja de Selva, norma que denomina y distingue a la Comunidad Nativa de la Comunidad Campesina y, con ello, reconoce en su artículo 6 "la existencia legal y la personalidad jurídica de las Comunidades Nativas". Esta última norma sería derogada y reemplazada por Decreto Ley N.° 22175, de fecha 9 de mayo de 1978, en la segunda fase del Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas. Respecto a la definición legal de éstas, la nueva norma, en su artículo 8, contempla una redacción idéntica a la original que define a las comunidades nativas. Este artículo dispone que "las Comunidades Nativas tienen origen en los grupos tribales de la Selva y Ceja de Selva y están constituidas por conjuntos de familias vinculadas por los siguientes elementos principales: idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso".

33. La Constitución Política de 1979, por su parte, en su artículo 161 reconoció, al igual que su antecesora, la existencia legal y personería jurídica de las comunidades indígenas, ahora ya diferenciadas en comunidades campesinas y comunidades nativas. Asimismo, les reconoce su autonomía organizacional, económica y administrativa dentro de los límites legales. Sin embargo, pese a los destacados avances en relación con la autonomía de estas comunidades, no existe un reconocimiento de la jurisdicción comunal o alguna institución afín.

34. En conclusión, podemos afirmar que la actual denominación de las comunidades, tanto campesinas y nativas, tiene su antecedente inmediato en lo que eran las comunidades indígenas. Resulta evidente que este reconocimiento jurídico es producto de su innegable presencia y vigencia en la vida nacional, la cual fue forjada a través de los periodos colonial y republicano.

35. Ahora bien, si algo caracterizaba a las comunidades, desde la época de la colonia inclusive, era su especial cosmovisión del mundo, la cual se plasmaba, entre otras cosas con su particular idea de la propiedad, la cual no tenía una visión marcadamente

individualista. Del mismo modo, esta diversidad cultural también se hizo patente en cuanto a los conceptos del bien o de la justicia, lo que ameritó el surgimiento de autoridades e instituciones locales que juzgaban, según sus tradiciones y costumbres, las conductas de sus integrantes. Por ello, y una vez explicados los orígenes históricos de estas comunidades, es necesario hacer referencia a estos puntos.

La propiedad comunal y la jurisdicción comunal como manifestaciones de la autonomía de las comunidades campesinas y nativas

36. La especial cosmovisión de las comunidades tiene una particular incidencia en sus estilos de vida. Ello genera que ciertas instituciones o prácticas no guarden absolutamente correspondencia con la que suele concebir la mayoría de la población. De ello no se deduce, sin embargo, que ellas no gocen de protección constitucional. Como se pudo desarrollar *supra,* la legislación sobre esta materia ha mostrado una importante tendencia en el sentido de reconocer y tutelar distintas manifestaciones culturales. En este caso particular, ella se advierte en dos cuestiones relevantes: el derecho a la propiedad y el reconocimiento de una especie de "jurisdicción comunal".

El derecho a la propiedad de las comunidades campesinas y nativas: la noción de propiedad colectiva y su especial incidencia en la vida de los comuneros

37. El derecho de propiedad es el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, el propietario podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle el destino y condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley. Incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno [STC 0005- 2006-PI/TC, fundamento 40].

38. Asimismo, el derecho a la propiedad se encuentra reconocido no solo como un derecho subjetivo, conforme a los incisos 8 y 16 del artículo 2 de la Constitución, sino también como una garantía institucional, conforme lo dispone el artículo 70, según el cual el Estado garantiza su inviolabilidad. Pero, además, el texto constitucional reconoce en su artículo 88 el derecho de propiedad sobre la tierra en forma privada o comunal, lo cual se diferencia sustancialmente del régimen de la propiedad privada que establece el Código Civil de 1984.

39. Al respecto, la propiedad de las comunidades campesinas se entiende como un tipo de propiedad colectiva bajo un régimen legal especial que se encuentra regulado en la Ley de Comunidades Campesinas y la Ley 26505, Ley de la in-

versión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, de conformidad con lo dispuesto 70 y 88 de nuestra Constitución. Este régimen implica una titularidad colectiva respecto de los territorios considerados comunales, por lo que no se realiza desde el enfoque clásico del derecho civil. Por ello, esta forma especial de propiedad se fundamenta en la estrecha relación del uso del territorio con el goce y ejercicio de diversos derechos fundamentales como la vida, la integridad, la identidad cultural y la libertad religiosa. Los territorios comunales son, sin lugar a dudas, componentes del carácter espiritual, cultural y social de estas comunidades, los mismos cuyo aprovechamiento se enfoca a actividades agrarias como su uso agrícola y de pastoreo [c/r. STC 0005-2006- PI/TC, fundamento 18].

40. Del este modo, en la STC 01121-2011-PHC/TC, este Tribunal hizo suyos los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Yakye Axa vs. Paraguay, específicamente en lo concerniente al vínculo espiritual de las comunidades para con sus territorios. En efecto, en dicho caso la Corte Interamericana hizo referencia a

> [l]a estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 (derecho a la propiedad privada) de la Convención Americana" [fundamento 137 del caso Yakye Axa vs Paraguay].

41. También se estableció que la tutela de las tierras comunales debe recoger el concepto de "territorio" tal y como lo prescribe el Convenio 169 en su artículo 13. La diferencia entre los conceptos de tierra y territorio radica en que el primero se encuentra dentro de una dimensión civil o patrimonial, mientras que el segundo tiene una vocación política de autogobierno y autonomía, que se ajusta a la realidad de las comunidades campesinas y nativas que descienden de las poblaciones que habitaban lo que ahora es el territorio de la República del Perú, luego de periodos de conquista y colonización, y que, a pesar de ello, mantienen sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Es así que no resulta posible negar las identidades que se forjaron en los procesos de colonización, identidades que son producto de un proceso de encuentro intercultural, no siempre armónico como sucedió en el Perú.

42. Ahora bien, el reconocimiento de la propiedad de las comunidades campesinas y nativas de sus tierras, recogiendo dentro de ella el concepto de territorio, trae como consecuencia, tal como lo afirma el artículo 18 del Convenio 169, lo siguiente:

> La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.

43. Dicha tutela está también consagrada en el artículo 89 de nuestra Constitución, el cual señala que las comunidades campesinas y nativas deben decidir sobre el uso y la libre disposición de sus tierras, desprendiéndose de ello la facultad para decidir quiénes ingresan y circulan por sus territorios. Así, tales herramientas jurídicas permiten ejercer su derecho a la propiedad respecto de su territorio. Por lo expuesto, se reitera que las comunidades nativas y campesinas, en virtud de dicha prerrogativa, tienen el legítimo derecho de evitar intrusiones a su propiedad, potestad que incluye determinar quiénes abandonan el territorio comunal o el uso de las tierras comunales.

44. No obstante, el ejercicio del derecho a la propiedad comunal, como cualquier otro derecho en el marco del Estado Constitucional, se encuentra limitado por otros bienes constitucionales, como los establecidos por la Constitución en los artículos 66, 67, 70 y 72 *cfr.* STC 01126-2011-HC/TC], Por ello, las posibles tensiones que puedan surgir en cuanto a su ejercicio deberían enfocarse y resolverse desde una perspectiva de diálogo institucional e intercultural, el cual tiene como objetivo el reconocimiento y la materialización de los derechos fundamentales de toda persona y colectivo sin prescindir de su enfoque e identidad cultural.

45. En ese sentido, la comunidad campesina determina el uso de las tierras, el cual puede ser de forma comunal, familiar o mixta, y también de disponer la extinción de la posesión familiar declarada con el voto favorable de dos tercios de los miembros calificados de la Asamblea General de la Comunidad, en caso sean parcelas abandonadas o no explotadas, conforme lo establecen los artículos 11 y 14 de la Ley General de Comunidades Campesinas.

46. De esta forma, pese a la garantía existente respecto de su inviolabilidad, la Constitución permite y faculta la restricción de derechos. Ello resulta posible de acuerdo a los usos y costumbres de las comunidades y de la normatividad vigente. Sin embargo, es quizás la jurisdicción comunal la mayor manifestación del respeto a la autonomía de estos colectivos, ya que puede plasmar en la práctica su propia concepción de lo que puede y no puede ser aceptado en una comunidad. Por ello, se hará referencia a ella para precisar, con mayor detenimiento, sus alcances.

Los límites y alcances aplicables sobre el uso de la jurisdicción reconocida para las comunidades campesinas y nativas.

47. La Constitución, en virtud del reconocimiento de la diversidad cultural y étnica existente en nuestro país (artículo 2, inciso 19) y la existencia legal y personería jurídica de las comunidades (artículo 89), reconoce expresamente la jurisdicción comunal (artículo 149), la cual se efectiviza con el apoyo de las rondas campesinas. Se establecen, además, una serie de límites, como el hecho que su aplicación solo deba realizarse en los territorios comunales campesinos y nativos. También se dispone una restricción de índole material, que consiste en el respeto y observancia los derechos fundamentales en el uso de esta potestad. También se establece la coordinación de dicha jurisdicción con los Juzgados de Paz y otras instancias del Poder Judicial. Por lo tanto, no cabe duda en afirmar que la Constitución reconoce el pluralismo que históricamente ha existido en nuestro país. Es así que el artículo 149 no hace más que reflejar la diversidad cultural y el pluralismo jurídico manifestado desde una perspectiva tradicional en el derecho consuetudinario que nuestra norma fundamental acertadamente auspicia.

48. Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, el análisis de esta disposición constitucional no puede obviar lo dispuesto por el artículo 8 de Convenio 169 de la OIT respecto a las instituciones de los pueblos o comunidades. De conformidad con el referido instrumento internacional, los Estados

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

Por ello, podemos señalar que la jurisdicción comunal contiene tres características reconocidas constitucionalmente: la territorialidad, la aplicación del derecho consuetudinario y el respeto de los derechos fundamentales. Las dos primeras se relacionan con factores de competencia para conocer las controversias que surjan en sus territorios, y que sean susceptibles de resolución por el conjunto de prácticas políticas jurídicas espontáneas que han alcanzado un uso generalizado y conciencia de obligatoriedad en el seno de una comunidad política [STC 00047-

2004-AI/TC, fundamento 40]. Mientras la tercera característica es, a la vez, un límite material al ejercicio de esta jurisdicción.

49. Nuestra Constitución reconoce la potestad de ejercer funciones jurisdiccionales a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, la cual implica la facultad de aplicar su derecho consuetudinario para la resolución de conflictos. Desde nuestro tradicional punto de vista de derecho occidental, esta potestad suele implicar, por lo menos, tres atributos:

    (i) *Notio*, que es la facultad referida a la competencia de conocer los asuntos que le corresponden, incluyendo funciones administrativas, citar a las partes y recaudar pruebas.

    (ii) *Iudicium,* que es la capacidad para resolver los asuntos que conoce, siguiendo su propio criterio normativo o derecho consuetudinario.

    (iii) *Imperio o coercio,* que es la potestad de hacer efectivas sus decisiones en caso sea necesario y que éstas tengan la calidad de cosa juzgada.

50. En el caso particular de la jurisdicción comunal, el Tribunal advierte que también deben confluir ciertos elementos mínimos que permitan identificarla. Al respecto, en el derecho comparado, especialmente de aquellos que cuentan con una amplia cantidad de culturas, también se han advertido tendencias similares. Es así que, en el caso de Colombia, la jurisdicción indígena[1], según precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-463/14, de fecha 9 de julio de 2014, se compone de cuatro elementos: (i) la potestad de los pueblos indígenas de darse autoridades propias; (ii) la competencia para establecer normas y procedimientos propios; (iii) la sujeción de esas normas y procedimientos a la Constitución Política y la Ley; y (iv) la competencia legislativa para regular la coordinación entre la jurisdicción indígena y las autoridades nacionales. Además, afirma que esas formas de derecho, independientemente de sus profundas diferencias con el derecho nacional, deben ser respetadas y protegidas, de manera que el juez ordinario al acercarse a su contenido no debe concebirlo como una forma incipiente del derecho occidental o mayoritario, sino que debe asumir esa aproximación desde una perspectiva pluralista y multicultural.

51. Asimismo, en la sentencia T-642/14, de fecha 4 de setiembre de 2014, la misma Corte hizo énfasis en que la institucionalidad de esta jurisdicción debe estructurarse en un sistema de derecho propio conformado por los usos y costumbres

1 En el caso colombiano, a diferencia del peruano, no se efectúa la distinción entre pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas.

tradicionales, y procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad; es decir debe presentar (a) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (b) un concepto genérico de nocividad social. De este modo, la institucionalidad en materia de jurisdicción comunal debe entenderse en clave intercultural. En este ámbito, esto implica procurar un diálogo entre concepciones distintas de jurisdicción al reconocerse la diversidad cultural que existe en nuestro país y que nuestra Constitución protege. Por lo tanto, debemos ampliar nuestro enfoque tradicional de institucionalidad para acercarnos al de la especial jurisdicción comunal, reconociéndose en ella una mayor diversidad de manifestaciones que responden a los grupos humanos que la conforman. De hecho, la Oficina Nacional de Justicia de Paz y Justicia Indígena (ONAJUP) del Poder Judicial, con apoyo de la Corte Suprema de Justicia, publicó en el año 2014 un Protocolo de Coordinación entre Sistemas de Justicia con el objetivo de promover nuevos espacios de coordinación y diálogo con las jurisdicción especial y el desarrollo de la jurisprudencia con enfoque intercultural.

52. Desde una perspectiva intercultural debemos tener en cuenta que la jurisdicción comunal es un tipo de manifestación cultural, cuya finalidad es la resolución de conflictos que surgen en una comunidad campesina o nativa. Esta jurisdicción o manifestación debe contar necesariamente con un sistema normativo y/o derecho consuetudinario que lo fundamente y debe caracterizarse por la conciencia de vinculatoriedad y exigibilidad de cumplimiento para el colectivo que la inetegra, cual no puede ser, en principio, desconocido por el Estado.

53. Así, esta jurisdicción se caracteriza por la existencia de uno o varios sistemas normativos que son la fuente de origen de esta jurisdicción. Por ejemplo, puede ser que el origen de una jurisdicción comunal no sea ancestral, prehispánica, o colonial; sin embargo, su aparición se haya dado en virtud del reconocimiento de su existencia jurídica décadas después de la formación de la independencia luego de la constitución de una ronda campesina. Esto no puede impedir su reconocimiento como tal, en tanto exista detrás de ella un derecho consuetudinario o un sistema normativo que propició su surgimiento. También esta jurisdicción debe caracterizarse por el reconocimiento comunal de que el sistema normativo y/o derecho consuetudinario resulta aplicable para resolver una controversia, cuyo incidente se considera, como en este caso, un suceso nocivo o perjudicial para el colectivo o alguno de sus integrantes.

54. Por lo tanto, en virtud de estos dos elementos, es posible deducir que toda jurisdicción comunal en nuestro país debe contar con:

a) Autoridades comunales para ejercer la jurisdicción y tomar de decisiones administrativas.

b) La facultad de competencia para resolver el conflicto jurídico que ocurra en su territorio, de conformidad con su desarrollo histórico-cultural, su derecho consuetudinario y, en general, su particular sistema normativo.

c) Procedimientos que permitan una mínima garantía de los derechos fundamentales de los procesados y los agraviados;

d) La potestad para hacer efectivas sus decisiones y que estas sean definitivas, con plena observancia de los derechos fundamentales de los integrantes; y,

55. En efecto, la jurisdicción comunal encuentra su sentido en el reconocimiento de la existencia de enfoques culturales y modos distintos de concebir la realidad que parten de la historia y el desarrollo de los grupos humanos existentes al interior de nuestro territorio, en todos los sectores o ámbitos que la misma abarca. Por ello, la jurisdicción comunal debe ser ejercida con un importante grado de autonomía, entendida esta última como una capacidad para autodesenvolverse con sujeción a sus propias normas. La jurisdicción comunal, y la autonomía de la que se encuentra dotada, es un bien jurídico de relevancia constitucional. No debe, sin embargo, ser entendida como un bien absoluto e irrestricto, pues, como es conocido, la Constitución articula sus diversos contenidos de una manera armónica, y es en dicho esquema que aquella debe ser asumida. Es así que el artículo 149 de la Constitución deja claramente establecido el reconocimiento de la jurisdicción comunal en los términos antes descritos y establece, a su vez, que debe ser ejercida de forma que no viole los derechos fundamentales de la persona, esto es, coloca a estos últimos como lo entendida un punto central de obligada referencia. De este modo, nuestra Constitución, a diferencia de otros modelos, ha optado por constitucionalizar como límite material al ejercicio de esta jurisdicción el respeto a los derechos fundamentales.

56. Sobre ello, el respeto a los derechos fundamentales por parte de la jurisdicción comunal no es una simple mención sin contenido objetivo o sujeta a la libre discrecionalidad de quien ejerce dicha facultad. Al respecto, la Constitución vincula los poderes públicos y a la colectividad en general, por lo que hemos afirmado que el Estado debe garantizar su protección frente a las eventuales afectaciones que pueden provenir tanto del propio Estado -*eficacia vertical*- como de los particulares -*eficacia horizontal*- [*cfr.* Expediente 04063-2007-PA/TC]. Por ello, no resulta admisible la existencia de ámbitos donde puedan predicarse excepciones al orden constitucional y, sobre todo, a la eficacia de los mandatos a favor de la persona humana y el respeto de su dignidad.

57. En ese sentido, el artículo 9, numeral 1, del Convenio 169 de la OIT señala que, en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, "deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros". En una línea similar, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, en la sentencia 1422/2012, de fecha 24 de setiembre de 2012, establece que el ejercicio de la justicia indígena originaria campesina se da en virtud de su derecho fundamental a la impartición de justicia en el marco de sus normas y procedimientos que, a la vez, constituyen fuente directa de derecho.

58. Sin embargo, el ejercicio de esta jurisdicción se limita al control plural de constitucionalidad de acuerdo a unas pautas de interpretación intercultural. Esta pauta de control consiste en el cuidado de la Constitución y el resguardo de los derechos fundamentales. En ese sentido, como indica el referido tribunal, la interpretación de los derechos fundamentales debe darse en contextos interculturales en aras del cumplimiento y la consolidación del "vivir bien", que es el valor esencial y fin primordial del referido Estado. Siendo así, la jurisdicción comunal se somete a este paradigma, donde el denominado control plural de constitucional deberá analizarse dentro de los siguientes parámetros: a) armonía axiomática, b) decisión acorde con la cosmovisión propia, c) ritualismos armónicos con procedimientos, y d) proporcionalidad y necesidad estricta.

59. De esta forma, queda claro que los derechos fundamentales son límites objetivos y materiales al ejercicio de la potestad jurisdiccional comunal y, como tales, deben ser valorados en toda situación en que puedan resultar invocados según la incidencia o nivel de afectación del cual puedan ser objeto. Ello, pues, descarta la idea de que, por el simple hecho de alegarse la existencia de una potestad jurisdiccional especial, quede cerrada la discusión entorno de su correcto o adecuado ejercicio.

60. Precisadas estas pautas, corresponde determinar si es que, a propósito de este caso, la jurisdicción comunal ha sido empleada de manera compatible con la Constitución.

Análisis del caso concreto

a) Hechos

61. Como ya se ha precisado, el objetivo del presente amparo radica en cuestionar la decisión de la Asamblea de la Comunidad Campesina de Montevideo, de fecha 21 de mayo de 2011, consistente en "destituir" (es decir, "expulsar") a los

demandantes del distrito de Montevideo, revertir sus terrenos a la comunidad, y despojarlos de sus derechos como comuneros.

62. La Comunidad Campesina de Montevideo, reconocida como tal el 15 de abril de 1937, y con inscripción registral en la partida electrónica N.° 11000244, al convocar a la Asamblea General, de fecha 21 de mayo de 2011, programó tres puntos de agenda: a) elección y juramentación del comité de la Ronda Campesina del distrito de Montevideo; b) aprobación del estatuto interno de la comunidad; y c) toma de decisión frente a incumplimiento del último acuerdo de Asamblea General, de fecha 12 de febrero de 2011, en la que se reprendió a don Carmen Zelada por la adquisición de sus terrenos y se le otorgó un plazo de 90 días para expropiar sus terrenos y abandonar el distrito.

63. Respecto al primer punto, en el Acta de la Asamblea se aprecia que se eligió y juramentó a la Ronda Campesina del Distrito. Sobre el segundo punto, consistente en la aprobación del estatuto interno de la Comunidad, se dejó para otra fecha el análisis del mismo para su aprobación; es decir, no se discutió ni aprobó el estatuto comunal en el momento en que se discutieron los hechos que ameritaron este caso. De ello se deduce que, al momento de determinar la aplicación de sanciones, el referido documento no se encontraba vigente en la comunidad.

64. En lo concerniente al tercer punto, cabe señalar que la decisión de "destitución" (expulsión) de la comunidad de los demandantes, de revertir sus tierras, y de retirar sus animales de los terrenos de la comunidad, obedeció a lo siguiente: i) que don Jorge Zelada Zamora y don Carmen Zelada Requelme, según declaraciones de otros testigos, incurrieron en actos de abigeato pese a habérseles instado a desistir de dicha conducta, y ii) que doña Candelaria Tafur afirmó que la familia Zelada poseía armas de fuego, lo que, tal como se desprende del acta cuestionada, motivó que los esposos don Carmen Zelada Requelme y doña Juana Zamora autorizaran la "incautación" (sic) o verificación de su domicilio.

65. La Asamblea, por unanimidad, decidió "destituir" (expulsar) de la comunidad a don Carmen Zelada Requelme, don Jorge Zelada Zamora, doña Juana Zamora Salcedo, doña Isabel Zelada Zamora y a don José Próspero Marín Salazar, y revertir sus terrenos a la comunidad para que sean administrados directamente por ella. Asimismo, ordenó el retiro de sus animales, quitándoles con ello definitivamente sus derechos de comuneros. Además, dejó constancia que dichas personas salieron en buen estado de salud y que el 50% de las parcelas sembradas en sociedad con otros comuneros pasarán a las rondas campesinas.

66. Finalmente, el juez de paz, Aguilberto Vergaray Epiquin dejó constancia de la firma del Acta de la Asamblea y que Juana Zamora Salcedo, Isabel Zelada Zamora, José Próspero Marín Salazar se negaron a firmar dicho documento, luego de leído públicamente su contenido, con lo cual finalizó el acto comunal.

b) Argumentos de los demandantes

67. Alegan los demandantes que el ejercicio de la jurisdicción comunal resulta ilegítimo porque no se encuentra tipificada la sanción de destitución (expulsión) del distrito. También agregan que la reversión de tierras impide que ellos puedan ejercer alguna actividad económica esencial para su subsistencia.

c) Argumentos de los demandados

68. Los demandados, Emilfero Epquin Rojas, alcalde del Municipio Distrital de Montevideo; Rickson Emil Sánchez Valle, presidente de la Junta Directiva de la Comunidad Campesina de Montevideo; Aguilberto Vergaray Epiquin, Juez de Paz del Distrito de Montevideo; y Aldonso Salomé Valle Llaja, Presidente de la Comunidad Campesina de Montevideo plantean, de manera independiente, la excepción de falta de legitimidad pasiva, y contestaron la demanda afirmando que la decisión fue tomada por la Asamblea General y no por ellos a título propio. No obstante, defendieron la decisión tomada conforme al artículo 14 de la Ley de Comunidades Campesinas, al Reglamento de la Ley y el Estatuto de la comunidad.

d) Consideraciones del Tribunal Constitucional

– *Acerca de legitimidad pasiva y la determinación de las autoridades competentes*

69. En primer lugar, corresponde delimitar sobre quién de los demandados recae la legitimidad para obrar pasiva, pues ello permitirá determinar sobre qué autoridad recaerán los efectos de la presente sentencia. Al respecto, en la primera instancia del proceso, mediante Resolución N° 9, de fecha 7 de enero de 2013, se declaró infundada la excepción de falta de legitimidad pasiva de los todos demandados, la cual fue objeto de apelación. Con posterioridad, la sentencia de segunda instancia revocó la referida Resolución N° 9 y, reformándola, declaró fundada la excepción excluyendo del proceso a Emilfero Epquin Rojas, alcalde de Montevideo, y Aguilberto Vergaray Epiquin, Juez de Paz, pero mantuvo en el proceso a Aldonso Salomé Valle, Presidente de la Ronda Campesina, y a Rickson Sánchez Valle, Presidente de la Junta Directiva de la comunidad.

70. No obstante, este Tribunal advierte que corresponde extender los efectos de la exclusión del proceso a Aldonso Salomé debido a que, al igual que el alcalde y el

juez de paz de Montevideo, no es una autoridad que tenga representación respecto de la comunidad campesina, como sí la tiene el Presidente de la Junta Directiva y, por lo tanto, ejerce la representación institucional de la comunidad, tal y como lo indica el artículo 63 del Reglamento de la Ley de Comunidades Campesinas.

71. Precisado lo anterior, corresponde determinar el fondo de la controversia.

– *Acerca del ejercicio de la "jurisdicción comunal" por parte de la Comunidad Campesina de Montevideo y su incidencia en los derechos de los recurrentes*

72. Este Tribunal analizará si es que la sanción impuesta ha respetado los derechos fundamentales de los demandantes, en especial, el derecho al debido proceso. Ello se realizará tomando en consideración los criterios se han expuesto *supra* a propósito de los límites formales y materiales que pueden trazarse respecto del uso de la jurisdicción comunal.

73. En ese sentido, y a fin de determinar la viabilidad de la sanción, corresponde verificar, en primer lugar, la existencia de legitimidad por parte de la comunidad para procesar y sancionar el conflicto surgido. Con posterioridad, corresponderá analizar si el proceso y la sanción no vulneraron los derechos fundamentales que invocan los demandantes. En otras palabras, ello supone verificar la institucionalidad de la jurisdicción comunal.

74. Sobre ello, no queda duda que quien invoca el derecho a aplicar la jurisdicción comunal para sancionar el conflicto es una comunidad campesina cuya existencia jurídica está plenamente reconocida y su competencia no ha sido cuestionada. Por ello, la comunidad puede emplear la normativa en materia campesina y/o su derecho consuetuainario para resolver el conflicto de acuerdo a sus usos y costumbres. En consecuencia, lo que el Tribunal debe determinar es si, en el contexto del presente caso, el desarrollo del proceso permitió tutelar los derechos fundamentales de los recurrentes.

75. Esta labor, a propósito de lo que aquí se debate, es sumamente compleja. Como se advirtió con anterioridad, el pluralismo en el marco de un Estado Constitucional permite la convivencia de distintas concepciones del bien y la justicia, lo cual se aprecia, en mayor medida, en los casos en los que se ven involucradas distintas culturas. Ahora bien, se precisó que esta clase de conflictos generan distintas respuestas por parte del ordenamiento jurídico. Así, mientras que en algunos casos ciertas sociedades optan por un patrón de asimilación (en el entendido de tratar de atraer al resto de culturas a una considerada como hegemónica), nuestra Constitución se ha decantado por una fórmula multicultural, en la que se reconoce la coexistencia y convivencia de distintos colectivos con otros

sistemas de valores. Sin embargo, a diferencia de las primeras, en el caso peruano se ha constitucionalizado la idea que el reconocimiento de estas tradiciones únicamente puede operar cuando se reconozcan los derechos fundamentales de los integrantes o, de ser el caso, de las personas que sean sometidas a su fuero. Este es el criterio que, por lo demás, reconoce el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, aunque haciendo referencia a los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

76. Ahora bien, el hecho que el constituyente haya optado por una fórmula que de ^ preeminencia a los derechos fundamentales en este contexto de diálogo intercultural no conlleva, necesariamente, el establecimiento de un contenido de garantías rígidas y férreas que deban ser impuestas a todas las etnias y culturas. El Tribunal estima que, dentro del marco de ciertos contenidos mínimos y flexibles en cuanto a la impartición de justicia, las comunidades cuentan con un considerable margen de apreciación para configurar internamente el desarrollo de los procesos, así como el consiguiente establecimiento de sanciones. Es así que el procesamiento por la comisión de alguna presunta falta debería permitir que el acusado goce, como mínimo, de las siguientes garantías:

(i) El derecho de la persona acusada de tomar un conocimiento certero de los hechos que se le atribuyen, a fin de poder articular una estrategia de defensa.

(ii) El derecho a que, en la medida de lo posible, las faltas y sus respectivas sanciones estén adecuadamente reguladas en el estatuto de la comunidad. De no ser ello factible, que las decisiones que se adopten fundamenten la aplicación del derecho consuetudinario en cada caso.

(iii) El derecho a que la persona acusada tenga la oportunidad y el tiempo necesario para preparar su defensa, lo que conlleva la posibilidad de que pueda presentar y sustentar sus argumentos.

77. Sobre ello, el Tribunal ha precisado [STC N° 00023-2005-AI/TC, fundamento 43] que el derecho fundamental al debido proceso es exigible a todo órgano que tenga naturaleza jurisdiccional (jurisdicción ordinaria, constitucional, electoral y militar) y que pueden ser extendido, en lo que fuere aplicable, a todo acto de otros órganos estatales o de particulares (procedimiento administrativo, procedimiento legislativo, arbitraje y relaciones entre particulares, entre otros). Siendo esto así, nada impide que este derecho se extienda, al menos a través de ciertas garantías mínimas, a la jurisdicción comunal, pues, como las anteriores, es también una jurisdicción que existe y está reconocida constitucionalmente. El ámbito de la jurisdicción comunal, como se señaló anteriormente, debe analizarse desde

una perspectiva intercultural y, y debe suponer, según lo establece la Constitución, el respeto de los derechos fundamentales, entre los que se encuentra, claro está, el debido proceso.

78. El Tribunal entiende que el desarrollo de estas investigaciones y procedimientos puede desarrollarse de conformidad con los usos y costumbres de cada comunidad. De hecho, en muchas de ellas la autoridad competente para la resolución de conflictos suele ser una asamblea de comuneros, como ocurre en el caso de la Comunidad Campesina de Montevideo. También suele ocurrir que estas decisiones sean irrecurribles, lo cual se presenta porque el órgano competente está integrado por una considerable cantidad de miembros, lo que hace innecesaria la existencia de una doble instancia. De este modo, el propio esquema cultural de las comunidades campesinas y nativas invita a repensar el desarrollo de los procesos de una manera distinta a la que suele concebirse habitualmente. Ahora bien, el hecho que la institución llamada a efectuar esta clase de labores no sea propiamente una autoridad judicial, no impide que se respeten ciertos contenidos mínimos en el desarrollo del proceso.

79. En lo que concierne al caso de los recurrentes, el Tribunal nota que no se ha cuestionado la competencia de la Asamblea de la Comunidad Campesina de Montevideo como órgano legitimado para iniciar procedimientos de investigación o aplicar sanciones. Ello, según se desprende, obedece a la existencia de instituciones legitimadas por sus integrantes en virtud de sus propias tradiciones. En consecuencia, en esta controversia se aprecia que esta institución cuenta con competencia para resolver el conflicto jurídico que ocurre en su territorio y con la potestad para hacer efectivas sus decisiones.

80. Ahora bien, no se evidencia que, en el desarrollo de las investigaciones en torno a las supuestas faltas cometidas por los recurrentes, se haya garantizado la posibilidad que estos puedan ejercer su propia defensa. Ello se fundamenta en que, de la revisión del acta de la Asamblea que dispone la sanción, no se aprecian sus descargos frente a las acusaciones realizadas. Tampoco se hace referencia a alguna normativa concreta que regule las faltas atribuidas, ni el fundamento de la sanción aplicada. No se hace, pues, ninguna clase de mención del estatuto de la comunidad (el cual, por lo demás, no estaba aprobado en el momento de los hechos), ni a alguna normativa pertinente, como podría ser, por ejemplo, su derecho consuetudinario. De este modo, y aunque la falta como tal pueda ser conocida por los presuntos infractores, ello no ocurre con la sanción a imponer, lo cual es particularmente especial si es que se toma en cuenta que la consecuencia ha sido la expulsión de los involucrados y la reversión de sus terrenos.

81. De hecho, el Tribunal también nota que los demandados, en su contestación a la demanda, hacen alusión a que las obligaciones de los comuneros, entre las cuales está la de no robar, se encuentra en el artículo 14 del Estatuto de la comunidad, y las sanciones se aplicaron en virtud de los artículos 23, 26, 39, y 83 del mismo. Sin embargo, como se aprecia en el Acta que sanciona a los recurrentes, la discusión y aprobación del Estatuto quedó postergada a fecha posterior de la toma de este último acuerdo.

82. Por otro lado, también se advierte que, pese a la presencia del juez de paz y la certificación que realiza a las firmas del Acta de la Asamblea, no ha existido una participación activa de los recurrentes (en tanto personas acusadas) en la toma de la decisión comunal, ya que no se dejó constancia que, durante el proceso de juzgamiento comunal, los acusados Juana Zamora Salcedo, José Próspero Marín Salazar, e Isabel Zelada Zamora hayan ejercido su defensa de los cargos que se les imputaban. Por lo tanto, no se aprecia la existencia de un proceso o un conjunto de procedimientos que evidencien una institucionalidad esencial en la toma de la decisión sancionatoria, lo cual afecta el *minimum* del contenido de debido proceso que es preciso resguardar en las investigaciones en contra de los comuneros. El Tribunal estima que, al ejercer su jurisdicción sobre sus integrantes, las comunidades deberían publicitar toda información referente a los procesos que se inicien, ello con el objeto de que los involucrados puedan tener conocimiento de los cargos en su contra y así pueden ejercer adecuadamente su derecho de defensa. Dicha publicidad puede ser realizada de acuerdo a las condiciones en las que las comunidades se desarrollan, a saber, se pueden emplear carteles comunales o similares que permitan conocer toda la información relacionada a los procesos iniciados por aquellas contra sus miembros.

83. Ahora bien, la decisión de expulsión del territorio comunal resulta legítima siempre que constituya la solución asumida por la comunidad frente a un conflicto comunal, el cual sea resultado del ejercicio pleno de su derecho a la autonomía y que sea, a su vez, respetuosa de los mínimos indelegables de los derechos fundamentales que podrían verse afectados, pues su ejercicio no puede significar la negación total de otro derecho o bien jurídico constitucional.

84. En tal sentido, a criterio de este Tribunal la expulsión de don Carmen Zelada Requelme y don Jorge Zelada Zamora, quienes supuestamente participaron en actos de abigeato, resulta ilegítima, pues no ha sido respetuosa del contenido indelegable o mínimo esencial del debido proceso, específicamente en el derecho de defensa. En efecto, no se advierte que Jorge Zelada Zamora haya sido informado por las autoridades comunales de las acusaciones existentes en su contra, ni

que se le haya permitido ejercer mínimamente su derecho de defensa o presentar descargo alguno. Tampoco se ha indicado si es que su ausencia en las sesiones de la Asamblea se debió a alguna conducta obstruccionista que hubiera efectuado o a alguna razón de fuerza mayor. Esto ha implicado, en la práctica, que su situación haya sido decidida sin que se le permita participar en la deliberación respectiva.

85. La situación de indefensión resulta más evidente en la expulsión de doña Juana Zamora Salcedo, doña Isabel Zelada Zamora y don José Próspero Marín Salazar, pues la sanción impuesta no se corresponde con alguna inconducta realizada por dichos familiares contra la comunidad. Asimismo, tampoco se verifica que hayan hecho ejercicio de su derecho de defensa de manera plena, en vista a la inexistencia de prueba indubitable en contra de ellos y de constancia de que manifestaron lo conveniente sobre sus derechos. Cabe señalar que la potestad de las comunidades campesinas y nativas para sancionar a sus integrantes como mecanismo de solución ante un conflicto comunal no debería, sin procedimiento previo, aplicarse a los familiares de los sujetos infractores, porque dicha conducta implicaría aceptar que la infracción está fundamentada en la familiaridad, situación que no se condice con el respeto a los derechos fundamentales. De ser responsables también los familiares, se les debe comunicar de las imputaciones en su contra, y otorgarles la posibilidad de hacer los descargos que consideren convenientes y así ejercer su derecho de defensa.

86. Sobre la decisión de revertir el uso de sus tierras comunales, al ser una consecuencia de haber decidido su expulsión de la comunidad y el retiro de sus derechos como comuneros, ésta resulta inconstitucional, al no encontrar sustento normativo estatal o consuetudinario propio, y sin que se haya garantizado el derecho a la defensa. Por lo expuesto, la demanda debe ser estimada.

Efectos de la sentencia

87. Finalmente, debe quedar claro que la decisión de estimar la demanda no equivale a mantener como comuneros a los demandantes, en contra de lo que podría ser la voluntad de la comunidad. De hecho, nuestra decisión tan solo equivale a señalar que, incluso siendo la jurisdicción comunitaria autónoma, debe ser respetuosa de los mínimos indelegables de los derechos fundamentales; en consecuencia, el ejercicio de esta jurisdicción debe corresponderse con estos a efectos de fortalecerse.

88. En ese sentido, este Tribunal estima que la Comunidad Campesina de Montevideo debe otorgar la oportunidad a las personas involucradas de presentar sus

argumentos de defensa por los hechos imputados. Para ello, deberá informarles, en algún medio apropiado basado en los usos y costumbres locales, de los cargos que se les atribuyen así como la base fáctica que le sirve de sustento. Del mismo modo, el Tribunal considera que, en la medida de lo posible, las eventuales sanciones a aplicar se encuentren tipificadas en el Estatuto de la Comunidad (en caso este ya hubiera sido aprobado, pues era, al momento de los hechos, aun en tema pendiente en la agenda) o que se fundamente si es que las mismas se basan en el derecho consuetudinario, pues ello permitirá garantizar, en mayor medida, su derecho a la defensa.

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

RESUELVE

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo, por haberse acreditado la violación al derecho al debido proceso.

2. **ORDENAR** a la Comunidad Campesina de Montevideo aplicar la jurisdicción comunal en un nuevo proceso a cargo de la Asamblea Comunal con las garantías del contenido mínimo esencial del derecho al debido proceso, específicamente en lo relacionado al derecho de defensa, de conformidad con lo expresado en los fundamentos 87 y 88 de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

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

EXP. 02765-2014-PA/TC
AMAZONAS
CARMEN ZELADA REQUELME Y OTROS

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

La omisión inconstitucional del Poder Legislativo sobre la justicia comunal es sólo el reflejo de la indiferencia histórica del Estado y la sociedad peruana sobre las comunidades indígenas y nativas

Si bien coincido en el fallo y fundamentos expresados en la sentencia, considero necesario expresar algunas consideraciones adicionales:

1. Teniendo en cuenta la función que cumple un Tribunal Constitucional en la interpretación-concretización de las disposiciones constitucionales, considero no sólo pertinentes sino necesarios los amplios argumentos de desarrollo constitucional, del derecho internacional de los derechos humanos y de nuestra historia, expuestos en la sentencia en la medida que son pocos los casos, y por tanto, pocas las oportunidades, para pronunciarse sobre asuntos vinculados a las comunidades indígenas y nativas.

2. Y es que los peruanos y peruanas que viven en tales comunidades, dada su lejanía territorial, no tienen frecuentemente la posibilidad de efectivizar la protección judicial de sus derechos individuales y comunales. Pero no sólo eso. Quizás otras de las causas del escaso desarrollo jurisprudencial constitucional sobre comunidades campesinas y nativas se deba a la falta de educación sobre el ejercicio de sus derechos, o quizás simplemente, a una especie de indiferencia histórica del Estado y la sociedad, en desarrollar y reconocer los derechos que a ellos les corresponde.

3. Es como si para determinados sectores del Estado y la sociedad, las comunidades campesinas y nativas fueran comunidades invisibles, olvidando que la población

de origen indígena en el Perú, según el Censo 2007, representa el 14% de la población nacional, es decir, más de 4 millones de personas.[1]

4. En el específico supuesto de la justicia, tanto la jurisdicción nacional como la jurisdicción comunal constituyen algunas de las formas de reconocimiento de nuestro pluralismo cultural y tienen cobertura constitucional expresa en el artículo 149 de la Norma Fundamental:

> Artículo 149.- Las autoridades de la Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial, [resaltado agregado].

5. Pese al claro mandato constitucional, hasta la fecha, luego de 24 años de expedida la Constitución, aún el Poder Legislativo no ha cumplido con elaborar la respectiva ley de coordinación entre la jurisdicción nacional y la jurisdicción especial comunal. Ciertamente, tanto el Tribunal Constitucional como el Poder Judicial, en el marco de sus competencias, han buscado solucionar casos concretos, pero esta labor resulta insuficiente dadas las limitaciones de los órganos jurisdiccionales para legislar en general en una materia tan compleja.

6. Es en el Parlamento, el ámbito deliberativo por excelencia, en el que mediante la convocatoria de representantes de las comunidades indígenas y nativas, instituciones estatales especializadas, instituciones privadas especializadas, universidades, colegios profesionales, entre otros, se debería delimitar los ámbitos de competencia de la jurisdicción nacional y de la jurisdicción comunitaria, sean estos de competencias exclusivas o competencias compartidas, entre otras.

7. Quizás desde Lima no se puede apreciar la permanente incertidumbre y caos que existe en las poblaciones quechuas, aymaras o amazónicas sobre la prevalencia de sus normas comunitarias o de las normas nacionales; entre la forma de hacer justicia en su comunidad y la forma de hacer justicia a nivel nacional. Por ello, es indispensable y urgente subsanar la grave omisión inconstitucional de dictar una ley de coordinación entre la jurisdicción nacional y la jurisdicción especial comunal.

8. Ya el Tribunal Constitucional ha establecido en la STC 0006-2008-PI/TC FJ7, que la necesidad de la inclusión del control de las omisiones inconstitucionales

1 http://www.defensoria.qob.pe/bloq/sabemos-cuanta-poblacion-indiqena-hav-en-el-peru/

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 u olvidados por el 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.

9. En suma, más allá de la necesaria implementación de políticas públicas en materia de educación, desarrollo, inclusión social e inclusión política de las comunidades indígenas y nativas, el Poder Legislativo no debe postergar más el cumplimiento de la obligación constitucional de dictar la respectiva ley de coordinación entre la jurisdicción nacional y la jurisdicción especial comunal.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

EXP. N.° 02765-2014-PA/TC AMAZONAS
CARMEN ZELADA REQUELME Y OTROS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI

Sin perjuicio del respeto que merece la opinión de mis colegas Magistrados, emito el presente fundamento de voto ya que, si bien coincido en que la demanda debe ser declarada **FUNDADA,** no suscribo los siguientes fundamentos de la ponencia:

- El fundamento 17, debido a que lo que allí se señala -"una dimensión de prestación, consistente en el deber estatal de proteger la pluralidad étnica y cultural existente en la nación"- no está contenido en el fundamento 6 de la STC 04611-2007-PA/TC con el que la ponencia se pretende respaldar[1].
- El fundamento 39, pues lo que allí se dice nada tiene que ver con el contendido del fundamento 18 de la STC 005-2006-PI/TC que invoca la ponencia[2].
- El fundamento 84 en la parte que habla de un contenido "indelegable" del debido proceso. No me parece pertinente usar ese adjetivo, pues ¿acaso hay un contenido "delegable" del debido proceso? ¿Delegable en quién?
- El fundamento 88 en la parte que señala: "el Tribunal considera que, en la medida de lo posible, las eventuales sanciones a aplicar se encuentren tipificadas en el Estatuto de la Comunidad (en el caso este ya hubiera sido aprobado, pues era, al momento de los hechos, aun en[sic] tema pendiente en la agenda)". Justamente por lo que dice este fundamento, aun cuando la Comunidad Campesina de Montevideo hubiera aprobado su Estatuto al momento del nuevo proceso que se le ordena hacer, dicho Estatuto no podría ser usado para sancionar a los demandantes, pues, de lo contrario, se lesionaría el debido proceso al aplicarse una

1 Dice el fundamento 6 de la STC 04611-2007-PA/TC: "El derecho al nombre como tal no es un derecho fundamental ni tiene reconocimiento constitucional, tan solo civil, aunque está en conexión con la identidad personal. No obstante ello, por la forma en que ha sido planteada la demanda, más bien está en correspondencia con lo que se ha venido a denominar "buen nombre", concepto íntimamente relacionado con el honor en el ámbito conocido como "buena reputación".

2 Fundamento 18 de la STC 005-2006-PI/TC: "Existen medidas legislativas destinadas a promover la construcción o mejora de vías de comunicación terrestre o la realización de obras de gran

norma sancionatoria a hechos ocurridos antes de su vigencia, en violación del artículo 2, inciso 24 d) de la Constitución. Así las cosas, en mi opinión, la eventual sanción a los demandantes sólo podría fundarse en la aplicación del derecho consuetudinario, con el recaudo de los derechos fundamentales expresado en la ponencia.

S.
URVIOLA HANI

envergadura (Leyes N.° 28688, 28670); medidas destinadas a promover la participación ciudadana en diversos aspectos de la Administración Pública (Ley N° 28628), medidas legislativas específicas destinadas a mejorar la situación económica de diversos sectores de la población (incrementos remunerativos o pensionarios), medidas legislativas generales destinadas a regular sistemas de seguros obligatorios por responsabilidad civil a favor de la protección de derechos de salud, integridad y vida de los ciudadanos (Ley N° 27181 y el Decreto Supremo N° 024-2002-MTC, Ley N° 26790 y los Decretos Supremos N° 009-97-SA y 003-98-SA), entre otras".

EXP. N.° 02765-2014-PA/TC
AMAZONAS
CARMEN ZELADA REQUELME Y OTROS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI, RESPECTO A LOS PARÁMETROS DENTRO DE LOS CUALES SE DESARROLLA LA FUNCIÓN JURISDICCIÓN ESPECIAL DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS

Si bien concuerdo con la sentencia de autos, que resuelve declarar fundada la demanda interpuesta por doña Carmen Zelada Requelme y otros, y, en consecuencia, ordena a la Comunidad Campesina de Montevideo que cumpla con aplicar la jurisdicción comunal, en el marco de un nuevo proceso a cargo de su Asamblea Comunal, respetando las garantías mínimas del derecho al debido proceso, estimo necesario exponer mis consideraciones en torno a los alcances, parámetros y competencias de la denominada jurisdicción comunal y, en especial, con relación a lo expresado en el acápite b) de su fundamento 54, en el que, al referirse a una de las características importantes de dicha función jurisdiccional especial, se afirma literalmente que esta comprende:

> *"La facultad de competencia para resolver el conflicto jurídico que ocurra en su territorio, de conformidad con su desarrollo histórico- cultural, su derecho consuetudinario y, en general, su particular sistema normativo*

Tal afirmación pareciera que incorpora dentro de la función jurisdiccional especial comunal, la competencia de conocer la totalidad de conflictos o controversias que pudieran suscitarse al interior de su territorio, sin exclusión alguna y solo regulada por sus propias normas emanadas de su desarrollo histórico-cultural, su derecho consuetudinario y su particular sistema normativo. Es decir, en forma exclusiva y excluyente, como si se tratara de una isla dentro del Estado Constitucional, liberada totalmente del control, de la intervención y de la competencia de la jurisdicción ordinaria.

Considero que esa postura no se ajusta a la lógica y a la filosofía del legislador constituyente peruano, reflejada en el Título II de la Constitución Política del Perú, que aborda el tratamiento constitucional del Estado y de la Nación; título que comprende

en su Capítulo I precisamente la normativa específica sobre el Estado, la Nación y el territorio, consagrando en su artículo 43 el tipo de Estado, su forma de gobierno, su carácter unitario e indivisible, las características de su gobierno y la forma cómo se organiza, en los términos siguientes:

> *"Artículo 43. - Estado democrático de derecho. Forma de Gobierno La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible.*
>
> *Su gobierno es unitario*, *representativo* y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes."

Esa postura tampoco se ajusta a la regulación constitucional de la administración de justicia, contenida en el Capítulo VIII, rotulado Poder Judicial, del Título IV, sobre la Estructura del Estado, de la Carta Fundamental de la República, al punto que su artículo 149, que reconoce la función jurisdiccional comunal de las comunidades campesinas y nativas, se inserta dentro del referido capítulo -del Poder Judicial -, que regula la potestad de administrar justicia, la que pertenece al pueblo y se ejerce por el Poder Judicial, encontrándose el ejercicio de las funciones jurisdiccionales ligadas a aquella .

Es más, esa ligazón se aprecia del propio texto del precitado artículo 149 de la Constitución, que literalmente reza:

> *"Artículo 149.- Ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas*
>
> *Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial. "*

Siendo ello así, considero que el adecuado ejercicio de la función jurisdiccional comunal por las comunidades campesinas y nativas debe ajustarse a las características y a la naturaleza de nuestro Estado y su gobierno, y está constreñido al territorio de cada comunidad (alcances), sujeto al marco constitucional nacional de consagración, garantía, protección y defensa de los derechos fundamentales, con proscripción expresa de la arbitrariedad; a la regulación legal nacional de ensamble con la justicia ordinaria (parámetros); y a las materias que le son propias, pero siempre en armonía con el carácter unitario del Estado Peruano y con los principios y valores que lo inspiran (competencias).

No cabe una interpretación aislada, atemporal e inconexa del acotado artículo 149 de la Carta Magna, tanto en cuanto disposición como en cuanto contenido normativo. Esta debe hacerse entendiéndolo como parte de una unidad y de una integralidad; de ese todo que es la Constitución en su conjunto: valores, principios, instituciones, derechos, normas y demás aspectos que encierra -es decir, de la voluntad y expresión normativa del Poder Constituyente-, Desde un enfoque constitucionalizado y recogiendo el telos constitucional -la inspiración, la filosofía, la lógica y la racionalidad del Constituyente.

En efecto:

1. Aún cuando resulta correcto afirmar que la jurisdicción comunal, debe contar con la competencia para conocer del conflicto planteado, estimo que la determinación de la misma (de dicha competencia) requiere ser definida claramente, ya que se desarrolla con sujeción al ordenamiento jurídico y en el marco del respeto por los derechos fundamentales, pues de lo contrario quedaríamos en el limbo de no saber qué forma parte de la jurisdicción ordinaria y qué forma parte de la jurisdicción comunal; no siendo suficiente tomar únicamente como referentes el factor territorial, el desarrollo histórico cultural, el derecho consuetudinario y, en general, las particularidades de su propio sistema normativo.

2. Una respuesta sistemática en el contexto integral de la Constitución, descarta de plano que todos los aspectos jurídicos puedan ser resueltos exclusivamente en el ámbito de la justicia comunal, pues el origen de esta por principio no responde a los mismos supuestos y consideraciones de la justicia ordinaria, sino únicamente a lo que es propio de la vida comunal con todas las incidencias que la misma puede generar, pues no todos los aspectos jurídicos tienen una consecuencia directa en el ámbito de la vida comunal.

3. El que el artículo 149 de la Constitución reconozca la jurisdicción comunal, no significa que esta última sustituya o reemplace totalmente a la justicia ordinaria. Sobre dicho aspecto, en adición a todo lo ya dicho, conviene hacer hincapié que el vocablo "pueden" utilizado en dicho artículo por el Legislador Constituyente para hacer referencia a las funciones jurisdiccionales de las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, no ha sido colocado en vano, toda vez que si la intención del Legislador Constituyente hubiese sido darle a la justicia comunal un rol sustitutivo de la justicia ordinaria, el citado termino estaría demás, debiéndose haber optado, en aquel negado supuesto, por el de "deben".

4. Sin embargo, lo más importante de todo, es el límite objetivo establecido en el artículo 149, de acuerdo con el cual la jurisdicción comunal, si bien es muy

importante, de ninguna manera puede administrarse en forma contraria a los derechos fundamentales.

5. En este contexto, aceptar que la jurisdicción comunal tiene como restricción inobjetable el respeto por los derechos fundamentales, supone que de ninguna manera podría considerarse como viable la renuncia total o absoluta a los aspectos materiales que entraña la potestad jurisdiccional. De asumirse una interpretación tendiente a excluir de la justicia ordinaria toda clase aspectos so pretexto de verificarse en el ámbito de la vida comunal, significaría vaciar de contenido y de toda eficacia práctica la restricción establecida en el citado artículo 149 de la Constitución, lo cual no sólo sería inaceptable sino totalmente irrazonable en el marco de una Constitución que se esfuerza en defender una pluralidad de bienes jurídicos de relevancia y, en particular, de los que tienen una vinculación directa con los derechos esenciales de la persona.

6. Bajo la lógica descrita y asumiendo que los aspectos concernientes al desarrollo histórico cultural, el derecho consuetudinario y las particularidades del sistema normativo son elementos que permiten determinar la competencia de la jurisdicción comunal. Sin embargo, no resultan ser los únicos, pues, ante todo se requiere de su armonización con el ordenamiento jurídico y la plena eficacia de los derechos fundamentales, en el marco de una interpretación integral de la Constitución y de la consideración que el Estado Constitucional peruano es uno e indivisible.

S.
BLUME FORTINI

EXP. N.° 02765-2014-PA/TC
AMAZONAS
CARMEN ZELADA REQUELME Y OTROS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Coincido con el fallo de la sentencia, pues la vulneración de los derechos fundamentales de los recurrentes está acreditada en el expediente. Sin embargo, discrepo de su largo circunloquio inicial, que deambula por consideraciones innecesarias para resolver el caso. Desde que este constituye tres cuartas partes de aquella, por demás, hace que la sentencia resulte un parto de los montes jurídico.

Por otro lado, puesto que celebra las diferencias culturales *per se,* el circunloquio es no solo innecesario y excesivo sino también equivocado. Ciertamente, muchas diferencias culturales deben celebrarse, pero no aquellas que contravienen la Constitución y —más específicamente para el caso— el debido proceso. El Tribunal Constitución no debe transmitir un sentimiento de culpa sino de orgullo por hacer prevalecer la Constitución.

La Constitución establece la unidad política del país. Éste puede ser culturalmente complejo, pero no por ello deja de ser *una* unidad. "El Estado es uno", afirma el artículo 43 de la Constitución. Al hacerlo, por cierto, no hace sino repetir el artículo 2 de la Constitución de 1933. Si al Tribunal Constitucional le da por explayarse en consideraciones históricas y no solo jurídicas, no debiera hacerlo selectivamente.

S.
SARDÓN DE TABOADA

EXP. N.° 02765-2014-PA/TC
AMAZONAS
CARMEN ZELADA REQUELME
Y OTROS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo expresado en el voto de mayoría, pero considero necesario efectuar algunas precisiones, las cuales desarrollo a continuación.

1. En primer lugar, la presente controversia plantea un asunto complejo, como es el de las relaciones entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción comunal. Allí debe tenerse presente que estamos ante casos que nos obligan a interrogarnos sobre materias como la de las diversas posibles compresiones en torno a los derechos; las posibilidades y los límites de la relación entre los individuos y su comunidad, la forma de permitir la convivencia o el diálogo entre cosmovisiones diferentes, e, incluso, sobre las fronteras finales que está dispuesto a aceptar nuestro constitucionalismo en el marco de un Estado como el nuestro. Lo anterior implica, pues, cuestionar, o cuando menos mirar desde otros puntos de vista, los lugares comunes e inclusive los presupuestos ideológicos del constitucionalismo contemporáneo predominante.

2. En el contexto mencionado, el proyecto trata de dar una respuesta a las relaciones entre ambas jurisdicciones. Como corresponde, se parte inicialmente de lo indicado en el artículo 149 de la Constitución, el cual señala que:

> "Artículo 149.- Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial".

3. Ahora bien, al tratar de enfrentarse a la cuestión planteada, el proyecto hace alusión a expresiones que inicialmente responden a criterios o perspectivas dife-

rentes. Así, por una parte, hace referencia a un conjunto de garantías mínimas exigibles, con lo cual plantea una especie de coto vedado o umbral mínimo, fuera del cual la jurisdicción comunal es inaceptable. Por otra parte, también se hace una referencia genérica a la idea de "margen de apreciación" de la justicia comunal, que implica habilitar a la comunidad para que ella configure internamente, y se entiende que desde ciertos espacios de discrecionalidad, el desarrollo de sus procesos así como el establecimiento de sanciones.

4. Apreciado en conjunto, veo que la fórmula que alude al "margen de apreciación" tiene una finalidad más bien retórica, y no se le ha dado contenido ni alcances concretos. Conviene más bien constatar como en el proyecto, en diferentes momentos, se insiste en la idea de "mínimo exigible" (también se hace referencia al "contenido indelegable" o "mínimo esencial").

5. Ahora, con respecto a este "mínimo exigible" esbozado en el proyecto de sentencia (f. j. 46), este tiene un carácter básicamente formal o procedimental, en la medida que alude tan solo a tres derechos procesales: (1) a tomar conocimiento de los hechos atribuidos con la finalidad de preparar la propia defensa; (2) a que la falta o sanción esté tipificada en una norma previa o, en su defecto, a que las decisiones se basen en el derecho consuetudinario; y (3) a preparar la defensa y a poder presentarla.

6. Al respecto, una primera cuestión es que no queda claro por qué, frente a un asunto tan complejo y controvertido, se asume una concepción solo formal del mínimo exigible. Y por otra parte, incluso aceptando una aproximación formal o procesal al tema planteado, no se encuentra debidamente justificado por qué dicho umbral mínimo está conformado únicamente por los tres derechos mencionados, y por no por otros derechos procesales indiscutiblemente importantes, tales como los derechos a la motivación mínima, al juez imparcial o al plazo razonable.

7. Por otra parte, veo asimismo que, sobre la lo dispuesto en el ya citado artículo 149 de la Constitución, una posición que también han asumido los magistrados en esta y otras oportunidades sostiene que el límite para la justicia comunal son los derechos fundamentales.

8. Al respecto, debo llamar la atención sobre el hecho de que, pese a la formulación *prima facie* de la Norma Fundamental ("Las autoridades [comunales] pueden ejercer las funciones jurisdiccionales (...) *siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona*"), considerar sin más como límite a los derechos fundamentales, de modo genérico y sin mayor precisión, obvia que tanto la extensión

como el contenido de estos derechos son una cuestión controvertida, incluso en aquellos Estados Constitucionales que tienen bases históricas y justificativas en común. Cuestiones tan esenciales como los alcances de la libertad de expresión, la interrupción voluntaria del embarazo, la libertad religiosa, o la eutanasia (y la asistencia al suicidio) ponen al descubierto que los derechos fundamentales, independientemente de nuestras simpatías o antipatías, pueden en distintos contextos significar cosas diferentes. Ello incluso puede ocurrir en sociedades con cosmovisiones similares y del todo compatibles.

9. Si esto es así con respecto de sociedades con culturas o cosmovisiones concurrentes o compatibles, la cuestión planteada resulta más evidente frente a sociedades con cosmovisiones distintas y no necesariamente homologables en términos axiológicos, como es el caso de muchas comunidades originarias, indígenas y campesinas del Perú. Siendo así, como veremos luego, es necesario esclarecer de qué modo, en el marco de una comunidad plural como la nuestra, los derechos fundamentales sirven como límite para la justicia comunal.

10. Además de lo anotado, otra posición de los magistrados señala que no toda cuestión conflictiva puede ser llevada a la justicia comunal, sino solo aquello que sea "propio de la vida comunal". Así visto, solo las "cuestiones comunitarias" o los casos en los que las personas haya actuado como miembros de la comunidad, quedarían dentro de la competencia de la justicia comunal.

11. Al respecto, bien visto, si a la par que se propone esto no se ofrece algún criterio adicional o un mayor nivel de precisión para diferenciar las competencias entre las jurisdicciones ordinaria y consuetudinaria, hablar de "lo propio de la vida comunal" (más aun si se agrega como límite genérico la incidencia en "derechos fúndamentales") puede terminar siendo más bien una cláusula tendiente a vaciar de contenido a la jurisdicción nativa o comunal, arrinconándola a cuestiones de escasa densidad y de carácter puramente folclórico (en el sentido estricto del término).

12. El asunto, tal como señalamos desde el inicio, es bastante complejo y, por ello mismo, no admite soluciones simples. Además, como ya he explicado, tampoco cabe ofrecer soluciones muy genéricas (que finalmente no sirven de criterio para resolver), ni demasiado rígidas o reglamentarias (que no tengan en cuenta las singularidades de cada caso). Así visto, considero que los estándares antes esbozados, si bien de indiscutible utilidad, pueden resultar insuficientes por generales y por no solucionar en realidad los problemas de fondo sobre la relación entre las jurisdicciones comunal y ordinaria. Incluso, apreciado con mayor detalle, los planteamientos señalados aluden a asuntos diferentes y que no colman las

respuestas que se requiere. Así, en el caso del "mínimo exigible", este alude tan solo a lo relacionado con un "debido proceso comunal". Mientras tanto, los criterios de "respeto a los derechos" y "lo propio de la vida comunal" atiende en realidad al ámbito material de competencia comunal.

13. Señalado todo esto, es momento de avanzar entonces en la determinación de cuáles serían las formas de relación entre la jurisdicción ordinaria y consuetudinaria sobre la base del artículo 149 de la Constitución, así como a la vinculación entre los derechos fundamentales y el ejercicio de la jurisdicción consuetudinaria. Para ello vamos a referirnos seguidamente al desarrollo que este tema ha merecido en el ámbito interno y comparado.

Competencia de la jurisdicción comunal

14. El ya citado artículo 149 de la Constitución hace referencia al ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte autoridades comunales, dentro de su ámbito territorial y de conformidad con su derecho consuetudinario. Asimismo, se establece que los derechos fundamentales son un límite para dicho ejercicio jurisdiccional.

15. De lo anterior (y de modo aproximativo a lo señalado por este propio Tribunal, pero también por la Organización Internacional del Trabajo[1], la Corte Constitucional de Colombia[2] o la Corte Suprema del Perú[3]) puede considerarse como elementos que permiten distinguir a la jurisdicción consuetudinaria -es decir, para identificar si determinada práctica forma parte del ordenamiento interno de un pueblo o comunidad indígena en particular- a los elementos humano (comunidad originaria, indígena o campesina, y sus miembros), orgánico (autoridades comunales que ejercen funciones de control social), cultural (cosmovisión, cultura y axiología propios o distintivos de la comunidad) normativo (sistema normativo basado en costumbres tradicionales), y territorial (ámbito en el que la comunidad ejerce legítimamente su jurisdicción).

16. Sin ánimo de exhaustividad, estos elementos son importantes para identificar a la jurisdicción comunal y para tomar en consideración los patrones cul-

1 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT.* Departamento de Normas Internacionales del Trabajo - OIT, Ginebra, 2009

2 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia, T-552/03, del 10 de julio de 2003.

3 Por ejemplo, en el V Acuerdo Plenario de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia del Perú, 1-2009/CJ-l 16, de fecha 13 de noviembre de 2009, y Acuerdo Plenario n.° 1 -2015/CIJ-l 16, correspondiente al IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria, de fecha 2 de octubre de 2015.

turales que rigen e influencian las decisiones que allí se adoptan. Tomar en cuenta estos elementos tiene como finalidad evitar juzgar las conductas bajo competencia de la jurisdicción comunal conforme a patrones ajenos a los de su ordenamiento.

Marco normativo internacional

17. Asimismo, y para comprender mejor los alcances del aludido artículo 149 de la Constitución, es pertinente tener en cuenta lo previsto en tratados y declaraciones vinculadas el presente tema. En este apartado se hará referencia al Convenio 169 de la OIT (1989), ratificado por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993 y vigente desde el 2 de febrero de 1995; y a la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), también ratificada por nuestro país.

18. Entre los artículos 8 a 12 del Convenio 169 se reconoce que los pueblos indígenas tienen un derecho y justicia propia, los cuales se rigen por patrones culturales presentes ancestralmente en su comunidad que, a su vez, deben tomar como referencia el marco de los derechos humanos y el sistema jurídico nacional. Asimismo, el respeto de los métodos que han usado tradicionalmente para la solución de conflictos entre sus miembros no debe ser incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (artículo 8, inciso 2). Y, por último, deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuese necesario, intérpretes u otros medios eficaces (artículo 12).

19. Por su parte, la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas prevé la obligación de los Estados para establecer, en coordinación con los pueblos indígenas, un proceso que reconozca las leyes y tradiciones indígenas, el respeto y promoción de sus instituciones y su sistema jurídico conforme con los derechos humanos. En consecuencia, los Estados deberán establecer y aplicar, conjuntamente con los pueblos indígenas interesados, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas (artículos 27 y 40). Ello, en mérito a que éstos tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas, que, a su vez, y de manera similar con lo previsto en el citado artículo 8, inciso 2 del Convenio 169, deben darse de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos (artículo 34).

20. De ambos documentos normativos se desprende como estándar el respeto de la autonomía jurisdiccional indígena. Sin embargo, ello no significa sometimiento a la libre consideración de las autoridades consuetudinarias, pues los derechos (fundamentales o humanos) se convierten en parámetros de control o límite al ejercicio de dicha jurisdicción especial.

Análisis a nivel comparado

21. Ahora bien, en el ámbito del Derecho Comparado encontramos que en los ordenamientos jurídicos se ha abordado esta situación de diferentes formas. Sobre esa base, es posible diferenciar cuando menos los siguientes modelos de coordinación entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción indígena:

    - *Modelo de separación.-* Plantea la separación entre las funciones jurisdiccionales de las comunidades y la ordinaria. En este sentido, las decisiones del fuero comunal serían una manifestación de su autonomía, por lo que serían irrevisables. Es el modelo que en líneas generales hoy se encuentra vigente en la vecina República de Bolivia.

    - *Modelo de intangibilidad iusfundamental (o de revisión iusfundamental estricta).-* La jurisdicción comunal inicialmente puede conocer todo tipo de asuntos que se presenten a nivel de su fuero interno. Ahora bien, se admite que la jurisdicción ordinaria revise excepcionalmente lo decidido en aquella en caso se haya vulnerado o amenazado el denominado "núcleo duro" de derechos humanos o fundamentales, el cual se encuentra conformado por las prohibiciones de la pena de muerte, la tortura o la esclavitud. Este es en líneas generales el modelo preponderante en Colombia.

    - *Modelo de revisión iusfundamental con diálogo inter cultural -* Puede revisarse lo decidido por la jurisdicción indígena en aquellos supuestos en los que se amenaza o vulnera derechos fundamentales. De esta manera, cualquiera de las partes que participó en un proceso que ha sido de competencia de la jurisdicción consuetudinaria puede acudir a la vía constitucional. Sin embargo, la revisión por parte de la jurisdicción común no puede obviar las peculiaridades culturales de la vida comunal, sino promover el diálogo intercultural. Este es en líneas generales el modelo vigente en Ecuador.

22. A continuación, se hará referencia con más detalle a cada uno de estos modelos y a la legislación comparada de referencia. Ello con el propósito de tener un panorama más claro y aproximarnos a una vía que garantice de manera óptima los derechos fundamentales de la persona y los bienes constitucionalmente protegidos que asisten a la comunidad.

Modelo de separación (modelo boliviano)

23. Conforme a este modelo, las comunidades tienen autonomía plena para regular las relaciones dentro de ellas, entre sus miembros y conforme las instituciones ancestrales que tienen asentadas, por lo que las decisiones tomadas por dichas comunidades no serían revisables.

24. A nivel comparado, la Constitución boliviana (2009) es la que más claramente se ha comprometido con la plasmación de este modelo. Así, por ejemplo, en su artículo 179, inciso I se señala que la función jurisdiccional en Bolivia es una sola y que en el caso de "la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades". Más esclarecedor es el artículo 179, inciso II, en cual se establece que: "La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina gozarán de igual jerarquía". Además, en su artículo 192, inciso I se prevé que: "Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina".

25. Son innegables las ventajas que, en principio, tiene este modelo en la medida que busca empoderar a quienes fueron relegados históricamente. Sin embargo, amerita ser analizado acuciosamente, pues puede permitir que se confunda el concepto de autonomía con el de autarquía. Conforme al primero de esos conceptos, el de autonomía, este Tribunal Constitucional ha señalado en el Exp. N.° 002-2005-AI que:

> "La autonomía es capacidad de autogobierno para desenvolverse con libertad y discrecionalidad, pero sin dejar de pertenecer a una estructura general de la cual en todo momento se forma parte, y que está representada no sólo por el Estado sino por el ordenamiento jurídico que rige a éste."

26. *A contrario sensu,* la autarquía alude al desenvolvimiento con libertad pero sin límite exógeno alguno. Dicho con otras palabras, el marco de actuación de la comunidad sería aquel que la misma comunidad haya dispuesto. Esto, llevado a un hipotético caso donde sea evidente la vulneración de un derecho fundamental (derecho a la vida, en relación con la quema de personas acusadas de brujería, por ejemplo) no podría ser revisado, inclusive si quien lo solicita forma parte del pueblo indígena. Esta situación, a mi parecer, es, muy respetuosamente, contraria al Estado Constitucional.

27. Ahora bien, y no obstante lo indicado, debemos precisar que en el caso boliviano se ha emitido la Ley de Deslinde Jurisdiccional (Ley N.° 73, de 29 de diciembre de 2010), la cual establece una lista taxativa de supuestos ante los cuales la jurisdicción indígena originaria carece de competencia. Dicha regulación, que

no ha estado exenta de polémica, en su artículo 10, inciso II, establece que: "a) En materia penal, los delitos contra el Derecho Internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado, los delitos de terrorismo, los delitos tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico. Los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio; no se encuentran bajo el ámbito de vigencia material de la jurisdicción indígena originaria campesina".

28. Entre las críticas formuladas contra esta ley, la principal seguramente es que no es clara en cuanto a la distribución de competencias materiales, y que esta no se condice con lo inicialmente previsto en la Constitución boliviana. En efecto, solo se señala aquello que la jurisdicción indígena, originaria y campesina no puede conocer. Sin embargo, y con respecto a lo que sí puede conocer, se formula una premisa abierta, la cual a saber señala lo siguiente: "se encarga de conocer los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron bajo sus normas, procedimientos propios vigentes y saberes, de acuerdo a su libre determinación".

29. En todo caso, y para efectos de dar cuenta de las relaciones entre justicia comunal y justicia ordinaria a nivel comparado, debemos anotar que aun en países que donde se ha avanzado notablemente en lo referido al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, como es el caso de Bolivia, y pese a que parte de un modelo constitucional de separación, se han establecido algunos límites para el ejercicio de su actividad jurisdiccional de las comunidades.

Modelo del núcleo intangibilidad iusfundamental o de revisión iusfundamental estricta (modelo colombiano)

30. A diferencia del modelo de separación, este modelo concibe que si bien algunos comportamientos deben ser considerados sobre la base de los patrones culturales de la comunidad y por su propia jurisdicción, ello no exime a tales conductas de ser juzgadas en la vía ordinaria en los casos en que involucren vulneraciones o amenazas de vulneración a los derechos fundamentales[4].

4 El artículo 246 de la Constitución colombiana (1991) establece que "Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República".

31. Así, conforme a lo indicado, la jurisdicción indígena es competente para conocer de todos aquellos asuntos que ocurren entre sus miembros al interior de su territorio (y conforme a los elementos referidos en la Sentencia T-552/03), aunque aquellos casos en los que habría afectaciones de derechos fundamentales deberán ser conocidos y sancionados por la jurisdicción ordinaria.

32. Ahora bien, remitir a la violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales - como también fue señalado *supra*- constituye un criterio sumamente abierto, que no permite esclarecer los límites para el ejercicio de la autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas. En este sentido, la jurisprudencia colombiana ha precisado que el límite o control al ejercicio de la jurisdicción consuetudinaria se encuentra supeditado a aquellas situaciones donde se vulnera un denominado *núcleo mínimo o básico* de los derechos.

33. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia T-349/96, ha señalado que las decisiones de los sistemas jurídicos indígenas en su país no pueden incluir materias como (1) pena de muerte, (2) tortura, (3) esclavitud; y que deben (4) respetar su propio debido proceso. Así, indicó que:

> "Las restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas en lo que hace a la determinación de sus instituciones jurídicas y sus formas de juzgamiento estarían justificadas, porque: se trata de medidas necesarias para proteger intereses de superior jerarquía, que en este caso serían el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la tortura y la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas; y se trata de las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional."

34. Se ha señalado que las razones por las que la Corte colombiana llegó a esta conclusión son:

> 1) El reconocimiento de que únicamente respecto de ellos [pueblos indígenas] puede predicarse la existencia de un verdadero consenso inter cultural; y 2) la verificación de que este grupo de derechos se encuentra dentro del núcleo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados de derechos humanos, derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en las situaciones de conflicto armado[5].

35. Este "núcleo duro" asimismo, a decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y tomando en cuenta lo previsto en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, alude a "cláusulas de no suspensión". Además, la par de lo señalado en

5 RON, Ximena. "La jurisdicción indígena frente al control de constitucionalidad". En: *Ecuador: ¿pluralismo jurídico o juridización de lo plural?* Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2015, p. 73.

la referida sentencia T-349/96, puede afirmarse que el dicho núcleo básico de derechos comprende, entre otros, el derecho a la vida; el derecho a la integridad personal; la prohibición de la esclavitud y servidumbre; la prohibición de discriminación, etc.

36. Como puede apreciarse, este tipo de razonamiento es aplicable caso por caso y, en este sentido, no pretende establecer competencias "exclusivas y excluyentes" de la judicatura ordinaria, las cuales podrían terminar vaciando de contenido a la jurisdicción comunal, o imponiendo juicios de valor sin que se conozca o comprenda el sistema de justicia indígena o la cosmovisión y valores de la comunidad.

Modelo de revisión iusfundamental con diálogo intercultural (modelo ecuatoriano)

37. Según este último modelo, las decisiones del fuero comunal que puedan ser lesivas de derechos fundamentales son pasibles de ser revisada en la vía constitucional. Un buen ejemplo de esto se encuentra previsto en el artículo 65 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador, donde se establece que:

> "Artículo 65.- La persona que estuviere inconforme con la decisión de la autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, por violar los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer, podrá acudir a la Corte Constitucional y presentar la impugnación de esta decisión, en el término de veinte días de que la haya conocido.
>
> Se observarán los principios que, sobre esta materia, se encuentran determinados en la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos de los pueblos y nacionalidades indígenas, demás instrumentos de derechos humanos, Código Orgánico de la Función Judicial y la ley."

38. Esta regulación tiene asidero en el artículo 171 de la Constitución ecuatoriana de 2008 que, en principio, de modo similar al caso boliviano, aparece reconociendo lo siguiente:

> "Artículo 171. - Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas (...) aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria."

39. Conforme a esta disposición, es la propia persona afectada quien puede acceder a la vía constitucional para cuestionar una decisión del fuero indígena. Aquí, a diferencia de lo que sucede en la vía ordinaria/punitiva, el juez constitucional dejar espacio para la interrelación con la jurisdicción indígena, procurando garantizar con su decisión los derechos de la persona afectada en sintonía con el respeto de las costumbres de la comunidad.

40. Para este modelo la coordinación entre justicia estatal y justicia comunal no implica la superposición de una sobre la otra, con lo cual el mecanismo de control de constitucionalidad de las decisiones jurisdiccionales indígenas no constituye una permisión para desconocer sin más lo que allí se ha resuelto.

41. En correlato con lo señalado, otra interesante herramienta que brinda el modelo ecuatoriano es la prevista en el artículo 345 del Código Orgánico de la Función Judicial, que prevé la figura de la "declinación de competencia", mediante la cual:

> "Artículo 345.- Los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinará su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido. A tal efecto se abrirá un término probatorio de tres días en el que se demostrará sumariamente la pertinencia de tal invocación, bajo juramento de la autoridad indígena de ser tal. Aceptada la alegación la jueza o el juez ordenará el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena."

42. Este artículo 345 debe ser entendido en relación con el artículo 253 del mismo Código:

> "Artículo 253.- La justicia de paz no prevalecerá sobre la justicia indígena. Si en la sustanciación del proceso una de las partes alega que la controversia se halla ya en conocimiento de las autoridades de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena se procederá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 344."

43. Y es que, precisamente, en el mencionado artículo 344 se prevén una serie de principios que orientarán al diálogo intercultural:

- Diversidad: Ha de tenerse en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas
- Igualdad: La autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas.
- Non bis in ídem: Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni

por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional.

- Pro jurisdicción indígena: En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible.
- Interpretación intercultural: En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio.

44. Se desprende así que el control de las decisiones de la jurisdicción indígena se realizará a nivel constitucional en todos aquellos supuestos que sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos (reconocidos en instrumentos internacionales). Ello en base a un proceso de interacción y coordinación en lugar de uno de imposición de estándares "oficiales". Con esto se da la posibilidad de que sea la jurisdicción indígena la que conozca en primer lugar la controversia, y que, a su vez, desde la judicatura constitucional puedan establecerse controles a través de un diálogo intercultural.

Desarrollo jurisprudencial a nivel interno

45. Luego de descritas algunas formas de relación o coordinación entre jurisdicción ordinaria, resulta asimismo de interés revisar cuáles son los avances que se han venido produciendo en la jurisprudencia nacional. En este ámbito la jurisprudencia adquiere protagonismo en tanto que, pese a lo previsto en el artículo 149 de la Constitución, hasta la fecha no existe una ley sobre coordinación de justicia intercultural o pluralismo jurídico.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano

46. En anteriores ocasiones este Tribunal Constitucional ha precisado los alcances del derecho a la identidad étnica y cultural, señalando que el nuestro es un Estado multicultural y poliétnico, que tiene el deber de reconocer y respetar las diferencias:

> "[CJuando nuestra Ley Fundamental consagra, en primer lugar, el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, y, en segundo lugar, cuando impone al Estado la obligación de reconocer y proteger dicha identidad y pluralismo, está reconociendo que el Estado peruano se caracteriza, precisamente, tanto por su pluralidad étnica, así como por su diversidad cultural (...)
>
> [L]a Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú.

> En esa medida, la Constitución reconoce la existencia legal de las comunidades campesinas y nativas, así como su personería jurídica (artículo 88 de la Constitución); además, impone al Estado la obligación de respetar su identidad cultural (artículo 89 de la Constitución). Pero también debe reconocer la existencia de poblaciones afroperuanas y de otras tradicionalmente arraigadas en el Perú" (STC Exp. N.° 00042-2004- AI,f.j. 1).

47. En similar sentido, ha señalado la importancia de la aceptación y tolerancia a la diferencia, precisando que:

> "[D]el artículo 2, inciso 2, de la Constitución, se infiere un reconocimiento de la *tolerancia a la diversidad* como valor inherente al texto constitucional, lo que debe comprenderse, a su vez, como una aspiración de la sociedad peruana (...) [T]oda fuerza homogeneizadora que no respete o que amenace las singularidades de las personas identificables bajo algún criterio de relevancia constitucional debe ser erradicada. Con ello se pretende construir una unidad sobre la base de la diversidad, contemplando el derecho a la igualdad como protector de diferentes manifestaciones de la personalidad del ser humano. Es por ello que la Constitución, erigida sobre el reconocimiento de la dignidad de la persona, del que emanan los principios de libertad, igualdad y solidaridad, debe ser concebida desde una concepción pluralista que tutele las diferentes formas de percibir y actuar en la realidad" (STC Exp. N.° 0022-2009-PI, f. j. 3, STC Exp. N.° 03343-2007-PA, f. j. 27).

48. Asimismo, ha anotado que las diferencias en el marco del Estado pluralista no solo tienen que ser respetadas y toleradas, sino también protegidas, reafirmadas y promovidas. Esto en el marco de la tutela de los derechos y bienes constitucionales:

> "[E]l hecho que la Constitución de 1993 reconozca el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, así como la pluralidad de las mismas, supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural, pero siempre que ellas se realicen dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43) y la economía social de mercado (artículo 58) (STC Exp. N.° 00042-2004-AI, f . j . 2) .
>
> "[L]os pueblos indígenas han sido proveídos de herramientas legales cuyo objeto es proteger su existencia y su cosmovisión. De esta manera se reconoce el respeto a la diversidad y el pluralismo cultural, lo que tendrá que efectuarse siempre dentro

> del marco de respeto a los derechos fundamentales, el dialogo intercultural, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona, los principios de soberanía del pueblo, el Estado democrático de Derecho y la forma republicana de gobierno." (STC Exo. N.° 01126-2011-HC, f . j . 16)

49. De este modo, y también sobre la base de lo señalado en el artículo 149 de la Constitución, es claro que de la jurisprudencia aquí reseñada de nuestro Tribunal Constitucional se desprende que hay un deber del Estado de reconocer y proteger las diferencias culturales, el cual debe cumplirse de manera leal y no ficticia. Dicho mandato implica, dicho más claramente, no evaluar con desdén o desde una supuesta superioridad las diferencias culturales, no aceptar a la diversidad simplemente como un "mal necesario", no tratar a las culturas o etnias minoritarias como sujetos con capacidades inferiores o disminuidas, ni buscar imponer subrepticiamente los propios códigos sociales y culturales.

50. Ahora bien, pese a lo señalado, este Tribunal no ha tenido ocasión de pronunciarse concretamente ante un caso que, como el presente, traiga a discusión las formas de coordinación entre la jurisdicción indígena y consuetudinaria. Por tanto, en su rol como intérprete vinculante de la Constitución, y tomando las pautas antes indicadas, considero que este es un espacio oportuno para desarrollar algunos alcances sobre el artículo 149 del texto constitucional peruano vigente. Dichos alcances tienen como intención contribuir con criterios claros, los cuales pueden ser tomados en cuenta por el legislador para impulsar una ley sobre coordinación intercultural en el sistema de administración de justicia.

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

51. Asimismo, y con la finalidad de encontrar criterios que no sean ajenos a la realidad que se ventila en los despachos judiciales, es oportuno revisar las pautas que en sede ordinaria se han ido estableciendo sobre esta materia. Al respecto, el 21 de junio de 2016 se publicó en el diario oficial *El Peruano* el Acuerdo Plenario N.° 1 -2015/CIJ- 116, correspondiente al IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria. El eje de trabajo en dicho Pleno fue la aplicación judicial del artículo 15 del Código penal (error de comprensión culturalmente condicionado) y los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes.

52. De los puntos señalados, bien puede desprenderse que la Corte Suprema advirtió una aplicación indebida o distorsionada por parte de los jueces penales en relación con las consecuencias jurídicas que regula el artículo 15 del Código

Penal. Así, en el fundamento 8 de dicho Acuerdo Plenario se señalaron algunas disfunciones, destacando entre otras las siguientes:

- Tendencia prevalente en las sentencias penales a validar (absolver) o minimizar (aplicar penas leves) el comportamiento de quienes cometieron actos de violencia sexual contra niñas o adolescentes menores de catorce años de edad, en aplicación del artículo 15, sin mediar una pericia antropológica.
- Interés fundamental del órgano judicial por identificar con la pericia antropológica únicamente la condición de aborigen, nativo o campesino del imputado, haciendo a un lado el análisis del contexto cultural que determinó la agresión sexual.

53. En el referido IX Pleno Jurisdiccional (fundamento 16) se señalan además algunos criterios que los órganos penales de todas las instancias o grados deberán adoptar. Esos criterios serían los siguientes:

- Desarrollar una aplicación selectiva y restringida del artículo 15 del Código Penal, a fin de que éste no proyecte indebidamente sus efectos sobre autores de delitos de abuso y violencia sexual en agravio de niñas y adolescentes menores de 14 años.

- La construcción técnica e idónea de las pericias antropológicas en procesos penales sobre la materia. La pericia antropológica es obligatoria e imprescindible, y ésta debe centrarse en el origen de la costumbre invocada y en su validez actual, procurando auscultar la presencia de vetas de ilustración en el entorno cultural de los sujetos involucrados.
- La necesaria incorporación y valoración de otros medios de prueba idóneos para contrastar, complementar o posibilitar una mejor valoración judicial de las conclusiones de relevancia intercultural aportadas por las pericias antropológicas.
- La inserción en el razonamiento y argumentación de las decisiones judiciales, de la doctrina internacional y nacional sobre enfoque de género, interés superior del niño y compensación de la vulnerabilidad de las mujeres, niñas y adolescentes en contextos pluriculturales.

54. Como puede desprenderse, a nivel de la judicatura ordinaria también se presencia una preocupación en cuanto a la aplicación concreta de lo previsto en el artículo 149 de la Constitución, o en normas específicas, tal como ocurre con el artículo 15 del Código Penal. Por tanto, la solución de estos conflictos debe ser de acuerdo a cada caso concreto, sin apañar de algún modo actos sobre la base

de criterios subjetivos. Por el contrario, se consagra un respeto a la autonomía indígena; y se plantea que con base a un diálogo intercultural, se debe procurar la solución de este tipo de conflictos.

55. De este modo, las autoridades y tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales, deben considerar las costumbres de los pueblos indígenas conforme los estándares internacionales de protección (Convención 169 y Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los pueblos indígenas), lo cual que ha sido reiterado en la difundida sentencia del caso Bagua (Exp. N.° 00194- 2009 (0163- 2013)). Allí se hizo especial énfasis en la necesidad de que los operadores de justicia e instancias decisorias de políticas a favor de los pueblos indígenas adopten un enfoque intercultural: "La interculturalidad en la administración de justicia no solo es una actitud, sino un procedimiento que va desarrollando pautas de respeto y equidad"[6].

56. Finalmente, en la referida sentencia del caso Bagua se indica algunos importantes puntos como el deber de considerar las circunstancias particulares y especiales del infractor en relación con su estatus como indígena. Por tanto, coincidiendo con lo indicado en dicha sentencia[7], el juez al decidir debe considerar: (a) Los antecedentes sistemáticos o de fondo que podrían haber jugado un papel determinante para que el indígena se encuentre ante los tribunales; (b) Los tipos de procedimientos y sanciones más apropiadas para las circunstancias del ofensor; (c) Los factores y antecedentes sistémicos y culturales que pueden influir en la conducta del individuo indígena, así como la prioridad que tiene, para los indígenas, la aproximación restaurativa de sus sentencias; (d) La ausencia de programas de sentencias alternativas para comunidades indígenas no elimina per se la obligación del juez de imponer una sanción que se adecúe con los principios de la justicia restaurativa; (e) En caso de que no exista una pena alternativa a la pena privativa de libertad, el término de la sentencia debe ser cuidadosamente considerada.

Las relaciones entre justicia comunal y justicia ordinaria

57. Luego de haber explorado las diversas alternativas y regulación existente sobre este complejo tema de las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y consuetudinaria, corresponde ahora indicar algunas conclusiones y consideraciones que

6 SALA PENAL DE APELACIONES TRANSITORIA Y LIQUIDADORA DE BAGUA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AMAZONAS. Sentencia del 22 de setiembre de 2016, capítulo IV: Precisiones Finales que complementan la Decisión Judicial, pp. 377-379.

7 Ibidem, p. 385

ofrezco como criterios para enfrentar los futuros casos, los cuales, desde luego, deben entenderse como pautas siempre perfectibles.

58. Al respecto, en primer lugar, debo indicar que formular reglas (generales, abstractas) sobre cómo resolver los conflictos entre el ejercicio de la jurisdicción consuetudinaria y los derechos fundamentales, podría no ser del todo beneficioso pues los patrones culturales conforme a los cuales se rige cada comunidad van variando entre ellas. Siendo así, juzgar determinada conducta a la luz de una regla general podría terminar marginando las prácticas que legítimamente puede establecer una comunidad o, por el contrario, podría concluir avalando decisiones que resultan inaceptables en términos constitucionales. Siendo así, es mucho más conveniente que estos conflictos sean evaluados caso por caso, sobre la base de principios que esclarezcan la solución del supuesto a analizar.

59. En segundo término, es claro que existen ciertos mínimos que la jurisdicción indígena no puede sobrepasar. La cuestión entonces es establecer, sabiendo que dichos límites no tienen la forma de reglas fijas, cuáles son tales linderos. Al respecto, según aquí mismo se ha anotado, un límite explicitado por nuestra Norma fundamental y la jurisprudencia de este órgano colegiado para la actuación de la jurisdicción comunal son el conjunto de bienes y valores constitucionales, y, más específicamente, los derechos fundamentales. Como también hemos precisado, afirmar sin más que los derechos son un límite no ayuda a solucionar el problema. De hecho, los modelos que fueron analizados *supra,* que parten de una base normativa similar, plantean respuestas bastante más complejas.

60. Señalado esto, considero que una forma adecuada de abordar las relaciones entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción consuetudinaria es a partir de criterios o principios que permitan afirmar los derechos en clave pluralista y, más aun, de diálogo inter cultural. De esta forma, no es a través de la imposición de una lista estandarizada y hegemonizante que se promueve el referido diálogo, sino a través de criterios que, afirmando contenidos básicos exigibles en cualquier contexto y directamente relacionados con los derechos fundamentales y su justificación, no conlleven al sometimiento a valores o bienes válidos única o privilegiadamente para una sola de las culturas que se interrelaciona.

61. Señalado esto, los criterios o principios del diálogo jurisdiccional intercultural, que propongo como parámetro tanto a nivel del proceso como de la materia discutida o resuelta por la jurisdicción comunal, son los siguientes:

    - *Principio de indemnidad*, que alude a la existencia de algunos ámbitos iusfundamentales indisponibles en el marco del ejercicio de toda potestad ju-

risdiccional. Así, si bien es claro que al ejercer la jurisdicción es posible restringir algunos derechos de los involucrados; sin embargo, esas restricciones no pueden ser tan drásticas que avalen, por ejemplo, la pura dañosidad sin propósito, la disposición total de la vida humana o de su cuerpo, la violencia física o coacción para lograr algún fin del proceso, etc.

- *Principio de justificación,* que se refiere a la necesidad de brindar razones mínimas que justifiquen la respuesta social que se brinda a una conducta o acto. Esto es así, porque en ningún caso el ejercicio arbitrario del poder puede ser considerado como mínimamente justo o respetuoso de derechos. De esta manera, se proscribe el ejercicio arbitrario de las funciones de regulación social y resolución de controversias, las decisiones sin motivación o basadas en el mero poder institucional, la construcción despótica (y no dialógica) de las normas de conducta y los procesos de sanción, etc.

- *Principio de reconocimiento*; que a su vez puede dividirse en *reconocimiento intersubjetivo,* conforme al cual en el marco de un proceso toda persona debe ser tratada como un semejante en cuanto a derechos y consideración, como un prójimo y no como un enemigo o alguien ser menor valía; *reconocimiento intercultural,* que se refiere al deber de los órganos resolutores de aproximarse respetuosa y empáticamente a cualquier cosmovisión, sistema axiológico o cultura ajenos, tomando en serio sus postulados; y *reconocimiento complejo,* que implica comprender y valorar debidamente, en el marco de la resolución de controversias, que las identidades de las personas son múltiples y que pueden ocurrir situaciones de tensión entre estas y entre las cosmovisiones implicadas, que algunas de las identidades involucradas pueden merecer una atención especial o protección reforzada al estar vinculadas con situaciones de vulnerabilidad o dominación (como es el caso de las comunidades nativas y campesinas, pero también el caso de las niñas y niños, las mujeres, las minorías sexuales, etc.; además de los supuestos de discriminación múltiple), y que la respuesta a tales casos complejos no puede darse solo atendiendo a una de las identidades o cosmovisiones involucradas en el caso, ni desatendiendo a la situación de vulnerabilidad o postergación histórica de las partes involucradas.

- *Principio de rehabilitación,* conforme al cual debe considerarse que, a bases culturales o axiológicas distintas, puede corresponder asimismo formas diferentes de procesar o resolver las controversias sociales, a las que no cabe menospreciar o descalificar *prima facie.* En este sentido, es menester considerar que los paradigmas compensatorios y retributivos no son los únicos

(y tal vez tampoco los mejores) desde los que debe resolverse los conflictos sociales o que permiten cumplir los fines constitucionales de la pena. Vale la pena, pues, estar abierto a otras posibles otras formas de procesar las faltas u ofensas sociales, como las que provienen de idiosincrasias culturales diferentes (como es el caso, por ejemplo, de las orientaciones restaurativas y de mediación, que pueden apreciarse en contextos de pluralismo cultural).

62. En este sentido, es evidente que las entidades y los jueces competentes en esta materia requieren, como presupuesto indispensable, de apertura y sentido crítico para evaluar debidamente, conforme a la Constitución y los derechos, los supuestos conflictivos existentes sobre la base del diálogo jurisdiccional intercultural. Asimismo, los actores involucrados deben tomar las medidas necesarias para asegurar la más fiel comprensión del contexto cultural, las normas y los procesos de las comunidades, lo que debe incluir cuando sea pertinente el uso de peritajes antropológicos.

63. Señalado todo ello, seguramente estaremos ante un supuesto no controvertido, en el que habría un ejercicio indebido e inconstitucional de la jurisdiccional comunal, cuando se han trasgredido mínimos como los señalados por la Corte Constitucional colombiana (Sentencia T-349/96), que se refieren a los supuestos de pena de muerte, tortura, esclavitud, y respeto al debido proceso (propio del pueblo), los cuales además estarían vinculados a la idea de "núcleo duro" de derechos humanos. Ciertamente, a esta misma conclusión puede llegarse al emplear el *principio de indemnidad* al que me he referido líneas antes.

64. Por otra parte, en cuanto al ámbito operativo de lo señalado, y ahora tomando como referencia lo regulado en Ecuador, considero que debe preverse la posibilidad de que cualquiera de las partes de un proceso resuelto por la jurisdicción comunal pueda pedir al juez constitucional, vía proceso de amparo, evaluar supuestos vinculados a la interacción y coordinación entre las jurisdicciones, para que sean revisados sobre la base del diálogo jurisdiccional intercultural.

65. Asimismo, y en cuanto a la materialización de lo señalado, considero que en los supuestos en los que la investigación o el procesamiento penal hayan sido iniciados a sabiendas de que el asunto venía siendo conocido por el fuero indígena, ello podría ser revisado en sede constitucional. A estos efectos, debe partirse de los criterios existentes para la revisión constitucional de resoluciones judiciales o actuaciones del Ministerio Público (es decir, para la procedencia de de "amparos [o hábeas corpus] contra resoluciones judiciales" o de "amparos [o hábeas corpus] contra actuaciones fiscales") y tomando en cuenta asimismo los principios del diálogo jurisdiccional intercultural. Considero, adicionalmente, que deben

preverse legislativamente mecanismos como el de declinación de competencia, los cuales permitan a los fiscales y jueces, incluso a pedido de las partes o de las autoridades comunales, declinar su competencia a favor de estas últimas, cuando existan procesos que han sido sometidos previamente al conocimiento de dichas autoridades comunales, para lo cual debe tomarse la decisión analizando el caso a la luz de los principios del diálogo intercultural

66. Sobre la base de todo lo expuesto, opino finalmente que es necesario exhortar al Congreso para que formule y discuta, pronto y públicamente, una Ley de Coordinación Intercultural de Justicia, regulación exigida por la Constitución y que se encuentra pendiente de legislar. Esta norma, si los legisladores y legisladoras lo tienen a bien, podría tomar en cuenta lo antes señalado en este fundamento de voto. Esta norma debería además ser sometida a consulta previa legislativa conforme a los estándares internacionales y nacionales, ya que se trata de una regulación que incide en derechos de los pueblos indígenas; y, además, deberá establecer y asegurar la capacitación de los funcionarios(as) vinculados con el sistema de justicia, para que dichos funcionarios(as) resuelvan cuando corresponda conforme a los criterios del diálogo intercultural.

S.

ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA.

Sentencia 853-2015-PA/TC

Proceso de amparo promovido por las hermanas Marleni y Elita Cieza Fernández. El Tribunal declaró fundada la demanda por vulnerar el derecho a la educación.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 18 de setiembre de 2017.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, por cuanto se afectó el derecho a la educación de las demandantes, al considerar que la actuación de la UGEL fue formalista y desproporcionada, sin adecuarse a la situación concreta.

Asimismo, se declaró un estado de cosas inconstitucional en lo referido de disponibilidad y acceso a la educación de personas de extrema pobreza en el ámbito rural. Se ordenó al Ministerio de Educación se diseñe una propuesta para asegurar la disponibilidad y acceso a la educación de los niños, adolescentes y mayores de edad de extrema pobreza del ámbito rural.

En el fundamento sétimo se precisa que el derecho a la educación es un derecho fundamental intrínseco y, a la vez, un medio indispensable para la plena realización de otros derechos fundamentales, ya que permite al ciudadano participar plenamente en la vida social y política en sus comunidades (Expediente 00091-2005-PA/TC, fundamento 6). Por consiguiente, este derecho citado, tiene un carácter binario, ya que no solo se constituye como un derecho fundamental, sino que se trata además de un servicio público.

En el fundamento veinticuatro se resalta que corresponde reiterar que la Undécima Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución es concordante con el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que precisa que los estados se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de recursos que se dispongan para lograr, progresivamente, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto, entre ellos, el derecho a la educación. Por consiguiente, se afirma que el Estado peruano no puede eximirse de esta obligación, ni tampoco asumirla como un ideal de gestión, debido a que se trata de una obligación perentoria a ser cumplida. Se afirma que, si bien esta obligación debe ser asumida de manera progresiva, ello

debiera efectuarse siempre en plazos razonables y acompañados de acciones concretas (cfr. sentencia recaída en el Expediente 2016-2004-AA/TC, fundamento 36).

La sentencia desarrolla dos aspectos fundamentales del derecho a la educación: el derecho a la cobertura educativa y el acceso a la educación en sentido estricto. Sobre el acceso a la educación, se explica que según el artículo 17 de la Constitución, la educación inicial, primaria y secundaria es obligatoria. Asimismo, vinculado a este aspecto está el hecho de de fundar centros de enseñanza. Es decir, el derecho de toda persona natural o jurídica de promover o conducir instituciones educativas (artículo 15, tercer párrafo, de la Constitución). Mientras, la otra arista, afirma la sentencia, está vinculada al acceso a la educación en sentido estricto; esto es, está relacionada con los criterios de admisibilidad requeridos por los centros educativos. Estos requisitos deben basarse en criterios que proscriban cualquier tipo de discriminación, ya sea por motivos económicos, ideológicos, de salud, religiosos, o de cualquier otra índole.

El Tribunal Constitucional consideró que debe declararse un estado de cosas inconstitucional en el caso de la disponibilidad y accesibilidad a la educación de las personas en condiciones de extrema pobreza en el ámbito rural. Por consiguiente, ordenó: a) diseñar, proponer y ejecutar un plan de acción que en un plazo máximo de cuatro años, que vencería el 28 de julio de 2021, año del Bicentenario, pueda asegurar la disponibilidad y accesibilidad a la educación de niños, adolescentes y mayores de edad, de extrema pobreza del ámbito rural, empezando por los departamentos de Cajamarca, Amazonas, Ayacucho y Huancavelica; o disponer que el Poder Ejecutivo, en coordinación con el Poder Legislativo, pueda realizar las gestiones pertinentes que tiendan al aseguramiento de dicho plan de acción, y c) ordenar al Ministerio de Educación informe al Tribunal Constitucional, cada 6 meses, el avance de lo aquí dispuesto.

La sentencia resolvió declarando fundada la demanda por cuanto se afectó el derecho a la educación de las demandantes. En consecuencia, ordenó que la emplazada reconozca a las demandantes la matrícula y la correspondiente inclusión en la nómina de estudiantes del primer grado de educación secundaria en la I. E. 16957 Jesús Divino Maestro, así como los estudios que eventualmente hubiesen realizado. Declaró un estado de cosas inconstitucional en el caso de la disponibilidad y accesibilidad a la educación de personas de extrema pobreza del ámbito rural. Ordenó al Ministerio de Educación el diseño, propuesta y ejecución de un plan de acción que en un plazo máximo de cuatro años que, vencería el 28 de julio de 2021, año del Bicentenario, pueda asegurar la disponibilidad y accesibilidad a la educación de niños, adolescentes y mayores de edad, de extrema pobreza del ámbito rural, empezando por los departamentos de Cajamarca, Amazonas, Ayacucho y Huancavelica. Dispuso que el Poder Ejecutivo, en coordinación con el Poder Legislativo, realice las gestiones pertinentes

que tiendan al aseguramiento de dicho plan de acción. Ordenó al Ministerio de Educación informe al Tribunal Constitucional, cada 6 meses, el avance de lo dispuesto en la presente sentencia. Finalmente, ordenó que la emplazada asuma el pago de los costos procesales a favor de las demandantes, cuya liquidación se hará en ejecución de sentencia.

Temas claves: Derecho a la educación — Estado de cosas inconstitucional.

EXP. N.° 00853-2015-PA/TC
AMAZONAS
MARLENI CIEZA FERNÁNDEZ Y OTRA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 14 días del mes de marzo de 2017, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez y Sardón de Taboada pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Espinosa -Saldaña Barrera, aprobado en la sesión del pleno de fecha 11 de octubre de 2016. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera y los votos singulares de los magistrados Urviola Hani y Sardón de Taboada, y fundamento de voto del magistrado Miranda Canales.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Marleni Cieza Fernández y doña Elita Cieza Fernández contra la resolución de fojas 153, de fecha 3 de noviembre de 2014, expedida por la Sala Mixta de Utcubamba de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 4 de noviembre de 2013, doña Marleni Cieza Fernández y doña Elita Cieza Fernández presentan demanda de amparo contra el director de la Unidad de Gestión Educativa Local de Utcubamba (UGEL de Utcubamba), a fin de que se les reconozca su derecho a estudiar en el primer grado de educación secundaria en la I. E. 16957 Jesús Divino Maestro, del caserío La Flor, distrito de Cumba, provincia de Utcubamba, Amazonas. Además, solicitan que se les incluya en la nómina de matrícula del citado grado.

Sustentan su demanda en que se ha vulnerado su derecho a la educación, igualdad y a no ser discriminadas, dado que, aun cuando el director de la institución educativa haya aceptado sus solicitudes de matrícula y, por ende, que formen parte de la nómina

de estudiantes del 2013 y sean aceptadas en el Sistema de Información de Apoyo a la Gestión en la Institución Educativa (Siagie), la emplazada UGEL observó la nómina y sus matrículas debido a que no contaban con las edades para ser matriculadas (son mayores de edad), indicando además que no podían acogerse al derecho de continuidad. Manifiestan que, en el caserío en el que viven, no existe ninguna institución de educación básica alternativa secundaria, por lo que se vieron forzadas a continual sus estudios en la I. E. 16957 Jesús Divino Maestro, la que, según refieren, se encuentra a una hora y media de camino desde el lugar donde viven.

Finalmente, mencionan que les resultaría imposible aceptar la modalidad básica alternativa, pues la institución educativa que cuenta con esta se encuentra en la capital Bagua Grande. Todos los días deberían caminar dos horas por camino de herradura, muchas veces bajo lluvia, hasta llegar a un lugar donde existe movilidad, y de allí viajar durante dos horas para llegar a Bagua Grande, que tiene un Centro de Educación Básica Alternativa que funciona en horario nocturno todos los días.

Contestaciones de la demanda

Con fecha 28 de noviembre de 2013, el director de la UGEL de Utcubamba se apersona, propone las excepciones de incompetencia, falta de agotamiento de la vía administrativa y falta de legitimidad para obrar del demandado, y contesta la demanda. Solicita que sea declarada improcedente o infundada, pues, conforme a la Ley 28044, Ley General de Educación, a las demandantes les corresponde la educación dirigida a los adultos.

Con fecha 19 de febrero de 2014, la procuradora pública regional adjunta del Gobierno Regional de Amazonas se apersona y contesta la demanda. Solicita que sea declarada improcedente o infundada, y manifiesta que, debido a que las demandantes superaron la edad establecida en la Directiva 014-2012 -MINEDU/VMGP, deben concluir sus estudios en algún centro de educación básica alternativa (CEBA) que pertenezca a la UGEL de Utcubamba. Señala además que no se ha demostrado que haya habido continuidad de sus estudios, pues no presentaron certificados de estudios del nivel primario.

Sentencia de primera instancia o grado

El Juzgado Mixto de Utcubamba de la Corte Superior de Justicia de Amazonas mediante resolución 7, de fecha 30 de junio de 2014 (folio 112), declaró fundada la demanda, pues se les imposibilitó a las demandantes continuar con sus estudios secundarios por razón de edad, pese a que en el lugar en el que viven no había institución educativa que impartiera educación secundaria y a la dificultad de trasladarse a un lugar más lejano para continuar los estudios.

Sentencia de segunda instancia o grado

La Sala Mixta de Utcubamba de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, mediante resolución 12, de fecha 3 de noviembre de 2014 (folio 153), declaró improcedente la demanda, toda vez que la educación en el Perú se promueve estableciendo niveles, formas y modalidades determinados por la edad cronológica de los estudiantes para su acceso, por lo que corresponde a las demandantes acceder al Programa de Educación Básica Alternativa más cercano a sus domicilios y con respeto a las normas vigentes.

FUNDAMENTOS

Delimitación de la controversia constitucional

1. Conforme se aprecia de autos, las demandantes se dirigen contra el director de la Unidad de Gestión Educativa Local de Utcubamba (UGEL de Utcubamba) para solicitar que se les reconozca como estudiantes del primer grado de educación secundaria en la Institución Educativa 16957 Jesús Divino Maestro, La Flor de Cumba, provincia de Utcubamba, Amazonas, reconocimiento que ya se había producido inicialmente por parte del director de la aludida institución educativa. Por ello, corresponde analizar primero si las razones que sustentan la negativa de admitir a las recurrentes como estudiantes del primer grado de educación secundaria y su correspondiente no inclusión en la nómina de matrícula son conformes a la Constitución y, por consiguiente, si se está afectando o no su derecho a la educación.

2. Asimismo, las recurrentes exigen que se cumpla que se cumpla lo establecido en el artículo 17 de la Constitución, según el cual "(...) El Estado promueve la creación de centros de educación donde la población los requiera. El Estado garantiza la erradicación del analfabetismo". Cabe precisar que dadas las características del presente caso, este extremo de lo peticionado tiene relación con el examen de las obligaciones estatales de disponibilidad y accesibilidad de la educación para mujeres en el ámbito rural.

3. Finalmente, con relación a la alegada afectación del principio-derecho a la igualdad y no discriminación, este Tribunal considera que, a la luz de lo expuesto por las demandantes y en el entendido de que no se ha ofrecido un *tertium comparationis* que evidencie tal situación, no corresponde emitir pronunciamiento de fondo sobre el particular, ya que el problema jurídico planteado versa, en puridad, sobre si se ha conculcado o no el derecho a la educación.

Cuestión previa

4. Pese a que de autos no fluye que las demandantes hayan hecho uso de las vías administrativas pertinentes a fin de salvaguardar los derechos constitucionales invocados, se advierte que el uso de aquéllas puede hacer que la probable afectación se tome en irreparable, tanto más si está involucrado el derecho a la educación, por lo que el presente caso es susceptible de dilucidarse a través del proceso de amparo.

El derecho a la educación

5. En cuanto a los bienes constitucionales directamente vinculados con el derecho a la educación, la Constitución ha previsto los siguientes: acceso a una educación adecuada (artículo 16), libertad de enseñanza (artículo 13), libre elección del centro docente (artículo 13), respeto a la libertad de conciencia de los estudiantes (artículo 14), respeto a la identidad de los educandos, así como el buen trato psicológico y físico (artículo 15), libertad de cátedra (artículo 18), y la libertad de creación de centros docentes y universidades (artículos 17 y 18).

6. Adicionalmente, este Tribunal entiende que dichos bienes constitucionales deben interpretarse en el marco del Estado social y democrático de derecho (artículos 3 y 43 de la Constitución) y a la respectiva normativa de protección internacional de los derechos humanos, tal como ordena la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

7. El derecho a la educación es un derecho fundamental intrínseco y, a la vez, un medio indispensable para la plena realización de otros derechos fundamentales, por cuanto permite al ciudadano participar plenamente en la vida social y política en sus comunidades (Expediente 00091-2005 -PA/TC, fundamento 6) Atendiendo a ello, tiene un carácter binario, ya que no solo se constituye como un derecho fundamental, sino que se trata además de un servicio público.

8. En efecto, la educación también se configura como un servicio público, en la medida de que se trata de una prestación pública que explícita 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 estos, debiendo tener siempre como premisa básica, como ya se ha mencionado, que tanto el derecho a la educación como todos los derechos fundamentales (e incluso las disposiciones constitucionales que regulan la actuación de los órganos constitucionales) tienen como fundamento el principio de la dignidad humana (Expediente 04232-2004-PA/TC, fundamento 11).

El derecho a la educación y el libre desarrollo de la persona humana

9. El artículo 13 de la Constitución establece que la educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana, y su artículo 14 estipula que la educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. En líneas generales, prepara para la vida, el trabajo y fomenta la solidaridad.

10. Así también, el artículo 13.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del que el Perú es parte, establece:

> Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la Paz.

11. En términos similares se pronuncia el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 13.2, que dispone lo siguiente:

> Los Estados parte en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades a favor del mantenimiento de la paz.

12. El ejercicio cabal del derecho a la educación permite, en buena cuenta, el cumplimiento de lo establecido en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución, relativo al libre desarrollo de la persona humana. Ello presupone un proceso de transmisión del saber y la afirmación de valores que ayuden a la persona en su desarrollo integral y en la realización de sus proyectos de vida en comunidad (cfr. párrafo 7 del fundamento 10 de la sentencia recaída en el Expediente 04232-2004-PA/TC).

Características imprescindibles de todo proceso educativo

13. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sostuvo, sobre la aplicación del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales

y Culturales, referido al derecho a la educación, que todo proceso educativo, en todas sus formas y en todos sus niveles posee las siguientes características fundamentales:

a) Disponibilidad. Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, el contexto de desarrollo en el que actúan; por ejemplo, las instituciones y los programas probablemente necesiten edificios u otra protección contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, etc.; algunos necesitarán además bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etc.;

b) Accesibilidad.- Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado Parte. La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente:

   i) No discriminación. La educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos no vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos (...).

   ii) Accesibilidad material. La educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (por ejemplo, una escuela vecinal) o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia).

   iii) Accesibilidad económica . La educación ha de estar al alcance de todos (...).

c) Aceptabilidad. La forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes y, cuando proceda, los padres; este punto está supeditado a los objetivos de la educación mencionados en el párrafo 1 del artículo 13 ya las normas mínimas que el Estado apruebe en materia de enseñanza (véanse los párrafos 3 y 4 del artículo 13);

d) Adaptabilidad. La educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados.

7. Al considerar la correcta aplicación de estas "características interrelacionadas y fundamentales", se habrán de tener en cuenta ante todo los superiores intereses de los alumnos. [El derecho a la educación (Art, 13°) Observación general 13: 08/12/99.E/C. 12/1999/10 (General Comments)] .

14. Si bien la aplicación eficaz y adecuada de las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en cada Estado depende de las condiciones que imperen en estos, todo proceso educativo, ya sea promovido por personas públicas o privadas, o que se desarrolle en el nivel de educación básica, primaria, secundaria o superior, debe caracterizarse mínimamente por contener los elementos mencionados en el parágrafo precedente, y orientarse, en todo caso, por el interés superior del alumno (Expediente 04232-2004-PA/TC fundamentos 16 y 17).

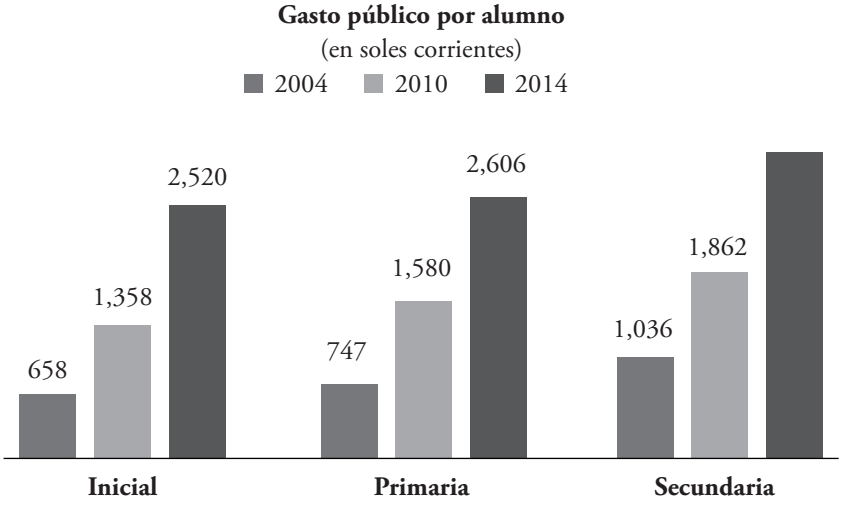
La disponibilidad del derecho a la educación

15. Como se ha indicado previamente, la disponibilidad como uno de los contenidos mínimos del derecho a la educación, implica la existencia de instituciones y programas de enseñanza en cantidad *suficiente* en el ámbito del Estado.

16. Para ello, no solo es necesario que el Estado respete la libertad de enseñanza (y en concreto, la libertad de los particulares de establecer centros docentes de conformidad con la Constitución y la ley), sino que, fundamentalmente, establezca y financie la cantidad necesaria de instituciones educativas al servicio de toda la población, destinando recursos a la mejora de la situación en la que los docentes y administrativos realizan sus labores, como a la infraestructura y avance tecnológico de tales centros, que resultan ser en la actualidad condiciones básicas de funcionamiento de estos.

17. Esto último, a su vez, está indiscutiblemente ligado con la cantidad de recursos que el Estado invierte en educación (lo que no excluye la consideración de este derecho como uno de los deberes de solidaridad, a cargo no solo del Estado, sino también de los individuos en tanto contribuyentes sociales); recursos que, de acuerdo al artículo 83 de la Ley General de Educación, Ley28044, no debe ser menor al 6 % del Producto Bruto Interno (PBI), desprendiéndose de este mandato además una prohibición de regresividad.

18. Sobre el particular, según el Ministerio de Educación (Minedu), el gasto público promedio en educación primaria por alumno en soles corrientes ha aumentado en los últimos años, pasando de S/ 747 en el año 2004 a S/ 2606 en el año 2014, en tanto que el mismo tipo de gasto para la educación secundaria aumentó de S/ 1036 en el año 2004 a S/ 3038 en el año 2014, habiéndose triplicado en ambos casos (cfr. MINEDU/ESCALE)



Fuente: Edudatos N° 21/Retos en Educación Básica Regular (MINEDU/ESCALE).

19. Sin embargo, a nivel nacional se advierte una tendencia negativa en lo que respecta a la evolución del porcentaje de locales públicos en buen estado —solo el 16% para el año 2015—, si bien una hay una tendencia positiva en lo relativo a la cantidad de locales públicos con electricidad, agua potable y desagüe —42.9 % en el año 2015— (Cfr. ESCALE/Estadística de la Calidad Educativa/Indicadores). No obstante ello, continúa siendo un reto pendiente la atención de la educación rural, lo que se expresa, por ejemplo, en el menor porcentaje alcanzado por ésta para el año 2015 en lo referente a tales indicadores: 14,4 % (locales públicos en buen estado) y 25.6 % (locales públicos con electricidad, agua potable y desagüe). En ese sentido, existe una brecha si se compara tales resultados con los porcentajes urbanos en ambos rubros: 19 % y 75.7 %, respectivamente (Ibid.).

20. En todo caso, en la línea de dicho diagnóstico concerniente a la educación rural se ha pronunciado el Consejo Nacional de Educación, en cuyo "Proyecto Educativo Nacional al 2021" señaló lo siguiente:

> La expansión de la educación en el Perú no ha cumplido su promesa de universalidad y calidad. Todavía son muchos los excluidos, principalmente los niños más pequeños y los jóvenes de las zonas rurales más pobres del país. Muchos de los que sí acceden al sistema educativo reciben, sin embargo, servicios ineficaces y de mala calidad (CONSEJO NACIONAL DE EDUCACIÓN. *Proyecto Educativo Nacional al 2021. La educación que queremos para el Perú.* Lima: USAID/APRENDes/Plan Internacional, 2006, p. 30).

21. Como muestra de lo anterior, cabe referir los casos de déficit de instituciones educativas a nivel inicial y secundaria, en los que hay más demandas por atender frente a los mejores resultados provenientes la educación primaria. Así, de acuerdo al Minedu, hasta el año 2010 (último año de la medición) el número de centros de educación inicial necesarios para dotar de al menos uno a cada centro poblado rural que carece de centro de educación inicial y tiene al menos diez matriculados en primaria con seis años de edad ascendía a 1938 (cfr. MINEDU/ESCALE). Asimismo, en el caso de la educación secundaria, el déficit de centros de educación secundaria en el área rural en el año 2016 ha sido de 67 a nivel nacional, como se aprecia en el siguiente cuadro, que detalla el número de centros de educación secundaria necesarios para dotar de al menos uno a cada centro poblado rural que carece de centro de educación secundaria y en el que al menos veinte alumnos de primaria aprobaron el sexto grado el año anterior (cfr. MINEDU/ESCALE):

Déficit de centros de educación secundaria

PERÚ	2016
Región	**67**
Amazonas	7
Áncash	2
Apurímac	3
Arequipa	1
Ayacucho	3
Cajamarca	8
Callao	0
Cusco	12
Huancavelica	7
Huánuco	3
lca	0
Junín	1
La Libertad	6
Lambayeque	6
Lima Metropolitana	0
Lima Provincias	0
Loreto	0
Madre de Dios	0
Moquegua	3
Pasco	5
Piura	0
Puno	0
San Martín	0
Tacna	0
Tumbes	0
Ucayali	0

Fuente: Censo Escolar del Ministerio de Educación-Unidad de Estadística

22. Relacionado con ello se encuentra el indicador relativo a la distribución de la población con edades entre 13 y 19 años que dejó de estudiar por ausencia de centros educativos. Si bien dicho porcentaje tiende a disminuir, según lo observado en los últimos cinco años, se advierte una brecha entre la tasa de deserción por esta razón en el ámbito urbano (0.1 %) y la del ámbito rural (4.2 %), siendo preocupante también la brecha existente entre mujeres (6.6 %) y varones (1.6%) en este último ámbito (cfr. MINEDU/ESCALE).

Distribución porcentual (%)

	No hay centro educativo				
	2011	**2012**	**2013**	**2014**	**2015**
PERÚ	**2.0**	**1.4**	**1.7**	**2.1**	**1.9**
Sexo					
Femenino	2.3	1.2	2.3	2.7	3.1
Masculino	1.7	1.6	1.1	1.7	0.8
Área y sexo					
Urbana	0.0	0.0	0.0	0.0	0.1
Femenino	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
Masculino	0.0	0.0	0.0	0.0	0.2
Rural	4.2	2.7	3.6	4.8	4.2
Femenino	4.7	2.2	4.6	5.6	6.6
Masculino	3.7	3.3	2.4	3.9	1.6
Nivel de pobreza					
No pobre	1.5	0.8	0.6	0.9	0.9
Pobre	1.3	1.6	1.7	2.6	2.1
Pobre extremo	5.3	3.1	5.7	7.2	5.5

Fuente: Encuesta Nacional de Hogares del Instituto Nacional de Estadística e Informática/MINEDU/ESCALE.

23. Al respecto, como ha señalado este Tribunal, la realidad política ha revelado como hecho constante en las últimas décadas cómo la corrupción en el uso de los recursos públicos afectó la atención de derechos fundamentales, entre ellos, el derecho a la educación. Por ello, el principio de progresividad en el gasto al que hace alusión la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues, para este Colegiado, la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementation de políticas públicas (Expediente 02016 -2004-AA/TC, fundamento 35).

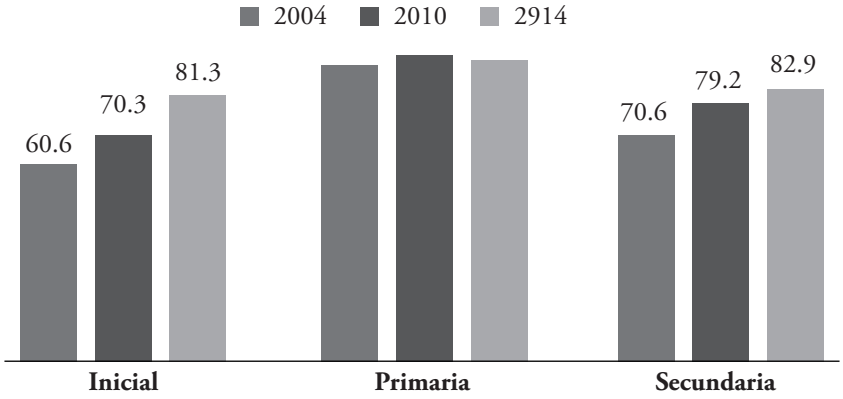
24. En ese sentido, corresponde reiterar que la Undécima Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución es concordante con el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que precisa que los Estados se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de recursos que se dispongan para lograr, progresivamente, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto, entre ellos, el derecho a la educación. Es evidente que el Estado peruano no puede eximirse de esta obligación, ni tampoco asumirla como un ideal de gestión, pues se trata de una obligación perentoria a ser cumplida, si bien de manera progresiva, siempre en plazos razonables y acompañados de acciones concretas (cfr. sentencia recaída en el Expediente 2016-2004-AA/TC, fundamento 36)./

La accesibilidad del derecho a la educación

25. Como se ha indicado anteriormente, en atención a la dimensión de accesibilidad, las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, lo que propiamente, además de este último mandato, requiere de facetas materiales y económicas. Con dicha dimensión se relacionan indicadores como la tasa neta de asistencia, la esperanza de vida escolar, la tasa de analfabetismo, la tasa de deserción por motivos económicos, entre otros.

26. En relación a la tasa neta de asistencia, ésta ha registrado una tendencia positiva en los últimos años: del 60.6 % (2004) al 81.3 % (2014) en la educación inicial, del 91.2 % (2004) al 92.9 % (2014) en la educación primaria, y del 70.6 % (2004) al 82.9% (2014) en la educación secundaria; no obstante, aún es necesario que la cobertura se universalice para todos estos niveles (cfr. MINISTERIO DE EDUCACIÓN/ESCALE: Edudatos 21/Retos en Educación Básica Regular).

Nivel de acceso a la educación
(expresado como porcentaje de la población total de cada nivel educativo)



Fuente: Edudatos N° 21/Retos en Educación Básica Regular (MINEDU/ESCALE).

27. En lo que respecta a la esperanza de vida escolar (o número de años que una persona puede esperar que pase en el nivel educativo básico y superior), si bien esta se ha mantenido en el mismo porcentaje en los últimos tres años, el número de años de vida escolar alcanzado en la escuela rural (12.8) es menor que el de la escuela urbana (14.0), y a su vez, dentro de aquella, el número de años de vida escolar alcanzado por las mujeres (12.6) es aún menor que el de los varones (13.0), influyendo en ello también el nivel de pobreza (cfr. . MINEDU/ESCALE).

	Esperanza de vida escolar		
	2013	**2014**	**2015**
PERÚ	13.8	13.8	13.8
Sexo			
Femenino	13.9	13.9	13.8
Masculino	13.8	13.7	13.8
Área y sexo			
Urbana	14.2	14.1	14.0
Femenino	14.2	14.2	14.0
Masculino	14.1	14.0	14.0
Rural	12.7	12.8	12.8
Femenino	12.6	12.8	12.6
Masculino	12.7	12.8	13.0
Nivel de pobreza			
No pobre	14.3	14.2	14.1
Pobre	12.2	12.3	12.5
Pobre extremo	11.2	11.5	11.2

Fuente: Encuesta Nacional de Hogares del Instituto Nacional de Estadística e Informática/MINEDU/ESCALE

28. Asimismo, en lo referente a la tasa de analfabetismo en mayores de 15 años, según el Minedu, si bien tiende a disminuir en los últimos años, se advierte una brecha entre mujeres y varones, toda vez que el porcentaje de mujeres analfabetas mayores de 15 años en el año 2015 fue de 8.9 %, frente al porcentaje de varones analfabetos mayores de 15 años en dicho año, ascendente a 3 %. Brecha que se acrecienta en el caso de la educación rural, donde el porcentaje de mujeres analfabetas alcanza el 23.4 %, frente al porcentaje de varones, ascendente a 7.4 %, influyendo también para ello el nivel de pobreza (cfr. MINEDU/ESCALE).

Tasa de analfabetismo (%) en mayores de 15 años

	2011	2012	2013	2014	2015
PERÚ	7.1	6.2	6.2	6.3	6.0
Sexo					
Femenino	10.5	9.3	9.3	9.5	8.9
Masculino	3.8	3.1	3.1	3.0	3.0
Área y sexo					
Urbana	4.0	3.3	3.5	3.7	3.5
Femenino	5.9	5.0	5.3	5.6	5.3
Masculino	2.1	1.5	1.6	1.7	1.7
Rural	17.4	15.9	15.8	15.7	14.8
Femenino	26.8	25.0	24.7	24.7	23.4
Masculino	9.1	7.9	7.9	7.7	7.4
Nivel de pobreza					
No Pobre	4.4	3.9	4.2	4.5	4.3
Pobre No extremo	13.6	11.9	12.1	12.1	12.0
Pobre Extremo	24.4	21.9	22.3	23.1	20.1

Fuente: Encuesta Nacional de Hogares del Instituto Nacional de Estadística e Informática/ MINEDU/ESCALE.

29. Además, merece especial atención la tasa de deserción escolar por problemas económicos, que en el año 2015 ascendió a 43.4 % del total de la población que dejó de estudiar entre los 13 y 19 años, siendo el porcentaje rural (44.2 %) más elevado que el urbano (42.8 %).

Tasa de deserción escolar por problemas económicos del total de la población que dejó de estudiar entre los 13 y 19 años

	2011	2012	2013	2014	2015
PERÚ	44.9	45.1	39.0	41.5	43.4
Sexo					
Femenino	37.6	37.7	30.0	27.8	34.8
Masculino	52.5	52.2	48.6	53.7	51.3
Área y sexo					
Urbana	47.1	50.9	42.8	43.3	42.8
Femenino	40.4	44.2	32.5	29.3	34.4
Masculino	53.8	56.3	53.0	54.8	49.5
Rural	42.6	39.6	34.8	39.2	44.2
Femenino	34.7	32.3	27.2	26.3	35.2
Masculino	51.0	47.6	43.3	52.1	54.0

Fuente: Encuesta Nacional de Hogares del Instituto Nacional de Estadística e Informática/ MINEDU/ESCALE

30. Junto a ello, cabe reparar en el hecho de que aún en la actualidad hay menores de edad que dejan de asistir a la escuela por dedicarse a los quehaceres del hogar. Así, según el Minedu, en el año 2015, el 12.4 % del total de la población que dejó de estudiar entre los 13 y 19 años lo hizo por esta razón. Asimismo, se advierte que en el ámbito urbano (13.1 % en 2015), el porcentaje de mujeres que desertó por dedicarse a los quehaceres del hogar ascendió en dicho año al 26.3 %, frente al 2.4 % en el caso de los varones; en tanto que, en el ámbito rural, dicho porcentaje fue de 21.8 %, frente al 0.2 % registrado para los varones (Cfr. MINEDU/ESCALE).

31. Precisamente, estos últimos indicadores dan cuenta de la problemática histórica en el Perú relacionada con el pleno ejercicio de los derechos de las mujeres, especialmente de aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, como es el caso de las niñas y adolescentes del ámbito rural. Por ello es que el Estado tiene un deber especial en la formulación de medidas que favorezcan la accesibilidad a la educación inicial, primaria y secundaria de niñas, adolescentes y mujeres mayores de edad, otorgando una atención prioritaria a aquellas que se encuentran en estado de pobreza o en el ámbito rural.

32. En ese sentido, corresponde reiterar que si bien en años recientes ha existido un importante grado de incorporación de la mujer en tareas de orden social en las que tampoco nunca debió estar relegada (participación política, acceso a puestos laborales, oportunidades de educación, entre otras muchas), no puede considerarse que en la realidad peruana dicha tarea se encuentre consolidada. Como es de conocimiento general, buena parte de nuestra sociedad aún se nutre patrones culturales patriarcales que relegan al colectivo femenino a un rol secundario, a pesar de encontrarse fuera de discusión sus idénticas capacidades relación con el colectivo masculino para destacar en todo ámbito de la vida, sea político, social o económico. Los prejuicios y la idiosincracia de un número significativo de ciudadanos (conformado tanto por hombres como por mujeres) aún mantienen vigente esta grave problemática en el país (Expediente 00050-2004-AI/TC FJ 146).

Acceso a la educación como derecho humano de la mujer

33. En anteriores oportunidades este Tribunal ha indicado que la protección de la igualdad de derechos de la mujer ha sido ampliada y reforzada con la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (DEDM), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDM) y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (PFCEDM), porque a pesar de la existencia de otros instrumentos internacionales que favorecen la igualdad

de derechos, las mujeres siguen siendo discriminadas en todas las sociedades (Expediente 05652-2007-PA/TC fundamento 22).

34. Ahora bien, en el afán de eliminar la discriminación contra la mujer en la vida económica, social, política y pública de los países, entre otros derechos humanos reconocidos a las mujeres en el CEDM, se halla la igualdad de derechos, con relación a los hombres, en la esfera de la educación, ello en el entendido que la educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer (Expediente 00091-2005-PA/TC fundamento 6).

35. Al respecto, en el artículo 5 inciso "a" de la CEDM, se señala de manera enfática lo siguiente:

> Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para:
>
> a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres (Expediente 01423 -2013 -PA/TC fundamento 36).

730

36. En todo caso, más allá de las obligaciones que el Estado ha contraído en virtud de estos instrumentos internacionales a favor de la mujer, también debe repararse en las obligaciones que el Estado, en concreto, debe asumir a favor de su educación y la de todos sus ciudadanos.

Las dimensiones de disponibilidad y accesibilidad del derecho a la educación como obligaciones estatales de respetar, proteger y cumplir

37. En general, los derechos fundamentales suponen para el Estado el despligue de un conjunto de niveles obligacionales, los que son exigibles independientemente de si se trata de derechos de libertad o de derechos de faceta prestacional. En ese sentido, el Estado tiene, principalmente, obligaciones de respetar, de proteger, de cumplir o satisfacer y, de ser el caso, de reparar (sobre estas últimas obligaciones (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras,* 21 de julio de 1989, párr. 25).

38. En el caso del derecho fundamental a la educación, según la Observación General 13 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, básicamente son tres las modalidades de obligaciones que corresponde realizar al Estado para la plena efectividad de este derecho. Vale decir, en materia educativa, los Estados que son parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), —entre los que se encuentra el Estado peruano—, tienen obligaciones de respetar, proteger y cumplir.

39. Las obligaciones de *respetar* consisten en la no obstaculización o impedimento por el Estado en el ejercicio del derecho a la educación. En virtud de las obligaciones de *proteger* el Estado debe impedir que terceros perjudiquen u obstaculicen tal ejercicio. En atención a las obligaciones de *cumplir* o *facilitar,* el Estado debe asegurar tal ejercicio cuando un individuo o grupo no puede, por razones ajenas a su voluntad, ejercer el derecho con los recursos a su disposición. En ese sentido, el Estado debe tomar medidas eficaces y concretas orientadas el desarrollo de condiciones adecuadas la realización del derecho a la educación.

40. Tales obligaciones, a su vez, pueden ser de cumplimiento inmediato o progresivo. En el primer caso, se suele considerar que las obligaciones de respetar y proteger son de inmediato cumplimiento, en tanto que las obligaciones de cumplir o facilitar son de carácter progresivo. De esta manera, la disponibilidad y accesibilidad del derecho a la educación, como dos de las dimensiones estructurales de este derecho en los términos previamente expuestos, comportan que el Estado tenga obligaciones de respetar, proteger y cumplir.

41. En el primer caso, respecto a la dimensión de disponibilidad, se advierte que la cobertura total de instituciones educativas y programas de enseñanza en todo el país constituye una obligación de cumplir o facilitar, la misma que es de carácter progresivo. No obstante ello, la obligación de adoptar "medidas deliberadas, concretas y orientadas" hacia la implantación gradual de la enseñanza secundaria, superior y fundamental es de inmediato cumplimiento.

42. En el segundo caso, respecto a la dimensión de accesibilidad, su componente de interdicción de la discriminación constituye una obligación de respetar (en las instituciones educativas públicas) y de proteger (en los centros educativos privados); en tanto que la accesibilidad material (geográfica o tecnológica) y económica (gratuidad de los niveles educativos distintos a la educación primaria) son obligaciones de cumplir. En relación a esto último, se advierte que la gratuidad del nivel educativo primario en las instituciones educativas del Estado, de acuerdo a la interpretación autorizada del PIDESC, constituye una obligación de inmediato cumplimiento, por lo que no está sometida a la disponibilidad de recursos.

Concreción de las exigencias constitucionales de disponibilidad y accesibilidad a la educación

43. Sobre el acceso a la educación, específicamente para el nivel de la educación básica, este Tribunal ha referido que el tercer párrafo del artículo 16 de la Constitución ordena al Estado "asegurar que nadie sea impedido de recibir educación

adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas." Esta obligación de fiscalización no debe ser comprendida exclusivamente para las escuelas públicas, sino también ser aplicable a los casos de instituciones escolares privadas. Ello está vinculado con lo que expone el artículo 17 de la Constitución en cuanto se específica que la educación inicial, primaria y secundaria es obligatoria. Es decir, se configura un derecho pero al mismo tiempo un deber para los menores y los padres o tutores responsables (Expediente 00091-2005-PA/TC fundamento 16). Asimismo, cabe precisar que esta manifestación tiene dos aristas fundamentales:

a.l) Cobertura educativa

44. De un lado, podemos referirnos a la política educacional que incluye la creación de centros educativos allí donde la población lo requiera (artículo 17, tercer, párrafo de la Constitución). Ligado a ello, se encuentra el derecho de toda persona natural o jurídica de promover o conducir instituciones educativas (artículo 15, tercer párrafo, de la Constitución), dentro de lo que se puede incluir el de fundar centros de enseñanza. Como se observa, en este ámbito, el derecho a la educación supone una política de Estado adecuada a la demanda educativa, que permita la materialización de este derecho, es decir, que se asegure el servicio educativo básico para todos. Es la plasmación del principio de universalización de la educación, recogida por el artículo 12 de la Ley General de la Educación, cuyo esfuerzo por realizarlo se aprecia en distintos compromisos nacionales e internacionales en materia de educación asumidos por el Estado peruano (cfr. fundamento 17 de la sentencia recaída en el Expediente 00091- 2005-PA/TC).

a.2) Acceso a la educación en sentido estricto

45. La otra arista, en cambio, está relacionada con los criterios de admisibilidad requeridos por los centros educativos. Estos requisitos deben basarse en criterios que proscriban cualquier tipo de discriminación, ya sea por motivos económicos, ideológicos, de salud, religiosos, o de cualquier otra índole. Dicho de otra forma, los centros escolares, tanto públicos como privados, deben proscribir los criterios de admisión irrazonables o desproporcionados, pues afectan de manera directa el derecho de educación de los menores, al impedir de manera arbitraria que ejerciten el derecho a la educación. Cabe indicar, no obstante, que este tipo de actos afectan de igual manera el derecho fundamental de los padres a escoger el centro de educación que estimen pertinente (artículo 13, primer párrafo, de la Constitución). En definitiva, frente a una negación de la entidad educativa de admitir a un escolar, cabe analizar si las razones que la sustentan son conformes con la Constitución. (Expediente 00091-2005-PA/TC fundamento 18).

46. Como podrá observarse de la determinación de tales manifestaciones, las dimensiones fundamentales del derecho a la educación, de acuerdo a la Observación General 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, previamente comentadas, esto es, la disponibilidad y accesibilidad a la educación, se materializan en las manifestaciones del acceso a la educación, de modo que, mientras la primera se plasma en la arista de la cobertura educativa, la segunda se realiza a través del acceso a la educación en sentido estricto.

Análisis del caso concreto

47. Según la Ley 28044, Ley General de Educación, y su reglamento, aprobado mediante Resolución Ministerial 0043-2012-ED, la educación básica se organiza en tres modalidades: educación básica regular, educación básica alternativa y educación básica especial. La primera de ellas comprende tres niveles: a) nivel de educación inicial, b) nivel de educación primaria, y c) nivel de educación secundaria. De lo regulado en este último, se infiere que la educación secundaría está dirigida a púberes y adolescentes, entre 11 o 12 a 17 años, más aún si ello ha sido precisado en el Diseño Curricular Nacional de la Educación Básica Curricular del año 2009, vigente cuando ocurrieron los hechos constitucionalmente relevantes del presente caso.

48. De otro lado, se establece que la Educación Básica Alternativa está dirigida a:

    i) jóvenes y adultos que no tuvieron acceso a la educación regular o no pudieron culminarla, *ii)* niños, niñas y adolescentes, incluidos aquellos con discapacidad, que no se insertaron oportunamente en la educación básica regular o que abandonaron el sistema educativo y su edad les impide continuar los estudios regulares, y *iii)* estudiantes que necesiten compatibilizar el estudio y el trabajo.

49. Ahora bien, las demandantes manifiestan que debido a que en el caserío en el que viven (Perlamayo del distrito de Bagua Grande) no existe institución educativa que imparta el nivel secundario, sea en la modalidad regular o alternativa, se vieron obligadas a recurrir a la Institución Educativa 16957 Jesús Divino Maestro, del caserío La Flor del distrito de Cumba (centro de educación básica regular). Además, el centro alternativo más cercano se encuentra aproximadamente a cuatro horas de distancia (dos horas caminando y dos horas en movilidad), hecho que hace imposible acudir diariamente. De otro lado, la emplazada ha señalado que la matrícula y nómina de matrícula han sido observadas debido a que las recurrentes no cumplen con la edad cronológica para seguir estudios secundarios en la modalidad de educación básica regular, por lo que deben continuar dichos

estudios en un centro de educación básica alternativa (CEBA). Además, en el recurso de apelación (folio 128), ha señalado que el CEBA más cercano es Matiaza Rimachi (Bagua Grande) y que las interesadas deben solicitar a la UGEL que dicho centro extienda sus servicios a otros caseríos, por necesidad de servicio.

50. En el presente caso, las demandantes, con fecha 11 de marzo de 2013 (folios 3 y 4), solicitaron al director de la Institución Educativa 16957 Jesús Divino Maestro ser matriculadas en el primer grado de educación secundaria, toda vez que en su localidad no existe la modalidad de educación que requieren para continuar con sus estudios, pues cuentan con 18 y 19 años cada una de ellas, pedido que **fue aceptado** conforme se advierte de la Resolución Directoral 12-2013- GOB. REG-A/DRE-A/UGEL-U/DIE.I.P.S 16957 LA FLOR, de fecha 29 de abril de 2013 (folio 5), y la Nómina de Matrícula 2013 (folio 6). Con fecha 20 de mayo de 2013, el director de la referida institución, don Elmer Huamán Delgado, remitió el Informe 13-2013-GOB -REG-A/DRE-A/UGEL- U/D.I.E.I.P.S.M 16957 JDM L-F C, dirigido al director de la UGEL de Utcubamba, don Wilmer Ferré Pérez Vásquez (folio 7), en el que solicita no solo la aprobación de la Nómina de Matrícula, sino además que las recurrentes sean consideradas en dicha nómina a fin de que sus derechos constitucionales no sean afectados. Específicamente, dicho Informe del Director Elmer Huamán se menciona lo siguiente:

> PRIMERO: Que la institución educativa bajo la dirección a mi cargo es (...) de reciente creación, y que por no existir colegios cercanos a la comunidad muchas personas se quedaron sin recibir la educación oportuna, los mismos que carecen de recursos económicos (...).
>
> SEGUNDO: Se da el caso señor director, que en el presente año se han presentado dos solicitudes de las hermanas Cieza Fernández Elita y Cieza Fernández Marleni, de 18 y 19 años respectivamente; las mismas que solicitan ser matriculadas en el primer grado de educación secundaria (...).
>
> TERCERO: En virtud de lo solicitado se procedió a dar a conocer al alumnado en general teniendo como respuesta otra solicitud presentada por los integrantes del municipio Escolar de la mencionada Institución Educativa (...) acto seguido se ha sostenido una reunión con los docentes de la I.E. y con las interesadas, firmándose con ellas y los docentes un acta de compromiso (...).
>
> CUARTO: Respetuoso de la Constitución y las leyes me dirijo a usted a fin de que vuestro despacho disponga lo conveniente para tal efecto adjunto al presente todos los actuados así como las nóminas de matrícula de I° al 5° grado **las mismas que fueron aceptadas por el SIAGIE;** quedando listas para su aprobación por el especialista de la entidad que muy acertadamente dirige usted [resaltado agregado]

> POR LO EXPUESTO.- Suplico a usted ordene a quien corresponda atienda lo solicitado para que los derechos constitucionales de los ciudadanos no se vean vulnerados toda vez que en nuestra comuna ni alrededores existe un colegio de Educación Básica Alternativa donde los interesados puedan acudir a continuar sus estudios y contribuir a desterrar las altas tasas de analfabetismo y de pobreza que azota nuestro país; ya que la pobreza se da también por falta de educación.

51. No obstante, mediante el Informe 004-2013-GOB-REG-AMAZONAS/DREA/UGEL-U/DGP, la emplazada observó la inclusión de las demandantes en la citada nómina, toda vez que, según refiere, no cumplían con las edades establecidas para continuar estudios secundarios en la modalidad de educación básica regular en la I. E. 16957 Jesús Divino Maestro (entre 11 o 12 a 17 años), por lo que su matrícula no fue reconocida.

52. Al respecto, si se revisan las estadísticas por departamento sobre la proporción de la población con edades entre los 17 y 19 años (grupo en el que se encuentran las recurrentes), que cuenta al menos con un cierto nivel o etapa educativa según el Minedu, se advierte que en el departamento de Amazonas, donde residen las demandantes, solo el 59.2 % de tal segmento poblacional ha concluido el nivel de educación secundaria (Fuente: MINEDU/ESCALE).

53. En vista de ello, siendo este porcentaje uno de los menores a nivel nacional, puede señalarse que la situación de las recurrentes es ilustrativa de todo un sector de la población que aún no puede acceder en condiciones de igualdad a la educación básica, que es obligatoria y gratuita en las instituciones del Estado según el artículo 17 de la Constitución, lo que a su vez se ha generado tanto por la falta de cobertura como por el actuar básicamente formalista de la emplazada al no realizar el ajuste razonable que circunstancias como las del presente caso ameritaban.

54. De este modo, pese a que a la fecha en la que solicitaron sus matrículas en la citada institución educativa las demandantes tenían 18 y 19 años, esto es, superaban la edad establecida para seguir estudios secundarios en una institución educativa sujeta a la modalidad de Educación Básica Regular, conforme a la normativa señalada en el fundamento 47 *supra,* no puede soslayarse que en el caserío y en las zonas cercanas no existía institución educativa correspondiente a la modalidad de la Educación Básica Alternativa que impartiera el nivel secundario, conforme así lo han señalado no solo las demandantes, sino también el director de la I.E. 16957 Jesús Divino Maestro (folio 8) y la emplazada cuando señala que "el CEBA más cercano es Matiaza Rimachi (Bagua Grande) y que las interesadas debían solicitar a la UGEL que dicho centro extienda sus servicios a otros caseríos, por necesidad de servicio" (folio 130).

55. En tal sentido, se concluye que las demandantes se encontraban en una situación de evidente limitación material, en tanto que ni en el caserío en el que viven, ni en los aledaños, en el año en que solicitaron su matrícula, se hallaba un centro de educación básica alternativa que impartiera el nivel secundario, siendo el más cercano (CEBA Matiaza Rimachi), uno ubicado a cuatro horas de distancia (dos horas caminando y otras dos mediante movilidad), de ida, más otras cuatro horas de vuelta, lo que hace imposible para las dos recurrentes acudir diariamente.

56. Este hecho que no fue considerado por la UGEL emplazada al no reconocerles de manera excepcional sus matrículas escolares, ni incluirlas en la respectiva nómina de estudiantes, pese a que el director de la I. E. 16957 Jesús Divino Maestro sí las había incluido. Dicha actuación de la UGEL emplazada es evidentemente irrazonable y desproporcionada, y por lo tanto, vulnera el derecho a la educación de las demandantes.

57. Dicha determinación, en principio, desconoce que el Estado no ha logrado facilitar la cobertura educativa o el acceso a la educación para todos en la zona donde radican las recurrentes, según lo dispuesto por el artículo 17 de la Constitución, en atención al cual "el Estado promueve la creación de centros de educación donde la población los requiera". Pero, además, lo decidido por la UGEL emplazada ha afectado el acceso en sentido estricto a la educación de las demandantes, toda vez que el criterio para no admitirlas, a la luz del caso concreto, en el que se advierte claramente un déficit de cobertura —cuya superación es tarea del propio Estado—, resultaba contrario a los principios y valores que consagra la Norma Fundamental.

58. Antes bien, al Estado le corresponde remover los obstáculos históricos que han mantenido y mantienen aún en posiciones desventajosas respecto al resto de la sociedad e incluso en situaciones de desigualdad a varios grupos vulnerables, entre los que se encuentran las niñas y adolescentes que intentan acceder a la educación rural pese a todos los condicionamientos que suelen tener en contra. En esa línea, si se vienen tomando medidas, en el ámbito de la educación a fin de promoverla y garantizarla, como por ejemplo, el favorecer desplazamiento docente a tales localidades, este Tribunal considera que determinaciones como las de la UGEL emplazada en el presente caso se alejan de la finalidad que justifica y sustenta tales acciones afirmativas, esto es, la búsqueda de la igualdad material. Y es que en un Estado constitucional, la administración, si bien se rige por el principio de legalidad, no puede obviar que la ley y las demás normas se interpretan y aplican en función de la Constitución, y no a la inversa.

59. Por consiguiente, a juicio de este Tribunal, el no reconocimiento de la matrícula de las demandantes y, por ende, su exclusión de la nómina de matrícula para continuar sus estudios del nivel secundario en la I. E. 16957 Jesús Divino Maestro, afectó su derecho fundamental a la educación, por lo que corresponde estimar la demanda y ordenar que la demandada reconozca a las recurrentes la matrícula en dicho centro educativo y su correspondiente inclusión en la respectiva nómina de estudiantes del primer grado de educación secundaria, así como los estudios que eventualmente hubiesen realizado.

60. Así también, teniendo en cuenta que se encuentra acreditada la vulneración del citado derecho constitucional, corresponde ordenar que la emplazada asuma el pago de los costos procesales, en atención a lo dispuesto por el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

Estado de cosas inconstitucional y acceso a la educación en el ámbito rural

61. Es claro que lo resuelto en el presente caso es directamente vinculante para las partes intervinientes. Sin embargo, el Tribunal Constitucional observa que la situación en la que se han visto ubicadas las demandantes es representativa de todo un grupo de personas que pertenecen al ámbito rural y se encuentran en estado de pobreza. Por ello, debe evaluarse si es de aplicación la técnica del *estado de cosas inconstitucional* y, si es así, corresponde dictar las decisiones pertinentes que coadyuven a reparar tal estado de inconstitucionalidad.

62. Dicha técnica, en un proceso constitucional como el amparo, comporta que, una vez declarado el "estado de cosas inconstitucionales", se efectúe un requerimiento específico o genérico a un órgano público a fin de que, dentro de un plazo razonable, se realice o deje de realizar una acción u omisión, *per se,* violatoria de derechos fundamentales, que repercuta en la esfera subjetiva de personas ajenas al proceso constitucional en el cual se origina la declaración.

63. Se trata, en suma, de extender los alcances *inter partes* de las sentencias a todos aquellos casos en los que de la realización de un acto u omisión se hubiese derivado o generado una violación generalizada de derechos fundamentales de distintas personas.

64. Para que ello pueda realizarse es preciso que la violación de un derecho constitucional se derive de un único acto o de un conjunto de actos, interrelacionados entre sí, que además de lesionar el derecho constitucional de quien interviene en el proceso en el que se produce la declaración del estado de cosas inconstitucionales, vulnera o amenaza derechos de otras personas ajenas al proceso. (Exp. 02579-2003-HD/TC FJ 19).

65. De la revisión de autos y como es de público conocimiento, se puede afirmar que el caso individual de las demandantes es uno que representa en idénticas circunstancias a miles de peruanos que, por vivir en zonas rurales de nuestro país y encontrarse en situación de pobreza extrema, no tienen acceso, en condiciones de igualdad, a la educación o a determinadas modalidades de educación básica regular, alternativa o especial.

66. Si nuestra Constitución establece en su artículo 17 que "La educación inicial, primaria y secundaria son obligatorias (...)", que "El Estado promueve la creación de centros de educación donde la población los requiera", que "El Estado garantiza la erradicación del analfabetismo", que el Estado "fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona", que "preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país", y que "promueve la integración nacional", es claro que existen ya obligaciones constitucionales para todos los operadores estatales a fin de materializarlas progresivamente.

67. Sin embargo, tal progresividad no implica en modo alguno que todo el contenido normativo del artículo 17 se encuentre supeditado a la buena voluntad de los operadores estatales de turno. Si es un mandato contenido en la norma más importante del sistema jurídico y si, además, se trata de la educación, que es el derecho que, en otros aspectos, permite a las personas adquirir los conocimientos necesarios para convertirse en ciudadano e insertarse efectivamente en la sociedad, entonces nos encontramos ante un mandato directamente vinculante.

68. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sostenido en su informe sobre el derecho a la educación [Observación general 13: 08/12/99. E/C. 12/1999/10] que:

> La educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico (párrafo 1) http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(SvmbolVE.C.12.1999.10.Sp?-QpenDocum ent).

69. Ciertamente no corresponde que el Tribunal Constitucional, en tanto órgano jurisdiccional elabore o ejecute las correspondientes políticas públicas en materia educativa. Pero, lo que no puede dejar de hacer es controlar la Constitución y defender los derechos fundamentales cuando el Estado actúe deficientemente o no actúe conforme a sus competencias constitucionales.

Precisamente, en la sentencia del caso Ley Universitaria (Expediente 00014-2014-AI/TC y otros, FFJJ 6 a 22), el Tribunal Constitucional concluyó en que "tiene el deber de controlar la legitimidad constitucional de las políticas públicas e incluso la ausencia de éstas, en el contexto de sus deberes de respeto y garantía de los derechos" (FJ 22) .

70. En tal sentencia, también se reitera que, en lo específicamente relacionado con la educación, este Tribunal Constitucional ha sostenido que esta se configura como derecho fundamental, pero también como un servicio público, en la medida en que se trata de una prestación pública que explícita una de las funciones-fines del Estado, de ejecución per se o por terceros bajo fiscalización estatal, y ha añadido que [...] corresponde al Ministerio de Educación desarrollar políticas públicas que optimicen y lleven a la práctica el mandato constitucional" (Expediente 06752-2008- AA/TC, FJ 6 y 7). Esta afirmación no impide, naturalmente, que el Tribunal Constitucional pueda controlar la conformidad de las políticas públicas adoptadas con el efectivo respeto de los derechos fundamentales. Más bien abona a favor de esa capacidad contralora y revisora Expediente 00014-2014-AI/TC y otros FJ 20) .

71. Asimismo, se precisa (FJ 19) que ya este Tribunal, en el pasado, ha controlado la legitimidad constitucional de medidas relacionadas con

a. La provisión de agua potable (Expediente 03333-2012-AA/TC);

b. La circulación de vehículos usados con timón cambiado (Expediente 02500-2011- AA/TC);

c. El consumo de bebidas alcohólicas (Expediente 00850-2008-AA/TC);

d. El combate contra el tráfico ilícito de drogas (Expediente 00033-2007 -A1/TC), o

e. La infancia y los programas sociales (Expediente 01817-2009-F1C/TC), entre muchas otras

72. Por ello, el Tribunal Constitucional, en tanto órgano de control de la Constitución, no debe pronunciarse solo cuando cada persona del ámbito rural y pobre interponga una demanda de amparo, si acaso ello ocurriese, pues dada la precariedad de sus recursos es poco probable que judicialice el respetivo reclamo en defensa de sus derechos, sino también se encuentra legitimado para pronunciarse mediante técnicas como aquella del *estado de cosas inconstitucional.*

73. Asimismo, teniendo en consideración que la disponibilidad y accesibilidad a la educación de las personas pobres del ámbito rural se encuentra dentro de una

política pública de ejecución progresiva, pero que, como se ha referido antes, no puede contener una ejecución *sine die* (sin plazo y sin fecha), este Tribunal debe tomar en consideración determinados elementos estadísticos elaborados por el INEI (Instituto Nacional de Estadística e Informática), como los siguientes:

CUADRO N° 3.4

PERÚ: GRUPOS DE DEPARTAMENTOS CON NIVELES DE POBREZA EXTREMA ESTADÍSTICAMENTE SEMEJANTES. 2013 - 2015

AÑO	GRUPO	DEPARTAMENTOS	Intervalos de confianza al 95%	
			Inferior	Superior
2013	GRUPO 1	Cajamarca	18,14	26,97
	GRUPO 2	Amazonas, Ayacucho, Huancavelica, Huánuco, Pasco	12,21	15,53
	GRUPO 3	Áncash, Apurímac, La Libertad, Loreto, Piura, Puno, San Martín	5,71	7,46
	GRUPO 4	Arequipa, Cusco, Junín, Lambayeque, Moquegua, Región Lima, Ucayali	1,51	2,63
	GRUPO 5	lca, Madre de Dios, Provincia Callao, Provincia Lima, Tacna, Tumbes	0,00	0,34
2014	GRUPO 1	Cajamarca	15,16	23,22
	GRUPO 2	Amazonas, Ayacucho, Huancavelica, Huánuco, Pasco	10,87	13,85
	GRUPO 3	Áncash, Apurímac, La Libertad, Loreto, Piura, Puno, San Martín	5,20	6,99
	GRUPO 4	Arequipa, Cusco, Junín, Lambayeque, Madre de Dios, Moquegua, Ucayali	1,61	2,80
	GRUPO 5	lca, Provincia Callao, Provincia Lima, Región Lima, Tacna, Tumbes	0,09	0,40
2015	GRUPO 1	Cajamarca	16,63	23,89
	GRUPO 2	Amazonas, Ayacucho, Huancavelica	8,78	12,33
	GRUPO 3	Apurímac, Huánuco, La Libertad, Loreto, Pasco, Piura, Puno, San Martin	5,64	7,35
	GRUPO 4	Ancash, Cusco, Junín, Lambayeque, Ucayali	2,18	3,67
	GRUPO 5	Arequipa, lca, Madre de Dios, Moquegua, Provincia Callao, Provincia Lima, Región Lima, Tacna, Tumbes	0,19	0,62

Nota: Los valores del intervalo ccrresporvden a los limites inferior y superior de cada grupo robusto.
Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática. Encuesta Nacional de Hogares, 2013 - 2015.

74. Dicho cuadro, que aparece en el *Informe Técnico "Evolución de la pobreza monetaria 2009-2015",* elaborado por el INEI en abril de 2016, destaca (en su página 50) que "la aplicación de los test- estadísticos permitió establecer para el año 2015, cinco grupos de departamentos con niveles de pobreza extrema semejantes teniendo en consideración que la precisión de los estimadores puntuales no tuvieran diferencias significativas. **El primer grupo lo integra Cajamarca con**

tasa de pobreza extrema entre 16,6% y 23,9%. El segundo grupo de departamentos con tasas de pobreza extrema entre, 8,8% y 12,3% se encuentran: Amazonas, Ayacucho, Huancavelica. En el tercer grupo de departamentos con tasa de pobreza extrema que se ubica entre 5,6% y 7,3% se encuentran: Apurímac, Huánuco, La Libertad, Loreto, Pasco, Piura, Puno y San Martín. El cuarto grupo de departamentos con tasas de pobreza extrema bajos, entre 2,2% y 3,7% lo integran: Ancash, Cusco, Junín, Lambayeque y Ucayali. Finalmente, el quinto grupo de departamentos conformado por Arequipa, lea, Madre de Dios, Moquegua, Provincia Constitucional del Callao, Provincia Lima, Región Lima, Tacna y Tumbes, se caracterizan por haberse prácticamente erradicado la pobreza extrema" [resaltado agregado].

75. Por consiguiente, atendiendo a lo expuesto en los parágrafos precedentes, en los cuadros estadísticos elaborados por el Ministerio de Educación antes citados y a que las personas de extrema pobreza del ámbito rural están expuestas a condiciones que fomentan su vulnerabilidad, el Tribunal Constitucional considera que debe declararse un *estado de cosas inconstitucional* en el caso de la disponibilidad y accesibilidad a la educación de tales personas de extrema pobreza del ámbito rural, de modo tal que se ordene al Ministerio de Educación: a) diseñar, proponer y ejecutar un plan de acción que en un plazo máximo de cuatro años, que vencería el 28 de julio de 2021, año del bicentenario, pueda asegurar la disponibilidad y accesibilidad a la educación de niños, adolescentes y mayores de edad, de extrema pobreza del ámbito rural, empezando por los departamentos de Cajamarca, Amazonas, Ayacucho y Huancavelica; c) disponer que el Poder Ejecutivo, en coordinación con el Poder Legislativo, pueda realizar las gestiones pertinentes que tiendan al aseguramiento de dicho plan de acción, y d) ordenar al Ministerio de Educación informe al Tribunal Constitucional, cada 6 meses, el avance de lo aquí dispuesto.

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 cuanto se afectó el derecho a la educación de las demandantes. En consecuencia, ordenar que la emplazada reconozca a las demandantes la matrícula y la correspondiente inclusión en la nómina de estudiantes del primer grado de educación secundaria en la I.E. 16957 Jesús Divino Maestro, así como los estudios que eventualmente hubiesen realizado.

2. Declarar un *estado de cosas inconstitucional* en el caso de la disponibilidad y accesibilidad a la educación de personas de extrema pobreza del ámbito rural.

3. Ordenar al Ministerio de Educación el diseño, propuesta y ejecución de un plan de acción que en un plazo máximo de cuatro años que vencería el 28 de julio de 2021, año del bicentenario, pueda asegurar la disponibilidad y accesibilidad a la educación de niños, adolescentes y mayores de edad, de extrema pobreza del ámbito rural, empezando por los departamentos de Cajamarca, Amazonas, Ayacucho y Huancavelica.

4. Disponer que el Poder Ejecutivo, en coordinación con el Poder Legislativo, realice las gestiones pertinentes que tiendan al aseguramiento de dicho plan de acción.

5. Ordenar al Ministerio de Educación informe al Tribunal Constitucional, cada 6 meses, el avance de lo dispuesto en la presente sentencia.

6. Ordenar que la emplazada asuma el pago de los costos procesales a favor de las demandantes, cuya liquidación se hará en ejecución de sentencia.

Publíquese y notifíquese.

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

EXP. N.° 00853-2015-PA/TC
AMAZONAS
MARLENI CIEZA FERNÁNDEZ Y OTRA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Coincidiendo con lo resuelto en mayoría, considero pertinente emitir pronunciamiento sobre algunos temas que son de vital importancia para todo Estado Constitucional que se precie de serlo.

I. DELIMITACIÓN DEL PETITORIO

La presente demanda de amparo es interpuesta doña Marleni Cieza Fernández y doña Elita Cieza Fernández contra la resolución de fojas 153, de fecha 3 de noviembre de 2014, expedida por la Sala Mixta de Utcubamba de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, que declaró improcedente la demanda de autos.

Las demandantes se dirigen contra el director de la Unidad de Gestión Educativa Local de Utcubamba (UGEL de Utcubamba) para solicitar que se les reconozca como estudiantes del primer grado de educación secundaria en la Institución Educativa 16957 "Jesús Divino Maestro", La Flor de Cumba, provincia de Utcubamba, Amazonas, reconocimiento que ya se había producido inicialmente por parte del director de la aludida institución educativa.

Asimismo, las recurrentes exigen que se cumpla lo establecido en el artículo 17 de la Constitución, según el cual "(...) El Estado promueve la creación de centros de educación donde la población los requiera. El Estado garantiza la erradicación del analfabetismo". Es así que este extremo tiene relación con el examen de las obligaciones estatales de disponibilidad y accesibilidad de la educación para mujeres en el ámbito rural. Este extremo ya ha sido suficientemente desarrollado en la sentencia, por lo que nos remitimos a los fundamentos ahí expresados.

Finalmente, en relación al derecho a la igualdad y no discriminación precisaremos algunas ideas sobre la igualdad entendida como no sometimiento.

II. ANTECEDENTES

Con fecha 4 de noviembre de 2013, doña Marleni Cieza Fernández y doña Elita Cieza Fernández presentan demanda de amparo contra el director de la Unidad de Gestión Educativa Local de Utcubamba (UGEL de Utcubamba), a fin de que se les reconozca su derecho a ser reconocidas como estudiantes del primer grado de educación secundaria en la I.E. 16957 "Jesús Divino Maestro", Además, solicitan que se apruebe la nómina de matrícula 2013 en el citado grado.

Sustentan su demanda en que se ha vulnerado su derecho a la educación, igualdad y a no ser discriminadas. Señalan que aun cuando el director de la institución educativa aceptó sus solicitudes de matrícula y, por tanto, formar parte de la nómina de estudiantes del 2013 y ser aceptadas en el Sistema de Información de Apoyo a la Gestión en la Institución Educativa (SIAGIE), la emplazada observó la nómina y sus matrículas debido a que no contaban con las edades para ser matriculadas (son mayores de edad) y porque no podían acogerse al derecho de continuidad. Manifiestan que, en el caserío en el que viven, no existe ninguna institución de educación básica alternativa secundaria, por lo que se vieron forzadas a continuar sus estudios en la I. E. 16957 Jesús Divino Maestro, la que, según refieren, se encuentra a una hora y media de camino desde el lugar donde viven.

Por último, mencionan que les resultaría imposible aceptar la modalidad básica alternativa, puesta la institución educativa que cuenta con esta se encuentra en la capital de Bagua Grande. Añaden que todos días deberían caminar dos horas por camino de herradura, muchas veces bajo lluvia, hasta llegar a un lugar donde existe movilidad, y de allí viajar durante dos horas para llegar a Bagua Grande, que tiene un Centro de Educación Básica Alternativa que funciona en horario nocturno todos los días.

III. DERECHOS SOCIALES

Tradicionalmente se ha distinguido a los derechos sociales de los derechos individuales en virtud de su exigibilidad judicial. Los últimos serían exigibles por medios de procesos judiciales, mientras que los sociales responderían a decisiones políticas.

Dicha diferencia ha sido superada en nuestro ordenamiento jurídico, tanto por los tribunales ordinarios como por el Tribunal Constitucional.

En reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha precisado que si bien la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para

lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población[1].

En esa misma línea, la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un conjunto de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares. Cuestión distinta es que las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos[2].

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

IV. LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES

El artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional señala que uno de los fines de los procesos constitucionales es la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. Sin embargo, la consecución de este fin no es tarea fácil, ni en nuestro país, ni en la región, pues hemos sido testigos que la vulneración a ciertos grupos ha sido sistemática.

Conviene entonces detenerse brevemente en éstas violaciones sistemáticas. Para que algo sea calificado de sistemático se requiere la cooperación de diversos agentes para el logro de determinado fin. En ese sentido, las violaciones sistemáticas implica el accionar de todo o casi todo el aparato estatal contra determinado grupo. Así, éstas se dan principalmente porque el Estado no cuenta con las herramientas necesarias para viabilizar los derechos fundamentales, generando obstáculos para que no se puedan ejercer efectivamente estos derechos.

Vista la problemática anteriormente descrita, entonces es menester que ante la presencia de litigios estructurales, el Poder Judicial, en general, y el Tribunal Constitucional, en particular, brinde respuestas que puedan terminar y/o reparar las violaciones sistemáticas. Estos remedios, claro está, no deben partir únicamente de las instancias jurisdiccionales, sino deben ser el producto de un diálogo entre los diferentes actores sociales.

1 Exp. 02945-2003-AA, Fundamento Jurídico 12.

2 ABRAMOVICH, Víctor, COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos* exigibles. 24

En este sentido, los Tribunales Constitucionales son los primeros en ser llamados a dictar sentencias estructurales, dentro de sus competencias constitucionalmente previstas. Como suele suceder, el ejercicio de competencias puede llevar a un activismo judicial que roce o algunas veces transgreda la autonomía de otros órganos constitucionales, poniendo en cuestionamiento la legitimidad del Tribunal Constitucional. Sin embargo, lo que hace a un litigio o caso estructural, es precisamente que los jueces constitucionales puedan tutelar derechos fundamentales, algunas veces, más allá de las pretensiones de las partes. En efecto, una violación sistemática requiere una respuesta de las mismas o mayores dimensiones.

Se infringen disposiciones constitucionales para las cuales es necesario ofrecer remedios, uno de ellos, sin ánimo de ser exhaustivo, podrían ser con políticas públicas, pero que éstas sean ejecutadas por otras entidades del Estado, claramente no el Tribunal Constitucional, que en el marco de un diálogo institucionalizado se coadyuve a dar una respuesta desde la Constitución.

Es precisamente ésta la labor de un Tribunal Constitucional en el marco de una sentencia estructural: Construir un derrotero donde todas las entidades estatales dialoguen y colaboren por la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

Desde esta perspectiva, para calificar una sentencia como estructural se requiere de algunas características[3]:

a) La vulneración de los derechos fundamentales afectan a un gran número de personas que por sí mismas o mediante organizaciones que las representan en juicio alegan violaciones de sus derechos. Es decir, pueden existir varios actores procesales, así como muchos afectados que no necesariamente intervienen en los litigios.

b) Involucran a varias entidades estatales como responsables de las fallas persistentes de la política pública que contribuyen a esas violaciones de derechos fundamentales.

c) Implican requerimientos judiciales complejos, es decir, órdenes de cumplimiento obligatorio por los cuales los tribunales instruyen a esos organismos públicos para que actúen de forma coordinada a fin de proteger a toda la población afectada y no sólo a los demandantes específicos del caso.

d) Una serie de órdenes de implementación continuas en el tiempo.

3 RODRÍGUEZ GARAVITO, César, RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Juicio a la exclusión. El impacto de los* Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015, pág. 25.

Recurrir a figuras como las sentencias estructurales o las garantías de no repetición no es otra cosa que la búsqueda de la mejor interpretación del diseño institucional para lograr la efectiva protección de los derechos fundamentales a partir de las posibilidades que da el propio sistema institucional. Lo que está haciendo el control jurisdiccional constitucional, es intentar respuestas efectivas ante la realidad sin apartarse de los mandatos constitucionales[4].

V. EL DERECHO A LA IGUALDAD

La igualdad es un derecho fundamental que está consagrado en el artículo 2 de nuestra Constitución: "(...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". En ese ese sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado que estamos frente un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en ser tratadas del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación (Cfr. STC 02835-2010- AA, fundamento jurídico 38).

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

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

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

Sin embargo, el derecho a la igualdad definida en estos términos por nuestra jurisprudencia constitucional, a nuestro juicio, no es suficiente para dar cuenta de las viola-

4 NASH, Claudio, NÚÑEZ, Constanza. "Sentencias estructurales. Momento de evaluación". En: *Revista de* Volumen Monográfico Extraordinario, 2015, pág. 272.

ciones sistemáticas. En ese sentido, aquellas personas que padecen los efectos de esa discriminación no pueden salir de esa situación en forma individual y por sus propios medios, sino que se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras para lograr igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos[5]. En consecuencia, considero que los alcances del derecho a la igualdad deberían ser ampliados por la justicia constitucional.

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

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

Una vez precisado los tres sub exámenes de igualdad, conviene ahora determinar su ámbito de aplicación, el mismo que se hará en diferentes intensidades. Así tenemos los siguientes escrutinios[6]:

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

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

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

6 ídem, pp. 147-148.

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

Finalmente, la igualdad como redistribución y reconocimiento afirma que la igualdad debe ser construida en cada caso concreto, con la participación de todos los implicados en la situación de desigualdad. En consecuencia, la interpretación de la igualdad debe adecuarse a la segmentación social que el paradigma predominante ha producido[7].

Por todo lo anteriormente dicho, considero que el presente caso sí es factible de ser analizado en clave de igualdad. Así analizadas las cosas, somos de la opinión que es conveniente ampliar el criterio de igualdad para abordar casos de violaciones sistemáticas.

7 ídem, pág. 153.

EXP. N.° 00853-2015-PA/TC
AMAZONAS
MARLENI CIEZA FERNÁNDEZ Y OTRA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA SALDAÑA-BARRERA

1. Coincido con el sentido de lo resuelto, pero me pregunto si lo propuesto (declaración de estado de cosas inconstitucional y toma de una serie de acciones de obligatorio cumplimiento por parte del Gobierno y el Congreso), no constituye en realidad la aprobación de un escenario más propio de una sentencia estructural.

2. Conviene tener presente que en una sentencia estructural no solamente se detecta una situación de violación sistemática al contenido constitucionalmente protegido de ciertos derechos fundamentales, sino que a través suyo se constata además que existe la omisión reiterada de una actuación considerada necesaria dentro del aparato estatal, ante lo cual se demanda el cabal ejercicio de esos derechos fundamentales invocados. Es pertinente entonces ser claros sobre si aquí se está planteando o no una sentencia estructural. Y es que conviene tener presente que la aprobación de una sentencia estructural, entre otros factores, genera tensiones entre los jueces y juezas constitucionales y los otros poderes públicos; y, en esa línea de pensamiento, lo que tal vez resulta más relevante es la necesidad de precisar cuáles son los alcances de las atribuciones correspondientes a un juez(a) constitucional, máxime si pertenece a un Tribunal Constitucional. Y de la mano de las respuestas a estas preguntas, también corresponde interrogarse sobre cuál es la legitimidad con la que el juez(a) constitucional asumiera estas tareas y dentro de qué límites podría desenvolverse estas labores. Las decisiones planteadas a partir del tercer resuelve de la sentencia son interesantes y hasta necesarias, pero debiera a la vez fortalecerse el sustento constitucional de las mismas, así como tenerse previsto, por ejemplo, algún mecanismo o conjunto de mecanismos que aseguren el seguimiento de lo resuelto.

3. En ese sentido, por citar una posibilidad en particular, y con la finalidad de supervisar y velar por el cumplimiento de las diferentes sentencias de este Tribunal, máxime si en ellas se establecen exhortaciones, órdenes a los poderes públicos y

hasta mandatos de carácter estructural, es que, por lo menos, convendría que este Colegiado cuente con una Comisión de Seguimiento de Sentencias.

4. Esta Comisión de Seguimiento de Sentencias debería tener como cometido principal verificar sobre todo el cumplimiento de las sentencias estructurales, las declaratorias de estados de cosas inconstitucional, las declaratorias de situaciones de hecho inconstitucional, las exhortaciones realizadas a los poderes públicos y a los particulares, así como de todas aquellas decisiones de este Tribunal que requieran un seguimiento específico. Para ello, considero que dicha Comisión, cuya composición, alcances y procedimientos a seguir correspondería ser precisado a través del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, debería contar con facultades para impulsar las coordinaciones interinstitucionales, las propuestas técnicas y los apremios legales que sean necesarios, con la finalidad de que las situaciones de inconstitucionalidad estructural o generalizada detectadas por el Tribunal Constitucional sean efectivamente revertidas.

S.
ESPINOSA -SALDAÑA BARRERA

EXP. N.° 00853-2015-PA/TC
AMAZONAS
MARLENI CIEZA FERNANDEZ Y OTRO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI

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

Por lo general, los derechos constitucionales, especialmente cuando se trata de derechos sociales y económicos, como el derecho a la educación (cfr. Capítulo II del Título I de la Constitución), cuentan con normas legales que regulan su ejercicio. Como no puede ser de otro modo, los jueces estamos vinculados por tales normas, salvo que las consideremos inconstitucionales y dispongamos su inaplicación al caso concreto, conforme al artículo 138 de la Constitución. No aprecio que esto (llamado "control difuso de constitucionalidad") haya ocurrido en la ponencia.

Siendo esto así, en tanto que en el caso de autos se discute el ejercicio del derecho a la educación, debemos recurrir a la Ley N° 28044, Ley General de Educación (en adelante, la Ley) y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 011 -2012-ED (en adelante, el Reglamento).

El presente caso involucra una discusión sobre qué modalidad de la Educación Básica corresponde a las demandantes: la Educación Básica Regular o la Educación Básica Alternativa. Ello debido a que las demandantes, a pesar de tener una 18 y la otra 19 años de edad, según se indica en su demanda (cfr. fojas 21), pretenden cursar Educación Secundaria en un centro de Educación Básica Regular y no en uno de Educación Básica Alternativa, pues indican que el primero es más cercano a su domicilio (cfr. fojas 24).

El artículo 36 de la Ley señala que la Educación Básica Regular (que comprende los niveles de Educación Inicial, Primaria y Secundaria) "está dirigida a los niños y adolescentes". Es decir, este tipo de educación está diseñada para menores de edad, pues conforme al artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337), "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".

A ello hay que sumar el Diseño Curricular Nacional de la Educación Básica Regular (aprobado por Resolución Ministerial 440 -2008 -ED[1]) -vigente al momento de los hechos y citado por la ponencia en su fundamento 47- que, en su p. 113, señala: "En el nivel de Educación Secundaria se atiende a los púberes y adolescentes, cuyas edades oscilan entre 11 y 17 años aproximadamente".

La Educación Básica Alternativa, por su parte, está dirigida a estudiantes "que no se insertaron oportunamente en el Sistema Educativo, no pudieron culminar la Educación Básica, requieren compatibilizar el trabajo con el estudio, desean continuar sus estudios después de un proceso de alfabetización o se encuentran en extraedad para la Educación Básica" (artículo 67 del Reglamento).

A partir de las normas citadas, en tanto que las demandantes tienen 18 y 19 años de edad, no les corresponde cursar el nivel de Educación Secundaria de la Educación Básica Regular, sino la Educación Básica Alternativa.

Como dice el artículo 28 inciso c) de la Ley, las modalidades educativas "son alternativas de atención educativa que se organizan en función de las características específicas de las personas a quienes se destina este servicio". Por esta razón, no considero subjetiva o arbitraria esta diferenciación entre edades que hace la Ley, ya que, en mi opinión, se asienta en una razonable diferencia de las cosas: la adultez de los alumnos, que exige, consecuentemente, unos particulares métodos y contenidos de enseñanza. Así lo demuestra el artículo 68 (inciso "a") del Reglamento, donde se señala que la Educación Básica Alternativa tiene, entre otras características, la siguiente:

> "Relevancia y pertinencia, porque, siendo abierta al entorno, tiene como opción preferente a los grupos vulnerables de áreas **rurales** y **periurbanas,** y responde a la diversidad de los actores educativos con una oferta específica que tiene en cuenta los criterios de **edad,** género, lengua materna, intereses y necesidades de los diversos tipos de población con características especiales (adultos mayores, personas privadas de libertad, con necesidades educativas especiales asociadas a discapacidad, entre otros)" (énfasis añadido).

No debe suponerse que cursar la Educación Básica Alternativa representaría una desventaja para las demandantes, pues, conforme al artículo 37 de la Ley, ésta "es una modalidad que tiene los mismos objetivos y calidad equivalente a la de la Educación

1 Cfr. *www.minedii.gob.pe/DeInteres/xtras/download.php?link=dcn_2009.pdf*(consulta: 28-VTII-2017).

Básica Regular; enfatiza la preparación para el trabajo y el desarrollo de capacidades empresariales. Se organiza flexiblemente en función de las necesidades y demandas específicas de los estudiantes. El ingreso y el tránsito de un grado a otro se harán en función de las competencias que el estudiante haya desarrollado".

Y en cuanto a la distancia que existiría entre el domicilio de las demandantes y el centro de enseñanza de Educación Básica Alternativa, debe recordarse que ésta tiene, como otra característica, ser "flexible, porque la organización de los servicios educativos, tipos de educación, calendarización, horarios, formas de atención, turnos y jornadas del estudiante son diversas, responden a la heterogeneidad de los estudiantes y sus contextos" (artículo 68, inciso "c", del Reglamento).

A lo que hay que añadir que los centros de Educación Básica Alternativa se organizan mediante formas de atención no sólo presencial, sino también "semipresencial, que demanda la asistencia eventual de estudiantes para recibir asesoría de los docentes de acuerdo con sus requerimientos" (artículo 69, inciso "b", del Reglamento); y "a distancia, que utiliza medios electrónicos y/o digitales, impresos o no, que intermedian al proceso educativo, según normas específicas, aprobadas por el Ministerio de Educación" (artículo 69, inciso "c", del Reglamento).

En razón del marco jurídico citado, no corresponde a las demandantes cursar Educación Secundaria en un centro de Educación Básica Regular, por lo que no se ha afectado su derecho a la educación. Consecuentemente, voto por declarar INFUNDADA la demanda.

S-
URVIOLA HANI

EXP. N.° 00853-2015-PA/TC
AMAZONAS
MARLENI CIEZA FERNÁNDEZ Y OTRA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con el debido respeto a mis colegas, discrepo de la sentencia en mayoría por lo siguiente:

El 4 de noviembre de 2013, Marleni Cieza y Elita Cieza presentan demanda de amparo contra el director de la UGEL de Utcubamba, para que les permita estudiar en el primer grado de educación secundaria en la I.E. 16957 Jesús Divino Maestro, del caserío La Flor, distrito de Cumba, provincia de Utcubamba, departamento de Amazonas.

Señalan que allí no existe ninguna institución de educación básica alternativa secundaria y que la que cuenta con ésta se encuentra en Bagua Grande, a cuatro horas de donde viven. Por ello, necesitan continuar sus estudios en el Colegio Jesús Divino Maestro, que se encuentra a solo una hora y media de camino.

El director de la institución educativa aceptó sus solicitudes de matrícula, pero la UGEL no. La UGEL argumentó que las recurrentes no habían presentado certificados de haber completado sus estudios de primaria, por lo que no podían acogerse al derecho a la continuidad. Además, indicó que tenían 18 y 19 años, por lo que superaban la edad establecida en la Directiva 014- 2012-MINEDU/VMGP para cursar el primer año de secundaria de educación básica regular. Según la Ley 28044, Ley General de Educación, a las recurrentes les correspondía la educación básica alternativa.

Invocando el derecho al acceso a la educación, la sentencia en mayoría estima la demanda. Al hacerlo, sin embargo, pasa por alto normas básicas que regulan la provisión de los servicios educativos. Evidentemente, para realizar estudios secundarios debe acreditarse haber culminado estudios primarios. Además, la directiva señalada permite matricularse en primer año de secundaria de educación básica regular a quienes están en el rango de 12 a 14 años de edad. Las recurrentes no cumplían estos requisitos.

La sentencia en mayoría no da ninguna razón por la cual el derecho al acceso a la educación de las recurrentes debe prevalecer sobre los requisitos antes señalados. Estos requisitos tienen un claro sustento constitucional, en tanto buscan asegurar la idoneidad de los servicios educativos. El segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución dice:

> El Estado coordina la política educativa. Formula los lineamientos generales de los planes de estudios así como los requisitos mínimos de la organización de los centros educativos. *Supervisa* su cumplimiento y *la calidad de la educación [itálicas* añadidas].

Obviamente, no es buena idea juntar en una misma aula a estudiantes de 12 años con jóvenes de más de 20 años de edad, por razones que no es necesario detallar. ¿Qué hay del derecho a la educación de los menores de edad? ¿Por qué debe prevalecer el derecho de las mayores de edad?

En lugar de presentar un balance razonado entre el derecho de unas y de otros, la sentencia en mayoría se distrae esbozando políticas públicas educativas. Presenta estadísticas en tablas y gráficos, como si se tratara de la exposición de motivos de una norma no incluida en el paquete de decretos legislativos emitidos recientemente por el gobierno (*cfr.* http://www.congreso.gob.pe/comisiones2016/ConstitucionReglamento/DecretosLegisla tivos/).

El Tribunal Constitucional, sin embargo, no tiene —no puede tener— facultades legislativas delegadas por el Congreso. Se trataría, por tanto, de la exposición de motivos de un decreto ley, al estilo de los dictados por los gobiernos *de facto* en el pasado.

Por ello, incluso asumiendo que el objetivo que se persigue es loable, debe indicarse que no le corresponde hacer esto al Tribunal Constitucional. Al subrogarse en el rol que la Constitución asigna a los poderes elegidos —el Congreso y el Poder Ejecutivo—, lo único que consigue es debilitar el estado de Derecho. Desde que el desempeño económico del país depende de la fortaleza de éste, la sentencia en mayoría no ampliará sino restringirá el acceso a la educación de los que viven en las zonas más apartadas del país —es decir, lo contrario de su objetivo supuesto o incluso real.

Por estas razones, mi voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo.

S.
SARDÓN DE TABOADA

Sentencia 2595-2014-PA/TC

Proceso de amparo promovido por don José Luis Rosado Gutiérrez, en representación de su menor hija. El Tribunal declaró fundada la demanda por vulnerar el derecho a la educación.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 27 de octubre del 2017.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda por vulnerarse el derecho a la educación de las demandantes y considerar que la UGEL de Mariscal Nieto había desconocido los estudios escolares de la menor, bajo la supuesta motivación de no haber cumplido la edad mínima para poder ingresar al grado respectivo de educación primaria.

En la sentencia se desarrolló el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la educación, el cual está determinado por el acceso a una educación adecuada (artículo 16), la libertad de enseñanza (artículo 13), la libre elección del centro docente (artículo 13), el respeto a la libertad de conciencia de los estudiantes (artículo 14), el respeto a la identidad de los educandos y su buen trato psicológico y físico (artículo 15), así como la libertad de cátedra (artículo 18), y la libertad de creación de centros docentes y universidades (artículos 17 y 18). Asimismo, el Tribunal entiende que dicho contenido debe realizarse en concordancia con las finalidades constitucionales del derecho a la educación en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho (segundo párrafo del fundamento 6 de la Sentencia 00091-2005-PA/TC).

Se afirma que, en aras de no vulnerar el derecho a la educación de la menor, no puede actuarse contrariando la razonabilidad y la proporcionalidad y, por consiguiente, las disposiciones dictadas en torno a la edad cronológica requerida no pueden circunscribirse a una mera aplicación mecánica de las normas; por el contrario, en la sentencia se afirma que el Estado, por medio de su aparato administrativo, tiene el deber de realizar una apreciación razonable de los hechos en cada caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias de las posibles afectaciones que pudieran acarrear sus decisiones.

Por último, se advierte que, a pesar de lo resuelto en el presente caso, esto no habilita a nadie a desacatar las normas imperativas que se han incumplido. El TC agrega que no se exime de las responsabilidades que correspondan a todas aquellas instituciones que han permitido que un menor empiece sus estudios sin tener la edad mínima requerida.

La sentencia declaró fundada la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho a la educación. En consecuencia, ordena el reconocimiento de los estudios efectivamente cursados por la menor, conforme se ha señalado en el fundamento 18.

Tema clave: Derecho a la educación.

EXP. N.° 02595-2014-PA/TC
MOQUEGUA
JOSÉ LUIS ROSADO GUTIÉRREZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 20 días del mes de setiembre de 2016, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Urviola Hani, Blume Fortini, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ramos Núñez, aprobado en la sesión del pleno de fecha 19 de julio de 2016, y el de la magistrada Ledesma Narváez aprobado en la sesión del pleno de fecha 6 de setiembre de 2016. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Sardón de Taboada y el voto singular de la magistrada Ledesma Narváez. además del fundamento de voto del magistrado Espinosa- Saldaña Barrera.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don José Luis Rosado Gutiérrez, en representación de su menor hija de iniciales S. S. R. T., contra la resolución de fojas 137, de fecha 12 de mayo de 2014, expedida por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, que declaró infundada la demanda.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 13 de febrero de 2013, don José Luis Rosado Gutiérrez, en representación de su menor hija de iniciales S. S. R. T., presenta demanda de amparo contra la Unidad de Gestión Educativa Local de Mariscal Nieto, a fin de que se declare la inaplicación del Oficio 0431-2013-GRM-DRE MOQ/UGEL "MN"-AGP, de fecha 6 de febrero de 2013, y que, en consecuencia, se disponga que ella sea matriculada en el segundo grado de primaria y se regularice su situación.

Sustenta su demanda en que tal proceder viola los derechos a la educación y a la identidad de su menor hija, ya que se han desconocido los estudios escolares que ha realizado, por haberlos empezado precozmente, debido a que no contaba con la edad suficiente para cursarlos.

Contestaciones de la demanda

Con fecha 19 de marzo, el procurador público regional de los asuntos judiciales del Gobierno Regional de Moquegua se apersonó y dedujo excepción de falta de agotamiento de la vía previa y, con fecha 21 de marzo de 2013, contestó la demanda señalando que, a través del cuestionado oficio, únicamente se comunicó a los padres de la menor que la matrícula de su hija era irregular, pues para cursar el inicial, sección 5 años, debió cumplir dicha edad antes del 31 de marzo de 2011; sin embargo, recién la cumplió el 28 de setiembre de 2011.

Con fecha 21 de marzo de 2013, la Unidad de Gestión Educativa Local de Mariscal Nieto se apersonó y contestó la demanda señalando que, en cumplimiento de lo dispuesto por la Resolución Ministerial 0044-2012-ED, se dispuso que, por única vez, los niños y niñas que tuvieron matrícula irregular por motivo de edad durante el año 2011 pudieran continuar sus estudios, siempre y cuando cumplieran la edad requerida de 5 años hasta el 31 de julio, y los que ingresen al primer año de primaria deben tener la edad cumplida de 6 años al 31 de marzo de 2012; sin embargo, la menor recién cumplió 6 años al 28 de setiembre de 2012, por lo tanto, no podía ser matriculada en el Sistema de Información de Apoyo a la Gestión en la Institución Educativa (SIAGIE), a pesar de que las instituciones educativas en que fue matriculada no tomaron en consideración tal norma imperativa.

Sentencia de primera instancia o grado

El Segundo Juzgado Mixto de Mariscal Nieto de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, mediante resolución 8, de fecha 22 de noviembre de 2013 (folio 87), desestimó la excepción de falta de agotamiento de la vía previa y declaró fundada la demanda, debido a que la menor estudió el nivel inicial antes de la vigencia de las normas que regulan la edad cronológica respecto de los niveles y grados de estudios (Resoluciones Ministeriales 0622-2011-ED y 0431-2012-ED), por lo que los requisitos establecidos en ellas no eran exigibles al momento en que la menor fue matriculada.

Sentencia de segunda instancia o grado

La Sala Mixta de Moquegua de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, mediante resolución 14, de fecha 12 de mayo de 2014 (folio 137), declaró infundada la demanda, al haberse incumplido disposiciones dictadas por el Ministerio de Educación y que ningún error concede derechos. Atendiendo a dicha razón, ordenó que la menor sea ubicada en el nivel que corresponda a su edad cronológica.

FUNDAMENTOS

Delimitación del asunto litigioso

1. Conforme se aprecia de autos, la parte recurrente solicita la inaplicación del Oficio 0 431-2013 -GRM-DRE MOQ/UGEL "MN"-AGP, de fecha 6 de febrero de 2013 y que, en consecuencia, se reconozcan los estudios escolares que ha realizado, pues, a criterio de la UGEL de Mariscal Nieto, asiste en calidad de alumna libre, por lo que sus estudios no están siendo reconocidos oficialmente, además de no estar registrada en el SIAGIE, por lo que frente a la negativa de la demandada de registrar a la menor en su sistema y de reconocer sus estudios de manera oficial, cabe analizar si las razones que la sustentan son conformes a la Constitución y, por consiguiente, si se está afectando o no su derecho a la educación.

2. Al respecto, es necesario precisar que conforme a la Resolución Ministerial 0431-2012-ED, que aprueba la Directiva 014-2012-MINEDU/VMGP, el SIAGIE (Sistema de Información de Apoyo a la Gestión en la Institución Educativa) es un aplicativo informático de carácter oficial a través del cual se expiden todos los documentos oficiales.

3. Ahora bien, en relación a la alegada afectación del derecho a la identidad de la menor, este Colegiado considera que, a la luz de lo expuesto por la parte demandante, no corresponde emitir pronunciamiento de fondo sobre el particular, ya que el problema jurídico planteado versa, en puridad, sobre si se ha conculcado, o no, el derecho a la educación de dicha menor.

El derecho a la educación y el libre desarrollo de la persona humana

4. Para este Tribunal Constitucional, el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la educación está determinado por el acceso a una educación adecuada (artículo 16), la libertad de enseñanza (artículo 13), la libre elección del centro docente (artículo 13), el respeto a la libertad de conciencia de los estudiantes (artículo 14), el respeto a la identidad de los educandos, así como el buen trato psicológico y físico (artículo 15), la libertad de cátedra (artículo 18), y la libertad de creación de centros docentes y universidades (artículos 17 y 18). Adicionalmente a lo expuesto, este Colegiado entiende que dicho contenido debe realizarse en concordancia con las finalidades constitucionales del derecho a la educación en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho (segundo párrafo del fundamento 6 de la Sentencia 00091-2005-PA/TC).

5. El derecho a la educación es considerado un derecho fundamental intrínseco y un medio indispensable para la plena realización de otros derechos fundamen-

tales, por cuanto permite al ciudadano participar plenamente en la vida social y política de otros derechos fundamentales (primer párrafo del fundamento 6 de la Sentencia 0091-2005-PA/TC). Atendiendo a ello, tiene un carácter binario ya que no solo se constituye como un derecho fundamental, es, además, un servicio público.

6. Al respecto, el artículo 13 de la Constitución establece que la educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana y su artículo 14 estipula que la educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. En líneas generales, prepara para la vida, el trabajo y fomenta la solidaridad.

7. Así también, el artículo 13, inciso 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del que el Perú es parte, establece lo siguiente:

> Los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación.
>
> Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la Paz.

8. En términos similares se pronuncia el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 13, inciso 2, que dispone lo siguiente:

> Los Estados parte en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz.
>
> Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades a favor del mantenimiento de la paz.

9. El ejercicio cabal del derecho a la educación permite, en buena cuenta, el cumplimiento de lo establecido en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución, relativo al libre desarrollo de la persona humana. Ello presupone un proceso de transmi-

sión del saber y la afirmación de valores que ayuden a la persona en su desarrollo integral y en la realización de sus proyectos de vida en comunidad (párrafo 6 del fundamento 10 de la Sentencia 04232-2004-PA/TC).

10. La educación, en ese orden de ideas, también se configura como un servicio público, en la medida en que se trata de una prestación pública que explícita 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, como ya se ha mencionado, que tanto el derecho a la educación como todos los derechos fundamentales (e incluso las disposiciones constitucionales que regulan la actuación de los órganos constitucionales) tienen como fundamento el principio de la dignidad humana (fundamento 11 de la Sentencia 4232-2004-PA/TC).

11. Ahora bien, el proceso educativo no solo se restringe a la mera acción de los centros educativos, ni tampoco al entorno familiar. Además de ello, es necesario que el Estado, a través de su aparato administrativo, asuma, ante todo, un rol tutelar dentro de dicho proceso y no únicamente en cuanto al contenido prestacional se trate. Por ende, se encuentra obligado a adoptar todas aquellas medidas que resulten necesarias para que el ejercicio del derecho a la educación sea efectivo, lo que incluye, entre otras cosas, el reconocimiento de los que satisfactoriamente hubieren sido realizados.

El derecho a la educación y el interés superior del niño y del adolescente

12. La niñez constituye un grupo de interés y de protección especially prioritario del Estado, y es de cara a ello que las políticas estatales deben dirigir sus esfuerzos. En efecto, el artículo 4 de la Constitución así lo ha considerado al establecer que la Comunidad y el Estado deben proteger especialmente al niño y al adolescente.

13. La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante Resolución Legislativa 25278, establece en su artículo 3.1 lo siguiente:

> 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 a medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones,

> servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

14. En suma, tanto la Constitución como las normas internacionales de protección a los derechos de los niños imponen a los Estados la obligación de garantizar, en todo momento, el interés superior de ellos frente a cualquier tipo de interés, lo que presupone colocar a los niños en un lugar privilegiado en el que deben ser especialmente protegidos, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida y que se encuentran en situación de indefensión, por lo que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado, a fin de que puedan alcanzar el pleno desarrollo de su personalidad.

Análisis del caso concreto

15. Ahora bien, en cuanto al asunto litigioso, este Colegiado considera que la demanda debe estimarse ya que se ha incumplido ese deber puesto que el Estado, a través de sus órganos y funcionarios competentes, se ha negado a registrar a la menor en su base de datos o sistemas, por lo que existe la posibilidad de que se termine desconociendo los estudios que la menor ha realizado bajo el argumento de que no se ha observado lo dispuesto en la Resolución Ministerial 0044-2012-ED que estipula, de manera imperativa, una edad cronológica mínima para comenzar los estudios escolares.

16. Efectivamente, mediante Informe 780-2015-GRM/DRE/UGEL "MN"/AGP/EEP- EBR-DITE, de fecha 16 de setiembre de 2015 (folio 16 del cuadernillo del Tribunal), se comunicó a la parte demandante que desde el 2012 la menor "asiste en calidad de alumna libre" y que "no se puede emitir ningún tipo de certificado de estudios ya que no está registrada en el sistema", por lo que propone que "se le tome una prueba de reubicación para no perjudicarla y para ello se tendría que conformar una comisión donde participe incluso el juez que está llevando el caso y, de acuerdo a su rendimiento, se le pueda ubicar y matricular oficialmente en el sistema para que pueda continuar con sus estudios".

17. Aunque es innegable que se ha incumplido con la citada resolución ministerial debido a que la menor inició prematuramente sus estudios escolares, es desproporcionado e irrazonable desconocer los estudios que materialmente ha realizado (folios 5 a 13, 64 y 65), en tanto tal decisión impide la continuidad de sus estudios de manera regular y, en consecuencia, se contraviene manifiestamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad de aquella. Por consiguiente, queda

claro que la emplazada no cumplió con el mencionado especial deber de protección del interés de la menor.

18. A mayor abundamiento, este Tribunal Constitucional considera necesario agregar que en aras de no vulnerar el derecho a la educación de la'menor, no puede actuarse contrariando la razonabilidad y la proporcionalidad, pues, de lo contrario, se ocasionaría un daño irreparable a la menor. Así, las disposiciones dictadas en torno a la edad cronológica requerida no puede circunscribirse a una mera aplicación mecánica de las normas, sino que el Estado, a través de su aparato administrativo, debe efectuar una apreciación razonable de los hechos en cada caso concreto, tomando en cuenta las circunstancias de las posibles afectaciones que pudieran acarrear sus decisiones. El resultado de esta valoración llevaría a adoptar una decisión razonable y proporcional, lo que no ha ocurrido en el caso de autos; por ende, la demandada se encuentra obligada a reconocer los estudios cursados por la menor así como aprobar su registro en el SIAGIE, siempre y cuando hayan sido aprobados satisfactoriamente.

19. Sin perjuicio de lo expuesto, este Colegiado considera que lo resuelto en el presente caso no habilita a nadie a desacatar las normas imperativas que, precisamente, se han incumplido. Tampoco exime de las responsabilidades que correspondan a todas aquellas instituciones que han permitido que una menor empiece sus estudios sin tener la edad mínima requerida.

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

HA RESUELTO

Declarar FUNDADA la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho a la educación; en consecuencia, ordena el reconocimiento de los estudios efectivamente cursados por la menor conforme se ha señalado en el fundamento 18.

Publíquese y notifíquese.

SS.
MIRANDA CANALES
URVIOLA HANI
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.° 02595-2014-PA/TC
MOQUEGUA
JOSÉ LUIS ROSADO GUTIÉRREZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Concuerdo con declarar fundada la demanda de amparo pero por razones distintas a las señaladas en la sentencia.

En el año 2012, la hija menor del recurrente estudió el primer año de primaria en un colegio privado, en el que se inscribió sin haber cumplido los 6 años de edad al 31 de marzo de dicho año. Recién cumplió esa edad en setiembre.

Tanto la Dirección Regional de Educación de Moquegua como la UGEL Mariscal Nieto argumentan que cursó dichos estudios como alumna libre pues su matrícula no fue regularizada conforme a la Resolución Ministerial 0044-2012-ED. Señalan que, por esa razón, la matrícula no fue inscrita en el Sistema de Información de Apoyo a la Gestión de la Institución Educativa (Siage) del Ministerio de Educación.

En todo caso, la menor se trasladó a un colegio estatal, en el año 2013, para realizar el segundo año de primaria. De esa forma, dicha institución educativa convalidó el primer año de estudios efectivamente realizados.

A la fecha, la menor estaría por comenzar el sexto grado de primaria en ese colegio. Después de tantos años, no puede darse marcha atrás pretendiendo desconocer el avance educativo de la niña. Si ello ocurriera, se vulneraría la confianza legítima, deducida del principio de seguridad jurídica implícito en los artículos 62 y 103 de la Constitución retrasándose su formación escolar.

Si el Estado induce a error a los particulares a través de un acto administrativo, tiene un año para declarar de oficio su nulidad (Artículo 202, Ley 27444, del Procedimiento Administrativo General). Si no lo hace, dicho acto queda convalidado, a no ser que —en los dos años subsiguientes— se demande judicialmente su nulidad.

Sin embargo, nada de ello ha ocurrido en el presente caso. Por tanto, adquiere firmeza la matrícula realizada por la recurrente en la Institución Educativa 43013 *Alto la Villa* en el año 2013.

En consecuencia, mi voto es por declarar **FUNDADA** la demanda de amparo por vulneración de los derechos fundamentales de educación y debido procedimiento administrativo de la niña.

S.
SARDÓN DE TABOADA

EXP. N.° 02595-2014-PA/TC
MOQUEGUA
JOSÉ LUIS ROSADO GUTIÉRREZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Estoy de acuerdo con el sentido de lo resuelto en la presente resolución. Sin embargo, considero necesario efectuar las siguientes precisiones:

Sobre el derecho a la educación como derecho de configuración legal y **sus implicancias en el caso concreto**

1. Lo primero que me parece necesario relevar es que el derecho a la educación es un *derecho de configuración legal,* y que el Gobierno, a través de la cartera respectiva, cumple con respecto a dicha materia un *rol rector.*

2. De esta manera, en cuanto al derecho a la educación, este Tribunal ha tenido ocasión de señalar que su contenido constitucionalmente protegido se encuentra básicamente compuesto por tres mandatos, "a saber: a) el acceder a una educación; b) la permanencia y el respeto a la dignidad del [educando]; y c) la calidad de la educación" (vide STC Exp. n.° 0017-2008-AI).

3. Dicho contenido, al ser formulado de manera general, merece ser especificado a través de una regulación de desarrollo. Además de ello, la Constitución prevé algunas disposiciones relacionadas con los ya aquí mencionados contenidos iusfundamentales, los cuales tienen la estructura de "normas-directrices". Dicho con otras palabras: estamos ante normas que prescriben de modo abierto un estado de cosas que debe ser alcanzado, aunque sin prever un medio específico para lograr ello (cfr. artículos del 13 al 20 de la Constitución). Tanto la señalada indeterminación de los mandatos iusfundamentales como la presencia de normas-directrices requieren que los contenidos y alcances del derecho a la educación sean concretados a través de una legislación de desarrollo. Es pues en este sentido que se afirma que se trata de un *derecho de configuración legal.*

4. Por otra parte, en cuanto al rol rector que le corresponde ejercer al Gobierno en materia educativa, entre otras disposiciones, la Constitución ha prescrito con claridad que:

> "Artículo 16:- (...) El Estado coordina la política educativa. Formula los lineamientos generales de los planes de estudios así como los requisitos mínimos de la organización de los centros educativos. Supervisa su cumplimiento y la calidad de la educación.

5. Y más específicamente, debo recordar, como ya lo ha señalado este Tribunal en anterior oportunidad en un caso que guarda relación con el de autos, que:

> "[E]l Ministerio de Educación es la entidad rectora en materia educativa a nivel nacional, por lo cual las instituciones educativas están en la obligación de seguir sus directivas técnicas e institucionales, como ha ocurrido en el presente caso. En este sentido, los padres no pueden, so pretexto de sus preferencias, intereses o expectativas personales, constreñir a ningún centro educativo a transgredir la normativa que ha sido dispuesta precisamente en atención al bienestar de los niños y niñas."

6. Señalado esto, es claro que la educación es un derecho fundamental. En este sentido, nos encontramos ante un derecho perfectamente exigible y justiciable en sede constitucional. Ahora bien, justo es señalar que la delmitación de los contornos específicos de dicho derecho es una tarea que en principio no corresponde a los jueces y juezas constitucionales, sino más bien a los poderes políticos. Esto en mérito a que estamos ante un derecho social con un alto componente prestacional, generalmente regulado mediante disposiciones constitucionales que tienen la forma de directrices políticas.

7. Ahora bien, lo anterior no significa en absoluto que, en nombre de la distribución de competencias entre la judicatura y los poderes políticos, los jueces constitucionales deban morigerar su rol tuitivo o ejercerlo con cierta permisividad o indiferencia frente al incumplimiento de los derechos con un alto componente prestacional por parte de los poderes públicos. Al contrario de eso, ya he tenido ocasión de explicar cómo es que al Tribunal Constitucional le compete el control constitucional de políticas públicas en caso de omisiones o de cumplimiento defectuoso, a través de una *test deferente o mínimo para el control constitucional de las políticas públicas* (como lo tengo indicado en mis fundamentos de voto en las SI Exps. n.°s 04086-2016-AA y 03376-2016-AA). Ello, por cierto, sin invadir competencias jurídicas, políticas o técnicas de los primeros obligados con la satisfacción de estos derechos.

8. Señalado esto, debo precisar que si bien las leyes de desarrollo, así como las políticas públicas sobre derechos fundamentales, contienen *prima facie* respuestas para el común de los casos genéricos y de manera abstracta, también es cierto que en muchas circunstancias los hechos específicos de algún caso concreto pueden plantear problemas, los cuales exceden a lo contenido en la regulación inicial, y, además, que requieren de una aproximación que también tome en cuenta a los derechos y principios involucrados.

9. Eso precisamente ocurre en el caso de autos, en el cual, pese a haberse fijado con claridad por la Ley General de Educación (Ley 28044), así como por diferentes directivas e informes del Ministerio de Educación, las edades a partir de las cuáles se puede empezar a cursar estudios de educación inicial o primaria, la niña de iniciales S.S.R.T. ha empezado sus estudios con menos años que los permitidos, e incluso actualmente ya se encontraría de facto cursando el sexto año de educación primaria. Ante el riesgo de que, por aplicación de las regulaciones y directivas señaladas en este mismo texto, S.S.R.T. no pueda registrar o continuar sus estudios, es que su padre ha interpuesto la presente demanda de amparo, con la que busca que se reconozca los estudios que su hija cursó hasta la fecha de interposición de la demanda.

10. Ahora bien, lo primero que hay que señalar con claridad es que la situación de riesgo en la que se le ha colocado a S.S.R.T. es principalmente responsabilidad de sus padres. Tal como acabamos se señalar, el derecho a la educación se concreta a través de legislación de desarrollo, y de directivas y políticas de gobierno, las cuales, en el caso de la edad para empezar estudios han sido sustentadas técnicamente. Frente a ellas, no basta el capricho o el apuro de los padres para enervar su fuerza regulativa. Por el contrario, incumplirlas acarrea una grave infracción para todos los actores comprometidos: tanto para las instituciones educativas, como para los padres o responsables de los niños y niñas en edad escolar. Dicha infracción debe considerarse grave, pues los efectos de adelantar la edad para iniciar los estudios, al que son sometidos muchos niños y niñas, sin que medie ninguna necesidad real de atención especial, tiene repercusiones negativas y permanentes en el aprendizaje, el desarrollo físico y cognitivo, y las habilidades sociales de los discentes. El apuro de los padres no hace que sus hijos maduren emocional, social, afectiva y cognitivamente más rápido, o que desarrollen precozmente sus capacidades. Muy a despecho de ello, dicha precocidad forzada tiene un impacto negativo en el aprendizaje y en el desarrollo pleno de niños y niñas.

11. En este orden de ideas, debo precisar que a los jueces y juezas constitucionales no nos compete decidir si lo mejor para S.S.R.T. es que se reconozcan sus estudios

tal cual han sido seguidos o si lo mejor es que sus estudios corran un año para que los lleve conforme a los criterios pedagógicos contenidos en la regulación vigente (lo que también tendría evidentes repercusiones en la niña), por tratarse de una cuestión que competencial y técnicamente le compete a otros actores institucionales. Lo que sí nos compete, en todo caso, es salvaguardar de la mejor forma posible el derecho a la educación de S.S.R.T. en el marco de nuestras competencias y funciones constitucionales.

12. Sobre la base de lo anterior, considero que el Oficio 0431-2013-GRM-DRE-MOQ/EGEL "MN"-AGP, cuya inaplicación se solicita, no acarrea una vulneración del derecho a la educación de S.S.R.T., pues no dispone que ella deje de cursar estudios o impida el reconocimiento de los estudios que llevado hasta la fecha. Lo que hace dicho oficio es notificar al padre de familia sobre lo que se considera una irregularidad detectada con respecto a la inscripción de su hija en una institución educativa privada el año 2011.

13. No obstante lo antes indicado, sí verifico que existe un hecho cierto e inminente que configura una amenaza al derecho invocado, pues, es posible que, finalmente, y por no contar con una adecuada tutela brindada en esta sede, S.S.R.T. no pueda formalizar sus estudios y, por ende, sufra un daño grave e irreversible en su derecho a la educación.

14. Así, en autos se aprecia que incluso posteriormente se le ha propuesto al recurrente, padre de S.S.R.T., la posibilidad de que se le realice a su hija una prueba de ubicación para determinar el grado que le correspondería cursar (Informe 780- 2015-GRM/DRE/UGEL "MN'7AGP/EEP-EBR-DITE, folios 21-22 del cuadernillo de este Tribunal).

Sobre el especial deber de protección del interés superior del niño

15. Ahora bien, y también en relación a las implicancias del presente caso, considero necesario incidir en el hecho de que tanto la Constitución como las normas internacionales de protección a los derechos de los niños imponen a los Estados la obligación de garantizar, en todo momento, el interés superior de ellos frente a cualquier tipo de interés. Aquello presupone colocar a los niños en un lugar privilegiado en el que deben ser especialmente protegidos, dada su particular vulnerabilidad, al ser sujetos que empiezan la vida y que se encuentran en situación de indefensión. Es pues en mérito a lo expuesto que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado, a fin de que puedan alcanzar el pleno desarrollo de su personalidad.

16. Por tanto, y en atención a lo anteriormente expuesto, no se puede pretender desconocer los estudios escolares efectivamente realizados por la menor bajo el argumento de que los habría empezado cuando aún no contaba con la edad suficiente para cursarlos. Una interpretación que lleve a dicha conclusión vulneraría claramente el derecho a la educación, en relación con el mencionado especial deber de protección del interés de la menor.

17. Y es que no debemos olvidar que la labor interpretativa de un juez o jueza constitucional en sede de proceso de amparo no se hace en abstracto, sino en base a ciertos parámetros constitucionales o que se infieren de la Constitución, los cuales a su vez deben comprenderse en forma convencionalizada, dinámica y creativa.

Sobre la alegada "afectación" del derecho a la educación en los fundamentos jurídicos 1 y **3**

18. En relación a la presunta vulneración del derecho a la educación, y a propósito de lo señalado en los fundamentos jurídicos 1 y 3 de la sentencia, resulta preciso indicar que la demanda resulta fundada, pero que en la redacción de la sentencia se incurre en varios errores conceptuales.

19. En efecto: puede constatarse como en varios subtítulos y fundamentos jurídicos se encuentra presente una confusión de carácter conceptual, la cual se repite en otras resoluciones de este Tribunal Constitucional. Este error se encuentra vinculado al uso de las expresiones "afectación", "intervención", o similares, para hacer a referencia ciertos modos de incidencia en el contenido de derechos o de bienes constitucionalmente protegidos, como sinónimas de "lesión", "violación" o "vulneración".

20. En rigor conceptual, ambas nociones son diferentes. Por una parte, se hace referencia a "intervenciones" o "afectaciones" iusfundamentales cuando, de manera genérica, existe alguna forma de incidencia en el contenido constitucionalmente protegido de un derecho, la cual podría ser tanto una acción como una omisión, podría tener o no una connotación negativa, y podría tratarse de una injerencia desproporcionada o no. Así visto, a modo de ejemplo, los supuestos de restricción o limitación de derechos fundamentales, así como muchos casos de delimitación del contenido de estos derechos, pueden ser considerados prima facie, es decir, antes de analizar su legitimidad constitucional, como formas de afectación o de intervención iusfundamental.

21. Por otra parte, se alude a supuestos de "vulneración", "violación" o "lesión" al contenido de un derecho fundamental cuando estamos ante intervenciones o

afectaciones iusfundamentales negativas, directas, concretas y sin una justificación razonable. Por cierto, calificar a tales afectaciones como negativas e injustificadas, a la luz de su incidencia en el ejercicio del derecho o los derechos alegados, presupone la realización de un análisis sustantivo o de mérito sobre la legitimidad de la interferencia en el derecho.

Sobre la expresión "derecho fundamental intrínseco" en el fundamento jurídico 5

22. Finalmente, me permito señalar también que la expresión "derecho fundamental intrínseco", contenida en el fundamento 5 de la sentencia, constituye una expresión imprecisa y problemática. Esto es así porque, de una parte, se trata de una noción no contemplada ni desarrollada por nuestro ordenamiento constitucional (con lo cual su contenido aparece como indeterminado y extrajurídico), o porque, desde otra perspectiva, se le puede considerar como una expresión redundante (por ejemplo, para quienes consideran que los derechos fundamentales son siempre derechos inherentes al ser humano). Siendo así, estamos ante una expresión que puede ser considerada tanto inexacta como innecesaria, por lo que su utilización resulta desaconsejable y debería evitarse en próximas ocasiones.

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.° 02595-2014-PA/TC
MOQUEGUA
JOSE LUIS ROSADO GUTIERREZ

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

En la sociedad peruana aún no se dá la debida importancia al imperativo de que los niños y niñas sólo deban ingresar a! colegio cuando posean un suficiente desarrollo emocional, cognitivo y social.

A. Síntesis del Voto

Estimo que la demanda de amparo debe ser declarada **INFUNDADA,** pues cuando el Ministerio de Educación exige cumplir las directivas que son conformes con la Constitución y cuando cautelan el desarrollo físico, psíquico y emocional de los menores de edad, no vulneran ningún derecho fundamental. No se puede premiar la irresponsabilidad de un padre de familia que conforme a su libre albedrio y en contra de la respectiva directiva (que estableció que la matrícula para niños y niñas de 0 a 5 años de edad se realiza de acuerdo a la edad cronológica al 31 de marzo del respectivo año), logró hacer estudiar a su hija, de **modo informal,** en diferentes colegios "informales", pese a que ella nació en el mes de setiembre. Obrando de este modo informal, el daño a la educación y estabilidad física, psíquica y emocional de la niña, lo está generando el propio padre de familia que aquí demanda.

Si el Ministerio de Educación ha establecido una edad límite (hasta el 31 de marzo de cada año) para que los niños y niñas ingresen al colegio es porque los respectivos especialistas y profesionales con los que cuenta, así como los estudios en los que éstos se basan, tal como lo acreditaré posteriormente, estiman que dicho límite refleja ese suficiente desarrollo emocional, cognitivo y social que requieren tales niños y niñas.

Si un padre de familia considera que su hijo o hija se ha desarrollado precozmente y merece ingresar antes de la edad límite establecida por el Ministerio de Educación, antes que hacer estudiar informalmente a su hijo o hija en algún colegio informal que

lo permita, debe acudir a los respectivos especialistas (educadores, psicólogos, etc.) para informarse sobre la importancia del desarrollo emocional, cognitivo y social del niño en edad escolar.

No por empezar o terminar antes el colegio se logra ser exitoso. La cultura de conseguir el éxito "a cualquier costo" debe ser desplazada por la cultura de conseguir el éxito con responsabilidad, madurez y compatibilidad entre el bien individual y el bien común.

Discrepo de la mayoría del Tribunal Constitucional, pues, por un lado, termina convalidando el actuar irresponsable de un padre de familia, y, por otro, porque el emplazado Ministerio de Educación en ningún momento sostuvo que la niña se debe quedar sin estudiar, lo que conllevaría un daño irreparable (que parece ser la preocupación de la mayoría del Tribunal Constitucional), sino que dicho emplazado terminó planteando que antes de registrar a la niña se la evalúe para verificar el grado que le correspondería.

Asimismo, me opongo a que el Tribunal Constitucional, en tanto máximo órgano de interpretación de la constitucionalidad en el Perú, sostenga en el fundamento 18 de la posición en mayoría que "[...] las disposiciones dictadas en torno a la edad cronológica requerida no puede circunscribirse a una mera aplicación mecánica de las normas, sino que el Estado, a través de su aparato administrativo, debe efectuar una apreciación razonable de los hechos en cada caso concreto, tomando en cuenta las circunstancias de las posibles afectaciones que pudieran acarrear sus decisiones". Es decir, en un asunto tan delicado como es la edad cronológica para el ingreso al colegio,

> ¿el TC está autorizando a los miles de servidores de la administración educativa (que en general ya tienen establecido un plazo límite hasta el 31 de marzo), que según cada caso concreto, vean cualquier plazo para el ingreso de los niños al colegio?

Si es así, es claro que no sólo se está afectando el principio de seguridad jurídica, sino sobre todo el desarrollo emocional, cognitivo y social de los niños en edad escolar. Tengo la impresión que la decisión en mayoría del Tribunal Constitucional a la que me opongo, pese a operar en un caso concreto, va a ser utilizada negativamente, pues ahora, cualquier padre de familia que haya inscrito de modo informal a su hijo o hija en un colegio (independientemente de la fecha límite), y vea rechazado su pedido de registro oficial, acudirá al amparo para lograr tal registro. ¿Qué hará el respectivo juez constitucional? Declararla fundada teniendo en cuenta el presente caso del Tribunal Constitucional. Todo en nombre de la educación pero sin pensar en la salud y bienestar de los niños.

Como sabemos la labor de control del Tribunal Constitucional se realiza a través de un trabajo conjunto, con la intervención de los siete jueces que lo integramos y que

no siempre puede terminar en una posición unánime. El caso que a continuación presento es uno de ellos.

Advierto, desde ya, que los argumentos que seguidamente se leerán expresan una posición en minoría, en disidencia, y que los expongo como parte de mi deber de justificar, como jueza constitucional, cuáles son las razones por las que me aparto de la mayoría. Este ejercicio responde a una postura deliberativa, en la que se muestran, con transparencia, las diversas posiciones que concurren en el caso; y, bajo una práctica democrática, incluso dichos argumentos pueden ser sometidos a la crítica de los diversos actores sociales (artículo 139, inciso 20, de la Constitución).

B. Controversias Constitucionales

1. Teniendo en cuenta las razones de las partes y los medios probatorios obrantes en autos, estimo que las controversias constitucionales del presente caso son las siguientes:

   a) El derecho a la educación, ¿es un derecho de eficacia directa o uno de configuración legal? Y si es de configuración legal, ¿cuáles son los límites que deben observar los jueces cuando controlan la configuración realizada por el legislador?

   b) ¿Cuáles son las reglas para el ingreso a la educación inicial y educación primaria?

   c) ¿Cuál es la importancia de la edad límite para el ingreso al colegio en el desarrollo emocional, cognitivo y social de los niños?

   d) ¿Hay realmente una afectación al derecho a la educación de la menor de iniciales S.S.R.T.?

C. Antecedentes De Relevancia

2. El accionante José Luis Rosado Gutiérrez, en representación de su menor hija de iniciales S. S. R. T., presenta demanda de amparo contra la Unidad de Gestión Educativa Local de Mariscal Nieto, a fin de que se declare la inaplicación del Oficio 0431 -2013-GRM-DRE MOQ/UGEL "MN"-AGP, de fecha 6 de febrero de 2013, y que, en consecuencia, se disponga que ella sea matriculada en el segundo grado de primaria y se regularice su situación. Alega que la emplazada vulnera los derechos a la educación y a la identidad de su menor hija, ya que se han desconocido los estudios escolares que ha realizado, por haberlos empezado precozmente, debido a que no contaba con la edad suficiente para cursarlos.

3. El Procurador Público Regional de los asuntos judiciales del Gobierno Regional de Moquegua se apersonó y dedujo la excepción de falta de agotamiento de la vía previa y, con fecha 21 de marzo de 2013, contestó la demanda señalando que, a través del cuestionado oficio, únicamente se comunicó a los padres de la menor que la matrícula de su hija era irregular, pues para cursar el inicial, sección 5 años, debió cumplir dicha edad antes del 31 de marzo de 2011; sin embargo, recién la cumplió el 28 de setiembre de 2011.

4. Asimismo, la Unidad de Gestión Educativa Local de Mariscal Nieto se apersonó y contestó la demanda señalando que, en cumplimiento de lo dispuesto por la Resolución Ministerial 0044-2012-ED, se dispuso que, por única vez, los niños y niñas que tuvieron matrícula irregular por motivo de edad durante el año 2011 pudieran continuar sus estudios, siempre y cuando cumplieran la edad requerida de 5 años hasta el 31 de julio, y los que ingresen al primer año de primaria deben tener la edad cumplida de 6 años al 31 de marzo de 2012; sin embargo, la menor recién cumplió 6 años al 28 de setiembre de 2012, por lo tanto, no podía ser matriculada en el Sistema de Información de Apoyo a la Gestión en la Institución Educativa (SIAGIE), a pesar de que las instituciones educativas en que fue matriculada no tomaron en consideración tal norma imperativa.

D. Análisis De Las Controversias Constitucionales

a) El derecho a la educación como derecho de configuración legal y los límites de la jurisdicción

5. Como ya lo ha sostenido antes el Tribunal Constitucional (sentencia emitida en el Expediente 01417-2005-PA/TC, fundamento jurídico 11), existen determinados derechos fundamentales cuyo contenido constitucional directamente protegido, requiere ser delimitado por la ley, sea porque así lo ha previsto la propia Constitución (por ejemplo, el artículo 27 sobre el derecho a la estabilidad laboral) o en razón de su propia naturaleza (por ejemplo, los derechos sociales, económicos y culturales). En estos casos, nos encontramos ante las denominadas leyes de configuración de derechos fundamentales.

6. 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.

7. Y es que si bien algunos derechos fundamentales pueden tener un carácter jurídico abierto como por ejemplo pueden ser los derechos sociales al trabajo, a la educación o a la salud, 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.

8. 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.

9. En cuanto al derecho a la educación, conforme se desprende de lo antes expuesto, es clara su identificación como un derecho de configuración legal. Así por ejemplo, cuando el artículo 13 de la Constitución establece que "La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana", no indica la forma en que la educación debe lograr tal desarrollo integral de la persona. No indica que cursos deben llevarse en educación inicial, primaria, secundaria o superior. No indica en qué plazos o cuánto tiempo es necesario para cada una de estas etapas. No indica qué condiciones deben reunir los niños para acceder a los diferentes niveles de educación. No indica lo que se debe hacer con aquellas personas que habiendo superado la mayoría de edad quieren estudiar, etc. Todo ello, o el marco normativo de ello, lo hace el legislador.

10. Precisamente la Ley 28044, General de Educación, establece, por ejemplo, cuales son los objetivos de la educación básica (artículo 31), cómo se organiza la educación básica (artículo 32) o el currículo de educación básica (artículos 33, 34 y 35), y en lo que a este caso concreto interesa, establece en su artículo 36 (modificado por el artículo único de la Ley 28123), lo siguiente:

    La Educación Básica Regular comprende:

    a) Nivel de Educación Inicial

    La Educación -Inicial constituye el primer nivel de la Educación Básica Regular, y comprende a niños **menores de 6 años** y se desarrolla en forma escolarizada y no escolarizada conforme a los términos que establezca el Reglamento, [resaltado agregado]

b) Nivel de Educación Primaria

La Educación Primaria constituye el segundo nivel de la Educación Básica Regular y **dura seis años.** Tiene como finalidad educar integralmente a niños [...]. [resaltado agregado]

11. Nótese que ya la citada LEY ha establecido que la educación "inicial" es para menores de 6 años y que de ello se desprende, indubitablemente, que **la educación "primaria" es para niños de 6 años** y durará 6 años.

12. Asimismo, como se aprecia, es el legislador, y no los jueces, el que conforme a sus respectivas competencias, ha establecido, por ejemplo, que la educación inicial comprende a menores de 6 años. ¿Cómo hizo para establecer tales años? De seguro que fue reuniendo la información de especialistas y sociedad en general. De igual forma procedió el legislador para establecer que la educación primaria debe durar 6 años y agregando qué se busca en dicha etapa.

13. En dicho contexto, quedando claras las competencias del legislador en el desarrollo del derecho fundamental a la educación, cabe precisar el rol o límites de los jueces cuando controlan la actuación del legislador. Podría afirmarse que el rol de los jueces en este específico ámbito es para controlar la proporcionalidad, por exceso o defecto, de las respectivas medidas legislativas. En otras palabras, un juez no tiene competencia para controlar que la educación inicial sea para menores de 6 años. Esa es una competencia del legislador. Quizás solo pudiese controlarla si al legislador, desproporcionadamente, se le ocurriera que la educación inicial escolarizada se realice a los 10 años o al fijar políticamente cualquier fecha de inicio sin ningún sustento técnico, pedagógico y médico, supuestos, por demás, improbables, pero que de ocurrir podría generar el respectivo control judicial.

14. Otro supuesto de control podría ser el aplicativo, es decir, no para cuestionar el mandato legislativo sino la forma de aplicación de dicho mandado por parte de los operadores (Ministerio de Educación, profesores, padres de familia o alumnos, etc.).

b) Reglas para el ingreso a la educación inicial y **educación primaria**

15. Teniendo en cuenta que de autos se desprende que la menor de iniciales S. S. R. T., **nació el 28 de setiembre de 2006,** cursó **educación inicial en el año 2011** y el **primer grado de educación primaria en el año 2012,** conviene verificar las reglas especificas que existían durante esos años, más allá de la ley mencionada en los parágrafos precedentes en el sentido de que se requería contar con 6 años para iniciar la educación primaria.

16. En cuanto al acceso al nivel de Educación Inicial en el año 2011, el Ministerio de Educación expidió la Resolución Ministerial 0348-2010-ED de fecha 26 de noviembre de 2010, que aprueba la "Directiva para el desarrollo del año escolar 2011 en las instituciones educativas de educación básica y técnico productiva", en la que se dispuso lo siguiente:

> **Matrícula en Educación Inicial**
>
> **En las IE públicas y privadas:**
>
> - La matrícula para niftos de 3, 4 y 5 años (Ciclo II) en Jardines (CEI) o Programas no Escolarizados (PRONOEI), se realiza de acuerdo con la edad cronológica.
> - **Los niños deben haber cumplido la edad hasta el 31 de marzo.**
> - Los niños de 4 y 5 años que durante el año 2010 cursaron el año inmediato anterior deben:
>   - Contar con la ficha única de matrícula en la que se registra el código del estudiante.
>   - Tener la constancia para poder ser matriculados excepcionalmente según la edad a cumplirse hasta el 30 de junio de 2011.
>   - En el año 2011 concluye la excepcionalidad para el ingreso al sistema educativo del nivel de Educación Inicial.[resaltado agregado]

17. En cuanto al acceso al nivel de Educación Primaria en el año 2012, el Ministerio de Educación expidió la Resolución Ministerial 0622-2011-ED de fecha 16 de diciembre de 2011, que aprueba la "Directiva para el desarrollo del año escolar 2012 en las instituciones educativas de educación básica y técnico productiva", en la que se dispuso lo siguiente:

> VII.II.II. Matrícula en Educación Primaria
>
> La matrícula para el primer grado de Educación Primaria de Educación Básica Regular se realizará considerando lo siguiente:
>
> **2.1. De acuerdo a la edad cronológica hasta el 31 de marzo del 2012.**
>
> **2.2. Excepcionalmente, los niños que al 31 de marzo no hayan cumplido los 6 años, pero que durante el 2011 cursaron Educación Inicial de 5 años, podrán ser matriculados en el Primer Grado, siempre y cuando cumplan los 6 años hasta el 30 de junio de 2012.** Para este efecto, deberán contar con su respectiva ficha única de matrícula, [resaltado agregado]

18. Cabe agregar que la tan citada Resolución Ministerial 0044-2012 -ED del 27 de enero de 2012 dispuso que por única vez los niños y niñas que tuvieron matrícu-

la irregular por motivo de edad durante el año 2011 en aulas de 03, 04 y 05 años puedan continuar progresivamente sus estudios, siempre y cuando cumplan la edad requerida **hasta el 31 de julio** y si los padres de familia así lo deciden.

19. En suma, como se aprecia, durante los años **2011** (en que la menor estudio educación inicial) y 2012 (en que la menor estudio primer grado de primaria), las reglas del Ministerio de Educación establecían, sin margen de dudas que para matricularse en educación inicial y primer grado de primaria se requería contar con 6 años de edad, y que las excepciones a dicha regla incluían a los nacidos hasta el 31 de julio o 30 de junio, según sea el caso, pero en ningún supuesto hasta el mes de setiembre de 2011 o 2012.

c) La importancia de la edad límite para el ingreso al colegio en el desarrollo emocional, cognitivo y social del niño

20. Luego de ver la parte normativa del ingreso de los niños al primer grado de educación primaria, toca ahora verificar la importancia de la edad límite de ingreso al colegio en cuanto al desarrollo emocional, cognitivo y social de los menores de edad.

21. Al respecto, conviene mencionar que mediante Oficio 2738-2016/MINEDU/VMGP/ D1GEBR, de fecha 2 de noviembre de 2016, la Dirección General de Educación Básica Regular se dirige al Viceministerio de Gestión Pedagógica, informando técnica y legalmente sobre un pedido de flexibilidad en el ingreso de los niños y niñas en las aulas de 3, 4, 5 y 6 años de edad.

22. Allí aparece el Informe 244-2016-MINEDU/VMGP-DIGEBR-DEI-DEP de fecha 2 de noviembre de 2016, que establece el sustento técnico pedagógico para que el Ministerio de Educación establezca la normatividad para la matrícula en el nivel inicial y primer grado de educación primaria:

> **3.2 Sustento técnico pedagógico**
>
> 3.2.1 El criterio establecido para definir esta edad normativa se basa en tres teorías del desarrollo humano: la teoría de la personalidad de Henri Wallon, la teoría del desarrollo de la inteligencia, de Jean Piaget; y la teoría del desarrollo psicosocial de Erick Erickson. Estas teorías aportan una mirada integral del ser humano en todas sus dimensiones , y evidencian que entre los 6 y 7 años se producen procesos de desarrollo que sientan las bases para los aprendizajes vinculados a la lectura, escritura , y no antes, que el niño se encuentra plenamente preparado para asumir los retos de aprendizaje que la educación primaria plantea.
>
> Como señala Wallon, la maduración precede al aprendizaje. Esto quiere decir que una condición para que se dé un buen aprendizaje es el equipamiento neu-

robiológico, emocional, cognitivo y social. Si éste no está maduro, no se aprende bien, puesto que no existen las estructuras mentales y emocionales para integrar los aprendizajes.

En esa misma línea de Wallon, Mirtha Chockler, especialista en desarrollo infantil, nos recuerda que "lo que se adquiere con una infraestructura inmadura, son conductas fragmentadas, deformadas, inseguras, precarias, disociadas, con efectos más o menos inquietantes en el conjunto de la personalidad. Efectos que están directamente en relación al nivel de inmadurez y a la tenacidad del forzamiento para desencadenar una conducta supuestamente esperable, aun cuando la exigencia aparezca con una gran seducción afectiva".

Chockler nos advierte que los niños y niñas aprenderán, pero aprenderán mal, no conseguirán integrar los nuevos aprendizajes. Algunas veces los adultos creemos que porque un niño ya lee, ya reconoce las letras, ya está "listo" para hacer un primer grado. Además de los efectos en los aprendizajes, también están los efectos en la personalidad de los niños y niñas. Los primeros años sientan las bases para desarrollar la seguridad, la confianza. Poner a los niños frente a situaciones para las que todavía no están maduros inevitablemente tendrá huellas en su personalidad, generando inseguridad, fracaso y hasta dependencia.

Así, en lugar de facilitar el desarrollo, muchas veces terminamos bloqueándolo, puesto que se infiere en la construcción y autorregulación de los comportamientos. Asimismo, la sobreexigencia a la que exponemos un sujeto que no está suficientemente maduro, determina la necesaria utilización de otros sistemas-ya maduros- pero no pertinentes para la acción que se quiere provocar, y por lo tanto se distorsiona, bloquea o deforma el aprendizaje. Por ejemplo, muchos niños y niñas terminan haciendo uso de la memoria, para adquirir algunos aprendizajes, "aprenden" aparentemente muchas cosas, pero luego no pueden usar satisfactoriamente dichos aprendizajes. (Ver Anexo 1)

3.3.2 Según las investigaciones sobre el desarrollo cognitivo del niño, de Guevara Y, Benitez A, García H, Delgado U, López A y García G (2007), Macavilca K (2010), Bonneveaux, B (1980) la existencia de rangos de edad muy dispersos en primer grado podría afectar el proceso de aprendizaje. Los autores citados sustentan una tendencia a establecer diferencias cognitivas entre los niños de 5 y 6 años en aspectos relacionados a habilidades perceptivas, motoras , de razonamiento , aptitud numérica, constancia de forma , memoria inmediata y en la elaboración de conceptos, debido a que se asume que los niños de 6 años tienen mayores saberes previos, experiencia y maduración que los niños de 5 años.

Específicamente en el aprendizaje de la lectura y escritura, las investigaciones de Fumagalli J, Wilson M, Jainchenco V(2010); Yolanda Guevara Y, López A, García G, Delgado U, Hermosillo A, Rugerio J (2008); Dioses A, García L, Ma-

talinares M, Cuzcano A, Panca N (2006); Janet Quiroz Carla Fernández Jenny Castillo Flores R, Torrado M, Mondragón S, Pérez C (2003); de Baesa Yetolú (1996) establecen también una tendencia a establecer diferencias en las habilidades básicas para el aprendizaje de la lectura y escritura como son el desarrollo de la conciencia fonológica, la lectura oral y silenciosa de palabras, enunciados y textos, del desarrollo de la metacognición, estableciendo que los niños que ingresan con 6 años cumplidos tienen ventajas sobre los niños que ingresan con 5 años de edad.

Las evaluaciones internacionales de Carabaña J. (2006) , Arregui A, Tambo I (2010), Gutiérrez M (2009), e investigaciones de Bedard K, Dhuey E (2006) Crawford C, Dearden L , Meghir Costas (2010), señalan que la edad de ingreso al sistema educativo repercute en los aprendizajes posteriores de los niños, ya que la evidencia empírica muestra que los alumnos más jóvenes de una clase obtienen los resultados más bajos en las pruebas de rendimiento.

3.3.3 Las investigaciones también revelan que uno de los factores que más se asocia a la posibilidad de sufrir **intimidación escolar (bullying)** es, además de los problemas físicos o mentales, la **edad,** es decir, ser el más pequeño en el grupo, [resaltado agregado]

3.3.4 La Educación Básica está destinada a favorecer el desarrollo integral del estudiante, el despliegue de sus potencialidades y el desarrollo de capacidades, conocimientos, actitudes y valores fundamentales que la persona debe poseer para actuar adecuada y eficazmente en los diversos ámbitos de la sociedad. Es decir, implica una atención a todas dimensiones del ser humano, física, motriz , emocional, cognitiva , social y afectiva, no solo a la dimensión intelectual, y el respeto a los procesos de desarrollo armónico que vaya sentando las bases para los proceso más complejos.

3.5 Los sistemas educativos tienen que establecer cortes para regular las edades correspondientes a cada nivel educativo. Estos cortes se basan fundamentalmente en las teorías del desarrollo humano. Es por ello que en la mayoría de países del mundo se establece como corte para el ingreso al Primer Grado los 6 años cumplidos para el inicio del año escolar. Por ejemplo, en países que inician clases en el mes de setiembre, el corte se hace a los 6 años cumplidos hasta el 31 de agosto. Según las estadísticas de la UNESCO a nivel mundial, el *66%* de los países comienza la primaria a la edad de 6 años. En un *22%* de países la exigencia es mayor, los 7 años de edad.

23. Así también, dicho informe establece el sustento técnico pedagógico para establecer la edad como requisito para la matrícula en el nivel inicial y primer grado de educación primaria:

3.3.6 La edad como requisito para la matrícula, respecto a este punto se precisa lo siguiente:

a) Los niños y niñas que ingresan al nivel de Educación Primaria requieren:

- Un desarrollo cognitivo y verbal continuado entre el aprendizaje del lenguaje oral y la apropiación del lenguaje escrito para iniciarse en el proceso de lectoescritura de manera formal.
- Una maduración a nivel psicomotor, coordinación viso-motora, equilibrio, resistencia física y habilidades que realizan de manera cotidiana, lo que influirá en su capacidad para escribir y dibujar con mayor destreza.
- El inicio o le logro del proceso de transición del pensamiento intuitivo al pensamiento concreto, lo que permitirá autorregularse en su proceso de aprendizaje, encontrando y utilizando sus propias estrategias y mecanismos que faciliten su aprendizaje según su propio ritma o estilo.
- Un desarrollo cognitivo menos egocéntrico, lo que permite tener la capacidad de ser reversible, desenvolviendo paulatinamente su pensamiento operatorio, de manera que pueda efectuar transformaciones en su mente, interpretando lo percibido de acuerdo con estructuras cognitivas cada vez más complejas.
- El incremento de la capacidad de atención, la que favorece el logro de aprendizajes tanto en la escuela como en el hogar.
- La adquisición de capacidades que se relacionan con la orientación espacial y temporal, que dan la idea de ubicación; con la secuencia, con la numerosidad o cantidad , que van a ayudar al niño a trabajar correctamente las cantidades; con la composición de la cantidad que permítela cabal comprensión del número; el dominio de capacidades relacionadas con las propiedades físicas de los objetos a través de las comparaciones o discriminaciones que van a formar las bases para el desarrollo de los llamados conocimiento físico y lógico matemático del Constance Kamil, que dará origen al razonamiento verbal y al razonamiento lógico-matemático.

b) En tal sentido, la transición exitosa de Educación Inicial a Primaria está vinculada con el desarrollo neuropsicológico del cerebro y con el descubrimiento y toma de conciencia de sí mismo, de su cuerpo, su lenguaje y pensamiento en la interacción con su entorno, como producto de la maduración del niño y la niña en forma integral, a través de actividades que realiza de manera cotidiana situaciones que influyen en la capacidad del niño y la niña para expresarse con mayor destreza, así mismo aprende a manejar el fracaso o la frustración en disminuir la autoestima o desarrolla un sentido de inferioridad.

c) **Los 6 años como edad cumplida en el mes de marzo en el que se realiza la matricula, se ha establecido en función a lo planteado por las teorías de desarrollo humano vigentes que señalan que las niñas** y **niños deben tener el tiempo necesario para madurar emocional, afectiva, social** y **cognitivamente,** de tal forma que puedan estar listos para enfrentar los retos que demandan la experiencia escolar y los aprendizajes correspondientes al III ciclo de la Educación Primaria. Según estas teorías, es entre los 6 y 7 años que los niños y niñas se encuentran en mejores condiciones de emprender aprendizajes con mayores niveles de exigencia, de acuerdo a los niveles de desarrollo de las competencias que se encuentran en los mapas de progreso del currículo nacional. Por lo que, recién a esa edad se encuentran plenamente preparados para asumir los retos de aprendizaje que la Educación Primaria plantea, [resaltado agregado]

d) Los aprendizajes antes descritos se alcanzan generalmente a los 6 años durante un . proceso de desarrollo fisiológico, por lo que el establecer el factor de edad como uno de los criterios para determinar el grado educativo al que corresponda que acceda el estudiante, permite tener la seguridad de que el estudiante ha desarrollado todas sus dimensiones de acuerdo a los requerimientos del nivel y como prerrequisitos para la Primaria; así como establecer e identificar el nivel de logro de las competencias y dar continuidad al desarrollo de los aprendizajes previstos para cada grado y ciclo.

24. En cuanto a la determinación del 31 del marzo como fecha de corte para acceder al nivel de Educación Inicial y Educación Primaria, se determina lo siguiente:

> 3.4. [...] Una vez establecida la importancia del factor etario como requisito para las referidas matriculas, es necesario considerar la fecha en que se determinará el cumplimiento de tal exigencia, que de acuerdo a nuestras normas vigentes de inicio de año escolar, el corte se viene dando al 31 de marzo por dos razones principales: la primera porque se requiere que desde el ingreso los estudiantes tengan el nivel de desarrollo de las competencias que se establecen al término el II ciclo, de tal manera que les permita enfrentar de manera exitosa la etapa escolar y la segunda, es que el Ministerio de Educación debe normar para los estudiantes de todo el país, que viven bajo diferentes condiciones (algunos van a Educación inicial y otros no, unos tienen más oportunidades de vínculo con el lenguaje escrito que otros, etc.), por ello el Estado debe garantizar que los estudiantes no sean parte de la estadística del fracaso escolar, [resaltado agregado]

25. Finalmente, en el aludido informe resalta cómo ha tratado el resto de países de la región, la edad de matrícula para el primer grado:

Anexo 2: Edad de Matrícula para el primer grado de Educación Primaria en países signatarios del Convenio AndrésBello (CAB)

No.	Países Signatarios del CAB	INICIO DE AÑO LECTIVO	EDAD DE MATRÍCULA	DOCUMENTO SUSTENTATORIO
1.	PERÚ	MARZO	6 años al 31 de marzo	Resolución Ministerial 572-2015-MINEDU.
2	BOLIVIA	FEBRERO	7 años al 30 de junio	Normas Generales para la Gestión Educativa y escolar 2016-Resolución Ministerial 001/2016 del 4 de enero de 2016.
3	CHILE	MARZO	6 años al 31 de marzo del año en que cursará el primer año de Educación Básica.	Decreto 1778 de fecha 03-10-2011.
4	COLOMBIA	ENERO y finales de FEBRERO	6 años cumplidos al 31 de marzo del año lectivo	Decreto Unico de Educación 1075 de 2015, artículo 24341.
5	ECUADOR	1er lunes SETIEMBRE (Sierra y Oriente) 1er lunes MAYO (Costa y Galápagos	6 años	Acuerdo 0232-13.
6	PANAMÁ	FEBRERO	6 años	
7	PARAGUAY	FEBRERO (tercera semana)	6 años al 31 de marzo	Resolución Ministerial 32.133/2015 por la cual se aprueba el calendario educativo nacional correspondiente al año lectivo 2016... Resolución 745/2013 por la cual se ajustan los criterios de edad de ingreso de los niños...

d) Análisis del caso concreto

26. ¿Hay realmente una afectación al derecho a la educación de la menor de iniciales S.S.R.T.? Estimo que no. En la demanda del presente amparo se cuestiona específicamente que se inaplique el Oficio 0431-2013-GRM-DRE MOQ/UGEL "MN" -AGP, de fecha 6 de febrero de 2013, mediante el cual la Directora de Gestión -v Educativa Local "Mariscal Nieto" del Ministerio de Educación se dirige al accionante] José Luis Rosado Gutiérrez, padre de la menor de iniciales S.S.R.T., mencionado lo siguiente:

> Asunto: remite informe sobre la matrícula de su menor hija [...]
>
> Tengo el agrado de dirigirme a usted, para expresarle mi cordial saludo y [...] comunicarle que la matrícula de su menor hija fue irregular debido a que debió A haber tenido 05 años hasta el 31 de marzo de 2011. Que de acuerdo a la Resolución \l Ministerial 0044-2012-ED en su art. 1 dispone que por única vez los

> niños y niñas que tuvieron matrícula irregular por motivo de edad durante el año 2011 en aulas de |\ 03, 04 y 05 años puedan continuar progresivamente sus estudios siempre y **cuando / l cumplan la edad requerida hasta el 31 de julio** y **si los padres así lo deciden.**
>
> Que la menor [S.S.R.T.] ha nacido el 28 de setiembre de 2006, por lo que no se acoge a esta normatividad [...].

27. Como se aprecia, para la matricula del año 2011, la emplazada le informa al ccionante José Luis Rosado Gutiérrez, padre de la menor de iniciales S.S.R.T. que su hija no sólo no cumple con el límite temporal ordinario (31 de marzo) para matricular a su hija, sino tampoco con el límite extraordinario establecido en la Resolución Ministerial 0044-2012-ED, ya citada antes (3 1 de julio).

28. De lo expuesto, no se aprecia que el Oficio 0431-2013-GRM-DRE MOQ/ UGEL "MN"-AGP, de fecha 6 de febrero de 2013, vulnere el derecho fundamental a la educación de la menor a cuyo favor se interpuso, antes bien lo que ha buscado hacer el Ministerio de Educación es cautelar el desarrollo emocional, cognitivo y social de dicha menor al exigir el cumplimiento de la Ley 28044 (modificada por la Ley 28123) y sus respectivas directivas.

29. No me es ajeno el Informe 780-2015-GRM/DRE/UGEL"MN"/AGP/EPP-EBR-DITE de fecha 16 de setiembre de 2015, obrante en el cuaderno del Tribunal Constitucional, mediante el cual se da cuenta que un funcionario del Ministerio de Educación se ha comunicado con el accionante José Luis Rosado Gutiérrez, padre de la menor de iniciales S.S.R.T., para realizar una "prueba de ubicación" de ésta y así registrarla en el sistema, pero que dicho padre se ha negado.

30. Esto solo evidencia el proceder irresponsable del padre de familia accionante, el mismo que ya no tendrá que pedirle al Ministerio de Educación que registre oficialmente a su hija, pues ahora este registro será ordenado por la mayoría del Tribunal Constitucional.

E. Decisión Final

Por los argumentos expuestos, estimo que la demanda de autos debe ser declarada **INFUNDADA,** toda vez que no se evidencia que en el presente caso el emplazado Ministerio de Educación haya vulnerado el derecho a la educación de la menor de iniciales.

S.
LEDESMA NARVÁEZ

Sentencia 0053-2014-PHC/TC

Proceso de hábeas corpus promovido por José Gonzales López en representación de Hernán Martorell de Feudis y otros. El Tribunal declaró fundada en parte la demanda sobre el derecho a un plazo razonable.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 1 de marzo de 2017.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de Hábeas Corpus interpuesta por José Gonzales López en representación de Hernán Martorell de Feudis y otros y, en consecuencia, le otorgó a la Sala Penal Nacional un plazo de treinta días naturales para que emita y notifique la correspondiente sentencia, resolviendo la situación jurídica de los recurrentes bajo responsabilidad. Asimismo, ordenó poner en conocimiento del Consejo Nacional de la Magistratura y de los órganos de control la presente decisión. Finalizó declarando improcedente la demanda en sus demás extremos.

La controversia jurídica surgida en el seno del presente proceso está referida a determinar si se debe declarar nula la resolución judicial que revocó la sentencia absolutoria de los favorecidos, y también a establecer si corresponde que estos sean excluidos del proceso penal en su contra por la presunta afectación del derecho al plazo razonable.

Respecto a lo primero, el Tribunal, citando la resolución recaída en el Expediente 03406-2011-PHC/TC, concluyó que la declaración de nulidad de una resolución absolutoria no supone un agravio concreto del derecho a la libertad personal, por lo que este extremo debía ser rechazado. En ese mismo sentido, se pronunció respecto a la mera disposición judicial de que los actuados penales sean remitidos a otro juez penal, a fin de que se emita un nuevo pronunciamiento.

Sin embargo, tomando en cuenta lo pronunciado en la sentencia recaída en el Expediente 0295-2012-PHC/TC (Caso Arce Páucar), el Tribunal arribó a la conclusión de que en este caso se había transgredido el derecho a un plazo razonable, por cuanto, tras 16 años de proceso penal seguido contra los favorecidos por el delito de defrau-

dación tributaria, aún no se había emitido una resolución final que determine de manera definitiva la situación jurídica de los recurrentes.

Tema clave: Derecho a un plazo razonable.

EXP. N.° 00053-2014-PHC/TC
LIMA
HERNAN MARTORELL DE FEUDIS Y OTROS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 10 días del mes de enero de 2017, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por José Gonzales López, a favor de Hernán Martorell de Feudis, Cary Gallegos Rioja, Juan Carlos Reátegui Zevallos y Roberto Sánchez Apuy, contra la sentencia de fojas 682, de fecha 15 de octubre de 2013, expedida por la Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 15 de febrero de 2013, José Gonzales López interpone demanda de hábeas corpus a favor de Hernán Martorell de Feudis, Cary Gallegos Rioja, Roberto Sánchez Apuy y Juan Carlos Reátegui Zevallos, y la dirige contra el Poder Judicial, concretamente contra la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República y la Sala Penal Nacional, y solicita que se declare la nulidad de la Resolución de fecha 28 de marzo de 2012, respecto del extremo que declaró la nulidad de la resolución de fecha 5 de mayo de 2010 (a través de la cual la Sala Penal Nacional falló absolviendo a los beneficiarios del delito de defraudación tributaria agravada) y dispuso un nuevo juicio oral por otro colegiado superior. Asimismo, solicita que a través del presente hábeas corpus se disponga que los favorecidos sean excluidos del proceso (Expediente N.° 771- 2008-SPN; R.N. N° 4015-2010). Alega la afectación de los derechos al debido proceso, a la motivación de las resoluciones judiciales, a la presunción de inocencia y al plazo razonable del proceso, entre otros.

Refiere que la Sala Penal Nacional, mediante sentencia de fecha 5 de mayo de 2010, absolvió a los favorecidos del delito de defraudación tributaria; sin embargo, debido

a que el fiscal y otros interpusieron recurso de nulidad, la Sala Suprema emplazada declaró la nulidad de la sentencia y ordenó que se realice un nuevo juicio oral, considerando que no se han compulsado debidamente los medios probatorios. Afirma que la resolución anulada no se encuentra en ninguno de los supuestos establecidos en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales que regulan la sanción de nulidad, y que tampoco se ha indicado que el caso se encuentre en alguno de ellos; sino que lo único que ha expresado es una diferencia de criterio con respecto a lo resuelto por la Sala Penal Nacional, sin contradecir la validez de las conclusiones contenidas en la sentencia absolutoria; ello, a decir suyo, implica una falta de motivación lesiva del derecho al debido proceso. Señala, asimismo, que la declaratoria de nulidad cuestionada parte de la presunción de que los beneficiarios son culpables, pues dispone la actuación de determinados medios probatorios, perdiendo la visión de todos ellos en su conjunto.

Por otro lado, denuncia que, como consecuencia de la nulidad de la sentencia absolutoria cuestionada, el proceso penal se encuentra en la Sala Penal Nacional a la espera de que se señale fecha para el nuevo juicio oral, lo cual afecta el derecho al plazo razonable del proceso, debido a que ha transcurrido 14 años y aún no se resuelve la situación jurídica de los beneficiarios, quienes, pese a encontrarse sin restricciones, están sujetos a un proceso injusto en el que han sido absueltos por tres salas superiores distintas y la resolución absolutoria fue declarada nula por tercera vez.

El Décimo Octavo Juzgado Penal de Lima, con fecha 10 de julio de 2013, declaró infundada la demanda. Consideró que la nulidad de la alegada sentencia absolutoria no incurre en vulneración al debido proceso y menos tiene conexión con el derecho a la libertad personal. Asimismo, señala que la dilación en la duración del proceso se halla justificada, en cierta medida, por la gran cantidad de procesados, actuaciones judiciales y las constantes anulaciones de sentencia.

La Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la resolución que declaró infundada la demanda. Entendió que los emplazados han actuado dentro de los márgenes establecidos por la norma, no incurriendo en vulneración alguna al plazo razonable del proceso, pues se trata de un delito y expediente complejo en donde la demora no es atribuible al órgano jurisdiccional sino a la naturaleza del trámite.

FUNDAMENTOS

1. La Constitución establece en su artículo 200, inciso 1, que el hábeas corpus procede cuando se vulnera o amenaza la libertad personal o los derechos constitucionales conexos a ella. No obstante, no cualquier reclamo que alegue la presunta

afectación del derecho a la libertad personal 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. Por ello 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".

2. En relación con la procedencia del hábeas corpus, este Tribunal ha precisado en reiterada jurisprudencia que si bien el juez constitucional puede pronunciarse sobre la eventual violación o amenaza a los derechos constitucionales conexos a la libertad personal, tales como el derecho a la tutela procesal efectiva y los derechos que la componen, también lo es que ello ha de ser posible siempre que exista conexión entre estos y el derecho a la libertad personal, de modo que la amenaza o violación a los derechos constitucionales conexos constituya también un agravio al derecho a la libertad personal.

3. En el presente caso se pretende que: (1) se declare la nulidad de la resolución judicial que revocó la sentencia absolutoria de los favorecidos y dispuso que realice un nuevo juicio oral por un nuevo juzgador, por afectación de los derechos alegados en la demanda; y (2) los favorecidos sean excluidos del proceso por afectación del derecho al plazo razonable.

4. En cuanto al cuestionamiento contra la resolución judicial que revocó la sentencia absolutoria de los favorecidos, corresponde a este Tribunal señalar que dicho pronunciamiento judicial no determina un agravio concreto del derecho a la libertad personal que pueda dar lugar a la procedencia del hábeas corpus. En efecto, la declaración de nulidad de una resolución absolutoria, en sí misma, no comporta una afectación negativa y directa del derecho a la libertad personal, por lo que la demanda deberá ser rechazada en este extremo.

5. A mayor abundamiento, cabe indicar que este Tribunal tiene señalado que la declaración de nulidad de un auto de no ha lugar a la apertura de instrucción, de un sobreseimiento o incluso de una sentencia absolutoria o condenatoria, en sí misma, no determina la restricción al derecho a la libertad personal. Una cuestión distinta es que estos pronunciamientos judiciales, a su vez, impongan medidas que coarten la libertad personal del procesado, lo cual no acontece en el caso de autos (Cfr. RTC Exp. N.° 03406-2011-PHC y RTC Exp. N.° 02661-2012-PHC, entre otras).

6. En el mismo sentido, la mera disposición judicial de que los actuados penales sean remitidos a otro juez penal (juzgador competente) a fin de que emita un nuevo pronunciamiento o que éste lleve a cabo cierto acto procesal, como lo es nuevo juicio oral, tampoco comporta agravio del derecho a la libertad personal que pueda dar lugar a la procedencia del hábeas corpus.

7. Por otra parte, en cuanto a la pretensión planteada en la demanda sobre la duración del proceso penal, los recurrentes señalan que la SUNAT interpuso denuncia el 29 de abril de 1999 y que en la misma fecha en la que el Ministerio Público formalizó denuncia, con lo cual habrían transcurrido ya más de 16 años sin que exista una decisión definitiva sobre el fondo. Asimismo, con respecto al estadio actual del proceso, se verifica de autos que con fecha 14 de julio de 2016 la Sala Penal de la Corte Suprema emitió una ejecutoria, conforme a la cual se declararon nulos algunos extremos de la resolución de la Sala Penal Nacional de fecha 9 de abril de 2014 y se ordenó el inicio de un nuevo juicio oral por otro colegiado; y que con fecha 7 de setiembre de 2016 la misma Sala Penal de la Corte Suprema dispuso que se proceda "al sorteo del Colegiado (...) que conocerá el proceso, y su posterior señalamiento de fecha para nuevo juicio oral". Siendo así, los actuados revelan que aún está pendiente la emisión de una resolución final, que determine de manera definitiva la situación jurídica de los recurrentes.

8. Sobre la base de lo anterior, este Tribunal recuerda, sobre la base de lo decidido recientemente en la STC Exp. N° 00295-2012-HC (caso Arce Páucar) en la cual se estableció doctrina jurisprudencial sobre la tutela del derecho al plazo razonable, y que toda eventual afectación del derecho a obtener pronunciamiento judicial en un plazo razonable debe calcularse teniendo en cuenta el dictado de la sentencia y definitiva y firme, que resuelva la situación jurídica del demandante, y que, de encontrarse que existe afectación, esta deber ser reparada en el plazo más breve posible, el cual deberá ser determinado con carácter perentorio por la judicatura constitucional, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso. En el presente caso, precisamente, no se ha encontrado razón alguna que justifique la excesiva dilación de la duración del proceso penal seguido en contra de los recurrentes, ni que estos hayan obstaculizado la justicia, por lo cual corresponde declarar fundada la demanda en este extremo, otorgándole a la Sala responsable treinta días naturales de plazo para que determine la situación jurídica de los imputados, si es que a la fecha de notificada esta sentencia no lo hubiese hecho ya.

9. Al respecto, este Tribunal destaca que los órganos jurisdiccionales no solo tienen el deber de resolver las controversias o incertidumbres jurídicas, sino que deben

hacerlo de manera oportuna. Tratándose de un deber, su incumplimiento injustificado acarrea responsabilidades disciplinarias y funcionales, entre otras que pudieran establecerse, lo cual deberá ser observado en el presente caso por las autoridades pertinentes, sobre la base de la demora ya producida y atendiendo al cumplimiento de lo dispuesto en la presente sentencia.

10. Finalmente, y no obstante lo anterior, este Tribunal ha precisado, también con calidad de doctrina jurisprudencial, que en nombre de la salvaguarda del derecho a un plazo razonable no puede pretenderse en el ámbito de un proceso penal "la exclusión del procesado, el sobreseimiento del proceso o el archivo definitivo del proceso penal" (STC Exp. N° 00295-2012-HC, f. j. 11), tal como buscan los recurrentes en este proceso constitucional, por lo que la demanda de hábeas corpus debe desestimarse en este extremo.

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 afectación del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, otorgándole a la Sala Penal Nacional un plazo de treinta días naturales, contados desde la fecha de notificación del presente fallo, para que emita y notifique la correspondiente sentencia resolviendo la situación jurídica de los recurrentes, bajo responsabilidad.

2. **Poner en conocimiento** del Consejo Nacional de la Magistratura y de los órganos de control la presente decisión, para que actúen conforme a sus competencias atendiendo a la excesiva dilación en la tramitación del proceso penal de autos.

3. **IMPROCEDENTE** la demanda en todos los demás extremos.

Publíquese y notifíquese.

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

Sentencia 004179-2014-PHC/TC

Proceso de hábeas corpus promovido por César Napoleón Malpica Lindad, en representación del menor R.A.M.R. El Tribunal declaró fundada en parte la demanda sobre el derecho a un plazo razonable.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 20 de marzo de 2017.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de Hábeas Corpus promovida por César Napoleón Malpica Lindad, en representación del menor R.A.M.R. y, en consecuencia, ordenó a la jueza demandada que emita la resolución que corresponda en el proceso contra el menor favorecido por infracción a la ley penal contra la vida, el cuerpo y la salud, lesiones culposas graves y abandono de persona en peligro, omisión de socorro.

El objeto de controversia en el presente proceso es definir si se ha transgredido el derecho al plazo razonable en el proceso seguido contra el menor R.A.M.R. por infracción a la ley penal contra la vida, el cuerpo y la salud, lesiones culposas graves y abandono de persona en peligro, en la modalidad de omisión de socorro.

A fin de solucionar la referida controversia, el Tribunal destacó previamente la necesidad de tutelar el interés superior del niño y del adolescente, así como el deber de garantizar el respeto de sus derechos, prescritos por los artículos IX y X del Código de los Niños y Adolescentes. A ello también agregó que el artículo 221 del mencionado Código dispone que el plazo mínimo e improrrogable para la conclusión del procedimiento, estando el adolescente en calidad de citado, es de setenta días.

Asimismo, el Tribunal recordó que el derecho a un plazo razonable, implícito en el debido proceso, es un derecho que se encuentra previsto en el artículo 14.3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y que, si bien el proceso seguido contra el menor en este caso tiene una naturaleza distinta a la de un proceso penal propiamente dicho, ello no impide que en la investigación por infracción a la ley penal, sea obviado.

Teniendo en cuenta ello y que la revisión de los actuados no se ha advertido una conducta obstruccionista por parte del recurrente ni de su abogado defensor, y que el presente proceso no reviste mayor complejidad, su dilación, a juicio del Tribunal, ha transgredido el derecho a un plazo razonable.

Temas claves: Interés Superior del Niño — Derecho a un plazo razonable.

EXP. N.° 04179-2014-PHC/TC
TUMBES
R.A.M.R. REPRESENTADO(A) POR CÉSAR
NAPOLEÓN MALPÍCA LINDAD (PADRE)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 25 días del mes de mayo de 2016, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores Miranda Canales, Ledesma Narváez, Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don César Napoleón Malpica Lindad contra la resolución de fojas 168, de fecha 24 de junio de 2014, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 4 de marzo de 2014, don César Napoleón Malpica Lindad interpone demanda de hábeas corpus a favor de su menor hijo de iniciales R.A.M.R. contra doña Carmen Virginia Espíritu Cataño, jueza del Juzgado de Familia de Tumbes. Alega la vulneración del derecho a ser investigado dentro de un plazo razonable y solicita que se declare el archivo del proceso por infracción a la ley penal contra la vida, el cuerpo y la salud, lesiones culposas graves y abandono de persona en peligro en la modalidad de omisión de socorro.

El recurrente manifiesta que, por auto de promoción de acción judicial, Resolución 1, de fecha 14 de junio de 2013, se declaró promovida la investigación de materia penal a su menor hijo (en ese entonces de 13 años) como presunto infractor de la ley penal contra la vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de lesiones culposas graves, asi como de abandono de persona en peligro, en la modalidad de omisión de socorro (Expediente 0797-2013-0-2601-JR-FP-01). Además, se dictó una medida de protección en el hogar con sus padres, bajo el cumplimiento de determinadas reglas de conducta.

El accionante alega que mediante la Resolución 1 se citó para la audiencia de esclarecimiento de los hechos y se ordenó la realización de diferentes diligencias. Tales actos fueron programados fuera del plazo de investigación, el cual venció el 24 de agosto de 2013. Ello de conformidad con el artículo 221 del Código de los Niños y Adolescentes, el cual establece que el plazo mínimo improrrogable para la conclusión del proceso en caso de que el menor tenga la calidad de citado es de setenta días.

Recuerda que, con fecha 22 de agosto de 2013, se opuso a la realización de las diligencias programadas, posición que fue declarada improcedente. Por ende, se dispuso proseguir con el trámite de la causa mediante Resolución 7, de 28 de octubre de 2013.

Refiere que la precitada resolución consideró que el artículo 221 del precitado Código hace referencia a un plazo mínimo y no a uno máximo, el cual es fijado prudencialmente por el juez en atención a diferentes circunstancias, tales como la recargada agenda judicial; y que por ello, y mediante Resolución 10, de fecha 19 de diciembre de 2013, se reprogramó la audiencia de esclarecimiento de hechos para el 11 de marzo de 2014, y se dispuso la realización de las diligencias que continuaban pendientes, lo que vulnera el derecho invocado.

La jueza emplazada contesta la demanda. Solicita que se la declare improcedente, porque la defensa del favorecido presentó recurso de apelación contra la Resolución 7, de 28 de octubre de 2013, que fue concedido mediante Resolución 8, de fecha 11 de noviembre de 2013, el cual se encuentra pendiente de resolución por parte de la Sala superior. Por ende, no se cumple el requisito de resolución judicial firme. Añade que desde el momento en que se apersonó en autos, el abogado del recurrente ha tratado de obstruir la acción de la justicia, pretendiendo con ello que el menor investigado no declare.

El procurador público a cargo de la Procuraduría Pública del Poder Judicial solicita que la demanda sea declarada improcedente porque se cuestiona una causa en giro y el accionante ha dejado consentir la Resolución 7, de fecha 28 de octubre de 2013. Por otra parte, sostiene que existen documentos en autos que dan asidero para ratificar que el accionante tiene una conducta obstruccionista. Agrega que, habiendo observado la jueza demandada todas las garantías procesales necesarias, no se evidencia vulneración de algún derecho fundamental, máxime cuando el menor favorecido no se encuentra privado de su libertad, sino en el hogar con sus padres.

El Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Tumbes, con fecha 28 de marzo de 2014, declara improcedente la demanda. Considera que si bien el recurrente; no se ha cumplido con investigar dentro de un plazo razonable, del caso concreto se desprende que tuvo oportunidad de anotar su oposición a las diligencias programadas, a lo cual añade que el accionante hizo uso de su derecho a la doble instancia o grado al apelar

la Resolución 7. El Juzgado señala que no es competente para pronunciarse sobre el archivo de lo actuado, más aún si aún no ha vencido el plazo de prescripción establecido en el artículo 222 del Código de los Niños y Adolescentes. Finalmente, argumenta que no puede utilizarse el proceso de *hábeas corpus* para cuestionar la demora de un trámite jurisdiccional, a efectos de determinar la situación jurídica del beneficiario, que no se encuentra detenido.

La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes confirma la apelada. Estimó que en estricto, el recurrente cuestiona la Resolución 7, de 28 de octubre de 2013, contra la cual interpuso recurso de apelación que se encuentra pendiente de resolución, de manera que, a la fecha de la demanda de *hábeas corpus*, no [habría agotado los medios impugnatorios propios de la judicatura ordinaria.

En el recurso de agravio constitucional el recurrente reitera que existe vulneración del derecho a ser investigado dentro de un plazo razonable de su menor hijo. Aquello toda vez que la investigación que se le sigue lleva más de 398 días calendario sin que se haya determinado su responsabilidad como autor de la infracción a la ley penal que se le imputa.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El recurrente solicita que se declare el archivo del proceso por infracción a la ley penal contra la vida, el cuerpo y la salud, lesiones culposas graves y abandono de persona en peligro, en la modalidad de omisión de socorro, que se sigue contra el menor favorecido R.A.M.R. (Expediente 0797-2013-0-260l-JR-FP-01). Alega la vulneración del derecho a ser investigado dentro de un plazo razonable.

Consideraciones previas

2. La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes desestimó la apelada. Consideró que a través del presente proceso de hábeas corpus que pretendía cuestionar la Resolución 7, de 28 de octubre de 2013, mediante el cual se declaró improcedente la oposición formulada. Contra dicha resolución se presentó recurso de apelación, que, a la fecha de interposición de la demanda, seguía pendiente de resolución.

3. Sobre el particular, el recurrente, en su escrito de fojas 116 de autos, manifiesta que, mediante Resolución de fecha 18 de febrero de 2014, la Sala Mixta de Emergencia de la Corte Superior de Justicia de Tumbes confirmó la Resolución 7. Dicho con otras palabras, la apelación presentada fue resuelta antes de presentada la demanda de hábeas corpus.

4. Al respecto, este Tribunal considera que el recurrente no ha solicitado la nulidad de la Resolución 7, sino el archivo del proceso seguido contra el menor favorecido. Esta pretensión ha sido sustentada en una supuesta vulneración al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable. Por ello, este Tribunal se pronunciará sobre la referida vulneración.

5. De otro lado, mediante Oficio 450-2015-SR-SALA-l/TC de fecha 25 de agosto de 2015, se solicito información a la Corte Superior de Justicia de Tumbes. Sin embargo, no se dio respuesta al referido oficio.

Análisis del caso

6. En el caso de autos, siendo el favorecido un menor, se deben tener presentes el artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes, el cual destaca la necesidad de tutelar el interés superior del niño y del adolescente en toda medida concerniente al niño y al adolescente, así como garantizar el respeto a sus derechos; y el artículo X del Código precitado, el cual establece que el Estado debe garantizar un sistema de justicia especializada para los niños y adolescentes, y que los casos sujetos a resolución judicial serán tratados como problemas humanos.

7. Según el artículo 192 del Código de los Niños y Adolescentes «En los procesos judiciales que se sigan al adolescente infractor se respetarán las garantías de la Administración de Justicia consagradas en la Constitución Política del Perú, la Convención sobre los Derechos del Niño, el presente Código y las leyes vigentes sobre la materia».

8. Asimismo, el artículo 221 del mismo Código prescribe que «El plazo mínimo e improrrogable para la conclusión del procedimiento, estando el adolescente interno, será de cincuenta días y, en calidad de citado, de setenta días».

9. El Tribunal Constitucional, en la sentencia dictada en el Expediente 295-2012-PHC/TC, ha precisado que "el derecho al plazo razonable de los procesos en general se encuentra expresamente reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.3.c) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8.1). Este último instrumento internacional establece que «toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro

carácter». En ese sentido, está fuera de toda duda que el contenido del derecho al plazo razonable del proceso despliega sus efectos jurídicos a todo tipo de proceso o procedimiento penal, civil, laboral, administrativo, corporativo, etc." (Fundamento jurídico 2).

10. Conviene además tener presente que si bien el proceso seguido contra el menor (R.A.M.R.) tiene una naturaleza distinta de la de un proceso penal propiamente \ dicho, ello no impide que en la investigación por infracción a la ley penal se respete el derecho a que esta se realice dentro de un plazo razonable.

11. El derecho a ser juzgado en un plazo razonable constituye una manifestación implícita del derecho al debido proceso el cual está expresamente recogido en la Constitución Política del Perú. Este Tribunal Constitucional, de acuerdo con las pautas ya establecidas en el Derecho Comparado al respecto, ha dejado establecido que para determinar la violación del contenido constitucionalmente protegido del mencionado derecho es menester analizar los siguientes elementos: a) la complejidad del asunto; b) la actividad o conducta procesal del interesado; y, c) la conducta de las autoridades judiciales. El análisis de estos elementos permitirá apreciar si el retraso o dilación es indebido o no.

12. Este Tribunal, en el fundamento 6 de la sentencia antes referida (Expediente 295- 2012-PHC/TC), se ha pronunciado respecto de la determinación de los extremos dentro de los cuales transcurre el plazo razonable del proceso penal. Allí ha precisado que "el cómputo del plazo razonable del proceso penal comienza a correr desde la apertura de la investigación preliminar del delito, la cual comprende la investigación policial o la investigación fiscal; o desde el inicio del proceso judicial en los casos de delitos de acción privada, por constituir el primer acto oficial a través del cual la persona toma conocimiento de que el Estado ha iniciado una persecución penal en su contra". La finalización del cómputo del plazo opera en el momento en que el órgano jurisdiccional expide la decisión definitiva que resuelve la situación jurídica de la persona.

13. En el presente caso, del análisis de los documentos que obran en autos y de las declaraciones de ambas partes, se desprende que la demanda debe ser estimada por las siguientes consideraciones:

    a) El 7 de junio de 2013, el fiscal solicitó apertura de proceso contra el menor favorecido por infracción a la ley penal contra la vida, el cuerpo y la salud, lesiones culposas graves y abandono de persona en peligro, en la modalidad de omisión de socorro (fojas 71). Mediante Resolución 1, de 14 de junio de 2013, se declara promovida la investigación contra el menor y se dicta

medida de protección en el hogar de sus padres, bajo el cumplimiento de determinadas reglas de conducta (fojas 79). Por escrito de fecha 7 de agosto de 2013, el recurrente se apersona a la referida investigación (fojas 35).

b) De la lectura de ambos documentos se aprecia que el proceso contra el menor no reviste de mayor complejidad, toda vez que involucra a un menor infractor y a un agraviado; y la dilucidación de los hechos que se le atribuyen, en principio, no implicaría mayor dificultad.

c) En cuanto a la actividad del procesado, que para el caso sería la actuación de la defensa del menor infractor, a fojas 83 y 87 de autos obran los escritos de apersonamiento y designación de abogado defensor. A fojas 88 corre el escrito de oposición; a fojas 90, el pedido para que se resuelva la referida oposición; y a fojas 95, el escrito de apelación contra la resolución que desestimó la oposición presentada. A fojas 102 de autos obra el escrito del abogado defensor, mediante el cual solicita a la jueza emplazada que determine en qué causal del artículo 109 del Código Procesal Civil se encuadra su supuesta conducta obstruccionista. A fojas 104 obra la Resolución 10, de fecha 19 de diciembre de 2013, la cual señala que debe cumplir con los deberes del artículo antes mencionado. Sin embargo, de los escritos antes mencionados no se advierte conducta obstruccionista de parte del recurrente ni de su abogado defensor.

d) En la Razón del secretario judicial, a fojas 91 de autos, de fecha 30 de setiembre de 2013, se menciona que existen diversos escritos pendientes de proveer, debido a que el secretario estuvo de vacaciones y luego de licencia. Además, se hace referencia a las recargadas labores jurisdiccionales y al turno permanente con que cuenta el juzgado a cargo de la investigación contra el menor favorecido. En dicha fecha, la jueza recién responde a los escritos presentados por el recurrente y por el agraviado; corre traslado de la oposición formulada al Ministerio Público y tiene por recibido el informe sociofamiliar y económico presentado por la trabajadora social. La Razón del secretario judicial evidencia que ha existido dilación del roceso atribuible al órgano judicial.

e) En las Resoluciones N.° 1, de 14 de junio de 2013 (f. 2); N.° 7, de 28 de octubre de 2013 (f. 92); y N.° 10, de 19 de diciembre de 2013 (f. 12), se programa y luego se reprograma por dos veces más la audiencia de esclarecimiento de los hechos y se dispone la realización de diferentes diligencias. De las referidas resoluciones se advierte que la audiencia de esclarecimiento

de hechos inicialmente señalada para el 27 de agosto de 2013, por lo menos, hasta el 11 de marzo de 2014, no pudo ser realizada.

f) La jueza demandada ha manifestado que la oposición formulada ha frustrado la investigación del proceso (f. 53). Dicho alegato podría justificar por qué no se realizó la audiencia de esclarecimiento de los hechos en la primera citación. Sin embargo, en autos no se aprecia que se haya hecho efectivo algún apercibimiento contra el recurrente o su abogado defensor por una conducta renuente a las citaciones del juzgado, o que otros medios de defensa o escritos presentados, conforme al derecho de defensa que le asiste al menor favorecido, hayan sido considerados maliciosos.

g) En el recurso de agravio constitucional de fecha 5 de agosto de 2014, el recurrente manifiesta que aún no se ha determinado la situación jurídica del menor favorecido.

14. Por lo expuesto, este Tribunal declara que la dilación ocurrida en el trámite del presente proceso viola el derecho del menor favorecido a ser investigado dentro de un plazo razonable, derecho parte del derecho a un debido proceso, expresamente recogido en el texto constitucional.

Efectos de la presente sentencia

15. Habiéndose constatado la vulneración del derecho a ser investigado dentro de un plazo razonable, corresponde, conforme a lo establecido en la sentencia dictada en el Expediente 295-2012-PHC/TC, ordenar al órgano jurisdiccional que conoce del Proceso 0797-2013-0-260 l-JR-FP-01 que, en un plazo máximo de quince días naturales, emita y notifique la resolución correspondiente, definiendo la situación jurídica del menor favorecido, bajo apercibimiento de que no pueda ser nuevamente investigado por los mismos hechos, por cuanto ello conllevaría la vulneración del principio *ne bis in idem*. La resolución que se emita deberá tener presente el artículo 222 del Código de los Niños y Adolescentes.

16. Asimismo, la presente sentencia deberá ser puesta en conocimiento del Consejo Nacional de la Magistratura y de la Oficina de Control de la Magistratura, a fin de que inicien las investigaciones pertinentes a la jueza que vulneró el derecho del menor favorecido a ser investigado dentro de un plazo razonable.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda;

2. Se ordena que la jueza demandada emita la resolución que corresponda en el proceso contra el menor favorecido R.A.M.R., por infracción a la ley penal contra la vida, el cuerpo y la salud, lesiones culposas graves y abandono de persona en peligro, omisión de socorro (Expediente 0797-2013-0-2601-JR-FP-01).

Publíquese y notifíquese.

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

Sentencia 07731-2013-PHC/TC

Proceso de hábeas corpus promovido por Carmen María Villanueva Polinar contra las resoluciones judiciales que la condenaron a 15 años de pena privativa de la libertad por delito de tráfico de drogas, al haberse acreditado la vulneración de su derecho a la defensa.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 06 de enero de 2017.

Fecha de la resolución: 9 de diciembre de 2015.

Resumen: El Tribunal Constitucional resolvió declarar fundada la demanda de Hábeas Corpus interpuesta por Walter Tolentino Villanueva en favor de Carmen María Villanueva Polinar, contra las resoluciones judiciales que la condenaron a 15 años de pena privativa de la libertad por delito de tráfico de drogas, al haberse acreditado la vulneración de su derecho a la defensa. Asimismo, el Tribunal ordenó el inicio de un nuevo juicio, el mismo que debe estar orientado por las garantías del debido proceso.

Al respecto, el Tribunal advirtió que, a pesar de la condición de quechuahablante de Villanueva Polinar, el juzgado que la sentenció no le asignó un intérprete y que su negativa a rendir declaraciones no solo se debió a su limitación para comunicarse en el idioma castellano, sino también a su falta de comprensión de lo que estaba ocurriendo en el proceso penal, por ser una persona analfabeta.

El TC consideró que las autoridades jurisdiccionales no le otorgaron una debida tutela en la medida que no ofrecieron las garantías necesarias a fin de evitar que el derecho a la defensa de la favorecida se encuentre plenamente protegido. Precisó que se debió exhortar al abogado para que no deje de asistir a ninguna de las audiencias y le comunique a Villanueva Polinar todo lo ocurrido en cada una de las etapas del proceso.

Además, el Tribunal reconoció el derecho de toda persona analfabeta a recibir la asistencia técnica de un abogado libremente elegido o uno de oficio y que el Estado no renuncie en ninguna circunstancia a su deber constitucional de otorgar defensa. Del mismo modo, que la autoridad judicial promueva las medidas necesarias a fin de que

pueda conocer la naturaleza, el objeto y alcances del proceso seguido en su contra y que garantice el conocimiento de las principales decisiones emitidas en el proceso, sin que sea suficiente el acto de notificación para dicho efecto.

En la presente sentencia se anexó el voto singular del magistrado Sardón de Taboada, quien consideró que la demanda debió declararse infundada, al evidenciarse que Villanueva Polinar sí conocía el idioma español.

Temas claves: Derecho al debido proceso — Derecho de defensa — Principio de contradicción.

EXP. N.° 07731-2013-PHC/TC
TUMBES
CARMEN MARÍA VILLANUEVA POLINAR

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 9 días del mes de diciembre de 2015, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Sardón de Taboada que se agrega.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Walter Tolentino Villanueva en representación de Carmen María Villanueva Polinar contra la resolución expedida por la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, de fojas 175, de fecha 17 de julio de 2013, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 3 de abril de 2013, Walter Tolentino Villanueva interpone demanda de hábeas corpus a favor de Carmen María Villanueva Polinar y la dirige contra los jueces del Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, Salazar Flores y Colmenares Urupeque, y contra los jueces de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, Torre Muñoz, Cerrón Rengifo y Guillermo Felipe. Alega la vulneración de los derechos al debido proceso y de defensa, por lo que solicita que se declaren nulas las resoluciones dictadas el 15 de agosto y el 6 de diciembre de 2012, respectivamente, por los emplazados.

Manifiesta que por resolución de fecha 15 de agosto de 2012 (f. 2), el Juzgado Penal Colegiado de Tumbes, por mayoría, condenó a Carmen María Villanueva Polinar y otros a quince años de pena privativa de la libertad por el delito contra la salud pública – tráfico ilícito de drogas; que interpuesto el recurso de apelación, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes confirmó la apelada mediante resolución de fecha 6 de diciembre de 2012 (f. 19); y que, por resolución

N.º Dieciséis, de fecha14 de enero de 2013 (f. 38), se declaró inadmisible el recurso de casación.

Alega que la favorecida es quechuahablante y que entiende mínimamente el idioma castellano, por lo que se debió asignarle un intérprete durante el proceso penal seguido en su contra. Sostiene que tampoco contó con un intérprete al rendir su declaración en las diligencias preliminares, y que dicha declaración fue introducida como prueba en el juicio oral. Señala también que la favorecida es una persona iletrada y que las resoluciones cuestionadas se han limitado a exponer un relato de hechos relacionados con el hallazgo de la droga en un ambiente diferente del ocupado por Carmen María Villanueva Polinar.

El procurador público adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, al contestar la demanda señala que el proceso penal contra la recurrente ha respetado las garantías del debido proceso y que la justicia constitucional no puede ser una instancia más en la que se pretenda extender nulidades o impugnaciones de un proceso judicial ordinario.

A fojas 125 de autos, obra el acta de la diligencia de toma de dicho a la favorecida, la misma que se llevó a cabo el 13 de mayo de 2013 y se registró en audio. En dicha diligencia, Carmen María Villanueva Polinar hizo referencia a su estado de salud de ese momento, al lugar donde la policía la intervino, al trabajo que tenía, a que no sabe ni leer ni escribir, que habla quechua y que recientemente no entiende el español, que su hijo tiene 24 años y habla español. Asimismo, el juez dejó registro de la participación de una interna que se constituyó en el ambiente donde se llevó a cabo la declaración y manifestó que conoce a la favorecida desde su ingreso y que sí habla bien el español.

El Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, mediante resolución de fecha 29 de mayo de 2013 (f. 134), declaró infundada la demanda por considerar que en la toma de dicho se acreditó que la favorecida habla y entiende los idiomas castellano y quechua; que ella misma declaró que su hijo habla español y que otra interna declaró que siempre se comunicaron en español; también se consideró que la favorecida durante el proceso penal en su contra haya contado con la asesoría de tres abogados y que no se ha acreditado que haya necesitado un intérprete.

A su turno, la recurrida confirmó la apelada por similares fundamentos.

FUNDAMENTOS

§. Delimitación del petitorio y determinación de la controversia

1. Del contenido de la demanda queda establecido que el petitorio del hábeas corpus está dirigido a que se declare la nulidad de la resolución expedida por el Juzgado Penal Colegiado de Tumbes, de fecha 15 de agosto de 2012, que, por mayoría, condenó a quince años de pena privativa de la libertad a Carmen María Villanueva Polinar por el delito contra la salud pública – tráfico ilícito de drogas; así como de la resolución confirmatoria de fecha 6 de diciembre de 2012, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes. Se alega la vulneración del derecho de defensa, toda vez que la demandante es quechuahablante y debió ser asistida por un intérprete.

2. En tal sentido, la controversia en el presente caso está vinculada con el desarrollo del proceso penal seguido a la favorecida y las garantías otorgadas a su defensa tomando en cuenta su condición de quechuahablante. No obstante, este Tribunal observa que Carmen María Villanueva Polinar también es una persona analfabeta, por lo que considera que dicha situación ha podido incidir de manera negativa en el ejercicio debido de su defensa, en la medida que tendría limitaciones para la comprensión de su situación jurídica. Por ello, en atención a lo prescrito por el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, este Tribunal es de la opinión que el pronunciamiento a emitir en el presente caso, si bien tiene como eje principal el análisis de una supuesta afectación al derecho de defensa, ello no se podrá llevar a cabo sin verificar cuáles habrían sido las consecuencias de procesar penalmente a una persona quechuahablante y analfabeta sin la debida asistencia técnica para el efecto.

§. Sobre el derecho de defensa

3. La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8 inciso d) reconoce el derecho de defensa como aquel "derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor". En tanto que el artículo 139 inciso 14 de la Constitución lo enuncia del siguiente modo: "El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente, y por escrito, de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad".

4. Sobre el derecho de defensa, este Tribunal ha señalado en su jurisprudencia que "constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su

vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés" (Cfr. SSTC N.º 5085-2006-PA, 4719-2007-HC, entre otras).

5. Asimismo, cabe recordar que el contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos.

§. Sobre el derecho a usar el propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete

6. Lo establecido en los fundamentos precedentes referido al derecho de defensa no sería posible si, en el seno de un proceso, no se nombra intérprete a aquella parte que tiene como idioma propio uno distinto al castellano y, en consecuencia, no tiene la posibilidad de entender el idioma usado en los tribunales, a fin de ejercer su derecho de defensa constitucionalmente protegido.

7. En esa línea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14.3 ha dejado establecido las siguientes garantías mínimas para las personas: "a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella", y "f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal". En tanto que, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce en el artículo 8.2.a el "derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal".

8. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999 ha señalado que "la evolución del procedimiento ha sido constante y notable en el medio siglo transcurrido después de la Segunda Guerra Mundial. De esto hay abundantes testimonios. El derecho a contar con defensa en el proceso se ha visto ampliado y enriquecido por el derecho a disponer de abogado desde el primer momento de la detención. El derecho a conocer los motivos del procedimiento se ha ensanchado con el derecho a disponer de traductor cuando no se conoce el idioma en el que aquél se desarrolla". En tanto que en la Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de

agosto de 2002, ha precisado que el derecho de defensa "incluye varios derechos; contar con el tiempo y los medios para preparar la defensa, tener intérprete o traductor, ser oído, conocer la acusación e interrogar y presentar testigos".

9. La Constitución, como ya ha tenido ocasión de precisar este Tribunal en las SSTC N.º 4719-2007-HC y 4789-2009-HC, no es solo una obra normativa, sino que en su dimensión *cultural* es "expresión de un estado de desarrollo cultural, medio de la auto representación cultural del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas", que contiene en su seno distintas reglas como expresión de su identidad cultural fundada en la diversidad. De ahí que el artículo 2 inciso 19 de la Constitución establece en su segundo párrafo que "Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad". Con esta norma constitucional se busca asegurar el respeto de los derechos culturales y las garantías mínimas de los procesados, a fin de que puedan ejercer sus derechos fundamentales como es el caso del derecho de defensa.

10. Por tanto, se desprende de lo expuesto que el ejercicio del derecho de defensa no es posible si al recurrente no se le designa traductor o intérprete, y –acorde a la Convención Americana– que este derecho es una garantía mínima del procesado para el respeto de su derecho al debido proceso y a su identidad cultural, en consecuencia, para su validez. Así lo ha entendido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando ha señalado que "toda declaración de una persona que no comprenda o no hable adecuadamente el idioma en el cual esta le es tomada, carece de valor" (Informe sobre la situación de los Derechos Humanos de un sector de la población nicaragüense de origen Mismito, 1983. Parte II, secc., D, párr. 17 d).

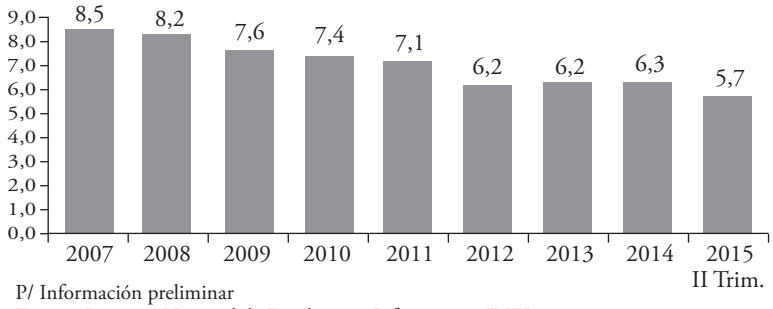
§. El derecho de las personas analfabetas a no dejar de ser asistidas por un abogado y a una debida defensa acorde a su condición

11. Para las Naciones Unidas, una persona analfabeta es aquella que no puede leer ni escribir un breve y simple mensaje que guarda relación con su vida diaria[1]. También lo es, aquella que solo puede leer pero no escribir, o puede escribir pero no leer. A pesar de que existe la obligación constitucional del Estado peruano de garantizar la erradicación del analfabetismo (artículo 17 *in fine*), y que la educación básica es un derecho fundamental; si bien es cierto en las últimas décadas este de-

1 Consulta en línea http://unstats.un.org/unsd/demographic/products/socind/illiteracy.htm

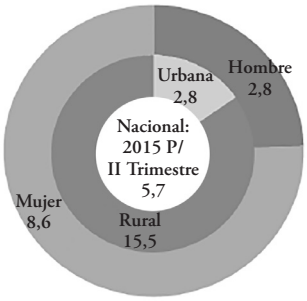
recho es ejercido por la mayoría de personas, en el Perú todavía hay muchos niños y jóvenes que no asisten a los centros educativos. Así lo demuestran las últimas cifras sobre analfabetismo del Instituto Nacional de Estadística e Informática[2]:

Perú: Tasa de analfabetismo de la población de 15 y más años de edad, 2007 - 2015
Peru: Illiteracy rate of the population aged 15 and over 2007 - 2015
Porcentaje de total / *Percentage of total*



P/ Información preliminar
Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI.

Perú: Tasa de analfabetismo de la población de 15 y más años de edad según área de residencia y sexo, 2015 - II Trimestre
Peru: Illiteracy rate of the population aged 15 and over by residence area and sex 2014 - II Quarter
Porcentaje / *Percentage*



P/ Información preliminar para el año 2015
Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI.

12. Como se aprecia, a pesar de que el analfabetismo se ha ido reduciendo (5.7 %), todavía no podría afirmarse que el Perú es un país libre de este si se toma en cuenta que la ONU fija como parámetro para el efecto un porcentaje no superior al 5%. Por lo que la obligación constitucional de articular desde el Estado las medidas necesarias para alcanzar esa concreta política pública educativa como

2 Consulta en línea https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1292/libro.pdf

es la erradicación total del analfabetismo, debe ser cumplida de manera comprometida y efectiva. Más aún porque la alfabetización constituye un requisito necesario para la defensa, desarrollo de habilidades y materialización de derechos implicados en el ejercicio de una ciudadanía plena. Hace posible que las personas puedan acceder, elegir y apropiarse de las oportunidades que ofrece la vida en sociedad, y a la vez, enriquecerla, a través de su participación activa[3].

13. Ahora bien, en el marco de las relaciones procesales, es decir, tratándose de controversias judiciales, el Estado tiene la obligación de procurar a las personas analfabetas una protección especialmente garantista, ello, por cuanto, al estar desnaturalizada su capacidad de comprensión por no contar con las herramientas cognitivas necesarias, tal condición especial las coloca en una situación de desventaja frente a la otra parte. Con dicha protección, el Estado no solo justifica su inacción social en materia educativa, sino que habilita la posibilidad de que las personas analfabetas asistan a un proceso en mejores condiciones y puedan exigir de manera efectiva el respeto de sus derechos.

14. En tal sentido, a partir del contenido del derecho al debido proceso y del deber constitucional de garantizar la defensa de las personas en juicio, más aún, cuando se trata de personas analfabetas, este Tribunal entiende que entre dicho derecho y tal deber existe una relación que bien puede ser expresada en el derecho de las personas analfabetas a no dejar de ser asistidas por un abogado y, por tanto, a recibir una debida defensa acorde a su condición en los procesos judiciales. Es decir, se puede considerar, sin necesidad de apelar a la cláusula de los derechos *no enumerados* o *derechos no escritos* recogida en el artículo 3 de la Constitución que está reservada solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que, en modo alguno, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita (Cfr. STC N.° 0895-2001-AA, F.J. 5); que el derecho de defensa supone la existencia del derecho que tienen las personas analfabetas a no dejar de ser asistidas por un abogado y, por tanto, a recibir una debida defensa acorde a su condición en los procesos judiciales.

15. En tal sentido, corresponderá al Tribunal Constitucional determinar el contenido esencial de dicho derecho, es decir, ese núcleo mínimo que resulta indisponible y, por consiguiente, proyectado como vinculante, directamente, desde el

3 Cfr. Sistema de Información de Tendencias Educativas en América Latina (1993) "El analfabetismo en América Latina". En línea: http://www.siteal.iipe-oei.org/sites/default/files/siteal_datodestacado20130218.pdf

artículo 139 incisos 14 y 16 de la Constitución. Por tanto, a criterio del Tribunal, *prima facie* y sin perjuicio de ulteriores precisiones jurisprudenciales que pueda ser de recibo realizar, pertenece al contenido esencial del derecho fundamental a ser asistida por un abogado y a recibir una debida defensa acorde a su condición, el derecho de toda persona analfabeta a:

a) Recibir la asistencia técnica de un abogado libremente elegido o uno de oficio; y, en este último supuesto, a que el Estado no renuncie en ninguna circunstancia a su deber constitucional de otorgar defensa.

b) Que la autoridad judicial promueva las medidas necesarias a fin de que pueda conocer la naturaleza, el objeto y alcances del proceso seguido en su contra.

c) Que la autoridad judicial le garantice el conocimiento de las principales decisiones emitidas en el proceso, no siendo suficiente el acto de notificación para dicho efecto.

§. Análisis del caso

16. Como ya se ha señalado en el fundamento 2 *supra*, la controversia en el presente caso está vinculada con el desarrollo del proceso penal seguido a la favorecida y las garantías otorgadas a su defensa, tomando en cuenta su condición de quechuahablante y analfabeta.

17. De los documentos que obran en autos, este Tribunal advierte que: **i)** a pesar de que la favorecida declaró ser quechuahablante y que entiende mínimamente el español (f. 4), versión que también ratificó su abogado (f. 13), el Juzgado que sentenció no le asignó un intérprete tal como su condición lo exigía; **ii)** en el voto singular emitido en la sentencia condenatoria por el juez Burneo Carrasco (f. 18), este señaló que en la investigación penal se había incurrido en varias irregularidades atribuidas al Ministerio Público y a la Policía, y advirtió también de la ausencia del abogado defensor en la mayor parte de las actuaciones; y, **iii)** a fojas 78 obra el acta de lectura de sentencia expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes donde se dejó constancia de la ausencia del abogado defensor a la audiencia.

18. Adicionalmente el Tribunal verifica que la negativa de la recurrente a rendir declaraciones (f. 4), no solo se debió a su limitación para comunicarse en el idioma castellano, sino también a su falta de comprensión de lo que estaba ocurriendo en el proceso penal por ser una persona analfabeta.

19. Al respecto el Tribunal observa que las autoridades jurisdiccionales no otorgaron una debida tutela en la medida que no ofrecieron las garantías necesarias, a fin

de que el derecho de defensa de la recurrente en su calidad de analfabeta y quechuahablante se encuentre plenamente protegido. En opinión del Tribunal, la autoridad judicial debió asignar un intérprete a la favorecida para que pueda comunicarse correctamente y sin limitaciones con el objeto de que pueda ser oída en el proceso; asimismo, debió exhortar al abogado para que no deje de asistir a ninguna de las audiencias y le comunique a la favorecida todo lo ocurrido en cada una de las etapas del proceso, dejando expresa constancia de ello.

20. Por lo expuesto, este Tribunal declara que en el presente caso se ha vulnerado el derecho de defensa de la favorecida Carmen María Villanueva Polinar.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda; y, en consecuencia nula la resolución expedida por el Juzgado Penal Colegiado de Tumbes, de fecha 15 de agosto de 2012, en el extremo que, por mayoría, condenó a quince años de pena privativa de la libertad a Carmen María Villanueva Polinar por el delito contra la salud pública – tráfico ilícito de drogas; así como nula de la resolución confirmatoria de fecha 6 de diciembre de 2012, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes.

2. Ordenar el inicio de un nuevo juzgamiento por el delito contra la salud pública – tráfico ilícito de drogas a la favorecida, el mismo que debe estar orientado por las garantías del debido proceso, preservándose una especial protección a su derecho de defensa de conformidad con lo señalado en esta sentencia.

3. Precisar que la expedición de la presente sentencia no genera como consecuencia la puesta en libertad de Carmen María Villanueva Polinar.

Publíquese y notifíquese.

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

EXP. N.° 07731-2013-PHC/TC
TUMBES
CARMEN MARIA VILLANUEVA POLINAR

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con el debido respeto hacia la opinión vertida por mis colegas magistrados, emito el siguiente voto singular, al no concordar con los argumentos ni con el fallo de la sentencia de mayoría.

De conformidad con el artículo 2, inciso 19, de la Constitución Política del Perú, todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad, mediante un intérprete.

Sustentándose en tal dispositivo constitucional, la recurrente sostiene que, al ser quechuahablante, debió asignársele un intérprete en el proceso penal seguido en su contra por el delito de tráfico ilícito de drogas.

Ciertamente, el derecho de defensa se vulneraría si, en el seno del proceso penal, no se hubiera asignado un intérprete a un procesado que tiene como idioma uno distinto al castellano.

Empero, en el presente caso no había tal necesidad, puesto que la recurrente conocía el castellano: en la sentencia de fecha 15 de agosto de 2012 (fojas 62) se señala que, en el acto de instalación del juzgamiento, se le preguntó si reconocía su responsabilidad en el delito imputado, y manifestó que se consideraba inocente.

Además, en la sesión de fecha 17 de julio de 2012, la recurrente señaló nuevamente que era inocente y que no declararía en el juicio. Así, se dispuso la lectura de las declaraciones efectuadas en la investigación preparatoria. En la de fecha 14 de noviembre de 2011, la recurrente señaló que entiende a medias el castellano.

En el considerando noveno de la sentencia, los jueces superiores señalaron que durante el juicio oral la recurrente respondió las preguntas que le efectuaron y en ningún momento se acercó a su abogado para que le traduzca o aclare lo que no comprendía.

Finalmente, en el acta de toma de dicho de la sentencia (fojas 125) la recurrente ma-

nifestó que su hijo habla castellano, de lo cual se deduce que comprende este idioma para comunicarse con él. Además, otra procesada que conoció a la recurrente manifestó que se comunicaba con ella en idioma castellano.

Por estos motivos, considero que la demanda debe ser declarada **INFUNDADA.**

S.
SARDÓN DE TABOADA

Sentencia 0455-2014-PHD/TC

Proceso de hábeas data promovido por Floro Medina Mauricio. El Tribunal declaró fundada la demanda sobre el derecho de autodeterminación informativa.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 21 de febrero de 2017.

Fecha de la resolución: 10 de mayo de 2016.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de Hábeas Data interpuesta por Floro Medina Mauricio y, en consecuencia, ordenó a la ONP que proceda a efectuar la búsqueda de datos del recurrente en los términos solicitados.

La controversia generada en el presente caso está referida a determinar si le corresponde al actor acceder a la información respecto de su vida laboral desde enero de 1963 hasta diciembre de 1992.

Al respecto, el Tribunal Constitucional dictaminó que se había transgredido el derecho a la autodeterminación informativa, ya que, sin justificación alguna, la ONP incumplió la Ley 29733, Ley de Protección de Datos Personales y, además, porque, pese a que se comprobó que resguardaba el expediente perteneciente al recurrente, no atendió oportunamente lo solicitado por este.

Se agregó el fundamento de voto del magistrado Urviola Hani, quien manifestó que, si bien estimaba la demanda, era pertinente ordenar la entrega de la copia del expediente administrativo antes citado, en formato CD-ROM, así como el desglose de las copias de los documentos adjuntados para su correspondiente entrega al demandante, con los costos procesales a su favor.

Tema clave: Derecho de autodeterminación informativa.

EXP. N.° 00455-2014-PHD/TC
PIURA
FLORO MEDINA MAURICIO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a 10 día del mes de mayo de 2016, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa- Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, y con el fundamento de voto del magistrado Urviola Hani que se agrega.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Floro Medina Mauricio, contra la resolución de fojas 102, su fecha 12 de noviembre de 2013, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, que revocando la apelada declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 25 abril de 2013, el recurrente interpuso demanda de hábeas data contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP) solicitando el acceso a la información de los periodos de aportaciones afectos al Sistema Nacional de Pensiones de la relación laboral que mantuvo con sus empleadores; y que, como consecuencia de ello, se extracte el periodo laborado desde enero de 1963 hasta diciembre de 1992. Manifiesta que con fecha 8 de abril de 2013, requirió la información antes mencionada, la emplazada ha lesionado su derecho de acceso a la información pública al negarse a responder su pedido de información.

La ONP se allanó al proceso y manifestó haber iniciado el trámite para que, en un corto plazo, pueda presentar el expediente administrativo del actor al juzgado.

El Juzgado Civil de Paita de la Corte Superior de Justicia de Piura, con fecha 19 de julio de 2013, rechazó el allanamiento planteado por no haber cumplido el procedimiento correspondiente; y, con fecha 31 de julio de 2013, declaró improcedente la

demanda, por considerar que el pedido resulta ambiguo, mas aun cuando el actor no ha detallado los empleadores para los cuales laboró.

A su tumo, la Sala revisora revocó la apelada y declaró infundada la demanda por estimar que la ONP no tiene en su poder la información solicitada, más aun cuando el actor no cumplió con adjuntar medio probatorio del que pueda inferirse lo contario.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio y **procedencia de la demanda**

1. El actor solicita el acceso a la información de los periodos de aportaciones afectados por el Sistema Nacional de Pensiones durante la relación laboral que mantuvo con sus empleadores; y que, como consecuencia de ello, se extracte el periodo laborado entre el mes de enero de 1963 a diciembre de 1992.

2. Con el documento de fecha cierta de fojas 3 a 6, se acredita que el recurrente ha cumplido con el requisito especial de la demanda de hábeas data previsto en el artículo 62 del Código Procesal Constitucional, razón por la que corresponde emitir una decisión sobre el fondo.

Análisis de la controversia

3. Conforme se aprecia del petitorio de la demanda, lo que el actor pretende es acceder a información que la emplazada custodiaría respecto de su vida laboral desde enero de 1963 hasta diciembre de 1992, situación que evidencia que el derecho que el recurrente viene ejerciendo es el de autodeterminación informativa, y no el de acceso a la información pública, como erróneamente lo invoca.

   Al respecto, este Colegiado, en anterior jurisprudencia, ha establecido que

   > (...) la protección del derecho a la autodeterminación informativa a través del hábeas data comprende, en primer lugar, la capacidad de exigir jurisdiccionalmente la posibilidad de acceder a los registros de información, computarizados o no, cualquiera que sea su naturaleza, en los que se encuentren almacenados los datos de una persona. Tal acceso puede tener por objeto que se permita conocer qué es lo que se encuentra registrado, para qué y para quién se realizó el registro de información así como la (o las) persona(s) que recabaron dicha información. En segundo lugar el hábeas data puede tener la finalidad de agregar datos al registro que se tenga, sea por la necesidad de que se actualicen los que se encuentran registrados, o con el fin de que se incluyan aquellos no registrados, pero que son necesarios para que se tenga una cabal referencia sobre la imagen e identidad de la persona afectada. Asimismo con el derecho en referencia, y en defecto de él, mediante el hábeas data, un individuo puede rectificar la información, personal

> o familiar, que se haya registrado; impedir que esta se difunda para fines distintos de aquellos que justificaron su registro o, incluso tiene la potestad de cancelar aquellos que razonablemente no debieran encontrarse almacenados. (STC N.° 03052-2007-PHD/TC, fundamento 3)

Respecto del acceso a la información materia de tratamiento de datos, el artículo 19º de la Ley de Protección de Datos Personales (Ley N.° 29733), dispone que

> El titular de datos personales tiene derecho a obtener la información que sobre sí mismo sea objeto de tratamiento en bancos de datos de administración pública o privada, la forma en que sus datos fueron recopilados, las razones que motivaron su recopilación y a solicitud de quién se realizó la recopilación, así como las transferencias realizadas o que se prevén hacer de ellos.

El actor, con fecha 8 de abril de 2013 (f. 3 a 6), requirió a la ONP la entrega de la información materia de la demanda, pedido que no mereció respuesta oportuna por la parte emplazada, razón por la cual, con fecha 25 de abril de 2013, interpuso la presente demanda de hábeas data, sosteniendo que la emplazada contaría con mayor información sobre las aportaciones que habría efectuado durante el periodo desde enero de 1963 a diciembre de 1992, dado que en virtud del artículo 13 del Decreto Ley N.° 19990, tiene el deber de mantener actualizadas sus bases de datos, incluida la de la Orcinea.

5. Mediante escrito de contestación de fecha 11 de junio de 2013, la ONP se allanó al proceso y manifestó haber iniciado el trámite para que, en corto plazo presente el expediente administrativo N.° 00200255906 al juzgado; sin embargo, no cumplió con el procedimiento legal necesario para la admisión de su pedido, ni cumplió con el referido ofrecimiento, razón por la cual, mediante auto de fecha 19 de julio de 2013, el juez *a quo* resolvió tener por no presentado el pedido de allanamiento.

6. Efectuada la búsqueda en link de la ONP virtual (https://app.onp.gob.pe/conp-virtual/NPensInfoEstTramiteAction.do?tipoBusq=Tepo. visitado con fecha 6 de mayo de 2014), este Tribunal ha podido verificar la emplazada resguarda el expediente administrativo N.° 00200255906, perteneciente al recurrente, confirmándose así la existencia de información del demandante en custodia de la ONP.

7. En tal sentido, se advierte que la emplazada ha omitido efectuar la búsqueda de la información requerida por el actor para darle a conocer sí mantenía o no en sus bases de datos, la información referente a su pedido, situación que para este Tribunal acredita de modo claro la lesión de su derecho. Ello porque del requerimiento del demandante no se evidencia pretensión alguna de reconocimiento de

aportaciones, sino que se le dé a conocer los datos que la ONP custodia sobre sus aportes de enero de 1963 a diciembre de 1992; esto en ejercicio de su derecho de autodeterminación informativa y no de su derecho de acceso a una pensión.

8. Por otro lado, también se verifica que en el pedido que efectuara el actor el 8 de abril de 2013 (f. 3 a 6), se define claramente su identidad, su dirección domiciliaria real y legal, cuáles son los datos que requiere y el compromiso de asumir los gastos en que se incurra para su reproducción. Dicha solicitud en modo alguno evidencia algún requerimiento de acceso a datos sensibles de terceros o que se vinculen a información materia de excepción del artículo 4 del Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales (Decreto Supremo N.° 003-2013-JUS); razón por la cual, no se puede identificar un supuesto legítimo para validar alguna restricción de acceso a la información requerida. Cabe precisar que si bien los supuestos de excepción que regula el Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales no se encontraban vigentes a la fecha en la que el actor requirió el acceso a sus datos, dichos supuestos sí se encontraban regulados en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que, en todo caso, pudieron haber sido invocados por la ONP para justificar -válidamente si ese hubiera sido el caso- la negativa de entrega de los datos requeridos.

9. En consecuencia, dado que a través del proceso de hábeas data de cognición o de acceso a datos, todo ciudadano tiene la posibilidad de solicitar el control de la renuencia de las entidades públicas y privadas de proporcionar los datos que resguarden; y que, en el presente caso, se advierte que la negativa de la ONP respecto de la petición del actor no encuentra justificación alguna, pues de acuerdo con la Ley de Protección de Datos Personales (Ley N.° 29733) como entidad pública tiene la obligación de brindar el acceso a los datos personales que resguarde en sus bancos de datos físicos o virtuales siempre y cuando no se produzca alguna situación razonable de restricción de dichos datos, este Tribunal considera que, en el presente caso, se ha lesionado el referido derecho, por lo que corresponde disponer que la ONP efectúe la búsqueda correspondiente de los datos del actor en cada uno de sus bancos de datos y proceda a informarle sobre sus resultados.

10. En la medida que en autos, se ha evidenciado la lesión del derecho invocado, corresponde ordenar que la ONP asuma el pago de los 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 vulneración del derecho de autodeterminación informativa de don Floro Medina Mauricio.

2. **ORDENAR** a la Oficina de Normalización Previsional que proceda a efectuar la búsqueda de datos del recurrente en los términos que los ha solicitado y le informe sobre su resultado; más el pago de los costos procesales.

Publíquese y notifíquese.

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

EXP. N.° 00455-2014-PHD/TC
PIURA
FLORO MEDINA MAURICIO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI

Coincido con lo resuelto por mis colegas en que se estime la presente demanda; sin embargo, me permito hacer algunas precisiones:

1. Si bien mediante Resolución 3, de fecha 19 de julio de 2013 (f. 51), el Juzgado Especializado Civil de Paita resolvió tener por no presentado el escrito de allanamiento presentado por la demandada, pues no cumplió con el procedimiento legal necesario ni con el ofrecimiento; sin embargo, y ante este Tribunal, con fecha 21 de mayo de 2014, aquella adjuntó el Expediente Administrativo 00200255906 en formato digital, así como copias de los documentos relacionados a los periodos de aportes del legajo administrativo del demandante.

2. En tal sentido, considero que lo que corresponde en autos es ordenar la entrega de la copia del citado expediente administrativo digitalizado en formato de CD-ROM, así como el desglose de las copias de los documentos adjuntados para su correspondiente entrega al demandante, con costos procesales a su favor.

S.
URVIOLA HANI

Sentencia 0412-2014-PHD/TC

Proceso de hábeas data promovido por Luis Alberto Otero López. El Tribunal declaró fundada la demanda sobre el derecho de autodeterminación informativa

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 14 de febrero de 2017

Fecha de la resolución: 11 de octubre de 2016

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de Hábeas Data interpuesta por Luis Alberto Otero López y, en consecuencia, ordenó la copia del Expediente Administrativo 00200239202, digitalizado en formato CD-ROM.

En el presente caso, el objeto de controversia fue determinar si la ONP transgredió el derecho de autodeterminación informativa, al omitir la búsqueda requerida por el actor respecto a su vida laboral entre el mes de enero de 1960 y el mes de diciembre de 1992.

Al respecto, el Tribunal concluyó que la ONP vulneró el derecho de autodeterminación informativa mencionado, por cuanto omitió la búsqueda de la información requerida que, conforme se aprecia, sí tenía bajo su custodia.

Tema clave: Derecho de autodeterminación informativa.

EXP. N.° 00412-2014-PHD/TC
PIURA
LUIS ALBERTO OTERO LÓPEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a 11 días de octubre de 2016, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Luis Alberto Otero López
830 contra la resolución de fojas 103, de fecha 12 de noviembre de 2013, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 25 de abril de 2013, don Luis Alberto Otero López interpone demanda de *habeas data* contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP) solicitando tener acceso a la información de sus periodos de aportaciones afectos al Sistema Nacional de Pensiones y que, como consecuencia de ello, se extracte el periodo laborado desde el mes de enero de 1960 hasta el mes de diciembre de 1992. Manifiesta que, con fecha 8 de abril de 2013, requirió la información antes mencionada; sin embargo, la emplazada ha lesionado su derecho de acceso a la información pública al negarse a admitir su pedido de información y al devolver los documentos que presentó, arguyendo que no cumplía con los requisitos de la Ley 27444 y el TUPA de la ONP.

La ONP se allana a la demanda y ofrece presentar el expediente administrativo del demandante en el más corto plazo.

El Juzgado Civil de Paita, con fecha 19 de julio de 2013, rechazó el allanamiento planteado; y, con fecha 31 de julio de 2013, declaró improcedente la demanda porque se está solicitando que la entidad produzca información, lo que no es compatible con el *hábeas data*.

A su turno, la Sala revisora declaró infundada la demanda por considerar que el demandante no ha demostrado fehacientemente que la demandada haya incurrido en una conducta arbitraria, ya que en la demanda el actor no ha precisado el nombre de sus empleadores ni el periodo laborado para cada uno de ellos.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio y **procedencia de la demanda**

1. Mediante la demanda de autos, el recurrente solicita el acceso a la información de los periodos de aportaciones afectados por el Sistema Nacional de Pensiones de la relación laboral que mantuvo con sus empleadores que la ONP custodiaría, y que, como consecuencia de ello, se extracte el periodo laborado del mes de enero de 1960 al mes de diciembre de 1992.

Análisis de la controversia

2. Conforme se aprecia del petitorio de la demanda, lo que el actor pretende es acceder a información que la emplazada custodiaría respecto de su vida laboral entre el mes de enero de 1960 al mes de diciembre de 1992, situación que evidencia que el derecho que el recurrente viene ejerciendo es el de autodeterminación informativa y no el de acceso a la información pública, como erróneamente lo invoca.

3. Mediante escrito de fecha 12 de agosto de 2013, la emplazada adjuntó al proceso el Expediente Administrativo 00200239202 digitalizado en formato de CD-ROM, iniciado en virtud de la petición de reconocimiento de aportes y otorgamiento de pensión.

4. Este Tribunal advierte que, en la medida que la información acotada ha sido presentada dentro de un proceso judicial, su contenido se tiene por cierto mientras no se determine su nulidad o falsedad; en ese sentido, tanto quienes certifican su contenido así como quienes suscriben los documentos precitados serán pasibles de las sanciones que correspondan en caso se determine su responsabilidad administrativa o judicial.

5. Lo antes expuesto, para este Tribunal Constitucional, evidencia que la ONP omitió la búsqueda de la información requerida por el actor para darle a conocer si mantenía o no en sus bases de datos la información referente a su pedido. En consecuencia, queda acreditada la violación de su derecho de autodeterminación informativa.

6. Habiéndose acreditado la lesión del derecho a la autodeterminación informativa, corresponde ordenar que la ONP asuma el pago por los 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.

7. Finalmente, cabe precisar que en la ejecución de la presente sentencia no se puede exigir ni obligar a la ONP a generar mayor información del periodo que el demandante viene requiriendo, pues el alcance del proceso de *habeas data* de cognición o acceso a los datos personales únicamente se manifiesta respecto de la información que la entidad emplazada mantiene en custodia.

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 autodeterminación informativa de don Luis Alberto Otero López.

2. **ORDENAR** la entrega de la copia del Expediente Administrativo 00200239202 digitalizado en formato de CD-ROM.

3. **CONDENAR** a la **ONP** al pago de costos procesales

Publíquese y notifíquese.

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

Sentencia 5920-2014-PC/TC

Proceso de cumplimiento promovido por Doris Marlene Flores Flores. El Tribunal declaró fundada la demanda sobre el derecho a la eficacia del acto administrativo.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 3 de marzo de 2017.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de acción de cumplimiento interpuesta por Doris Marlene Flores Flores. En ese sentido, ordenó a la Dirección Regional de Salud de Morropón, Chulucanas, que cumpla con lo dispuesto en la Resolución Directoral 406-2013/GOB REG. PIURA-DRSP. DR eds-MCH-DE-ODI-AL-UREH, así como con el abono de los costos del proceso e intereses legales.

La controversia del presente caso fue definir si correspondía ordenar el cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución Directoral 406-2013/GOB REG. PIURA-DRSP. DR eds-MCH- DE-ODI-AL-UREH, mediante la cual se le reconoció a la demandante el pago de una deuda total devengada de la bonificación especial dispuesta por el Decreto de Urgencia 037-94, y los incrementos de los decretos de urgencia 090-96, 073-97 y 011-99.

Tras concluir que el mandato materia de la presente acción cumple con los requisitos apuntados en la sentencia emitida en el Expediente 0168-2005-PC/TC y que, conforme al Decreto de Urgencia 037-94, la recurrente sí estaba habilitada para recibir la bonificación que dicho decreto otorga, el Tribunal sentenció que en este caso se vulneraron los derechos alegados, al no haberse dado cumplimiento a la resolución en cuestión.

Tema clave: Derecho a la eficacia del acto administrativo.

EXP. N.° 05920-2014-PC/TC
PIURA
DORIS MARLENI FLORES FLORES

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, al primer día de julio de 2016, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento de la magistrada Ledesma Narváez, aprobado en la sesión de pleno de fecha 24 de junio de 2016.

ASUNTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Doris Marleni Flores Flores contra la resolución de fojas 134, de fecha 10 de octubre de 2014, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 20 de mayo de 2014, la demandante interpone demanda de cumplirmento contra el Director Ejecutivo de la Red de Salud de Morropón, Chulucanas, con el objeto que se cumpla con el acto administrativo contenido en la Resolución Directoral 406-2013/GOB.REG.PIURA-DRSP.DRedS-MCH-DE-ODI-AL- UREH, de fecha 6 de mayo de 2013, y que se ordene el pago de la suma ascendente a S/. 28616.91 (veintiocho mil seiscientos dieciséis y 91/00 soles), por concepto de deuda devengada de la bonificación establecida en el Decreto de Urgencia 037-94 y los incrementos dispuestos en los Decretos de Urgencia 090-96, 073-97 y 011-99, más los intereses legales generados desde el 1 de abril de 1996 y costos del proceso, puesto a que hasta la fecha, pese haberse requerido el pago, este no se ha hecho efectivo.

El procurador público del Gobierno Regional de Piura, contesta la demanda y solicita que se declare infundada, porque la entidad demandada no cuenta con presupuestó para proceder al pago que reclama la actora, pretensión que se encuentra supeditado

al principio de legalidad presupuestaria, es decir, a la disponibilidad presupuestaria de la entidad pública obligada.

El director gerente de la dirección emplazada contesta la demanda y señala que el pago del monto reclamado está condicionado a un trámite administrativo ante el Gobierno Regional de Piura a fin de que sea considerado en el respectivo pliego presupuestal.

El Tercer Juzgado Civil de Piura, con fecha 11 de julio de 2014, declara fundada la demanda por estimar que la resolución administrativa cuyo cumplimiento se solicita constituye un acto administrativo firme y contiene un mandato claro, cierto, expreso, incondicional y vigente, que no ha sido cuestionado por la Administración, pues no ha hecho uso de su facultad de nulidad.

La Sala superior revoca la apelada, y declara improcedente la demanda por considerar que la resolución administrativa no cumple con los requisitos señalados en la sentencia emitida en el Expediente 00168-2005-PC/TC.

En su recurso de agravio constitucional la actora reitera los argumentos de la demanda e incide en que el proceso de cumplimiento es la vía para reclamar su pretensión.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio y **procedencia de la demanda**

1. La demanda tiene por objeto que se cumpla el acto administrativo contenido en la Resolución Directoral 406-2013/GOB.REG.PIURA-DRSP.DRedS-MCH-DE-ODI- AL-UREH, de fecha 6 de mayo de 2013, esto es, que se le pague la suma ascendente a S/ 28 616.91 (veintiocho mil seiscientos dieciséis y 91/00 soles), por concepto de deuda total devengada de la bonificación especial dispuesta por el Decreto de Urgencia 037-94 y los incrementos de los Decretos de Urgencia 090-96, 073-97 y 011-99, mas intereses legales.

2. Se cumple con el requisito especial de procedencia establecido por el artículo 69 del Código Procesal Constitucional, por cuanto a fojas 11 obra la carta del 11 de marzo de 2014, en virtud de la cual la recurrente exige a la demandada el cumplimiento de la mencionada resolución administrativa.

3. Asimismo, este Tribunal ha precisado, en el fundamento 14 de la sentencia emitida en el Expediente 0168-2005-PC/TC, que, para que se cumpla el objetivo de todo proceso de cumplimiento, el mandato cuya eficacia se exige debe reunir los siguientes requisitos: a) estar vigente; b) ser cierto y claro; c) no estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; d) ser de ineludible y obligatorio cumplimiento; e) ser incondicional, salvo cuando su satisfacción no sea

compleja y no requiera de actuación probatoria. Tratándose del cumplimiento de actos administrativos, adicionalmente a los requisitos ya señalados, el mandato deberá: f) reconocer un derecho incuestionable del reclamante; y, g) permitir individualizar al beneficiario.

4. En el presente caso, el mandato cuyo cumplimiento exige la parte demandante satisface dichos requisitos, de modo que cabe emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Análisis de la cuestión controvertida

5. En el presente caso, el demandante solicita que se cumpla con la Resolución Directoral 406-2013/GOB.REG.PIURA-DRSP.DRedS-MCH-DE-ODI-AL-UREH, de fecha 6 de mayo de 2013, mediante la cual se reconoció a favor de la demandante el pago de la suma de S/ 28 616.91 (veintiocho mil seiscientos dieciséis y 91/00 soles), por concepto de la deuda total devengada de la bonificación especial dispuesta por el Decreto de Urgencia 037-94 y los incrementos de los Decretos de Urgencia 090-96, 073-97 y 011-99, más los intereses legales que se han generado por el incumplimiento de pago.

6. Este Tribunal, mediante el precedente contenido en la sentencia emitida en el Expediente 2616-2004-PC/TC, ha indicado a quiénes corresponde el otorgamiento de la bonificación especial del Decreto de Urgencia 037-94. En el fundamento 12 de se ha establecido:

> [...] la bonificación del Decreto de Urgencia N.° 037-94 corresponde que se otorgue a los servidores públicos ubicados en los grupos ocupacionales de los técnicos y auxiliares, distintos del Sector Salud, en razón de que los servidores administrativos de dicho sector se encuentran escalafonados y pertenecen a una escala distinta, como es la Escala N.° 10. Cabe señalar que a los servidores administrativos del sector Salud, desde el inicio del proceso de aplicación del Sistema Unico de Remuneraciones, Bonificaciones y Pensiones de los Servidores del Estado, se les estableció una escala diferenciada.

7. Es más, dicha regla de exclusión ha quedado reafirmada en el fundamento 13 de la sentencia referida, en cuanto se señala que:

> [A]los servidores administrativos (...) que no sean del sector Salud, que se encuentren en los grupos ocupacionales de técnicos y auxiliares de la Escala N.^{os} 8 y 9 del Decreto Supremo 051-91-PCM, por no pertenecer a una escala diferenciada, les corresponde que se les otorgue la bonificación especial del Decreto de Urgencia 037-94.

8. De los fundamentos transcritos puede deducirse que el precedente establece que a los servidores administrativos del Sector Salud de los grupos ocupacionales de técnicos y auxiliares no les corresponde percibir la bonificación especial otorgada por el Decreto de Urgencia 037-94, se aplica siempre y cuando se encuentren en la Escala 10.

   Por tanto, si servidores administrativos del sector Salud ubicados en los grupos ocupacionales de los técnicos y auxiliares no se encuentran en la Escala 10, les corresponde percibir la bonificación especial otorgada por el Decreto de Urgencia 037-94.

9. De la Resolución Directoral 084-96/CTAR, de fecha 1 de abril de 1996 (folio 4), se advierte que la recurrente ocupa el cargo de técnico en farmacia, nivel STC de la Dirección de Salud. A su vez, en el anexo que forma parte de la Resolución Directoral 406-2013/GOB.REG.PIURA-DRSP.DRedS-MCH-DE-ODI-AL-UREH, de fecha 6 de mayo de 2013 (folio 10), se consigna que la actora se encuentra en la escala 8.

10. Por tanto, se ha corroborado que la recurrente no pertenece a la Escala 10; consecuentemente, se encuentra entre los servidores comprendidos en el ámbito de aplicación del Decreto de Urgencia 037-94, y, por ello, procede que se le otorgue dicha bonificación conforme a lo señalado en la Resolución Directoral 406-2013/GOB.REG.PIURA-DRSP.DRedS-MCH-DE-ODI-AL-UREH y su respectivo anexo, con la deducción de cualquier pago a cuenta que pueda haberse realizado respecto a dicho concepto; por lo que, la demanda debe ser estimada al cumplir la referida resolución con los requisitos mínimos establecidos por las sentencias emitidas en los Expedientes 0168-2005-PC/TC y 02616-2004-PC/TC.

11. Cabe precisar que si bien es cierto que la emplazada afirma que el acto administrativo cuyo cumplimiento se exige no cumple con el requisito de no estar sujeto a condición, toda vez que su ejecución está condicionada a los fondos que el Ministerio de Economía y Finanzas traslade, también lo es que este Tribunal ha referido en reiterada jurisprudencia (sentencias emitidas en los Expedientes 1203-2005-PC/TC, 3855-2006-PC/TC y 06091-2006-PC/TC) que dicho argumento resulta irrazonable, más aún teniendo en cuenta que, desde la expedición de tal resolución hasta la fecha de emisión de la presente sentencia, han transcurrido más de 2 años, sin que se haga efectivo la totalidad del pago reclamado.

12. Habiéndose acreditado que la parte emplazada ha vulnerado el derecho alega-

do por la actora, corresponde, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, que asuma los costos procesales, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia. De conformidad con los artículos 1236 y 1244 del Código Civil, debe abonarse los intereses legales a partir de la fecha en que se determinó el pago de los derechos a la recurrente hasta la fecha en que éste se haga efectivo.

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 cumplimiento; por haberse acreditado la renuencia de la Dirección Regional de Salud de Morropón, Chulucanas al cumplimiento de la Resolución Directoral 406-2013/GOB.REG.PIURA- DRSP. DRedS-MCH-DE-ODI-AL-UREH.

2. Ordena 406-2013/GOB.REG.PIURA-DRSP.DRedS-MCH-DE-ODI-AL-UREH, de fecha 6 de mayo de 2013, bajo apercibimiento de aplicarse los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos del proceso e intereses legales.

Publíquese y notifíquese.

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

Sentencia 7739-2013-PC/TC

Proceso de cumplimiento promovido por Humberto Rodríguez. El Tribunal declaró fundada la demanda sobre el derecho a la eficacia del acto administrativo.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 28 de marzo de 2017.

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de acción de cumplimiento incoada por Humberto Rodríguez y, en consecuencia, ordenó que la Municipalidad Distrital de Breña dé cumplimiento al mandato dispuesto en la Resolución de Gerencia Municipal 257-2011-GM/MDB, y que también abone los costos e intereses legales.

El objeto de este pronunciamiento fue definir si cabe ordenar el cumplimiento de la Resolución de Gerencia Municipal 257-2011-GM/MDB, en virtud a la cual se dispuso otorgarle al demandante un monto equivalente a tres remuneraciones totales por concepto de asignación, al cumplir 30 años de servicios.

El Tribunal arribó a la conclusión de que se había vulnerado el derecho a la eficacia del acto administrativo alegado por el recurrente, pues la entidad emplazada fue renuente a dar cumplimiento a la resolución en cuestión, pese a que cumplía con los requisitos mínimos establecidos en las sentencias 0168-2005-PC/TC y 2616-2004-PC/TC, y contenía un mandato de ineludible y obligatorio cumplimiento.

Tema clave: Derecho a la eficacia del acto administrativo.

EXP. N.° 07739-2013-PC/TC
LIMA
HUMBERTO RODRÍGUEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 8 días del mes de setiembre de 2016, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia. Asimismo se agrega el abocamiento de la magistrada Ledesma Narváez, aprobado en la sesión de pleno de fecha 6 de setiembre de 2016.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Humberto Rodríguez contra la resolución de fojas 35, de fecha 19 de julio de 2013, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 15 de junio de 2012, el recurrente interpone demanda de cumplimiento contra la Municipalidad Distrital de Breña, solicitando que se dé cumplimiento a la Resolución de Gerencia Municipal 257-2011-GM/MDB, de fecha 12 de marzo de 2012, que resuelve reconocerle 30 años de servicios hasta el 28 de diciembre de 2011 y le otorga la cantidad de S/ 4 404 27, monto equivalente a tres (3) remuneraciones totales, por concepto de asignación por cumplir 30 años de servicios. Además, solicita el pago de los costos procesales con los intereses legales.

El Cuarto Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 20 de agosto de 2012, declaró improcedente la demanda por estimar que si bien el acto cuyo cumplimiento solicita autoriza el pago de bonificación especial, este se realizará con el presupuesto del año 2012, por lo que, estando en curso el año 2012, no se aprecia el carácter urgente. Además, precisa que la vía constitucional no es la única vía procesal eficaz para proteger el derecho invocado, pudiendo acudir al proceso judicial ordinario.

La Sala revisora confirmó la apelada por considerar que, al disponerse que para el cumplimiento de lo ordenado se requerirá previamente la disponibilidad financiera, se infiere que la resolución de gerencia municipal cuyo cumplimiento se solicita no cumple con los presupuestos señalados en los literales d) y e) del fundamento 14 de la Sentencia 0168-2005-AC, toda vez que está sujeta a controversia compleja y no es incondicional.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto del presente proceso consiste en que se ordene el cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución de Gerencia Municipal 257-2011-GM/MDB, de fecha 12 de marzo de 2012, mediante la cual se dispuso otorgarle al demandante la cantidad de S/ 4404,27, monto equivalente a tres (3) remuneraciones totales, por concepto de asignación por cumplir 30 años de servicios.

2. En el caso de autos, este Tribunal estima 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. No obstante ello, y en atención a los principios de celeridad y economía procesal, resulta 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 municipalidad emplazada ha sido notificada del concesorio del recurso de apelación (folio 24), lo que implica que su derecho de defensa está garantizado.

Consideraciones previas

3. Con el documento de fecha cierta, obrante a fojas 5, se acredita que el recurrente ha cumplido el requisito especial de la demanda de cumplimiento previsto en el artículo 69 del Código Procesal Constitucional, por lo que corresponde analizar si la resolución cuyo ejecución se solicita cumple los requisitos mínimos comunes que debe reunir un acto administrativo para que sea exigible mediante el proceso de cumplimiento, requisitos que han sido establecidos como precedente vinculante en la Sentencia 0168-2005-PC/TC.

Análisis de la controversia

4. El inciso 6, del artículo 200 de la Constitución Política establece que la acción de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o *un acto administrativo.* Por su parte el inciso 1, del artículo

66 del Código Procesal Constitucional señala que el proceso de cumplimiento tiene por objeto que el funcionario o autoridad renuente dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme.

5. Asimismo, el Tribunal, en la Sentencia 0168-2005-PC/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 7 de octubre de 2005, en el marco de su función de ordenación que le es inherente y en la búsqueda del perfeccionamiento del proceso de cumplimiento, ha precisado, con carácter vinculante, los requisitos mínimos comunes que debe reunir el mandato contenido en una norma legal y en un acto administrativo para que sea exigible a través del proceso constitucional indicado.

6. En el presente caso se advierte que mediante la Resolución de Gerencia Municipal 257-2011-GM/MDB, de fecha 12 de marzo de 2012, obrante a fojas 3 de autos, se reconoce al recurrente 30 años de servicios al 28 de diciembre de 2011 y el derecho de percibir S/4404,27, monto equivalente a tres (3) remuneraciones totales, correspondiente a la asignación por haber cumplido 30 años de servicios. Siendo así, el cumplimiento del *mandamus* contenido en la resolución materia de autos sí resultaba exigible a través del presente proceso constitucional.

7. En consecuencia, se evidencia que el recurrente es beneficiario de la bonificación especial, otorgada mediante la Resolución de Gerencia Municipal 257-2011-GM/MDB, de fecha 12 de marzo de 2012, por lo que la resolución cuyo cumplimiento se solicita cumple los requisitos mínimos establecidos por las Sentencias 0168-2005-PC/TC y 02616-2004-PC/TC, resultando un mandato ineludible y de obligatorio cumplimiento, por lo que la demanda debe ser estimada.

8. Además, en el caso de autos, este Tribunal constata que se ha obligado al recurrente a interponer una demanda, ocasionándosele gastos que lo perjudican económicamente. En consecuencia, corresponde el pago de los costos procesales, conforme lo establece el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, el mismo que deberá hacerse efectivo en la etapa de ejecución de sentencia, donde, además, deberán abonarse, según los artículos 1236 y 1244 del Código Civil, los intereses legales a partir de la fecha en que se determinó el pago del derecho al recurrente hasta la fecha en que este se hizo efectivo.

Efectos de la presente sentencia

9. Por lo tanto, la resolución administrativa cuyo cumplimiento se solicita, dado que cumple los requisitos establecidos en la Sentencia 0168-2005-PC/TC, constituye un mandato de obligatorio cumplimiento, por lo que la demanda debe ser estimada.

10. Habiéndose acreditado que la parte emplazada ha vulnerado el derecho alegado por el demandante, corresponde, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, que asuma los costos procesales y los intereses legales, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.

11. Finalmente, es de señalar que resulta irrazonable el argumento de la Sala superior de que la ejecución del mandato se encontraría condicionada a la disponibilidad financiera de la entidad demandada, conforme a la Ley del Presupuesto del Sector Público. Al respecto, este Tribunal se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia (Sentencias 1203-2005-PC/TC, 3855-2006-PC/TC y 06091-2006-PC/TC), más aún teniendo en cuenta que, desde la expedición de la resolución cuyo cumplimiento se solicita hasta la fecha de emisión de la presente sentencia, han transcurrido cuatro años sin que se haga efectivo el pago reclamado.

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 del derecho a la eficacia del acto administrativo al haberse comprobado la renuencia de la Municipalidad Distrital de Breña en cumplir el mandato contenido en la Resolución de Gerencia Municipal 257-2011-GM/MDB, de fecha 12 de marzo de 2012.

2. Ordenar que la Municipalidad Distrital de Breña, en un plazo máximo de diez días hábiles, dé cumplimiento en sus propios términos al mandato dispuesto en la Resolución de Gerencia Municipal 257-2011-GM/MDB, de fecha 12 de marzo de 2012, bajo apercibimiento de aplicarse los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos y los intereses legales.

Publíquese y notifíquese.

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

ÍNDICE TEMÁTICO

ÍNDICE TEMÁTICO

A

Áreas Naturales Protegidas: STC 3932-2015-PA/TC

Autonomía comunal: STC 2765-2014-PA

C

Ciudadanía: STC 0006-2017-PI/TC

Competencia administrativa: STC 0001-2014-PI/TC, STC 00020-2013-PI/TC

Competencia municipal: STC 3932-2015-PA/TC

Concepto jurídico de remuneración: STC 2375-2014-PA/TC

D

Deberes constitucionales: STC 5157-2014-PA/TC

Debido proceso: STC 02473-2013-PA/TC

Demarcación territorial: STC 019-2013-AI

Democracia representativa: STC 0006-2017-PI/TC

Derecho de asociación: STC 08445-2013-AA/TC

Derecho a la cosa decidida administrativa: STC 4820-2014-PA/TC

Derecho a la debida motivación de resoluciones: STC 2087-2013-PA/TC , STC 0191-2013-PA/TC Derecho a la educación: STC 853-2015-PA/TC, STC 2595-2014-PA/TC

Derecho a la eficacia del acto administrativo: STC 5920-2014-AC/TC, STC 7739-2013-AC/TC

Derecho a la igualdad y no discriminación: STC 5157-2014-PA/TC

Derecho a un plazo razonable: STC 004179-2014-PA/TC, STC 0053-2014-PHC/TC

Derecho al debido proceso: STC 07731-2013-PHC/TC, STC 2765-2014-PA

Derecho al medio ambiente sano y equilibrado: STC 3932-2015-PA/TC

Derecho al trabajo: STC 00285-2015-PA/TC, STC 02473-2013-PA/TC, STC 08338-2013-PA/TC

Derecho de acceso a la justicia: STC 3619-2013-PA/TC, STC 08338-2013-PA/TC

Derecho de asociación: STC 00474-2016-PA/TC , STC 008445-2013-AA/TC

Derecho de autodeterminación informativa: STC 0412-2014-PHD/TC, STC 0455-2014-PHD/TC
Derecho de cosa juzgada: STC 01516-2012-PA/TC
Derecho de defensa: STC 02473-2013-PA/TC, STC 07731-2013-PHC/TC
Derecho de pensión: STC 0023-2014-PA/TC, STC 00748-2014-PA/TC
Derecho de pluralidad de instancias: STC 5181-2013-PA/TC
Derecho de propiedad: STC 0588-2013-PA/TC, STC 3932-2015-PA/TC
Descentralización: STC 0001-2014-PI/TC, STC 00020-2013-PI/TC
Desnaturalización laboral: STC 02473-2013-PA/TC
Despido arbitrario: STC 00285-2015-PA/TC, STC 02473-2013-PA/TC
Discriminación por edad: STC 5157-2014-PA/TC

E

Eficacia horizontal de los derechos fundamentales: STC 00474-2016-PA/TC
Estado de cosas inconstitucional: STC 853-2015-PA/TC
Expropiación: STC 0588-2013-PA/TC

F

Fuerza de ley: STC 0016-2013-PI/TC

I

Igualdad ante la ley: STC 2375-2014-PA/TC
Interés Superior del Niño: STC 004179-2014-PA/TC

J

Jerarquía de las normas: STC 0016-2013-PI/TC

L

Libertad de consciencia: STC 0006-2017-PI/TC
Libre competencia: STC 0001-2014-PI/TC
Límites ancestrales: STC 019-2013-AI

O

Organización territorial: STC 019-2013-AI

P

Parlamento: STC 0006-2017-PI/TC
Pensión de viudez: STC 0859-2013-PA/TC
Principio de congruencia procesal: STC 0191-2013-PA/TC
Principio de contradicción: STC 07731-2013-PHC/TC
Principio de proporcionalidad: STC 00474-2016-PA/TC
Principio de Solidaridad: STC 5157-2014-PA/TC
Principio de subsidiariedad: STC 0001-2014-PI/TC
Principio de taxatividad: STC 3932-2015-PA/TC
Proceso contencioso administrativo: STC 00759-2013-PA/TC
Pueblos indígenas: STC 2765-2014-PA

R

Rango de ley: STC 0016-2013-PI/TC
Regionalización: STC 00020-2013-PI/TC
Reglamento del Congreso de la República: STC 0016-2013-PI/TC
Reposición laboral: STC 08338-2013-PA/TC

S

Sustracción de la materia: STC 2375-2014-PA/TC

T

Temeridad procesal: Auto 2905-2012-PA/TC
Test de Proporcionalidad: STC 5157-2014-PA/TC
Transfuguismo: STC 0006-2017-PI/TC
Transporte urbano: STC 00020-2013-PI/TC
Tutela procesal efectiva: STC 00759-2013-PA/TC , STC 00859-2013-AA/TC

Este libro se terminó de imprimir en abril de 2019,
en los talleres gráficos de la imprenta Servicios Gráficos JMD S.R.L.,
por encargo del Centro de Estudios Constitucionales
del Tribunal Constitucional del Perú.